Ergänzungen und Erläuterungen

des

Allgemeinen Landrechts

für die

Preußischen Staaten

durch

Gesetzgebung und Wissenschaft.

Unter Benutzung der Justizministerial-Akten und der Gesetz-Revisions-Arbeiten.

Vierte Ausgabe

bearbeitet

von

Dr. Ludwig von Rönne,

Kammergerichts-Rathe.

Erste Abtheilung.

Ergänzungen des I. Theils.

Berlin 1858.

Verlag der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei

(R. Decker).

Vorwort zur ersten Ausgabe.

Die Ankündigung dieses Werkes versprach, daß in demselben *mitgetheilt* werden solle, was die Gesetzgebung und was die Wissenschaft in Betreff der Preußischen Rechtsbücher geleistet.

Daß die Preußische Gesetzgebung seit Emanirung des Allgemeinen Landrechts den bedeutenden Zeitereignissen mit großem und kräftigem Schritte gefolgt, ist hinreichend bekannt. Eine große Zahl von Repertorien und sonstigen Hülfsbüchern, welche diese neuere Gesetzgebung mittheilen, und mit der älteren in organischen Zusammenhang bringen, wurde hierdurch hervorgerufen.

Daß aber auch die Leistungen der Wissenschaft für das Preußische Recht ein solches Hülfsbuch nothwendig machen, wie die Theilnahme des juristischen Publikums zu beweisen scheint, mit welcher die bisher erschienenen ersten beiden Bände dieses Werkes aufgenommen worden, ist ein wahrhaft erfreulicher Umstand.

Die Preußischen Gesetzbücher suchen die Vorwürfe von sich abzuwälzen, die man ihnen auch in Betreff der mangelnden wissenschaftlichen Bearbeitung, gegenüber dem tausendjährigen Römischen Rechte, entgegenhielt. Sie erhalten im Aelterwerden Erfahrung und mit ihr eine Literatur. Daß diese Literatur in ihrem Umfange niemals an die des gemeinen Rechts hinreichen wird, dafür wollen wir dem großen Friedrich danken. Wenn, wie dort, jede Rechtsfrage ihre Literatur haben soll, muß jede Rechtsfrage eine streitige sein.

Es läßt sich nicht verkennen, daß, insbesondere in neuerer Zeit, von den verschiedensten Seiten sich höchst ehrenwerthe Kräfte den heimischen Gesetzbüchern zugewendet haben. Man wolle, zur Würdigung des bereits Geleisteten, nicht übersehen, wie ungünstig wir im Verhältnisse zum gemeinen Rechte gestellt sind. Während dem Studium des Letzteren das Leben so vieler ausgezeichneter Gelehrten lediglich gewidmet, sind es bei uns besonders die Praktiker, welche in ihren Mußestunden, — und das juristische Publikum kennt deren Zahl, — Das geleistet haben, was geleistet worden. Die theoretischen Juristen an den Preußischen Universitäten haben bis jetzt ihre Bestrebungen, mit einigen höchst ehrenwerthen Ausnahmen, der Bearbeitung ihres vaterländischen Rechtes nicht zugewendet. Daß dieses keinesweges der Eigenthümlichkeit des Landrechts zur Last falle, zeigt Bornemann[1]) mit großer Evidenz. So wollen wir denn einstweilen zufrieden sein, wenn die Praktiker und die uns zugewendeten Theoretiker in dem nächsten Jahrzehnt in dem Schritte des letztverflossenen fortschreiten. Daß aber auch schon die bisherigen wissenschaftlichen Leistungen zur Uebersicht eines Repertorii bedürfen, lehrt ein Blick in die bereits gelieferten Theile unseres Werkes.

Bevor wir nun zu dem Berichte über die Art der Redaktion desselben übergehen, sei es erlaubt, der ausgezeichneten Unterstützung zu gedenken, deren das Werk Seitens der Herren Justizminister werth gefunden worden.

Vor Allem ist dankbar zu erwähnen der von Sr. Excellenz dem Herrn Justizminister v. Kamptz verstatteten Benutzung der als Manuskript gedruckten Gesetzrevisions-Arbeiten und der ertheilten Erlaubniß zur Veröffentlichung von Mittheilungen aus denselben.

Hierdurch wird ein allgemein gefühlter und vielfach ausgesprochener Wunsch der Preußischen Juristen erfüllt, und in der That überliefern wir hiermit einen Kommentar über das Preußische Recht, von einem Vereine der ausgezeichnetsten Männer, mit den ausgezeichnetsten Hülfsmitteln geschrieben. Denn es sind die mitgetheilten Ansichten der Gesetzrevisoren nicht bloß deshalb von hohem Interesse, weil es die Ansichten so bedeutender Juristen sind, die überdies schon, vermöge der ihnen gewordenen Aufgabe der Revision der Gesetzgebung, das einzelne Gesetz in seinem Zusammenhange mit dem gesammten Rechte würdigen und erklären; — sondern es haben diese Männer auch den, bis jetzt so gut wie unerhobenen, Schatz der Materialien zur Redaktion des Landrechts vor Augen gehabt und vorzugsweise bei Erklärung der bestehenden Gesetze berücksichtigt; es haben ferner denselben die Bemerkungen sämmtlicher Landes-Justiz-Kollegien und einer großen Anzahl einzelner ausgezeichneter Juristen vorgelegen, welche ihre Gutachten über die bestehenden Gesetze abgegeben, — und es trafen mithin allerdings in einem seltenen Grade die Bedingungen zusammen, unter denen es zur Zeit allein möglich, einen wahrhaft bedeutenden Kommentar über das Preußische Recht zu schreiben.

Wenn deshalb die in den Motiven zur Gesetzrevision niedergelegten Ansichten über die bestehenden Gesetze mit Recht von einem hohem Werthe erachtet werden, so wird man die, im Verhältnisse zu den Ansichten Anderer, ausführlichere Mittheilung der Bemerkungen der Gesetzrevisoren über die einzelnen Rechtsfragen, wobei insbesondere die von ihnen gegebenen Materialien zum Landrechte beachtet, gewiß um so mehr

---

[1]) Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. 1. S. 161 sqq.

gerechtfertigt finden, als bei ersteren eine Hinweisung auf die einem Jeden zugängliche Quelle zulässig, bei letzteren aber die benutzte Quelle der großen Mehrzahl verschlossen ist.

Im Uebrigen beschränkte sich die Benutzung dieser Gesetz-Revisions-Arbeiten auf diejenigen Theile derselben, welche sich auf Erläuterungen der bestehenden Gesetzgebung beziehen, und nur in einigen interessanten Ausnahmefällen ist auch der Vorschläge gedacht, welche eine Gesetzreform betreffen.

Es hat uns ferner Se. Excellenz, der Herr Justizminister Mühler, die Benutzung der Ministerial-Generalakten zu Mittheilungen aus denselben zu verstatten geruhet, und der im Justizministerio arbeitende Herr Kammergerichts-Assessor Dr. Löwenberg hat die Güte gehabt, die Durchsicht dieser Akten zu übernehmen. Aus der großen Anzahl der auf diese Weise erhaltenen, bisher ungedruckten Ministeral-Reskripte und Schreiben theilen wir diejenigen mit, welche nicht auf ungerechtfertigte Anfragen ergangen, sondern Ansichten über zweifelhafte Rechtssätze aufstellen, die nicht bereits in gedruckten Reskripten enthalten sind.

Wir hoffen auch hierdurch einen wesentlichen Beitrag zur Erklärung der Landesgesetze zu geben.

Dies ist vorzugsweise das Neue, was das Werk dem juristischen Publikum bietet; im Uebrigen beschränkt es sich zum größten Theile auf eine Redaktion des demselben bereits Bekannten.

In letzterer Beziehung sei es erlaubt, hier kurz zusammen zu fassen, was rücksichtlich der dabei vorgewalteten Gesichtspunkte bereits in dem Prospektus, welcher dem Werke vorangegangen und in der dem ersten Hefte beigegebenen Vorbemerkung über die Einrichtung des Werkes mitgetheilt worden, und auf einige Abänderungen aufmerksam zu machen, welche dieser Plan im Laufe der Bearbeitung, wie wir glauben, zum Vortheil des Werkes erfahren hat.

Das Werk zerfällt in fünf Theile, von denen der erste in zwei Bänden das Landrecht umfaßt, mit Ausschluß des Bergwerks- und Criminalrechts; der zweite das Strafrecht, nämlich die Criminal-Ordnung und den 20. Titel des II. Theils des Landrechts; der dritte die Gerichts-Ordnung; der vierte die Hypotheken- und Deposital-Ordnung; der fünfte, in drei Abtheilungen zerfallend, das Bergwerksrecht[1]), die Steuer-Gesetzgebung und die Agrar-Gesetzgebung.

Diesen Gesetzen ist zunächst nach der Reihenfolge der Materien, die nach innerer Verbindung geordnete, Zusammenstellung der seit ihrer Emanation durch die Gesetzgebung herbeigeführten Ergänzungen, Abänderungen und Erläuterungen ihrem vollständigen Texte nach beigegeben; nicht minder sind die vor der Publikation dieser Gesetzbücher erschienenen und neben denselben in Kraft gebliebenen Verordnungen berücksichtiget.

[1]) Siehe über diesen letzten Theil die unten folgenden Mittheilungen.

Ausnahmen von dieser Regel sind nur gemacht.

1) Rücksichtlich der auf Provinzial- und Statutarrechte bezüglichen Gesetze, weil theils eine vollständige Mittheilung derselben dem Werke eine zu große Ausdehnung gegeben haben würde, theils auch jetzt für fast alle einzelne Provinzen spezielle Sammlungen der Provinzialgesetze vorhanden. Jedoch sind sowohl diejenigen Verordnungen vollständig aufgenommen, welche, wenn sie auch nur zunächst provinzielle Rechtsverhältnisse betreffen, gleichwohl allgemeine Rechtssätze entwickeln, als auch die, welche für mehrere Provinzen entweder ursprünglich bestimmt waren, oder späterhin auf mehrere ausgedehnt worden. Die übrigen Provinzial- und Statutarrechte sind nur unter Andeutung ihres wesentlichen Inhalts und mit Verweisung auf die Sammlungen mitgetheilt, durch welche sie zur Publicität gelangt sind.

2) Ebenso ist nur der wesentliche Inhalt derjenigen Verordnungen gegeben, welche in den v. Kamptz'schen Jahrbüchern und somit auch in der Gräff'schen Sammlung abgedruckt sind.

Es genügt in dieser Beziehung die Bemerkung, daß allein die Letztere in mehr als dreitausend Abdrücken unter die Preußischen Juristen vertheilt ist[1]), daß also der nochmalige vollständige Abdruck dieser, in der Gräff'schen Sammlung neun Bände füllender, Reskripte für die große Mehrzahl ohne Nutzen das Werk bedeutend vertheuert hätte.

3) Endlich lag es nach dem erwähnten Vorberichte ursprünglich in der Absicht, die auf Staatsverfassung und Administration bezügliche, so wie die agrarische Gesetzgebung, so weit diese dem Geschäftsbereiche der General-Kommissionen zugehört, von dem Bereiche des Werkes auszuschließen. — Allein wir glaubten später diesen Gesichtspunkt aufgeben zu müssen, weil mit Recht von einem Werke, wie dem vorliegenden, zunächst eine umfassende Vollständigkeit verlangt werden darf, und wir nahmen daher nur in Betreff des Stempel- und Sportelwesens, bei dem Vorhandensein mehrfacher Handbücher über diese abgeschlossenen Theile der Gesetzgebung, insbesondere aber auch wegen der bevorstehenden Emanation neuer, diese Rechts-Institute umgestaltender, Verordnungen, eine Ausnahme für gerechtfertiget an.

Dagegen schien es uns darauf anzukommen, die Bearbeitung derjenigen Theile unserer Gesetzgebung, bei welchen es nicht bloß auf Rechtskenntnisse ankommt, sondern bei denen, falls die Bearbeitung von Werth sein soll, die praktische Kenntniß

[1]) In wie viel Exemplaren die v. Kamptz'schen Jahrbücher abgezogen worden, ist uns unbekannt; schwerlich möchte deren Anzahl eine geringere als 2000 sein. Hätte Herr Kammergerichts-Assessor Hinschius, als Verfasser der in der Beilage X. zu Nr. 77. u. 88. der Juristischen Wochenschrift pro 1837 enthaltenen recensirenden Anzeige der ersten Hefte des Werkes, diese Zahlenverhältnisse gekannt, so würde ihn dies vielleicht von der an sich schon unbegründeten und ungerechtfertigten Behauptung abgehalten haben, daß der Grund des nicht vollständigen Abdrucks »unzweifelhaft« nicht die größere oder geringere Zweckmäßigkeit, sondern der Vortheil des Verlegers sei.

einzelner Administrationszweige, wie bei der agrarischen und Steuer-Gesetzgebung, oder, wie bei dem Bergwerksrechte, technische Kenntnisse nothwendig sind, — in die Hände solcher Männer zu legen, bei denen sich diese Eigenschaften vereinigt vorfinden. Wir haben hierbei das Glück gehabt, für die Bearbeitung der Agrar-Gesetzgebung ein Mitglied der General-Kommission für Schlesien, Herrn Regierungsrath Koch zu Breslau, zu gewinnen; — für die Steuergesetzgebung den bei der Provinzial-Steuerdirektion für Schlesien angestellten Herrn Regierungsrath Villaume zu Breslau, und für die Bergwerksgesetzgebung den Justiziar des Ober-Bergamts für Schlesien, Herrn Ober-Bergrath Steinbeck zu Brieg.

Diese Arbeiten sind größtentheils im Manuskript vollendet, und das Bergwerksrecht ist als die erste Abtheilung des fünften Theils bereits erschienen[1]).

Anlangend ferner die Redaktion der zur Publicität gelangten wissenschaftlichen Leistungen, welche die Preußischen Rechtsbücher betreffen, so beziehen wir uns im Allgemeinen auf die nunmehr vorhandenen beiden Bände des Werkes, doch muß auch hier eines veränderten Gesichtspunktes gedacht werden, welcher bei der Bearbeitung von uns angenommen worden.

Wir haben uns nämlich nicht ferner auf die Mittheilung des Vorhandenseins dieser wissenschaftlichen Leistungen und die Hinweisung auf dieselben beschränkt, theilen vielmehr das Resultat derselben und die Hauptgesichtspunkte, unter welchen letzteres gewonnen worden, in möglichst gedrängter Kürze mit. Wir betrachten uns als Referenten rücksichtlich der Gesammtheit dessen, was die Wissenschaft in deren weitester, die Sprüche der Gerichtshöfe mitumfassenden Bedeutung, für jede von ihr bereits erörterte Rechtsfrage geleistet. Wir wollen einen Jeden in den Stand setzen, mit diesem Referate seine eigene Ansicht zu vergleichen.

Wir verkennen die Schwierigkeit dieses Unternehmens keineswegs, glaubten dieselbe aber dem uns vorschwebenden Zwecke unterordnen zu müssen, von welchem wir, bei den zugleich gewonnenen Grundzügen eines Preußischen Kontroversenrechtes, einen nicht unbedeutenden Nutzen erwarten, insbesondere für den praktischen Juristen bei der häuslichen Arbeit desselben und in der Session, nicht minder aber zugleich für den angehenden Juristen bei dem Studium der Gesetze. Wir müssen es der Beurtheilung Anderer und der Erfahrung überlassen, ob wir zuviel gehofft; jedenfalls aber durften wir uns den Nutzen, den ein Werk gewähren wird, welches eine Uebersicht der für das Preußische Recht vorhandenen wissenschaftlichen Leistungen enthält, nur unter dem erwähnten veränderten Gesichtspunkte seiner Redaktion versprechen. Es soll daher die nach demselben supplirte Bearbeitung der ersten beiden das Landrecht betreffenden Hefte in dem Supplementbande folgen, welcher, wie bereits im Prospektus des Werkes mitgetheilt, alle während des Druckes erschienenen gesetzlichen Verordnungen und wissenschaftlichen Leistungen, so wie das etwa Uebersehene, umfassen und überhaupt darauf hinarbeiten soll, die durch das Zusammenwirken Mehrerer herbeigeführten Ungleichheiten zu beheben.

Jene nachträgliche Bearbeitung wird sich insbesondere auch auf Mittheilungen aus den Gesetz-Revisionsarbeiten für diejenigen Titel des Landrechts erstrecken, welche bereits bearbeitet waren, bevor wir die Erlaubniß zu der Ersteren Benutzung erhielten und diejenigen bisher ungedruckten Ministerial-Reskripte enthalten, die uns zu spät für die Aufnahme in das Hauptwerk zugekommen waren.

Theils nun, um dem durch diese Gesichtspunkte vergrößerten Umfange des Werkes anderseits zu begegnen, theils und besonders, weil es bei der Legal-Ordnung des Werkes jedem Praktiker schon mit Hülfe des Registers zum Landrechte leicht sein muß, die Stelle des letzteren zu finden, zu welcher die Ergänzungen gegeben, diese überdies eine logische, schematisirte Anordnung erhalten, welche, beim Vorhandensein des chronologischen Registers, ihren Platz hinreichend bezeichnen, — erschien es uns zweckmäßig, das Sachregister, welches wir anfangs dem Werke beigeben wollten, wegzulassen. Sollte ein solches, insbesondere auch über die wissenschaftlichen Leistungen, seinem Zwecke vollständig genügen — und ein unvollständiges Sachregister, ist gänzlich unnütz, — so würde dasselbe nahe an vierzig Bogen füllen, einen Raum, den wir auf die eben angegebene Weise dem Publiko ersprießlicher verwenden konnten.

Für den Fall, daß eine zweite Auflage des Werkes nöthig werden sollte, hat sich der Herr Verleger im Interesse der Käufer der ersten Auflage verbindlich gemacht, die Zusätze der zweiten gleichzeitig in einen besonderen Supplementband aufzunehmen und zu debitiren, so daß der ersten Auflage auf diese Weise ihr Werth gesichert bleibt. Ueberhaupt aber ist es die Absicht der Verfasser, wie des Verlegers, dem Werke von Zeit zu Zeit Supplementbände folgen zu lassen, da es nur auf diese Weise möglich ist, dasselbe in steter Parallele mit den künftigen Erzeugnissen der Gesetzgebung und der Wissenschaft zu halten.

Schließlich ist zu erwähnen, daß die Vereinigung so vieler Kräfte zur Ausführung dieses Werkes insbesondere die Theilung einer Arbeit bezweckte, welcher die Kräfte des Einzelnen nicht gewachsen wären. Eine Solidarität der Herausgeber für die einzelnen Leistungen findet daher nicht statt.

Breslau, im März 1838.

Die Verfasser.

---

[1]) Ueber die Gesichtspunkte, von welchen bei Bearbeitung dieser Pensa ausgegangen worden, werden die denselben vorangeschickten Vorworte besondere Rechenschaft geben.

Vorwort zur zweiten Ausgabe.

Der Erfolg, welchen die erste Ausgabe dieses Werkes gehabt, legte den Herausgebern eine erhöhte Verpflichtung auf, demselben von Neuem allen Fleiß zuzuwenden.

Der Titel dieser zweiten Ausgabe ergiebt die in Betreff der Herausgeber vorgegangene Veränderung. Es ist in Rücksicht hierauf und auf die Schlußbemerkung der Vorrede zur ersten Ausgabe zu erwähnen, daß die Theilnahme des Herrn Ober-Landes-Gerichts-Rath und Fürstenthums-Gerichts-Direktor Koch zu Neisse, welche in der Bearbeitung der Einleitung und der Titel 12., 13., 21., 22., 23., Theil I. des Landrechts bestanden, so wie die des Herrn Stadt-Gerichts-Direktor Wentzel zu Berlin, welcher die Gerichts-Ordnung Theil I. Titel 1—28. mitbearbeitet, durch deren anderweitige Amtsthätigkeit veranlaßt, bereits bei den Supplementbänden der ersten Ausgabe aufgehört hatte.

In diesen beiden Supplementbänden, welche sich in der Art der Bearbeitung dem Hauptwerke vollständig anschließen, wurden, unter Genehmigung des Herrn Justizminister v. Kamptz, dem größeren juridischen Publikum Mittheilungen aus den weiteren Gesetzrevisions-Arbeiten gegeben, aus dem als Manuskript gedruckten Entwurfe nämlich zu dem damals projektirten neuen »bürgerlichen Gesetzbuche« und den dazu gehörigen Motiven. Gleichmäßig wie bei den früheren Gesetzrevisions-Arbeiten beschränkte sich auch hier das Gegebene auf Ansichten über das Verständniß der bestehenden Gesetze. Zur Unterscheidung von jenen ersteren »Gesetzrevisoren« wurden diese Arbeiten als »Motive zum neuen bürgerlichen Gesetzbuche« citirt und beim Lehnrechte als »Motive zum revidirten Entwurfe des Lehnrechts.«

Was nun die Art der Bearbeitung dieser zweiten Ausgabe anlangt, so wurden zwar die in der ersten Vorrede mitgetheilten Gesichtspunkte dem Wesentlichen nach beibehalten; es ist jedoch, von dem Bestreben ausgehend, eine größere Einheit in das Werk zu bringen, das gesammte Material durchgängig überarbeitet worden und man beschränkte sich hierbei, wie schon eine oberflächliche Vergleichung ergeben wird, keinesweges auf eine Verschmelzung der Supplementbände mit dem Hauptwerke und auf die Hinzufügung des Neueren.

Außerdem ist die gemeinrechtliche Literatur vollständiger berücksichtiget; es erhielten die meisten Abschnitte allgemeine Einleitungen und sowohl in diesen als in Betreff einer großen Zahl civilistischer und publicistischer Fragen sind die Ansichten der Herausgeber mitgetheilt.

Die Eintheilung des Werkes wurde in der Art abgeändert, daß der fünfte Theil der ersten Ausgabe, die Agrar-, Steuer- und Bergwerks-Gesetzgebung enthaltend, in dieser zweiten Ausgabe zu den betreffenden Titeln des Landrechts gestellt worden.

Es enthalten nunmehr die ersten sechs Theile die Ergänzungen zum Landrechte mit Ausschluß des Criminal-Rechts; der siebente Theil das Criminal-Recht und die Criminal-Ordnung, die Theile 8. und 9. die Gerichts-Ordnung und der zehnte Theil die Hypotheken- und Deposital-Ordnung.

Diese allgemeinsten Andeutungen mögen Seitens der Herausgeber genügen.

Für die Besitzer der ersten Ausgabe erscheint, dem Versprechen in dem Vorworte derselben gemäß, bei Vollendung dieser zweiten ein Supplemenband, welcher das in der zweiten Ausgabe enthaltene Neue mittheilt.

Für die uns von mehreren Seiten zugegangenen Bemerkungen, die bei dieser Ausgabe benutzt worden, sprechen wir unsern Dank aus und verbinden hiermit die Bitte, uns die bei dem Gebrauche des Werkes gemachten Notizen auf buchhändlerischem Wege zugehen lassen zu wollen.

Berlin und Breslau, im März 1843.

Die Herausgeber.

Vorwort zur dritten Ausgabe.

Die Herausgeber waren auch für diese, bereits nach wenigen Jahren nothwendig gewordene, dritte Ausgabe bemüht, die praktische Brauchbarkeit des Werkes nach Möglichkeit zu erhöhen. Es wurden in dieser Beziehung die in dem Vorworte zur zweiten Ausgabe hervorgehobenen Gesichtspunkte dem Wesentlichen nach beibehalten, und die im Laufe von zehn Jahren bei dem Gebrauche des Werkes gemachten Erfahrungen und mitgetheilten Beurtheilungen berücksichtiget.

Bei der von Jahr zu Jahr immer massenhafter producirenden Preußischen Gesetzgebung — die zweite Ausgabe mit ihrem ersten Supplementbande enthält bereits fünfhundertfünfundfunfzig enggedruckte Bogen in Lexikon-Format, und ihnen tritt die Legislation der letzten Jahre hinzu — wurde es von den Herausgebern für nöthig erachtet, alles irgend entbehrliche Material auszuscheiden. Es geschah dies mit größter Sorgsamkeit und wurde hierbei vorzugsweise das minder Wichtige der administrativen Gesetzgebung, welche dem praktischen Juristen überhaupt von geringerem Interesse, ins Auge gefaßt. Die Agrar- und Steuer-Gesetzgebung, und die Städte-Ordnungen, welche inzwischen in selbstständigen Bearbeitungen von den Herren Geh. Regierungs-Rath Koch und Geh. Ober-Rechnungs-Rath Villaume, und von beiden Mitherausgebern v. Rönne und Simon, erschienen, wurden nicht nochmals aufgenommen, während die Bearbeitung des Bergwerksrechtes Seitens des Herrn Geh. Berg-Raths Steinbeck am betreffenden Orte des Allgemeinen Landrechts gegeben ist.

Außerdem forderte die aus Veranlassung der März-Revolution bevorstehende völlige Umgestaltung des Preußischen Staats-Rechts dazu auf, sich bei diesem Theile des Werkes auf eine gedrängte Darstellung der zur Zeit gültigen betreffenden Gesetzgebung zu beschränken, zumal das Werk: »Das Preußische Staats-Recht von Heinrich Simon«, auch für die binnen Kurzem der Rechtsgeschichte anheim fallenden, die Verfassung und Verwaltung des Preußischen Staates betreffenden Vorschriften das vollständige Material darbietet.

Es enthalten nunmehr die ersten fünf Theile des Werkes die Ergänzungen zum Landrechte, mit Ausschluß des Criminal-Rechts, der sechste Theil das Criminalrecht und die Criminal-Ordnung, der siebente und achte Theil die Gerichts-Ordnung, der neunte Theil die Hypotheken- und Deposital-Ordnnng. Der zehnte Theil ist einem, das ganze Werk umfassenden Sach-Repertorium nebst chronologischem Register gewidmet. Es wird dieser Registerband der dritten Ausgabe einen neuen Werth verleihen durch die Leichtigkeit, mit welcher insbesondere durch das umfangreiche und vollständige Sach-Repertorium nunmehr in diesem weitläuftigen Werke jede einzelne Bestimmung aufzufinden sein wird. Dies Repertorium dürfte auch für das Studium von Interesse sein.

Für die Besitzer der früheren Ausgaben erscheint auch diesmal bei der Vollendung dieser dritten Ausgabe ein Supplementband, welcher das in derselben enthaltene Neue mittheilt.

Berlin und Breslau, im December 1848.

Die Herausgeber.

Vorwort zur vierten Ausgabe.

Die erforderlich gewordene vierte Ausgabe des Werkes, dessen Verlag, nach Vereinbarung mit dem bisherigen Verleger, Herrn G. Ph. Aderholz in Breslau, auf die Königliche Geheime Ober-Hofbuchdruckerei (R. Decker) übergegangen, ist von dem Unterzeichneten allein bearbeitet worden, welchem die Mitherausgeber der zweiten und dritten Ausgabe, die Herren Justiz-Rath Gräff und Stadtgerichts-Rath Simon, diese Bearbeitung ausschließlich überlassen haben.

Wenn die frühere Vereinigung Mehrerer zur Herausgabe des Werkes insbesondere die Theilung einer Arbeit bezweckte, welcher die Kräfte des Einzelnen nicht gewachsen waren, so trat nach der Vollendung des Ganzen das Bedürfniß hervor, die Brauchbarkeit dadurch zu erhöhen, daß eine größere Einheit erstrebt wurde, welche nur durch die Bearbeitung aus einer Hand erreichbar war.

Die neue Ausgabe ist in diesem Sinne einer vollständigen und gründlichen Umarbeitung, welche der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung und dem neuesten Standpunkte der Wissenschaft entspricht, unterzogen worden. Unter wesentlicher Beibehaltung des ursprünglichen Planes des Werkes, wie solcher nach dem in dem Vorworte zur zweiten und dritten Ausgabe Bemerkten modificirt worden, hat die neue Bearbeitung es für erforderlich erachtet, einige Gesichtspunkte ins Auge zu fassen, welche im Interesse der Sache geboten erschienen.

Eine wesentliche Verbesserung wird darin gefunden werden, daß die Präjudikate des Ober-Tribunals ihrem Wortlaute nach, und unter Allegirung der Nummern der Präjudizien-Bücher, mitgetheilt worden sind. Die Entscheidungen der Gerichtshöfe, welche einen wichtigen Bestandtheil des Materials des Werkes bilden, gewinnen indeß ihre volle Bedeutung für Praxis und Wissenschaft nur dadurch, daß die Mittheilung sich nicht auf die bloße Aufnahme der angenommenen Rechtssätze beschränkt, sondern auch deren Begründung enthält. In letzterer Beziehung aber ist von der Ansicht ausgegangen worden, daß die Mittheilung der Motive, in soweit diese wesentlich, möglichst eine urkundliche sein müsse.

Eine Aenderung des bisherigen Planes wurde ferner durch die inzwischen eingetretene Umgestaltung der Preußischen Staats-Verfassung bedingt, welche auch die erheblichsten Modifikationen des Verwaltungs-Rechtes zur Folge gehabt hat. Das Werk des Unterzeichneten: »Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie«, gewährt eine vollständige Darstellung des zur Zeit bestehenden öffentlichen Rechts des Preußischen Staates und darf daher in dieser Beziehung als eine Ergänzung des vorliegenden Werkes betrachtet werden, welches deshalb die staatsrechtliche Gesetzgebung nur in sofern in seinen Kreis zieht, als solche sich den betreffenden Titeln des Allgemeinen Landrechts unmittelbar anschließt.

Endlich ist davon ausgegangen worden, daß, gleich den Preußischen Gesetzbüchern, auch die neueren, durch die Gesetz-Sammlung publicirten, kodificirten Gesetze, wie z. B. das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, die Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 u. s. w., sich bereits anderweitig im Besitze der Mehrzahl der Preußischen Juristen befinden, und daß daher deren Aufnahme in die vorliegende Sammlung deren Umfang unnöthigerweise erweitert haben würde. Die Hinweisung darauf von den betreffenden Orten erschien daher vollständig ausreichend.

Das ganze Werk ist in der neuen Ausgabe in vier Bände eingetheilt. Die beiden ersten umfassen das Allgemeine Landrecht, der dritte die Allgemeine Gerichts-Ordnung und die Hypotheken- und Deposital-Ordnung, der vierte das Strafprozeß-Recht und das Straf-Recht.

Nach Vollendung des Druckes der Ausgabe wird ein Supplement-Heft das während des Druckes neu Erschienene mittheilen.

Berlin, im Juni 1858.

v. Rönne.

Erklärung der Abkürzungen.

A. L. R.	heißt:	Allgemeines Landrecht.
A. G. B.	»	Allgemeines Gesetzbuch.
A. G. O.	»	Allgemeine Gerichts-Ordnung.
Anh. z. A. L. R.	»	Anhang zum Allgemeinen Landrecht.
Anh. z. A. G. O.	»	Anhang zur Allgemeinen Gerichts-Ordnung.
Amelang	»	Amelang's und Gründler's Archiv des Preußischen Rechts.
Auszug	»	Auszug aus den neueren gemeinen Preußischen Gesetzen und Verordnungen. Stettin 1797—1799.
Bd.	»	Band.
Bielitz Komm.	»	Bielitz praktischer Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten.
Bielitz Nachtr.	»	Nachträge zu demselben.
Bobrick	»	Bobrik's und Jacobson's Zeitschrift für Theorie und Praxis.
C.	»	Cirkulare.
C. C. M.	»	Corpus Constitutionum Marchicarum.
C. R.	»	Cirkular-Reskript.
C. V.	»	Cirkular-Verordnung.
Centralbl.	»	Centralblatt für Preußische Juristen, herausgegeben von Rauer, demnächst von Straß.
Cr. O.	»	Criminal-Ordnung.
Crim. Z.	»	Criminalistische Zeitung von Bonseri und Temme.
D. O.	»	Deposital-Ordnung.
Ed.	»	Edikt.
Entsch.	»	Entscheidungen des Ober-Tribunals.
Erk.	»	Erkenntniß.
G.	»	Gesetz.
G. S.	»	Gesetz-Sammlung.
Gans	»	Gans, Beiträge zur Revision der Gesetzgebung.
Goltdammer's Arch.	»	Archiv für Preußisches Strafrecht von Goltdammer.
Gräff	»	Gräff's Sammlung sämmtlicher in den v. Kamptz'schen Jahrbüchern enthaltenen Verordnungen.
Gruchot Beitr.	»	Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts durch Theorie und Praxis von J. A. Gruchot.
Hft.	»	Heft.
H. O.	»	Allgemeine Hypotheken-Ordnung.
Hoffmann Rep.	»	Hoffmann's Repertorium der Preußischen Landesgesetze.
Jahrb.	»	v. Kamptz Jahrbücher.
Jur. M. Schr.	»	Juristische Monatsschrift für Preußisches Recht und dessen Praxis. Arnsberg 1855.
Jur. W.	»	Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Hinschius, demnächst von Striethorst.
Jur. Z.	»	Juristische Zeitung, herausgegeben von Brandenburg, demnächst von Rauer.
J. M. Bl.	»	Justiz-Ministerial-Blatt.
K. O.	»	Kabinets-Ordre.
Klein	»	Klein's Annalen der Preußischen Gesetzgebung.
v. K. Ann.	»	v. Kamptz, Annalen der Preußischen innern Staats-Verwaltung.
Koch's Arch.	»	Koch's Schlesisches Archiv für die praktische Rechtswissenschaft.
Mathis	»	Mathis allgemeine juristische Monatsschrift für die Preußischen Staaten.
Min. Bl. d. i. V.	»	Ministerial-Blatt für die innere Verwaltung, herausgegeben vom Ministerium des Innern.
Min. d. A. A.	»	Ministerium der Auswärtigen Angelegenheiten.
Min. d. F.	»	Ministerium der Finanzen.
Min. d. Inn.	»	Ministerium des Innern.
Min. d. Kr.	»	Ministerium des Krieges.
Min. d. K.	»	Ministerium der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten.
Min. d. Inn. u. d. P.	»	Ministerium des Innern und der Polizei.
N. C. C.	»	Novum Corpus Constitutionum, herausgegeben von Mylius.
N. A.	»	Neues Archiv für Preußische Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit.
Oppenhoff	»	Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, erläutert aus den Materialien ꝛc. von F. C. Oppenhoff.
P.	»	Publikandum.
Pat.	»	Patent.
Pl. Beschl.	»	Plenar-Beschluß.
Präj.	»	Präjudikat.
Präj. Samml.	»	Präjudizien des Königl. Ober-Tribunals, herausgegeben von den Redaktoren der Entscheidungen.
Paalzow	»	Paalzow's Handbuch für praktische Rechtsgelehrte.
Paalzow Mag.	»	Paalzow's Magazin der Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten.
R.	»	Reskript (des Justizminist).
Rabe	»	Rabe's Sammlung Preußischer Gesetze.

Rechtsfälle	heißt:	Rechtsfälle aus der Praxis des Königl. Ober-Tribunals neueren Verfahrens.
S.	»	Seite.
Siewert	»	Siewert's Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der Preuß. Landesgesetze.
Stengel	»	Eisenberg's und Stengel's Beiträge zur Kenntniß der Justiz-Verfassung in den Preußischen Staaten.
Striethorst	»	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals gelangt sind, herausgegeben von Th. Striethorst.
Strombeck	»	v. Strombeck's Ergänzungen.
Simon R.	»	Simon's und v. Strampff's Rechtssprüche der Preußischen Gerichtshöfe.
Simon Z.	»	Simon's und v. Strampff's Zeitschrift für die wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts.
Tit.	»	Titel.
Thl.	»	Theil.
Themis	»	Juristische Zeitung Themis für die Königl. Preußischen Staaten, herausgegeben von Straß.
Ulrich's Arch.	»	Neues Archiv für Preußisches Recht und Verfahren von Ulrich, Sommer und Böle.
V.	»	Verordnung.

Einleitung.

I — II

C. A. Gründler, Versuch einer Einl. in die Preuß. Rechte, enthaltend die Quellen und Hülfswissenschaften, welche zur Erläut. des Allgem. Preuß. Rechts gehören, nebst einer Uebersicht der Landes-Justiz-Kollegien und der Instanzenfolge. Erlangen 1799. 8.

C. D. Erhard, Systemat. Kritik des Allgem. Gesetzbuchs für die Preuß. Staaten. 1. Thl. 8. Leipzig 1792.

(Baumgarten) Briefwechsel über die gegenwärtige Justizreform in den Preuß. Staaten, nebst einigen, nach der neuen Prozeßordnung instruirten Akten. Berlin. gr. 8. Erstes Heft 1780. Zweites Heft 1781. Drittes Heft 1784.

A. Quellen des älteren Preußischen Rechts.

Wie in allen Ländern des ehemaligen Deutschen Reiches, so auch in den Preuß. Provinzen, wurden neben dem geltenden gemeinen Rechte eine große Anzahl landesherrlicher Verordnungen erlassen, auf welche die gerade herrschenden Rechtsansichten der Juristen bedeutenden Einfluß ausübten. Die ersten Quellen des Preuß. Rechts sind daher:

1) sämmtliche Quellen des gemeinen Rechts;
2) die Meinungen [1]) der Rechtslehrer des gemeinen Rechts und die der Praktiker, besonders aus dem 18ten Jahrhundert [2]);
3) eine Menge landesherrlicher Verordnungen und Reskripte, gesammelt in:

a) Chr. Otto Mylii Corpus Constitutionum Marchicarum, oder Königl. Preuß. in der Kur- und Mark Brandenburg, auch inkorporirten Landen publizirte und ergangene Ordnungen, Edikta, Mandata, Reskripta, von Zeiten Friedrichs, Kurfürsten zu Brandenburg, bis Annum 1736. VI Theile. Berlin und Halle.

b) IV Continuationes, und 1 Supplement-Band zur I. II. und III. Kontinuation, enthaltend die Verordnungen von 1737—1747.

An diese schließt sich an:

c) Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum, oder: Neue Sammlung Königl. Preuß. und Kurfürstlich Brandenburgischer, sonderlich in der Kur- und Mark Brandenburg, wie auch andern Provinzen publizirten Verordnungen, Edikte, Mandate, Reskripte ꝛc., von Anfang des Jahres 1751 und folgenden Zeiten. Mit Königl. allergnädigster Bewilligung und Dero Akademie der Wissenschaften darüber ertheilten Privilegio, nebst einer Einl. in die mannichfaltigen Gesetze eines Staats, und besonders in die Königl. Preuß. und Kurbrandenburgischen geistlichen und weltlichen Justiz-, Militair-, Kameral-, Polizei- und übrigen Landesgesetze. Tom. I—XIII., v. Jahr 1751—1806.

Zu dieser Sammlung gehören zwei besonders erschienene Register-Bände:

aa) Der Erste hat den Titel: Repertorium novi Corporis constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum I. chronologicum, II. reale, oder: Doppeltes Register über die neue Sammlung der Königl. Preuß. und Kurfürstl. Brandenburgischen, besonders in Kur- und Mark Brandenburg ergangenen und publizirten Ordnungen, Edikte, Mandate, Reskripte u. s. w., welche in 25 Jahrgängen von 1751 bis 1775 mit allergnädigster Königl. Bewilligung durch Höchstdero Akademie der Wissenschaften zum Druck befördert worden. Berlin, bei Kunst, ohne Jahreszahl, in Fol.

bb) Das Andere hat diesen Titel: Repertorium novi Corporis Constitutionum Prussico-Brandenburgensium, praecipue Marchicarum, I. chronologicum, II. reale, oder: Doppeltes Register über die neue Sammlung der Königl. Preuß. und Kurfürstl. Brandenburgischen, besonders in der Kur- und Mark Brandenburg ergangenen und publizirten Ordnungen, Edikte, Mandate, Reskripte u. s. w., welche in 50 Jahrgängen von 1751 bis 1800 mit allergnädigster Königl. Bewilligung durch Höchstdero Akademie der Wissenschaften zum Druck befördert worden. Berlin, bei Bowik, 1803. Durch dieses wird das Erste entbehrlich. Die Vorerinnerung giebt Nachrichten über die Veranlassung und Einrichtung der Myliusschen Sammlung nebst deren Kontinuationen, und der neuen Edikten-Sammlung.

Man citirt die Myliussche Sammlung gewöhnlich durch: C. C. M. (Corpus constitutionum Marchicarum), und die neue Edikten-sammlung durch N. C. C. (Novum corpus constitutionum).

An die Stelle dieser allgemeinen Rechtsquellen sind das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung getreten, sofern nicht ausdrücklich auf ältere Verordnungen verwiesen worden ist. (Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 §§. I. und II.)

B. Das Allgemeine Landrecht.

Kurze Geschichte der Gesetzgebung in den Preuß. Staaten seit dem Anfange der Regierung Friedrich Wilhelm des Zweiten; in Kleins Annalen Bd. I. S. XXXV seq. und Bd. III. S. XIII ff.

Nachricht von der Einführung des Allgem. Preuß. Gesetzbuches unter dem Titel: Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten (in Kleins Annalen Bd. 12. S. 191 ff.).

Nachrichten über das Verfahren bei Ausarbeitung des Gesetzbuches (in den Bildnissen jetzt lebender Berliner Gelehrten. Berlin 1806. S. 48).

K. A. v. Kamptz, Erörterung: welche Grundsätze befolgte man im Preußischen bei der Einführung des Allgem. Landrechts? (in Archenholz Minerva 1807 Okt., Nr. 5.)

Bericht des Justizkommissarius Simon, über die scientivische Redaktion der Materialien der Preuß. Gesetzgebung (Mathis Bd. 12. S. 191 ff.).

Dr. M. J. Euler, Geschichtliche Einleitung in das Studium des Allgem. Preuß. Landrechts (Jahrb. Bd. 32. S. 3 ff.).

Ueber die wahrhaft geschichtliche Entstehung und Bedeutung des Preuß. Rechts, in materieller und formeller Beziehung (in Gans Beitr. zur Revision der Preuß. Gesetzgebung, S. 195 und 338).

Rückblick auf die Geschichte der Abfassung des Allgem. Landrechts und der Allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. Einige Skizzen über die Verfahrungsweise, auf welche im vorigen Jahrhundert die Preuß. Revision der Gesetzgebung zu Stande kam (in der allgem. Jur. Zeit. von Elvers und Bender, 3ter Jahrg. 1830. S. 3 und 13).

I. Entstehungs- und Bildungsgeschichte.

Die durch die mangelhaften Prozeßordnungen verursachte lange Dauer der Prozesse wurde hauptsächlich dem materiellen Rechtszustande zugeschrieben [1]). Friedrich der Große hatte kaum den Thron bestiegen (am 31. Mai 1740), so beschäftigte ihn auch bereits der Gedanke, nicht bloß Maßregeln zur Beschleunigung der Justizver-

[1]) Ein Beispiel s. in: C. C. M. Tom. II. Abth. 1. No. 250.

[2]) Ein Verzeichniß mehrerer, für das Preuß. Recht besonders wichtiger, Schriften dieser Art findet sich in Hymmens Beitr., Samml. VII. S. 162—173, 183, 187 ff.

[1]) In dem §. 24. der K. O. v. 31. Dec. 1746 heißt es: »Und weil die größte Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen Lateinischen Röm. Rechte herrührt, welches nicht allein ohne Ordnung kompilirt worden, sondern worin singulae leges pro et contra disputirt, oder nach eines jeden Kaprice limitirt oder extendirt worden: so befehlen wir gedachtem Unserm Etatsminister v. Cocceji, ein Deutsches allgemeines Landrecht — zu verfertigen.« (Simon a. a. O. S. 194, Euler a. a. O. S. 8.)

waltung zu treffen, sondern auch die materielle Gesetzgebung zu verbessern. Auf einige Jahre wurde er von der Ausführung dieser Absicht durch die beiden Schlesischen Kriege abgehalten; sobald dieselben indeß beendigt waren, faßte er seinen Plan sogleich wieder auf. Er gab zuvörderst durch die Auswirkung eines unbeschränkten privilegii de non appellando an die Reichsgerichte und das Verbot der Aktenversendung [1]) dem Preuß. Staate die erforderliche Selbstständigkeit, und begann sodann die für nothwendig erachtete vollständige Justizreform. Durch die K. O. v. 31. Dec. 1746, welche an den damaligen Großkanzler v. Cocceji gerichtet ist, ertheilte er diesem den ersten Befehl, »statt des, bloß zur Justizverzögerung und zu Chikanen führenden ungewissen und unordentlich kompilirten Römischen Rechtes, ein lediglich auf Vernunft und Landesverfassung gegründetes Deutsches Allgemeines Landrecht abzufassen und zur Approbation vorzulegen; wonächst die Monita der Stände, Kollegien und Universitäten eingeholt, und die besonderen Statuten einer jeden Provinz beigedruckt werden sollten.«

Der erste Theil eines solchen Deutschen Gesetzbuchs, welcher in drei Büchern das Personen-Recht enthielt, erschien im Jahre 1749 zu Halle unter dem Titel:

Projekt des Corporis juris Fridericiani, das ist, Seiner Königl. Majestät in Preußen in der Vernunft und Landesverfassung gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach denen dreien Objectis juris gebracht. Die Generalprinzipia, welche in der Vernunft gegründet, sind bei einem jeden Objecto festgesetzt, und die nöthigen Conclusiones, als soviel Gesetze, daraus deducirt. Alle Subtilitäten und Fictiones, nicht weniger was auf den Deutschen Statum nicht applikable, ist ausgelassen. Alle zweifelhafte Jura, welche in den Römischen Gesetzen vorkommen, oder von denen Doctoribus gemacht worden, sind revidirt, und solchergestalt ein Jus certum und universale in allen Dero Provinzen statuirt wird.

Der zweite Theil, enthaltend die Lehre von den dinglichen Rechten in acht Büchern, erschien 1751. Der dritte Theil, welcher nach der Vorrede zum ersten Theil S. 12 das Obligationenrecht enthalten sollte, ist durch den Druck nicht bekannt gemacht worden. Die erschienenen beiden Theile haben auch nicht ganz und nicht in allen Provinzen, sondern nur das zweite und dritte Buch des ersten Theils von Ehe- und Vormundschaftssachen, in Ost- und Westpreußen [2]), in der Altmark, Kleve, Ostfriesland, Lingen, Minden, Schlesien, Gesetzeskraft erhalten [3]).

Obwohl nach dem Inhalte der allegirten K. O. v. 31. Dec. 1746 anzunehmen gewesen wäre, daß bei der Redaktion dieses neuen Gesetzbuches das Römische Recht ganz außer Acht gelassen worden, so ist dieses doch keineswegs der Fall gewesen. Schon der Titel des Coccejischen Projektes, noch deutlicher aber die Vorrede desselben [4]), ergeben dies. Es sollte das Römische Recht vielmehr in demselben die Grundlage bilden, und nur in eine bessere Ordnung gebracht, so wie durch klare Bestimmungen gegen Zweifel und Kontroversen sicher gestellt werden. Selbst die Römische juristische Terminologie wurde beibehalten.

---

[1]) Für die Kurmark bestand bereits seit Errichtung der goldenen Bulle (1556) ein privilegium de non appellando, welches unterm 24. Juli 1586 vom Kaiser Rudolph II. durch eine besondere Urkunde bestätigt wurde (C. C. M. Tom. VI. Abth. 1. pag. 119). Dieses privilegium wurde unterm 16. Dec. 1702 von Kaiser Leopold auf alle andere Reichslande des Preuß. Staates bei Objekten unter 2500 Gulden ausgedehnt (C. C. M. Tom. II. Abth. 4. pag. 1), unterm 31. Mai 1746 (N. C. C. Tom. I. pag. 163) illimitirt ertheilt und unterm 15. Febr. 1750 (a. a. O. pag. 167) auch auf die Grafschaft Ostfriesland ausgedehnt. Die Aktenversendung wurde durch die mittelst R. v. 4. April 1746 mitgetheilte K. O. v. 2. ej. m. (C. C. M. Cont. III. pag. 71. No. 10.) beschränkt und durch die mittelst R. v. 1. Juli 1746 mitgetheilte K. O. v. 20. Juni ej. a. (N. C. C. Cont. III. pag. 75. No. 13.) gänzlich abgeschafft.

[2]) Beilage zum Notifikationspatent, betr. die Einrichtung des Justizwesens in den von Preußen in Besitz genommenen Polnischen Landen, Preußen und Pommern, und den zu Groß-Polen gerechneten Distrikten, v. 28. Sept. 1772. No. V. u. Abschnitt II. (N. C. C. Tom. V. b. p. 451, Rabe Bd. 1. Abth. 4. S. 344 und 355.)

[3]) Simon a. a. O. S. 195.

[4]) Vergl. §. 30. der Vorrede zum Projekte.

Der ganze Entwurf hat mehr die Gestalt eines Lehrbuches, als die eines Gesetzbuches.

Der im Jahre 1755 erfolgte Tod des Großkanzlers v. Cocceji und der Ausbruch des siebenjährigen Krieges (1756) waren die Veranlassung, daß die ganze legislatorische Arbeit in Stocken gerieth. Die Fortführung des Unternehmens ruhete hierauf bis zum Jahre 1780. Der bekannte Rechtsfall des Müller Arnold [1]) gab die nächste Veranlassung zu dessen Wiederaufnahme. Der bisherige Großkanzler v. Fürst erhielt unterm 11. Dec. 1779 seine Entlassung und am 25. ej. m. wurde der bisherige Schlesische Justizminister v. Carmer zu seinem Nachfolger ernannt [2]). Dieser erstattete unterm 4. April 1780 an Friedrich den Großen über den Zustand der Gesetze und darüber Bericht, was bisher zu deren Verbesserung geschehen, und noch zu thun übrig sei. Darauf erging die vorläufige K. O. v. 6. April 1780 [3]), worin es unter Anderm heißt:

»Im dritten Punkt, und was Ihr da wegen der Gesetze erwähnt, so habt Ihr auch darin groß Recht, daß die Sammlung von Kaiser Justinian und seinem Kanzler bei weitem nicht vollkommen ist. Dabei aber muß Ich Euch sagen, daß gewisse Gebräuche in den differenten Provinzen sind, wo also kein General-Gesetz zu machen steht rc. Anlangend hiernächst Euren Vorschlag, wie eine Verbesserung der Gesetze vorzunehmen, so bin Ich davon völlig zufrieden. Es kommt nur darauf an, welches besser ist, dazu Leute aus den Kollegiis oder Professores dazu zu nehmen, nur sind die Letztern immer zu weitläuftig, und also glaube Ich, wenn Wir dazu habile, ehrliche und recht zuverlässige Leute aus den Kollegiis nehmen, daß Wir besser und weiter damit kommen; das dependirt nun bloß von Eurer nähern Ueberlegung, wie Ihr das zum Besten findet, so kann das gemacht werden, und daß Ihr dabei das Recht der Natur vor die Römischen Rechte vorziehet, damit habt Ihr auch ganz Recht rc. rc.«

Hierauf folgte die ausführliche bekannte K. O. v. 14. April 1780 [4]), welche als die Grundlage des neuen Gesetzbuchs anzusehen ist. Der Großkanzler v. Carmer erhielt darin den Auftrag, die einer jeden Provinz eigenthümlichen Rechte in besondere Gesetzbücher sammeln zu lassen, und außerdem ein allgemeines subsidiarisches Gesetzbuch in Deutscher Sprache zu verfassen, worin aus dem Römischen Rechte das Wesentliche, mit dem Naturrechte und der Landesverfassung Uebereinstimmende aufgenommen, das Unnütze weggelassen, und die schon vorhandenen Landesgesetze gehörigen Orts eingeschaltet werden sollten. Das Coccejische Projekt des Corporis juris Fridericiani wurde ganz mit Stillschweigen übergangen.

Der Großkanzler v. Carmer schritt unverzüglich zur Ausführung des ihm aufgetragenen legislatorischen Werkes. Er erwählte zu seinen Gehülfen dabei:

1) den Kammergerichtsrath Baumgarten,
2) den Oberamtsregierungsrath Suarez,
3) den Schlesischen Generalfiskal Pachaly,
4) den Doctor juris Volkmar [5]), und später noch
5) den Geh. Obertevisions- und Kammergerichtsrath, nachmaligen Justizminister Kircheisen,
6) den Breslauer Stadtgerichts-Assessor und Oberamtsregierungs-Assistenzrath Klein,
7) den Kammergerichtsrath Goßler.

---

[1]) Vergl. über denselben: v. Dohm's Denkwürdigkeiten meiner Zeit, Bd. 1. S. 534—584, Euler a. a. O. S. 15. §. 8., Dr. Sengebusch, historisch rechtliche Würdigung der Einmischung Friedrich's des Großen in die bekannte Rechtssache des Müller Arnold. Altona 1829.

[2]) Ueber diese Katastrophe und überhaupt über das Verhältniß v. Carmers zu Fürst und Rebeur giebt des Letzteren Broschüre Aufschluß: »Ueber den ungünstigen Anfang der v. Carmerschen Justizverfassung. Ein Fragment zur Justizgeschichte unter Friedrich dem Einzigen. Auch über den Einfluß des Allgem. Nationalgesetzbuches in das Wohl der Menschheit, von Chr. L. v. Rebeur, vormal. Preuß. Kammerger. Präsid. Lemgo 1789. Mit dem Motto: Nec sic mea fata premuntur, ut nequeam relevare caput. Lucanus.«

[3]) Jahrb. Bd. 46. S. 225.

[4]) N. C. C. Tom. VI. Kol. 1935, Rabe Bd. 1. Abth. 6. S. 439. Im Auszuge auch in Sievert Heft 3. S. 3. Auch abgedruckt im ersten Bande des Corp. juris Frider.

[5]) Ein junger, erst 1777 von der Universität abgegangener Mann, welcher sich für die Praxis erst ausbildete. Seit dem Sommer 1782 wurde er nicht mehr zur Theilnahme gezogen. (Vergl. Euler a. a. O. S. 24.)

Außerdem bildete er, wie der König ebenfalls in der K. O. v. 14. April 1780 angeordnet hatte, ein permanentes Kollegium unter dem Namen Gesetzkommission[1]).

Nach dem, von dem Könige vollzogenen Plane (§. 3.) sollte bei Abfassung des allgemeinen Gesetzbuches das Corpus juris vom Kaiser Justinian zum Grunde gelegt werden, »weil dasselbe in Sr. Königl. Maj. Landen als ein subsidiarisches Recht durchgehends angenommen, an und für sich das vollständigste, auch in den meisten seiner Entscheidungen dem Rechte der Natur und der Billigkeit gemäß sei.«

Zu diesem Zwecke wurde, den §§. 17. und 18. des Planes zufolge, ein Auszug aus den Institutionen, den Pandekten und dem Kodex, und zwar von dem Dr. Volkmar, nach einer von Suarez hierzu entworfenen Instruktion, gemacht, und außerdem wurden Excerpte aus den vorhandenen Landesgesetzen und Sammlungen streitiger Rechtsfälle von demselben angefangen und von Pachaly beendigt. Auf Grund dieser Volkmar- und Pachaly'schen Arbeiten, brachte Klein die Fassung in Vorschlag. Diese Vorschläge (s. g. Materialien des Assistenzraths Klein) wurden theils vom Großkanzler v. Carmer selbst, theils von Suarez, Baumgarten, Goßler, Kircheisen durchgesehen, monirt, und nach den bei der Konferenz gefaßten Beschlüssen geändert. Auf Grund dieser geprüften und geänderten Vorschläge wurde der Erste Entwurf, größtentheils von Suarez, theils von Klein, ausgearbeitet, und den fünf Mitgliedern der Gesetz-Kommission (Scherer, Könen, Scholz, Heidenreich und Lamprecht) ad monendum zugefertiget. Die eingekommenen Erinnerungen derselben wurden von Suarez beurtheilt und dem Großkanzler speziell schriftlich vorgetragen. Nach den Beschlüssen arbeitete Suarez den Entwurf so um, wie er von 1784—1788 in Sechs Abtheilungen, unter dem Titel:

Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten,

im Drucke erschienen ist.

Ueber diesen Entwurf wurden die Meinungen und Erinnerungen des Publikums und sachverständiger Personen eingeholt. Dies geschah:

1) durch spezielle Aufforderungen an bestimmte Personen;
2) durch die in der Vorerinnerung zur ersten Abtheilung des ersten Theils, v. 24. März 1784 enthaltene öffentliche Aufforderung an philosophische Rechtsgelehrte und praktische Juristen;
3) durch Zusendung der einzelnen Abtheilungen an die Landes-Justizkollegien mit dem Auftrage, ihre Bemerkungen darüber einzusenden;
4) durch Einholung der Erinnerungen der Stände[2]);
5) durch Verhandlungen und Berathungen des Großkanzlers mit anderen Staatsbehörden über spezielle, zu deren Ressort gehörige, Zweige der Staatsverwaltung, wie z. B. mit dem General-Direktorium über die Materien, betreffend das Zunft- und Innungs-Wesen, die Regalien, das Bergrecht, das Handlungsrecht rc.[3]).

Aus den zahlreich eingegangenen Gutachten, Erinnerungen und Bemerkungen wurde in der Zeit von 1787—1790 ein Extrakt, nach der Ordnung des gedruckten Entwurfs gemacht. Diese Arbeit wurde den drei Kammergerichts-Assessoren: Eggert dem älteren und jüngeren und Silberschlag, und, nach dem Abgange des ersteren, dem Kammergerichts-Assessor Beyme, unter unmittelbarer Direktion des Geh. Justiz- und Kammergerichtsrathes v. Grolman aufgetragen. Ebenso besorgte später der Geh. Ob. Rev. Rath Goßler einen Auszug der Bemerkungen über das Sachenrecht, und sowohl v. Grolman beim Personen-, als Goßler beim Sachenrechte, fügten auf dem Rande eines jeden extrahirten moniti ihr Gutachten hinzu. Suarez schrieb sodann, nach der Ordnung des Extrakts, eine ausführliche Relation über die Revision der Monita (Suarez Revision der Monitorum), und arbeitete gleichzeitig den Entwurf, mit Ausnahme des Titels vom Kaufmannsrecht und vom Post- und Bergwerksregal, welche Goßler von neuem redigirte, und des Strafrechts, ganz um. Dabei wurde auch das System verändert. In dem gedruckten Entwurfe hatte man nach dem Muster der Lehrbücher, das Personenrecht vorangestellt. In dem umgearbeiteten Entwurfe, welcher als Manuskript des Gesetzbuchs zu betrachten ist, schickte man das Sachenrecht dem Personenrechte voran, welche Ordnung von vielen Monenten vorgeschlagen worden war[4]). Ferner zerfällt jeder der beiden Theile des gedruckten Entwurfs in drei Abtheilungen, und jede der letzteren des ersten Theils (Personenrechts) in Titel, welche von Eins anfangen; das Sachenrecht dagegen hat fortlaufende Titel. In dem umgearbeiteten Entwurfe ließ man die Abtheilungen fortfallen, und gab den Titeln fortlaufende Zahlen. Sodann hat der gedruckte Entwurf eine, beiden Theilen gemeinsame, Einleitung, und der zweite Theil (das Sachenrecht) hat eine besondere Einleitung. Der umgearbeitete Entwurf behielt die allgemeine Einleitung; den heutigen ersten Titel: von Personen und deren Rechten überhaupt, setzte man als besondere Einleitung zum Personenrecht hinzu; darauf ließ man die schon im gedruckten Entwurfe vorhandene besondere Einleitung zum Sachenrecht als zweiten Titel: von Sachen und deren Rechten überhaupt, etwas verändert folgen, und machte aus den allgemeinen Bestimmungen über Handlungen, als einer Art von Sachen, einen besondern Titel: den dritten, unter der Ueberschrift: von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten, welcher eigentlich eine Fortsetzung des zweiten Titels ist. So erhielt der erste Theil oder das Sachenrecht 23 Titel, der zweite Theil oder das Personenrecht 20 Titel.

Dieser umgearbeitete Entwurf wurde nach und nach, sobald man mit den einzelnen Theilen fertig geworden war, in der Zeit von 1789—1791 den vorhin genannten fünf Mitgliedern der Justizdeputation der Gesetzkommission, und einigen Mitgliedern der Finanzdeputation dieser Kommission zur Prüfung vorgelegt.

Besondere Rücksicht nahm man bei dem Kaufmanns- und Seerechte auf die Bemerkungen des Professor Büsch in Hamburg, der schon auf den ersten Entwurf bedeutenden Einfluß gehabt, und dem man auch den umgearbeiteten Entwurf zur Prüfung mitgetheilt hatte[5]). Ueber mehrere Punkte holte man die Königl. Entscheidung ein[6]). Die von den Monenten aufgestellten Erinnerungen wurden von Suarez revidirt, hierauf in Konferenzen unter dem Vorsitze des Großkanzlers, mit Zuziehung der Mitglieder der Gesetzkommission mündlich erörtert, und die conclusa des Großkanzlers ad marginem der Revision von Suarez niedergeschrieben. Auf den Grund dieser Beschlüsse, der Korrespondenz mit anderen Behörden, und der über einzelne Punkte ergangenen Königl. Entscheidungen wurde der umgearbeitete Entwurf von Suarez abgeändert. Die hier erwähnten Erinnerungen der Mitglieder der Gesetzkommission nebst deren Revision durch Suarez und der conclusio des Großkanzlers, desgl. Suarez letzte Revision der Tit. 1—9. Th. I. des Allgem. Gesetzbuches, sowie die hierauf bezüglichen Korrespondenzen und Berichte, sind in den v. Kamptz'schen Jahrb. Bd. 52. S. 1ff. veröffentlicht worden.

Der auf diese Art abgeänderte Entwurf wurde hierauf mit Genehmigung des Königs, welche mittelst K. O. v. 31. Dec. 1789 ertheilt wurde, gedruckt. Das Werk verließ im Junius 1791 die Presse, wurde durch das Publikations-Patent v. 20. März 1791[7]) unter dem Titel:

Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten,

welches v. 1. Juni 1792 an Gesetzeskraft erhalten sollte, publizirt, und mittelst Cirkular-Reskripts v. 20. Juni 1791 den Landes-Justizkollegien zur Befolgung zugesandt. Noch vor Eintritt dieses Termins befahl die K. O. v. 18. April 1792[8]), auf den Antrag des Schlesischen Justizministers v. Dankelmann, die durch ein

[1]) Die Verfassung und der Geschäftskreis dieser Gesetzkomm. wurden durch das Pat. v. 29. Mai 1781 (N. C. C. Tom. VII. pag. 337, Rabe Bd. 1. Abth. 6. S. 506) bestimmt.
[2]) In Gemäßheit der K. O. v. 27. Aug. 1786. Klein Bd. 1. S. XXIX.
[3]) Ueber die Einzelheiten, vergl. Simon a. a. O. S. 212—225.

[4]) Simon a. a. O. S. 229.
[5]) Deshalb sind die klassischen Schriften des Professor Büsch für das Preuß. Recht von besonderem Interesse.
[6]) Die einzelnen Punkte sind aufgezählt von Simon a. a. O. S. 233.
[7]) Klein Bd. 8. S. XXXIX.
[8]) Abgedruckt in den Jahrb. Bd. 52. S. 140. Vergl. auch das R. v. 5. Mai 1792. (N. C. C. Tom. IX. Col. 977, Rabe Bd. 2. S. 314.)

Avertissement v. 5. Mai 1792 bekannt gemachte Suspension auf unbestimmte Zeit, weil das Publikum nicht Zeit genug gehabt hätte, sich mit dem Inhalte des Gesetzbuches bekannt zu machen. Durch die K. O. v. 17. Nov. 1793[1]) wurde dem Großkanzler die Umarbeitung des Gesetzbuches, welches den Titel:

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten

erhalten solle, aufgetragen, mit der Anweisung: dabei alle Sätze, die das Staatsrecht und die Regierungsform betreffen, imgleichen alle neue, aus den bisher bestandenen Gesetzen nicht fließende und zu deren Bestimmung und Ergänzung nicht dienende, Vorschriften wegzulassen. Eine zweite K. O. v. 18. Dec. 1793 bezeichnete die Stellen, welche abgeändert oder weggelassen werden sollten, näher[2]), und verordnete die schleunige Vollziehung des Befehls; denn Se. Majestät gewärtigten ein, nach diesen Vorschriften rektifizirtes Exemplar des ersten Theils der bereits gedruckten Ausgabe binnen 14 Tagen, und die übrigen Theile sämmtlich noch im Laufe des folgenden Monats[3]). Die Ausführung geschah, unter Zuziehung des Staatsministers v. Goldbeck, mit großer Schnelligkeit; denn schon am 4. Jan. 1794 überreichte der Großkanzler den revidirten Ersten Band des Allgemeinen Gesetzbuches, am 21. Jan. den Zweiten, am 28. den Dritten, und am 4. Febr. den Vierten.

Die Revision geschah in der Art, daß Suarez sämmtliche Bestimmungen des Allgemeinen Gesetzbuchs, die wirklich oder scheinbar von dem bisherigen Rechte abwichen, und diejenigen Stellen, welche das Staatsrecht und die Regierungsform betrafen, nochmals ausführlich erörterte. Diese Aufsätze wurden, nachdem der Minister v. Goldbeck Anmerkungen dazu gemacht hatte, größtentheils im versammelten Staatsrathe vorgetragen und erörtert, und die darauf gefaßten Beschlüsse schrieb Suarez nieder. Dieser Theil der Arbeiten der Redaktoren, welcher für eine große Anzahl von Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts ein vorzüglich schäzbarer Kommentar ist, ist unter dem Titel: Suarez amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des Allgemeinen Landrechts, dem Publikum vollständig, d. h. mit den Anmerkungen des Justizministers v. Goldbeck, den im Staatsrathe gefaßten Beschlüssen, so wie den an den König erstatteten Berichten mitgetheilt worden[4]).

Mit dem am 4. Febr. überreichten letzten Bande wurde zugleich das Publ. Pat., von des Königs Majestät schon am folgenden Tage, den 5. Febr. 1794 vollzogen, vorgelegt. Nach den vorgeschlagenen und genehmigten Abänderungen wurde das ganze Werk umgedruckt, und mittelst des gedachten Patents als

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten,

v. 1. Juni 1794 an geltend, promulgirt.

Die Abänderungen druckte man zum Gebrauche für die Besitzer des Allgemeinen Gesetzbuches besonders.

II. System. Form. Plan. Methode und Ordnung.

Suarez, Inhalt der Preuß. Landesgesetze. (Siewert Hft. 1. S. 1—32.)
Gans, Beiträge zur Revision der Preuß. Gesetzgebung, Bd. 1. Einl. S. 1 bis 17.
Bornemann, über die wahrhaft geschichtliche Entstehung und Bedeutung des Preuß. Rechts in materieller und formeller Beziehung. (Gans Bd. 1. Hft. 3. S. 195 ff.)
Dessen, Systemat. Darstellung des Preuß. Civilrechts, Bd. 1. S. 133 §. 13. 2. Ausg. Bd. 1. S. 10 ff. §. 3. (Charakteristik der Redaktion des Preuß. Landrechtes in Bezug auf Materie und Form.)
Göschel, zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsakten eines Juristen. (Bd. 1. S. 525—548, das System des Preuß. Landrechts.)

1) Die äußere Form und die Eintheilung ist dieselbe geblieben, welche man dem umgearbeiteten Entwurfe gegeben hatte. Das ganze Werk zerfällt in 2 Theile. Der erste Theil hat 23, der zweite Theil 20 Titel. Die meisten Titel zerfallen wieder in Abschnitte; die Zahl der Paragraphen ist immer durch den ganzen Titel durchlaufend.

2) Der Plan bei Abfassung des Gesetzbuches war, nicht bloß die Grundsätze des Civilrechts zusammenzutragen, sondern einen so viel wie möglich vollständigen allgemeinen Kodex zu liefern; denn das allgemeine Gesetzbuch sollte die Vorschriften enthalten, durch welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Mitglieder des Staats überhaupt, sowohl gegen den Staat, als unter sich selbst, bestimmt werden[1]). Daher enthält das Allgemeine Landrecht, neben dem Privatrechte, auch Materien aus dem Staats- oder Regierungs-Rechte, und aus dem Polizeirechte, das Kirchenrecht und das Criminalrecht. Die Ausführung ist jedoch schwankend geblieben, und in den Materien des öffentlichen Rechts unvollständig ausgefallen. Hauptsächlich ist das Landrecht für privatrechtliche Verhältnisse bestimmt.

Sodann lag es nach den damals vorherrschenden Ansichten im Plane, das Recht jedem Einwohner zugänglich zu machen, weshalb man die Rechtssätze in einer populären Sprache ausdrücken wollte. Denn man versprach sich von Deutschen Gesetzen in solcher Sprache den Vortheil, daß nun ein Jeder sich in den Besitz juristischer Kenntnisse setzen, und die große Zahl von Prozessen, welche angeblich aus der Rechtsunwissenheit entstand, künftig fortfallen werde[2]). Mit diesem Streben nach Popularität und Verdrängung der Wissenschaft hängt die Verbannung der Individualität der Rechts-Institute, und der eigenthümlichen Klagen, wodurch gewisse Rechtssätze mit den Rechtsinstituten in Verbindung gehalten werden, zusammen[3]). Man wollte Alles auf allgemeine und abstrakte Sätze zurückführen[4]). Die Folge davon ist, daß das Landrecht zugleich viel Doktrinelles enthält, und Aehnlichkeit mit einem Lehrbuche des Rechts erhalten hat.

3) Ein jedes Gesetzbuch muß in einer gewissen, von einem Grundgedanken geregelten Ordnung, die einzelnen Materien aufeinander folgen lassen. Unwesentlich ist es, welcher Gesichtspunkt dabei genommen worden ist, denn ein Gesetzbuch kann die einzelnen Sätze nicht alle in dem Zusammenhange darstellen, in welchem sie unter sich nach ihren verschiedenen Beziehungen stehen. Es ist genügend, wenn die Reihefolge, von dem genommenen Gesichtspunkte aus betrachtet, eine natürliche ist[5]). Diese Ansprüche haben die Redaktoren völlig befriedigt.

Anfänglich wollte man das ganze Werk in drei Theile theilen, wovon:

der erste das Personenrecht,
der zweite das Sachenrecht,
der dritte solche Rechtswahrheiten, welche weder in das Personen- noch Sachenrecht allein gehören, sondern beiden gemeinschaftlich sind, und worunter man besonders die Lehre von den Kontrakten und den Testamenten vortragen wollte,

enthalten sollte[6]). Später änderte man diesen Plan dahin, daß der zweite und dritte Theil mit einander verschmolzen wurden. Die Beweggründe dazu hat der Großkanzler in einem Schreiben an den Präsidenten v. Levenar zu Magdeburg angegeben[7]). Er betrachtete die Kontrakte als Titel zur Erwerbung eines dinglichen Rechts, und mithin als zum Sachenrecht gehörig. Aus demselben Grunde, weil

---

[1]) Abgedruckt in den Jahrb. Bd. 52. S. 141 ff.
[2]) Eine Zusammenstellung der veränderten oder weggelassenen Stellen des Allgemeinen Gesetzbuchs, vergl. bei Siewert Hft. 1. S. 143, Klein Bd. 12. S. 191.
[3]) Simon a. a. O. S. 236.
[4]) Jahrb. Bd. 41. Hft. 1. Abschn. 1.

[1]) Entwurf, Einleitung zu Thl. I. §. 1. — Vergl. die Vorerinnerung des Großkanzlers v. Carmer dazu, S. 5, 7, 8.
[2]) Dabei berechnete man nicht, daß bei weitem die allergeringste Anzahl von Prozessen, damals wie noch jetzt, aus Rechtsfragen entstehen, die große Masse vielmehr aus faktischen Streitigkeiten, oder aus bösem Willen, oder aus Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hervorgeht, mithin durch keine Vollkommenheit der materialen Gesetzgebung beseitigt werden kann.
[3]) A. G. O. I. 5. §. 20. Vergl. J. W. 1836 S. 461 Nr. 28.: Auch im Preuß. Rechte hat die Lehre von den Aktionen praktischen Werth.
[4]) Dieser Hang zum Generalisiren und zu Abstraktionen findet sich auch im Ausdruck. So wird z. B. des Königs Majestät immer Oberhaupt genannt. Man glaubte, jeder abstrakte Ausdruck sei besser als der besondere, und so gebrauchte man das Abstraktum für das Konkretum.
[5]) Darum läßt sich auf die Stellung, welche einem Satze in der Ordnung angewiesen worden ist, für die Erklärung höchst selten eine Bedeutung legen.
[6]) Entwurf, Thl. I. Abth. 1. S. 13 und 14.
[7]) Simon a. a. O. S. 205.

durch letztwillige Dispositionen ein Recht auf eine Sache, es sei nun auf die ganze Erbschaft, oder auf einen Theil derselben, oder auf eine dazu gehörige Sache oder Summe an Jemand gelange, brachte er auch die Lehre von letztwilligen Verordnungen in das Sachenrecht. Man dachte dabei immer an die Ordnung eines systematischen Lehrbuchs. Denn auch in diesem Schreiben sagt der Großkanzler: »Ich weiß wohl, daß dies Arrangement von der bisherigen gewöhnlichen Anordnung der Materien in juristischen Lehrbüchern abweicht; es scheint mir aber in der Natur der Sache, und der Folge der Ideen selbst seinen Grund zu haben.« Die Methode des Landrechts beruht aber eigentlich auf dem Begriffe von Recht in subjektiver Bedeutung (Befugniß). Er ist der Grundstein des Gebäudes, und der Grundgedanke ist dieser: Jedes Recht erfordert ein Subjekt und ein Objekt. Das Subjekt ist der Mensch, das Objekt aber endlich immer eine Sache. Die Rechtssätze des gesammten Rechtsgebietes beziehen sich daher immer auf Eines von diesen Beiden. Das Rechtssystem zerfällt folglich in zwei Haupttheile: in das Personenrecht, und in das Sachenrecht. In das Sachenrecht gehören daher, außer denjenigen Bestimmungen, welche sich auf die Sachen unmittelbar beziehen, die Lehren von den Verbindlichkeiten, sowohl aus Willenserklärungen überhaupt, als auch aus Verordnungen von Todeswegen, Erbesantretungen u. s. w., als aus unerlaubten Handlungen, denn sie beziehen sich endlich immer auf Erwerbung, Erhaltung, Uebertragung oder Verlust einer Sache. In das Personenrecht dagegen gehört, außer Demjenigen, was sich auf den Status bezieht, auch alles Dasjenige, was die Bildung und Erziehung (Kirchen, Schulen, Universitäten), den Schutz und die Erhaltung der Menschen (Gesellschaften, Staat), und Mittel zur inneren und äußeren Sicherheit und Ordnung (Vormundschafts-, Armen- und Straf-Wesen), angeht. Hiernach zerfällt das Landrecht in zwei Theile.

Der erste Theil enthält, außer den erwähnten drei Präliminar-Titeln:

I. in dem 4., 5. und 6. Titel die allgemeinen Lehren von Willenserklärungen, von Verträgen und vom Schaden;
II. in den Titeln 7—16. die Lehre vom Eigenthum, und zwar:
 1) Tit. 7. und 8. vom Besitz und Eigenthum überhaupt,
 2) Tit. 9—13. die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums, nämlich:
  a) Tit. 9. von den unmittelbaren Erwerbungsarten,
  b) Tit. 10. von der unmittelbaren Erwerbung, und Tit. 11. und 12. von den Titeln dazu;
  c) Tit. 13. die Lehre von der Erwerbung durch Stellvertreter mit und ohne Auftrag:
 3) Tit. 14. die Lehre von der Erhaltung des Eigenthums,
 4) Tit. 15. die Lehre von der Verfolgung desselben,
 5) Tit. 16. die Lehre von dem Verlust der Rechte;
III. im Tit. 17. u. 18. die Materie von den verschiedenen Arten des Eigenthums;
IV. im Tit. 19—23. die Lehre von den übrigen Rechten an Sachen.

Der zweite Theil handelt

I. im Tit. 1—5. von den Rechten der Personen in Beziehung auf die Familie;
II. im Tit. 6—17. von den Rechten der Personen in Beziehung auf bürgerliche Gesellschaften, nämlich:
 1) Tit. 6. von Korporationen,
 2) Tit. 7. von Dorfgemeinden,
 3) Tit. 8. von Stadtgemeinden und den bürgerlichen Gewerben,
 4) Tit. 9. vom Adelstande,
 5) Tit. 10. von Staatsdienern (Kollegien),
 6) Tit. 11. von Kirchengesellschaften,
 7) Tit. 12. von Universitäten und Schulen,
 8) Tit. 13—17. vom Staate;
III. im Tit. 18—20. von der Pflege und dem Schutze der Personen, und zwar:
 1) Tit. 18. von Vormundschaften,
 2) Tit. 19. von Armenanstalten,
 3) Tit. 20. von Verbrechen und Strafen.

Die äußere Ordnung, in welcher das Landrecht das gleichzeitig Mannichfaltige aneinanderreiht, ist jedoch, wie schon angedeutet worden, durchaus kein Zeugniß für die innere Verwandtschaft der zusammengestellten Rechtsinstitute; sie ist lediglich nach Wirkungen und Zwecken der Letzteren bestimmt, so daß in derselben Rechtsinstitute zusammengestellt sein, oder unmittelbar auf einander folgen können, welche nach Begriff und Wesen ganz verschieden sind und in einer, nach diesem Gesichtspunkte geregelten Ordnung eine ganz andere Stellung haben würden. Man darf daher z. B. nicht glauben, daß, weil die Testamente unter den Titeln zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums aufgezählt und abgehandelt werden, darum auch die Tradition erforderlich sei, um das Eigenthum der vermachten Gegenstände zu erwerben, oder daß das Retentionsrecht ein dingliches Recht sei, weil es bei dem Pfandrechte abgehandelt ist. Die Natur und das Wesen der Rechtsinstitute konnte bei der Auffuchung der Methode für ein Gesetzbuch von dem Umfange des Allg. Landrechts nicht leiten; die innere Verwandtschaft konnte die Reihefolge der Materien bei einem Werke nicht bestimmen, welches nicht bloß, wie z. B. der Französische Kodex [1]), nur das Privatrecht, sondern das ganze Rechtsgebiet umfassen soll; für ein solches Gesetzbuch mußte ein weiterer Gesichtskreis und ein anderer Eintheilungsgrund gewonnen werden, um die Anordnung der Materien durch einen einzigen Grundgedanken zu regeln.

III. Verhältniß zu den übrigen Gesetzbüchern [2]).

Das Allg. Landrecht enthält, seiner Bestimmung nach, das materiale Recht; die Allg. Gerichtsordnung hauptsächlich das Formelle. Damit ist das Verhältniß beider Gesetzbücher zu einander schon bestimmt. Die Rechtssätze sind aber nicht so strenge zu sondern, daß nicht das Eine einzelne Bestimmungen enthielte, welche eigentlich in das Andere gehörten. Die Allg. Gerichtsordnung enthält aber auch mit Vorbedacht ganze Materien, z. B. die Vorrechtsordnung, die Lehre von der Kompetenz, der Cessio bonorum ꝛc. ꝛc., welche nicht zur formalen Gesetzgebung gehören. Es finden sich daher wohl scheinbare oder wirkliche Kollisionen. Als Regel gilt dabei, daß das Allg. Landrecht den Vorzug hat, weil es jünger als die Gerichtsordnung ist; jedoch giebt es davon auch Ausnahmen. Dasselbe gilt von dem Verhältniß des Allg. Landrechts zur Hypotheken- und zur Depositalordnung. Die Kriminalordnung hat dagegen als jüngeres Gesetz in Kollisionsfällen wieder vor dem Allg. Landrecht den Vorzug.

IV. Ausgaben und Auflagen.

v. Strampff, über die Ausgaben und Auflagen des A. L. R. für die Preuß. Staaten, in Simon's und v. Strampff's Zeitschrift ꝛc. Bd. 1. S. 214.

Die Geschichte der Ausgaben des Allg. Landrechts ist, ungeachtet dieses Werk unter den Augen eines großen Theils des jetzigen Publikums entstanden ist, dunkel.

I. Die erste Ausgabe ist die doppelte, unter dem Titel eines Allgemeinen Gesetzbuchs, v. J. 1791, die eine mit Lateinischer, die andere mit Deutscher Schrift, 4 Bde. in gr. 8., Berlin bei Decker.

Im Jahre 1792 sollte bei Pauli eine zweite Auflage[3]) mit einem Register-Bande erscheinen; es ist jedoch ungewiß ob sie gedruckt worden ist[4]); das Register erschien besonders unter dem Titel:

Register zum allgemeinen Gesetzbuch für die Preuß. Staaten; Berlin 1792, bei J. Pauli. 8.

welches mehrmals aufgelegt worden ist.

In demselben Jahre ist aber noch eine dritte Auflage erschienen in drei Bänden; Berlin bei Decker.

II. Die zweite Ausgabe ist die des Allg. Landrechts. Es ist nicht klar: ob 1794, wo das Allg. Landrecht publizirt wurde, ein besonderer Abdruck erschienen ist, oder ob man die vorhandenen Exemplare der Auflage des Gesetzbuches von 1792 abgeändert hat.

---

[1]) Ueber die Verschiedenheit der Form des Franz. Civil-Kodex und des Preuß. A. L. R. ꝛc. Klein, Bd. 25. S. 254 ff.

[2]) Die einzelnen Antinomien, welche sich in den verschiedenen Rechtsbüchern des Preuß. Rechts vorfinden, sind bei den betr. Paragraphen berücksichtigt worden, worauf daher hier verwiesen wird.

[3]) Eine Auflage ist ein unveränderter Abdruck in ebendemselben Format; eine neue Ausgabe aber ist ein neuer Abdruck in verändertem Format oder mit Veränderung im Inhalte. (A. L. R. I. 2. §§. 1011. 1012.)

[4]) v. Strampff a. a. O. S. 216.

1) Es giebt jedoch Deutsch und Lateinisch gedruckte Landrechte mit der Jahreszahl 1794, im Verlage bei Pauli und Decker, und bei G. J. Decker und Sohn zu Berlin; vermuthlich sind dies aber auch Exemplare des Gesetzbuchs von 1792, mit verändertem Titel und Publikationspatente, und mit eingelegten Kartons.

2) Eine andere, auf dem Titelblatte als eine dritte bezeichnete, Auflage ist v. J. 1796; Berlin bei Pauli.

Die Abänderungen sind für die Besitzer des Gesetzbuches besonders gedruckt unter dem Titel:

Patent wegen Publikation des A. L. R. für die Preuß. Staaten, d. d. 5. Febr. 1794; und

Anzeige der bei der Revision des Allgemeinen Gesetzbuches auf Se. Maj. allergnädigsten Befehl erfolgten Veränderungen, zum Gebrauche für die Besitzer der ersten Auflage.

III. Die dritte Ausgabe erschien 1804 unter dem Titel: Allg. Landrecht für die Preuß. Staaten. Neue Ausgabe. Berlin 1804, bei G. C. Nauck.

Die Veränderung besteht darin, daß der im Jahre 1803 erschienene Anhang zum A. L. R. eingeschaltet und ein eigenes Publ. Pat. zu dieser neuen Auflage v. 1. April 1803 erlassen und vorgedruckt ist.

IV. Eine vierte neue Ausgabe erschien 1806 bei Nauck. Sie weicht von der vorigen ab:

1) darin, daß in dem ersten Titel des zweiten Theils die Zählung der Paragraphen um 12 niedriger ist. Aus dem Gesetzbuch waren nämlich bei der Revision die §§. 860. — 869. und die §§. 923. und 926. gestrichen worden. Bei der ersten Ausgabe des Landrechts hatte man dieselben weggelassen, die Zählung aber beibehalten, so daß auf §. 859. gleich §. 870., auf §. 922. der §. 924. und auf §. 925. gleich §. 927. folgte. Diese Lücken wurden bei der Ausgabe v. 1806 durch Abänderung der Zahlen beseitigt.

2) darin, daß der zwanzigste Titel des zweiten Theils weggelassen wurde. Derselbe ist für die Besitzer dieser Ausgabe unter dem Titel:

Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten, zweiter Theil, Zwanzigster Titel, von den Verbrechen und deren Strafen: neuer unveränderter Abdruck; für die Besitzer der letzten Auflage des A. L. R. vom Jahr 1806. Berlin 1817, bei Nauck.

besonders gedruckt worden.

Man weiß nicht, ob bis zum Jahre 1817 noch andere Auflagen erschienen sind; denn der bekannte nächste Abdruck ist

V. die im Jahre 1817 bei Nauck erschienene neue Ausgabe. Die Veränderung besteht darin, daß der zwanzigste Titel des zweiten Theils wieder aufgenommen ist[1]).

VI. Eine abermalige neue Ausgabe erschien 1821 bei Nauck.

Die Veränderungen bestehen in den Zusätzen, welche das Inhaltsverzeichniß in Beziehung auf den Anhang hat, ferner in der Hinzufügung der alten Paragraphenzahlen in dem ersten Titel des zweiten Theils, nach der Zahl der ersten Ausgaben, in Parenthese neben den neuen Zahlen, zur Erleichterung der Auffindung alter Allegate; endlich in den folgenden Abänderungen im Texte:

a) im §. 26. Tit. 1. Thl. I., ist das hinter dem Worte »Ortes« stehende Komma fortgelassen;
b) im §. 63. Tit. 12. Thl. I. ist statt des Allegats »§. 138.« die richtige Zahl 136. gesetzt;
c) im §. 295. Tit. 18. Thl. II. ist der Druckfehler »fünfte« in »vierte Klasse« verbessert;
d) im §. 1177. Tit. 20. Thl. II. ist hinter dem Worte »Kirchen« das Verbindungszeichen fortgelassen[2]).

Von dieser Ausgabe giebt es noch drei Auflagen
1) v. J. 1825 bei Nauck;
2) v. J. 1828 bei Nauck;
3) v. J. 1832 bei Nauck.

[1]) Ueber den Preis und Debit dieser Ausg. des Landrechts: R. v. 14. Juli 1820. (Jahrb. Bd. 16. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 1.)

[2]) Wegen der angegebenen Veränderungen nennen sich die Ausgaben Nr. IV. bis VI., nach dem Begriff des Landrechts, ganz richtig neue Ausgaben. v. Strampff hält diese Bezeichnung für unrichtig, und die Abdrücke nur für Auflagen. (S. 227 a. a. O.)

Um die in der Auflage v. J. 1832, so wie in den früheren Auflagen befindlichen Druckfehler in der neu angeordneten Ausgabe (sub VII.) zu vermeiden, ward dem Buchhändler Nauck mittelst R. v. 5. Mai 1834 (Jahrb. Bd. 43. S. 445, Gräff Bd. 8. S. 3) ein Verzeichniß derselben zugefertigt. Dies Verzeichniß ist jedoch nicht vollständig. (Vergl. J. Z. 1832 S. 58 und 1834 S. 995.)

Ein vollständiges Verzeichniß der in den verschiedenen Ausgaben des A. L. R. befindlichen Druckfehler ist durch das R. vom 29. Dec. 1833 (Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1) bekannt gemacht worden. Stückweise befindet sich dasselbe Verzeichniß in der J. W. 1837 S. 586—588, 680—682, 717—719; 1838 S. 96—101.

Vergl. auch:

Dr. A. W. Ziehm, Verzeichniß der unrichtigen Allegate und der den Sinn entstellenden oder das Verständniß erschwerenden Druckfehler in den verschiedenen Ausgaben und Auflagen des A. L. R. und der A. G. O., so wie der Cr.-, Hypoth.- und Dep. O., nach vorgängiger Prüfung im Königl. hohen Justizminist., unter Genehmigung des Herrn Justizministers Mühler Excell. herausgegeben. Berlin 1845. 8.

VII. Eine neue Ausgabe ist im J. 1835 nebst Register bei Nauck gr. 12. auf Schreibpapier, mit Französischen Buchstaben in Kleinschrift erschienen. Die Veränderung besteht bloß in dem kleinen Format.

VIII. Die neueste Ausgabe ist im J. 1855 bei A. Nauck u. Komp. gr. 8. erschienen. Dieselbe ist mit einem Nachtrage versehen, welcher die seit der Publikation des A. L. R. ergangenen wichtigeren Gesetze, die sich auf das Civilrecht beziehen, enthält. Ferner ist derselben ein auch auf den Nachtrag sich erstreckendes verbessertes und berichtigtes Register beigefügt[1]).

IX. Eine Ausgabe mit Ergänzungen ist erschienen unter dem Titel:

Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten, in Verbindung mit den dasselbe ergänzenden, abändernden und erläuternden Gesetzen, Königl. Verordnungen und Justiz-Ministerial-Reskripten. Unter Benutzung der Akten und mit Genehmigung Eines hohen Justiz-Ministerii, herausgegeben von A. J. Mannkopff, Königl. Preuß. Oberlandesgerichtsrath. 5 Bde. Berlin 1837 bis 1838. Dazu erster Suppl. Bd., enthaltend die Ergänzungen ꝛc. zum A. L. R. seit dem Jahre 1838. Berlin 1842.

X. Eine andere Privatausgabe ist die von Dr. Koch unter dem Titel:

Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften, und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Mit Bewilligung der Herren A. Nauck und Komp. gr. 8. Berlin, 1856. 4 Bde., nebst Register. 1857. 3te Aufl.

XI. Uebersetzungen;

1) Eine Lateinische mit dem Titel:

Jus Borussico-Brandenburgensicum commune. Ex Germanico latine versum Berolini MDCCC. Apud Gottfrideum Carolum Nauck.

Diese Uebersetzung hat der Geh. Kriegsrath und Präsident der Stadt Berlin, Eisenberg, im Auftrage der Gesetzkommission besorgt. Sie sollte zum Gebrauch in den Polnischen Provinzen dienen[2]).

2) Eine Französische mit dem Titel:

Code géneral pour les Etats Prussiens, traduit en françois par les membres du bureau de la législation étrangère et publié par ordre du Grand juge. Edition en original de l'imprimerie impériale. à Paris chez A. Gallard. 1803. Tomes I—V. 8.

3) Mittelst K. O. v. 20. Juni 1816 (G. S. S. 204) ist befohlen:

die älteren Gesetze, als: das Allgemeine Landrecht mit seinem Anhange, die Allgemeine Gerichtsordnung mit ihrem Anhange, die Criminal-, Depositalund Hypotheken-Ordnung, zum Gebrauche im Großherzogthume Posen in's Polnische zu übersetzen, so wie, daß die Gesetzsammlung, sobald die vaterländischen Gesetze im Großherzogthume Posen gelten würden, in einer ange-

[1]) Vergl. über diese Ausgabe die Bekanntmachung des Justiz-Ministers v. 23. Mai 1855 (J. M. Bl. 1855 S. 159) und die Bemerk. von Schering a. a. O. S. 163 u. 236. Der Preis des Exemplars beträgt 3 Thlr. 20 Sgr. und auf Schreibpapier 4 Thlr. 20 Sgr.

[2]) Ein Probestück findet sich bei Stengel Bd. 4. S. 384—400.

messenen Anzahl von Exemplaren, mit einer polnischen Uebersetzung erscheinen sollte.

Die Gesetzsammlung ist in dieser Art bald erschienen; das Allg. Landrecht aber 1833 zu Posen unter dem Titel:

Powszechni Prawo Krajowe. 5 Tomów. Posen bei Decker, 1833.

C. Neuere Gesetzgebung.

I. Seit Publikation des Allg. Landrechts sind als Gesetzbücher besonders emanirt:

1) Ostpreußisches Provinzialrecht. Berlin 1801, bei G. C. Nauck.

(Vergl. die Erg. zu §§. IV — VI. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794.)

2) Zu Anfang des J. 1844 ist das Provinzialrecht für Westpreußen (87 Paragraphen enthaltend) erschienen und mittelst Publ. Pat. v. 19. April 1844 (G. S. 1844 S. 103) emanirt worden.

(Vergl. die Erg. zu §§. IV—VI. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794.)

3) Erster Anhang, worin die bisher ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des Allgem. Landrechts verkürzt gesammelt sind. Berlin 1803, bei Nauck.

Die im Jahre 1802 nöthig gewordene neue Auflage des Landrechts sollte die seit Emanation des Gesetzbuchs erschienenen Bestimmungen mit enthalten. Man beschloß daher, alle gesetzlichen Abänderungen und Deklarationen, in Zusätzen zu den betroffenen Stellen des Landrechts zusammenzutragen und daraus einen Anhang zum Landrecht zu machen. Der von dem Kammergerichtsrathe Müller verfaßte Entwurf wurde von dem damaligen Kammergerichtspräsidenten v. Kircheisen revidirt und monirt und sodann mittelst R. v. 28. Febr. 1803 der Gesetzkomm. zur Begutachtung zugefertigt. Dieselbe erstattete ihr Gutachten unterm 22. März 1803, mit Rücksicht auf welches der Entwurf nochmals revidirt und abgeändert, und sodann mit dem Publ. Pat. zu der neuen Ausgabe des Landrechts, unterm 11. April 1803, dem Könige zur Genehmigung überreicht wurde. Die K. O. v. 28. April 1803 bestätigte denselben mit Abänderung der drei §§. 7., 125. u. 136., deren Quelle also die K. O. ist[1]). Der Anhang wurde nur für die Besitzer der früheren Auflagen des Landrechts, und zwar in einer anderen, mit Lateinischer Schrift gedruckten Ausgabe herausgegeben, und ist schon lange vergriffen[2]). Weil man die Absicht hatte, von Zeit zu Zeit neue Nachträge zu geben, so nannte man diesen Anhang den Ersten. Es ist aber kein fernerer Anhang herausgegeben. Nur eine Privatarbeit ist erschienen unter dem Titel:

Entwurf eines zweiten Anhangs zum Allg. Preuß. Landrechte, worin die seit dem Jahre 1803 gemachten Abänderungen und Zusätze, insoweit sie noch gegenwärtig bestehen, abgekürzt gesammelt sind, nebst einer nachträglichen Uebersicht aller auf den, unterm 4. Febr. v. J. publizirten Anhang zur Allg. Preuß. Gerichtsordnung Bezug habenden Gesetze, Verordnungen und Reskripte. Von E. S. v. Goßler, Königl. Geh. Oberjustizrath in Berlin. Berlin und Stettin, in der Nikolaischen Buchhandlung 1816. gr. 8.

Seit dem ersten Anhang erschien eine Reihe von neuen Verordnungen, welche erst seit 1810 eine Einheit erhalten haben durch die Gesetzsammlung.

4) Gesetzsammlung für die Königl. Preuß. Staaten[3]). Bis jetzt 47 Jahrgänge von 1810 — 1857. Berlin, zu haben im vereinigten Gesetzsammlungs-Debits- und Zeitungs-Komptoir. Sie enthält weniger als die Ediktensammlung, nämlich keine Reskripte der höheren Behörden.

Daß für das Großherzogthum Posen eine Polnisch-Deutsche Ausgabe gemacht worden und auch erschienen, ist bereits bemerkt.

Zur Gesetzsammlung ist außer den den einzelnen Jahrgängen beigefügten und den von Zeit zu Zeit erschienenen Hauptregistern ein neues vollständiges (amtliches) Hauptregister (Berlin 1854) erschienen, welches die Jahrgänge 1806 bis einschließlich 1853 umfaßt[1]).

Die Lücke zwischen dem Novum Corpus Constitutionum, welches nur bis 1806 reicht, und der Gesetzsammlung, welche erst 1810 anfängt, ist durch einen Band ausgefüllt, worin alle in dieser Zwischenzeit erschienenen Verordnungen zusammengebracht sind. Er ist in Folio und in Quart herausgegeben, um sich als Fortsetzung des N. C. C. und als Anfang der Gesetzsammlung an beide Sammlungen anzuschließen. In der Quart-Ausgabe ist er vergriffen.

5) Sämmtliche Amtsblätter, welche seit dem 1. Jan. 1811 in jedem Regierungsbezirk erscheinen.

6) Seit dem 1. Jan. 1839 erscheint:

Justizministerial-Blatt für die Preuß. Gesetzgebung und Rechtspflege. Herausgegeben im Büreau des Justizminist. zum Besten der Justiz-Offizianten-Wittwenkasse. 1839 — 1857[2]). Dazu sind zwei Haupt-Register zu den ersten zehn Jahrgängen (1839 — 1848) erschienen. (Berlin 1844 und 1849.)

7) Zur Veröffentlichung der Erlasse der übrigen Ministerien sind folgende Organe gegründet worden:

a) v. Kamptz Annalen der Preuß. inneren Staatsverwaltung. Berlin 1817 bis 1839. 8. Nebst 2 Register-Bden. (Seit 1839 eingegangen.)

Hieran schließen sich:

b) Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung in den Königl. Preuß. Staaten. Herausgegeben im Büreau des Min. des Innern. 4. Berlin 1840 ff. (Begann mit dem 1. Juli 1840, lieferte jedoch die betr. R. vom 1. Jan. 1840 ab nachträglich.) Nebst Haupt-Register zu den Jahrgängen 1840 bis incl. 1849. 4. Berlin 1852.

c) Central-Blatt der Abgaben-, Gewerbe- und Handels-Gesetzgebung und Verwaltung in den Königl. Preuß. Staaten. Redigirt im Büreau des Finanz-Min. 4. Berlin 1839 ff. (Begann mit dem Jahre 1839.)

d) Amts-Blatt des Königl. Post-Departements. Redigirt im General-Post-Amte. (Begann mit dem Jahre 1848.)

e) Königl. Preuß. Staats-Anzeiger[3]).

II. Die mittelst K. O. v. 11. Juli 1825 angeordnete Revision der gesammten Gesetzgebung und insbesondere der bürgerlichen materiellen Gesetze, ist nicht zum Abschlusse gelangt[4]).

---

[1]) Die Geschichte der Entstehung des »Ersten Anhanges zum Allg. Landrechte« und die vollständigen Materialien desselben werden mitgetheilt in dem Werke: Dr. Löwenberg, Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung. Aus amtlichen Quellen bearbeitet und mit höherer Genehmigung herausgegeben. 2 Bde. Berlin 1843. 8., und zwar in dessen Bd. 2., welcher auch den besonderen Titel führt: Materialien des Anhanges zum Allg. Landrecht und zur Allg. Gerichtsordnung. Mit höherer Genehmigung herausgegeben. Berlin 1843. 8. (Vergl. die Recens. im Centralbl. 1843. S. 399 ff.)

[2]) v. Strampff a. a. O. S. 221 — 225. — Nachrichten, welche sich auf die Gesetzgebung in den Preuß. Staaten überhaupt beziehen. Klein Bd. 22. S. 267. — Vergl. über die Frage: ob diesem Anhange oder der Quelle desselben bei entstehenden Zweifeln der Vorzug gebühre, Euler a. a. O. S. 48 Not. 81, Bielitz Nachtr. Hft. 1. S. 39 ff., Thöne Handb. Bd. 1. Abth. 1. S. 57 ff.

[3]) Ueber die Art des Citirens der in die Gesetz-Sammlung aufgenommenen landesherrlichen Verordnungen, vergl. die Abhandl. von Odebrecht, worin auszuführen gesucht wird, daß die Allegirung nach der fortlaufenden Receptions-Nummer (unter Beifügung des Jahrganges) die zweckmäßigste und von dem Gesetzgeber beabsichtigte sei. (J. W. 1841. S. 665.)

[1]) Vergl. darüber: Bekanntmach. des Justizmin. v. 7. Okt. 1854 (J. M. Bl. S. 378).

[2]) Vergl. die Erg. zum §. 11. der Einl. zum A. L. R.

[3]) Derselbe erscheint in seiner jetzigen Gestalt seit dem 1. Juli 1851 und enthält unter Andern: α) die Gesetze; β) die Cirk. Verfügungen sämmtlicher Ministerien und Central-Behörden, so weit dieselben von allgemeinem Interesse sind; γ) die zur Verbreitung geeigneten Cirk. Verfügungen der Oberpräsidenten; δ) das Wissenswertheste aus allen Ministerialblättern; ε) diejenigen Bekanntmachungen der übrigen Behörden, welche sonst in mehr als ein Amtsblatt aufgenommen werden müßten. Das C. R. des Justizmin. v. 12. Juni 1851 weist sämmtliche Gerichtsbehörden an, alle zur Insertion in den Staats-Anzeiger geeignete Bekanntmachungen an die Redaktion desselben gelangen zu lassen; zugleich werden die Obergerichte, Kreisgerichte und beständigen kollegialischen Gerichts-Deputationen autorisirt, auf den Staats-Anzeiger zu abonniren und die Kosten unter den sächlichen Ausgaben zu verrechnen. (J. M. Bl. 1851 S. 218.)

[4]) Vergl. darüber: Histor. Nachrichten über die neuere Preuß. spezielle und transitorische Gesetzgebung. (Jahrb. Bd. 42. S. 233 ff.) Uebersicht der Revision der Gesetzgebung von 1831 — 1841. (Jahrb. Bd. 58. S. 325 und besonders abgedruckt, 8. Berlin 1842.) v. Kamptz, aktenmäßige Darstellung der Preuß. Gesetz-Revision. 8. Berlin 1842. (Auch abgedruckt in dessen Jahrb.)

D. Privat-Sammlungen der Quellen.

1) Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 26 Bde. 8. Berlin 1799 — 1809.

2) Vollständige Sammlung aller bisher ergangenen Entscheidungen der Gesetzkommission, 2 Samml. 8. Berlin 1794 und 1796.

3) Auszug der neueren Preuß. Gesetze und Verordnungen, vorzüglich in Regierungs-, Hoheits-, Justiz-, Konsistorial-, Schul-, Vormundschaftssachen, seit dem 1. Juni 1791, als dem Tage der verbindlichen Kraft des A. L. R., in chronologischer Ordnung entworfen und herausgegeben bei der Pommerschen Regierung. I—IV. Heft, vom 1. Juni 1794 bis letzten Dec. 1796. 2. Aufl. Stettin 1798. 8.

4) Eisenberg's und Stengel's Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung und der jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. 6 Bde. 8. Berlin 1795—1799, nebst Register dazu. 8. Halle 1799. Stengel's neue Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung und der jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. 42 Bde. Berlin u. Halle 1799—1804, oder 7. bis 18. Bd. der Beiträge. Die drei [1]) letzten Bände sind als Fortsetzung von v. Hoff herausgegeben.

5) Amelang's und Gründler's Archiv des Preuß. Rechts. 3 Bde. 8. Berlin 1799 — 1800.

6) Amelang's neues Archiv der Preuß. Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 4 Bde. 8. 1800 — 1806. Die beiden letzten Bände sind nicht von Amelang herausgegeben.

7) Chr. L. Paalzow's Magazin der Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 7 Bde. 8. Berlin 1801 — 1814.

8) Desselben Handbuch für praktische Rechtsgelehrte in den Preuß. Staaten. 3 Bde. 8. Berlin 1802 und 1803. 2. Ausgabe in 5 Bdn. 8. Berlin 1816—1819.

9) Mathis allgemeine juristische Monatsschrift für die Preuß. Staaten. 11 Bde., nebst einem Registerbande. 8. Berlin 1805 — 1811. Der erste Band ist von v. Hoff und Mathis herausgegeben.

10) Hoffmann's Repertorium der Preußisch-Brandenburgischen Landesgesetze, welche in der älteren und neueren Ediktensammlung enthalten sind, mit Hinweisung auf das Allgem. Landrecht, die Allgem. Gerichtsordnung rc. Züllichau 1800. 1. Thl. und 3 Fortsetzungen 1802—1804. 2—4. Thl. 1810, 1812, 1814. 5. Thl. 1817. (Jeder Band hat einen Anhang, worin sich mehrere Verordnungen und Reskripte, welche in keiner andern Sammlung abgedruckt sind, befinden.)

11) v. Rabe, Sammlung Preuß. Gesetze und Verordnungen, welche auf die Allgemeine Deposital-, Hypotheken-, Gerichts-, Criminal- und Städte-Ordnung, auf das Allgemeine Landrecht, auf den Anhang zum Allgemeinen Landrechte und zur Allgemeinen Gerichtsordnung, auf die landschaftlichen Kredit-Reglements und auf Provinzial- und Statutar-Rechte Bezug haben, nach der Zeitfolge geordnet. B. I., bestehend aus 7 Bden., Abtheilungen genannt, und B. II. aus 12. Halle und Berlin, 1816 — 1825.

Diese Sammlung soll die in der Myliusschen und in der neuen Edikten-Sammlung, so wie die in den vorhin genannten Privat-Sammlungen zerstreuten Verordnungen und Reskripte, soweit dieselben noch ein praktisches Interesse haben, enthalten.

An diese schon geschlossenen Sammlungen schließen sich an:

12) v. Kamptz, Jahrbücher für die Preuß. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, im Auftrage des K. Justizministerii herausgegeben. Jahrgang 1813 — 1845. 64 Bde. Berlin. 8. (Vergl. wegen des dazu erschienenen Repertoriums: J. M.-Bl. 1840 S. 20 und 232, 1842 S. 260 und 1846 S. 146.)

13) Gräff, Sammlung sämmtlicher Verordnungen, welche bis jetzt in den v. Kamptzschen Jahrbüchern enthalten sind. Nach den Materien zusammengestellt. 5 Bde. 8. Berlin und Breslau 1830. — Register, Breslau 1835. 6. und 7. Bd. 1834, 8. Bd. 1836, 9. Bd. 1837, Bd. 10 — 13. 1838 — 1840 und ein vollständiges Repertorium über die in den Jahrbüchern und in der Gräffschen Sammlung enthaltenen Verordn., Reskr., Publik. und Abhandlungen. Breslau 1840. 8.

14) Juristische Zeitung für die Königl. Preuß. Staaten. 5 Jahrgänge, 1832 — 1836. 4. Hiervon sind seit 1837 zwei Fortsetzungen erschienen:
a) Themis, juristische Zeitung für die K. Preuß. Staaten; redigirt von Dr. Straß. Jahrg. 1837, 1838. Berlin. 4.[2])
b) Centralblatt für Preuß. Juristen; Jahrg. 1837, 1838, 1839, 1840, 1841, redigirt von K. F. Rauer, und Jahrg. 1842 u. 1843, redigirt von Dr. Straß. Hiernächst ist dasselbe eingegangen.

15) Juristische Wochenschrift für die Preuß. Staaten. Mit Genehmigung der Justizminister. Jahrg. 1835 — 1841 (herausgegeben von F. S. A. Hinschius), Jahrg. 1842 (redigirt von F. S. A. Hinschius und J. D. H. Temme), Jahrg. 1843 (redigirt von J. D. H. Temme), Jahrg. 1844 (redigirt von J. D. H. Temme und Th. Arndts), Jahrg. 1845 und 1846 (redigirt von Th. Arndts), Jahrg. 1847 und 1848 (redigirt von Striethorst). Berlin. 4. u. Fol.[1])

16) Mannkopff, Ergänzungen und Abänderungen der Preuß. Gesetzbücher. 6 Bde. Berlin 1836, und 2 Supplementbände. Ebend.

17) Sammlung sämmtlicher Gesetze, welche seit dem Jahre 1803 publizirt sind. Naumburg 1836.

18) Dr. C. A. Bergius, Ergänzungen zur Gesetzsammlung, enthaltend die ausschließlich durch Amtsblätter verkündigten Gesetze und die Provinzial-Landtags-Abschiede, nebst einer Uebersicht der in der Gesetzsammlung und den Anhängen zu derselben enthaltenen Verordnungen. Ein Handbuch für die Justiz- und die Verwaltungs-Beamten rc. 8. Breslau 1841. (Vergl. das R. v. 29. Jan. 1842 [J. M. Bl. 1842 S. 64], welches die Anschaffung empfiehlt.)

Aus der Gesetzsammlung sind verschiedene Auszüge erschienen:

Preußens Gesetzsammlung in einer Auswahl für praktische Juristen, herausgegeben von L. Nitisch. Neue vermehrte und umgearbeitete Auflage nebst einem Anhange, enthaltend die Prov. Gesetzgebung mit Einschluß der Rheinischen. 2 Bde. 8. (1806 bis incl. 1854.) Berlin 1855. (Verlag von C. Heymann.)

Gesetzsammlung für die Preuß. Verwaltungs-Beamten. Eine chronolog. Zusammenstellung der in der G. S. für die K. Preuß. Staaten für die Jahre 1806 — 1856 incl. enthaltenen, die Verfassung und Verwaltung des Preuß. Staates betreffenden, noch geltenden Gesetze, Verordnungen, Kabinetsordres, Erlasse und Publikanda. Mit alphabet. Sachregister. (Zugleich eine Ergänzung der G. S. für Preuß. Juristen von L. Nitisch.) 3. Aufl. 8. Berlin 1857. (Verlag von C. Heymann.)

Provinzial-Gesetzsammlung für die östlichen Landestheile des Preuß. Staates, die Provinzen Preußen, Pommern, einschl. Neu-Vorpommern nebst Rügen, Brandenburg, Schlesien, Sachsen und Posen. Eine chronologische Zusammenstellung der in der Gesetzsammlung für die K. Preuß. Staaten für die Jahre 1806 bis einschließl. 1856 enthaltenen, noch geltenden, die gedachten Landestheile betr. Gesetze rc. für Justiz- und Verwaltungs-Beamte. Mit einem alphabet. Sachregister. Berlin 1857. (Verlag von C. Heymann.)

Provinzial-Gesetzsammlung für die westlichen Landestheile des Preuß. Staates, die Provinz Westphalen und die Rheinprovinz, so wie die Hohenzollernschen Lande und das Jade-Gebiet. Eine chronolog. Zusammenstellung rc. Berlin 1857. (Verlag von C. Heymann.)

F. Rendschmidt, systemat. Repertorium der in der G. S. für die K. Preuß. Staaten seit Beginn des Jahres 1806 bis Ende des Jahres 1854 enthaltenen und noch geltenden Verordnungen für Juristen. Als Anhang zu dem A. L. R., der A. G. O., der Cr.-, Dep.- und Hyp.-Ordn. zusammengestellt. Breslau 1855. 2 Bde. 8. (Verlag von G. Ph. Aderholz.)

P. Stöpel, Preuß. Gesetzkodex. Ein authentischer Abdruck der in der G. S. für die K. Preuß. Staaten von 1806 bis auf die neueste Zeit enthaltenen Gesetze, Verordnungen, Kabinets-Ordres, Erlasse u. s. w. In chronologischer Ordnung, mit Rücksicht auf ihre noch jetzige Gültigkeit und praktische Bedeutung, für Justiz- wie Verwaltungs-Beamte zusammengestellt. 3 Bde. 8. Frankfurt a. O. 1855.

O. v. Saucken, Gesetzsammlung für den Preuß. Staatsbürger. Eine chronologische Sammlung der wichtigsten Gesetze, Verordnungen, Erlasse rc. rc. des Zeitraums von 1806 — 1856. Mit einem erläuternden alphabetischen Sachregister und einem chronologischen Inhalts-Verzeichnisse. Berlin 1856. 8.

E. Literatur.

I. Bibliographie.

v. Kamptz, Literatur des Preuß. Rechts. Erster Band. Allgemeines Privatrecht, Prozeß- und Kriminalrecht. 8. Gießen und Wetzlar. 1807.

Desselben Nachlese zur Literatur des Preuß. Rechts, in Mathis, Bd. 11. S. 166 — 181.

Hoffmann, Bibliothek für Preuß. Juristen und Kameralisten. Vollständiges Verzeichniß der Schriften über das ältere und neuere Preuß. Recht und Kameralwesen. 8. Berlin 1815.

v. Massow, Handbuch der Literatur, angehenden Justizbedienten, vorzüglich den Preuß. Justizreferendarien gewidmet. 2 Thle. und Anh. 8. Berlin 1794.

Bd. 60. S. 1 ff.), Centralblatt für Preuß. Juristen. 1843. S. 30 ff. und S. 60 ff. Vergl. ebendas. S. 138. Vergl. ferner: Krause, Bericht über die Prov.-Gesetzgebung (Jahrb. Bd. 18. S. 99 ff.), Homeyer, Recension der v. Kamptzschen Prov.- und statutarischen Rechte. (Jahrb. Bd. 35. S. 85 ff.)

[1]) Nicht die beiden letzten, wie Rabe in der Vorrede zum Bd. 2. seiner Samml. (S. XX Nr. XX.) angiebt.

[2]) Diese ist seit dem 1. Januar 1839 eingegangen.

[1]) Weiter ist diese Zeitschrift nicht erschienen.

Bibliothek des Preuß. Rechts, in systematischer Materienfolge. Herausgegeben von einem Rechtsgelehrten. 8. Berlin 1832.

Hafemann, Bibliothek des Preuß. Rechts. Ein vollständiges Verzeichniß aller über das Preuß. Recht von den ältesten Zeiten an bis Ende Juni 1835 erschienenen Werke und Abhandlungen. 8. Berlin 1835.

II. Kommentarien.

(Stenger,) Versuch eines Kommentars über das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten, in Briefen. Leipzig und Züllichau. 8. Erster Band. 1. Abth. 1797, 2. Abth. 1798.

Kommentar zum Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten, oder Erläuterung des Allgem. Landrechts und Vergleichung desselben mit dem gemeinen, besonders Römischen Rechte, nebst einem, den Schlesischen Provinzialgesetzen gewidmeten Anhange. 8. Breslau. 2 Thle. in 4 Abth. 1804, 1805, 1806. Beide Werke sind unvollendet.

J. Ch. Merkel, Kommentar zum Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 2. Aufl. in 2 Thlen. 8. Breslau und Leipzig 1812.

Bielitz, praktischer Kommentar zum Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 8 Bde. 8. Erfurt 1823 — 1830. Nachträge dazu, 2 Hefte, 8. Ebend. 1831. 1832.

Von der zweiten Ausgabe ist der erste Band 1836 erschienen.

III. Systeme, Hand- und Lehr-Bücher.

Klein, System des Preuß. Civilrechts; unter Benutzung der neuesten Rechtsquellen und mit Hinweisung auf das gemeine Recht. Halle 1801. 8. Neu bearbeitet vom K. G. R. v. Rönne. 2 Bde. Halle 1830. 2. Ausg. bearbeitet von dem O. L. G. R. v. Rönne. 1836.

v. Goßler, Handbuch gemeinnütziger Rechtswahrheiten für Geschäftsmänner, nach Anleitung des Allgem. Landrechts für die Preuß. Staaten entworfen. 3. Aufl. Auch unter dem Titel: Allgem. Rechtswahrheiten, oder die wichtigsten, in das bürgerliche Leben eingreifenden Gesetze des Allg. Landrechts, im Zusammenhange dargestellt. Neu bearbeitet und mit Rücksicht auf die später ergangenen Gesetze durchgesehen, geändert und vermehrt durch v. Strampff. 8. Berlin 1826. 2. Ausg. Berlin 1842.

Gründler, System des Preuß. Rechts, mit Hinsicht des in Deutschland geltenden gemeinen Rechts, zum Gebrauch für Vorlesungen. 8. 2 Theile. Baireuth 1798.

Hübner, System des Allgem. Landrechts für die Preuß. Staaten, mit Ausschluß des peinlichen Rechts, nach Anleitung von Thibauts System des Pandektenrechts. 2 Bde. 8. Hildesheim 1806.

Madihn, Institutionen des in den Preuß. Staaten geltenden Privatrechts, zum Gebrauch seiner Vorlesungen. 8. Berlin 1804.

v. Eggers, Lehrbuch des Natur- und allgemeinen Privatrechts und gemeinen Preuß. Rechts. Eine von der K. Preuß. Gesetzkomm. gekrönte Preisschrift. 4 Bde. 8. Berlin 1797.

Werdermann, Einl. in das gemeine Recht der K. Preuß. Staaten. 2 Bde. 8. Leipzig 1797. Dieser Schrift ist von der Gesetzkommission das Akcessit zuerkannt.

Dr. J. C. Woltärs Einl. zum A. L. R. für die Preuß. Staaten. Erster Theil. 8. Halle 1796.

Temme, Lehrbuch des Preuß. Civilrechts. Leipzig 1832. — 2. Ausg. in 2 Bden. Leipzig 1846. 8.

Thöne, Ausführliches systematisches Handbuch des Preuß. Privatrechts. 8. Leipzig 1833 und 1835. Bd. 1. in 2 Abthl., enthaltend die Abfassungs-Geschichte des Allgem. Landrechts und den allgemeinen Theil, einschließlich der Lehre von dem Besitz und der Verjährung. — Auch unter dem Titel: Fundamental-Lehren des Preuß. Privatrechts, einschließlich der Abfassungs-Geschichte des Allgem. Landrechts und der Lehre vom Besitz und der Verjährung. Bd. 1. und 2. (Rec. im Centralbl. 1840 S. 159.)

Bornemann, systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des Allg. Landrechts. 6 Bde. und Register. Berlin 1833—1839. — 2. vermehrte und verbesserte Ausgabe. 6 Bde. und Register. Berlin 1842—1845. 8.

L. Schröter, System des Allg. Landrechts. Dogmatisch u. historisch dargestellt. 1. Bd. 1. u. 2. Heft. Berlin 1838. 3. Heft. Berlin 1839. 8.

Systematisches Repetitorium des Allg. Landrechts mit vollständiger Vergleichung des gemeinen Rechts, nach den neuesten Vorträgen von L. Schröter, herausgegeben mit Bewilligung desselben von einem seiner Zuhörer. Ein Hülfsbuch zur Vorbereitung für die zweite und dritte juristische Prüfung. Erste Lieferung: Preuß. Erbrecht; zweite Lieferung (v. L. Schröter selbst): Verträge, welche einen Titel zum vollen Eigenthum geben. Berlin. Ohne Jahreszahl. 8.

L. Schröter, Lehrbuch des Allgem. Landrechts. Dogmatisch und historisch bearbeitet und mit Belagstellen versehen. Erster Band: das Recht im Allgemeinen. Zweiter Band: das Recht der Verträge. Zweite verbesserte Ausgabe des Systems rc. Berlin 1840. 8.

(Vergl. die Rec. von Hinschius in der J. W. 1840 S. 147, wonach das letztere Werk keine neue Ausgabe des Systems, sondern der erste Band nur das mit einigen Kartons und einem neuen Titel versehene System, und der zweite Band lediglich ein Heft ist, worin Abdrücke des (vorerwähnten) systematischen Repetitoriums (Lief. 2, Nachtrag dazu, so wie Lief. 3 und 4) zusammengeheftet und ebenfalls mit Kartons ergänzt sind. Vergl. jedoch die Erwiederung von Schröter in der J. W. 1840 S. 449 und die Schlußerklärung von Hinschius, ebendas.)

Dr. C. A. Th. Laspeyres, System des Preuß. Privatrechtes. Zum Gebrauche bei Vorlesungen im Grundrisse entworfen. Halle 1843. 8. (Vergl. die Recension von Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 168, und von Temme in der J. W. 1843 S. 395.)

J. A. L. Fürstenthal, das Preuß. Civilrecht nach Anleitung und der Titelfolge des Allgem. Landrechts, mit Berücksichtigung der neueren Gesetze, der Doktrin, der Praxis und des Römischen Rechts, dargestellt und erläutert. Königsberg 1843 — 1845. 8.

Dr. C. F. Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts. 2 Bde. Berlin 1845 und 1846. 8. (Recension von Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 663.) 3. Ausgabe. 1857.

Philosophische Vergleichung der Römischen, Preußischen und Französischen Civilgesetzgebung. Göttingen 1844. 8.

C. E. Hierfemenzel, vergleichende Uebersicht des heutigen Römischen und Preuß. gemeinen Privatrechts. Berlin 1852. 8. 4 Thle. (Rec. in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 26.)

Fr. Löher, das System des Preuß. Landrechts in Deutsch-rechtlicher und philosophischer Begründung. Paderborn 1852. 8. (Vergl. die Recens. von Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 663.)

Dr. L. F. Heydemann, System des Preußischen Civilrechts im Grundrisse. Berlin 1851. 8.

Dr. A. v. Daniels, Lehrbuch des gemeinen Preuß. Privatrechts. 4 Bde. Berlin 1851 — 1852. 8.

J. Evelt, das Preuß. Civilrecht für das Studium und die Praxis systematisch zusammengestellt. Paderborn 1855. 8.

C. Dulheuer, kurze Darstellung des Preuß. Rechts der Gegenwart. Unter Beibehaltung der Legal-Ordnung und Annotirung der Parallelstellen des Römischen Rechts. Ein ergänzendes Seitenstück zu Heydemanns System des Preuß. Civilrechts und ein Repetitorium zur Vorbereitung für die juristischen Prüfungen. Berlin 1855. 8.

C. A. Herzfeld, Repetitorium des Römisch-gemeinrechtlichen Civilrechts unter Berücksichtigung der Preuß. Gesetzgebung. Berlin 1857. 8.

O. Plathner, der Geist des Preuß. Privatrechts in Vergleichung mit dem Römischen, Oesterreichischen und Französischen Recht. 2 Bde. Berlin 1854. 8.

Für das ältere Recht ist zu empfehlen:

Friedrich Christoph Jonathan Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Kameral- und Polizeiwissenschaften, sowohl von Teutschland überhaupt, als insbesondere von den Preußischen Staaten. 3 Bde. 8. Frankfurt a. d. O. 1785.

Der Titel entspricht dem Inhalte nicht. Es handelt nicht bloß über staatsrechtliche Materien, sondern über auch über sehr viele Gegenstände des Privatrechts.

IV. Sammlungen einzelner Abhandlungen, Aufsätze und Rechtssprüche.

Hierher gehören außer den oben sub D. verzeichneten Sammlungen Nr. 1. 4—10. 12. 14. und 15.:

Stengel, juristische Ausarbeitungen. 6 Bde. 8. Berlin 1799—1806.

Siewert, Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten allgemeinen Preuß. Landesgesetze. 8 Hefte. Halle 1800—1807. 8.

Paalzow, Observationes ad jus Boruss. commune. Fasc. VIII. 8. Berol. 1796—1803.

Paalzow, juristische Miscellen, 1., 2., 3. Quartal. 8. Berlin 1804 und 1805.

Grattenauer, Abhandlungen und Aufsätze über verschiedene Gegenstände der Rechtswissenschaft. 8. Glogau 1805.

Schiller, Rechtsfälle in Preuß. Gerichtshöfen; erzählt und beurtheilt. 1. Bd. 8. Breslau 1806.

Goßler, juristische Miscellen. 2 Hefte. 8. Berlin 1810.

Gans, Beiträge zur Revision der Preuß. Gesetzgebung. Bd. 1. Hft. 1—6. Berlin 1830—1832. 8.

Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts. 3 Bde. 8. Berlin und Stettin 1828—1835.

Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der Preuß. Gerichtshöfe. 4 Bde. Berlin 1828—1835. 8.

Entscheidungen des Königl. Ob. Trib., herausgegeb. im amtlichen Auftrage von Dr. G. A. Simon und G. L. v. Strampff, dann von Dr. G. A. Simon und F. S. A. Hinschius, demnächst von (drei) Mitgliedern des Ob. Trib. 36 Bde. Berlin 1837—1857. 8. — Dazu: a) Dr. Seligo, Hauptregister zu den ersten zehn Bänden der Entsch. des Ob. Trib. Berlin 1845. 8. b) Hauptregister zu den zehn Bänden der neuen Folge der im

amtlichen Auftrage herausgegebenen Entsch. d. K. Ob. Trib. Berlin 1852. 8. c) Alphabetisches Generalregister zu den bisher erschienenen dreißig Bänden der im amtlichen Auftrage herausgegebenen Entsch. des K. Ob. Trib. Berlin 1856. 8. d) Dr. C. F. Koch, Beurtheilung der ersten zehn Bände Entscheid. des Ob. Trib. Berlin 1847. 8.

Rechtsfälle aus der Praxis des K. Geh. Ob. Trib. neueren Verfahrens. Aus amtlicher Mittheilung. 4 Bde. Berlin 1847—1849. 8.

Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des K. Ob. Trib. Herausgegeb. von den Ob. Trib. Rechtsanwälten und redigirt von Th. Striethorst (K. G. Rath). Bd. 1—22. Berlin 1851—1857. 8. — Fortgesetzt unter dem Titel: Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des K. Ob. Trib. gelangt sind. Herausgegeb. und redigirt von Th. Striethorst (K. G. Rath). Bd. 23—25. Berlin 1857—1858. 8. Dazu als Repertorium: Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheid. des Ob. Trib. Geordnet nach dem System der Gesetzbücher und herausgegeb. von Th. Striethorst. Berlin 1853. (2. Ausg. 1855.) 8.

Neues Archiv für Preuß. Recht und Verfahren, so wie für Deutsches Privatrecht. Eine Quartalschrift. Herausgegeb. von Ulrich, Dr. Sommer, Böle und Piners (später von Dr. Sommer und Böle). 16 Bde. Arnsberg 1834—1854. 8.

Juristische Monatsschrift für Preuß. Recht und dessen Praxis, so wie für die Interessen des Richter- und Anwaltstandes, herausgegeb. unter Mitwirkung und Aufsicht eines Vereins praktischer Rechtsgelehrten. Erster Jahrg. 1855. Arnsberg 1855. 8. (Ist nicht weiter erschienen.)

C. F. Koch, Schlesisches Archiv für die praktische Rechtswissenschaft. 6 Bde. Breslau 1837—1847. 8. Nebst Sachregister über die 5 ersten Bände.

Bobrik und Jakobson, Zeitschrift für Theorie und Praxis des Preuß. Rechts in seinem ganzen Umfange. 1. Heft. Marienwerder 1834. 8.

J. A. Gruchot, Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts durch Theorie und Praxis. Jahrg. I. Heft 1. und 2. Hamm 1857. 8.

H. Gräff, Archiv für Preuß. Handels- und Wechselrecht. Bd. 1. Breslau 1845 und Bd. 2. Heft 1. Breslau 1848. (Nicht weiter erschienen.)

W. Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht mit Hinblick auf die Handelsrechtspraxis in Preußen, und auf die Grundsätze des K. Ob. Trib. zu Berlin in Handelssachen. 3 Hefte. Berlin 1852—1853. 8. (Nicht weiter erschienen.)

Zeitschrift für gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse, Landes-Kultur und Gesetzgebung in den Preuß. Staaten, mit Ausschluß der Rheinprovinz. Mit Genehmigung und Unterstützung der K. hohen Minist. des Inn. und der Just. herausgegeb. von Jorni, Masuch und Kuh. 1. Bd. Breslau 1839. 8. (Nicht weiter erschienen.)

Zeitschrift für die Landeskultur-Gesetzgebung der Preuß. Staaten. Herausgegeb. von dem K. Revisions-Kollegium für Landeskultur-Sachen. (Bis jetzt 10 Bde.) Berlin 1847—1857. 8. (Vergl. die amtliche Ankündig. v. 19. Febr. 1847 im J. M. Bl. 1847 S. 103 und im Min. Bl. d. i. V. 1847 S. 53 Nr. 82.) — Dazu: Supplement-Band, enthaltend das Hauptregister zu den ersten sieben Bänden der Zeitschrift für die Landeskultur-Gesetzgebung der Preuß. Staaten. (Auch unter dem Titel: Zusammenstellung der wichtigsten Verwaltungs- und Entscheidungs-Grundsätze der Königl. Ministerien und Gerichtshöfe im Gebiete der Landeskultur-Gesetzgebung, als Hauptregister zu den ersten sieben Bänden der Zeitschrift für die Landeskultur-Gesetzgebung der Preuß. Staaten.) Herausgeg. von dem Reg. Rath Fuß. Berlin 1855. 8.

Die Präjudizien des Geh. Ober-Tribunals seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1848, nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet, und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, herausgeg. von Dr. Seligo, Kuhlmeyer und Wilke I. Berlin 1849. 8.

Die Präjudizien des Königl. Ob. Trib., seit dem Jahre 1849 bis zum Schlusse 1855, nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet, und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, herausgegeben von den Redaktoren der Entscheidungen. Berlin 1856. 8.

Dr. Löwenberg, Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung. Aus amtlichen Quellen bearbeitet und mit höherer Genehmigung herausgegeben. 2 Bde. Berlin 1843. 8.

A. Wentzel, Zeitfragen auf dem Rechtsgebiete. 1. Heft. Halle 1842. 8.

G. Lenz, Studien und Kritiken im Gebiete des Preußischen, Römischen und Deutschen Rechts. Greifswald 1847. 8.

Dr. W. Bornemann, Erörterungen im Gebiete des Preuß. Rechts. 1. Heft. Berlin 1855. 8.

F. Ulrici, Archiv der ost- und westpreußischen Provinzial-Rechte, mit Genehmigung des Justizmin. Mühler und unter Mitwirkung von Mitgliedern der Gerichte in der Provinz Preußen herausgegeben. Bd. 1. Heft 1. Insterburg 1842. 8. (Vergl. das empfehlende R. v. 9. Dec. 1842, J. M. Bl. 1842 S. 388.)

Für das ältere Recht ist besonders zu bemerken:

Behmer, Novum Jus controversum etc. Lemg. 1771. II. Tom. 4. (Hymmen) Beiträge zur juristischen Literatur in den Preußischen Staaten. 8 Sammlungen. 8. 1—7. Samml. Berlin; 8. Samml. Leipzig 1775—1787. — Repertorium darüber, von Eisenberg. 8. Berlin 1790.

Woltär, Observationes, quae ad jus civile et Brandenburg. pertinent. Fasc. II. 8. Halae 1777—1779.

V. Auszüge und Repertorien.

Hoffmann, Repertorium 2c. (sub D. 10).

Paalzow, Handbuch 2c. (sub D. 8).

Fischer, Repertorium des neuesten Preuß. Rechts, oder wesentlicher Inhalt der bis Ende 1823 erschienenen Preuß. Gesetze und Ministerial-Verordnungen, welche Abänderungen, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgem. Landrechts, der Gerichts-, Hypotheken-, Deposital-, Criminal-, Städte- und Gesinde-Ordnung, so wie der allgemeinen Gebührentaxe enthalten, in alphabetisch geordneten Artikeln zusammengestellt. 2. Aufl. 8. Oels 1824 und 1825. Nebst einem Ergänzungsbogen. 3. Aufl. Oels 1838.

M. F. B. Wentz, Repertorium der neueren Preuß. Landesgesetze von 1806 bis incl. 1826. Ein Hülfsbuch für Beamte und Geschäftsmänner, in alphabetischer Ordnung bearbeitet. Potsdam 1827.

v. Rabe, neues Hülfsbuch für praktische Juristen in den Preuß. Staaten beim Gebrauche des Allgem. Landrechts, dessen ersten Anhangs, der Gerichts-, Depositral-, Hypotheken-, Sportel-, Criminal- und Städte-Ordnung; oder dreifaches Repertorium der Preuß. Gesetze und Verordnungen zur schnelleren und sicheren Auffindung der gesetzlichen Bestimmungen. 3. Aufl. 3 Thle. 8. Berlin 1825, 1826 und 1827. (Vorzüglich brauchbar.)

v. Strombeck, Ergänzungen des Allgem. Landrechts für die Preuß. Staaten, enthaltend eine vollständige Sammlung aller noch geltenden, das Allgem. Landrecht abändernden, ergänzenden und erläuternden Gesetze, Verordnungen und Ministerial-Verfügungen, nebst einem chronologischen Verzeichnisse und Register. 3. Aufl. 3 Bde. 8. Leipzig 1829.

— Nachtrag zu den Ergänzungen des Allgem. Landrechts, der Gerichtsordnung, des Criminalrechts, der Hypotheken- und Depositral-Ordnung. 8. Halberstadt 1832.

— 2. Nachtrag (v. e. Ungenannten). 8. Breslau 1833.

F. L. Lindau, Nachträge zu den v. Strombeckschen Ergänzungen des Allg. Landrechts. Leipzig 1837. (Vergl. die Rec. in der J. W. 1838. S. 86.)

Strümpfler, Allegate zum Landrechte, der Gerichts-, Criminal-, Hypotheken-, Depositral-Ordnung, dem Sportelkassen-Reglement, der Allgem. Gebühren-Taxe und dem Stempelgesetze. 2 Bde. 2. Aufl. 8. Halberstadt. 1. Bd., die Allegate zum Allgem. Landrecht enthaltend. 1828.

Schrader, Repertorium der gesammten neueren Preuß. Gesetzgebung von 1806 bis Ende 1834, nach den verschiedenen Zweigen und Gegenständen der Verwaltung systematisch geordnet. 4. Magdeburg 1835.

Richter, Repertorium der Königl. Preuß. Landesgesetze 2c., enthaltend eine alphabetische Zusammenstellung aller Gegenstände der Gesetzgebung mit den darauf bezüglichen, noch gültigen Verordnungen und Erläuterungen. 1. bis 7. Bd. Leipzig 1832—1836.

Kretzschmer, vollständig aber kurz gefaßtes Repertorium aller Königl. Preuß. Landesgesetze, welche in dem Allgem. Landrechte, in der Gerichts-, Hypotheken-, Depositral- und Criminal-Ordnung selbst, und sodann in der Gesetzsammlung bis zu Ende des Jahres 1834, in v. Kamptz Jahrbüchern und v. Kamptz Annalen, in Stengels Beiträgen, im Amelangschen Archiv, in den Siewertschen Materialien, in der juristischen Monatsschrift von Mathis und v. Hoff, in Simon und v. Strampff Rechtssprüchen und in der Königsberger Sammlung der agrarischen Gesetze enthalten, so wie der belehrendsten Verordnungen der Provinzial-Behörden, welche in den Amtsblättern der Königl. Regierungen abgedruckt sind. 3 Bde. 8. Danzig 1836. (Vergl. die Rec. in der J. W. 1836 S. 349.)

Erläuterungen des Preuß. Rechts. Eine Zusammenstellung von Senatsbeschlüssen des Geh. Ob. Trib., nach Ordnung der Gesetzbücher. 8. Leipzig 1848.

A. E. Richard, systematische Uebersicht sämmtlicher in der Gesetz-Sammlung für die Königl. Preuß. Staaten seit dem Jahre 1806 erschienenen Gesetze, Verordnungen, Staatsverträge 2c. 8. Berlin 1851.

R. Sickel, Repertorium über die in den Jahren 1802—1834 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen. 2 Bde. 8. Leipzig 1835. (Vergl. Rec. in der J. W. 1836 S. 88.)

F. Kappler, juristisches Promptuarium des neunzehnten Jahrhunderts, ein Repertorium über alle, von 1800 bis auf die neueste Zeit erschienenen Abhandlungen über einzelne Materien der Rechtswissenschaft (mit Ausschluß des Criminalrechts), welche in 563 Bänden, Annalen, Archiven, Zeitschriften, Sammlungen von Rechtssprüchen und Gutachten zerstreut vorkommen. 8. Stuttgart 1835. Suppl. Bd. Stuttgart 1837.

Die beiden Repertorien von Sickel und Kappler berücksichtigen auch das Preuß. Recht.

Publikation des Allgemeinen Landrechts.

A. Zum Publikations-Patent vom 5. Febr. 1794.

Bemerkungen über das Publ. Pat. des A. L. R. v. 5. Febr. 1794, und über die Anwendung alter Gesetze nach deren Aufhebung, von Strombeck. (Jahrb. Bd. 9. S. 55 u. f. und S. 289 u. f.)
Abhandlung zum Publ. Pat. des A. L. R. v. 5. Febr. 1794, von Göschel. (Simon's Z. Bd. 1. S. 1 ff.)
Abhandlung über die Vorarbeiten des Publ. Pat. zum A. L. R. von v. Strampff. (a. a. O. S. 165 ff.)
Bielitz, Komm. zum A. L. R. (1. Ausg.) B. 1. S. 22 ff. und dessen Nachtr. Heft. 1. S. 1 ff. S. 33 ff. S. 206 ff.

Ueber die Verschiedenheit zwischen dem Publ. Pat. zum A. L. R. und dem Patente wegen Publikation des A. G. B. v. 20. März 1791 sind zu vergleichen:

a) Siewert, Material. Heft 1. S. 143—182, wo ein Auszug der abgeänderten Stellen in der ersten Ausg. des A. G. B. gegeben wird.
b) Dr. Göschel, Bemerk. zum P. P. des A. L. R. (Simon's Z. Bd. 2. S. 3.)
c) v. Strampff, über die Vorarbeiten des P. P. zum A. L. R. (a. a. O. S. 173, 199 ff.)

Zum Eingange.

Das Stift Quedlinburg gehörte damals noch nicht zu den »gesammten Landen«, sondern stand nur unter der Schirmherrschaft des Königs. Als dasselbe durch den Reichsdeput.-Hauptschluß v. 25. Februar 1803 §. 3. vollständig an Preußen kam, wurde das A. L. R. dort nicht eingeführt, sondern erst bei Einführung des A. L. R. in die neu- und wiedererworbenen Provinzen hat dasselbe dort Gesetzeskraft erhalten.

Zum §. I.

Das A. L. R. tritt an die Stelle des Röm. Rechts und anderer fremden gemeinen Rechte.

1) Die Frage: welche Rechte in die Klasse der »subsidiarischen« und welche in die des Partikularrechts oder der »besonderen Provinzialgesetze und Statuten« (§. III. des P. P.) gehören, insbesondere wenn Sätze aus dem gemeinen Rechte in einzelnen Landestheilen durch die Gesetzgebung oder durch Herkommen besondere Anerkennung gefunden haben, wie z. B. in Schlesien hinsichts des Sachsenrechts und in der Provinz Preußen hinsichts des Röm. Rechts der Fall ist, hat zu Zweifeln Veranlassung gegeben. In dieser Beziehung hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Das Provinzialrecht in Schlesien ist beibehalten, selbst in Ansehung solcher Sätze, durch welche nur gemeines Recht festgesetzt oder abgeändert worden ist.
(Präj. Nr. 58. [Datum konstirt nicht]. Präj. Samml. S. 1.)

b) Das Sachsenrecht war nur ein subsidiarisches Recht für Schlesien; es ist mithin, sofern es nicht in dieser oder jener Materie in die besonderen Provinzialrechte aufgenommen worden, durch das A. L. R. verdrängt. Deshalb kommt auch nicht die Sächsische Verjährungsfrist zur Anwendung, wenn die Verjährung mit dem 1. Juni 1794 oder später begonnen hat.
(Präj. Nr. 373. v. 10. Nov. 1837. Präj. Samml. S. 1.)

c) In den Provinzen, wo das Provinzialrecht in ein in sich abgeschlossenes System aufgenommen ist, und dieses Provinzialrecht ein besonderes Gesetzbuch bildet, sind auch diejenigen Grundsätze, welche lediglich aus dem Römischen oder Sächsischen Rechte entnommen sind, als Provinzialgesetze zu betrachten und kommen daher, insofern sie von dem A. L. R. abweichen, vor diesem zur Anwendung.
(Präj. Nr. 432. v. 26. Febr. 1838. Präj. Samml. S. 1, Entsch. Bd. 1. S. 292.)

Diesen Grundsatz hat der Pl. Beschl. v. 8. April 1839 (Präj. Nr. 622.) bestätigt. (Vergl. zum §. III. des P. P.)

Ueber die Frage der Anwendbarkeit des Sachsenrechts in Schlesien vergl. übrigens:

a) Erk. der Ob. Amtsreg. zu Brieg v. 5. Sept. 1805 (Jahrb. Bd. 4. S. 48) und Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 1. März 1833. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 138.)
b) Meister, über die fortdauernde Gültigkeit des Sachsenr. in Schlesien. Breslau 1808.
c) Vater, über die heutige Grenze des alten Sachsenrechts in Schlesien. Breslau 1818.
d) Gräff, Beleuchtung der Frage, ob das Repräsentationsrecht in der Seitenlinie in Schlesien auf die von Geschwistern abstammenden Kinder ersten Grades beschränkt sei. (Jahrb. Bd. 44. S. 58.)
e) Hälschner, Abhandl. in den Jahrb. Bd. 28. S. 37.
f) Homeyer in der Rec. in den Jahrb. Bd. 99—101.
g) v. Haxthausen in den Jahrb. Bd. 43. S. 3 ff. und 53.

2) R. v. 12. Jan. 1836. Das Deutsche Privat-Fürstenrecht ist ein noch in Gültigkeit stehendes fürstliches Familienrecht. Es derogirt dem gemeinen Deutschen Rechte als das speziellere Als Singular-Recht ist es nach §. 1. ff. der Einl. des A. L. R. durch letzteres nicht aufgehoben, und eben so wenig ist etwas darin durch die Deutsche Bundesverfassung verändert worden.
(Jahrb. Bd. 47. S. 295, Gräff Bd. 10. S. 1.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieser Ansicht.
Das Privat-Fürstenrecht sei ebenso ein Bestandtheil des gemein. Deutschen Privatrechts, wie die Privatrechte des Bürger- und Bauernstandes oder anderer Personenklassen, z. B. der Juden. Mit Rücksicht auf die besondern Rechtswahrheiten, welche sich auf bestimmte Personenklassen beziehen, werde das Deutsche Privatrecht in allgemeines (generelles) und besonderes (spezielles) eingetheilt, welche Eintheilung das A. L. R. und das Publ. Pat. nicht berücksichtigten, indem vielmehr der §. 1. der Einl. sich lediglich auf die geographische Eintheilung beziehe und keineswegs die besonderen Rechte und Gesetze überhaupt, sondern nur die »besonderen Gesetze« (die besonderen Provinzialverordnungen und Statuten, Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben) aufrecht erhalte. Nach §. 1. des P. P. sei daher dasjenige, was dem gemeinen Deutschen Rechte angehört, folglich auch die auf bestimmte Personenklassen sich beziehenden Rechtsnormen desselben, aufgehoben.
(Koch's L. R. Bd. 1. zum §. 1. des P. P. S. 7 Anm. 3.)

Zum §. III.

Die besonderen Provinzialgesetze behalten vor der Hand noch ihre Kraft.

1) R. v. 5. Okt. 1816. In den an andere Reg. Dep. abgetretenen Distrikten und Ortschaften wird das bestehende Provinzialrecht beibehalten. (Jahrb. Bd. 8. S. 235, Gräff Bd. 1. S. 23.)

2) R. v. 3. Juli 1813 schreibt die Aufhebung der Provinzial- und Orts-Observanzen in Ansehung der Erb-Grundtaxen bei bäuerlichen Erbtheilungen vor. (Jahrb. Bd. 2. S. 25, Gräff Bd. 1. S. 2.)

3) R. v. 1. März 1833 (bestätigt durch die K. O. v. 5. Aug. ej. und bekannt gemacht durch das R. v. 12. Aug. ej. a.). Die Festsetzungen der allgem. Vormundschafts-Ordnung (A. L. R. II. 18.),

insbesondere die §§. 780 ff. derselben können durch provinzielle Bestimmungen nicht abgeändert werden.

(Jahrb. Bd. 42. S. 124, Gräff Bd. 6. S. 166.)

4) Bestimmungen des gemeinen Rechts, welche in ein als Gesetzbuch publizirtes Provinzialrecht herübergenommen worden, sind als Provinzialgesetze zu betrachten und kommen vor dem A. L. R. zur Anwendung.

Diesen bereits von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. v. 26. Febr. 1838 (Nr. 432.) ausgesprochenen Grundsatz[1]) hat der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 8. April 1839 (Präj. Nr. 622.) als richtig anerkannt und insbesondere angenommen:

Das Preuß. Landrecht von 1721 ist im Sinne des §. III. des P. P., auch in Bezug der darin enthaltenen aus dem Röm. und sonstigen gemeinen Rechte entnommenen Bestimmungen, als ein besonderes Provinzialgesetz anzusehen und daher in diesen Bestimmungen durch die Einführung des A. L. R. nicht aufgehoben worden[2]).

(Pr. Samml. S. 1, Entsch. Bd. 4. S. 422, J. M. Bl. 1839 S. 356.)

Bornemann (System, 2. Ausgabe, Bd. 1. S. 16) und Koch (Beurtheil. S. 194 u. 298) treten dieser Ansicht bei.

5) Nur der Text eines Gesetzbuchs, nicht die dabei befindlichen Anmerkungen, namentlich nicht die in dem Jus Culmense ex ultima revisione (Hanowsche Ausgabe von 1797) befindlichen Anmerkungen, haben auch dort, wo das Kulmische Recht als Statutarrecht gilt, verbindliche Kraft.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2180 a.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 1, Entsch. Bd. 19. S. 312.)

6) Unter den im §. III. gedachten »Rechtsangelegenheiten« sind nur die rein privatrechtlichen verstanden, nicht diejenigen, wobei das öffentliche Interesse irgendwie betheiligt ist. In Betreff dieser letzteren ist das A. L. R. bei seiner Publikation sogleich allgemein in Wirksamkeit getreten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 18. April 1840 (Entsch. Bd. 6. S. 97) und v. 9. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 306 Nr. 73.)

7) Die Ermelandische Landesordn. v. 4. Juli 1776 ist für ein gehörig publicirtes Ermelandisches Landesgesetz anzusehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Dec. 1853. (Präj. Nr. 2488.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 116, Entsch. Bd. 26. S. 227.)

Zu §§. IV—VI.

Abfassung der Provinzial-Gesetzbücher.

1) Die K. O. v. 14. April 1780 (N. C. C. Tom. VI. p. 1935, Rabe Bd. 1. Abth. 6. S. 439) bestimmte, daß für jede Provinz ein eigenes Gesetzbuch gesammelt und darin Alles eingetragen werden solle, wodurch sich die Rechte der einen Provinz von der anderen unterscheiden. Die K. O. v. 20. März 1791 schrieb hiernächst vor, daß die Provinzialgesetze innerhalb dreier Jahre gesammelt, revidirt und nach dem Plane der allgem. Gesetzgebung geordnet werden sollten. Diese Frist wurde durch den §. IV. des P. P. v. 5. Febr. 1794 bis zum 1. Juni 1796 verlängert[3]). Aber auch diese Frist wurde nicht innegehalten.

a) Erst im Jahre 1801 erschien das Gesetzbuch für Ostpreußen unter dem Titel:

Ostpreuß. Provinzialrecht. Berlin 1801. Im Verlage von G. C. Nauck. 8.

Dazu:

α) Pat. v. 4. Aug. 1801, wegen Publikation des Provinzialrechts für Ostpreußen, Lithauen, Ermeland und den Marienwerderschen landräthl. Kreis[1]), insoweit solches die Zusätze zum ersten Theil und den vier ersten Tit. des zweiten Th. des A. L. R. enthält, wodurch diesem Theil des Provinzialrechts v. 1. Jan. 1802 Gesetzeskraft beigelegt worden ist.

(N. C. C. Tom. XI. p. 407, Stengel Bd. 14. S. 174, Rabe Bd. 6. S. 568.)

β) Pat. v. 6. März 1802, wegen Publikation des Provinzialrechts für Ostpreußen, Lithauen, Ermeland und den Marienwerderschen landräthl. Kreis, insoweit dasselbe die Zusätze zum zweiten Th. des A. L. R. von dessen fünften Tit. an bis zu Ende enthält, wodurch dieser Theil v. 1. Sept. 1802 Gesetzeskraft erhalten hat.

(N. C. C. Tom. XI. p. 871, Rabe Bd. 7. S. 163.)

b) Darauf ist im Jahre 1844 das Provinzialrecht für Westpreußen erschienen und mittelst P. P. v. 19. April 1844 in diejenigen jetzt zur Provinz Preußen gehörenden Landestheile, welche im J. 1806 zu Westpreußen gerechnet wurden, mit Einschluß des Thorner Kreises, ausgenommen die zu dem früheren Marienwerderschen landräthl. Kreise gehörenden Landestheile und die Stadt Danzig und deren Gebiet, wie solches im J. 1793 mit der Monarchie vereinigt worden[2]), mit dem 1. Juli 1844 eingeführt worden.

(G. S. 1844 S. 103 ff.)

Durch das G. v. 16. Febr. 1857 (G. S. S. 87) ist dies Provinzialrecht mit dem 1. Okt. 1857 auch in der Stadt Danzig und deren Gebiet, wie solches im J. 1793 mit der Monarchie vereinigt worden, mit einigen Modifikationen eingeführt worden[3]).

Zum §. VII.

Rücksicht auf die Gewohnheitsrechte und Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils des A. L. R.

A. In Beziehung auf Gewohnheits-Rechte, vergl. die Erg. zum A. L. R., Einl. §. 4.

B. Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils.

I. Ueber die Suspension überhaupt.

Strombeck, über Suspension der ersten 3 Titel des 2. Theils des A. L. R.; in den Bemerk. zum Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794. §. 7. (Jahrb. Bd. 9. S. 96.)

Auszug aus dem historischen Theile des von Krause erstatteten Berichts über die Provinzial-Gesetzgebung. (Jahrb. Bd. 18. S. 99 ff.)

Maurenbrecher, über das heutige Verhältniß der Provinzialrechte zum Allg. Preuß. Landrechte, in Beziehung auf das eheliche Güterrecht, besonders in der Provinz Westphalen. (Jahrb. Bd. 36. S. 252 ff.)

Simon, Bericht über die scientivische Redaktion der Materialien der Preuß. Gesetzgebung. (Mathis Bd. 11. S. 234, 235.)

v. Strampff, über die Vorarbeiten des P. P. zum A. L. R. (Simon's Z. Bd. 2. S. 172 ff.)

1) R. v. 2. März 1795[4]), betr. die suspendirten Vorschriften der drei ersten Titel des 2. Theils des A. L. R.

(Stengel Bd. 8. S. 334, Rabe Bd. 3. S. 30.)

2) R. v. 25. Sept. 1795, betr. denselben Gegenstand.

(Stengel Bd. 1. S. 440, Rabe Bd. 3. S. 134.)

3) R. v. 18. Febr. 1812, betr. die Fortdauer der Suspension, insbesondere in der Grafschaft Mark.

(Jahrb. Bd. 1. S. 34, Gräff Bd. 1. S. 3.)

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. sub c. zum §. 1. des P. P.

[2]) Vergl. in Betreff des Preuß. Landrechts von 1721: Abhandl. von Lemann in der J. W. 1840 S. 33 ff. und Jahrb. Bd. 51. S. 353, Schweikart in den Jahrb. Bd. 26. S. 299. — Das gedachte Landrecht hat noch jetzt Geltung in einzelnen früher zu Westpreußen gehörigen Landestheilen, z. B. in dem Lauenburger und Bütowschen Kreise von Hinterpommern.

[3]) Ueber die Prinzipien, von welchen bei der Entwerfung der Prov. Gesetzbücher auszugehen, sprechen sich die §§. V. und VI. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794, ferner die V. v. 22. Aug. 1798 (Rabe Bd. 5. S. 288) und die K. O. v. 9. Sept. 1800 (N. A. Bd. 1. S. 318, Rabe Bd. 6. S. 252) aus.

[1]) Dies ist der jetzige Marienwerdersche und Rosenberger Kreis, jetzt zu Westpreußen gehörig.

[2]) Dies ist das sogen. alte Gebiet, verschieden von dem etwas größeren sogen. neueren Gebiete, welches ihr in Folge des Tilsiter Friedens von 1807 beigelegt wurde.

[3]) Vergl. A. C. Freiherr v. Vegesack, Westpreuß. Provinz. R. 2 Bde. Danzig 1845. 8. (Rec. in Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 503.)

[4]) Die Suspension ist zwar in Pommern, worauf sich dieses R. bezieht, aufgehoben, es hat aber für die Provinzen, wo dieselbe noch fortdauert, noch jetzt praktischen Werth.

II. Die Suspension gilt nicht:

1) In Ostpreußen, Litthauen, Ermeland und dem Marienwerderschen landräthlichen Kreise, seit Einführung des Provinzialgesetzbuches.

2) In denjenigen jetzt zur Provinz Preußen gehörenden Landestheilen, welche im Jahre 1806 zu Westpreußen gerechnet wurden, mit Einschluß des jetzigen Thorner Kreises, jedoch mit Ausschluß der zu dem früheren Marienwerderschen Kreise gehörigen Landestheile, mit Einschluß jedoch der Stadt Danzig nebst deren altem Gebiete[1]).

(P. P. zum Westpreuß. Prov. R. v. 19. April 1844 §. 110., G. v. 16. Febr. 1857 §. 1.)

3) In Pommern:

a) R. v. 20. Juli 1795.

(N. C. C. Tom. X. p. 1869, Rabe Bd. 3. S. 121.)

b) Not. 3. im Auszuge S. 95. Nr. 48.

(Rabe Bd. 13. S. 305.)

4) In Schlesien:

a) R. v. 20. Mai 1804.

(R. A. Bd. 3. S. 245, Meister über die Aufnahme des Sachsenrechts in Schlesien S. 175, Jahrb. Bd. 44. S. 60.)

b) R. v. 19. Jan. 1805.

(Meister a. a. O. S. 175, Jahrb. a. a. O. S. 61.)

5) In der Provinz Sachsen, und zwar:

a) im Fürstenthume Halberstadt:

R. v. 29. Dec. 1796. (Jahrb. Bd. 32. S. 256.)

b) im Herzogthume Magdeburg:

R. v. 17. Nov. 1798.

(Klein Bd. 18. S. 134, Rabe Bd. 13. S. 911.)

c) in der Altmark:

aa) R. v. 21. Dec. 1795.

(N. C. C. Tom. XI. p. 2739, Rabe Bd. 3. S. 219.)

bb) P. P. v. 9. Sept. 1814. (G. S. S. 89.)

6) Im Eichsfelde, in Mühlhausen, Nordhausen, Erfurt und dessen Gebiet[2]), wo die Suspension bei der Publikation nicht verordnet worden ist.

7) In den Markgrafschaften Lausitz ebenso.

(P. P. v. 15. Nov. 1816 §. 11.)

8) In der Grafschaft Mark:

aa) R. v. 18. Febr. 1812. Der Umstand, daß in der Grafschaft Mark die Provinzialgesetze noch nicht zusammengestellt worden, beweist nicht, daß die Suspension stattfinde[3]).

(Jahrb. Bd. 1. S. 34, Gräff Bd. 1. S. 3.)

bb) P. P. v. 9. Sept. 1814.

9) Im Großherzogthum Posen:

P. P. v. 9. Nov. 1816 §§. 12. 13.

10) In den im Besitznahme-Patent v. 21. Juni 1815 genannten Westphälischen Landestheilen und dem Herzogthum Kleve.

(Pat. v. 9. Sept. 1814.)

[1]) Hiernach beseitigen sich jetzt:
a) in Betreff des Kulm- u. Michelauschen Kreises und der Stadt Thorn, nebst deren Gebiet, der §. 12. des P. P. v. 9. Nov. 1816. (s. unten);
b) in Betreff der Stadt Danzig und deren altem Gebiete, das P. P. des O. L. G. zu Marienwerder vom 19. April 1814. (Jahrb. Bd. 2. S. 109);
c) das R. v. 16. Jan. 1838 an das O. L. G. zu Marienwerder. (Jahrb. Bd. 51. S. 142, Gräff Bd. 12. S. 70.)

[2]) In Erfurt und Gebiet hat das A. L. R., so wie es durch das P. P. v. 24. März 1803 eingeführt worden war, auch unter der Fremdherrschaft Gültigkeit behalten, indem es bekanntlich nicht zum Königreiche Westphalen geschlagen wurde, sondern unmittelbar unter Franz. Regierung blieb, welche keine Veränderung in der Gesetzgebung vornahm. Bielitz bemerkt in seinem Komm. Bd. 1. S. 40 (I. A.): im Erfurtschen dauere die Suspension fort, denn das A. L. R. sei während der Franz. Okkupation beibehalten, und also in der darin angeordneten Suspension der 3 Tit. nichts geändert worden.

[3]) Dieses R. ist wegen des darin ausgesprochenen allgemeinen Satzes allegirt, sonst hat es in der Grafschaft Mark nur in Beziehung auf ältere Fälle, welche nach den, vor Einführung des Franz. Rechts gültig gewesenen G. zu beurtheilen sind, praktischen Werth.

III. Die Suspension dauert fort:

1) In der Churmark Brandenburg:

a) R. v. 7. Juli 1796.

(N. C. C. Tom. X. p. 479, Rabe Bd. 3. S. 442.)

b) R. v. 16. Jan. 1799.

(Stengel Bd. 7. S. 256, Rabe Bd. 5. S. 282.)

2) In der Neumark und dem Kottbusser Kreise, in welchem das A. L. R. während der Sächsischen Zwischenregierung in der Ausdehnung, in welcher es 1794 eingeführt worden ist, fortgegolten hat.

(Jahrb. Bd. 18. S. 110.)

3) In den Theilen von Hinterpommern, in welchen noch gegenwärtig das Preuß. Landrecht von 1721 als Provinzialrecht gilt (Kreise Lauenburg und Bütow).

4) In dem Bezirk des O. L. G. zu Arnsberg.

(§. 4. des P. P. v. 21. Juni 1825.)

Zu §§. VIII. und IX.

Anwendung des A. L. R. auf vergangene Fälle.

Abhandlung über die Anwendbarkeit neuer Gesetze, von Strombeck. (Jahrb. Bd. 9. S. 74.)
Erkenntnisse zur Erläuterung des Patents des A. L. R. v. 5. Februar 1794. §§. 8. ff. (J. W. 1836. S. 265 ff.)
Göschel, über das P. P. in Simon's Z. B. 2. S. 6, 7, 8.

1) Kann nach Einführung des A. L. R noch die Restitution gegen ein unter der Herrschaft des gemeinen Rechts abgeschlossenes verletzendes Geschäft nachgesucht werden?

Sommer, welcher es bejaht, bemerkt hierüber:

Das Gesetz (P. P. v. 7. Febr. 1794 §. VIII., Einl. §. 14.) enthalte nichts, woraus entnommen werden könnte, daß die Absicht dahin gegangen sei, auch für die gemeinrechtlichen Veräußerungen, wo die Restitution oft den einzigen Schutz gegen den Leichtsinn der Vormünder und vormundschaftl. Behörden darbot, die Restitution retro abzuschneiden. Das neue G. habe die unter der Herrschaft des alten entstandenen, nur beschränkt gültigen (durch die Restitutionsbefugniß des Verletzten beschränkten) Rechtsgeschäfte nicht zu unbeschränkt gültigen erhoben, nicht das Recht des Verletzten, durch eine Erklärung vor dem Richter, die Aufhebung der Verletzung verlangen zu können, vernichten wollen. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 479.)

Von gleichen Ansichten geht das Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. März 1833 aus. (Entsch. Bd. 1. S. 284.)

2) Meyer (in der Abhandlung: zur Lehre vom Beweise und von der rückwirkenden Kraft der Gesetze; insbesondere über die Frage, ob Verträge, welche unter der Geltung des Französischen Civilgesetzbuches mündlich geschlossen sind, vor Preuß. Gerichtshöfen durch Zeugen erwiesen werden können?) sucht die Verneinung auszuführen; denn die P. P. hätten eine retrotrahirende Anwendung der Rechtsregel probatio fit judici, nicht geboten, und das A. L. R. sowohl als die P. P. seien wider die rückwirkende Anwendung der G., und verspr. chen den erworbenen Rechten, namentlich den Verträgen, rechtl. Schutz.

(J. W. 1841 S. 10 ff.)

3) Kommt die exceptio excussionis dem dritten nicht persönlich verpflichteten Besitzer der verpfändeten Sache zu Statten, wenn der Pfandvertrag vor Einführung der Preuß. Gesetzgebung geschlossen ist, das Pfandrecht selbst aber erst unter der Herrschaft des Preuß. Rechts geltend gemacht wird?

Haushalter verneint; denn wenn auch scheinbar aus §§. 8. und 11. des P. P. v. 5. Febr. 1794 und §. 14. der Einl. zum A. L. R. die Affirmative folge, so ergebe sich doch aus einer näheren Erwägung der rechtlichen Natur des Pfandrechtes und daraus, daß die exceptio excussionis ein bloßes beneficium legis sei, das Gegentheil. (Civil- und criminalrechtl. Abhandl. S. 32.)

4) Das zur Begründung des Erbrechtes eines unehelichen Kindes in den Nachlaß des Vaters nach dem A. L. R. II. 2. §. 654. erforderliche Anerkenntniß oder rechtskräftige Urtel ist nicht nöthig, wenn das Kind vor der Einführung des A. L. R. geboren worden ist.

(Erk. des Ob. Trib. v. 3. Febr. 1824, Simon R. Bd. 1. S. 161 ff.)

Zum §. X.

Anwendung des A. L. R. auf die zur Zeit der Publikation noch schwebenden älteren Fälle und Rechts-Angelegenheiten.

Die aus einer, vor dem Zeitpunkt der Gültigkeit des A. L. R. geschlossenen Mißheirath geborenen Söhne sukcediren in Lehn- und Stammgüter, wenn ihre Geburt nach eingetretener Gültigkeit des neuen G. erfolgt ist.

(Erk. des Trib. zu Königsberg aus dem J. 1826, J. W. 1836 S. 267.)

Zum §. XIII.

Vorschriften in Betreff der gesetzl. Erbfolge.

v. Strampff macht auf die Verschiedenheit der §§. XIII. und XIV. des P. P. in den Auflagen des A. L. R. vor und nach dem J. 1804 aufmerksam, indem in den Aufl. von 1794 und 1796 die Zeit, von welcher an die neueren Vorschriften bei der gesetzl. Erbfolge zum Grunde zu legen, auf den 1. Juni 1796, in den Aufl. seit 1804 aber auf den 1. Juni 1794, als den allgemeinen Termin der Gesetzkraft des A. L. R. bestimmt sei. Es wird gezeigt, daß die Zahl 1796 aus der im §. VII. vorgeschriebenen zweijährigen Suspension der 3 ersten Tit. im Th. 2. des A. L. R. sich erkläre, daß indeß jene Zahl im §. XIII. mit dessen Schlußworten: »jedoch unter dem §. VII. bemerkten Vorbehalte« sich nicht vereinigen lasse, und daß entweder bei der Zahl 1796 oder bei dem gemachten Vorbehalte ein Schreibfehler oder sonstiges Versehen zum Grunde liege.

(Simon's Z. Bd. 2. S. 175 ff.)

Dr. v. Möller bemerkt, daß die von v. Strampff zuletzt ausgesprochene Vermuthung durch das R. v. 25. Sept. 1795 ad 3. widerlegt werde und daß dieses R. auf einem von Suarez eigenhändig niedergeschiebenen, im Staatsrathe gefaßten Beschlusse beruhe.

(J. W. 1838 S. 337.)

Zum §. XIV.

Vorschriften in Betreff der Sukcession der Eheleute.

1) Geht das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten, falls er davon bei seinem Leben nicht Gebrauch gemacht hat, auf seine Erben über?

a) Bielitz bejahet, weil dieses Recht nach Gelde geschätzt werden könne. (Kom. zum A. L. R. [2. Ausg.] Bd. 1. S. 41.)

b) Jungmeister verneint, und hält das Wahlrecht für ein an die Person des überlebenden Ehegatten geknüpftes Recht, wobei er den §. XIV. als Ausnahme von der Regel, beschränkend ausgelegt wissen will. (J. W. 1839 S. 37 ff.)

2) Wenn die Eingehung der Ehe unter der Herrschaft des Code Nap., die Wiederauflösung nach Einführung des A. L. R. erfolgte, so hat der überlebende Ehegatte zwar das Wahlrecht, kann jedoch nur nach dem Code Nap. als Miteigenthümer, oder nach dem A. L. R. als Erbe die Halbscheid des ganzen Vermögens verlangen.

Erkannt von dem L. u. St. G. zu Mühlhausen unterm 5. Juli 1832.

Die in dem §. 14. des P. P. v. 5. Febr. 1794 und im §. 9. des P. P. v. 9. Septbr. 1814 hinsichtlich des Wahlrechts des überlebenden Ehegatten getroffene Bestimmung ist nur auf das Güterverhältniß solcher Ehegatten im Allgemeinen zu beziehen, und nicht anzunehmen, daß sie lediglich das Erbfolgerecht des überlebenden Ehegatten zum Gegenstande habe, so daß die Ausmittelung des Nachlasses und des dem überlebenden Ehegatten verbleibenden Vermögens immer nach den früheren zur Zeit der Eingehung der Ehe bestandenen G. erfolgen müsse. Dies gilt namentlich von Ehen, die unter der Herrschaft des Code Nap. geschlossen worden, an dessen Stelle demnächst das A. L. R. getreten ist, weil jener dem überlebenden Ehegatten kein Erbrecht in dem Nachlasse des zuerst verstorbenen giebt, jenen aber hinsichtlich des ehel. Güterverh. weit günstiger stellt, als dies nach dem A. L. R. der Fall ist.

(J. W. 1844 S. 307.)

Zum §. XVI.

Vorschriften wegen der Real-Servituten.

1) R. v. 28. Dec. 1791, betr. die Eintragung der öffentlichen Servituten (Reallasten), (N. C. C. Tom. IX. p. 281, Rabe Bd. 2. S. 222) ist ebenso wie die Bestimmung des §. XVI. überhaupt antiquirt durch

2) Cirk. v. 30. Dec. 1798 Abschn. 2. und den daraus entnommenen §. 58. des Anh. zum A. L. R.

Vergl. auch R. v. 12. Dec. 1840 (J. M. Bl. 1840 S. 399) zur Hyp. Ord. Tit. I. §. 54.

Zum §. XVII.

Vorschriften wegen der Verjährung.

1) Die Vorschrift des §. XVII., welche sich in dem späteren Einführungs-Pat. v. 9. Sept. 1814 §. 12. und von 1816 §. 16., nur mit Weglassung der Worte »in allen Stücken«, wiederfindet, spricht den allgemeinen Grundsatz aus und ist nicht positiv oder eine Ausnahme. Das Ob. Trib. hat indeß in zwei Beziehungen eine andere Ansicht ausgesprochen:

a) Wenn auch nach Inhalt der verschiedenen P. P in den Fällen, wo vor Einführung des A. L. R. die bisherige Frist zur Verjährung noch nicht abgelaufen war, die allgemeinen Landesgesetze zur Anwendung kommen sollen, so gilt solches doch nicht für die Frage: ob die Verjährung gültig begonnen habe? und ist diese vielmehr nach den zur Zeit solches Anfanges geltend gewesenen Gesetzen zu beurtheilen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1849.

(Entsch. Bd. 18. S. 137.)

Denselben Grundsatz nimmt das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Oct. 1840 (Präj. Nr. 926.) an, welches dahin lautet:

Die Vorschrift im §. 12. des P. v. 9. Sept. 1814 ist nicht so zu deuten, daß auch die Frage, ob vor dem 1. Jan. 1815 eine Verjährung wirklich begonnen habe, lediglich nach den Vorschriften des A. L. R. beurtheilt werden solle. Diese Frage muß vielmehr der Vorschrift des §. 14. der Einl. zum A. L. R. zu Folge lediglich nach den vor dem 1. Jan. 1815 geltenden Gesetzen entschieden werden.

(Pr. Samml. S. 326, Entsch. Bd. 6. S. 317, Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 2—7.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in den Erk. v. 8. April 1836 und v. 6. Nov. 1840 an (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 136 und Bd. 9. S. 7), desgl. (in Bezug auf den §. 16. des P. P. v. 9. Nov. 1816 für das Großherzogthum Posen) in dem Erk. v. 4. März 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 281 Nr. 61.)

Ueber die entgegengesetzte Ansicht vergl. Koch A. L. R. zum §. XVII. des P. P. v. 5. Febr. 1794 und Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 455 ff., desgl. v. Viebahn a. a. O. Bd. 4. S. 9 ff.

b) Eine durch das neue Gesetz eingeführte längere Verjährung findet nicht Anwendung, wenn die kürzere Verjährung nach dem alten Gesetze schon angefangen hat; insbesondere ist die neue (längere) Wechselverjährung auf die schon nach dem A. L. R. angefangene Verjährung eines Wechsels unanwendbar.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Febr. 1850.

(Entsch. Bd. 19. S. 260.)

Dagegen vergl. Koch a. a. O.

2) Unterliegt die unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begründete Verletzungsklage des Verkäufers nach Einführung des A. L. R. den kurzen Fristen der landrechtlichen Verjährung?

a) Das O. L. G. zu Arnsberg hat (in dem Erk. v. 31. Juli 1832) bejahet, weil es dem Sinne des neuen G., wonach die Klage nur dem Käufer, nicht aber dem Verkäufer zustehe, widersprechend sein würde, wenn hinsichtlich der aus der Zeit des gemeinen Rechts herrührenden Fälle der letztere in Beziehung auf die Verjährung noch besser gestellt sein solle, als der erstere.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 691—693.)

b) In einem Erk. des O. L. G. zu Münster und in einem späteren Urtheile des vorgenannten Gerichtshofes wird jedoch angenommen, daß nur die gemeinrechtliche Verjährung von 30 Jahren Anwendung finde, weil das A. L. R., da es nur dem Käufer, nicht dem Verkäufer die Läsionsklage gestatte, auch keine kürzere Verjährung für den letzteren habe einführen können.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 693, Bd. 4. S. 549.)

3) Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Mai 1848, betr. die bei der Verjährung vor der Publikation des A. L. R. zur Anwendung kommenden Gesetze (mit Rücksicht auf die Stadt Danzig).

(Rechtsf. Bd. 4. S. 67 Nr. 33.)

4) Wo in der Verjährungs-Materie das Preuß. Landrecht von 1721 von dem A. L. R. abweicht, muß es als Provinzialrecht vorzugsweise zur Anwendung kommen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1837. (Präj. Nr. 386.) (Präj. Samml. S. 1 Nr. 3.)

Vergl. jedoch das P. P. v. 19. April 1844 wegen Publikation des Prov. Rechts für Westpreußen §§. 3. u. 8.
(G. S. 1844 S. 103.)

Zum §. XVIII.

1) Das Al. 1. des §. XVIII. ist außer Kraft gesetzt durch das G. v. 14. April 1851 über die Einführung des Strafgesetzbuches für die Preuß. Staaten. (G. S. 1851 S. 93.)

2) Vgl. die Erg. zum §. 18. der Einl. zum A. L. R.

B. Spätere Publikationen.

I. Rücksichtlich einzelner Landestheile.

1) Für Südpreußen.

a) Durch das Ed. v 28. März 1794 [1]) wurde die mittelst Pat. v. 5. Febr. 1794 auch in die, durch die zweite Theilung Polens damals schon an Preußen gelangten Provinzen geschehene Einführung des A. L. R. als gemeines subsidiarisches Recht noch besonders bestätiget, und dabei verordnet, daß bis zur Publikation des angeordneten Provinzial-Gesetzbuches die im Jahre 1789 zu Warschau durch Anton Trebicki edirte Sammlung der Poln. Konstitutionen gesetzliche Autorität haben solle. (N. C. C. Tom. IX. p. 1794, Rabe Bd. 2. S. 608.)

Hierzu: die Dekl. v. 30. April 1797, durch welche dieses Ed. dahin geändert ward, daß das A. L. R. mit Aufhebung aller früheren G. v. 1. Sept. 1797 an allein gültiges Recht sein sollte. Nur rücksichtlich einiger wenigen Verhältnisse wurden die bisherigen G. beibehalten. (N. C. C. Tom X. No. 36, Rabe Bd. 5. S. 104.)

b) R. v. 16. März 1797, daß die beibehaltenen Polnischen Statutar-Rechte auf die aus den älteren Provinzen dahin gezogenen Personen nicht Anwendung finden sollten.
(Stengel Bd. 10. S. 176, Rabe Bd. 4. S. 46.)

2) Für die jetzt zu Baiern gehörigen Fürstenthümer Anspach und Baireuth.

a) Pat. v. 29. Nov. 1795 [2]).
(N. C. C. Tom. IX. p. 2689, Rabe Bd. 3. S. 205.)

b) Pat. v. 31. Dec. 1803, wegen Einführung des A. L. R. in die in dem Staatsvergleiche mit Kur-Pfalz-Baiern v. 30. Juni 1803 §. 8. und in dem Besitz-Ergreifungs-Pat. v. 1. Nov. d. J. benannten neuen Besitzungen, welche den Fränkischen Fürstenthümern Anspach und Baireuth inkorporirt worden.
(N. C. C. Tom. XI. p. 1971, Stengel Bd. 18. S. 231, Rabe Bd. 7. S. 564.)

3) Für die jetzt zum Königreiche Polen oder zu Krakau gehörigen Krakau- und Masovischen, damals zu Südpreußen geschlagenen, Distrikte durch die Dekl. v. 23. April 1797. (N. C. C. Tom. X. p. 1127.)

4) Für das ehemalige, jetzt zu Rußland gehörige, Neu-Ostpreußen, Pat. v. 30. April 1797. (N. C. C. Tom. X. No. 35.)

5) Für das, jetzt zu Hannover gehörige, Fürstenthum Hildesheim und die Grafschaft Goslar, v. 8. März 1803.
(N. C. C. Tom. XI. p. 1313, Stengel Bd. 17. S. 194, Rabe Bd. 7. S. 306.)

6) Für das Fürstenthum Eichsfeld, die Städte Mühlhausen, Nordhausen, Erfurt und das Erfurter Gebiet:
Pat. v. 24. März 1803.
(N. C. C. Tom. XI. p. 1797, Stengel Bd. 17. S. 346, Rabe Bd. 7. S. 333.)

[1]) Da ein großer Theil der ehemaligen Provinz Südpreußen jetzt zum Großherzogthum Posen gehört, so haben die für Südpreußen ergangenen V. hinsichtlich der nach dem damaligen Rechte zu entscheidenden älteren Fälle noch praktischen Werth.

[2]) Dieses Pat., so wie die folgenden bis incl. sub Nr. 5. sind nur des historischen Interesses wegen aufgeführt.

7) Für das Fürstenthum Paderborn und Münster, und die Abteien Essen, Werden und Elten [1]).

a) Pat. v. 5. April 1803.
(N. C. C. Tom. XI. p. 1685, Stengel Bd. 17. S. 235, Rabe Bd. 7. S. 422.)

b) Pat. v. 16. Mai 1803, wegen Verwaltung des Bergwerks-Regals in dem bisherigen, nunmehr säkularisirten Bischofthum Paderborn.
(N. C. C. Tom. XI. No. 34, Stengel Bd. 17. S. 342, Rabe Bd. 7. S. 464.)

c) Pat. v. 12. April 1803 wegen Verwaltung des Bergwerks-Regals in den bisherigen nunmehr säkularisirten Stiftern Essen und Werden.
(N. C. C. Tom. XI. p. 1813, Stengel Bd. 17. S. 338, Rabe Bd. 7. S. 439.)

d) Geschichte des Wechsels der Gesetzgebung in dem Bezirke des O. L. G. zu Paderborn, nebst Bericht desselben v. 28. Febr. 1821.
(Jahrb. Bd. 17. S. 357.)

Vergl. auch den Aufsatz in den Jahrb. Bd. 19. S. 133.

8) Für die in den, durch den Tilsiter Frieden von Preußen getrennten, und 1814 damit wieder vereinigten Provinzen:

I. Pat. v. 9. Sept. 1814, wegen Wiedereinführung der Preuß. Gesetzbücher v. 1. Jan. 1815 an, in die von den Preuß. Staaten getrennt gewesenen und wieder damit vereinigten Provinzen, desgl. in die dabei oder in solchen belegenen und neu erworbenen Ortschaften und Gebieten [2]). (G. S. 1814 S. 89.)

Dazu:

a) Zum §. 2. Vergl. Abhandl. von Evelt in Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 151 ff.

b) Zum §. 3. Ein unter der Herrschaft des Code civil einem Deutschen Fürsten ehelich geborenes Kind gilt nach allgemeinen Rechtsnormen, ohne Rücksicht auf den Stand der Mutter, als seinem Vater ebenbürtig und deshalb für sukcessionsfähig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1849. (Entsch. Bd. 19. S. 229.)

c) Zum §. 4. Ueber die Auslegung dunkler oder zweifelhafter älterer Gesetze mit Rücksicht auf die Bestimmungen des §. 4. des P. P. v. 9. Sept. 1814, vergl. die Erörterungen in Gruchot's Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts, Bd. 1. S. 1—3.

d) Zum §. 7. α) Ueber die Gültigkeit der Kodicillar-Bestimmungen holographischer oder vor Notarien errichteter Testamente aus der Zeit der Fremdherrschaft, vergl. die Abhandl. in Gruchot's Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts, Bd. 1. S. 4—8.

β) Der §. 7. des P. P. vom 9. Sept. 1814 ist lediglich auf die bereits am 1. Jan. 1815 vorhandenen, nach der früheren Form errichtet gewesenen Privat-Testamente zu beziehen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob.-Trib. in dem Erk. v. 3. April 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 352 Nr. 80.)

[1]) Die hier aufgeführten 3 Pat. haben auch während der Fremdherrschaft Gültigkeit behalten, und zwar die sub b und c ganz unbeschränkt, das sub a nur in Beziehung auf die, durch die Einführung des Code Nap. nicht abgeschafften, Titel des A. L. R. Denn der Code Nap. schaffte die damals gültigen G. nur in Hinsicht derjenigen Materien ab, worüber er selbst Verfügungen enthielt. Vergl. Jahrb. Bd. 17. S. 155, 157, 361.

[2]) Als Provinzen, auf welche dies Pat. Anwendung findet, werden in dem Pat. v. 22. Mai 1815, wegen Einrichtung des Hypothekenwesens, genannt: die Altmark, das Herzogthum Magdeburg mit dem Saalkreise, das Fürstenthum Halberstadt, die Grafschaften Hohenstein, Mansfeld und Wernigerode, das vormalige Stift Quedlinburg*), das Fürstenthum Eichsfeld und dessen Dependenzen, Stadt und Gebiet Erfurt**), die Städte Mühlhausen und Nordhausen, die Fürstenthümer Minden, Münster und Paderborn, die Grafschaften Mark, Ravensberg, Tecklenburg und die obere Grafschaft Lingen, die Herzogthümer Kleve und Geldern, das Fürstenthum Moers, die Grafschaften Essen und Werden und das vormalige Stift Elten. (G. S. 1815 S. 185.)

*) Hier war es keine Wieder einführung, sondern die erste Einführung, weil dieselbe bei der Erwerbung des Stifts im Jahre 1803 nicht Statt gefunden, vorher aber der Aebtissin die Landeshoheit, und Sr. Maj. dem Könige nur die Schutzherrschaft zugestanden hatte.

**) Hierauf bezog sich jenes P. P. nicht, weil hier das A. L. R. seit der ersten Einführung Gültigkeit behalten hatte.

e) Zu §§. 8. und 9. α) Vergl. V. v. 8. Jan. 1816, betr. die Fortdauer der provinziellen Gütergemeinschaft in den Westphälischen Provinzen und in dem Herzogthum Kleve. (G. S. 1816 S. 97.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 345.

β) R. v. 12. Juni 1820. In den Provinzen, wo früher Franz. Recht gegolten hat, steht dem überlebenden Ehegatten, dessen Ehe unter dem Code Nap. ohne Vertrag geschlossen worden, die Wahl zwischen den Vortheilen aus der Franz. Gütergem. und zwischen dem, bei nicht vorhandener Gütergem. in den §§. 500 — 633. 1. II. des A. L. R. angeordneten Erbrechte zu. — Auch die vor der Herrschaft der Franz. Westphäl. G. verheiratheten Ehegatten haben die im §. 9. des P. P. nachgelassene Wahl. Diese Wahl erstreckt sich auch auf das Provinzialrecht, wenn zur Zeit der Gültigkeit eines solchen die Ehe geschlossen worden ist.

(Jahrb. Bd. 15. S. 244, Gräff Bd. 1. S. 11.)

Vergl. dagegen Dorguth in den Jahrb. Bd. 36. S. 245.

γ) R. v. 4. April 1823. Unter der Erbfolge im §. 9. ist nicht bloß die Erbfolge im eigentlichen Sinne, sondern auch diejenige Art der Sukcession in das Vermögen des verstorbenen Ehegatten verstanden worden, welche nach allgemeinen oder besonderen G. zur Zeit der Eingehung der Ehe, ohne dem Ueberlebenden ein Erbrecht zu gewähren, Rechtens gewesen ist. Zwischen §§. 8. und 9. waltet kein Widerspruch ob, da das Erbrecht der Kinder durch das im §. 9. dem überlebenden Ehegatten beigelegte Wahlrecht beschränkt ist.

(Jahrb. Bd. 21. S. 343, Gräff Bd. 1. S. 13.)

δ) R. v. 6. März 1826. Auf die Güterverhältnisse der jüdischen Ehegatten, die unter dem Französischen G. geheirathet haben, sind die durch den Code Nap. aufgehobenen jüdischen Ritualgesetze nicht anwendbar. Die seit Ein- und Wiedereinführung der Preuß. Gesetze geschlossenen Ehen jüdischer Glaubensgenossen sind lediglich nach den Vorschriften des A. L. R. zu beurtheilen. Doch finden auch auf diese die besonderen Provinzial- und Lokalrechte Anwendung, in sofern solche überhaupt durch die neueren G. wieder hergestellt worden sind.

(Jahrb. Bd. 27. S. 77, Gräff Bd. 1. S. 6.)

ε) In dem Erfurter Gebiete sind die älteren Sukcessions-Ordnungen, welche nicht auf Statuten oder Gewohnheiten, sondern lediglich auf dem gemeinen Rechte beruhen, schon seit dem 1. Jan. 1814 außer Kraft gesetzt, und ist die gesetzliche Erbfolge zwischen Eltern und Kindern und anderen Familien-Mitgliedern in allen daselbst nach dem 1. Jan. 1815 eingetretenen Erbfällen lediglich nach den Vorschriften des A. L. R. zu beurtheilen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Nov. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 165 Nr. 34.)

f) Zum §. 12. Vergl. Zus. 1. zum §. XVII. des P. P. v. 5. Febr. 1794.

II. Pat. v. 9. Nov. 1816, wegen Wiedereinführung des A. L. R. v. 1. Jan. 1817 an, in den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn mit ihrem alten und neuen Gebiete.

(G. S. 1816 S. 217.)

Dazu:

a) Dekl. des §. 12. dieses Patents v. 28. März 1820.

(G. S. 1820 S. 62.)

b) K. O. v. 29. April 1826, betr. die Gültigkeit der Allgem. Gesinde-Ordnung v. 8. Nov. 1810 in dem Kulm- und Michelauschen Kreise. (G. S. 1826 S. 41.)

c) R. v. 16. Aug. 1817, betr. die Wirkung des Code Nap. auf die ehel. G. G. in den Kreisen Kulm und Michelau.

(Jahrb. Bd. 10, Gräff 1. S. 4.)

III. Pat. v. 9. Nov. 1816, wegen Wiedereinführung der Preuß. G. in das Großherzogthum Posen, v. 1. März 1817 an.

(G. S. 1816 S. 225.)

Dazu:

a) Zum §. 2. Die für Südpreußen ergangene V. wider das Austreiben des Viehes ohne Begleitung des Hirten und wegen des Pfandgeldes v. 18. Mai 1804 ist in ihren civilrechtl. Bestimmungen durch die Einführung des Code Nap. in das vormalige Herzogthum Warschau für aufgehoben und bei Wiedereinführung der Preuß. G. in die jetzige Provinz Posen nicht für mit wiedereingeführt zu achten; die Frage über die Gültigkeit der in dieser V. enthaltenen polizeil. Bestimmungen ist als außer den Grenzen der richterl. Kognition liegend zu betrachten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 10. Okt. 1837. (Präj. Nr. 367.)

(Präj. Samml. S. 308, Entsch. Bd. 3. S. 135 ff., Jahrb. Bd. 50. S. 387, Gräff Bd. 12. S. 58.)

b) Zu §§. 7. 8. Die vor dem 1. März 1817 errichteten Verträge und letztwilligen Dispositionen sind der Form und dem Inhalte nach, mit Ausschluß der Vorschrift §. 17. der Einl. zum A. L. R., lediglich nach den zur Zeit der Errichtung bestandenen G. zu beurtheilen. Dies gilt auch von der Annahme der Schenkungen unter Lebenden, welche nach den früher geltenden Franz. G. in einer öffentl. Urkunde, deren Original-Aufsatz bei den Akten bleibt, geschehen sein muß.

(Erk. d. Ob. Trib. v. 6. Juli 1835, Centralbl. 1839 S. 847—856.)

c) Zu §§. 11. 12. α) R. v. 15. Sept. 1820. Hinsichtlich des, den überlebenden Eheleuten bei der Erbfolge eingeräumten Wahlrechts ist zwischen den Ehen, welche unter der Herrschaft des Dotal-Systems und denjenigen, die zur Zeit der allgemein geltend gewesenen Gütergem. geschlossen worden, kein Unterschied. Die zweite Alternative der Wahl ist bei allen Ehen ohne Ausnahme die landrechtliche Erbfolge bei vorhandener G. G.

(Justizmin. Akten A. G. Litt. G. No. 31. Vol. 1. Fol. 71.)

β) Wenn im Großherzogthum Posen von Ehegatten, die sich vor dem 1. März 1817 verheirathet haben, der eine nach diesem Tage stirbt und der überlebende auf Grund des ihm zustehenden Wahlrechts, nach den Vorschriften des A. L. R. über die Erbfolge bei vorhandener ehel. Gütergem. erben zu wollen erklärt, so ist auch die Frage: was zu dem der ehel. Gütergem. unterworfenen Vermögen gehöre, nicht nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe, hinsichts der Gütergem. geltend gewesenen Grundsätzen, sondern nach den Vorschriften des A. L. R. zu beurtheilen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Juni 1840. (Präj. Nr. 867.) (Präj. Samml. S. 329.)

γ) Die nach Franz. G. von der Gemeinschaft der Güter ausgeschlossenen Grundstücke des zuerst verstorbenen Ehegatten gehören zufolge §§. 634. 636. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. und mit Rücksicht auf §§. 373. 418. ibid. nicht zu dem gemeinschaftl. Vermögen nach dessen Tode, wenn der überlebende Ehegatte die Erbfolge nach dem Preuß. Rechte wählt. — Ein nach den Franz. G. gültiger Vorausnahme-Kontrakt giebt nur dann ein Recht auf die Vorausnahme, wenn die Gütergem. nach jenen G. angenommen wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Juli 1835.

(Centralbl. 1839 S. 847.)

δ) Zur Zeit der ersten Preuß. Besitznahme galt in den Städten Polens das Institut der Gütergem. unter Eheleuten nicht allgemein, sondern nur insoweit, als dasselbe durch bestimmte Polnische G. oder Ortsrechte eingeführt war. So lange dergl. nicht erwiesen sind, streitet die Vermuthung für das gemeine Vermögens- und Erbrecht des A. L. R. In den Städten des Großherzogthums Posen sukcedirt daher der überlebende Ehegatte bei mangelndem Beweise eines anderen, provinziellen Rechtsprinzips nach dem gemeinen Erbrechte des A. L. R., wenn die Ehe schon zur Südpreuß. Zeit geschlossen war, und die Erbfolge nach den zur Zeit der geschlossenen Ehe gültig gewesenen G. gewählt wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Jan. 1836.

(Entsch. Bd. 1. S. 42.)

d) Zum §. 17. α) Unter den im §. 17. angeführten »Preuß. Gesetzen« sind nicht die zur Zeit des geschlossenen Vertrages gültig gewesenen Gesetze, sondern das A. L. R. nebst den darauf Bezug habenden späteren Verordnungen zu verstehen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juli 1837. (Präj. Nr. 320.) (Präj. Samml. S. 329.)

β) Das Erk. des Ob. Trib. v. 21. Juli 1837 stellt folgende Grundsätze auf:

1) Auch in dem Theile des Großherzogthums Posen, welcher vormals zu Westpreußen, und zwar zum Netzdistrikte gehört hat, können für den Zeitraum

nach dem 1. März 1817, wenn gleich in einem früheren Vertrage höhere, nach den damaligen Gesetzen zulässige, Zinsen versprochen sein sollten, nur die nach den jetzigen Preuß. Gesetzen erlaubten, niedrigeren Zinsen gefordert werden.

2) In Ansehung des Zeitraumes bis zum 1. März 1817 treten für die Höhe des Zinsfußes die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages gültig gewesenen früheren Gesetze ein.

(Entsch. Bd. 3. S. 124, J. W. 1838 S. 557, Centralbl. 1838 S. 61 ff., 85 ff.)

Vergl. auch das Erk. des Ob. Trib. in dem Beibl. zur Themis 1838 S. 310.

Dagegen spricht das Justizmin. in dem R. v. 4. Nov. 1818 die Ansicht aus, daß stets auf die zur Zeit des Versprechens gültigen Gesetze gesehen werden müsse.

(Jahrb. Bd. 12. S. 258, Gräff Bd. 1. S. 22.)

Koch nimmt an, daß in der Provinz Posen das Provinzialrecht, wonach sechs Prozent erlaubt sind, durch die Einführung des Franz. Rechts nicht aufgehoben worden, weil der Code den Zinsfuß nicht bestimme, und das spätere Gesetz über das Maximum der Zinsen v. 3. Sept. 1807 nicht mit eingeführt sei.

(Recht der Ford. Bd. 1. S. 155, 156, vergl. Beurtheil. S. 153.)

9) Für die neu erworbenen Landestheile.

I. Pat. v. 15. Nov. 1816, wegen Einführung des A. L. R. in die mit den Preuß. Staaten vereinigten ehemaligen Sächsischen Provinzen und Distrikte, v. 1. März 1817 an.

(G. S. 1816 S. 233.)

Dazu:

a) Zu §§. 1. u. 25.

In den vormals Sächsischen Landestheilen kann bei Erbzinsgütern eine nur auf frühere allgemeine gesetzliche Vorschriften gegründete Laudemialpflichtigkeit bei Besitzveränderungsfällen, welche erst nach Einführung des A. L. R. eingetreten sind, nur nach dessen Vorschriften, und nicht nach denjenigen des Sächsischen Rechtes, beurtheilt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1242.)

(Präj. Samml. S. 330.)

b) Zum §. 2.

α) Das Wald-Nebennutzungs-Mandat v. 30. Juli 1813 ist ein allgemeines Sächsisches Landesgesetz und mit Einführung des A. L. R. in den ehemals Sächsischen Provinzen aufgehoben.

Erkannt von dem Ob. Trib. per sent. v. 10. Febr. 1847.

(Entsch. Bd. 15. S. 284.)

Dasselbe hatte der II. Sen. des gedachten Gerichtshofes bereits unterm 28. Okt. 1845 angenommen. (Präj. Nr. 1635.)

(Präj. Samml. S. 325.)

β) Die Henneberger Landes-Ordnung v. 1539 ist nicht als ein allgemeines Landes- oder subsidiarisches Gesetz, im Sinne des §. 2., sondern als das Recht einer besonderen Provinz, im Sinne des §. 3., zu betrachten. Die in jener Landesordnung enthaltenen Bestimmungen über die Erbfolge der Ehegatten werden durch §. 10. nicht betroffen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1849. (Präj. Nr. 2119.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 124, Entsch. Bd. 17. S. 515.)

Dieselbe findet auch in Beziehung auf die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten noch gegenwärtig Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1853.

(Entsch. Bd. 27. S. 263.)

γ) R. v. 25. März 1817. Die cura sexus, als auf allgemeinen Landesgesetzen beruhend, ist mit Einführung der Preuß. G. fortgefallen. Aus gleichem Grunde ist die Erbfolge unter Eheleuten in Erbfällen, die seit diesem Zeitpunkte eingetreten, vorbehaltlich des im §. 11. des P. P. gestatteten Wahlrechts, nicht nach gemeinem Sächsischen Rechte, sondern nach dem A. L. R. zu beurtheilen.

(Jahrb. Bd. 9. S. 194, Gräff Bd. 1. S. 10.)

c) Zu §§. 2. u. 3. Die s. g. General-Artikel des Kurfürsten August zu Sachsen v. 8. Mai 1557 und dessen Kirchen-Ordn. v. 1. Jan. 1580 (Codex Augusteus pag. 453) sind als allgemeine Sächsische Landesgesetze anzusehen, an deren Stelle v. 1. März 1817 an das A. L. R. mit den nachher erfolgten gesetzlichen Bestimmungen getreten ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. März 1854. (Präj. Nr. 2500.)

(Entsch. Bd. 27. S. 472 u. Bd. 29. S. 197, Präj. Samml. Bd. 2. S. 124.)

d) Zum §. 3. Die Beibehaltung der Prov. Rechte und Statuten beschränkt sich lediglich auf Rechts-Angelegenheiten, worunter rein polizeiliche Vorschriften nicht zu subsumiren. Deshalb ist das Suhler Bauregl. v. 19. Juni 1753 (in Baustreitigkeiten) nicht mehr für anwendbar zu erachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 203 Nr. 103.)

e) Zum §. 4. Die Grundsätze des A. L. R. über unstandesmäßige Ehen sind in ihren Wirkungen auch auf die Lehns-Sukcessions-Verhältnisse eines im Herzogthume Sachsen gelegenen Lehngutes anwendbar, weil die Frage über diese Wirkungen nicht dem Lehnrecht, sondern dem Ehe- und Familienrechte angehört, dessen Bestimmungen über die Standesverhältnisse die nächste Entscheidungsquelle sind, und in ihrem ferneren Einfluß sich auf das Lehnrecht forterstrecken.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1836.

(Entsch. Bd. 1. S. 33.)

f) Zum §. 5. Vergl. Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Mai 1848, betr. die Immemorial-Verjährung im Herzogthum Sachsen in Beziehung auf unverjährbare Gegenstände.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 71 Nr. 35.)

g) Zum §. 10. α) R. v. 22. Dec. 1820. Die Gültigkeit der V. des Kais. Russ. General-Gouv. zu Dresden v. 24. Mai 1814 ist von diesem Tage und nicht erst vom Tage der Publ. des Pat. zu rechnen. (Jahrb. Bd. 16. S. 219, Gräff Bd. 1. S. 2.)

β) Haben die Statuten, welche die Intestat-Erbfolge betreffen, im Herzogthume Sachsen noch Gültigkeit?

αα) Das Justizmin. verneint in dem R. v. 23. Febr. 1825, weil die Russ. General-Gouv. V. v. 24. Mai 1814, nach welcher die Intestat-Erbfolge an allen Orten nur nach den Vorschriften der allgemeinen Landesgesetze stattfinden soll, durch den §. 10. des P. P. in ihrem ganzen Umfange bestätigt worden sei.

(Jahrb. Bd. 25. S. 85, Gräff Bd. 1. S. 9.)

ββ) Bielitz ist der entgegengesetzten Ansicht, weil der §. 10. des P. P. seiner Fassung nach nur die durch die erwähnte Gouv.-Verordnung erfolgte Aufhebung des statutarischen Erbrechts der Gerade und des Heergeräthes, nicht aber die Aufhebung des statutarischen Erbrechts überhaupt, bestätigt habe. (Nachtr. Hft. 1. S. 206.)

h) Zum §. 11. Wenn eine in den vormals Sächsischen Provinzen vor der Einführung des A. L. R. geschlossene Ehe nach diesem Zeitpunkte getrennt wird, muß der schuldige Theil in die im A. L. R. bestimmte Ehescheidungsstrafe verurtheilt werden, wenn gleich die Sächsischen, zur Zeit der Schließung der Ehe gültigen Gesetze, entweder gar keine oder nur geringere Ehescheidungsstrafe, als das A. L. R., dem schuldigen Theile auferlegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. März 1836. (Präj. Nr. 108.)

(Präj. Samml. S. 330.)

i) Zum §. 12. In den Fällen, in welchen nach dem früheren Sächs. Rechte nur Immemorial-Verjährung zulässig war, ist bei dem Beweise einer solchen in den vormals Sächs. Provinzen der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Plen. Beschl. v. 24. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1620.)

(Präj. Samml. S. 330, J. M. Bl. 1845 S. 237, Entsch. Bd. 12. S. 122.)

II. V. v. 25. Mai 1818, wegen Einführung des A. L. R. und der A. G. O. in den mit den Preuß. Staaten vereinigten, zwischen den älteren Provinzen belegenen Distrikten und Ortschaften, und wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in denselben.

(G. S. 1818 S. 45.)

III. V. v. 20. Okt. 1819, wegen Anwendung der Preuß. Gesetze in den ehemaligen Schwarzburg-Rudolstädtschen Aemtern Heringen und Kelbra v. 1. März 1820 an.

(G. S. 1819 S. 246.)

IV. Pat. v. 21. Juni 1825, wegen Einführung des A. L. R. in das Herzogthum Westphalen, das Fürstenthum Siegen mit

den Aemtern Burbach und Neuen-Kirchen (Freie- und Hücken-Grund) und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg, v. 1. Dec. 1825 an.
(G. S. 1825 S. 153.)

Dazu:

a) Zu §§. 2. und 3. Das Ob. Trib. hat mittelst Plen. Beschl. v. 1. Dec. 1851 (Präj. Nr. 2324.) angenommen, daß unter den in den §§. 2. u. 3. des Pat. v. 21. Juni 1825 bezeichneten gemeinen Rechten nur die Normen über solche Rechtsmaterien zu verstehen sind, welche in den Ländern des gemeinen Rechtes, und so auch bis zum 1. Dec. 1825 in dem Herzogthum Westphalen, als Gegenstände des gemeinen subsidiären Rechtes, und nicht vielmehr als Gegenstände der Partikular-Gesetzgebung betrachtet worden sind. Zugleich ist angenommen worden, daß das Jagdrecht nicht dem gemeinen Rechte angehöre, sondern partikularrechtlicher Natur sei.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 11, Entsch. Bd. 21. S. 338, Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 346 Nr. 75, J. M. Bl. 1852 S. 11.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 141—148.

b) Zum §. 3. Die Oranien-Nassauische V. v. 21. Juni 1787, die Uebergabe des Vermögens der Eltern an ihre Kinder betr., ist überall nur eine Modifikation des Röm. Rechts. An ihre Stelle sind daher nach §. 2. des P. P. die Vorschriften des A. L. R. getreten.
(Abhandlung von Köchling, Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 335 ff.)

c) Zum §. 4. Die Vorschrift des Römischen Rechts, nach welchem ein Vater, der rechtmäßige Kinder hinterläßt, seinen Konkubinen-Kindern und deren Mutter zusammen nicht mehr als den zwölften Theil seiner Erbschaft letztwillig zuwenden kann (L. 2. Cod. de natur. lib. u. Nov. 89. cap. 12. §. 2.), ist nach dem jetzt geltenden gemeinen Rechte auch auf uneheliche Kinder (spurii), sofern nur die Vaterschaft des Testators unzweifelhaft feststeht, anzuwenden. Diese Vorschrift findet in Folge der vollständigen Suspension der ersten drei Titel zweiten Theils des A. L. R. auch jetzt noch im Herzogthume Westphalen Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1853. (Präj. Nr. 2487.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 109, Entsch. Bd. 27. S. 252, Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 274 u. S. 579.)

d) Zu §§. 6. seq. Vergl. die Abhandl. von Röchlitz (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 117 ff.) und das dort mitgetheilte Erk. des Ob. Trib. v. 10. Nov. 1838.

e) Zu §§. 14. 19. Um die Vorschrift des A. L. R., wonach die Erbschaft ipso jure erworben wird, anwenden zu können, muß sich nach §. 14. des P. P. der Erbfall selbst unter dem Bestande dieses G. ereignet haben.
(Erk. des O. L. G. zu Arensberg v. 9. Jan. 1836, Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 388.)

f) Zum §. 17. Im Herzogthum Westphalen steht dem Minderjährigen, der nach Einführung des A. L. R. die Großjährigkeit, oder veniam aetatis, erlangt hat, hinsichtlich eines während der Herrschaft des früheren gemeinen Rechtes geschlossenen Vertrages, die Restitution zu.
(Plen. Beschl. des Ob. Trib. v. 14. Febr. 1842, J. M. Bl. 1842 S. 156, Entsch. Bd. 7. S. 322.)

Diesen Rechtssatz hat das Ob. Trib. auch schon in dem Erk. v. 25. März 1833 (Entsch. Bd. 1. S. 284) angenommen.

g) Zum §. 22. α) Vergl. R. v. 16. März 1838 und Ver. des Ob. Trib. v. 5. Juni dess. J. (J. W. 1838 S. 857—872), desgl. Erk. des Ob. Trib. v. 7. Nov. 1840.
(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 405 ff.)

II. Rücksichtlich der Mit-Einführung der staatsrechtlichen Bestimmungen durch die Einführung des A. L. R.

Ueber die Frage, ob durch Einführung des A. L. R. auch dessen staatsrechtliche Bestimmungen, sowie die staatsrechtlichen G., die zur Ergänz. des A. L. R. demnächst ergangen, für miteingeführt zu erachten, haben sich die Behörden nur gelegentlich entschieden und eine gesetzliche prinzipienmäßige Entscheidung über die zweite Frage fehlt ganz. In Betreff dieser spricht sich nämlich, das Prinzip anlangend, nur das R. des K. Min. des Inn. v. 3. Jan. 1817 aus.

Unter den, das A. L. R. und die G. O. abändernden, ergänzenden und erläuternden gesetzl. V., welche, zufolge des Allerh. Pat. v. 9. desselben M. mit diesen Gesetzbüchern zugleich in Kraft übergehen werden, sind überall nur solche V. zu verstehen, die auf das eigentliche Civil- und Crim.-R. oder auf das gerichtl. Verfahren Beziehung haben.

Die übrigen, namentlich alle diejenigen V. u. Ed., welche die Verfassung oder die Verwaltung zum Gegenstande haben, können nicht anders als auf vorgängige besondere Publikation und nach spezieller Anweisung der betr. Min. in den mit der Monarchie wieder vereinigten Provinzen und Ländertheilen zur Anwendung gebracht werden.

Was namentlich die St. O. v. 19. Nov. 1808 u. das Ed. v. 11. März 1812 über die bürgerl. Verhältnisse der Juden betrifft, so wird wegen der Modifikation, unter welcher beide in denjenigen Theilen des Reiches, woselbst sie bis jetzt nicht in Kraft waren, einzuführen sein dürften, erst verhandelt, und es bleibt die Allerh. Entscheidung hierüber zu gewärtigen.
(v. K. Ann. Bd. 1. Hft. 1. S. 2.)

Ueber die erste Frage spricht gelegentlich die K. O. v. 13. Jan. 1827, welche von der Berichtigung des Besitztitels der zum Etablissement der Stadt Magdeburg abgetretenen Domainen-Grundstücke handelt. Bei Gelegenheit dieses ganz singulären Falles sagt die K. O., daß das A. L. R. da, wo es in die ehemals Königl. Westphäl. Provinzen eingeführt, nur über die Angelegenheiten des bürgerlichen Privatrechtes verbindliche Kraft erlangt habe.
(G. S. 1827 S. 20.)

Diese Grundsätze sind auch in einzelnen Fällen angewandt worden, z. B. in der K. O. v. 8. Aug. 1830 (G. S. 1830 S. 116) gegen die Juden, nach welcher das Ed. v. 11. März 1812 nicht in den neuen Provinzen mit dem A. L. R. für miteingeführt erachtet werden soll.

Man kann jedoch jenes Prinzip nicht als ein in dem Preuß. Staatsrechte anerkanntes hinstellen; denn es ist

1) in den wichtigsten Fällen nach dem entgegengesetzten Prinzipe verfahren worden. So gab es in den Landestheilen, die zu Westphalen gehört, keine Gutsherrschaft, keine Patrimonial-Gerichtsbarkeit mehr. Die V. v. 31. März 1833 nahm jedoch an, daß diese alten Preuß. Institute durch Einführung des A. L. R. in den Theilen von Westphalen, die jetzt zur Provinz Sachsen gehören, mit eingeführt worden. (G. S. 1833 S. 61.)

So bemerkt ferner in Betreff der Mennoniten das R. des Min. des Inn. v. 28. April 1824:

Der K. Reg. wird eröffnet, daß Seitens der Min. der Just., der G. Ang. und des Inn. die G. wegen der Mennoniten, wegen deren Beschränkung in Absicht der Fähigkeit, Grundstücke zu erwerben, und wegen deren Verhältnisse zu dem evangelischen Kirchen-System, in deren Kirchspiele sie wohnen, so wie zu den dabei angestellten Pfarrgeistlichen, als mit dem L. R. für eingeführt in den neuen Distrikten Westpreußens anerkannt worden sind.
(v. K. Ann. Bd. 8. S. 475.)

Außerdem und

2) besagen auch die oben aufgeführten verschiedenen P. P., durch welche »das A. L. R. nebst den dasselbe abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen« in die neuen Provinzen eingeführt worden, nichts von jener Beschränkung auf das Privatrecht, sie beabsichtigen vielmehr, durch Einführung der G. »das Band der Vereinigung mit dem gemeinsamen Vaterlande noch fester zu knüpfen«, was unzweifelhaft weit mehr noch durch eine gemeinsame öffentliche Verfassung, als durch ein gemeinsames Civilrecht geschieht, welches letztere sogar in dieser Gegenüberstellung kaum in Betracht kommt. Die Einführung der altpreuß. G. erfolgte ohne irgend eine Distinktion und ist es anerkannte Rechtsregel, daß da, wo der Gesetzgeber nicht unterscheidet, die Interpretation kein Recht hat, zu unterscheiden. Es hat

3) demgemäß auch das Ob. Trib. in neuerer Zeit entschieden, indem dasselbe durch Erk. v. 11. April 1840 das Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Halberstadt vernichtete, weil dieses eine provinzielle, vorlandrechtliche V. für gültig angenommen, die das öffentliche Recht mit betrifft. Das Ob. Trib. bemerkt in dieser Beziehung:

Diese V. berührt auch das öffentl. Recht, und soweit dies der Fall ist, soweit der Staat und die öffentl. Ordnung allein interessirt, trat das A. L. R. bei seiner Publikation sogleich und in allen Provinzen in Wirksamkeit.
(Entsch. Bd. 6. S. 86.)

C. Theilweise Einführung in einzelne Landestheile.

1) Das A. L. R. ist nicht eingeführt:

a) in das Herzogthum Pommern und Fürstenthum Rügen (Regierungsbezirk Stralsund oder Provinz Neuvorpommern), welches mittelst Traktats v. 7. Juni 1815 von Schweden an Preußen abgetreten ist, (Anh. zur G. S. v. J. 1815 S. 39);

b) in den Bezirk des Ober-Appellations-Gerichts zu Köln, und

c) in den Gerichtsbezirk des Justiz-Senats zu Ehrenbreitenstein.

2) In die drei genannten Landestheile sind jedoch einzelne Bestimmungen durch besondere Verordnungen eingeführt worden.

D. Zum Publikations-Patente vom 1. April 1803 [1]).

1) Ueber den Sinn dieses Patents.

a) v. Hoff und Mathis legen die Schlußbestimmung des Patents dahin aus, daß die Gesetze durch ihre Aufnahme in das neue Archiv und in die akademische Ediktensammlung nicht für gehörig publizirt zu erachten, daß vielmehr die gehörig publizirten G. in die erwähnten beiden Sammlungen aufgenommen werden sollen.

(Vorrede zu Mathis Monatsschr. Bd. 1. S. VI.)

b) Auch K... in der Abhandl. über geschriebene Rechtsquellen 2c. erklärt das Patent dahin, daß die Aufnahme der Gesetze in jene beiden Sammlungen nicht zu den Bedingungen der Gültigkeit gehöre, sondern die bis dahin gewöhnliche Publikation genügen solle.

(J. Z. 1833 S. 252.)

c) Derselben Ansicht ist H—r in der Abhandl. zum P. P. v. 1. April 1803. Es werde nur die Art vorgeschrieben, wie die G. von den richterl. Urtheilssprüchen allegirt werden sollen.

(J. Z. 1835 S. 901.)

d) Der II. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 21. Dec. 1854 an, daß die Gültigkeit älterer Gesetze durch das P. P. v. 1. Nov. 1803 von deren Aufnahme in die akademische Ediktensammlung und in das neue Archiv nicht abhängig gemacht worden ist.

(Strietborst's Arch. Bd. 16. S. 101 Nr. 32.)

2) Bielitz bemerkt, daß den durch das P. v. 1. (11.) April 1803 eingeführten Anhangsparagraphen, wenn sie von den Reskripten, aus denen sie entnommen sind, abweichen, vor den letzteren der Vorzug gegeben werden müsse. (Nachtr. Hft. 1. S. 39 ff.)

---

[1]) In dem im Jahre 1803 besonders erschienenen Anhange ist das Patent v. 11. April 1803 datirt.

Einleitung zum Allgemeinen Landrecht.

Gans, über die Einl. des Preuß. Landrechts; in den Beiträgen zur Revision der Preuß. Gesetzgebung, Nr. VII. S. 97 ff.

§§. 1—72. I. Von den Gesetzen überhaupt.

K..., von den Gesetzen und deren Abfassung. (J. Z. 1833. S. 250.)

§§. 3. u. 4. Gewohnheitsrechte und Observanzen.

Fragmente über das Verhältniß der Gewohnheitsrechte zu Gesetzbüchern 2c. (Jahrb. Bd. 33. S. 1—125.)

Hilse, zur Lehre von dem Gerichtsgebrauche und den Observanzen. (Centralbl. 1841 S. 1110 ff.)

1) Ueber Fortbestehen und Bildung von Gewohnheitsrechten und Observanzen nach Publikation des A. L. R.

a) Der Gesetzrevisor bemerkt, daß der §. 3. der Einl. bei der beschränkenden Bestimmung des §. 4. keine Bedeutung habe. Denn die den Provinzial-Landrechten einverleibten Observanzen seien keine Observanzen mehr, sondern Gesetze. Praktisch sei allein der damals bestrittene Satz:

daß sie niemals contra, sondern nur praeter legem gelten. Es wird sodann bemerkt:

Der §. (4.) ist an sich klar. Zwar meint der Revisor in Köslin, es sei unentschieden geblieben, ob seit Publ. des Landrechts neue Gewohnheitsrechte haben begründet werden können. Allein da das G. keinen Unterschied macht, ob die Gewohnheit vor oder nach Einführung des Landrechts sich gebildet hat, so kann auch der Richter keinen machen. — Der Grund, weshalb man Gewohnheiten als subsidiarische Rechtsquellen muß gelten lassen, ist hauptsächlich der von den früheren Monenten urgirte,

daß während der Dauer einer Gesetzgebung mancherlei neue Verhältnisse des Verkehrs sich bilden können, für deren Beurtheilung weder die Gesetze, noch deren Analogie ausreichen.

Alsdann fehlt es an jedem vernünftigen Grunde, die Rücksichten auf wohlhergebrachte Gewohnheiten zu beschränken. Also sind es sogar hauptsächlich die zukünftigen, welchen bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung subsidiarische Gültigkeit einzuräumen ist. Die von Herrn v. Grolman geschilderten Gefahren beim Gewohnheitsrecht überhaupt aber sind nicht vorhanden, wenn die Richter, wie man voraussetzen muß, eine deutliche Anschauung des Falles mit richtigen Begriffen vom Gewohnheitsrecht verbinden.

(Gesetzrev. Pens. XV., Mot. zum §. 2. des Entw. S. 90—92.)

Bornemann knüpft hieran die Bemerkung, daß der §. 4., über dessen eigentlichen Sinn in den Materialien sich keine Auskunft finden lasse, nur von provinziellen und lokalen, nicht von allgemeinen Gewohnheitsrechten verstanden werden könne, so daß die letzteren nach Publikation des A. L. R. ganz unbeachtet bleiben müßten. Der §. 4. sei eine Limitation des §. 3., welcher offenbar nur von Provinzial- und Lokalgewohnheiten rede; sodann sei im §. VII. des P. P. auf den §. 4. der Einl. an einer Stelle verwiesen, wo nur an provinzielle und lokale Rechtsbestimmungen gedacht sein könne, und endlich stehe dieser Ansicht der §. 49. der Einl. zur Seite. Die Praxis habe daher auch stets die Berufung auf allgemeine Gewohnheiten für unzulässig erachtet.

(System Bd. 1. S. 176—179, 2. Ausg. Bd. 1. S. 30—32.)

b) Das O. L. G. zu Halberstadt hat (in dem Urtel v. 14. Jan. 1820) in einem über eine Lokal-Gewohnheit schwebenden Rechtsstreite die Unzulässigkeit der Bildung neuer Gewohnheiten angenommen, indem es ausführt, daß im A. L. R. die Lehre von dem jure consuetudinario nicht mit Stillschweigen übergangen sein würde, wenn dadurch jura specialia hätten begründet werden sollen, und daß daher seit dem 1. Juni 1794 ein neues jus non scriptum nicht konstituirt werden könne. (Simon R. Bd. 1. S. 375.)

Bornemann bemerkt hierzu, daß sich aus dem Stillschweigen des A. L. R. über die Lehre vom jure consuetud. für die vorliegende Frage um so weniger etwas folgern lasse, weil das A. L. R. mindestens die Fortdauer der schon bestehenden Gewohnheitsrechte in einem gewissen Umfange anerkenne, die Lehre von ihrer Entstehung, Aufstellung und Nachweisung mithin auch bei uns immer noch Gegenstand der Diskussion werden könne. (System [2. A.] Bd. 1. S. 32.)

c) Das Ob. Trib. hat sich über die Frage in mehreren Präjudikaten ausgesprochen.

α) In den Provinzen, in welchen das Provinzialgesetzbuch noch nicht vollendet ist, stehen die von den Vorschriften des A. L. R. abweichenden Gewohnheiten und Observanzen auch jetzt noch in gesetzlicher Kraft [1]); denn der §. 3. der Einl. erhält seine nähere Erläut. durch §. VII. des P. P. v. 5. Febr. 1794 und tritt erst in Wirksamkeit, wenn das Prov. Gesetzbuch revidirt und abgefaßt ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Febr. 1837.

(Entsch. Bd. 2. S. 238, Koch's Arch. Bd. 1. S. 542.)

β) Nach Einführung des A. L. R. kann sich eine den Bestimmungen desselben entgegenstehende Observanz nicht mehr ausbilden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. April 1839. (Präj. Nr. 678.) (Präj. Samml. S. 2.)

γ) Die §§. III. u. VII. des P. P. v. 5. Febr. 1794 sprechen nur von solchen Observanzen, die bei Publikation des A. L. R. bereits vorhanden waren und schon am 1. Juni 1794 als Gewohnheitsrechte sich vorfanden, woraus folgt, daß seit dem 1. Juni 1794 die Bildung einer von den Vorschriften des A. L. R. abweichenden Observanz gar nicht mehr stattfinden konnte, sofern nicht der im §. VII. a. a. O. gedachte Ausnahme-Fall eintritt, daß das A. L. R. selbst bei der betr. Materie auf das Gewohnheitsrecht ausdrücklich verwiesen hat. Diesen Grundsätzen entsprechen auch die Vorschriften der §§. 59. u. 60. der Einl. Nur in Betreff solcher Observanzen, welche nicht wider die G. sind, sondern nur etwas bestimmen, was in den G. unentschieden gelassen worden (§. 4. Einl.), soll es bei denselben bis zum Erfolge einer gesetzl. Bestimmung bewenden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1843.

(J. W. 1843 S. 537, Koch's Arch. Bd. 5. S. 420.)

δ) Ununterbrochene Gewohnheiten, denen keine provinzialrechtliche Bestimmung entgegensteht, finden in den Fällen, wo das A. L. R. sie ausdrücklich in Bezug nimmt, auch dann, wenn sie erst nach dessen Erscheinung sich gebildet haben, mit voller rechtsverbindlicher Kraft Anwendung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Jan. 1844. (Präj. Nr. 1391.) (Präj. Samml. S. 3.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. nimmt das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Nov. 1853 an, daß sich in Betreff der Pflicht zur Unterhaltung eines gemeinschaftl. Deiches bis zum Er-

---

[1]) Da es sich in dem hier entschiedenen Prozesse indeß nur um die bestrittene Existenz eines Gewohnheitsrechtes überhaupt, und nicht um die Frage handelte, ob es schon zur Zeit der Publ. des A. L. R. rechtsgültig bestanden, oder sich erst später ausgebildet habe, so lassen sich keine Konsequenzen aus dieser Entscheidung auf die vorliegende Frage ziehen.

scheinen des Ges. v. 28. Jan. 1848 auch nach Einführung des A. L. R. eine Observanz hat fortbilden und feststellen können.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 334 Nr. 79.)

d) Kuh (Abhandl. üb. die Frage: in wie weit die Berufung auf Gewohnheitsrecht und Observanz in den Provinzen statthaft ist, in welchen das A. L. R. nach dem P. P. v. 7. Febr. 1794 gilt, die Prov. Gesetzbücher aber noch nicht redigirt sind?) gelangt zu folgenden Resultaten:

α) Alle provinzielle und lokale Gewohnheiten, wenn sie von den Vorschriften des A. L. R. abweichen, sind nur dann zu berücksichtigen:

αα) wenn der zu erfordernde Beweis geführt wird, daß sie schon zur Zeit der Publ. des A. L. R. als wohlhergebrachte rechtsgültig bestanden; oder

ββ) wenn das A. L. R. darauf ausdrücklich in der Art verwiesen hat, daß die gesetzlichen Bestimmungen nur für den Fall gegeben werden, wenn über den Gegenstand durch wohlhergebrachte Gewohnheiten eines Ortes oder Distriktes nicht ein Anderes eingeführt wäre.

β) Solche Gewohnheiten und Observanzen dagegen, die etwas bestimmen, was die G. unentschieden gelassen haben, also Lücken der Gesetzgebung ergänzen sollen, werden durch die Provinzialgesetze gar nicht berührt[1]; der Möglichkeit ihrer fortdauernden Bildung ist daher auch durch die Redaktion der letzteren keine Grenze gesetzt; bei ihnen kommt es also nicht darauf an, ob sie schon zur Zeit der Publ. des A. L. R. wohlhergebracht waren, oder sich erst später aus- oder umbildeten. (J. W. 1842 S. 385.)

e) Vergl. über die Frage auch:

Koch, Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 107; Temme, Lehrb. des Civilr. Bd. 1. S. 25—27; Thöne, Fundamentallehren Bd. 1. S. 155; Bielitz, Nachtrag Hft. 1. S. 3; v. Savigny, System des Röm. R. Bd. 1. S. 197.

2) Die Erfordernisse gültiger Gewohnheitsrechte und Observanzen sind in dem A. L. R. nicht angegeben. Man findet darüber folgende Meinungen:

a) Es sollen die Regeln des gemeinen Rechts gelten, weil anzunehmen, daß bei einer Sache, welche aus der alten Verfassung in die neue mit übergeht, auch die in Ansehung dieser Sache zur Zeit der alten Verfassung befolgten Grundsätze in der neuen Verfassung beibehalten werden sollen.

(Bemerk. eines Ungenannten in Stengels Beiträgen Bd. 1. S. 157.)

b) Daß bei der Begriffsbestimmung von Observanzen und bei den Erfordernissen desselben auf die Regeln des gemeinen Rechts zurückgegangen werden müsse, wird auch in den beiden Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 20. u. 6. Dec. 1836 angenommen. Es müsse feststehen:

α) daß eine gewisse Norm durch allgemeine Befolgung als Recht anerkannt sei. Dies setze voraus, daß die Handlungen, wodurch das Gewohnheitsrecht bewiesen werden soll, gleichartige, häufig vorgekommene, altherkömmliche und offenkundige seien, auch dürfe der Gebrauch weder schwankend, noch unsicher, noch seit langer Zeit wieder unterblieben sein.

β) Die Handlungen müßten mit Willensfreiheit, und durch rechtliche Ueberzeugung bestimmt (opinione necessitatis) geschehen sein.

γ) Die Gewohnheiten müßten wohl hergebracht sein, und

δ) nicht wider gebietende und verbietende Gesetze.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 89, Bd. 2. S. 552.)

c) Thöne (Fund. Lehren Bd. 1. S. 158) und Bielitz (Nachtr. Hft. 1. S. 18 ff.) stellen im Wesentlichen dieselben Requisite auf.

d) Zwischen zwei Parteien ist das Entstehen eines Herkommens, als Gesetz betrachtet, nicht denkbar, weil ein jedes Gesetz eine allgemein, entweder alle Unterthanen, oder wenigstens eine gewisse Klasse derselben bindende Norm ist, und ein jus non scriptum sich generell im Staate, oder an einem gewissen Orte gebildet haben muß. Hierin liegt der Unterschied zwischen einem Gewohnheitsrechte und der Verjährung.

(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 14. Jan. 1820, Simon R. Bd. 1. S. 375.)

e) Der Gesetzrevisor bemerkt:

Schon bei der Redaktion vermißte ein mon. solche Verordnungen (Mat. Bd. 72. F. 12.), wurde aber übergangen, weil man bis zu den letzten mündlichen Konferenzen, wo hieran nun nicht weiter gedacht worden sein muß, die Voraussetzung bestritt, daß Gewohnheitsrechte, wie der Monent wollte, überhaupt irgend eine Quelle der Entscheidung, auch praeter legem, sein sollten.

Jetzt aber führt der Referent in Hamm aus:

»Je thätiger die Gesetzgebung in den letzten 40 Jahren gewesen sei, desto weniger begnüge sich der Praktiker mit Herleitungen aus der allgemeinen Rechts-Theorie, und wo könne diese Herleitung auch wohl bedenklicher sein, als bei der Feststellung des Begriffes einer Gewohnheit? Am besten lasse sie sich als dasjenige bezeichnen, »»was beim Mangel gehörig promulgirter gesetzlicher Vorschriften durch die den bestehenden Gesetzen nicht zuwiderlaufende, offenkundige und mehrmalige Normirung gleichartiger Rechtsverhältnisse auf dieselbe Art und Weise in einem gewissen Bezirke, Orte, oder unter einer gewissen Klasse von Personen, Gesetzeskraft erhalten habe.««

Indessen sei hierdurch mehr eine Beschreibung, als ein alle Kriterien umfassender Begriff gegeben. Es bleibe noch zu bestimmen:

1) von wem jene Normirung ausgegangen sein müsse,
2) ob dazu Judikate erforderlich seien,
3) wie viele Fälle zur Konstituirung einer Gewohnheit gehören,
4) ob der Richter die ihm unvernünftig scheinenden Gewohnheiten schon deshalb nicht zu berücksichtigen brauche,
5) ob die Gewohnheit eine bestimmte Zeit hindurch beobachtet sein müsse,
6) ob sie durchaus nicht durch eine entgegenstehende Normirung unterbrochen sein dürfe.

Möge sich der Begriff auch nicht in der Art begrenzen lassen, daß nicht dem Richter in jedem einzelnen Falle überlassen bleiben müsse, ob dies oder jenes in einer bestimmten Gegend oder unter einer gewissen Klasse von Personen bisher als Norm gegolten habe, so müßten doch durch die Gesetzgebung jene theoretischen Streitfragen beseitigt, und einer Theorie gesetzliche Kraft gegeben werden.«

Ich muß das gerade Gegentheil behaupten. Dasjenige Recht, was der Gesetzgeber einmal praeter legem gelten läßt, muß er auch gänzlich der wissenschaftlichen Ausbildung überlassen. Daß das Gewohnheitsrecht fortwährend unter ihrem Einflusse stehe, ist höchst wünschenswerth. Er wird aber abgeschnitten, wenn eine Thorie verewigt und ihre Berichtigung verhindert wird. Da man schon dem A. L. R. den Vorwurf macht, daß es gar nichts voraussetze, und der Schule und der Praxis auch nicht das Allergeringste überlassen wolle, was würde man von Vorschlägen sagen, die dieses Bestreben auch da verfolgen wollen, wo das Gesetz selber seine Unzulänglichkeit ausdrücklich bekennt? Keine einzige Gesetzgebung in dem Sinne, wie das A. L. R. eine ist, hat sich darauf eingelassen, den Begriff des Gewohnheitsrechts fixiren zu wollen, und wie sollte sich darin wohl die von dem Monenten beigebrachte, in jedem Lehrbuche zu findende Umschreibung der Gewohnheitsrechte, und die Entscheidung der von ihm aufgeworfenen sechs Fragen ausnehmen, von welchen ich übrigens die erste, wenn sie nicht mit der zweiten identisch ist, und die vierte, oder der bloße subjektive Schein der Unvernunft der wirklichen Unvernunft gleich zu achten sei, nicht zu verstehen bekenne. Die übrigen Zweifel sind veraltet. Judikate zu erfordern, wird keiner Theorie mehr einfallen, die Anzahl der Fälle läßt sich eben so wenig angeben, als wie viel Schafe zu einer Heerde gehören; ein bestimmter Zeitraum ist außer Sachsen, wo der gesetzgeberische Gerichtsbrauch die Verjährungsfrist eingeführt hat, nie und nirgend desiderirt worden, und wie weit eine Unterbrechung der Gewohnheit durch Beobachtung entgegengesetzter Normen von Einfluß sei, ist im Allgemeinen zu bestimmen unmöglich. Aus diesen Gründen kann ich die vermißten Entscheidungen auch nicht für ein praktisches Bedürfniß halten, noch könnte demselben dadurch abgeholfen werden, da alles Gewohnheitsrecht seiner Natur nach meist ein zweifelhaftes bleibt, und wie der Monent selbst sehr richtig bemerkt, am Ende doch immer in jedem einzelnen Falle ein arbitrium eintreten muß.

Den einzigen Versuch bei der Redaktion, zur Charakteristik des Gewohnheitsrechts implicite beizutragen, machte ein Monent, welcher meinte:

»Nach Gewohnheitsrechte (welche nämlich nach dem Entw. gar nicht gelten sollten), würde zu suppliren sein;

unter welchen jedoch die durch Verjährung erworbenen Gerechtsame nicht begriffen sind;

weil Gewohnheit und Verjährung im Sprachgebrauch oft promiscue gebraucht werden.«

Der Monent besorgte also, man möchte glauben, der Entwurf habe mit diesen Paragraphen zugleich die Verjährung abgeschafft.

(Mat. Bd. 72. F. 11. mon. 7.)

v. Grolman erwiederte:

»Wenn die Rechtsgelehrten sich bestimmtere Begriffe verschafften, wäre der Zusatz unnöthig; um der Schwachen willen aber, und weil so viele Monenten sich an den Paragraphen stoßen (nämlich an die Reprobation alles Gewohnheitsrechtes), würde es wohl rathsam sein, ihn beizufügen.« (ibid. in marg.)

Auch Suarez schrieb dabei:

»Scheint erheblich, um alle Mißverständnisse zu vermeiden.«

(Rev. mon. Mat. Bd. 80. F. 7.)

und wollte den Paragraphen dahin fassen:

---

[1] Dies wird auch in der Abhandlung über die Kodifikation der Provinzialrechte (Jahrb. Bd. 48. S. 373) bemerkt.

»Wie weit Befugnisse und Obliegenheiten einzelner Personen, Korporationen und Gemeinen durch hergebrachten Gebrauch bestimmt werden können, ist nach den Regeln von der Verjährung zu beurtheilen.« (ibid. fol. 7 v. — 8.) Daß dieser Paragr. aus dem umgearbeiteten Entw. (Mat. Bd. 81. fol. 153.) nicht in das Gesetzbuch (Bd. 84. fol. 1.) übergegangen, hat vermuthlich darin seinen Grund, weil in letzterem Gewohnheiten praeter legem zugelassen wurden, also die Nichtabschaffung der Verjährung nicht weiter beantwortet zu werden brauchte. (Gesetzrev. a. a. O. S. 93—95.)

f) Das Ob. Trib. hat sich darüber in folgenden Präj. ausgesprochen:

α) Observanz ist eine durch ein gleichmäßiges Verhalten aller Einwohner eines bestimmten Orts oder Distrikts in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsgeschäft ausgedrückte allgemeine Rechtsansicht.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1840.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 295.)

β) Bindende Gewohnheiten und Observanzen können nur aus einer größern Zahl gleichmäßiger, in der Meinung der Rechtsnothwendigkeit vorgenommener Handlungen erkannt werden.

Angenommen in den Gründen des Plen. Beschl. v. 6. Dec. 1852.

(Striethorst's Arch. B. 7. S. 334, Entsch. Bd. 24. S. 1.)

γ) Die Observanz, als eine Art des Gewohnheitsrechts, bildet nur Rechtsnormen für gegebene Rechtsverhältnisse. Zur Erwerbung bestimmter Gerechtsame zwischen einzelnen Privatpersonen durch Besitz ist nur die Verjährung geeignet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 9. Nr. 2, Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 266.)

g) Vergl. auch:

Abhandlung über den landrechtl. Begriff von »Observanz« in Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 16 ff.; Koch, Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 28.; Bornemann, System (2. Ausg.) Bd. 1. S. 33 ff.; Temme, Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 27 ff. §. 7.; Scheele, syst. Darstell. der Lehre vom Beweise S. 12 §. 12.

3) Insbesondere ist fraglich: ob zur Entstehung des Gewohnheitsrechtes eine bestimmte Anzahl von Jahren erforderlich?

a) Es verneinen:

aa) das O. L. G. zu Breslau in den Erk. v. 20. Dec. 1836 und v. 16. Jan 1838, weil die Gewohnheit zunächst etwas Faktisches sei, das sich als solches nach Umständen, bald in kürzerer, bald in längerer Frist herausstellen könne.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 90, Bd. 3. S. 324.)

bb) das O. L. G. zu Glogau in dem Erk. v. 27. Aug. 1839; denn da die Observanz durch stillschweigende Willenserklärungen begründet werde, so komme es dabei auf die Länge des Zeitraums, durch welchen diese Erklärungen abgegeben worden, nicht an.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 409.)

cc) der Gesetzrevisor. Vergl. oben Zus. 2. sub e.

dd) Thöne. Die Zeitdauer sei in den G. nirgends bestimmt, und wenn man eine solche für das Preußische Recht erfordere, so habe dies in einer Verwechselung mit der Verjährung seinen Grund.

(Fund. Lehren a. a. O. S. 158.)

ee) Koch, da das A. L. R. in dieser Beziehung keine vom gemeinen Rechte abweichende allgemeine Bestimmung enthalte, und daher nichts hindere, auch im Preuß. Rechte die richtige gemeinrechtl. Ansicht gelten zu lassen. (Lehrb. Bd. 1. S. 108.)

b) Dagegen bejahen:

aa) Schröter, weil das A. L. R. an mehreren Stellen (§. 366. Tit. 11. Thl. II. und §. 313. Tit. 7. Thl. II.) von rechtsverjährter Gewohnheit spreche. Doch dürfte nach Analogie des §. 212. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. schon ein zehnjähriger Zeitraum hinreichen. (System des A. L. R. Bd. 1. S. 3.)

bb) Bielitz aus denselben Gründen. Nach der Meinung des Letzteren müssen auch Handlungen, welche immerfort ausgeübt werden können, in jedem Jahre wenigstens einmal, außerdem aber in dem ganzen Zeitraume wenigstens dreimal ausgeübt worden sein. (Komm. Bd. 1. S. 34 ff.) In den Nachtr. Hft. 1. S. 22—24 geht jedoch Bielitz von dieser Ansicht ab und nimmt die Meinung sub aa. an, indem er die für andere Gegenstände gegebenen speziellen Vorschriften §. 313. Tit. 7. und §. 366. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. in vorliegender Beziehung auch für maßgebend hält.

cc) Strombeck, welcher behauptet, daß den Vorschriften über die Verjährung genügt werden müsse.

(Erg. zum A. L. R. Bd. 1. S. 10 Anm. 2.)

4) Die Ansicht, daß zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes dessen Bestätigung in contradictorio erforderlich sei, ist bereits durch das R. v. 17. Nov. 1804 (R. A. Bd. 3. S. 280) widerlegt worden. Auch Bielitz (Nachtr. Hft. 1. S. 27) und Thöne (a. a. O. S. 161) verwerfen ein solches Requisit wegen des inneren Widerspruchs, indem alsdann kein Fall der erste sein könnte, und umgekehrt derjenige Richter, welcher zuerst auf die Gewohnheit erkannt, dafür etwas ausgegeben hätte, was, jener Voraussetzung gemäß, keine gültige Gewohnheit sein könnte.

5) Unterschied zwischen »Gewohnheit« und »Observanz.«

a) Der Gesetzrevisor theilt aus den Materialien mit, daß die Redaktoren mit den Worten: »Gewohnheiten« und »Observanzen« nicht verschiedene Gegenstände, sondern Dasselbe haben ausdrücken wollen, und daß das Wort Observanzen, dessen der gedr. Entw. (§. 3.) nicht erwähnte, nur um deshalb beigefügt worden, um jede Möglichkeit einer Umgehung zu verhindern. Bekanntlich sei der Begriff »Observanz« kein bestimmter. Häufig verstehe man darunter den Gerichtsgebrauch oder die Praxis, die sich auf Gewohnheitsrecht gründe, also eine Erkenntnißquelle desselben; in diesem Sinne könne von der Observanz nichts anderes, als was von den Aussprüchen der Richter überhaupt, gelten; oder man meine, im engeren Sinne, damit die stillschweigende Uebereinkunft eines Kollegii über Gegenstände seiner Verfassung; oder endlich Observanzen und Gewohnheiten seien Synonyma. (Gesetzrev. a. a. O. S. 97.)

b) Das O. L. G. zu Glogau nimmt (in dem Erk. v. 27. Aug. 1839) ebenfalls an, daß zwischen Gewohnheit und Observanz nach Preuß. Rechte kein Unterschied sei. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 412.)

Vergl. auch das oben alleg. Präj. des O. L. G. zu Breslau v. 20. Dec. 1836.

c) Koch nimmt an, daß Observanz die Gewohnheit sei, welche in der gleichmäßigen Ausführung und Erfüllung vertragsmäßiger Rechte und Pflichten zwischen bestimmten Personen (also auch in Gesellschaften) besteht, und daß die Grundlage des Begriffs die persönliche Partikularität, im Gegensatze der lokalen sei, jedoch mit Hinzutreten des Requisits, daß diese Partikularität durch ein unter den Personen bestehendes Vertragsverhältniß abgegrenzt sein müsse.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 10 ff.)

d) Strohn führt aus:

Gewohnheitsrecht sei dasjenige Recht, was nicht aus der Schrift, als dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers, sondern aus der bisherigen Befolgung erkannt werde. Dies ergebe das P. P. zum A. L. R., worin von dem Gewohnheitsrechte, als dem umgeschriebenen Rechte, gesprochen werde. Die Behauptung, daß die Gewohnheit diesen Theil des positiven Rechtes begründe, eine Rechtsregel bilde, sei unrichtig, weil nicht der Gebrauch, sondern die Uebereinstimmung mit den Sitten und der Vorstellungsweise, die Zweckmäßigkeit, das Bedürfniß, den umgeschriebenen Rechtssatz veranlasse. Die wiederholte Uebung, die Gewohnheit sei, was die Schrift der geschriebenen Rechtsnorm; sie gebe der Rechtsidee äußere Gestalt, lasse sie als einen erkennbaren Rechtssatz hervortreten, und liefere somit den Beweis seiner Existenz. Das Gewohnheitsrecht sei derjenige Theil des positiven, objektiven Rechts, welcher, durch das Bedürfniß des Volks veranlaßt, aus seiner Befolgung erkannt werde, und vom Gesetzgeber ausdrücklich, oder stillschweigend gebilligt sei. Mit »Observanzen« scheine das A. L. R. die örtlichen Gewohnheitsrechte, im Gegensatze der provinziellen zu bezeichnen, denn das P. P. v. 5. Febr. 1794 §. 7. spreche von Gewohnheitsrechten und Observanzen, welche in dieser oder jener Provinz oder an einzelnen Orten bisher stattgefunden haben. Hierfür spreche auch §. 3. der Einl. und §. 187. A. L. R. II. 8. Die in den Motiven mitgetheilten Auszüge der Materialien machten es indeß zweifelhaft, ob nicht die Redaktoren Gewohnheitsrechte und Observanzen für identisch angesehen hätten. Jedenfalls gelte aber von der Observanz dasselbe, wie vom Gewohnheitsrechte.

(Forni rc. Zeitschrift Bd. 1. S. 286 ff.)

e) Vergl. den Aufs. von dem Unterschiede zwischen Gewohnheitsr. und Observanz in Klein's Ann. Bd. 25. S. 3.

6) Lokal- und Spezial-Observanz.

a) Die Lokal-Observanz ist ein für einen bestimmten Ort oder für die einzelnen Klassen desselben durch hergebrachte Gewohnheit entstandenes Gesetz und verbindet daher alle dorthin gehörigen Personen

und Grundstücke, so lange nicht eine Exemtion nachgewiesen oder durch besondere Gesetze ein Anderes bestimmt ist.

Angenommen von dem O. L. G. zu Breslau in den Erk. v. v. 30. Juli 1834, 16. März und 14. Mai 1837.
(Koch's Arch. Bd. 2. S. 8, 35, 39.)

b) Eine Spezial-Observanz hinsichtlich der Verpflichtung zum Brückenbau, als eine Art des Gewohnheitsrechts, kann nicht zwischen zwei bestimmten Personen entstehen; sie setzt vielmehr voraus, daß sich für einen bestimmten Bezirk oder Ort, für Mitglieder einer Korporation oder für eine gewisse Klasse von Einwohnern durch allgemeine Befolgung Rechtsnormen gebildet haben, welche alsdann für den ganzen Ort, alle Mitglieder der Korporation oder die ganze Klasse der Bewohner in gleichen Fällen bindend sind.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 14. März 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 354 Nr. 75.)

c) Zwischen einzelnen bestimmten Personen, die sich als Berechtigte und Verpflichtete gegenüber stehen, kann eine Observanz, als eine Art des Gewohnheitsrechts, sich nicht bilden; vielmehr bedarf es zur Begründung der Rechte und Pflichten derselben gegen einander eines geeigneten besonderen Rechtstitels.

Angenommen von dem III. Sen. d. Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Febr. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 128 Nr. 28.)

7) Beweis der Gewohnheit.

a) Für den Beweis des Gewohnheitsrechtes hat das A. L. R. keine Bestimmungen. Man unterscheidet aber, in Beziehung auf den Beweis und die gesetzliche Kraft, sowie das Verhältniß zu den geschriebenen G., zwei Gattungen: das bei der Einführung des A. L. R. bereits vorhanden gewesene, und das neben demselben seit dessen Einführung erst entstandene (s. g. derogatorische) Gewohnsheitsrecht. Was die erstere Gattung betrifft, so findet man über die Frage: was zum Beweise einer Observanz gehöre, die Meinung, daß es lediglich dem richterlichen Ermessen anheimfalle: ob eine gewisse Handlung Gewohnheit geworden, weil zur Entstehung derselben keine bestimmte Reihe von Jahren, und keine gewisse Anzahl von Wiederholungen gehöre.
(Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 20. Dec. 1836, Koch's Arch. Bd. 1. S. 90.)

In Beziehung auf die andere Gattung findet sich eine Meinungsverschiedenheit. Nach der einen Meinung soll seit der Einführung des A. L. R. ein neues jus non scriptum nicht entstehen können.*
(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 14. Jan. 1820, Simon R. Bd. 1. S. 375.)

b) Nach einer anderen Meinung soll gegen verbietende Landesgesetze keine observantia contraria loci stattfinden, sondern nur in sofern gelten, als dadurch Etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben; dagegen aber ungültig und als ein bloßer Mißbrauch anzusehen sein, wenn sie gegen ein positives G. anläuft; auch werden zum Beweise[1]) einer contra legem scriptam anlaufenden Gewohnheit actus in judicio contradictorio confirmati nöthig erachtet.
(Erk. des Ob. App. Sen. des K. G. v. 4. Okt. 1798, Stengel Bd. 15. S. 124.)

c) Es müssen die mehreren gleichförmigen Handlungen dargethan werden. Die übrigen Erfordernisse des Gewohnheitsrechts gehören zum Gegenbeweise. — Als Beweismittel dienen übrigens alle nach der Pr. O. überhaupt verstatteten.
(Bielitz a. a. O. S. 28—30, Thöne 1. c. 160—162.)

d) Hinsichtlich der Beweismittel hat das Ob. Trib. (in den Erk. v. 16. Febr. und 16. März 1838, v. 18. Febr. 1837 und v. 4. Dec. 1840) denselben Grundsatz ausgesprochen. Auch dem Zeugnisse bewährter Schriftsteller, sowie übereinstimmenden gerichtlichen Entscheidungen kann die Beweiskraft nicht abgesprochen werden; ja in den meisten Fällen werden diese Quellen die einzigen sein, aus denen überhaupt die Entscheidung über das Bestehen eines Provinzial-, Statutar- oder Gewohnheits-Rechts geschöpft werden kann.
(Koch's Arch. Bd. 2. S. 480 u. 485, Entsch. Bd. 2. S. 240, Koch's Arch. Bd. 4. S. 295.)

e) Erforderniß des Beweises einer Observanz ist Erweisung der Gleichmäßigkeit des Verhaltens derer, gegen welche die Observanz angewendet werden soll, in allen innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorgekommenen Fällen.
(Erk. des Ob. Trib. v. 4. Dec. 1840, Koch's Arch. Bd. 4. S. 295, und J. W. 1841 S. 374.)

f) Bei Prüfung des Nachweises eines Gewohnheitsrechts kommen die Grundsätze der Verjährung nicht in Anwendung.
(Erk. des Ob. Trib. v. 6. Jan. 1843, J. W. 1843 S. 537, Koch's Arch. Bd. 5. S. 420.)

8) Was gehört zum Beweise der Lokal-Observanz?

a) Zum Beweise einer Lokal-Observanz, wodurch die Verpflichtung eines einzelnen Grundbesitzers gegen einen Dritten festgestellt werden soll, etwas zu thun oder zu leisten, wie z. B. die Laudemialpflicht, oder die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Zählgeldern bei Besitzveränderungen in Schlesien genügt es nicht, daß dargethan werde, es sei die streitige Abgabe von anderen Grundstücken gleicher Art entrichtet worden, vielmehr muß sich der Beweis auch dahin erstrecken, daß die geforderte Abgabe von dem in Anspruch Genommenen wenigstens einmal bereits entrichtet worden sei. Dieser Beweis ist jedoch nicht der einer Fundal-Observanz, vielmehr ist der Zweck desselben nur der, die Ueberzeugung zu gewinnen, daß der Belangte die für die streitige Verpflichtung von dem Berechtigten angeführte Orts-Observanz als eine allgemeine gültige auch ihn verpflichtende, wenigstens stillschweigend anerkannt habe, indem sonst die Handlungen der übrigen Ortsbewohner, mit welchen er in keinem gemeinsamen Rechtsverhältniß steht, für ihn unverbindlich sind.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1840. (Präj. Nr. 824.) (Präj. Samml. S. 2.)

Nach §. 40. des Ablös. G. v. 2. März 1850 (G. S. S. 90) findet übrigens zum Beweise, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet sei, die Berufung auf Observanz nicht mehr statt.

b) Zur Begründung einer Observanz unter bestimmten Klassen von Personen als Grundbesitzern, — z. B. Schulzen oder Bauern, bedarf es des Nachweises nicht, daß dieselbe Leistung bei jedem einzelnen dieser Grundstücke, — jedem Schulzen- oder Bauerhofe, — von mehreren Besitzern derselben stattgefunden habe.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 60.)

c) Vergl. die Abhandl. von Kuh in der Zeitschr. von Forni rc. Bd. 1. S. 278 ff.

9) Steht ein Rechts-Irrthum der Betheiligten über eine bis dahin angenommene und lange Zeit hindurch ununterbrochen befolgte Verpflichtung der Bildung einer Observanz entgegen?

Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 12. Jan. 1857 verneint, weil ein solcher Grundsatz im Preuß. Rechte nirgends ausdrücklich ausgesprochen sei und sich auch aus gemeinrechtlichen Prinzipien, insbesondere aus L. 39. D. de legib., wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht herleiten lasse. (Entsch. Bd. 35. S. 139.)

10) Ueber die Grenzen der Observanzen äußert sich das R. v. 13. Juli 1795 dahin, daß durch Observanzen zwar jura privatorum inter se, nicht aber Verhältnisse öffentlicher Staatsbehörden, denen durch ausdrückliche Gesetze ihre Grenzen vorgeschrieben sind, bestimmt werden können. (N. C. C. Tom. X. p. 1867, Rabe Bd. 3. S. 108.)

11) Ist der erkennende Richter verpflichtet, das Gewohnheitsrecht von Amtswegen zu berücksichtigen?

Verneint von dem Justiz-Sen. zu Ehrenbreitenstein per sent. v. 14. Nov. 1848. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 69.)*

---

[1]) Es ist unklar, was das Präj. damit meint, denn wenn eine Observanz contra legem scriptam an sich unzulässig ist, so kann von den Erfordernissen des Beweises nicht die Rede sein. Wie es scheint, geht die Meinung dahin, daß eine solche observantia contra legem scriptam gültig sei, welche durch actus in judicio contradictorio confirmati bewiesen werden könne. Dies ergiebt sich aus dem Allegat: Berger Oec. jur. L. I. Sect. I. §. 19., und Hymmens Beitr. Bd. 4. S. 84. — Paalzow im Handb. Bd. 1. S. 13, und nach ihm Strombeck rc. Bd. 1. S. 38, geben den Inhalt dieses Präjudikats sinnentstellend so an: »Observanzen contra legem scriptam müssen Fälle voraussetzen, die durch alle Instanzen gegangen sind.«

§. 5. Zur Erläut. des §. 5. bemerkt der Gesetzrevisor:

Den §. 5. hielten schon bei der Redaktion die meisten Monenten und Herr v. Grolman für überflüssig, besonders da die dort erwähnten V. des Landesherrn allemal zu den Machtsprüchen gehörten, welche der nächstfolgende §. des Entw. nicht zulassen zu wollen erklärte (Mat. Bd. 72. F. 13—14). Allein Suarez erwiederte:

»Hierin liegt nun eben das Mißverständniß. Es läßt sich gar wohl denken, daß der Landesherr in einzelnen Fällen etwas verordnen kann, ohne noch gleich einen Machtspruch zu thun, z. B. er erklärt in casu individuo, es solle erlaubt sein, daß Jemand seine Stieftochter ꝛc. heirathe; es solle von einem gewissen Mineral, so unstreitig ad regalia gehört, kein Zehent gegeben werden. Die Meinung des §. ist also eigentlich die: Wenngleich der Landesherr bei Entscheidung eines einzelnen Falles einen allgemeinen Grund gebraucht hat, so soll dennoch die Entscheidung auf andere Fälle nicht amplifizirt werden, wenngleich dabei derselbe Grund auch Anwendung findet.« (Mat. Bd. 80. F. 9.)

Ueberdem ist der Paragraph wegen der Machtsprüche, auf den sich die Monenten beriefen, nachher mit Recht weggeblieben, da das bürgerliche Gesetzbuch weder der Ort zu standesherrlichen Garantien ist, noch dergleichen materiell ertheilen wollte. (Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §. 3. des Entw. S. 97.)

Bornemann theilt aus den Mat. dasselbe mit. (System Bd. 1. S. 183 Anmerk. ***, 2. Ausg. Bd. 1. S. 35 ff.)

§. 6. 1) Der §. 6. bezieht sich nicht auf die Fälle, wo es sich um den Beweis eines Gewohnheitsrechtes handelt und dem Zeugnisse älterer Richtersprüche Gewicht beigelegt wird.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 18. Febr. 1837 (Entsch. Bd. 2. S. 240), v. 16. März 1838 u. v. 4. Dec. 1840. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 480, 485 u. Bd. 4. S. 295.)

2) Eine Modifikation des Verbots des §. 6. ist eingetreten durch die K. O. v. 1. Aug. 1836, wegen Erhaltung der Einheit der Rechts-Grundsätze in den richterlichen Entscheidungen[1]).

Ich finde es sehr zweckmäßig, daß nach den Vorschlägen in Ihrem Ber. v. 12. v. M. bei dem Geh. Ob. Trib. eine Einrichtung getroffen werde, um die Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen, nicht bloß bei dem Geh. Ob. Trib. selbst, sondern auch vermöge des Einflusses der Autorität des Höchsten Gerichtshofes bei den übrigen Gerichten möglichst zu erhalten, damit nicht durch den Wechsel der Rechtsansichten eine Rechtsungewißheit entstehe.

Ich setze daher nach Ihren, im Staatsmin. bereits berathenen, Anträgen fest:

1) Jeder der drei Senate des Geh. Ob. Trib. hat ein Protokollbuch über alle in jeder Sitzung erfolgten Vorträge und Entscheidungen zu führen, und zugleich besondere Spruchrepertorien anzulegen, worin auf den schriftlichen Antrag des Referenten, oder auf den Beschluß des Senats, die in jeder Sache ergangenen Entscheidungen über Rechtsfragen, die unter den Parteien streitig, oder außerdem bei Bearbeitung der Sache der Gegenstand einer näheren Erörterung gewesen sind,
   a) nach der Reihenfolge der Titel und Paragraphen der Gesetzbücher, so wie einzelner Gesetze oder Verordnungen, und
   b) nach alphabetischer Ordnung der Rechtsgegenstände,
   eingetragen werden.
2) Diese Repertorien der einzelnen Senate sind durch gegenseitige Uebertragung stets vollständig, jeder Senat also in fortlaufender Kenntniß von den Beschlüssen der beiden andern, in Beziehung auf die Entscheidung streitig gewesener und zur nähern Erörterung gediehener Rechtsfragen zu erhalten.
3) Falls ein Senat durch Stimmenmehrheit beschließt, von einem bisher behaupteten Rechtsgrundsatze oder von der durch ihn selbst oder durch einen andern Senat bis dahin befolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen, so ist die dadurch zweifelhaft gewordene Rechtsfrage an das Plenum des Geh. Ob. Trib. zu bringen[2]).
4) Das Plenum entscheidet darüber auf den Antrag zweier neuen aus den andern Senaten gewählten Referenten, und seine Entscheidung dient in der vorliegenden Rechtssache dem betreffenden Senate zur Norm. Diese Entscheidung wird in das Protokollbuch des ersten Senats und in sämmtliche Spruchrepertorien (§. 1.) eingetragen[1]).
5) Sollte dieselbe Rechtsfrage in der Folge noch einmal zweifelhaft werden (§. 3.) und das Plenum von seinem frühern Beschlusse abweichen, so hat das Geh. Ob. Trib. nach vorgängiger Entscheidung der vorliegenden Rechtssache, dem Justizmin. den Fall anzuzeigen, und unter Beifügung eines Gesetzentwurfs und der Motive auf Einholung einer deklaratorischen Vorschrift anzutragen.
6) Dem Plenum wird außerdem die Befugniß beigelegt, auch schon bei der Entscheidung,
   a) wenn ein überwiegendes praktisches Bedürfniß dazu vorwaltet, und
   b) wenn es wahrnimmt, daß sich bei einem der Gerichte erster oder zweiter Instanz eine, den Grundsätzen des Geh. Ob. Trib. entgegenstehende Rechtsansicht festgestellt hat,
   die legislative Erledigung des bestehenden Zweifels in der zu 5. bestimmten Weise in Antrag zu bringen.
7) Ueber jede Entscheidung des Plenums ist von demselben, unter Einreichung eines Auszugs aus dem Protokollbuche und aus den Spruchrepertorien an den Justizmin. zu berichten, dem es überlassen bleibt, von einer solchen Entscheidung dem Kammergerichte und den Oberlandesgerichten Mittheilung zu machen, und, wenn mehrere derselben eine legislative Bestimmung für nothwendig oder wünschenswerth erachten, das Weitere deshalb in Antrag zu bringen.
8) Ueber die Ausführung dieser Maßregel rücksichtlich der Form, namentlich wegen Anlegung der Protokollbücher und Repertorien haben Sie, der Justizmin. Mühler, mit dem Chefpräsidenten des Geh. Ob. Trib. und den Senats-Vicepräsidenten die erforderliche Rücksprache zu nehmen, und etwanige Schwierigkeiten auszugleichen. (G. S. 1836 S. 218.)

Dazu:

a) G. v. 26. März 1855, betreffend einige Abänderungen des Civilprozeß-Verfahrens vor dem Ob. Trib., §. 3.:

Wenn in den Fällen der Nr. 3. der Ordre v. 1. Aug. 1836 (G. S. S. 219) das Plenum des Ob. Trib. über eine zweifelhaft gewordene Rechtsfrage zu entscheiden hat, so sind für das dabei zu beobachtende Verfahren die Bestimmungen in Nr. 4. dieser Ordre maßgebend. Eine mündliche Verhandlung findet nicht statt. — Der §. 25. der V. v. 21. Juli 1846 wird aufgehoben. (G. S. 1855 S. 189.)

b) G. v. 7. Mai 1856, betreffend die Erhaltung der Einheit der Rechts-Grundsätze in den richterlichen Entscheidungen des Ob. Trib.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc., verordnen mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Die Bestimmungen der K. O. v. 1. Aug. 1836 (G. S. S. 218), die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen betreffend, kommen bei allen Civilsenaten des Ob. Trib., so wie dem Senate für Strafsachen, zur Anwendung.

§. 2. Die Entscheidungen des Plenums des Ob. Trib. über streitig gewordene Rechtsfragen erfolgen unter Mitwirkung der Mitglieder aller Senate.

In Strafsachen, in Sachen aus dem Gebiete des Rheinischen Rechtsverfahrens und in Ehesachen (V. v. 28. Juni 1844, G. S. S. 189), wird vor Erlassung der Plenar-Entscheidung der General-Staatsanwalt mit seinem Antrage gehört.

§. 3. Zur Abfassung gültiger Beschlüsse einer Abtheilung des Senats für Strafsachen ist die Theilnahme von wenigstens sieben Mitgliedern erforderlich. Die Zahl der Mitglieder muß immer eine ungerade sein.

§. 4. Die Entscheidung einer Strafsache erfolgt durch die vereinigten Abtheilungen des Senats für Strafsachen:
1) wenn es sich um eine Beschwerde oder Nichtigkeitsbeschwerde in Sachen handelt, welche in Gemäßheit des Ges. v. 25. April 1853 (G. S. S. 162) zur Kompetenz des Kammergerichts gehören;
2) wenn eine Abtheilung beschließt, von einem durch sie selbst, oder durch die andere Abtheilung, oder durch einen Civilsenat bisher behaupteten Rechtsgrundsatze, oder einer bis dahin befolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen;
3) wenn eine Abtheilung in einer Sache wegen der Wichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit der dabei zu entscheidenden Rechtsfrage die Verweisung derselben an die vereinigten Abtheilungen für angemessen erachtet, oder wenn der General-Staatsanwalt mit Ermächtigung des Justizministers darauf anträgt.

Der Senat für Strafsachen ist beschlußfähig, wenn mit Einschluß des Vorsitzenden wenigstens eilf Mitglieder Theil nehmen.

§. 5. Die nachstehenden Bestimmungen der K. O. v. 1. Aug. 1836 werden hierdurch aufgehoben:
1) Die Bestimmungen unter Nr. 3., wonach die Entscheidung des Plenums auch dann eintreten soll, wenn ein Senat von einem durch ihn selbst bisher

---

[1]) Vergl. darüber: König, üb. Fortbildung des Rechts und Einheit in der Rechtssprechung. (J. W. 1842 S. 753.)

[2]) Bei der Frage, ob eine von einem Senate angenommene Rechtsansicht mit einem früher behaupteten Rechtsgrundsatze im Widerspruche stehe und demnach die Entscheidung, der K. O. v. 1. Aug. 1836 gemäß, an das Plenum zu bringen sei, bleiben diejenigen, vor der Wirksamkeit der K. O. v. 19. Juli 1832 ergangenen Urtel des Ob. Trib. außer Berücksichtigung, welche mit Entscheidungsgründen nicht versehen sind, es sei denn, daß die ihnen zum Grunde liegende Rechtsansicht anderweit mit Sicherheit sich nachweisen ließe.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1851 resp. 5. Jan. 1852. (Entsch. Bd. 21. S. 474, Präj. Nr. 2331.)

[1]) Die Bestimmungen Nr. 3. und 4. wurden modifizirt durch den §. 25. der V. v. 21. Juli 1846 (s. in den Erg. zur A. G. O.), welcher indeß durch den §. 3. des Ges. v. 26. März 1855 wieder aufgehoben worden ist.

behaupteten Rechtsgrundsatze, oder einer durch ihn selbst bis dahin befolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen beschließt.
Dagegen bleibt jedem Senate unbenommen, in einem solchen Falle die betreffende Rechtsfrage an das Plenum zu bringen.

2) Die Bestimmung unter Nr. 4., wonach keiner der Referenten im Plenum aus den Mitgliedern des Senats gewählt werden soll, welcher die streitig gewordene Rechtsfrage an das Plenum gebracht hat.

3) Die Bestimmung unter Nr. 5., wonach, wenn das Plenum von einem früheren Beschlusse abweichen sollte, das Ob. Trib. nach vorgängiger Entscheidung der vorliegenden Rechtsache, auf Einholung einer deklaratorischen Vorschrift anzutragen hat.
Der abweichende neuere Beschluß hat die Kraft eines ersten Beschlusses.
Urkundlich 2c. 2c.
Gegeben Charlottenburg, den 7. Mai 1856.
(L. S.) Friedrich Wilhelm.
v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer.
v. Westphalen. v. Bodelschwingh. Gr. v. Waldersee.
Für den Minister für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten:
v. Manteuffel.
(G. S. 1856 S. 293 Nr. 4402.)

3) Ueber den Sinn des §. 6. vergl. Gans Beitr. Bd. 1. Hft. 1. S. 15, Simon u. v. Strampff in der Vorrede zu den Rechtsspr. der Preuß. Gerichtshöfe S. XI—XV, Bornemann System [2. Ausg.] Bd. 1. S. 37, v. Savigny System des Röm. Rechts Bd. 1. S. 198.

§§. 7—9. Abfassung der Gesetze.

Die §§. 7—9. fallen weg und an deren Stelle treten die Bestimmungen der Art. 62—64. der Verf.-Urkunde v. 31. Jan. 1850 (s. zum A. L. R. II. 13.).

§§. 10—13. Art der Publikation.

§. 11. I. Aelteres Recht.

1) Das A. L. R. hat über die Art der Publikation keine bestimmten Vorschriften; es wird das bis dahin beobachtete Verfahren vorausgesetzt. Es gab eine ordentliche und eine außerordentliche Art der Bekanntmachung.

Die ordentliche Publikation hat durch die V. v. 24. Aug. 1717[1]) eine regelmäßige und bestimmte Form erhalten. Diejenige Staatsbehörde, von welcher die Verordnung ausgegangen war, mußte an jede Provinzialbehörde eine zur Austheilung an die einzelnen Ortschaften hinreichende Anzahl versenden. Von hier aus wurden die Abdrücke für die Städte an die Steuerräthe oder Steuerkommissarien gesandt, welche solche weiter in die einzelnen Städte »zur Publikation hinschaffen« mußten. Wie hier die Publikation ausgeführt werden sollte, ist nicht bestimmt. Ueber den Beweis genügte ein documentum insinuationis, welches die Steuerräthe von jeder Stadt einschicken mußten.

Für das platte Land erhielten die Landräthe die erforderlichen Exemplare. Dieselben wurden durch den Kreisboten an die einzelnen Ortschaften ausgetragen, mittelst eines cirkulirenden Notificatoriums, unter welchem der Ortsvorsteher über den Empfang quittiren mußte. In jedem Dorfe sollten zwei Exemplare abgegeben, das Eine davon sogleich angeschlagen, das Andere am nächsten Sonntag vor der Kanzel durch den Küster verlesen werden. Ueber den Anschlag und über die Verlesung war die Aufnahme und Aufbewahrung eines Akts zum künftigen Beweise nicht vorgeschrieben.

Die außerordentliche Publikation geschah durch Ablesung von der Kanzel und Wiederholung nach bestimmten Zeitabschnitten, bei einzelnen Edikten, z. B. dem Edikt wegen Anhaltung der Deserteurs v. 29. Jan. 1723[2]), alle Monate ein Mal, daneben auch noch durch Aushang an bestimmten Orten und Ablesung in anderen Versammlungen, oder auch wohl durch Abdruck in Zeitungen und Intelligenzblättern, wie mit dem Ed. v. 2. Dec. 1766, wegen des Schuldenmachens der Offiziere 2c.[1]), und dem Ed. v. 8. Jan. 1788, wegen Anhaltung 2c. der Deserteurs[2]) geschehen ist. Diese ungewöhnlichen Publikationen waren jedesmal in den Edikten besonders vorgeschrieben.

2) Das A. L. R. schreibt im §. 11. der Einl. nur ganz allgemein vor, daß die Gesetze an den gewöhnlichen Orten öffentlich angeschlagen und im Auszuge in den Intelligenzblättern der Provinz, für welche sie gegeben worden, bekannt gemacht werden sollen. Welcher Umstand für den Anfangspunkt der Gesetzeskraft entscheidend sein und welcher als Beweis der gehörig geschehenen Publikation angesehen werden solle, blieb unbestimmt.

Ein R. v. 30. Juni 1794[3]) legt den §. 11. dahin aus, daß die Absicht dieser Bestimmungen nicht dahin gegangen sei, den für besondere Verordnungen vorgeschriebenen modum publicationis (den außerordentlichen) zu ändern. Es müßten daher die älteren, noch anwendbaren Edikte, welche auf besondere Weise wiederholt publizirt werden sollen, zu den bestimmten Zeiten noch jetzt von den Kanzeln verlesen werden. Es ist jedoch zur Unterdrückung dieser anstößigen Publikationsart folgende nur in den Amtsbl. in Bezug genommene, ungedr. K. O. v. 9. Sept. 1811 ergangen:

Da die Bekanntmachung der landesherrlichen Verordnungen durch die Gesetzsammlung auf eine sichere und zureichende Art bewirkt wird, so finde Ich die Publikation derselben von den Kanzeln durch die Geistlichkeit völlig überflüssig, und will daher auf Ihren Antrag vom 29. v. M. die Geistlichkeit von gedachter Publikation hiermit entbinden.

Diese Bestimmung setzt solche Verordnungen voraus, welche durch die Gesetzsammlung bekannt gemacht worden sind, ändert aber die älteren noch gültigen Edikte nicht ab, welche die Art ihrer Publikation selbst vorschreiben.

3) Das Pat. v. 1. April 1803 über die Publ. der neuen Auflage des A. L. R. gab den Gerichten die Anweisung, in ihren Urtheilssprüchen auf keine Privat-Gesetzes-Sammlung Bezug zu nehmen, sondern sich lediglich an diejenigen Gesetze zu halten, welche ihnen zugefertigt, gehörig publizirt, auch durch das neue Arch. der Preuß. Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit zu ihrer Kenntniß gebracht, und in die akademische Edikten-Sammlung hiernächst aufgenommen werden. Diese dunkle Bestimmung vermehrte die Zweifel, und ließ es wieder ungewiß: was zur gehörigen Publ. gehöre und durch welchen Akt die Publ. eigentlich für vollendet anzunehmen sei[4]). Man hat dieselbe verschieden zu erklären gesucht. Die richtige Auslegung ist wohl die, daß der Zusatz: »auch 2c.« gar nicht zu den Bedingungen der Gültigkeit gehört, sondern die bis dahin übliche Publ. und das bisherige Verfahren, wonach den Gerichten die neuen G. zugefertigt und die Publ. durch die Lokalbehörden ausgeführt wurden, nicht verändert worden ist. Die Aufnahme in die N. Ed. Samml. und in das N. Arch. war von der Publ. unabhängig und gab bloß einen authentischen Abdruck, und wenn die darin abgedruckten V. überhaupt keiner Publ. bedurften, wie mit den bloßen Erläuterungen der Fall ist, so mußten sie ohne vorherige Zufertigung angewendet werden. Dies ist ausdrücklich ausgesprochen in dem

4) R. v. 6. März 1806.

Es ist Uns von Seiten des Kammerger. angezeigt worden, wie Ihr den irrigen Grundsatz angenommen habt, daß von einem R., welches nicht zur besonderen Publikation bei Euch gekommen, das jedoch sowohl in die Ed. Samml. aufgenommen, als auch in dem Archiv der Gesetzgebung für die Preuß. Staaten abgedruckt ist, keine Anwendung gemacht werden könne. Da nun das A. L. R. und die A. G. O. in rezeßmäßigem Modo publizirt worden sind und die fraglichen V., die durch die Ed. Samml. und das Archiv bekannt werden, nur Erläuterungen jener Gesetze enthalten, so müssen dergleichen erläuternde Verordnungen um so mehr auch für Wernigerode gelten und von Euch in Anwendung gebracht werden, als sie eines Theils keine solche Edikte sind, deren besondere Publik. für Wernigerode der Rezeß v. 19. Mai 1714 und die Resol. v. 24. Dec. 1726 vorschreibt, anderntheils und wenn ihr materieller Inhalt Stoff zu Ge-

[1]) C. C. M. Tom. II. Sect. I. p. 613, Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 449. Das von Rabe hier noch hervorgehobene R. v. 16. März 1720 (C. C. M. Tom. VI. Sect. 2. p. 211, Rabe a. a. O. S. 530) ist ganz ohne Interesse: es schärft die Vorschrift der V. v. 24. Aug. 1717 ein, daß die Exemplare auf die Dörfer nicht durch die Landreiter, sondern durch Kreisboten ausgetragen werden sollen.

[2]) C. C. M. Tom. III. Sect. I. p. 453, Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 627.

[1]) N. C. C. Tom. IV. p. 613, Rabe Bd. 13. S. 129.

[2]) N. C. C. Tom. VIII. p. 1673, Rabe Bd. 1. Abth. 7. S. 696.

[3]) N. C. C. Tom. IX. p. 2361.

[4]) Vergl. Mathis in der Vorrede zu Bd. 1. S. 6 Nr. 2. — Abhandl. in der J. Z. 1835. S. 901.

genvorstellungen darbieten sollte, diese nach der Resol. v. 24. Dec. 1726 binnen 4 Wochen a die notitiae stattfinden können.

(N. C. C. Tom. XII. p. 663, Rabe Bd. 8. S. 607.)

5) Als die Fortsetzung der N. Ed. Samml. und des N. Arch. aufgehört hatte, erklärte das R. v. 3. Nov. 1810 den zweiten Abschnitt der Mathisschen Monatsschrift bis zur Emanirung eines offiziellen Gesetzbülletins für eine authentische Samml. der R. des Justizmin.

Nach dem, von dem Just. K. Mathis in der unterm 27. v. M. eingereichten Vorstellung gethanen Antrag, ist sämmtlichen Präsidenten der Landes-Justizkollegien von Seiten des Chefs der Justiz eröffnet worden, daß bis zur Emanirung eines offiziellen Gesetzbülletins die im zweiten Abschnitte der allgem. jurist. Monatsschrift abgedruckten Reskripte des Justizmin. als gesetzliche Erklärungen der G. angesehen werden sollen, mit dem Beifügen, daß daher dem J. K. Mathis die in speziellen Fällen von den Oberlandesgerichten gethanen Anfragen, nebst den darauf ergehenden R., mitzutheilen seien.

(Mathis Bd. 9. S. 511, Rabe Bd. 10. S. 467.)

6) Hiernächst erfolgte die offizielle Mittheilung der erläuternden Min. R. an die Gerichte durch die v. Kamptzschen Jahrbücher.

Das R. v. 12. Jan. 1821 weiset sämmtliche Ober-Gerichte in den Provinzen des Preuß. Staats an: die darin abgedruckten R., welche eine allgemeine Bestimmung enthalten und nach der Verfassung der Provinz daselbst Anwendung leiden, anzuwenden.

(Jahrb. Bd. 17. S. 247, Gräff Bd. 1. S. 16.)

II. Neues Recht.

1) Eine mehr genügende Publikation ist mit Einführung der Allg. G. S. seit dem Jahre 1810 in folgenden V. vorgeschrieben:

a) V. v. 27. Okt. 1810 über die Erscheinung und den Verkauf der neuen Allg. G. S.

Wir rc. rc. In Betracht, daß die bisherige Publikation allgem. G. weder an sich den vorgesetzten Zweck gehörig erreicht, noch den Gebrauch und die Uebersicht erleichtert, verordnen Wir hiermit:

§. 1. Es soll für die gesammte Monarchie eine Gesetz-Sammlung erscheinen, und es werden in dieselbe alle die vom heutigen Tage an erlassenen G. und V. aufgenommen, welche mehr als ein einzelnes Reg. Dep. betreffen.

§. 2. Es soll für jedes Reg. Dep. ein Departementsblatt erscheinen, in welches alle Vorschriften und Publikationen aufzunehmen sind, welche das Dep. allein betreffen.

§. 3. Die allgem. Gesetz-Sammlung erscheint in Quarto; die Redaktion erfolgt im Büreau Unseres Staatskanzlers, der gesammte Debit aber durch das General-Postamt.

§. 4. Der Preis des Jahrganges ist vorläufig auf 2 Thlr. festgesetzt, und wird stets auf ein Vierteljahr vorausbezahlt.

§. 5. Zur Haltung der Gesetz-Sammlung sind verpflichtet:

a) alle obere und untere Staatsbehörden, welche die Kosten aus ihren Fonds bestreiten;
b) alle Magisträte;
c) alle höhere Militairpersonen mit Einschluß der Stabsoffiziere;
d) die Patrimonialgerichte jeder Art;
e) alle Räthe bei Unsern Min., desgl. alle Räthe, Assessoren und Referendarien bei Landes-Kollegien;
f) alle Landräthe;
g) alle Superintendenten;
h) alle Domainenbeamte;
i) alle Gemeinden.

§. 6. Die für die letzteren dadurch entstehenden Kosten werden als Gemeindeausgaben betrachtet und aufgebracht. Die Gemeindevorsteher sind für die genaue und gewissenhafte Sammlung und Aufbewahrung verantwortlich, und die Obrigkeiten verpflichtet, alle mangelnden Stücke sogleich auf Kosten der Gemeinde wieder anzuschaffen.

§. 7. Die Staatsbehörden, Regimentschefs, Landräthe und Magisträte senden binnen 14 Tagen Nachweisungen an das General-Postamt über den Bedarf an Exemplarien.

§. 8. Jeder, der nicht zur Haltung der Gesetz-Sammlung verpflichtet ist, kann darauf halbjährlich bei den Postämtern abonniren.

§. 9. Ueber Einnahme und Ausgabe wird beim General-Postamt genaue Rechnung geführt, und der Ueberschuß in die Staatskassen abgeliefert.

§. 10. Die Gesetz-Sammlung wird in Unsern Staaten portofrei versandt. (G. S. 1810 S. 1, Rabe Bd. 10. S. 442.)

Dazu:

aa) Zum §. 5.

α) Allerh. Erl. v. 6. Juli 1850, betr. die Verpflichtung zur Haltung der G. S. und des Reg. Amtsbl.

Auf Ihren gemeinschaftlichen Bericht v. 13. Mai d. J. will ich, da die Vorschriften im §. 5. Buchstabe e der V. v. 27. Okt. 1810 (G. S. S. 1) und im §. 8. der V. v. 28. März 1811 (G. S. S. 165) mit Rücksicht auf die gegenwärtige Gerichtsverfassung einer Abänderung bedürfen, für sämmtliche Provinzen der Monarchie, mit Ausschluß des Bezirks des Appellationsgerichtshofes zu Köln, für welchen es bei den gleichförmigen, der daselbst bestehenden Gerichtsverfassung entsprechenden Vorschriften der V. v. 9. Juni 1819 (G. S. S. 148) verbleibt, hierdurch bestimmen, daß zur Haltung der Gesetz-Samml. und des Reg. Amtsblattes, außer den Räthen und Referendarien der Appellationsgerichte, auch die Mitglieder der Stadt- und Kreisgerichte, einschließlich der Einzelrichter, so wie die Gerichtsassessoren, desgl. die Beamten der Staatsanwaltschaft, verpflichtet sein sollen. (G. S. 1850 S. 362.)

β) Allerh. Erl. v. 9. Mai 1854, betr. die Verpflichtung der Rechtsanwalte und Notarien, sowie der Advokaten und Advokatanwalte im Bez. des Appell. Ger. Hofes zu Köln zum Halten der G. S.

(G. S. 1854 S. 270.)

γ) Die Landräthe sind verpflichtet, außer dem zum dienstlichen Gebrauche für das landräthliche Büreau bestimmten Exemplare der G. S., ein zweites für ihre Person zu halten.

(R. v. 6. Dec. 1832, v. K. Annal. Bd. 16. S. 821 und C. R. d. Min. des Inn. v. 11. Aug. 1852, Min. Bl. d. i. V. 1852 S. 159 Nr. 154.)

δ) R. d. Min. des Inn. v. 2. Juni 1849. Stabs-Offiziere, welche noch nicht das etatsmäßige Gehalt beziehen, sind von der Haltung der G. S., mithin auch des Amtsbl. entbunden.

(Min. Bl. d. i. V. 1849 S. 94 Nr. 136.)

ε) C. R. d. Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 4. Juni 1854. Die bei den Auseinandersetzungs-Behörden angestellten Räthe und Assessoren, auch wenn sie nicht im Kollegium arbeiten, sondern kommissarisch beschäftigt sind, desgl. alle von den gedachten Behörden beschäftigten Oekonomie-Kommissarien, sind verpflichtet, die G. S. zu halten, und es ist dies Seitens der Behörden zu kontrolliren.

(Min. Bl. d. i. V. 1854 S. 110 Nr 134.)

η) In Betreff der Verpflichtung der Kreis-Baubeamten zum Halten der G. S. vergl. Cirk. des Gen. Postamts v. 18. Nov. 1854 und C. R. des Min. für H., G. u. öffentl. Arb. v. 1. Juni 1855.

(Min. Bl. d. i. V. 1854 S. 241 Nr. 253. u. 1855 S. 113 Nr. 105.)

bb) Zum §. 7. Kontrolle über die Haltung der G. S. Seitens der dazu verpflichteten Beamten.

α) C. R. des Justizmin. v. 3. Jan. 1854. In Betreff der Justizbeamten wird Folgendes angeordnet:

1) Die Entscheidung darüber, welche Justizbeamte zur Haltung der G. S. verpflichtet sind, liegt in Beziehung auf die gerichtl. Beamten den Obergerichten, in Beziehung auf die Beamten der Staatsanwaltschaft den Ober-Staatsanwalten ob. In zweifelhaften Fällen bleibt die Entscheidung dem Justizmin. vorbehalten.

2) Die Obergerichte und die Ober-Staatsanwalte haben von den ihnen untergeordneten Behörden im Monat Oktober jeden Jahres Listen anfertigen zu lassen, in welchen die zur Haltung der G. S. verpflichteten Behörden und Beamten ihrer Geschäftsbezirke genau und vollständig aufgeführt sind.

3) Diese Listen sind von den Obergerichten und resp. den Ober-Staatsanwalten zu prüfen und demnächst den betr. Ober-Postdirektionen jedesmal bis Ende Nov. mitzutheilen.

4) Hinsichtlich der im Laufe des Jahres vorkommenden Veränderungen in dem Personal der Beamten, welche zur Haltung der G. S. verpflichtet sind, wird Folgendes bemerkt:

a) Bei Versetzungen, die in Stellen solcher Beamten erfolgen, welche in der letzten Liste bereits aufgeführt sind, handelt es sich nur um eine Namensveränderung.

b) Eine Verminderung in der Zahl der in der Liste enthaltenen pflichtigen Beamten kann nur dadurch entstehen, daß ein solcher Beamter aus dem Dienste scheidet oder verstirbt und die Stelle desselben durch einen zur Haltung der G. S. noch nicht verpflichteten Beamten interimistisch besetzt oder kommissarisch verwaltet wird.

In beiden Fällen (a. u. b.) sind die eingetretenen Veränderungen auf Requisition der betr. Ober-Postdirektion nach Ablauf des letzten vierteljährl. Abonnements zu Anfang des Monats Oktober von dem Obergerichte, resp. dem Ober-Staatsanwalt zu beglaubigen.

c) Eine Vermehrung in der Zahl der pflichtigen Beamten, welche in der letzten Liste aufgeführt sind, kann im Laufe eines Jahres nur selten eintreten.

In vorkommenden Fällen der Art genügt es für die beabsichtigte Kontrolle, wenn der hinzugekommene pflichtige Beamte erst in die für das folgende Jahr aufzustellende Liste, jedoch unter Angabe des Termins, mit welchem seine Verpflichtung zur Haltung der G. S. begonnen hat, aufgenommen wird.

5) In Betreff des App. Ger. Hofes zu Köln werden die nach den vorstehenden Bestimmungen den Obergerichten und den Ober-Staatsanwalten obliegenden Funktionen, in Betreff der bei dem App. Ger. Hofe selbst angestellten Beamten dem Ersten Präsidenten, beziehungsweise dem Gen. Prokurator, in Betreff der übrigen Justizbeamten den Landgerichts-Präsidenten, beziehungsweise den Ober-Prokuratoren bei den Landgerichten, bei welchen sie fungiren, zugewiesen. (J. M. Bl. 1854 S. 10.)

Dazu: C. R. des Justizmin. v. 12. März 1855. Die durch das C. R. v. 3. Jan. 1854 mit der Prüfung der darin angeordneten Normal-Listen beauftragten Behörden und Beamten sollen den daselbst unter Nr. 3. bestimmten Termin zur Uebersendung der Listen pünktlich innehalten. (J. M. Bl. 1855 S. 86.)

β) C R. der Min. des Inn. u. d. Fin. v. 30. Nov. 1853, welches ähnliche Kontroll-Maßregeln in Betreff der K. Regierungen anordnet. (Min. Bl. d. i. V. 1853 S. 273 Nr. 240.)

Dazu: das erläuternde C. R. ders. Min. v. 6. Febr. 1854. (Min. Bl. d. i. V. 1854 S. 41 Nr. 53.)

b) V. v. 28. März 1811 über die Einrichtung der Amtsbl. in den Reg. Dep. und über die Publikation der G. und Verf. durch dieselben und durch die Allg. G. S.

Zur näheren Ausführung der V. v. 27. Okt. v. J. setzen Wir hiermit über die Einrichtung der Amtsblätter in den einzelnen Reg. Dep. und über die Kraft der Gesetz-Sammlung Folgendes fest:

§. 1. Es soll in jedem Reg. Dep. sogleich ein öffentliches Blatt unter dem Titel: »Amtsblatt der (Kurmärkischen) Regierung«, nach jährlich fortlaufenden Nummern in dem Format der Gesetz-Sammlung, jedoch mit weniger kostspieligem Druck und Papier erscheinen, und der Inhalt nach den Hauptzweigen der innern Verwaltung geordnet sein.

§. 2. Das Amtsblatt erscheint an bestimmten Tagen und enthält:

a) Titel, Datum und Nummer der in der Allgem. Gesetz-Sammlung enthaltenen Gesetze.
b) Alle zur allgemeinen Bekanntmachung geeignete Verf. der verschiedenen Landesbehörden, also sowohl der Regierungen und der Ober-Landesgerichte, als sonstigen öffentlichen Provinzialbehörden, welche ein gemeinsames Interesse für das ganze Dep., einzelne Kreise und Oerter desselben, oder auch nur für einzelne Klassen der Einwohner des Dep. haben[1]). Es fallen mithin alle schriftliche Cirkularien an die Unterbehörden, und so weit es irgend möglich ist, auch die Cirkularien der Letztern an einzelne Gemeinden hinweg.
c) Belehrungen über öffentliche Angelegenheiten.

§. 3. Auch öffentliche Verfügungen in speziellen Fällen, die eine allgemeine Bekanntmachung erfordern, z. B. Vorladungen, können in eine, unter besonderen Nummern unter dem Namen des öffentlichen Anzeigers, fortlaufende Beilage des Amtsblattes, gegen Entrichtung der Einrückungsgebühren[1]) aufgenommen werden; doch bleibt die rechtliche Wirkung an die Insertion in die Intelligenzbl. der Provinz gebunden und werden in dieser Hinsicht hiedurch die früheren G. nicht abgeändert[2]).

§. 4. Mit dem Anfange des achten Tages, nachdem die V. und Verf. zum ersten Male im Amtsblatt abgedruckt worden, sind sie für gehörig bekannt gemacht anzunehmen. Die Tage werden hierbei vom Datum der Nummer des Amtsblattes an, und dieses Datum mit eingezählt.

Mit dem Anfange des achten Tages, nachdem ein in der allgem. G. S. erschienenes Gesetz in dem Amtsblatt der einzelnen Reg. als vorhanden angezeigt ist, ist das Gesetz als gehörig bekannt gemacht anzunehmen, und werden hierbei die Tage auf gleiche Weise gezählt. Nur dann leiden diese Bestimmungen eine Ausnahme, wenn in den G. oder V. ausdrücklich ein anderer Zeitpunkt ausgedrückt ist, von welchem ab sie als gehörig bekannt gemacht angenommen werden sollen.

§. 5. Ist der Inhalt einer Verfügung von der Art, daß sogleich etwas zur Ausführung gebracht werden soll, so versteht sich von selbst, daß jede Behörde und jeder Einzelne sogleich nach dem Empfange der Amtsblätter das Nöthige einleiten muß, ohne den Ablauf jener Frist abzuwarten, die nur in Beziehung auf rechtskräftige Wirkungen festgestellt ist.

§. 6. Nur die in dieser V. vorgeschriebenen oder bestätigten Arten der Publikationen von Gesetzen und Verordnungen haben öffentliche Gültigkeit.

§. 7. Der Preis des Jahrganges eines Amtsblatts wird auf 12 Gr. festgesetzt und viertel- oder halbjährlich vorausgezahlt. Die Redaktion und der Abdruck erfolgt unter Aufsicht und an dem Sitze der Regierungen, doch soll die Berechnung und Versendung, da, wo bereits Intelligenz-Komtoirs bestehen, diesen übertragen, der etwanige Ausfall aber aus dem Ueberschuß vom Absatz der Allgem. G. S. gedeckt werden, zu welchem Ende sich die Reg. über Einnahme und Ausgabe mit der hiesigen Haupt-Debits-Direktion für die G. S. zu berechnen haben.

---

[1]) Ueber die Benutzung der Amtsblätter zu Bekanntmachungen Seitens der Justizbehörden sind folgende Bestimmungen ergangen:

a) R. v. 30. Dec. 1817. Alle allgemeine Anordnungen sollen nur von den Reg. bekannt gemacht werden, wenn sie auch auf die Justizbehörden mit Bezug haben, und die Bekanntmachungen durch die O. L. Ger. bleiben auf solche Gegenstände beschränkt, welche ausschließlich die Justizverwaltung betreffen. (Jahrb. Bd. 11. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 17.)

b) R. v. 30. Okt. 1826. Alle Anweisungen der Unter-Justizbehörden, welche für das Publikum kein Interesse haben, und jenen wohlfeiler durch geschriebene oder gedruckte Cirk. bekannt gemacht werden können, überhaupt aber alle amtliche Bekanntmachungen, zu deren öffentlicher Mittheilung keine Nothwendigkeit und kein dringender Anlaß vorhanden ist, sollen aus dem Amtsblatt weggelassen werden. (Jahrb. Bd. 28. S. 289, Gräff Bd. 1. S. 17.)

c) R. v. 2. April 1832. Die Bekanntmachungen öffentl. Behörden, welche im ausschließenden Interesse der Staatsverwaltung und auf deren Kosten geschehen, sollen in den öffentlichen Anzeiger unentgeltlich, mithin auf Kosten des Fonds der Amtsblätter-Verwaltung und nicht des speziellen Ressorts, in dessen Interesse die Bekanntmachung erfolgt, aufgenommen werden. Die Gerichtsbehörden haben sich aber dessenungeachtet der Amtsblätter nur zu den Bekanntmachungen zu bedienen, welche ein Interesse für das Allgemeine haben, und nicht zur Insertion der Verfügungen, welche allein zur Kenntnißnahme subordinirter Behörden bestimmt sind, und mit geringeren Kosten für die Staatskassen durch spezielle Erlasse zugefertigt werden können.
(Jahrb. Bd. 39. S. 349, Gräff Bd. 6. S. 1.)

d) R. v. 15. April 1834. Das R. v. 2. April 1832 wird mit dem Bemerken in Erinnerung gebracht, daß alle diejenigen Verf., welche nur zur Kenntnißnahme der Untergerichte so wie der Justizkomm. bestimmt sind, und nicht in ganz kurzen Aufforderungen, Anweisungen und Erinnerungen bestehen, nur den selbstständigen Untergerichten, den Patrimonialrichtern oder den Justizkomm. durch besondere geschriebene oder lithographirte Erlasse bekannt zu machen. In jedem solche Falle soll nach dem Umfange der Bekanntmachung und nach der Zahl der anzufertigenden Exemplare erwogen und bestimmt werden, ob die Bekanntmachung durch schriftliche, gedruckte oder lithographirte Erlasse, je nachdem es die wenigsten Kosten verursacht, erfolgen soll.
(Jahrb. Bd. 43. S. 447, Gräff Bd. 8. S. 1.)

e) R. v. 28. Dec. 1838. Die Landes-Justizkollegien sollen die von ihnen erlassenen generellen Anordnungen, Regulative und Instruktionen, welche sich zu einer allgemeinen Bekanntmachung durch das Justizministerialblatt eignen dürften, an den Justizmin. zur Prüfung und weiteren Veranlassung einreichen.
(J. M. Bl. 1839 S. 1.)

f) R. v. 28. Febr. 1841. Die Bestimmungen der R. v. 2. April 1832, 15. April 1834 und 28. Dec. 1838 werden sämmtlichen Obergerichten zur Nachachtung in Erinnerung gebracht. (J. M. Bl. 1841 S. 116.)

g) R. v. 27. Sept. 1841. Wenn Erlasse, welche zur Veröffentlichung durch die Amtsbl. bestimmt sind, von zwei oder mehreren Min. ergehen, und daraus erhellt, daß dieselben Erlasse gleichzeitig an die Reg. oder andere Verwaltungsbehörden ergangen sind, so sollen die Obergerichte sich mit diesen, zur Vermeidung doppelter Insertionskosten, zu einer gemeinschaftlichen Publikation solcher Erlasse vereinigen. Solchen gemeinschaftl. Bekanntmachungen ist (nach der Schlußbestimmung des §. 1. der V. v. 28. März 1811) ein besonderer Abschn. zu widmen. (J. M. Bl. 1841 S. 295.)

[1]) In Betreff dieser Insertionskosten verordnet das C. R. v. 19. Febr. 1841, daß solche in der Regel bei Uebersendung des letzten Belagblattes
a) an auswärtige Behörden durch Postvorschuß,
b) an die Gerichtsbehörden am Orte durch den Ueberbringer gegen Ablieferung des Belagblattes nebst Quittung,

eingezogen werden sollen. Den Gerichtsbehörden wird es daher zur besonderen Pflicht gemacht, in allen zur Einforderung eines Kostenvorschusses geeigneten Rechtsangelegenheiten, in welchen Insertionen in den Anzeiger des Amtsblattes erforderlich sind, bei der Festsetzung des Vorschusses auf die entstehenden Insertionskosten die nöthige Rücksicht zu nehmen und für die zeitige Einziehung desselben Sorge zu tragen. Ist die Einziehung eines Kostenvorschusses nicht zuläßig, z. B. weil der Fiskus oder eine arme Partei Extrahent ist, so muß zugleich bei der Requisition der Amtsblatt-Redaktion wegen Insertion des gerichtlichen Erlasses die Stundung der Insertionskosten in Antrag gebracht, und zu dem Ende attestirt werden, aus welchem Grunde die Sache kostenfrei zu bearbeiten sei. Die Gerichte sollen aber auch in diesen Fällen darauf achten, daß die Amtsblatt-Verwaltungen sobald als möglich die nachträglich eingezogenen Kosten erhalten, oder von deren Uneinziehbarkeit in Kenntniß gesetzt werden.
(J. M. Bl. 1841 S. 103 Nr. 77.)

[2]) Das G. v. 21. Dec. 1849, welches den bisher bestandenen Intelligenz-Insertionszwang und die amtliche Ausgabe von Intelligenzblättern aufhebt, hat (im §. 2.) zugleich den Min. des Inn. ermächtigt, wenn es sich als zweckmäßig ergiebt, für Berlin ein besonderes Amtsblatt nebst Anzeiger zu gründen.
(G. S. 1849 S. 441, s. zum A. L. R. I. 23.)

§. 8. Alle in dem §. 5. der V. v. 27. Okt. über die Allgem. G. S. benannten Behörden und Personen sind zur Haltung und Bezahlung des Amtsblattes einer Reg. verpflichtet, und außerdem die einzelnen Krüger, Gast- und Schenkwirthe auf dem platten Lande und in Städten. Nur im Fall äußerster Armuth können die Reg. diese von der Haltung des Amtsblattes entbinden. Alle Unterbehörden in den Provinzen, die mit einer wirklichen Administration beauftragt sind, ihr Geschäft greife in das Polizei-, Justiz- oder Finanzfach, sowie alle Prediger, erhalten das Amtsblatt der Reg. des Dep. unentgeltlich, sind aber auch zur richtigen Ablieferung desselben an ihre Amtsnachfolger verpflichtet [1]).

§. 9. Die Obrigkeiten, Dorfschulzen und Prediger sind verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Amtsbl. zur gehörigen Zeit aus dem nächsten Vertheilungsorte abgeholt und den Gemeinden sogleich bekannt gemacht werde, daß eine Nummer derselben angelangt sei, damit diese sich gleich die nöthige Kenntniß derselben verschaffen können. Insbesondere sind sie und die Prediger verpflichtet, die G. da zu erklären und zu erläutern, wo die Deutsche Sprache weniger bekannt ist. Unrichtige Aufbewahrung der Nummern der G. S. und des Amtsbl. wird an den Schuldigen mit dem doppelten Preise des Jahrganges bestraft.

§. 10. Die Intelligenzblätter erscheinen künftig ferner an den Orten, wo sie zur Bequemlichkeit des Publikums für nothwendig gehalten werden, unter den früheren und den hier erneuerten oder bestätigten Vorschriften. Doch soll vom 1. Juli 1811 an Niemand mehr verpflichtet sein, sie wider seinen Willen zu halten.

§. 11. Die Postbehörden sind für die richtige, schleunige und portofreie Beförderung der G. S. und der Amtsbl. besonders verantwortlich.

(G. S. 1811 S. 165.)

Dazu:

aa) Zum §. 3. α) C. R. des Min. des Inn. v. 22. Nov. 1847 (mitgetheilt durch C. R. des Justizmin. v. 4. Dec. 1847). Die von den K. Justizbeh. ausgehenden öffentlichen Aufgebote der Dienstkautionen pensionirter oder versetzter Deposital-Kassen-Rendanten sind gebührenfrei in den öffentl. Anzeiger des Reg. Amtsbl. aufzunehmen.

(J. M. Bl. 1847 S. 358, Min. Bl. d. i. V. 1847 S. 274 Nr. 335.)

Diese Bestimmung ist durch das C. R. d. Min. des Inn. v. 25. Juni 1848 (mitgetheilt durch C. R. d. Justizmin. v. 12. Juli 1848) auf das Aufgebot der Dienstkautionen verstorbener oder sonst aus ihrer Stellung ausgeschiedener Deposital-Rendanten, desgl. der Gerichtsboten und Exekutoren ausgedehnt worden.

(J. M. Bl. 1848 S. 241, Min. Bl. d. i. V. 1848 S. 191 Nr. 185.)

β) R. d. Min. des Inn. v. 19. April 1849. Die Seitens der Gerichtsbehörden durch das Amtsbl. zu erlassenden Bekanntmachungen, welche die neue Organisation der Gerichte zum Gegenstande haben oder in Folge derselben nothwendig werden, sind kostenfrei aufzunehmen. (Min. Bl. d. i. V. 1849 S. 59 Nr. 101.)

bb) Zum §. 8. α) Vergl. den Allerh. Erl. v. 6. Juli 1850, betr. die Verpflichtung zur Haltung der G. S. und des Reg. Amtsbl.

(S. oben S. 26.)

Dazu:

C. R. d. Min. des Inn. v. 20. Nov. 1850, betr. die Verpflichtung zur Haltung der Reg. Amtsbl.. und die Verabfolgung von Frei-Exemplaren derselben.

Zur Beseitigung der von einigen Seiten angeregten Zweifel über die Ausführung der im 30. Stück der diesjährigen G. S. abgedr. Allerh. O. v. 6. Juli c. wegen Haltung der G. S. und des Reg. Amtsbl. Seitens der richterlichen Beamten und der Beamten der Staatsanwaltschaft wird unter Zustimmung des Hrn. Justizmin. Folgendes bemerkt.

1) Den Staatsanwalten ist auch fernerhin, dem diesseitigen Erlaß v. 4. Juli v. J. gemäß, 1 Freiexemplar des Reg. Amtsbl. zu verabreichen, da das Exemplar, welches sie in Folge der Allerh. O. v. 6. Juli c. zu halten verpflichtet sind, in ihr Privateigenthum übergeht, es aber von Interesse ist, in den Büreaus der Staatsanwaltschaften vollständige Amtsblatts-Exemplare zu behalten.

2) Hinsichtlich der Verpflichtung der Auskultatoren [1]) zur Haltung der Reg. Amtsbl. ist durch den oben erwähnten Allerh. Erlaß nichts geändert, indem derselbe es ausdrücklich in Betreff der Räthe und Referendarien bei den Appell. Ger. bei der Bestimmung sub e im §. 5. der V. v. 27. Okt. 1810 beläßt.

3) Die Polizei-Anwalte, als solche, sind zur Haltung der Amtsbl. nicht verpflichtet, da die Wahrnehmung der polizeianwaltlichen Funktion als ein Zweig der Pol. Verw. anzusehen ist, die damit beauftragten Beamten also keine eigene Behörde bilden.

Die Polizeianwalte haben aber demnach (§. 5. der V. v. 27. Oct. 1810 und §. 8. d. V. v. 28. März 1811) auch keinen rechtlichen Anspruch auf die unentgeltliche Verabfolgung des Amtsbl. und da ihnen in den allermeisten Fällen, vermöge ihrer sonstigen amtlichen Stellung, die Amtsbl. zugänglich sind, so wird die K. Reg., mit Bezug auf die Cirk. Verf. v. 4. Juli v. J., hierdurch veranlaßt, den Polizeianwalten das dortige Amtsbl. v. 1. Jan. 1851 ab nicht mehr unentgeltlich zu verabreichen, und hiervon nur in den Fällen eine Ausnahme zu machen, wo denselben nicht anderweitig (durch amtliche Stellung) das Amtsbl. leicht zugänglich ist.

Bei dieser Gelegenheit ist zugleich zur Sprache gekommen, ob die Bürgermeister, welche nach §. 58. der neuen Gem. Ordn. v. 11. März d. J. (G. S. S. 213) die Verrichtungen des Polizeianw. zu besorgen haben, nach erfolgter Einführung der Gem. Ordn. die Verabreichung eines Freiexemplars des Amtsbl. verlangen können.

Diese Frage hat indeß verneint werden müssen, da der allegirte Paragraph der Gem. Ordn. die Wahrnehmung der Verrichtungen der Polizeianwaltschaft nur als einen einzelnen Zweig des Bürgermeisteramtes betrachtet, für welchen ein Freiexemplar des Amtsbl. nicht gefordert werden kann.

Uebrigens werden die Bürgermeister und Gemeindevorstände eines besondern Freiexemplars des Amtsbl. auch nicht bedürfen, da die Gemeinden gesetzlich dasselbe halten müssen. (Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 369 Nr. 468.)

β) C. R. d. Min. des Inn. v. 3. April 1850. Die Dominien sind nicht ferner zur Haltung der Reg. Amtsbl. verpflichtet.

(Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 95 Nr. 127.)

γ) C. R. desselb. Min. v. 24. Aug. 1853. Die Inhaber der Dominial-Polizeigewalt sind anzuhalten, die G. S. und das Reg. Amtsbl. zu halten. (Min. Bl. d. i. V. 1853 S. 228 Nr. 187.)

δ) C. R. der Min. des Inn. u. des Kr. v. 7. April 1854. Die Mitglieder der Militair-Intendanturen und die bei diesen Behörden beschäftigten Auskultatoren und Referendarien sind zur Haltung des Reg. Amtbl. verpflichtet. (Min. Bl. d. i. V. 1854 S. 65 Nr. 77.)

ε) Ueber die Verabfolgung von Frei-Exemplaren der Reg. Amtsbl. und der damit verbundenen öffentl. Anzeiger sind ferner ergangen:

αα) R. der Min. des Kult. und des Inn. v. 21. Febr. 1848, betr. die Mittheilung des Amtsblattes an die Schullehrer.

(Min. Bl. d. i. V. 1848 S. 94 Nr. 104.)

ββ) C. R. des Min. d. Inn. v. 31. Aug. 1848, wonach die betr. Frei-Exemplare in der Regel ohne den öffentl. Anzeiger zu verabreichen.

(a. a. O. S. 295 Nr. 348.)

γγ) R. v. 21. Sept. 1849. Der Min. d. Inn. hat sämmtl. Reg. ermächtiget, den neugebildeten Gerichtsbehörden sowohl, als den Staats- und Polizei-Anwälten, den letzteren jedoch nur einstweilen bis auf weitere Bestimmung, ein Exemplar ihres Amtsblattes unentgeltlich verabreichen zu lassen.

(J. M. Bl. 1849 S. 407.)

δδ) C. R. desselb. Min. v. 16. Febr. 1850, nebst den (dadurch mitgetheilten) C. R. desselb. Min. v. 7. Okt. 1848 und v. 17. April 1849, betr. die unentgeltliche Verabreichung der Amtsblätter und deren öffentl. Anzeiger.

(Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 56 Nr. 69.)

εε) C. R. d. Min. d. Inn. v. 19. Aug. 1850 und C. R. des Justizmin. v. 15. Sept 1850. Die Reg. sollen denjenigen Gerichtsbehörden, für welche das Appell. Ger. des Bezirks dies als erforderlich beantragt, mit den Frei-Exemplaren ihres Amtsbl. zugleich den öffentl. Anz. unentgeltlich zugehen lassen.

(Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 271 Nr. 370, J. M. Bl. 1850 S. 323.)

ηη) C. R. desselb. Min. v. 11. Nov. 1850, betr. die beschränkte Benutzung der Reg. Amtsbl. zu Veröffentlichungen in der Postverwaltung und die Verabfolgung von Frei-Exemplaren derselben nur noch an die Postämter.

(Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 322 Nr. 419.)

ζζ) C. R. desselb. Min. v. 14. Nov. 1850, betr. die unentgeltliche Verabfolgung des öffentl. Anzeigers zu den Frei-Exemplaren der Reg. Amtsblätter für die K. Oberförster. (a. a. O. S. 323 Nr. 420.)

c) Dekl. v. 14. Jan. 1813 wegen des Anfangs der rechtlichen Wirkung der durch die G. S. und durch die Amtsbl. bekannt gemachten Gesetze und Verfügungen.

Wir x. x. thun kund und fügen hiermit zu wissen, daß, nachdem Uns vorgetragen worden, welchergestalt über den Anfang der rechtlichen Wirkung der durch die G. S. und durch die Amtsbl. bekannt gemachten G. und Verf. Zweifel entstanden seien, Wir zu deren Hebung die hierauf Bezug habenden Vorschriften des A. L. R. Einl. §§. 10 — 13., der V. v. 27. Okt. 1810 über die Erscheinung und den Verkauf der neuen G. S. und der V. v. 28. März 1811 über die Einrichtung der Amtsbl. zu deklariren geruht haben, wie folgt:

---

[1]) Das C. R. des Min. des Inn. v. 10. Mai 1854 (Min. Bl. d. i. V. S. 89) erklärt die Gerichts-Auskultatoren für nicht verpflichtet zur Anschaffung des Reg. Amtsbl. Das Gegentheil bestimmt das R. des Justizmin. v. 12. Jan. 1820. (Jahrb. Bd. 14. S. 224 u. Bd. 15. S. 28, Gräff Bd. 3. S. 45.)

1) Jedermann im Staate ist schuldig, die in die G. S. und Amtsbl. eingerückten G. und Verf. zu befolgen und sich darnach zu achten, sobald er davon Kenntniß erhalten hat [1]).
2) Es wird angenommen, daß das Amtsbl. 8 Tage nach seiner Erscheinung an allen Orten des Dep. bekannt sei. Nach Ablauf dieses Zeitraums kann sich daher Niemand damit entschuldigen, daß ihm eine in die G. S. oder das Amtsbl. einger. Verf. unbekannt geblieben sei.
2) Hierbei versteht sich von selbst, daß da, wo auf dem gewöhnlichen oder auf einem ungewöhnlichen Wege die G. S. oder das Amtsbl. früher bekannt wird, die verbindende Kraft der darin aufgenommenen Vorschrift sofort eintritt, und daß insbesondere alle öffentl. Behörden sich darnach unverzüglich zu achten verbunden sind, in sofern das G. selbst nicht einen andern Zeitpunkt der Anwendung festsetzt [2]). (G. S. 1813 S. 2.)

d) K. O. v. 24. Juli 1826, betr. die öffentliche Gültigkeit der ausschließlich durch die Amtbl. bekannt gemachten Gesetze.

Auf den Bericht des Staatsmin. v. 28. v. M. über die öffentliche Gültigkeit der durch die Amtsbl. bekannt gemachten G. gebe Ich demselben zu erkennen: daß nach den deutlichen Bestimmungen der G. v. 27. Okt. 1810, 28. März 1811 und 14. Jan. 1813, ein durch das Amtsbl. bekannt gemachtes G., wenn es auch nicht in die G. S. aufgenommen ist, für die Eingesessenen des Reg. Bez., in dessen Amtsbl. es erscheint, verbindliche Kraft hat, ohne Unterschied, ob es eine allgemeine, auf sämmtl. Unterthanen der Monarchie gerichtete Vorschrift, oder eine, nur die Eingesessenen des einzelnen Reg. Bez. verpflichtende Anordnung enthält, woraus von selbst folgt, daß eine in die sämmtlichen Amtsbl. der Monarchie aufgenommene gesetzliche Bestimmung, wenn sie auch nicht der G. S. einverleibt wird, für alle Unterthanen der Monarchie verbindend und gültig ist. Daß ein allgemein verpflichtendes G. ausschließend nur durch die Bekanntmachung in der G. S. öffentliche Gültigkeit erlange, ist so wenig vorgeschrieben, daß vielmehr die Amtsbl. als das Organ bezeichnet sind, durch welches der Wille des Gesetzgebers den Unterthanen bekannt gemacht werden soll, weil ein in der G. S. abgedrucktes G. nicht eher für publizirt geachtet werden kann, als bis dessen Erscheinung nach Titel, Datum und Nummer in den Amtsbl. angezeigt ist. Um so weniger kann es dem geringsten Zweifel unterliegen, daß es für eine völlig hinreichende Publikation des G. gelten müsse, wenn es seinem vollständigen Inhalte nach in die Amtsbl. aufgenommen wird. Nur die Rücksichten, theils auf den Kostenaufwand, theils auf den leichtern und bequemern Gebrauch für die gerichtlichen und verwaltenden Behörden, haben der Bekanntmachung allgemeiner Gesetze durch eine einzige Sammlung den Vorzug vor der Bekanntmachung durch die verschiedenen Amtsbl. der einzelnen Reg. Bez. verschafft, wobei es als Regel auch dergestalt sein Bewenden haben soll, daß die G. S. die allgemeinen G. enthalten, und das Amtsbl. vorzüglich nur zur Aufnahme administrativer Verf. bestimmt bleiben muß, ohne daß die verbindende Kraft des G. bezweifelt werden darf, wenn aus besonderen Gründen gut gefunden wird, es nicht durch die G. S., sondern durch die Amtsbl. bekannt machen zu lassen. Hiernach berichtigt sich die irrthümliche Ansicht des O. L. G. zu Breslau in Beziehung auf die gesetzliche Anwendbarkeit Meiner O. v. 10. Jan. 1824, durch welche Ich das Regulativ des Fin. Min. v. 1. Dec. 1820, wegen der Maischsteuer, genehmigt habe. (G. S. 1826 S. 73.)

e) K. O. v. 29. März 1837, betr. die Anwendung der Preuß. G. in denjenigen Orten, welche bei Grenz-Regulirungen als Gebietstheile der Monarchie anerkannt oder in Folge eines Austausches an dieselbe abgetreten worden sind.

Auf den beigefügten Bericht der Min. der Just. und der auswärt. Angeleg. habe Ich nach dem Antrage derselben, wegen Anwendung der Preuß. Ges. in denjenigen Orten, welche bei Grenzregulirungen auf den Grund abgeschlossener und bestätigter Grenzrezesse als Gebietstheile Meiner Monarchie anerkannt oder in Folge eines Austausches an dieselbe abgetreten worden sind, oder sich noch in der Verhandlung befinden, folgende Bestimmungen erlassen:
1) In allen Fällen, in denen die Grenzregulirung nur verdunkelte und ungewisse Grenzen festgestellt hat, sind die Preuß. G., V. und Vorschriften, die in demjenigen Gerichtsbezirke gelten, dem die bisher streitigen Gebietstheile definitiv überwiesen sind, auch in diese letztern durch die ursprüngliche Publikation für eingeführt zu achten.
2) Dagegen sollen in denjenigen Gebietstheilen, welche seit Einführung der Preuß. Gesetzgebung in die neu- und wiedereroberten Provinzen in Folge abgeschlossener Grenzregulirungs-Rezesse an Preußen neu abgetreten worden, die Preuß. G., V. und Vorschriften, insofern sie nicht schon jetzt auf den Grund besonderer Bestimmungen darin angewendet werden, vom 1. Juli d. J. ab unter Beobachtung der Grundsätze desjenigen Pat. in Kraft treten, wodurch die diesseitige Gesetzgebung in die Provinz, zu welcher das neuerworbene Gebiet fortan gehört, neu wieder eingeführt worden ist.
3) Nach diesen Bestimmungen (1. u. 2.) soll in allen Fällen verfahren werden, in welchen künftighin, zu Folge der mit benachbarten Staaten abgeschlossenen Grenzrezesse, entweder zweifelhafte und verdunkelte Grenzen festgestellt worden, oder Gebiets-Abtretungen stattgefunden haben, wobei Ich Sie, die Min. d. Just. u. d. Inn. u. d. P., ermächtige, in solchen Fällen den Zeitpunkt, mit welchem die Preuß. Gesetzgebung in das neuerworbene Gebiet eingeführt werden soll, durch ein in die Amtsbl. der betr. Provinz aufzunehmendes Publik. zu bestimmen. (G. S. 1837 S. 71.)

f) G. v. 3. April 1846, betr. die Publ. der G.

Wir Friedrich Wilhelm, ꝛc. ꝛc. verordnen zur Vereinfachung der bisherigen Bestimmungen über die Publikation der Gesetze, auf den Antrag Unsers Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unsers Staatsrathes, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die G. S. [1]) ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Theil derselben bestimmt sind.

§. 2. Ist in einem durch die G. S. verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen. — Enthält aber das verkündete G. eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft in dem Reg. Bez. Potsdam mit Berlin mit dem achten Tage; in den Reg. Bez. Frankfurt, Stettin, Magdeburg und Merseburg mit dem neunten Tage; in den Reg. Bez. Stralsund, Cöslin, Posen, Breslau, Liegnitz und Erfurt mit dem eilften Tage; in den Reg. Bez. Marienwerder, Bromberg, Oppeln und Minden mit dem zwölften Tage; in dem Reg. Bez. Danzig, Münster und Arnsberg mit dem dreizehnten Tage; in den Reg. Bez. Königsberg und Gumbinnen, so wie in der Rheinprovinz mit dem vierzehnten Tage; nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betr. Stück der G. S. in Berlin ausgegeben worden ist.

§. 3. Auch für diejenigen, welche schon früher von dem G. Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit, nach demselben sich zu achten, erst mit dem im §. 2. bestimmten Zeitpunkte [2]).

§. 4. Das vorliegende G. tritt am 1. Mai d. J. in Kraft. Nach seinen Bestimmungen sind nur diejenigen Erlasse zu beurtheilen, welche an eben diesem Tage oder späterhin als Gesetz verkündet werden. Auch treten von da ab alle dem vorliegenden G. entgegenstehende Vorschriften außer Kraft. Urkundlich ꝛc.
(G. S. 1846 S. 151.)

g) Vergl.: α) V. v. 9. Juni 1819, wegen näherer Ausführung und Anwendung der G. v. 27. Okt. 1810 u. 28. März 1811, über die Allg. G. S. und die Einrichtung der Amtsbl. in den Rheinprovinzen (G. S. 1819 S. 148);

β) Allerh. Erl. v. 19. Sept. 1852, betr. die Publ. der G. in den Hohenzollernschen Landen, die Einführung eines besonderen Amtsbl. für den Bez. der Reg. in Sigmaringen und die Verpflichtung zur Haltung der G. S. und des Amtsbl. daselbst (G. S. 1852 S. 588);

γ) G. v. 14. Mai 1855, betr. die Einführung und Publ. der G. in den neu erworbenen Jade-Gebieten (G. S. 1855 S. 306).

2) R. v. 9. Febr. 1811, betr. den Vortrag der G. S. bei den Gerichten.

Da die Gesetze durch die unter öffentlicher Autorität erscheinende G. S. zur allgemeinen Kenntniß gebracht werden, und es mithin einer besonderen Zufertigung derselben von Seiten der vorgesetzten Behörden an die ihnen untergeord-

[1]) Abgeändert durch §. 3. des Ges. v. 3. April 1846 (s. Zus. f. ad h. l.).

[2]) Die Nr. 3 der Dekl. v. 14. Jan. 1813 enthält eine Ausnahme von der allgemeinen Festsetzung der V. v. 18. März 1811 §. 4. über die Publ. der Gesetze. Sie regelt nicht diejenigen Fälle, in denen die verbindende Kraft eines Gesetzes ausdrücklich von der Publ. desselben abhängig gemacht worden ist. Unter dieser Publ. kann nur eine vorschriftsmäßige und vollständige verstanden werden, wie dieselbe im §. 4. der V. v. 18. März 1811 vorgeschrieben ist. Erkannt von dem IV. Senat des Ob. Trib. unterm 7. Aug. 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 239 Nr. 116.)

[1]) Erlasse in Staatswirthschafts-Angelegenheiten haben die Behörden zu befolgen, wenn sie auch nicht auf diesem Wege publizirt worden sind. Darauf gründet sich das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. vom 30. Jan. 1846 (Präj. Nr. 1682.): »Den Fiskalbehörden ist nicht gestattet, einen nach älteren Gesetzen gerechtfertigten Anspruch gegen einen Unterthanen durchzuführen, wenn der Landesherr in einem neuern Erlaß — falls derselbe auch nicht durch die G. S. oder die Amtsbl. publizirt wäre, sondern nur sonst kein Bedenken gegen die Wirklichkeit des Erlasses besteht, — seinen Willen, daß ein solcher Anspruch forthin nicht erhoben werden solle, kundgegeben hat.
(Präj. Samml. S. 3, Entsch. Bd. 12. S. 145.)

[2]) Dies war früher kontrovers. Vergl. Bornemann's Syst. 1. Ausg. Bd. 1. S. 191 und Thöne's Fund. Lehrb. Bd. 1. S. 191. — Ueber die Gültigkeit der für einzelne Provinzen vor dem G. v. 3. April 1846 ergangenen nur in die Amtsbl. aufgenommenen Verordnungen: Erk. des Ob. Trib. v. 6. Nov. 1856 (Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 87).

neten nicht bedarf, so werden die Landes-Justizkollegien und sämmtliche Untergerichte hierdurch angewiesen, jedes Stück der neuen G. S., ohne eine solche Kommunikation abzuwarten, sogleich bei sich zum Vortrage zu bringen, das Nöthige darauf zu verfügen und sich darnach zu achten.

(Mathis Bd. 10. S. 193, Rabe Bd. 10. S. 507.)

3) C. R. v. 28. Dec. 1838. Die offizielle Mittheilung der in die G. S. nicht aufgenommenen K. O. der erläuternden Min. R. und Instr. geschieht jetzt durch das in Folge Allerh. Autorisation gegründete J. M. Bl. [1]). Die Anschaffung desselben erfolgt bei allen aus Staatsfonds unterhaltenen Gerichten für Rechnung der zu ihrer Disposition gestellten Fonds und wird außerdem allen selbstständigen Privat- und Patrimonialgerichten, so wie den Verwaltern der kleineren Patrimonialgerichte, den Justizkomm., Advokaten, Advokat-Anwälten, Prokuratoren und Notarien zur Pflicht gemacht.

(J. M. Bl. 1839 S. 1 u. 2.)

Dazu:

α) R. v. 14. März 1840. Erlasse, welche von den Landes-Justizkollegien oder deren Präsidien nach Genehmigung des Justizmin. durch das J. M. Bl. zur Kenntniß und Nachachtung der Untergerichte und Justizbeamten ihrer Depart. gebracht werden, sollen für andere Gerichte nur dann als verbindende Vorschriften angesehen werden, wenn und in soweit dies in der Genehmigung des Justizmin. ausgesprochen wird. Außerdem sind dergleichen Erlasse nur als historische Mittheilungen zu betrachten, und nur in sofern zu berücksichtigen, als deren Inhalt sich mit der bestehenden Verfassung vereinigen läßt und zur Nachachtung empfiehlt. Die Untergerichte haben in zweifelhaften Fällen bei den Obergerichten anzufragen, denen überlassen bleibt, darüber einen Beschluß zu fassen und die ihnen untergeordneten Behörden zu bescheiden, oder ihre abweichenden Ansichten dem Justizmin. besonders vorzutragen.

(J. M. Bl. 1840 S. 118.)

β) Bekanntmachung v. 18. Nov. 1844. Das J. M. Bl. wird künftig, außer den Gegenständen, zu deren Aufnahme es nach der C. V. v. 28. Dec. 1838 ursprünglich bestimmt ist, insbesondere auch Verhandlungen über interessante oder zweifelhafte Rechtsmaterien, ohne Verbindung mit darauf erlassenen Ministerial-Bescheiden, enthalten. In ihrer Aufnahme ist keine Billigung oder Genehmigung der darin ausgesprochenen Ansichten und bevorworteten Anträge Seitens des Justizmin. zu finden, sondern der Zweck dabei ist nur durch Gegenüberstellung abweichender Meinungen und durch Mittheilung dafür und dagegen sprechender Gründe auf Zweifel und Bedenken und die Mittel zur Lösung derselben aufmerksam zu machen, ein gutes Material zur ferneren Beurtheilung zu liefern und zur lebendigen Selbstthätigkeit und zum Studium anzuregen.

(J. M. Bl. 1844 S. 245.)

γ) C. R. v. 5. April 1847. Die Bestimmungen des R. v. 28. Dec. 1838, betr. die Verpflichtung zur Anschaffung des J. M. Bl., werden in Erinnerung gebracht. (J. M. Bl. 1847 S. 106.)

4) In wiefern bedürfen Landtags-Abschiede, um in Rechtsstreitigkeiten verbindliche Kraft zu erhalten, der Publ. durch die G. S. oder durch die Amtsbl.?

Der II. Sen. des O. L. R. zu Ratibor nimmt (in dem Erk. v. 21. Dec. 1841) an, daß Landtags-Abschiede einer solchen Publik., wie die Gesetze, nicht bedürfen. Der von den Ständen gültig gefaßte und vom König genehmigte Beschluß sei als Uebereinkommen der Stände als Vertrag anzusehen, der keiner Publik. bedürfe. Es genüge, wenn derselbe gedruckt, und, daß dies geschehen, durch die Amtsbl. bekannt gemacht werde, worauf sich Niemand mit Unkenntniß entschuldigen könne. (J. W. 1843 S. 627.)

Das Ob. Trib. hat (durch Erk. v. 1. Nov. 1842) diese Entscheidung bestätiget, ohne indeß direkt auf die gestellte Frage einzugehen. (a. a. O. S. 630.)

5) Vergl.: a) Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 45. u. 106. (s. zum A. L. R. II. 13.) und

b) in Betreff der Art der Verkündigung polizeil. Verordnungen: §. 5. des Ges. v. 11. März 1850 über die Polizeiverw.

(s. zum A. L. R. II. 17.)

§§. 12. u. 13.

Klein, Abhandl. über die Frage: giebt es Zwangs- und Strafgesetze, welche die Bürger des Staats auch ohne vorgängige Bekanntmachung verpflichten? (Annal. Bd. 6. S. 93 u. f.)

Schröter, Abhandl. über die Frage: wann kann man sich mit Rechts-Unkunde entschuldigen? (J. Z. 1832 S. 572, 590, Civil. Verf. S. 36 ff.)

1) Ueber dessen Verlag, Preis und Debit: C. R. v. 8. Nov. 1852 (J. M. Bl. 1852 S. 383).

Fürstenthal, über die Rechtsregel: ignorantia juris nocet. (J. W. 1848 S. 404.)

Der Gesetzrevisor bemerkt zu den §§. 12. u. 13.:

Zu der Regel, daß Niemand mit der Unkenntniß eines gehörig publizirten Gesetzes sich entschuldigen könne, enthielt der gedruckte Entw. den Zusatz: soweit nicht im Gesetzbuch in Ansehung gewisser Klassen der Einwohner des Staats gewisse Ausnahmen gemacht wären (§§. 17. und 18.). Aber Suarez ließ dies auf dem monito weg, da im ganzen Gesetzbuch dergleichen nicht vorkämen. Man habe anfänglich wegen des Bauernstandes so etwas festsetzen wollen, es aber unterlassen, weil man gefunden, daß es nicht thunlich sei. Es könne zwar in manchen Fällen hart sein, einen einfältigen Bauersmann nach Gesetzen zu beurtheilen, von denen er freilich nichts wisse. Allein die Ordnung des Ganzen mache es nothwendig, sich über diese anscheinende Härte hinweg zu setzen u. s. w. (Rev. monit. Mat. Bd. 80. F. 21.)

Eine Ausnahme macht der §. 13. Hier fragt man billig: wie lange soll die Entschuldigung gelten? Was ist unter der Vernachlässigung der Pflichten zu verstehen? Suarez, durch monita angeregt, wollte eigentlich in diesem Paragraphen, der im gedr. Entw. noch fehlte, eine Frist bestimmen,

»weil, wenn ein G. eine bisher erlaubte Handlung bei Strafe verbiete, doch unmöglich derjenige, welcher am Tage der Publikation die Handlung vorgenommen habe, mit dem Allegate der Unwissenheit des G. ganz abgewiesen werden könne.« (Rev. monit. Mat. Bd. 80. F. 20.)

Im umgearb. Entw. wurden daher vier Wochen nach der Publikation festgesetzt (Mat. Bd. 81. F. 1. §. 21 v.), innerhalb deren der Einwand der Unwissenheit stattfinden sollte.

Man sieht, daß hier bloß die Frage subvertirte, binnen welcher Frist nach der Promulgation ein Gesetz für bekannt anzusehen sei. So wie der Paragraph plötzlich im Manuskr. zum Gesetzbuch erschienen ist (Mat. Bd. 84. F. 2 v. §. 17.) und noch jetzt lautet, ist er weder brauchbar noch verständlich.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 7. des Entw. S. 103.)

§§. 14—45. Anwendung der Gesetze.

§§. 14. u. 15.

S., von der Kollision der Gesetze hinsichts der Zeit. (J. Z. 1832 S. 593, 636.)

Dr. Bornemann, über die Anwendung neuer Gesetze auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse — die zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze. (In dessen Erörterungen im Gebiete des Preuß. Rechts Hft. 1. S. 1—64.)

1) Soweit das neue Gesetz den Grund der älteren Verordnung bestimmt angiebt, erklärt und erläutert es zugleich dieselbe und kommt als eine Erklärung des älteren Gesetzes zur Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Juni 1833 [1]).

(Simon R. Bd. 3. S. 308.)

2) Die Rückanwendung der Allg. Deutschen Wechsel-Ordn. auf die gesetzliche Präsentationsfrist eines unter der Herrschaft der Wechsel-Ordn. des A. L. R. ausgestellten Sichtwechsels ist unzulässig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 278 Nr. 58.)

3) Hinsichtlich des Streites über Elternschaft und Kindschaft entscheiden die zur Zeit der Geburt des Kindes am Wohnorte der Eltern geltend gewesenen Gesetze.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Nov. u. 12. Dec. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 262 Nr. 62. u. Bd. 11. S. 106 Nr. 27.)

4) Eine unter der Herrschaft des A. L. R. begangene Felonie wird nicht nach dem gemeinen, sondern nach dem Lehnrechte des A. L. R. beurtheilt, sollte gleich das Lehn vor dem Eintritt des Letzteren begründet worden sein.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1854.

(Entsch. Bd. 29. S. 358.)

5) Hinsichtlich der Auslegung von Urkunden dienen diejenigen allgemeinen Vorschriften zur Richtschnur, welche zur Zeit des zu fällenden Urtheils maßgebend sind.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. April 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 124 Nr. 31.)

6) Hinsichtlich der Pflicht zur Edition von Urkunden kommen, — wenn dieselbe nicht aus einem in früherer Zeit vertragsmäßig oder vermöge besonderer Rechtstitel bereits erworbenen Rechte, sondern lediglich aus den früheren, thatsächlichen Verhältnissen hergeleitet

1) Dies Präj. bezieht sich auf die V. v. 11. März 1818 und das darauf bezügliche spätere G. v. 9. Juni 1827, mit dessen Auslegung es sich beschäftigt, und darf daher nicht als ein allgemeiner Grundsatz aufgefaßt werden.

wird, — nicht die früher geltend gewesenen, sondern die zur Zeit der verlangten Edition geltenden Gesetze zur Anwendung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Febr. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 105 Nr. 29.)

§. 17. 1) Verhältniß des §. 17. der Einl. zu dem §. 43. A. L. R. I. 3.

a) Ueber die Entstehungsgeschichte des §. 17. ergeben die Materialien Folgendes:

Der Entwurf bestimmte ohne weitere Einschränkung in der Einl. §. 19:

Jedes neue Gesetz gilt nur auf Handlungen und Fälle, die sich nach seiner Publikation ereignet haben.

Hierzu bemerkt Suarez in der rev. mon.:

Zwei Fälle giebt es aber doch, wo ein neues Gesetz allerdings ad casus praeteritos gezogen werden kann, nämlich:

a) wenn es die vorhin auf eine Handlung gesetzte Strafe mildert oder aufhebt, z. B. das Deserteur-Edikt;

b) wenn es die Form, woran vorhin die Gültigkeit einer Handlung gebunden war, simplifizirt und abkürzt, z. B. bei den Solennitäten der Testamente.

Diese Ansicht wurde approbirt, und demgemäß der §. 17. Einl. in das L. R. aufgenommen, die eingetretene Abweichung von der bisherigen Theorie aber bei den §§. 42—44. Tit. 3. übersehen.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 106, Bornemanns Syst. [2. Ausg.] Bd. 1. S. 48.)

b) Nach allgem. Rechtsgrundsätzen gilt die Regel: die als Bedingung der Gültigkeit positiv vorgeschriebene Form der Rechtsgeschäfte wird nach dem Gesetze beurtheilt, welches zur Zeit der unternommenen Rechtshandlung gilt (tempus regit actum). Diese Regel findet sich als bleibend ausgesprochen im §. 42. A. L. R. I. 3., und gleichmäßig in den transitorischen Bestimmungen des P. P. v. 5. Febr. 1794 §§. XI. u. XII. Nur in der Beziehung, wenn das neue Gesetz die Form eines Rechtsgeschäftes erleichtert, ist von der Allgemeingültigkeit der Regel die Ausnahme behauptet worden, daß wenn die neue Form beobachtet worden sei, diese zur Aufrechterhaltung des Geschäftes genüge. Daraus ist der §. 17. der Einl. entstanden. Die Bestimmung des §. 43. A. L. R. I. 3. kann indeß hiermit nicht bestehen. Es ist versucht worden, beide Bestimmungen dadurch zu vereinigen, daß man jeder derselben eine andere Beziehung hat zuschreiben wollen. Vgl. hierüber die Abhandl. in J. Z. 1833 S. 418 und 870. Dagegen halten Bornemann (Syst. [2. Ausg.] Bd. 1. S. 48) und Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 140 ff.) den Widerspruch für unlösbar.

c) Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 8. Febr. 1849 (Präj. Nr. 2097.) ausgesprochen, daß die Vorschrift des §. 17. auf die Form von Verträgen keine Anwendung findet.

Der §. 17. der Einl. enthält eine Abweichung von dem im §. 14. a. a. O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze. Nach allgemeinen Interpretationsregeln gebührt in Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob der Gesetzgeber mehr oder weniger die Regel habe verlassen wollen, der geringeren Abweichung der Vorzug, und diese Regel muß auch hier leitend sein, da der §. 17. zu Zweifeln Raum giebt, wenn damit, außer den §§. 40—44., 94. und 95. A. L. R. I. 3., die für Verträge insbesondere ertheilte Vorschrift des §. 109. A. L. R. I. 5. verglichen wird, aus welcher erhellt, daß, wenn der Vertrag gültig nicht zu Stande gekommen, weil die wechselseitige Einwilligung nicht in der gesetzlichen Form ausgesprochen worden, ein solcher Vertrag künftig nur zu Stande kommen kann, wenn die wechselseitige Einwilligung in der gesetzlichen Form ausgesprochen wird. Bei einseitigen Willensäußerungen läßt sich gleichfalls ein stillschweigendes Bestehenlassen des geäußerten Willens gesetzlich fingiren, wenn der Erklärende seine ursprünglich in der ungehörigen Form abgegebene Willensäußerung, obwohl er dies einseitig konnte, weder widerrufen noch aufgehoben hat. Der Gesetzgeber hat sich also in diesem Falle veranlaßt finden können, die Form als etwas Aeußerliches und Zusätzliches, welches sich durch die Aufhebung der früher gebotenen Form von selbst erledige und ergänge, zu betrachten. Bei Verträgen würde dagegen eine gleiche gesetzliche Fiktion viel tiefer in die Rechte der Kontrahenten eingreifen; sie würde, durch die gebotene Gültigkeit des ursprünglich ungültigen Vertrages, den Kontrahenten sogar die Befugniß abschneiden, sich durch eine ausdrückliche Erklärung von dem Vertrage loszusagen, mithin in die Autonomie der Parteien verletzend eingreifen. Gegen die Absicht des Gesetzgebers, ein solches Machtgebot ertheilen zu wollen, spricht auch, daß das Gesetz lückenhaft sein würde, wenn man es auf Verträge mit beziehen wollte; denn dann hätte auch die Frage entschieden werden müssen: ob nicht wenigstens ein solcher Vertrag ungültig bleiben solle, von dem sich wenigstens einer der Kontrahenten noch vor dem die Form erleichternden Gesetze losgesagt hatte, was sich zwar bei einseitigen Willenserklärungen von selbst bejaht, nicht aber bei Verträgen. Der Zweifel verschwindet auch dadurch nicht, daß der §. 17. allgemein von »früheren Handlungen« spricht; sondern er würde nur dadurch gehoben sein, wenn das G. ausdrücklich von Verträgen spräche. Auch genügt es nicht, eine Vereinigung zwischen §. 17. der Einl. und §§. 42—44., A. L. R. I. 3. durch die Annahme herbeizuführen, daß der §. 17. eine Ausnahme von der Regel der §§. 42—44. a. a. O. für den Fall einer Aenderung der Form vermittelst neuer G. festsetze. Denn hierdurch werden die Gründe, aus welchen es gerade bei Verträgen irrationell erscheint, den neueren Vorschriften über die Form derselben rückwirkende Kraft beizulegen, gar nicht berührt, vielmehr tritt hier noch zu der möglichst aufrecht zu erhaltenden Regel, daß neuen Gesetzen keine rückwirkende Kraft beizulegen, die des §. 43. A. L. R. I. 3. — Ueberdies verweist der §. VIII. des P. P. v. 5. Febr. 1794 auf die §§. 14—20. der Einl., und der §. X. ebendas. unterscheidet hinsichts der älteren Fälle und Rechtsangelegenheiten zwischen einseitig und beliebig in ihren rechtlichen Folgen zu bestimmenden oder abzuändernden früheren Handlungen und solchen früheren Handlungen, wo die einseitige Abänderung nicht zulässig ist, und ordnet für letztere die Beurtheilung ihrer Folgen nach den älteren Gesetzen an; im §. XI. aber wird wegen der früheren Verträge insbesondere bestimmt, daß dieselben, sowohl ihrer Form und ihrem Inhalte nach, als in Ansehung ihrer rechtlichen Folgen nur nach den zur Zeit des geschlossenen Vertrages bestandenen G. zu beurtheilen. — Bei den einer einseitigen Abänderung fähigen Handlungen hat man, wie die Materialien ergeben, ursprünglich die Festsetzung einer dreijährigen Frist zur beliebigen Abänderung, und für den Fall, daß solche nicht erfolgt sein würde, beabsichtigt, alsdann das A. L. R. dabei in Kraft treten zu lassen. Später hat man indeß die längere Frist im Allgemeinen wegfallen, und das A. L. R. für diese Handlungen mit dem 1. Juni 1794 ebenfalls in Kraft treten lassen, zugleich aber im §. XII. a. a. O. besondere Vorschriften wegen der Testamente ertheilt. Hätte man damals den ebenfalls im §. VIII. a. a. O. bezogenen §. 17. der Einl. auf Verträge für anwendbar erachtet, so würde man in dieser transitorischen Bestimmung davon nicht abgewichen sein und im §. XI. nicht bestimmt haben, daß die Form der früheren Verträge nur nach den zur Zeit des geschlossenen Vertrages bestandenen G. zu beurtheilen sei, womit auch der §. 5. des P. P. v. 9. Sept. 1814 übereinstimmt. — Auch folgt daraus, daß der §. 16. der Einl., welcher von der angeordneten strengeren Form einer früheren, der Abänderung fähigen Handlung spricht, mit Wahrscheinlichkeit, daß die gleich darauf im §. 17. für den Fall der Anordnung einer milderen Form ertheilte Vorschrift nur von den einer Abänderung fähigen Handlungen gelten solle. — Endlich wird diese Ansicht auch durch den die Entstehung des §. 17. betr. Inhalt der Materialien[1]), sowie des Gutachtens der G. Komm. v. 27. April 1801[2]), unterstützt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 1, Entsch. Bd. 17. S. 509, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 21 Nr. 7.)

Ebenso hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Mai 1848 erkannt. (Rechtsf. Bd. 4. S. 106 Nr. 52.)

d) Ist eine nach älteren Gesetzen zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes vorgeschriebene Förmlichkeit nicht beobachtet, so wird, wenn ein neueres Gesetz von dieser Förmlichkeit absieht, das früher abgeschlossene Geschäft nicht darum allein, sondern nur dann gültig, wenn alle von dem neueren Gesetze als wesentlich vorgeschriebene Förmlichkeiten beobachtet sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 242.)

e) Koch, indem er die Bestimmungen des §. 17. der Einl. und des §. 43. A. L. R. I. 3. für unvereinbar erachtet, nimmt an, daß beide einen und denselben Gegenstand betreffen, nämlich die positive Form der Rechtsgeschäfte in Beziehung auf die Zeit. Der Ausdruck: »Handlungen« bezeichne den Gattungsbegriff für alle Rechtsgeschäfte oder juristische Thatsachen, und umfasse sowohl Verträge, als einseitige Rechtshandlungen. (Landr. Bd. 1. zum §. 17. der Einl.)

2) Die vor Aufhebung der Geschlechts-Kuratel von Frauenspersonen, ohne Zuziehung eines Geschlechts-Kurators abgeschlossenen Rechtsgeschäfte leiden nicht an dem Mangel einer bloßen Förmlichkeit, sondern es sind Geschäfte, welche von Dispositionsunfähigen, ohne Ergänzung der Unfähigkeit abgeschlossen worden, daher null und nichtig sind, und durch die spätere Aufhebung der Kuratel nicht gültig werden.

---

[1]) Vergl. ob. sub a.

[2]) Entsch. der Gesetzkomm. v. 27. April 1801. Es ist keine bloße Förmlichkeit der Handlung, wenn eine gewisse Handlung selbst als Erforderniß zur Vollendung eines Rechtsgeschäftes vorgeschrieben ist.

(N. C. C. Tom. 11. p. 153, Stengel Bd. 13. S. 153, N. Arch. Bd. 2. S. 79, Rabe Bd. 8. S. 508.)

Erkannt von dem O. L. G. zu **Breslau** unterm 23. Juni 1836. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 2 und 22.)

§. 18. Der §. 18. ist beseitiget durch den Art. VII. des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzb. v. 14. April 1851. Vgl. die Erg. zum Art. VII. a. a. O.

§§. 22. sqq. Wen die Gesetze verbinden.

§§. 23—33. (Anwendung der sich auf verschiedene Lokalitäten beziehenden Gesetze. Gesetze der Gerichtsbarkeit. Territorialrechte.)

Rintelen, etwas über Rechtsgeschäfte und Handlungen, welche im Auslande vorgenommen, bei Preuß. Gerichten zur Kontestation kommen. (Jahrb. Bd. 30. S. 91 ff.)

S., Kollision der Gesetze, hinsichts des Orts. (J. Z. 1832 S. 711, 734, 755, 766, 829.)

K..., über die geschriebenen Rechtsquellen und die Anwendung verschiedener Rechte. (J. Z. 1833 S. 250—255, 276—279, 300—303, 322—326, 346—352.)

Kollision der Gesetze, hinsichts des Orts. Eine Gegenschrift gegen einzelne Punkte der K...schen Abhandlung. (Ebd. S. 443.)

Zur Lehre von der Kollision der Gesetze, hinsichts des Orts. Eine Widerlegung der vorgedachten Gegenschrift. (Ebd. S. 775—781, 798—804.)

Schepers, über Kollision der Gesetze, Statuta realia, personalia und mixta. (J. W. 1836 S. 437.)

Hinschius, über die Form der von Preuß. Unterthanen im Auslande errichteten Testamente. (J. W. 1842 S. 249 ff.)

Rintelen, noch ein Beitrag zu der Kontroverse über die von Inländern im Auslande errichteten Testamente. (J. W. 1842 S. 349 ff.)

Reinhard, über die Erledigung von Gesetz-Kollisionen nach den Vorschriften des A. L. R. (Mit Berücksichtigung des revid. Entw. des bürgerl. Gesetzb. für die Preuß. Staaten.) (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 385.)

Dr. Löwenberg, die Rechtsregel: locus regit actum, kommt in Bezug auf die Gültigkeit der Form einer Handlung auch nach Preuß. Gesetzen zur Anwendung. (In dessen Beitr. zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgeb., Bd. 1. S. 1.)

Temme, über die Kollision der Gesetze verschiedener Distrikte. (J. W. 1845 S. 49 ff.)

Dr. Bornemann, über die örtlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze. (In dessen Erörterungen im Gebiete des Preuß. Rechts, Hft. 1. S. 65—143.)

1) R. v. 5. Okt. 1816. Durch die Veränderung der Verwaltungsbezirke erleiden die privatrechtlichen Verhältnisse keine Aenderung.

(Jahrb. Bd. 8. S. 235, Gräff Bd. 1. S. 23 und Bd. 10. S. 4.)

2) V. v. 2. Jan. 1849 über Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes, §. 15.:

So lange in einzelnen Provinzen noch besondere Provinzial- oder statutarische Rechte bestehen, welche auf die nach den zeitherigen Bestimmungen vom ordentlichen Gerichtsstande eximirten Personen und Sachen nicht Anwendung gefunden haben, bleibt diese Anwendung für solche Personen und Sachen auch ferner ausgeschlossen. (G. S. S. 5.)

3) Vergl.:

a) R. v. 29. Juli 1817 und 30. Dec. 1817, betr. die Rechts- und Jurisdiktions-Verhältnisse der Mitglieder und Beamten der Königl. Landesbehörden in Kleve, in Beziehung auf das Franz. Recht.

(Jahrb. Bd. 10. S. 22, Bd. 11. S. 44, Gräff Bd. 1. S. 23.)

b) K. O. v. 19. Juli 1834, betr. den Gerichtsstand der zu den Garnisonen in den Bundesfestungen Mainz und Luxemburg gehörigen diesseitigen Militairpersonen und Beamten und ihrer Angehörigen, sowie die auf deren Rechtsangelegenheiten zur Anwendung kommenden Gesetze. (G. S. 1834 S. 132.)

c) K. O. v. 31. März 1839, daß bei minderjährigen oder unter väterl. Gewalt stehenden Militairpersonen, ingleichen bei denjenigen, welche lediglich zur Erfüllung der allgemeinen Militairpflicht in den Dienst getreten sind, so weit es auf ihre persönl. Eigenschaften und Befugnisse (jura status), sowie auf die Erbfolge in ihren Nachlaß ankommt, nicht der Ort ihrer Garnison, sondern ihr eigentlicher Wohnsitz, oder, in Ermangelung eines solchen, der Ort ihrer Herkunft beachtet werden soll. (G. S. 1839 S. 155.)

§. 23. I. Nicht allein die persönlichen Eigenschaften (die Rechtsfähigkeit), sondern auch die Befugnisse (zu handeln, die Handlungsfähigkeit oder die Wirkung der Rechtsfähigkeit) sollen nach §. 23. nach dem Rechte der Gerichtsbarkeit, unter welcher der Handelnde seinen eigentlichen Wohnsitz hat, beurtheilt werden. Damit ist der Unterschied der Rechtsfähigkeit an sich und der Wirkungen derselben, worüber man gemeinrechtlich stritt, verworfen.

(Koch's Landr., zum §. 23. der Einl.)

II. Ueber die Frage: nach welchen Gesetzen der **Inhalt** und die **Wirkungen** eines **Vertrages** zu beurtheilen? äußern die **Gesetzrevisoren** sich in folgender Art:

Zur Beantwortung dieser Frage können wir nur auf die §§. 23—33. der Einl. verweisen, wo sich die Lehre von der Wirkung der G. im Raume, nach der bekannten Eintheilung derselben in statuta personalia, realia und mixta vorgetragen findet. Wir verkennen nicht, daß dabei manche Zweifel über die Anwendbarkeit dieses G. auf einen bestimmten Fall zurückbleiben können, allein diese sind nicht zu beseitigen, denn sie haben theils in der unabhängigen Stellung der Staaten gegeneinander, theils in der Unmöglichkeit ihren Grund, zwischen statutis personalibus, realibus und mixtis eine scharfe Grenze zu ziehen. Einige Beispiele werden dazu dienen, dieses anschaulich zu machen. Man denke sich die Fälle: ein Preuß. Unterthan hat im Auslande Loose zu einer auswärtigen Lotterie gekauft, und wird des Kaufgeldes wegen in Anspruch genommen; oder er gewinnt darauf, und nimmt jetzt den Gewinn in Anspruch; — eine Preußische Frau hat im Auslande eine nach den dortigen G. gültige Bürgschaft übernommen, ist aber nicht, wie es unsere G. erfordern, gerichtlich verwarnt, und wird jetzt aus dieser Bürgschaft entweder bei hiesigen Gerichten oder im Auslande in Anspruch genommen. Im ersten Falle ist es fast mit Gewißheit vorauszusehen, daß die Entscheidung verschieden ausfallen wird, jenachdem die Sache im In- oder Auslande zur Sprache kommt. Die hiesigen Gerichte werden keinen Anspruch auf Zahlung des rückständigen Kaufgeldes gestatten; gewinnt aber das Loos, so wird im Auslande die Klage auf Gewährung des Gewinnes nicht zurückgewiesen werden können. Dies hat seinen Grund darin, weil der inländische so wie der ausländische Richter Inhalt und Wirkung des Vertrages nur nach denjenigen G. beurtheilen kann, auf deren Beobachtung er verpflichtet ist. So haben wir also den Fall, daß dasselbe Geschäft, jenachdem es an dem einen oder anderen Orte einen Anspruch begründen soll, für ungültig oder gültig erachtet werden muß. Ein ähnliches Rechtsverhältniß wird entstehen, wenn es nicht gerade auf die Gültigkeit, sondern auf die Wirkung eines Vertrages ankommt, weil etwa der eine Kontrahent an diesem, der andere an jenem Orte zu erfüllen hätte. Hiernach ließe sich keine andere Regel aufstellen, als: »daß Inhalt und Wirkungen eines Vertrages nach den G. des Ortes zu beurtheilen, wo der Vertrag in dem zur Entscheidung kommenden Falle Wirkungen hervorbringen solle.« Dies heißt aber mit anderen Worten nur, den Richter bei Beurtheilung des Inhalts und der Wirkungen eines Vertrages auf die Landesgesetze verweisen; und eine solche Bestimmung scheint uns, weil sie sich von selbst versteht, nicht passend, am allerwenigsten aber in die Lehre von Verträgen zu gehören, da sie über deren Rechtsbeständigkeit nichts entscheidet, und nichts entscheiden kann, weil der Richter eines anderen Ortes andere G. zur Anwendung bringen wird. — Betrachten wir ferner das zweite oben angeführte Beispiel, wenn eine Preußische Frau im Auslande eine Bürgschaft ohne gerichtliche Verwarnung übernommen hat, so zeigt sich, daß selbst, wenn man eine Regel, wie die eben angedeutete, aufstellen wollte, neue Schwierigkeiten hinzutreten, weil sich nicht genau bestimmen läßt, was zur Form, was zum Inhalte eines Vertrages gehöre, und was als Ausfluß der persönlichen Fähigkeit zu betrachten sei. Wäre die gerichtliche Verwarnung eine Form, so würde die im Auslande gültig übernommene Bürgschaft ein auch im Inlande als rechtsbeständig anzusehender Vertrag sein; gehörte sie zum Inhalt des Vertrages, so würde der inländische Richter, eben so wenig wie beim Ankauf des Looses zu einer auswärtigen Lotterie, daraus eine Klage gestatten; der ausländische Richter aber, bei dem die Sache zur Sprache käme, müßte die Bürgschaft für gültig erachten, so wie er die Klage auf Zahlung des Gewinnes im vorgehenden Falle gestatten muß; — wäre endlich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Verwarnung bei Bürgschaften als ein Ausfluß der persönlichen Unfähigkeit zu betrachten, so müßte sowohl der ausländische als der inländische Richter die Bürgschaft für ungültig erachten. Ob nun aber das G., welches die gerichtl. Verwarnung bei den weiblichen Bürgschaften erfordert, ein statutum personale und reale mixtum ist, das läßt sich nicht durch Aufstellung von Begriffen bestimmen, sondern muß aus der Natur der Sache entwickelt werden. Wollte man auch sagen, und anders ließe sich der Begriff u. E. nicht geben, »Form sei der Inbegriff derjenigen äußeren Zeichen, wodurch die Einwilligung erkennbar werde;« — so wäre dadurch nicht viel gewonnen, denn auch zu diesen äußeren Zeichen kann man es rechnen, daß die Frau der gerichtlichen Verwarnung ungeachtet bei ihrer Willenserklärung bleibt. Wir halten inzwischen die vorgeschriebene Verwarnung keineswegs für eine Form, sondern betrachten sie, entw. als zum wesentl. Inhalte des Vertrages gehörig, oder als eine die persönliche Fähigkeit beschränkende Bestimmung. In jedem Falle wird also eine solche Bürgschaft von dem Preuß. Richter nicht für gültig erachtet werden können, wie auch das Geh. Ob. Trib. in Sachen Krüger c. v. Chasot per sent. v. 24. Mai 1820 angenommen hat. Ob aber ein auswärtiger Richter, bei dem die Sache zur Sprache kommt, die Bürgschaft für gültig erachten könne,

ist höchst zweifelhaft; er kann es nicht, wenn er in der vorbeschriebenen Verwarnung eine Beschränkung der persönl. Fähigkeit findet; betrachtet er aber die Verwarnung als zum wesentl. Inhalte des Vertrages gehörig, so hat er den Anspruch, welcher bei ihm geltend gemacht werden soll, lediglich nach den Landesges. zu beurtheilen, auf welche er hingewiesen ist. Welche Ansicht die richtigere sei, mag für jetzt dahin gestellt bleiben; soviel aber erhellet aus dem Gesagten, daß sich die Frage, nach welchen G. der Inhalt und die Wirkungen eines Vertrages zu beurtheilen, nicht allgemein beantworten läßt, weil die Entscheidung anders ausfallen muß, jenachdem der Anspruch hier oder dort geltend gemacht wird.

(Ges. Rev. a. a. O. Mot. zu §§. 103 — 109. des Entw. S. 65 u. 66.)

III. Nach welchen Gesetzen sind die Rechte aus der außerehelichen Schwängerung zu beurtheilen?

1) In neuerer Zeit hat die Praxis sich für die Lehre entschieden, wonach die Rechte des Kindes gegen seinen Erzeuger als Folgen und Wirkungen der persönlichen Eigenschaften (des Status) eines Menschen anzusehen und nach dem Personal-Statut des Kindes zu beurtheilen sind. Hierauf gründet sich der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 21. Nov. 1849 (Präj. Nr. 2158):

Aus einer Schwängerung, welche an einem Orte, wo Französisches Recht gilt, stattgefunden hat, steht dem daraus unter der Herrschaft des Französischen Rechtes geborenen und domicilirenden Kinde gegen den Schwängerer ein rechtlicher Anspruch auch dann nicht zu, wenn dieser nach dem Beischlafe seinen Wohnsitz aus dem Orte des Französischen Rechts nach einem Orte verlegt, wo das A. L. R. gesetzliche Kraft hat [1]).

Die Gründe dieses Pl. Beschl. führen zunächst aus, daß der Grund der Rechte eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger nicht in einer dem Letzteren zur Last fallenden unerlaubten Handlung, sondern in dem durch die Geburt des Ersteren entstandenen natürlichen Verhältnisse desselben zu demjenigen, der als Vater desselben angenommen werden müsse, zu suchen sei, und folgern hieraus, daß es bei Erörterung der in Rede stehenden Frage nicht darauf ankommen könne, wo der Beischlaf mit der Mutter des Kindes vollzogen worden, sondern nur darauf, ob die Gesetze des Orts, welchen das Kind bei seiner Geburt unterworfen war, mit der außerehelichen Zeugung und Geburt gewisse Rechte verknüpft haben. Das A. L. R. sehe, wie näher motivirt wird, das Recht des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger als ein solches an, das nach §§. 82. 84. der Einl. durch seine Geburt und das durch letztere entstandene persönliche Verhältniß zu dem Erzeuger unmittelbar aus dem Gesetze erworben ist.

Sodann wird ausgeführt:

Zufolge §. 1. der Einl. zum A. L. R. sind nach dessen Vorschriften die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates nur zu beurtheilen, so weit dieselben nicht durch besondere Gesetze bestimmt worden; und bei eintretender Kollision zwischen diesen besonderen Gesetzen und den Bestimmungen des A. L. R. werden nach §. 23. a. a. O. die persönlichen Befugnisse eines Menschen, wohin doch unbedenklich die durch die Geburt selbst erworbenen gehören, nach den Gesetzen derjenigen Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat. Hiernach ergiebt sich, daß die nach dem A. L. R. einem unehelichen Kinde gegen seinen Erzeuger zustehenden Rechte nur einem solchen Kinde erworben werden können, dessen Mutter zur Zeit seiner Geburt ihren persönlichen Gerichtsstand in einer Provinz hatte, wo Preuß. Recht gilt und daß in dem Falle, wenn die Zeugung und Geburt des Kindes an einem Orte erfolgt ist, wo Franz. Recht gilt, auch die Geschwängerte, so wie der Schwängerer selbst zu jener Zeit ihren Wohnsitz in einem solchen Orte hatten, die Rechte des aus einem solchen Beischlafe erzeugten Kindes nur nach Franz. Gesetzen beurtheilt werden können, folglich dem Kinde durch seine Geburt kein klagbares Recht gegen seine Erzeuger erworben wurde. War aber dies der Fall, so kann der zufällige Umstand, daß der angebliche Erzeuger des Kindes später seinen Wohnsitz in einer altländischen Provinz, wo das A. L. R. gesetzliche Kraft hatte, aufschlug, das rechtliche Verhältniß nicht verändern. Diese Uebersiedelung konnte für das Kind kein Titel zur Erwerbung eines Rechts werden, welches ihm bis dahin nicht zugestanden hatte; und der Umstand, daß in dem gegenwärtigen Gerichtsstande des Erzeugers Klagen auf Alimentation aus der außerehelichen Erzeugung zulässig waren, weil die dortigen Gesetze ein solches Klagerecht mit der Geburt eines unter deren Herrschaft geborenen Kindes verknüpfen, kann den Richter nicht veranlassen, ein gleiches Recht auch einem solchen Kinde zuzugestehen, das ihm nach den Gesetzen seines Wohnortes niemals erworben worden war. Eine solche Ausnahme von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen würde vielmehr ausdrücklich haben sanktionirt werden müssen, wenn sie hätte Platz greifen sollen. Dies ist aber in den Preuß. Gesetzen nirgends erfolgt. Vielmehr stimmen die hier entwickelten Grundsätze vollkommen mit denjenigen Festsetzungen überein, welche in dem §. 11. des Pat. v. 9. Sept. 1814 wegen Einführung des A. L. R. und der A. G. O. in die vom Preuß. Staate getrennt gewesenen, mit demselben wieder vereinigten Provinzen, so wie gleichlautend im §. 14. des Pat. v. 9. Nov. 1816 hinsichtlich der, während der Herrschaft des Franz. Rechts vorgefallenen außerehelichen Schwängerungen enthalten sind. Es wird namentlich dort bestimmt:

»Die vor dem 1. Jan. 1815 geborenen unehelichen Kinder erhalten mit diesem Tage die im A. L. R. ihnen beigelegten Rechte, insofern ihnen solche durch die bisherigen Gesetze entzogen waren. Dagegen finden in Ermangelung eines gültigen Anerkenntnisses der Vaterschaft weder Entschädigungsansprüche der Geschwächten, noch Alimentenforderungen für die Zeit bis zum 1. Jan. 1815 von Seiten des unehelichen Kindes statt. Ist die Niederkunft nach dem 1. Jan. 1815 erfolgt, so werden die rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs nach dem A. L. R. beurtheilt.«

Hier ist nicht nur der Gesichtspunkt festgehalten, daß die Rechte des unehelichen Kindes davon abhängig sind, daß es bei seiner Geburt den Preuß. Gesetzen unterworfen gewesen war, indem den unter der Herrschaft des Franz. Rechts geborenen Kindern zwar die ihnen durch die Landesgesetze entzogenen, ihnen an sich zugestandenen Rechte wiederhergestellt, dagegen für den Zeitraum der Dauer des Franz. Rechts abgesprochen worden —; sondern es ist auch zugleich damit deutlich ausgesprochen, wie der Umstand, daß der Erzeuger vor einem altländischen Gerichte belangt werden kann, für das Recht, so weit es gesetzlich nicht besteht, gleichgültig sei. Denn hätte man den von den Anhängern der entgegengesetzten Meinung vertheidigten Grundsatz für richtig erachtet, so wäre gar kein Grund vorhanden gewesen, die Klage auf Alimente für die Zeit, wo das Franz. Recht gegolten hatte, auszuschließen.

Dem steht auch nicht der Einwand entgegen, daß dann auch ein in einer altländischen Provinz von einem Bewohner der Rheinprovinz erzeugtes Kind seine Rechte gegen seinen Erzeuger würde geltend machen dürfen, dies aber doch nach den Franz. Gesetzen nicht gestattet werde. Allerdings würde ein unter solchen Umständen erzeugtes und geborenes Kind sein Recht bei dem persönlichen Gerichtsstande des Erzeugers nicht verfolgen dürfen. Der Grund davon liegt aber nicht darin, daß ihm überhaupt ein solches Recht gegen denselben nicht zustände, sondern nur darin, daß die in dem Gerichtsstande des Erzeugers zur Anwendung kommenden Gesetze eine solche Alimentationsklage überhaupt nicht gestatten. Dagegen würde in einem solchen Falle das unter der Herrschaft des Preuß. Rechts erzeugte und geborene Kind dies Recht allerdings dann verfolgen können, wenn Umstände einträten, es gegen den Bewohner der Rheinprovinz bei einem altländischen Gerichte geltend zu machen.

(Pr. Samml. Bd. 2. S. 59, Entsch. Bd. 18. S. 39, J. M. Bl. 1850 S. 30.)

Auf diesen Pl. Beschl. stützen sich auch folgende Entscheidungen des Ob. Trib.:

a) Das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Dec. 1851, welches annimmt, daß die Rechte des unehelichen Kindes gegen seinen Vater durch die Gesetze des Ortes der Geburt des Kindes bestimmt werden, wenngleich der Vater für seine Person diesen Gesetzen nicht unterworfen ist.

Denn wenngleich die Richtigkeit der Regel: »locus regit actum« in ihrer Allgemeinheit nicht anzuerkennen ist (cf. Plen. Beschl. v. 21. Nov. 1849), so müssen dennoch in diesem Falle die Preuß. G. zur Anwendung gebracht werden, da ein außer der Ehe gebornes Kind durch seine Geburt im Preußischen die in Preußen geltend zu machenden Rechte erlangt, und dessen Mutter durch die im Preußischen erfolgte Schwängerung für ihre Person gleichfalls die in den Vorschriften des A. L. R. zugesicherten Rechte erwirbt, weshalb es dabei auf die nach dem foro originis des Schwängerers zu beurtheilenden persönlichen Rechte (jura status) nicht ankommt. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 143 Nr. 31.)

b) In einem Falle, wo die Mutter des unehelichen Kindes im Auslande (Mecklenburg-Strelitz) wohnte, auch das Kind dort geboren war, hatten die Geschwächte und der Vormund ihres Kindes den im Preußischen wohnhaften Vater des Schwängerers subsidiarisch wegen der Alimentation (auf Grund des §. 628. A. L. R. II. 2.) belangt.

[1]) In dem Präj. Nr. 1296. v. 16. Mai 1843 (Pr. Samml. S. 171, Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 223 u. Bd. 16. S. 125) hat der I. Sen. des Ob. Trib. angenommen, daß, wenn die Schwängerung an einem Orte erfolgt ist, wo Französisches Recht gilt, die Geschwächte, so lange der Schwängerer im Gebiete des Französischen Rechts wohnt, für sich und ihr Kind keine anderen Ansprüche hat, als welche ihr der Code Nap. zugesteht, daß dagegen mit der Verlegung des Domicils des Schwängerers an einen Ort, wo das A. L. R. oder das gemeine Recht gilt, die Alimentations-Verbindlichkeit desselben, und zwar von dem Zeitpunkte der Verlegung des Wohnsitzes ab, eintritt.

Der I. Sen. des Ob. Trib. erachtete indeß in dem Erk. v. 1. Nov. 1850 in diesem Falle die Vorschriften des A. L. R. für unanwendbar und nahm an, daß das in Mecklenburg geltende gemeine Recht zur Anwendung kommen müsse, nach welchem der Vater nicht verpflichtet sei, die von seinem Sohne erzeugten unehelichen Kinder zu alimentiren.

Die Begründung, welche sich auf den Plen. Beschl. v. 21. Nov. 1849 stützt, bemerkt:

Auch die Verpflichtung des väterlichen Großvaters zur Alimentirung seiner unehelichen Enkel ist nur denkbar, wenn diesen die Befugniß, solche von ihm zu fordern, zusteht. Dies Recht würde offenbar zu denjenigen gehören, welche nach §. 82. Einl. durch die Geburt eines Menschen entstehen, und muß auch als eine persönliche Befugniß der unehelichen Enkel gelten. Nach §. 23. a. a. O. sind aber die persönlichen Befugnisse eines Menschen nach den G. der Gerichtsbarkeit zu beurtheilen, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat; folglich in vorliegendem Falle nach dem in Mecklenburg geltenden Rechte. (Entsch. Bd. 20. S. 300 ff.[1]).

c) Das Erk. des V. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Sept. 1856 führt aus, daß die Geltendmachung und Durchführung der einem unehelichen Kinde an dem Orte seiner Geburt auf Grund der dort geltenden Gesetze gegen seinen Erzeuger zustehenden Ansprüche an einem anderen Orte nur unter der Voraussetzung stattfinde, daß auch an diesem Orte jene Ansprüche gesetzlich anerkannt sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 205 Nr. 43.)

2) Der Gesetzrevisor spricht sich über die Frage in folgender Art aus:

In die materielle Gesetzgebung gehört der Antrag des Ref. beim K. G. auf ausdrückliche Entscheidung folgender beiden Fragen:

1) ob, wenn ein hiesiger Unterthan im Auslande eine Frauensperson schwängert, und deshalb hier beklagt wird, das A L. R. zur Anwendung komme, oder die Geschwächte nur die G. ihres Landes in Anspruch nehmen könne;
2) ob, wenn eine Ausländerin, die nach den G. ihres Landes gar keine Klage aus der Schwängerung habe, von einem hiesigen Unterthan oder auch von einem Ausländer hier im Lande geschwängert wird, die hiesigen Gesetze zur Anwendung kommen.

Der Ref. äußert die Meinung, daß immer nur die G. des Orts der Schwängerung zur Anwendung kommen dürften. (Gutachten des K. G. F. 10.)

Die Frage ist bereits in contradictorio entschieden worden.

Eine Weibsperson in den Rheinprovinzen, welche dort von einem Einwohner der alten Provinzen unter dem Versprechen der Ehe geschwängert sein wollte, stellte in seinem foro domicilii die Klage an. Dieses erklärte die persönl. Ansprüche der Mutter für unstatthaft,

weil sie auf einem Kontraktsverhältnisse (dem Eheversprechen) beruheten, welchem die nach Franz. Recht zu seiner Gültigkeit erforderl. Bedingungen fehlten;

den Anspruch des Kindes auf Alimente aber für begründet,

weil nicht nur das Naturrecht, sondern selbst der Code Nap. den natürlichen Kindern das Recht auf Alimente gegen den Vater beilege, die Vorschrift des letzteren aber, daß die Vaterschaft anerkannt sein müsse, und nicht untersucht werden dürfe, als eine vom Naturrecht abweichende, und daher stricte zu interpretirende, nur bei den nach Franz. Verfassung eingerichteten Gerichtshöfen Anwendung finden könne.

Das O. L. G. zu Hamm hingegen, dessen Erk. v. O. L. G. zu Münster in dritter Inst. bestätigt wurde, wies die ganze Klage ab,

weil die zum Grunde liegende Handlung nach den G. des Orts, wo sie vollzogen worden, überhaupt weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugen, und diese G. nicht bloß formelle Bestimmungen, sondern materielles Recht enthielten. (Rechtsspr. von Simon und Strampff I. S. 421—429.)

Daß die Frage difform entschieden worden, darf freilich nicht Wunder nehmen, da es, wie schon anderwärts bemerkt worden ist (s. Abhandl. des O. L. G. Ass. Rintelen zu Wesel in den Jahrb. Bd. 30. S. 91—99; Rechtsspr. von Simon und Strampff Bd. 1. S. 422) im A. L. R. an einer allgemeinen Bestimmung fehlt,

welches Orts Gesetze über die privatrechtl. Folgen einer Handlung entscheiden sollen.

Allein man sucht nach einer solchen Bestimmung auch in allen anderen Gesetzgebungen vergeblich, und schon die gemeinrechtl. Juristen waren darüber uneinig. (Weber, von der nat. Verbindl. §. 62. Note 1.) Aus der Vorschrift des A. L. R.,

daß die Folgen der Handlung nach den G. der Zeit beurtheilt werden sollen, zu welcher sie vollzogen worden (Einl. §. 19. Thl. I. Tit. 3. §. 42.),

scheint freilich der Grundsatz abstrahirt werden zu können,

daß überhaupt nach den G. geurtheilt werden soll, unter welchen die streitigen Rechtsverhältnisse zur Existenz gekommen sind.

Daher wird auch wirklich von den Meisten als Regel angenommen,

daß die G. des Orts, wo die Handlung geschehen ist, entscheiden müssen. (cf. Weber l. c.)

Gleichwohl will der Verfasser in der alleg. Abhandl. in den Jahrb., so sehr er auch diese Regel vertheidigt, dennoch ausnahmsweise die hier vorliegende Frage:

ob Jemand, in dessen Domizil Schwängerungsklagen stattfinden, mit einer solchen aus einem Beischlaf belangt werden könne, der da vollzogen ist, wo er keine Klage begründet,

nicht geradezu verneinen, sondern folgenden Unterschied machen:

1) ist die Geschwächte ebenfalls diesseitige Unterthanin, so tritt die volle Verbindlichkeit zur Entschädigung ein;
2) ist sie das nicht, so hat sie keinen Titel, den Schutz der diesseitigen G. anzusprechen, weil sie auch den Verpflichtungen derselben nicht unterworfen ist.

M. E. ist die hier sichtbare Verwirrung vollständiger, als ich vermöchte, von Weber in der Schrift über die natürliche Verbindlichkeit aufgeklärt worden.

Wenn nämlich eine Handlung an dem Orte, wo sie begangen worden, durch verbietende G. dergestalt untersagt ist, daß auch nicht einmal die natürliche Verbindlichkeit stehen bleibt, so kann auch an anderen Orten, wo sie sonst Verbindlichkeiten erzeugt haben würde, daraus nicht geklagt werden, so wie umgekehrt alle Handlungen, welche da, wo sie eingegangen, erlaubt und gültig sind, allenthalben die volle gerichtliche Wirkung behaupten, und der Verklagte sich nicht damit schützen kann, daß die Handlung etwa da, wo geklagt wird, verboten und ungültig sei. Denn hier kommt es darauf an, ob die Handlung überhaupt Rechte und Verbindlichkeiten unter den Parteien hervorgebracht habe, welches zu bestimmen man unstreitig auf ihren Ursprung zurückgehen, mithin nach den G. des Orts, wo sie vorgenommen ist, urtheilen muß, in wiefern die Parteien befugt waren, sie vorzunehmen, in wiefern also Rechte und Verbindlichkeiten daraus entstehen konnten.

In so weit läßt sich gegen die Regel im Allgemeinen nichts einwenden,

daß die Folgen nach den G. des Orts zu bestimmen seien, wo die Handlung vorgenommen worden.

Gerade umgekehrt aber verhält sich die Sache in den Fällen, wo eine natürlich verbindliche Handlung nicht durch verbietende G. untersagt, sondern nur das Recht zu klagen dem Gläubiger verweigert, also nur die gerichtliche Wirkung eingeschränkt worden ist, und in diesem Punkte da, wo die Handlung geschehen ist, ein anderes Recht gilt als da, wo geklagt wird. Hier ist von positiven G. die Rede, welche den Richter anweisen, in wiefern er Verbindlichkeiten, welche gewisse Rechtsgeschäfte in der That hervorgebracht haben, im Wege Rechtens anerkennen und die Erfüllung derselben erzwingen dürfe. Solche positive Vorschriften aber, welche die Rechtshülfe der natürlichen Zwangspflichten bestimmen, können nur dem Richter, dem sie wirklich ertheilt sind, zur Richtschnur dienen, und sind folglich nur anzuwenden, wenn auch bei diesem Richter geklagt wird. Andere Gerichte sind nicht verbunden, darnach zu verfahren, weil die alleinige gerichtliche Unwirksamkeit das Dasein der Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt, und folglich die letztere den völligen Effekt behaupten muß, sobald sie bei einem andern Richter geltend gemacht wird, dem die Hände in Ansehung der Rechtshülfe nicht gebunden sind.

(Weber l. c. 4. Ausg. S. 205—208, 411—414.)

Hieraus folgt nicht nur, daß die formelle Justizpflege und die Verjährung der Klagen nach den G. des Prozeßfori sich richten muß, sondern auch die Regel,

daß in allen Fällen, wo es nur auf gerichtliche Wirkung einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit ankommt, die G. nicht des Orts, wo die Handlung vorgenommen worden, sondern des Forums, wo die Verbindlichkeit gerichtlich angeregt wird, dem Richter zur Norm dienen müssen.

Daß nun der außerheliche Beischlaf eine natürliche Verbindlichkeit begründe, sowohl die Geschwächte nach Verschiedenheit der Umstände zu entschädigen, als das Kind zu ernähren, ist im Eingange des Abschnitts gezeigt worden; eine Klage dieser Art könnten also unsere Gerichte nur dann abweisen, wenn der Beischlaf in einem Lande vollzogen wäre, wo auch diese natürliche Verbindlichkeit aufgehoben worden, so daß das etwa Gezahlte zurückgeklagt werden könnte, wozu es aber der ausdrücklichen Vorschrift bedürfen würde, da jede

---

[1]) Koch bemerkt mit Recht, daß die in den Entsch. Bd. 20. S. 300 diesem Rechtsfalle gegebene Ueberschrift, welche dahin lautet:

»Die Alimentationspflicht des Vaters in Beziehung auf die von seinem Sohne
»erzeugten außerehelichen Kinder ist nach den G. des Orts zu beurtheilen,
»in welchem die Schwängerung erfolgt ist,«

mit dem durch den Plen. Beschl. v. 21. Nov. 1849 angenommenen Rechtssatze nicht übereinstimme, was indeß auf einer unrichtigen Auffassung und Fassung beruhe. Die Ueberschrift sei ein Privaterzeugniß und kein von dem Ob. Trib. ausgehendes Präj., die Gründe der Entsch. aber seien die des Plen. Beschl. v. 21. Nov. 1849, und enthielten nichts von der Anwendung des örtlichen Rechtes der Schwängerung, sondern sprächen von dem Wohnsitze der Mutter und des Kindes. (Koch's Landr. Bd. 1. S. 37.)

natürliche Verbindlichkeit alle Wirkungen behält, die hier nicht besonders abgesprochen sind. (Weber l. c. §§. 44—45. S. 127 ff.)

Allein soweit ist keine Gesetzgebung gegangen, am wenigsten der Code Nap., indem er vielmehr bloß die Ausmittelungen in contradictorio verbietet (art. 340—341. 757. seq.).

Die nämliche Frage könnte auch noch für den Fall zur Sprache kommen, wenn die Gesetzg. des Orts der Schwängerung die Klagen aus derselben zwar nicht aufgehoben, aber die klagbaren Ansprüche enger oder weiter modificirt hätte, als die G. des Fori, z. B. wenn die Schwängerung im Königreiche Sachsen erfolgt wäre, wo man der Geschwächten und dem Kinde in quanto geringere Ansprüche zugesteht, als bei uns dem vernünftigen Ermessen des Richters nach Beschaffenheit der Umstände frei gelassen ist.

Die Vermuthung, daß dergl. Fälle beim hiesigen Stadtgericht schon vorgekommen sein möchten, da z. B. Leipzig von dessen Gerichtseingesessenen häufig besucht wird, hat sich zwar nicht bestätigt, wenigstens ist der Versuch, dergl. Sachen aufzufinden, um zu ersehen, was etwa in jud. bisher hierüber angenommen worden, nicht gelungen.

Allein, was in dem Falle gilt, wo die Gesetzgeb. in so hohem Grade differiren, muß um so mehr bei geringeren Abweichungen eintreten, folglich ohne Ausnahme die Regel beobachtet werden,

daß in Schwängerungssachen die G. des Gerichtsstandes, wo geklagt wird, zur Anwendung zu bringen sind.

Uebrigens wird bei denselben um so weniger ein Bedenken sein, als man, gewiß mit Recht, selbst im Cr. R. von der bisherigen Vorschrift,

vor Allem die G. des fori delicti com. anzuwenden, wenn sie nicht härter sind, als die inländischen,

abgehen, und lediglich die letztern zur Richtschnur dienen lassen will. Die Gründe, auf welchen dieses beruhet, treten auch hier zu den oben vorgetragenen noch hinzu.

Endlich hat diejenige Handlung, von welcher hier die Rede ist, vor allen anderen das Eigenthümliche, daß dadurch recht eigentlich eine Verpflichtung fürs Haus übernommen wird. Der Schwängerer ist nach natürl. Rechte präsumtiv Vater und Ehemann geworden. Er kann sich also nicht beklagen, wenn diese Verpflichtungen alle die gerichtl. Wirkungen äußern, welche ihnen an dem Orte beigelegt sind, für welchen sie der Natur der Sache nach eingegangen wurden.

(Gesetzrev. Pens. XV. Mot. zu Abschn. 10. §§. 247., 248 des Entw. S. 564.)

3) Das Justizmin. hat sich über die Frage in nachstehenden Erlassen ausgesprochen:

a) Schreiben v. 24. April 1837.

Das O. L. G. erkennt nicht nur den Grundsatz des gemeinen Rechts an: »peregrini eorum locorum, per quae transeunt, legibus obligantur,« sondern geht weiter und nimmt sogar, hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zum Handeln, auf die auswärtigen G. Rücksicht, wenn die Handlung darnach besser bestehen kann. Es unterliegt daher keinem Zweifel

»daß ein Fremder aus einer hier erfolgten Handlung nach hiesigem Recht verpflichtet wird;«

»daß diese Rechte in ihrem ganzen Umfange hier im Lande gegen ihn verfolgt werden dürfen,« bestimmt §. 42. der Einl. zum A. L. R. und §. 28. Tit. 2. der Proz. O.

conf. hierzu den Komm. von rc. Grävell Bd. 1. 262.

Ob diese Rechte aber auch in der Heimath des Fremden gegen ihn mit Erfolg ausgeführt werden können, hängt zunächst von der dortigen Gesetzgebung ab.

Ist nach jener heimathlichen Gesetzgebung eine gewisse Klage unzulässig, so kann und wird sie auch nicht zu Gunsten eines Preuß. Unterthanen zugelassen werden. Außerdem wird die Klage zugelassen werden, auch wenn sie sich auf die Vorschriften des A. L. R. gründet. Es ist indessen nicht zu bezweifeln, daß im Falle einer Verschiedenheit in den rechtlichen Folgen einer Handlung nach Preuß. G. und nach den G. der Heimath des Verklagten der auswärtige Richter bei der Feststellung derselben, wenn der Verklagte darauf anträgt, die für den letztern günstigern G. der Heimath anwenden wird, ohne daß der diesseitige Kläger ein Recht zur Beschwerde haben kann, weil ein Staat den allgemeinen Pflichten des Völkerrechts genügt, sobald er Fremde nur eben so behandelt, wie seine eigenen Unterthanen.

Im umgekehrten Falle, wenn ein Preuße im Auslande eine Handlung begeht, woraus ein dortiger Unterthan Rechte erwirbt, würde ein Preuß. G. an sich auch keinen Anstand nehmen dürfen, dem auswärtigen Kläger die Verfolgung seiner civilrechtlichen Ansprüche hier im Lande zu gestatten.

Es gehört jedoch diese Frage dem Völkerrechte an. Bestehen besondere Staatsverträge darüber, so entscheiden diese. Außerdem geht meine rechtliche Meinung dahin:

daß ein hiesiger Unterthan zwar aus einer im Auslande vorgenommenen Handlung nach den Grundsätzen des am Orte der That geltenden Rechts verpflichtet sei, daß ihm jedoch, wenn er hier belangt wird und von der Feststellung der gesetzlichen Folgen die Rede ist, die G. seines persönl. Gerichtsstandes zu Statten kommen müssen.

Was den Fall der Schwängerung insbesondere betrifft, so ist z. B. in der Rheinprovinz nach Franz. Recht in Ermangelung eines Anerkenntnisses jede Klage aus der Schwängerung unstatthaft.

Jede Klage dieser Art, die That mag in der Rheinprovinz oder außerhalb derselben erfolgt sein, sie mag von einem Einwohner der Rheinprovinz oder einem Auswärtigen angestellt werden, wird daher von jedem Rheinischen Gericht zurückgewiesen. Es würde dies auch in Helsingör geschehen, wenn dort eine gleiche gesetzliche Bestimmung existirt.

Kann die Klage aber vor einem Gericht angestellt werden, nach dessen Gesetzgebung eine solche Klage zulässig ist, so wird es darauf ankommen:

ob dem Kläger nach den Gesetzen seines persönlichen Gerichtsstandes ein Anspruch zusteht, den er mittelst einer Klage zu verfolgen befugt ist.

Ist dies der Fall, so wird er mit seiner Klage gehört, außerdem aber zurückgewiesen werden.

Wollte eine Rheinländerin eine Schwängerungsklage hier in Berlin anstellen, so würde sie damit zurückgewiesen werden. Eben dies würde der Fall sein, wenn der Vormund eines rheinischen unehel. Kindes eine Alimentationsklage anstellte. Nur wenn die Mutter des unehel. Kindes ihren Wohnsitz an einen Ort verlegt, wo unehel. Kinder ein Recht haben, Alimente von ihrem natürlichen Vater zu fordern, oder das Kind durch Einleitung einer Vormundschaft einen neuen persönl. Gerichtsstand an einem solchen Orte gewinnt, würden, von diesem Zeitpunkte ab, Alimente als eine unter der Gerichtsbarkeit des neuen Domizils erlangte persönliche Befugniß, eingeklagt werden können.

(Justizmin. Akt. A. Gen. No. 48. Vol. 2. Fol. 46.)

b) R. v. 6. Aug. 1814, nebst Bericht des O. L. G. zu Marienwerder v. 21. Juli 1814.

B e r i c h t.

»Das ... Gericht ist zweifelhaft, ob die Klagen geschwächter Personen auf Entschädigung und Alimentation der Kinder zulässig seien, wenn der Beischlaf zur Zeit der Gültigkeit des Franz. Gesetzbuches an dem ... Orte erfolgt ist.«

Ew. rc. überreichen wir die dieserhalb bei uns gemachte Anfrage mit dem Bemerken, daß wir dieselbe dahin beantworten würden:

1) daß zwar eine Entschädigungsklage wegen Schwängerung nicht zuzulassen, wenn die Schwängerung vor dem Zeitpunkte der Einführung der Preuß. Landesgesetze erfolgt ist, daß aber die Klage wegen der Alimentation des unehel. Kindes wider den natürlichen Vater, so wie die Klage wegen Erstattung der gereichten Alimente, jedoch nur von dem Zeitpunkte der Einführung der Preuß. G. zu gestatten, wenn auch die Schwängerung während des gedachten Zeitraums des Franz. Gesetzb. erfolgt wäre, und daß die Verbindlichkeit des natürlichen Vaters zur Verpflegung seines unehel. Kindes, so wie zur Erstattung der für dasselbe verwandten Verpflegungskosten lediglich nach den Vorschriften des A. L. R. zu beurtheilen sei;

2) daß es bei der Beurtheilung der Zulässigkeit der Schwängerungsklagen nicht auf den Zeitpunkt der Niederkunft, sondern auf den der Schwängerung ankomme, im zweifelhaften Falle jedoch anzunehmen sei, daß die Schwängerung zu einer Zeit erfolgt, in welcher das A. L. R. Gültigkeit gehabt habe;

denn wenn gleich der Art. 340. des Franz. Gesetzb. ausdrücklich bestimmt:

la recherche de la paternité est interdite,

und die Einl. zum A. L. R. verordnet, daß die rechtl. Folgen einer Handlung nach denjenigen G. beurtheilt werden müssen, welche zur Zeit der Handlung gültig gewesen sind, so befreiet doch das Franz. Gesetzb. den natürl. Vater keinesweges von der Verbindlichkeit, sein außer der Ehe erzeugtes Kind zu unterhalten, sondern macht dieselbe nur von der freiwilligen und förmlichen Anerkennung abhängig. Denn nach dem Art. 762. haben sogar Kinder, welche aus einem Ehebruch, oder aus einer Blutschande erzeugt sind, wenn selbige anerkannt werden, Rechte auf Alimente, wiewohl ihnen das Erbrecht der natürlichen und als solche anerkannten Kinder abgesprochen ist. Die Preuß. Landesgesetze lassen dagegen die Untersuchung, wer Vater sei, nicht allein zu, sondern machen es den obervormundschaftl. Gerichten sogar zur Pflicht, die Rechte der unehel. Kinder wider ihren natürl. Vater durch die solchen Kindern zu setzenden Vormünder ausführen zu lassen. Dem Staat ist daran gelegen, daß die unehel. Kinder gehörig verpflegt werden, daß der gewöhnlich bedürftigen und hülfslosen Mutter die Verbindlichkeit zur Verpflegung nicht allein aufgebürdet werde, damit diese Last sie nicht zur Verzweiflung bringe, und die Tödtung oder Verwahrlosung des Kindes zur Folge habe, damit endlich die öffentl. Waisenanstalten nicht durch unehel. Kinder, deren Väter sich ihrer Pflicht entziehen, belästigt werden. Wenn daher auch eine Untersuchung, wer Vater des unehel. Kindes ist, nicht zugelassen werden mag, in sofern bloß von den Rechten der Mutter die Rede ist, so muß sie doch gestattet werden, um die Absichten des Staates bei den G. wegen Verpflegung unehel. Kinder auszuführen, und diesen kein Hinderniß entgegen zu stellen.

Soviel die ad 2 in Antrag gebrachte Entscheidung betrifft, so entspringt die Verbindlichkeit des Schwängerers zur Entschädigung der geschwächten Person offenbar aus der Schwängerung und die Folgen dieser Handlung müssen daher nach den zur Zeit derselben geltend gewesenen G. beurtheilt werden.

Ew. stellen wir hiernach ꝛc. anheim, die von uns in Antrag gebrachte Bescheidung des ... Gerichts ꝛc. zu genehmigen.

Reskript.

D ... wird auf den Bericht v. 21. v. M. hierdurch autorisirt, dem ... Gerichte auf seine Anfrage:

ob die Klagen geschwächter Personen auf Entschädigung und Alimentation der Kinder zulässig seien, wenn der Beischlaf zu der Zeit erfolgt ist, als das Franz. Gesetzb. in ... noch Gültigkeit hatte,

die in Vorschlag gebrachte Resolution jedoch nur als eine intermistisch geltende Entscheidung zu ertheilen. (Abgedr. in der Abhandl. J. Z. 1833 S. 347.)

4) Vergl. über die Frage auch die Erk. des O. L. G. zu Hamm v. 18. April 1827, zu Münster v. 9. Nov. 1827 (Simon R. Bd. 1. S. 421) und zu Insterburg v. 10. Okt. 1827 (a. a. O. Bd. 2. S. 373); desgl. die Abhandl. von Rintelen in den Jahrb. Bd. 30. S. 91 ff., von Koch in der J. Z. 1833 S. 326; von Reinhard in Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 570, von Schepers in der J. W. 1836 S. 458—460 und von Temme in der J. W. 1845 S. 83; ferner Schröter Civil. Verf. S. 94 und System Bd. 1. S. 20, Bornemann Syst. 1. Ausg. Bd. 5. S. 367 ff. und 2. Ausg. Bd. 5. S. 320 ff., Thöne, Fund. Lehren Bd. 1. S. 131.

5) Nach welchen Gesetzen sind die Folgen einer Seitens einer Preuß. Militairperson in Luxemburg stattgefundenen Schwängerung zu beurtheilen?

Der I. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 25. Nov. 1847 aus:

Nach §§. 1., 2. u. 6. der K. O. v. 19. Juli 1834 stehen die zur Garnison der Bundesfestung Luxemburg gehörigen Preuß. Militairs und Militairbeamten unter der Gerichtsbarkeit des dortigen Preuß. Gouvernementsgerichtes, resp. des O. L. G. zu Hamm; diesen Gerichten ist die Jurisdiktion mit der ausdrücklichen Anweisung übertragen, sich in allen, jene Personen angehenden rechtlichen Angelegenheiten nach den Bestimmungen der Preuß. Landesgesetze zu achten. Hiernach sind die in Luxemburg stehenden Preuß. Militairpersonen und Beamte in allen ihren rechtlichen Verhältnissen den Preuß. Gesetzen ebenso unterworfen, als wenn sie ihren Aufenthalt an einem Orte hätten, wo das A. L. R. und die A. G. O. gelten; und nach eben diesen Gesetzen sind, in Gemäßheit des §. 23. der Einl. zum A. L. R., ihre persönlichen Eigenschaften und Befugnisse zu beurtheilen. Dagegen bleibt für sie das in Luxemburg geltende Franz. Gesetz ein fremdes Recht. Wenn sie daher in Luxemburg unehel. Kinder erzeugen, so überkommen sie auch die Verpflichtungen, welche das A. L. R. dem natürl. Vater gegen seine unehel. Kinder auflegt. Der Umstand, daß die Mutter unter der Herrschaft des Franz. Rechts stand, ist auf die Verpflichtung des Vaters, so wie auf die Rechte seiner unehel. Kinder gegen ihn ohne Einfluß. (Rechtsf. Bd. 3. S. 155 Nr. 79.)

IV. Ueber die Frage: nach welchen Gesetzen ist die Volljährigkeit und Dispositionsfähigkeit einer Person in Ansehung der Gültigkeit ihrer Verbindlichkeiten zu beurtheilen? vergl:

a) Entsch. der Gesetz-Komm. v. 24. Jan. 1789. (Samml. aller Entsch. der G. K. S. 189, Klein Bd. 4. S. 172, Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 754.)
b) R. v. 2. Nov. 1789. (N. C. C. Tom. 9. p. 2761, Paalzow Handb. Bd. 3. S. 490, Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 790.)
c) R. v. 12. Mai 1800. (Paalzow Handb. Bd. 3. S. 491.)
d) R. v. 4. Mai 1801. (Stengel Bd. 14. S. 134, Rabe Bd. 6. S. 515.)
e) R. v. 28. April 1803. (R. A. Bd. 3. S. 86, Rabe Bd. 7. S. 448.)
f) R. v. 26. Juli 1803. (Mathis Bd. 1. S. 468, Paalzow Handb. Bd. 3. S. 493, Rabe Bd. 13. S. 562.)

1) Die Gesetzrevisoren sprechen sich darüber, unter Bezugnahme auf diese Erlasse, in folgender Art aus:

Es ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß in Hinsicht aller, den statum personarum bestimmenden Rechte die G. des Wohnorts zur Richtschnur dienen, und ihre Wirkung, als etwas der Person Anklebendes, allenthalben, also auch außer Landes, äußern. Diesen Rechtssatz hat auch das A. L. R. Einl. §. 23. zum Gesetz erhoben, und daraus ist im §. 14. des P. P. v. 9. Sept. 1814 wegen Wiedereinführung des A. L. R. sehr richtig der Folgesatz gezogen, daß die Volljährigkeit in Absicht auf alle diejenigen Personen, welche solche vor dem 1. Jan. 1815 nach den bis dahin gegoltenen G. noch nicht erreicht hatten, erst nach vollendetem 24. Jahre eintreten solle.

Ist dieser Folgesatz aber richtig, so möchte auch der Gegensatz richtig sein, daß nämlich die Volljährigkeit aller derjenigen Personen, welche solche vor dem 1. Jan. 1815 bereits erreicht hatten, denselben bleibe, und durch das neue G. nicht wieder genommen werde. Es kann dies keinesweges als ein Billigkeits-Grundsatz betrachtet werden, wie unter anderen Bergmann in seinem Werke über Rückanwendung der G. (S. 565) glaubt, sondern einerseits möchte er schon aus dem obigen Folgesatze per arg. a contr. hervorgehen, andererseits aber ganz logisch aus dem obersten Prinzipe wegen Rückanwendung neuer G. folgen, dem nämlich: daß alle Folgen, für welche Jemand von einer in der Vorzeit liegenden konkreten Rechtserwerbung oder sonstigen konkreten Thatsache nach damaligen Rechtsnormen rechtl. Schutz erwartete, oder doch erwarten durfte, nicht zu seinem Nachtheile verändert werden sollen.

Denn trat Jemand unter vorigem G. in ein Alter, mit welchem er volljährig ward, und gerirte er sich nun als Volljähriger (dies that er jedenfalls, selbst ihm unbewußt, indem er Alles, was er vornahm, als Volljähriger verrichtete), so war ja unter vorigem G. schon die konkrete Rechtserwerbung oder sonstige konkrete Thatsache eingetreten, woran die unwiderrufliche Erwerbung des Rechtszustandes des vorigen G. geknüpft war.

Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das Min. R. v. 9. Nov. 1821 (Jahrb. Bd. 18. S. 282) und das R. v. 2. Nov. 1789 (Paalzow Bd. 3. S. 490) überein.

Nach jenen Grundsätzen möchte denn auch die Entscheidung der Gesetz-Komm. v. 22. April 1803 und das R. des Justizmin. v. 28. April 1803 vor dem Inhalte des R. v. 10. März 1826 den Vorzug verdienen, wenn darin gesagt wird, daß Personen weiblichen Geschlechts durch ihre Verheirathung ihr forum orig. verlieren, dagegen in das forum mariti übergehen, und wenn in diesem ein früherer Majorennitäts-Termin eingeführt ist, als in ihrem forum orig., ersteres und nicht das letztere ihre Majorennität bestimme.

Nach eben jenen Grundsätzen möchte übrigens das R. v. 27. April 1821 [1]), wonach eine im Auslande ertheilte venia aetatis auch im Inlande die Wirkung haben soll, daß die diesseitige Kuratel über die Güter der Majorennisirten aufgehoben werden muß, und das R. v. 27. Mai 1824 [2]), wonach, wenn die über einen Ausländer im Auslande geführte Hauptvormundschaft aufgehoben wird, auch die bei uns über die Immobilien eingeleitete Spezialkuratel aufzuheben ist, dem auf das R. v. 13. Juli 1761 und das Decisum der Gesetz-Komm. v. 24. Jan. 1789 sich stützenden R. v. 8. Okt. 1819 [3]) vorzuziehen sein, nach welchem der Grundsatz angenommen wird, daß die Volljährigkeit in Ansehung der unbeweglichen Güter nach den Rechten des fori rei sitae, in Ansehung der übrigen hingegen nach den Rechten des fori domicilii der Minorennen beurtheilt werden müsse, mithin ein im Auslande für majorenn Erklärter in Hinsicht seiner im Inlande belegenen Güter dennoch unter Kuratel bleibe. (Gesetzrev. Pens. VII. Mot. zu Thl. II. Tit. 18. S. 58.)

2) R. v. 21. Okt. 1831, betr. die Befugniß eines noch nicht 24jährigen Ausländers über ein im Preußischen belegenes Gut.

Ein Ausländer kann über ein im Preuß. belegenes Gut auch vor vollendetem 24. Jahre disponiren, wenn er in foro orginis oder domicilii schon früher die Majorennität erreicht hat. Denn nach §. 23. der Einl. zum A. L. R. müssen die persönl. Eigenschaften eines Menschen lediglich nach den G. der Gerichtsbarkeit beurtheilt werden, unter welchen derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat. Daß die Volljährigkeit zur Kategorie der persönl. Eigenschaften gehört, unterliegt keinem Bedenken, und wo solche daher gesetzlich eingetreten ist, muß sie auch in allen Fällen, bei denen es sich von der Dispositionsfähigkeit handelt, ihre volle Wirkung äußern. Es ist nun zwar in dem §. 32. festgestellt, daß in Ansehung das unbeweglichen Vermögens ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers die G. der Gerichtsbarkeit gelten sollen, unter welcher sich dasselbe befindet. Allein hier ist unverkennbar nur von den Rechtsverhältnissen, welche die Sache betreffen, nicht aber von der persönl. Dispositionsfähigkeit des Eigenthümers die Rede. Dies wird dadurch ganz besonders bestätiget, daß nach §. 35. jeder Fremde, welcher in hiesigen Landen Verträge über daselbst befindliche Sachen schließt, in Ansehung seiner Fähigkeit zu handeln, nach denjenigen G. beurtheilt werden soll, nach welchen die Handlung am besten bestehen kann. — Die Vorschrift Tit. 5. Thl. I. §. 115. A. L. R. betrifft nur die Form der Verträge, darf mithin auf die durch allgemeine Bestimmungen geregelte Dispositionsfähigkeit der Kontrahenten nicht ausgedehnt werden. Es tritt hinzu, daß für das Interesse der Person, welches die Gesetzgebung präsumtiv jederzeit vor Augen gehabt hat, dadurch keineswegs gesorgt sein würde. Denn, da alle Verträge, welche der ausländische volljährige Eigenthümer über seine diesseitigen Grundstücke schließt, für ihn verbindlich sind, und er in foro person. zu deren Erfüllung und event. zur Leistung des Interesses angehalten werden kann, so würde es nicht zu seinem Vortheil gereichen, wenn ihm durch eine hier eingeleitete spezielle Kuratel die Erfüllung bis zum erlangten 24. Lebensjahre erschwert oder ganz unmöglich gemacht werden sollte.

(Jahrb. Bd. 32. S. 287, Gräff Bd. 6. S. 1.)

3) Die Rechtsgültigkeit des von einem Minderjährigen, im Bereiche des Französischen Rechtes abgegebenen Anerkenntnisses der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde wird durch die Verfügungsfähigkeit des Anerkennenden bedingt.

---

[1]) Nicht veröffentlicht.
[2]) Desgleichen.
[3]) Desgleichen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. April 1856.

Die im Gebiete des Rheinischen Rechts feststehende Praxis, daß auch Minderjährige ihre unehelichen Kinder mit rechtlicher Wirkung anerkennen können, gehört jenem Rechtsgebiete an und kann in die Preuß. Rechtssphäre nicht übertragen werden. Man hat auf der einen Seite festzuhalten, daß es nicht auf die Thatsache der Schwängerung, sondern auf die Anerkennung allein ankommt; daß die möglichen Rechte des Kindes nicht aus dem facto und dem Beweise der Erzeugung, sondern nur aus der Anerkennung sich ableiten lassen. Auf der anderen Seite ist dabei stehen zu bleiben, daß die Fähigkeit des Anerkennenden zur Abgabe rechtsgültiger Willenserklärungen durch seine Heimathsgesetze bestimmt wird, und daß diese einem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormundes und des vormundschaftlichen Gerichts die rechtsverbindliche Anerkennung eines unehel. Kindes nicht gestatten. Die Anerkennung eines natürlichen Kindes eines minderjährigen Kuranden, welche von erheblichen Folgen für diesen begleitet ist, bedarf der obervormundschaftlichen Bestätigung. Die entgegengesetzte Annahme des Rheinischen Rechts gründet sich nicht in der hier anwendbaren Theorie jenes Rechts von der unehelichen Vaterschaft und Kindschaft, sondern gehört ihrem Wesen nach in die Lehre vom Status; wollte man dieselbe hier Platz greifen lassen, so würde das fremde Recht in ein Gebiet übergreifen, das nach den Bestimmungen des §. 23. der Einl. zum A. L. R. und der Dekl. v. 31. März 1839 dem des Preuß. Rechts angehört; man würde die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse des Verklagten nicht nach seinen heimathlichen, sondern nach einem ihm fremden Rechte bestimmen.

(Entsch. Bd. 32. S. 401.)

§. 25. 1) R. v. 17. März 1794. Das forum originis wird ohne Rücksicht auf den Ort der Geburt durch den jedesmaligen Wohnsitz des Vaters begründet, so lange Jemand noch unter väterlicher Gewalt steht. (Klein Bd. 14. S. 324.)

2) Bei unehelichen Kindern richtet sich das forum originis auf eine gleiche Weise nach dem foro personali der Mutter.

(Präj. des Trib. von Ostpreußen v. 30. Sept. 1826, Simon R. Bd. 2. S. 380.)

§§. 28—31. Anwendung der Gesetze in Beziehung auf bewegliche Sachen.

1) Zur Erläut. der §§. 28—31. theilt der Gesetzrevisor Folgendes mit:

Der gedr. Entw. enthielt bloß die Regel:

daß das beweg. Vermögen nach den G. des persönlichen Gerichtsstandes zu beurtheilen (§. 29.).

Ein Monent meinte, dies sei unrichtig. Die Landeshoheit und Gesetzgebung müsse sich auf alle Sachen im Lande erstrecken, und nicht durch eine fremde Einschränkung leiden. Es sei hier kein Grund der Verschiedenheit zwischen Fahrniß und Grundstücken. (Mat. Bd. 72. F. 33. mon. 1. ad §. 29.)

Herr v. Grolman erklärte daneben:

»Halte ich für erheblich. Z. E. es ist an vielen Orten Rechtens, daß eine Generalhypothek auch Mobilien affizirt. Wenn nun ein Fremder seine mit einer solchen Hypothek beschwerte Uhr in Berlin verkauft, würde man dem fremden Pfandgläubiger verstatten, actionem hypothecariam anzustellen? (ibid. in marg.)

Suarez erwiederte:

»Ich halte das monitum gegen die Meinung des Herrn v. Grolman für unerheblich. Nur allein bei Verträgen:

die von einem Ausländer über Mobilien, die sich innerhalb Landes befinden, im Lande geschlossen werden,

würde ich annehmen, daß die Wirkungen derselben nach den L. L. fori contractus zu beurtheilen sind. Z. E. es stirbt ein Hamburger Bürger, welcher bewegliches Vermögen in Berlin hat, so muß doch wohl die Sukcession in dies Vermögen nach den Hamburger G. beurtheilt werden. Aber der Hamburger Bürger verkauft in Berlin seine bei sich habende Uhr, so sind die Wirkungen des Kaufs nach den Berliner G. zu beurtheilen.«

(Mat. Bd. 80. F. 31 v.)

Ein Conclusum ist nicht registrit. Die Materialien enthalten auch sonst nichts, was zur Aufklärung der in den Text aufgenommenen Bestimmungen beitragen könnte. Man scheint nur an eine Kollision zwischen den Preuß. und ausländischen G. gedacht zu haben. Die zur Erläuterung angeführten Beispiele beweisen aber gerade, daß auf die G. des Orts, wo die bewegliche Sache sich befindet, nichts ankommt. Denn in Beziehung auf Vererbung beweglicher Sachen gelten die statuta personalia, in Beziehung auf den Verkehr inter vivos die statuta mixta; niemals aber die realia. Freilich kommt nach der Regel, daß die Wirksamkeit der Handlungen nach den G. des Orts zu beurtheilen, wo sie vollzogen worden, in dem Beispiele des Herrn v. Grolman in Widerspruch zum Vorschein. Denn sowohl der Käufer der verpfändeten Uhr, als der Pfandgläubiger können nach jener Regel auf den Schutz der G. Anspruch machen, unter welchen ihre Verträge geschlossen sind. Allein in solchem Kollisionsfalle folgt von selber, daß der Richter denjenigen G. den Vorzug geben muß, auf deren Beobachtung er verpflichtet ist, und nicht den fremden, wenn es auch inländische wären. (Gesetzrev. a. a. O. S. 112.)

2) Schuldinstrumente gehören zwar zu dem Kapitalvermögen des Gläubigers und zu den beweglichen Sachen; allein sie sind nur die Beweismittel über die darin verschriebenen Kapitalien. Es kommt deshalb, wenn Jemand, der einen doppelten Wohnsitz, im In- und Auslande, hat, in dem letzteren verstirbt, bei der Frage: ob seine Kapitalien zu der hiesigen oder zu der ausländischen Nachlaßmasse zu rechnen, weder auf den Ort, wo die Schuldinstrumente liegen, noch wo die Forderungen ausstehen, etwas an, sondern das gesammte Kapitalvermögen gehört in einem solchen Falle zu der ausländischen Nachlaßmasse. (Bielitz Nachtr. z. Komm. Hft. 1. S. 41.)

§. 28. Der §. 28. kann nicht auf Verhältnisse angewendet werden, bei welchen es sich um Veränderungen im Besitze und im Eigenthume handelt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Mai 1856.

Abgesehen davon, daß der §. 28. von dem beweglichen Vermögen spricht, und dahin steht, ob der in dieser Vorschrift aufgestellte Grundsatz auch auf einzelne bewegliche Sachen anzuwenden ist, so spricht jene Bestimmung offenbar nur von dem Zustande des Vermögens an sich, also von den damit verbundenen Besitz-, Gebrauchs- und Verfügungsrechten. Der §. 28. kann daher nicht auf Verhältnisse angewendet werden, bei welchen es sich um Veränderung im Besitze und im Eigenthume, um den Uebergang der beweglichen Sache aus einer Hand in die andere handelt. Wie wenig die Anwendung des §. 28. a. a. O. auf diesen letztern Fall zulässig sein kann, ergiebt sich, wenn der Fall der Vindikation gedacht wird. Denn in eben dem Maße, wie sich der als Vindikant auftretende Kläger auf den §. 28. beruft, mit demselben Rechte würde sich hierauf auch derjenige berufen können, gegen welchen die Eigenthumsklage gerichtet wird. Der Verklagte, indem er dem Vindikations-Anspruche entgegentritt, behauptet eben dadurch, daß die in Anspruch genommene Sache zu seinem Vermögen gehört. Wenn daher in einem solchen Falle die streitenden Parteien verschiedenen Gerichtsbarkeiten unterworfen sind, in welchen hinsichtlich der Vindikation entgegengesetzte Rechtsnormen gelten, so kann die Berufung auf den §. 28. der Einl. zu keinem Resultate hinführen. Dies beweiset aber, daß der in §. 28. aufgestellte Grundsatz auf einen solchen Fall nicht berechnet ist und also nicht anwendbar sein kann. (Entsch. Bd. 32. S. 353.)

§. 32. Bei unbeweglichen Sachen (statuta realia).

1) Unter den Gesetzen des fori rei sitae sind eigentliche Realstatuten zu verstehen, d. h. solche, welche speziell auf Immobilien sich beziehende Vorschriften enthalten.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Mai 1839. (Präj. Nr. 663.) (Präj. Samml. S. 4.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieses Präj., in so fern, wie der Wortlaut sagt, darunter ein sogen. Statut zu verstehen, welches sich ganz besonders mit Immobilien beschäftigt. Die lex rei sitae, bemerkt derselbe, sei das Recht, welches dort gilt, wo die Sache liegt. In den Ländern des Franz. Rechts sei z. B. der Code Nap. das Realstatut über die dort befindlichen Sachen; es könne also der Käufer eines Grundstücks, welches einem Preußen gehört, das Eigenthum durch bloßen Vertrag, ohne Uebergabe, erwerben.

(Koch's Landr. Bd. 1. S. 54 Note 42. zum §. 32. Einl.)

2) Die Vorschrift des §. 32. kommt auch bei den zu einer Erbschaft gehörigen Immobilien zur Anwendung.

So erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. April 1839. (Präj. Nr. 655.) (Präj. Samml. S. 3, Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 504.)

3) Die Bestimmung des §. 32. bezieht sich auf die Rechte, die der Eigenthümer an unbeweglichen Sachen hat, z. B. die Zeit, binnen welcher er sie durch Verjährung erwirbt; dagegen ist die Dispositionsfähigkeit nach §. 23. zu beurtheilen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juni 1841. (Präj. Nr. 967.) (Präj. Samml. S. 3.)

4) Sind bei der Intestat-Sukcession in Betreff der Immobilien die statuta personalia oder die statuta realia entscheidend?

A. Letzteres nahm an:

a) Rintelen (in der Abhandl. in dem Jahrb. Bd. 30. S. 89—91), weil der §. 32. nach seiner allgemeinen und kategorischen Fassung eine Ausnahme bei dem, innerhalb seiner Sphäre liegenden Erbrechte

nicht zulasse, und durch die in den G. (§§. 365. 369. 495. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. und §. 78. des Anh.) hinsichtlich des unbewegl. Vermögens der Eheleute ausdrücklich gemachte Ausnahme jene Regel bestätigt werde.

b) Schepers (in der Abhandl. in der J. W. 1836 S. 445, 455 ff.), weil die Frage, wer heres sei, durch die Personalstatuten nur soweit entschieden werde, als ihre Kraft sich auf die, die universitas ausmachenden Gegenstände erstrecken könne, also nicht in Rücksicht auf auswärts belegene Grundstücke.

c) Der II. Sen. des O. L. G. zu Glogau in dem Erk. v. 2. Okt. 1832, mit Bezugnahme auf die Ausführung von Rintelen (oben sub a.). (Koch's Arch. Bd. 2. S. 88.)

d) Das O. L. G. zu Münster in dem Erk. v. 14. März 1838.

Der im §. 32. aufgestellte Grundsatz sei zur Zeit der Abfassung des A. L. R. gemeinrechtlich fast allgemein angenommen worden. Wenn daher die Redaktoren den entgegengesetzten Grundsatz, nämlich daß in Immobilien nach den Personalstatuten sukcedirt werde, hätten adoptiren wollen, so würden sie um so mehr Veranlassung gehabt haben, dies bestimmt auszusprechen. Auch erscheine die entgegengesetzte, aus dem Begriffe der Erbschaft, als Universitas, gezogene Schlußfolge als eine petitio principii, sobald man nur die unbestreitbare Regel festhalte, daß die Wirksamkeit eines G. sich nicht weiter erstrecken könne, als die Macht des Gesetzgebers, von welchem sie ausgeht. Das G., welches die ganze Hinterlassenschaft eines Menschen als Universitas annimmt, könne diejenigen unbeweglichen Gegenstände nicht tangiren, welche, als außerhalb des territorii liegend, von selbst einer anderen Gesetzgebung unterliegen.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 487 ff.)

Das Ob. Trib. hat dies Urtel durch Erk. v. 6. April 1839[1]) bestätigt, indem es hervorhebt, daß auch früher schon bei den Preuß. Gerichten der Vorzug der Realstatuten angenommen worden sei. Dies gehe aus dem Berichte der Reg. zu Kleve v. 20. Juli 1793 (Klein's Ann. Bd. 13. S. 5) hervor, und noch mehr aus der Entscheidung der Gesetzkomm. v. 13. Dec. 1782 (Klein's Ann. Bd. 1 S. 69), in welcher sich ganz klar der Satz ausgesprochen finde:

daß Legitima nicht nach den G. des Ortes, wo der Verstorbene das Testament errichtet, sondern in Ansehung des Immobiliar-Nachlasses nach den G. des Ortes, wo dieser Immobiliar-Nachlaß belegen, und in Ansehung des Mobiliar-Nachlasses nach den G. des Ortes, wo der Verstorbene zur Zeit des Absterbens das domicilium gehabt, zu bestimmen und festzusetzen sei.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 504 ff.)

e) Bornemann (in der Abhandl. in der J. W. 1840 S. 1 ff.), indem er diejenigen Gründe für durchgreifend hält, welche die zu d. alleg. Präjudikaten aufstellen, und bemerkt:

Es ließe sich zwar einwenden, daß den Redaktoren die Konsequenzen des §. 32. bei dessen Abfassung nicht gegenwärtig gewesen sein möchten; allein der Inhalt der Materialien ergiebt (wie mitgetheilt wird) das Gegentheil, und es geht daraus klar hervor, daß die Redaktoren den im §. 32. aufgestellten Satz wörtlich und allgemein verstanden haben, wofür auch die §§. 29. und 30. sprechen, welche sogar für Mobilien Bestimmungen in Betreff eines doppelten Gerichtsstandes treffen, was nicht geschehen sein würde, wenn die Redaktoren angenommen hätten, daß die Erbfolge auch quoad immobilia nach den Personalstatuten zu beurtheilen sei. Der §. 495. A. L. R. II. 1. kann hiergegen nicht angeführt werden, weil diese Bestimmung aus dem Eherechte nicht geeignet ist, die aus §. 32. deutlich erhellende Regel umzustoßen, auch aus den Materialien ein Anderes sich ergiebt.

Vergl. auch Bornemann's Syst. 1. Ausg. Bd. 6. S. 20 ff., 2. Ausg. Bd. 1. S. 56 ff.

B. Dagegen entscheiden sich für die Anwendung der Personal-Statuten:

a) Die (dem §. 78. des Anh. zum A. L. R. II. 1. zum Grunde liegende) Entsch. der Gesetzkomm. v. 20. Mai 1794, daß bei der Sukcession unter Eheleuten, auch in Ansehung des unbeweglichen Vermögens, nicht die G. des Ortes, wo die Sache gelegen, sondern die des Wohnortes der Eheleute zur Zeit der geschlossenen Ehe zur Richtschnur dienen müssen.

(N. C. C. Tom. 9. p. 1855, Klein Bd. 13. S. 5, Rabe Bd. 2. S. 637.)

b) Der I. Sen. des O. L. G. zu Glogau in dem Erk. v. 1. Mai 1828.

Der §. 32. bezieht sich nicht auf die Erbfolge, mit deren Grundprinzipien er ganz unvereinbar ist. Denn der Erbe tritt an die Stelle des Erblassers und stellt dessen Persönlichkeit in Rücksicht des ganzen Inbegriffs seines Vermögens als einer universitas juris vor. Der Erbe sukcedirt nicht in einzelne Sachen, sondern in die Totalität der Verlassenschaft, wodurch er von selbst Eigenthümer der Einzelnheiten wird. Eine Universal-Sukcession in ein einzelnes Vermögensstück ist ein Unding, während sich eine mehrfache pars quota eben so gut wie ein Miteigenthum und Korrealität denken läßt rc. Das A. L. R. erkennt den Grundsatz, daß es bei der Intestat-Erbfolge auf die jura rei sitae nicht ankommt, bei Gelegenheit der Lehre von der Erbfolge der Ehegatten ausdrücklich an. (A. L. R. II. 1. §. 495. Anh. §. 78.) Diese Bestimmungen werden zwar als Ausnahme von der Regel des §. 32. der Einl. aufgefaßt. Erwägt man jedoch, daß der §. 78. des Anh. aus einem Konkluso der Gesetzkommission v. 20. Mai 1794 entstanden, und daß dieses in Folge einer speziellen Anfrage ergangen ist, daß auch die Gesetzkomm. niemals in einem ausgedehnteren Sinne antwortete, so zerfällt das Argument für jene Auffassung; ja es ist wahrscheinlich, daß die Gesetzkomm. zu diesem Konklusum gerade dadurch bestimmt ward, daß sie den in der gegenwärtigen Entscheidung ausgesprochenen Grundsatz als in dem A. L. R. überall vorausgesetzt anerkannte. Die Anfrage geschah nämlich mit Bezug auf das A. L. R. und aus früheren Decisionen, namentlich aus dem Konkluso v. 13. Dec. 1782, und besonders aus dem auf ein Konkl. gegründeten R. v. 15. Okt. 1781 (Klein's Annal. Bd. 1. S. 69, Bd. 6. S. 239) geht hervor, daß die Gesetzkomm. vor dem A. L. R. dem hier widerlegten, von einem Theile der gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten in Schutz genommenen Grundsatz anhing. Der §. 78. des Anh. spricht also bei der successio inter conjuges nur ausdrücklich aus, was das A. L. R. bei jeder Intestat-Sukcession voraussetzt, weil einer Ausnahme dabei überall nicht gedacht wird. Kommt hinzu, daß das Preuß. Recht den Fall eines doppelten Erbschaftsfori für denselben Nachlaß nicht kennt, der bei Trennung der Mobilien oder Immobilien nothwendig eintreten müßte, so kann sich der §. 32. der Einl. gar nicht auf die Erbfolge beziehen. Schon die Fassung schließt jeden Gedanken daran aus, denn er bestimmt, wie das unbewegliche Vermögen eines Menschen beurtheilt werden soll, abstrahirt dabei ausdrücklich von der Person des Eigenthümers, während doch Erbfolge gerade nur in Beziehung auf dessen Persönlichkeit denkbar ist. Der §. 32. ist nur auf Immobilien an und für sich selbst betrachtet und in Beziehung auf die davon zu entrichtenden Kosten, so wie auf die Erfordernisse zur Besitzerwerbung, wozu z. B. eine Investitur oder eine besondere Eigenschaft der Person gehören kann, zu verstehen. So erklärt ist er mit den vorhergehenden Bestimmungen im Zusammenhange. Denn wenn im §. 23. von den persönlichen Eigenschaften und Befugnissen einer Person, im §. 28. von den G. die Rede ist, wonach deren bewegliches Vermögen beurtheilt wird; so ist dort so wenig, wie im §. 32. ihr Todesfall vorausgesetzt. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 79 ff.)

c) Cappell (in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 189 ff.).

Der §. 32. habe nur die Immobilien als einzelne Sachen, als Individuen, zum Gegenstande, und lasse den Fall ganz unberücksichtigt, wenn dieselben als Theile einer Erbschaft, eines Inbegriffs, in Betracht kommen; in letzterer Beziehung seien im §. 32. sqq. A. L. R. I. 2. die allgemeinen Grundsätze aufgestellt, und hiernach müßten alle einzelnen Theile eines Inbegriffs, wenn sie als solche in Betracht kommen, nach den für den Inbegriff geltenden Grundsätzen beurtheilt werden. Der aus der Entscheidung der Gesetzkomm. v. 20. Mai 1794 entnommene §. 78. des Anh. zum A. L. R. sei eine Anwendung hiervon, wie sich aus dessen Entstehungsgeschichte ergebe. Ein erheblicher innerer Grund für diese Ansicht liege auch darin, daß nirgends in unseren, sonst an Kasuistik so reichen Gesetzen, ausgesprochen sei, in welchem Verhältnisse der, dem nach den statut. real. die Immobilien zufallen, zu demjenigen steht, der nach den statut. personalibus den ganzen übrigen Nachlaß erbt.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 189 ff.)

d) Koch, welcher zunächst den Gesichtspunkt auffaßt, daß die Erbschaft eine juristische Universitas sei und daß der Erbe, weil er mit dem Erblasser eine Person vorstelle, Eigenthümer aller darin befindlichen einzelnen Stücke, folglich auch Eigenthümer der dazu gehörigen Immobilien werde. Demnächst verweist derselbe auf §. 537. Tit. 12. Thl. I., §. 495. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. und §. 78. des Anh. und widerlegt die Behauptung, daß die letzten beiden Gesetzstellen Ausnahmen von der Regel bildeten. Endlich aber enthalte das A. L. R. nirgend eine entgegengesetzte Bestimmung. Der dafür allegirte §. 32. der Einl. beziehe sich seiner Stellung nach nicht auf die Erbfolge, sondern auf einzelne Handlungen, wofür das Sterben in der Rechtssprache nicht gelten könne.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 66—76. Vergl. die Abhandl. über geschriebene Rechtsquellen in der J. Z. 1833 S. 348—352, Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 1. S. 134.)

e) Derselben Ansicht sind Temme (J. W. 1845 S. 84 und Lehrb. Bd. 1. S. 49), Witte (Preuß. Intest. Erbr. S. 49—50), Thöne (Fund. Lehren Bd. 1. S. 132), Schröter (J. Z. 1832 S. 734 und

[1]) Dies Urtel ist identisch mit dem oben im Zus. 2. angeführten Präj. Nr. 655.

Civil. Verf. S. 81 ff.), **Crelinger** (Erbrecht S. 33 ff.) und **Bielitz** (Komm. Bd. 1. S. 132).

C. **Die Gesetzrevisoren** theilen (zum §. 32.) nur Folgendes in Bezug auf die gedachte Streitfrage mit:

Schon bei der Redaktion hatte ein Monent den Zusatz vorgeschlagen:

daß in Erbschaftsfällen, in soweit von dem Erbrechte und der Vertheilung des Nachlasses die Rede sei, immer die Rechte des Wohnorts gelten sollen; weil sonst leicht der Fall eintreten könnte, daß eine Verlassenschaft auf zweierlei Weise getheilt werden müßte. Hierauf bemerkte v. **Grolman**, daß dies kein so großes Unglück sein würde, da es ja bei Lehnen, Fideikommissen und dergl. ohnehin häufig geschehen müsse. (Mat. Bd. 72. F. 34v. monit. 1. ad §. 30. et marg.) Von **Suarez** wurde das monitum ganz kurz als unerheblich bezeichnet. (Bd. 80. F. 32 ad §. 30. mon. 1.)

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 18. des Entw. S. 114.)

Der **Revisor des Erbrechtes** entscheidet sich dann aber für die Anwendung der **Personalstatuten**, indem er Folgendes bemerkt:

Wenn das A. L. R. im §. 367. (Tit. 9. Thl. I.) bestimmt, daß die Erbschaft an denjenigen falle, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder in deren Ermangelung **die Vorschriften der Gesetze** dazu berufen, so kann es in mancher Hinsicht zweifelhaft sein, welche G. dabei zur Entscheidung dienen sollen? Der Nachlaß kann sich in verschiedenen Städten oder Provinzen befinden; der Erblasser kann einen doppelten Wohnsitz und persönlichen Gerichtsstand gehabt haben; und so lange noch keine Einheit der G. in den Königl. Staaten stattfindet, könnten die Fragen entstehen:

ob die G. des Orts entscheiden, wo der Nachlaß sich befindet, und ob wenigstens unbewegliche Sachen nur nach den G. des Orts, wo sie liegen, sich vererben? und von welchem persönlichen Gerichtsstande die G., wenn solche verschieden sind, zur Anwendung gebracht werden müssen?

Ueber diese Fragen ertheilt das A. L. R. keine spezielle Vorschriften, sondern enthält nur die Vorschriften der Einl. §§. 23., 28., 29., 30. und 32. Nach diesen G. und besonders nach dem §. 32. scheint es, daß die Vererbung eines Grundstücks nur nach den G. der Gerichtsbarkeit geschehen könne, unter welcher dasselbe sich befindet; allein man überzeugt sich bei genauer Ansicht der oben angeführten G. bald, daß dieselben nur von Rechtsgeschäften sprechen, welche einzelne Vermögensstücke einer Person betreffen. Bei einer Erbschaft handelt es sich aber um alle Vermögensstücke des Erblassers, die zusammen eine Einheit, einen Inbegriff von Sachen und Rechten bilden. Dieser kann nicht nach verschiedenen G. beurtheilt werden, sondern nur nach einem, und dies kann kein anderes sein, als das des persönl. Gerichtsstandes. Diese von den bewährtesten Rechtslehrern des gemeinen Rechts angenommene Meinung (**Glück**, über Intestat-Erbfolge §. 46.) ist auch mit den Vorschriften des A. L. R., welche die Erbfolge der Ehegatten betreffen, übereinstimmend; denn in §. 495. Tit. 1. Thl. I. wird ausdrücklich bestimmt, daß bei der Erbfolge derselben, wenn keine Verträge oder letzte Willensverordnungen vorhanden sind, nach den Statuten oder Provinzialgesetzen des letzten persönl. Gerichtsstandes verfahren werden soll; und der später publizirte §. 78. des Anhanges setzt noch hinzu: daß von dieser Bestimmung auch das unbewegliche Vermögen der Eheleute keine Ausnahme mache, ob dieses sich gleich unter einer andern Gerichtsbarkeit befindet.

Zweifelhaft ist aber der Fall, wenn der Erblasser einen doppelten persönl. Gerichtsstand gehabt hat.

Die G. enthalten verschiedene Entscheidungen für andere Fälle als Erbschaften, wenn die betreffende Person einen doppelten persönl. Gerichtsstand gehabt hat. — Bei der ehelichen Gütergemeinschaft ist §. 347. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. bestimmt, daß, wenn Jemand einen doppelten persönl. Gerichtsstand hat, und in einem derselben Gütergemeinschaft stattfindet, in dem andern nicht angenommen werden solle, daß unter den Eheleuten keine Gütergemeinschaft entstanden sei. Hier dient also das G. zur Norm, welches sich dem gemeinen Recht, d. h. dem A. L. R. am meisten nähert. — Bei Einleitung der Vormundschaft über die Kinder eines Verstorbenen, der einen doppelten persönl. Gerichtsstand hatte, kommt es nach §§. 57. sqq. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. darauf an, ob ein Obergericht mit einem Untergericht, oder zwei Gerichte gleicher Qualität um den Vorzug streiten. Im ersten Falle gebührt die Bevormundung dem Obergerichte, im letztern demjenigen Gerichte, unter welchem der Vater bei seinem Ableben wirklich gewohnt hat. — Handelt es sich dagegen um die Leitung eines Konkurses, so entscheidet nach §. 25. Tit. 50. der P. O. bei gleicher Qualität der Gerichte die Prävention.

Daß die letztere nicht entscheiden kann, wenn es sich um materielle Rechte handelt, wie bei der Frage: wer Erbe sein soll? bedarf keiner Erörterung.

Dagegen ist es allerdings von Erheblichkeit, wenn die Gerichte, unter welchen der Erblasser seinen Wohnsitz hatte, verschiedener Qualität waren. Denn der Adel und andere eximirte Personen werden nach §. 6. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. nicht nach den Statuten des Wohnorts, sondern nach den Provinzialgesetzen beurtheilt und es ändert sogar nichts in den Rechten solcher Personen, wenn auch den Gerichten des Wohnorts die Gerichtsbarkeit über dieselben durch besondere Privilegien übertragen sein sollte (§. 4. l. c.). — Aus diesen Bestimmungen folgt, daß auch bei Beurtheilung des Erbrechts auf den Nachlaß eines Eximirten, der einen doppelten Gerichtsstand, unter einem Obergericht und zugleich unter einem Untergericht hatte, niemals die im letzteren Gerichtsbezirke geltenden Statuten, sondern die G. der Provinz, in welcher der Erblasser seinen eximirten Gerichtsstand hatte, zur Anwendung kommen müssen. — Sind jedoch beide Gerichte gleicher Qualität, so dürfte eine Bestimmung, daß die G. zur Anwendung kommen, welche mit dem A. L. R. am meisten übereinstimmen, wohl derjenigen vorzuziehen sein, daß, wie bei Einleitung von Vormundschaften, der Ort entscheiden soll, wo der Erblasser zuletzt gewohnt hat. Abgesehen davon, daß, wenn man Letzteres annimmt, die faktischen Ausmittelungen, an welchem seiner verschiedenen Wohnsitze der Erblasser zuletzt wirklich gewohnt hat, nicht immer ein genügendes Resultat geben möchten, so scheint es auch nicht zu billigen, ein so wichtiges Recht, als das Erbrecht, von einem so zufälligen Umstande abhängig zu machen; überdies aber stellt das A. L. R. bei dem Zweifel der Anwendung oder Auslegung verschiedener G. immer den Grundsatz auf, daß in solchen Fällen die Vorschriften des A. L. R. selbst, oder diejenigen G., welche demselben am nächsten kommen, zur Entscheidung dienen sollen.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 4 — 6.)

5) Bei unbeweglichen Pertinenzien von Landgütern entscheiden nicht die Gesetze des Hauptgutes, sondern die der Provinz, in welcher die Pertinenzien liegen.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** unterm 20. Okt. 1834.

(Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 15.)

6) Ist das **Nießbrauchsrecht** an einem Vermögen nach den Gesetzen der **gelegenen Sache** zu beurtheilen?

Bohnstedt verneint, indem er die Unanwendbarkeit des §. 32. der Einl. auf diesen Fall zu zeigen sucht.

(Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 1 ff.)

§. 33. Bei der Form der Handlungen (statuta mixta).

I. Nach welchen Gesetzen ist die **Verjährung der Klagen** zu beurtheilen?

1) Das **Ob. Trib.** hat sich hierüber in folgenden Präj. ausgesprochen:

a) Bei der Beurtheilung der Frage: ob der vor einem inländischen Gerichte geltend gemachte Anspruch aus einem im Auslande abgeschlossenen Vertrage durch Verjährung erloschen sei, kommen die inländischen Gesetze zur Anwendung. Das Eintreten dieser Verjährung ist als eine rechtliche Folge und Wirkung des Vertrages nicht anzusehen.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 22. Juni 1844. (Präj. Nr. 1461.[1])

Nach §. 568. A. L. R. I. 9. begründet die Extinktiv-Verjährung nur die rechtliche Vermuthung, daß die Verbindlichkeit getilgt sei, ohne etwas in den rechtlichen Wirkungen des Vertrages zu ändern, und es ist diese Vermuthung eine allgemeine, welche sich auf alle Verbindlichkeiten, nicht bloß auf die aus Verträgen entspringenden, bezieht. Die Verjährung ist eine rechtliche Folge der Nachlässigkeit des Berechtigten, welcher mit der Verfolgung seines Anspruches zu lange gezögert hat; sie entspringt nicht aus dem Vertrage, und es liegt daher kein Grund vor, die Anwendung der inländischen G. dabei auszuschließen.

(Präj. Samml. S. 40, Entsch. Bd. 10. S. 102.)

b) Das Erk. des III. Sen. des **Ob. Trib.** v. 15. Jan. 1845 (Präj. Nr. 1524.) stellt folgende Sätze auf[2]):

a) Der von dem Verklagten erhobene Einwand der Verjährung einer gegen ihn eingeklagten persönlichen Schuld ist im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Verklagten gültigen G. zu beurtheilen.

b) Dies findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Verklagte als Ausländer, im Auslande, unter Herrschaft der dortigen Gesetze — oder ein Inländer in einer andern Gerichtsbarkeit, unter der Herrschaft der in dieser

---

[1]) Gegen die Richtigkeit dieses Präj. vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 682. Die Bemerkung Koch's, daß in der 3. Ausg. der Ergänz. (Bd. 1. S. 87) behauptet worden, daß er dies Präj. für »gerechtfertigt« erachte, ist **unrichtig**. Es wird dort gerade das Gegentheil bemerkt.

[2]) **Koch** (A. L. R. 3. Aufl. Bd. 1. S. 56 Note zum §. 33.) bemerkt hierzu, daß die Sätze a. und b. nicht etwa durch Preuß. Gesetzesvorschriften geboten würden, denn solche fehlten; sondern sie gehörten der Irrlehre an, welche die Gesetze über die Verjährung als Prozeßvorschriften ansehen. Die Sätze c. und d. seinen willkührliche Ausnahmen (nach **Weber**, natürl. Ver- Verbindlichkeiten §. 95. S. 413, 419), wodurch die Absurdität abgewendet werden solle, zu welcher jener Grundsatz konsequent führen müsse.

bestehenden besonderen Gesetze — eine Schuld kontrahirt, später seinen Wohnsitz in das Inland, oder in eine andere Gerichtsbarkeit im Inlande — verlegt hat, und der Ablauf der Verjährung der Schuld erst unter der Herrschaft der G. des neuen Domizils eintritt.

c) Bestimmen die G. des neuen Domizils eine kürzere Verjährung, so kann der Verklagte auf diese kürzere Verjährung nur insofern sich stützen, als der volle kürzere Zeitraum derselben von der Begründung des neuen Domizils bis zur Anstellung der Klage abgelaufen ist.

d) Auch kann der Verklagte auf diese kürzere Verjährung nur dann sich gründen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Kläger von der Veränderung des Wohnsitzes des Verklagten so zeitig Kenntniß erhalten hat, daß er noch vor Ablauf der kürzeren Verjährungsfrist die Klage gegen den Schuldner im Gerichtsstande des neuen Domizils hätte anstellen können.

(Präj. Samml. S. 36, Entsch. Bd. 11. S. 232.)

c) Die Klage aus der Schwängerung verjährt in der an dem Klageorte vorgeschriebenen Zeit.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. April 1848 [1]).

Denn es liegt in der Natur des Einwandes der Unzuläßigkeit einer Klage wegen ihrer Verjährung, daß dieser Einwand nur von demjenigen Richter, der überall über die Zulassung der Klage zu befinden hat, und zwar nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen ist, die dort gelten, wo der Prozeß angestellt wird.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 27 Nr. 14.)

d) Der bei stattfindender Kollision verschiedener Landes- und Provinzial-Gesetze in Betreff der Verjährung angenommene Grundsatz, nach welchem der von dem Verklagten erhobene Einwand der Verjährung einer gegen ihn eingeklagten Schuld im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Verklagten geltenden Gesetzen auch dann zu beurtheilen ist, wenn derselbe nach Kontrahirung der Schuld seinen persönlichen Gerichtsstand verändert hat (Präj. Nr. 1524. v. 15. Jan. 1845, s. ob. sub b.), findet dann keine Anwendung, wenn der Kläger nach den an seinem Wohnsitze geltenden Gesetzen sein Klagerecht durch Verjährung bereits verloren hatte, ehe die Wohnsitzveränderung des Verklagten erfolgt war [2]).

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juli 1854.

(Entsch. Bd. 28. S. 70, Striethorst's Arch. B. 14. S. 191 Nr. 47.)

e) Die Extinktivverjährung einer persönlichen Schuld ist nach den im Gerichtsstande des Wohnorts des Schuldners geltenden Gesetzen zu beurtheilen. Hat ein Inländer nach Kontrahirung einer Schuldverbindlichkeit sein Domizil in das Ausland verlegt und sodann wieder im Inlande genommen, und wird derselbe dann wegen jener Verbindlichkeit in Anspruch genommen, so kann er sich auf den Einwand der kürzeren (zweijährigen) inländischen Verjährung dann nicht berufen, wenn die kurze Verjährungsfrist bloß während seines Domizilirens im Auslande, welches eine längere Verjährungsfrist erfordert, abgelaufen ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 14. Febr. 1854, unter Bezugnahme auf die früheren Präj. v. 22. Juni 1844 Nr. 1461. und v. 15. Jan. 1845 Nr. 1524.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 135 Nr. 30.)

f) Hat Jemand in der Rheinprovinz unter der Herrschaft des Code Nap. eine Schuld kontrahirt und später seinen Wohnsitz nach einem Orte unter einer anderen inländischen Gerichtsbarkeit verlegt, so kann er sich auf die nach dem Gesetze dieses neuen Wohnsitzes geltende kürzere Verjährung nur in sofern stützen, als der volle kürzere Zeitraum derselben von der Begründung des neuen Wohnsitzes bis zur Anstellung der Klage abgelaufen ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 12. April 1855, unter Berufung auf die Präj. Nr. 1461. v. 23. Juni 1844 und Nr. 1524. v. 15. Jan. 1845, welche ihre Rechtfertigung darin fänden, daß die Vorschriften über die Fristen, innerhalb deren Forderungen im Wege der Klage bei Gerichten geltend gemacht werden müssen, auf die den Forderungen zum Grunde liegenden Geschäfte selbst und deren rechtliche Natur keine Beziehung

1) Koch (a. a. O. S. 57) bemerkt, daß sich die Irrlehre in diesem Präj. noch deutlicher ausgesprochen finde, und daß hier sogar das Streitige und zu Beweisende selbst als Beweisgrund gegeben werde.

2) Koch bemerkt (a. a. O.), daß diese Ausnahme noch willkührlicher und unlogischer sei, als die Regel, indem auch das Recht an dem Wohnorte des Klägers als Faktor eingemengt werde.

haben, vielmehr als Strafen der Nachlässigkeit den Nachtheilen vorzubeugen bezwecken, welche mit der, in Folge des Verlaufs längerer Zeit eintretenden Verdunkelung des Sachverhältnisses verknüpft sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 8 Nr. 3.)

g) Der V. (Rheinische) Sen. des Ob. Trib. führt dagegen in dem Erk. v. 30. Okt. 1855 aus, daß die Frage nach der Dauer der Klagbarkeit der aus einem Vertrage entstandenen Forderung, — unabhängig von dem Wechsel des Wohnsitzes der Parteien, — der Gesetzgebung unterworfen sei, welche hinsichtlich des Vertrages überhaupt zur Anwendung kommt [1]).

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 60 Nr. 18.)

2) In Beziehung auf Wechselverjährung haben der Instr. Sen. und der Ob. App. Sen. des Kammerg. in den Erk. v. 22. Febr. und 11. April 1825, jedoch nur in analoger Anwendung des §. 117. Anh. zum A. L. R., die Gesetze des Ortes, wo die Klage angestellt wird, für anwendbar erklärt. (Simon R. Bd. 1. S. 323 f.)

3) Koch (in der Abhandl. über geschriebene Rechtsquellen rc.) bringt dasjenige Recht zur Anwendung, welchem sich die Kontrahenten haben unterwerfen wollen, worunter, in Ermangelung entgegenstehender Umstände, das G. des Ortes zu verstehen sei, wo der Vertrag geschlossen worden. (J. Z. 1833 S. 324, 780 f., 789.)

Vergl. auch Koch's A. L. R., zum §. 33. der Einl.

4) Schröter ist mit Bezugnahme auf §. 117. des Anh. zum A. L. R. der Meinung, daß auf die G. des Ortes, wo geklagt wird, gesehen werden müsse. (J. Z. 1833 S. 446, Civil. Verf. S. 84, 85.)

5) Bornemann hält den §. 117. des Anh. für eine Ausnahme, und folgert hieraus ein stillschweigendes Anerkenntniß der Regel, daß auf die G. gesehen werden müsse, nach denen die Wirkungen des fraglichen Vertrages überhaupt zu beurtheilen seien.

(System Bd. 1. S. 211 Anmerk., 2. Ausg. Bd. 1. S. 65 Note 2.)

6) Korte stellt folgende Grundsätze auf:

a) Die extinktive Verjährung richtet sich nach denjenigen G., welchen der Berechtigte unterworfen ist. Denn bei derselben ist der Untergang eines Rechts das Primäre, Aufhebung der Verbindlichkeit das bloß Sekundäre, woraus folgt, daß, wenn in rechtlicher Beziehung, die in dem Rechte sich ereignende Veränderung, der Untergang desselben, in den Vordergrund tritt, die Bedingung und die Ursache dieses Unterganges auch bei diesem Rechte selbst gesucht werden muß. Diese Bedingung und Ursache ist aber die Nichtausübung; sie liegt also in dem Subjekte des Rechtes, in dem Berechtigten, nicht in dem Verpflichteten, dem Subjekte der dem Rechte bloß korrespondirenden Verbindlichkeit, woraus hervorgeht, daß von den G., welchen das Rechtssubjekt unterworfen ist, auch das Recht und die darin durch Verjährung hervorgebrachte Veränderung das Erlöschen des Rechtes beurtheilt werden muß.

[Es wird hiernach nun ausgeführt, daß bei beweglichen Rechten die statuta personalia, bei unbeweglichen die statuta realia entscheiden].

Nach den G. des Ortes, wo der Prozeß geführt wird, kann die extinktive Verjährung schon deswegen nicht beurtheilt werden, weil in vielen Fällen die Wahl des fori von dem Kläger abhängt. Nach den G. des locus contractus kann sie nicht beurtheilt werden, weil diese Regel zu vage ist und für viele Fälle der erlöschenden Verjährung keine Richtschnur bildet, da es außer den Ansprüchen ex contractu noch viele andere giebt. Auch die Ansicht Bornemanns (oben sub 5) paßt nicht auf alle Fälle, und daraus, daß in dem §. 117. des Anh. zum A. L. R. eine Ausnahme von dieser Regel liegt, folgt nicht, daß der von Bornemann aufgestellte Satz als diese Regel anzunehmen sei.

b) Die akquisitive Verjährung ist eine Art der Erwerbung von Rechten, und wenn bei der Extinktivverjährung die Frage nach der Erzeugung des betr. Rechts gar nicht in Betracht kommt, so ist dieser Gesichtspunkt bei der erwerbenden Verjährung der eigentlich durchgreifende. Es sind daher die G. des Ortes, wo die Verjährung stattfindet, entscheidend, aber nicht, wie bei der erlöschenden Verjährung, die statuta personalia, die G., welchen das Rechtssubjekt unterworfen ist, sondern die statuta mixta, d. h. die G., nach denen die zur Usukapion wesentlichen Handlungen zu beurtheilen sind.

[Dies wird in Beziehung auf die einzelnen Gattungen von Rechten speziell durchgeführt]. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 497 ff.)

7) Haushalter führt aus:

Da die Extinktivverjährung kein Kontrakt, sondern ein Aufhebungsgrund eines Rechtsverhältnisses ist, so können die G. des locus contractus nicht entscheiden; auf die Legislation des Klageortes kann kein Gewicht gelegt werden; denn wenn auch in Betreff der Form der Geltendmachung der Einreden die G.

1) Dies hat auch bereits der vormalige Rhein. Revis. und Kassationshof in dem Erk. v. 4. Febr. 1837 (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 73) angenommen.

des Prozeßortes entscheidend sind, so ist doch der modus procedendi ohne Einfluß auf die Behandlung der Einreden ihrem Inhalte nach; der Verjährungs-Einwand aber ist **materieller** Gattung. Der Wohnort **des Schuldners** kann nicht zur Norm dienen, weil die Verjährung nur gegen das **Recht** läuft, die Aufhebung der Verbindlichkeit aber nur eine **Folge** der Vernichtung des Rechtes selbst ist. Mithin giebt der Wohnort **des Gläubigers** einzig und allein die Richtschnur ab. Dies folgt auch aus den Vorschriften des A. L. R. I. 2. §. 7. und Einl. §§. 28. u. 34.

(Civil- und criminalrechtl. Abhandl. S. 44.)

8) **Reinhard** will nur die für **den Verlierenden** gültigen Vorschriften seiner Gerichtsbarkeit berücksichtiget wissen.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 392.)

II. Betreff. die Frage: nach welchen Gesetzen die **Folgen und Wirkungen** der **Verträge** zu beurtheilen?

1) Die durch einen Kontrakt begründeten Rechte und Pflichten gehören, als solche, weder zu den persönlichen Eigenschaften und Befugnissen eines Menschen, die gemäß §. 23. der Einl. zum A. L. R. nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat, beurtheilt werden sollen; noch zu dem »beweglichen Vermögen eines Menschen«, welches gemäß §. 28. a. a. O., ohne Rücksicht auf dessen gegenwärtigen Aufenthalt, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben (§§. 23. ff. a. a. O.) beurtheilt werden soll. Es müssen vielmehr die durch einen Kontrakt begründeten Rechte und Pflichten jedenfalls nach den Gesetzen des Orts, wo der Vertrag geschlossen ist, beurtheilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Kontrahenten an eben diesem Orte, oder anderswo ihren persönlichen Gerichtsstand haben.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 25. Juli 1840. (Präj. Nr. 903.) (Präj. Samml. S. 9.)

2) Wenn von zwei Inländern ein Kontrakt, der im Inlande in Wirkung treten soll, im Auslande geschlossen ist, so tritt für die Frage: was Rechtens sei, wenn der Kontrakt unerfüllt geblieben, wofern in dem Kontrakte selbst darüber nichts bestimmt ist, die inländische Gesetzgebung in Wirkung.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 16. Aug. 1847. (Präj. Nr. 1895.)

Das gemeine Recht (L. 3. D. 42. 5. u. L. 21. D. 44. 7.) bestimmt dies ausdrücklich; das A. L. R. hat sich darüber zwar im Allgemeinen nicht ausgesprochen, aber doch einzelne damit harmonirende Grundsätze aufgestellt, z. B. §§. 256., 257. I. 5.

(Präj. Samml. S. 9, Entsch. Bd. 14. S. 470, Rechtsf. Bd. 2. S. 105 Nr. 49.)

Derselben Ansicht sind **Bornemann** (Rechtsgesch. S. 198 ff., Syst. Bd. 1. S. 210 ff., 2. Ausg. S. 62 ff.) und **Grävell** (Theorie der Vertr. S. 126—127).

3) Die Wirkungen eines über bewegliche Sachen von Inländern im Auslande geschlossenen und dort **sofort erfüllten** Vertrages sind nach den Gesetzen des Auslandes zu beurtheilen.

Angenommen von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** per sent. v. 26. Sept. 1849. (Präj. Nr. 2170.)

Im A. L. R. fehlen darüber ausdrückliche allgemeine Vorschriften, nach welchen G. der Inhalt und die rechtlichen Wirkungen der Handlungen zu beurtheilen seien. Indessen erkennt das A. L. R. in den §§. 34., 41. u. 42. der Einl. den Grundsatz der Rechtsgleichheit in der Behandlung der Inländer und Ausländer an.

Es ist namentlich aus den §§. 34. und 35., in Verbindung mit den §§. 23. und 28., zu entnehmen, daß ein Ausländer, welcher nach den G. seines Wohnsitzes handlungsfähig, z. B. majorenn ist, auch in Preußen, wäre er auch nach Preuß. G. nicht handlungsfähig, unbedingt als handlungsfähig anerkannt wird, und daß bei Fragen des Sachenrechtes sein bewegliches Vermögen nicht nach Preuß., sondern nach den G. seines ausländischen Wohnsitzes auch von Preuß. Gerichten zu beurtheilen ist. Für im Auslande vorgenommene Wechselgeschäfte findet sich nicht allein im §. 937. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. die dem Grundsatze des §. 111. Tit. 5. Thl. I. entsprechende spezielle Vorschrift, daß die Erfordernisse eines gültigen Wechsels oder Indossements nach den G. des Orts der Ausstellung bestimmt werden, sondern im §. 936. auch der allgemeine Grundsatz: daß im Auslande vorgenommmene Wechselgeschäfte nach den G. des Orts, wo sie verhandelt worden, beurtheilt werden sollen. Die Vorschriften des §. 117. des Anh. und des §. 938. A. L. R. II. 8. sind auf allgemeine Grundsätze der Gegenseitigkeit zurückzuführen, und allenfalls zu den positiven G. zwingender Natur zu rechnen. So unzweideutig nämlich aus den obigen Prinzipien des A. L. R. zu entnehmen ist, daß letzteres den Rechtszustand anderer Staaten im Allgemeinen im vollen Sinne anerkennt, so giebt es doch in der Preuß., so wie in jeder Gesetzgebung, auch G. von positiver zwingender Natur, welche Verhältnisse, die an sich nicht unter dem Bereiche der inländischen Gesetzgebung ihren Sitz haben, doch aus besonderen Gründen, so weit es in der Macht des Staates liegt, also wenn dieselben zum Austrage vor ein inländisches Gericht kommen, beherrschen wollen. Und es muß anerkannt werden, daß die Gesetzgebung eines Staates, welche im Allgemeinen sich bescheidet, dem Raume nach nicht über die Grenzen des Staates hinaus sich erstrecken zu können, doch vermöge der Obrigkeit über die eigenen Unterthanen auf diejenigen Handlungen der letzteren außerhalb der Staatsgrenze sich ausdehnen kann, auf welche sie sich ausdehnen will und überhaupt von den Verhältnissen, deren eigentlicher Sitz außerhalb der Staatsgrenze ist, für den Fall, daß sie durch eine Erörterung vor einem inländischen Gericht in den Bereich des Staates gezogen werden, vermöge der Territorialgewalt diejenigen ergreifen kann, welche sie ergreifen will. Wo nicht ein dergleichen positives G. von zwingender Natur eingreift, kommt es vermöge des gegenseitigen Anerkenntnisses des Rechtszustandes anderer Staaten immer auf den eigentlichen Sitz eines Rechtsverhältnisses an, und nur eine völlige Nichtanerkennung des Rechtszustandes anderer Staaten oder vielmehr eine Nichtachtung des Rechts überhaupt kann zu der Ansicht führen, daß Handlungen, von Inländern im Auslande vorgenommen, allein aus dem Grunde, weil ein inländisches Gericht in die Lage kommt, darüber zu urtheilen, von diesem nach inländischen G. beurtheilt werden müßten. — Welcher Ort als der Sitz eines Rechtsverhältnisses anzusehen sei, darüber muß bei Verträgen hauptsächlich die freiwillige Unterwerfung der Kontrahenten entscheiden. Diese wird in Ansehung der Wirkung des Vertrages in der Regel da, wo der Vertrag seine Wirkung äußern soll, angenommen werden können. Von Inländern im Auslande geschlossene Verträge, welche erst im Inlande wirksam werden sollen, werden also unter gewöhnlichen Umständen zu der Annahme berechtigen, daß die Kontrahenten sich in Ansehung derjenigen Wirkungen, deren Bestimmung von ihrem freien Willen abhing, den inländischen G. haben unterwerfen wollen. Bei Verträgen über bewegliche Sachen, welche von beiden Theilen sofort erfüllt worden, und namentlich bei einem auf einem auswärtigen Viehmarkte geschlossenen von beiden Theilen sofort erfüllten Pferdehandel kann dies gewiß nicht angenommen werden. Hier ist die beabsichtigte Wirkung des Vertrages sofort eingetreten, und wenn nun nachher aus dem Vertrage aus irgend einem Grunde ein Prozeß vor dem inländischen Richter entsteht, so kann dieser Umstand das im Auslande einmal eingetretene materielle Recht nicht mehr ändern.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 1, Entsch. Bd. 18. S. 146, Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 289.)

Die Auffassung dieses Präjudikats hält **Koch** für die richtige und bemerkt, daß über die Frage: welcher Ort als der Sitz eines Rechtsverhältnisses anzusehen sei, bei Verträgen hauptsächlich die freiwillige Unterwerfung der Kontrahenten entscheiden müsse. Diese werde in Ansehung der Wirkung des Vertrages in der Regel da, wo der Vertrag seine Wirkung äußern soll, angenommen werden können. (Komm. zum A. L. R. Einl. §. 33. Note 44.)

4) Die Rechte und Pflichten aus dem von einem Inländer im Auslande mit einem Ausländer geschlossenen und dort zu erfüllenden Vertrage sind, auch wenn dieselben im Inlande geltend gemacht werden, lediglich nach den Gesetzen des Auslandes zu beurtheilen. Ist aber der Vertrag zwischen dem Inländer und Ausländer durch Briefwechsel zu Stande gekommen und im Inlande zu erfüllen, so sind die daraus entstandenen Rechte und Pflichten lediglich nach den inländischen Gesetzen zu beurtheilen.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 17. Jan. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 284 Nr. 69.)

5) Das kontraktliche Verhältniß einer ausschließlich Preuß. Eisenbahngesellschaft, welche Güter zur Weiterbeförderung übernommen hat, die einer auswärtigen Eisenbahn aufgegeben waren und durch eine auswärtige Eisenbahn weiter transportirt werden sollen, dem Absender gegenüber, richtet sich nach den Preuß. Gesetzen.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 12. Okt. 1852. (Präj. Nr. 2403.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 1, Entsch. Bd. 24. S. 21.)

III. Nach welchen Gesetzen sind die rechtlichen Folgen einer **unerlaubten Handlung** zu beurtheilen?

1) Die Frage, nach welchen Gesetzen eine Schadensvergütung zu leisten, regulirt sich nach dem Orte, wo die beschädigende Handlung vorgefallen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 5. Aug. 1843. (Präj. Nr. 1321 a.)

Der Grundsatz des §. 34. der Einl. rechtfertigt den Schluß, daß auch in dem Falle, wenn im Inlande selbst zwei verschiedene Gesetzgebungen gelten, die

Entschädigungsverbindlichkeit nach derjenigen Gesetzgebung regulirt werden muß, unter welcher die beschuldigende Handlung vorgefallen ist.

(Präj. Samml. S. 19, Entsch. Bd. 9. S. 381.)

2) Koch stellt folgende Regel auf:

Es ist auf die G. des Orts zu sehen, wo die Handlung vorgenommen worden, wenn diese zwischen einem Preußen und einem Ausländer stattgefunden hat, und der Letztere dadurch, nach seinem persönlichen Rechte, gekränkt werden kann; denn Jedermann kann nur Rechte und Befugnisse, welche ihm zustehen, geschützt verlangen. Nach Preuß. Rechte aber sind die Handlung und deren Folgen zu beurtheilen, wenn diese bloß zwischen Preußen, d. h. solchen, welche nach Preuß. Rechte leben, stattgefunden hat. (J. Z. 1833 S. 325, 326.)

Vergl. übrigens Koch's Komm. zum A. L. R. Einl. §. 33. S. 59 — 60.

3) Bornemann (Syst. Bd. 1. S. 211, 212; 2. Ausg. Bd. 1. S. 66) nimmt im Wesentlichen dieselben Grundsätze an.

4) Rintelen ist der Meinung, daß in Ermangelung spezieller Vorschriften nach §. 24. Einl. auf die G. des Domizils des Delinquirenden gesehen werden müsse. (Jahrb. Bd. 30. S. 98.)

5) Schröter will ganz allgemein die G. des Ortes, wo die Handlungen vorgenommen worden, angewendet wissen.

(Syst. Bd. 1. S. 20, Civil. Verf. S. 94.)

IV. Betreffend den Einfluß der Ortsgesetze auf die Form der Testamente.

1) Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Sowohl rücksichtlich der Form, als rücksichtlich der materiellen Gültigkeit der einzelnen Anordnungen eines Testaments sind die zur Zeit und am Orte der Errichtung des Testaments geltenden Gesetze, nicht aber die Gesetze der Zeit und des Ortes, wo der Erbanfall sich ereignet, maßgebend. Nur das Vorhandensein von Prohibitiv-Gesetzen zur Zeit und am Orte des Erbanfalls würde von Einfluß sein.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. März 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 270 Nr. 62.)

b) Ein im Bez. des Appellationsgerichts zu Köln von einer dort wohnhaften Person eigenhändig geschriebenes, datirtes und unterschriebenes Testament ist, wenn der Testator später seinen Wohnsitz in einen Landestheil, wo das A. L. R. gilt, verlegt hat und hier gestorben ist, bei der Regulirung seiner Erbfolge als formell gültig anzusehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1857.

Das A. L. R. enthält keine Bestimmung darüber, ob die Form eines jeden Rechtsgeschäftes und also auch eines Testamentes genügt, wenn es den Ortsgesetzen der Errichtung entspricht. Die Praxis des gemeinen Rechts erkannte diese Bestimmung an (v. Savigny's Syst. Bd. 8. S. 365, Glück's Komm. Bd. 1. S. 291). Es ist nicht anzunehmen, daß das A. L. R. dieser Regel die Anerkennung haben versagen wollen; vielmehr ergeben die Materialien (vergl. Löwenberg's Motive der Preuß. Gesetzgebung Bd. 1. S. 32), und zunächst eine Bemerkung von Suarez, wonach eine beantragte nähere Bestimmung mit der Bemerkung abgelehnt ward: »die Form eines jeden Geschäfts ist nach den G. des Ortes zu beurtheilen, wo es vollzogen worden,« daß man jenen Grundsatz als eine sich von selbst verstehende Regel betrachtet hat. Derselbe ist auch für Verträge im §. 111. ff. A. L. R. I. 5. als Regel anerkannt, und dem entspricht ferner der §. 115. A. G. O. I. 10. Auch hat diese Regel in Beziehung auf die Form der Testamente eine Anerkennung durch das G. v. 3. April 1823 über die Testamente der Preuß. Gesandten gefunden (vergl. Löwenberg a. a. O. S. 44 — 48). Hiernach erachten auch v. Savigny a. a. O. Bd. 8. S. 364, und Bornemann, Erört. im Gebiete des Preuß. Rechts S. 78, 82 die Regel: »locus regit artum« nach der altländischen Preuß. Gesetzgebung auf die im Auslande errichteten Testamente für ebenfalls anwendbar. Dazu tritt hier noch die Regel des §. 42. A. L. R. I. 3. und endlich kann in analoger Anwendung der Vorschrift des §. 33. der Einl. zum A. L. R. einem in der Preuß. Rheinprovinz, wo deren besonderes Recht gilt, unter Beobachtung der Formen dieses Rechtes von einem dort wohnenden Unterthanen errichteten Testamente das Anerkenntniß der Gültigkeit, auch nach den Vorschriften des A. L. R. nicht versagt werden. Die Verlegung des Wohnsitzes des Testators in das Gebiet des A. L. R. ist hierauf ohne Einwirkung. Denn es kann den im Gerichtsstande der Erbschaft zur Anwendung kommenden Bestimmungen des A. L. R. in Beziehung auf die äußere Form der Testamente kein so zwingender und selbst zurückwirkender Charakter beigelegt werden, daß danach die außer dem Bereiche des A. L. R. errichteten Testamente bloß deshalb für ungültig erachtet werden müßten, weil solche der Testamentsform des A. L. R. entbehren.

(Entsch. Bd. 35. S. 368, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 352 Nr. 80.)

2) Simon theilt in der Abhandl. in der J. W. 1841 S. 421 ff. ein Präj. des (vormaligen) Rhein. Rev. und Kass. Hofes (Datum konstirt nicht) mit, worin angenommen wird, daß die materielle Gültigkeit letztwilliger Verordnungen nach dem Gesetze des letzten Wohnsitzes des Testators zu beurtheilen sei. Derselbe bemerkt hierbei, daß die Vorschriften des A. L. R. Einl. §§. 23 — 27., 28 — 32., 33., I. 3. §. 42., 5. §§. 111 — 115., A. G. O. I. 10. §. 115. die Frage nicht vollständig erschöpfen. Die Einl. spreche in §§. 23 — 27. von dem Orte, nach dessen G. die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen zu beurtheilen sind, wobei indeß zu bemerken, daß der §. 23. nach dem Register zum A. L. R. bei dem Worte »Form« auch von der Form gelte, so weit sich dieselbe auf die persönliche Fähigkeit zu handeln bezieht. Die §§. 27 — 31. enthielten Bestimmungen darüber, nach welchen G. das bewegliche Vermögen, der §. 32., nach welchen das unbewegliche Vermögen eines Menschen zu beurtheilen sei; der §. 33. spreche von Provinzial-Gesetzen und Statuten, welche die äußerliche Feierlichkeit einer Handlung bestimmen; Thl. I. Tit. 3. §. 42. von der Zeit, nach welcher die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit einer Handlung, Tit. 5. §§. 111 — 115. von dem Orte, nach dessen Gesetzen die Form eines Vertrages zu beurtheilen ist. Es sei jedoch bekannt, daß es dem A. L. R. an direkten Bestimmungen darüber fehle, nach welchen Ortsgesetzen die äußere und innere Form von Handlungen überhaupt oder doch von einseitigen Willens-Erklärungen zu beurtheilen sei.

3) Rintelen führt aus: die Regel locus regit actum gelte auch nach dem A. L. R., nur mit der Ausnahme des §. 32. der Einl., in Bezug auf Verträge über Immobilien. In Betreff aller übrigen Rechtsgeschäfte, die keine Verträge sind, namentlich der Testamente, fehle es dem A. L. R. an einer bestimmten Vorschrift, da auch der §. 42. I. 3. nur von der Zeit der Vornahme der Handlungen spreche. Wende man indeß den §. 115. A. G. O. I. 10. auf testamenta inter peregrinos condita an, so folge, daß ein solches Testament zu Recht bestehe, wenn der Testator dort wirklich verstorben; denn durch seinen Tod werde es unwiderruflich; wogegen es exspirire, wenn der Testator zurückkehre, ohne sein Testament nach Vorschrift des A. L. R. zu überreichen und zu deponiren. (Jahrb. Bd. 30. S. 94.)

4) Hinschius (in der Abhandl.: über die Form der von Preuß. Unterthanen im Auslande errichteten Testamente) führt aus:

α) Handlungen, also Rechtsgeschäfte überhaupt, würden im Allgemeinen hinsichtlich ihrer formellen Gültigkeit nach dem Orte ihrer Vollziehung beurtheilt. Dies ergebe der §. 42. A. L. R. I. 3., welcher zwar nur von der Zeit der Vollziehung rede, allein Raum und Zeit könnten hier nicht von einander getrennt gedacht werden, sondern fielen bei Handlungen nothwendig zusammen. Es sei ferner kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß die von Verträgen aller Art im §. 111. Tit. 5. Thl. I. gegebene Regel (vergl. A. L. R. II. 8. §. 937.) bei anderen einseitigen Rechtsgeschäften, die keine Verträge sind, nicht gelten sollte.

β) Eine besondere Ausnahme der alleinigen Regel finde statt bei Verträgen über Immobilien. (A. L. R. I. 5. §. 115.)

Es folge hiernach schon aus allgemeinen Vorschriften des materiellen Rechts, daß auch Testamente hinsichtlich ihrer Form nur nach dem Orte ihrer Ausstellung beurtheilt werden sollten; der Tit. 12. Thl. I. A. L. R. finde nur auf im Inlande errichtete Testamente Anwendung, nicht aber auf solche, die im Auslande aufgenommen worden. Die Ansicht Rintelen's dagegen, daß die Gültigkeit der letzteren bedingt werde durch den im Auslande erfolgten Tod des Testators, sei nicht begründet. Denn zur formellen Gültigkeit eines Testaments, als einer rechtlichen Handlung, sei die Besiegelung durch den Tod des Testators nicht erforderlich, wenn auch die Wirkungen des Testaments erst mit diesem Zeitpunkte einträten. Da die über den Ort der Aufnahme eines Rechtsgeschäftes citirten Gesetzstellen immer von einem Abschließen, Vollziehen, Verhandeln sprächen, welche Ausdrücke mit Aufnehmen gleichbedeutend seien, so sei auch bei Testamenten anzunehmen, daß über deren Form nur der Ort der Aufnahme entscheide, ohne daß es auf den Ort des Sterbens des Testators ankommen könne. Der §. 115. A. G. O. I. 10. spreche nicht von dem Orte, wo das unter den Parteien verhandelte Rechtsgeschäft verbindliche Kraft hat erhalten sollen, sondern nur von dem, wo die über das Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde verbindliche Kraft erhalten habe. Dieser Paragraph spreche also gegen Rintelen, zumal da er offenbar nur von der äußeren Form zur Gültigkeit der Urkunde handle. Auch das G. v. 3. April 1823

spreche für die hier entwickelte Ansicht. Dasselbe stelle in §§. 1. u. 2. zwei verschiedene Gattungen von Testamenten der gesandtschaftlichen Personen auf, und aus der beschränkten, nach §. 5. stattfindenden Dauer der Gültigkeit der im §. 2. erwähnten Gattung, folge eben, daß die erste Gattung hieran nicht gebunden sein solle. (J. W. 1842 S. 249 ff.)

Gegen diese Ausführung sucht **Rintelen** seine Ansicht zu vertheidigen.

Es sei der aufgestellte Unterschied festzuhalten zwischen Handlungen im Allgemeinen und Verträgen, als einer Gattung jener. Die Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 111., 148. sprächen nur von Verträgen, könnten daher auf Testamente gar nicht angewendet werden, für welche es bei den allgemeinen Regeln des A. L. R. I. 4. §§. 94., 95. und I. 3. §. 40. bleibe. Daher frage sich nur, ob das G. für die Testamente die gerichtliche Form ausdrücklich sub poena nullitatis erfordere, oder ob ihre Gültigkeit selbst nicht von der vorgeschriebenen Form abhängig gemacht sei? Der §. 139. A. L. R. I. 12. schreibe aber, wie im §. 4. Tit. 3. eben bedingt werde, ausdrücklich vor, daß der Richter schlechthin kein Testament eines Preuß. Unterthanen anerkennen und exekutiren lassen könne, das nicht vor besetztem Gerichte errichtet worden. Eine modifizirende Bestimmung zu Gunsten der im Auslande gemachten Testamente sei nicht (wie bei Verträgen nach den alleg. Gesetzstellen) gemacht, auch erhelle aus der Suarez'schen Schlußrev. (Jahrb. Bd. 41. S. 77), daß eine solche Ausnahme bei Testamenten nicht beabsichtigt worden. Es spreche hierfür ferner, daß in allen Fällen privilegirter Testamente als Bedingung der Gültigkeit ausgesprochen sei, daß man den Zustand, worin das Gesetz unfeierlich zu bestimmen gestattet, nicht überlebt haben dürfe, wenn auch zum Theil mit einer Nachfrist (A. L. R. I. 12. §§. 193., 198—201., 96., 97., 205., 207., P. P. v. 9. Sept. 1814 und 9. Nov. 1816 §. 7.) Das G. v. 3. April 1823 endlich sei, als Singularität für eine besondere Klasse von Personen, nicht von Einfluß auf die Kontroverse. (J. W. 1842 S. 349 ff.)

Vergl. noch die Bemerk. von **Hinschius** hierüber.

(a. a. O. S. 373 ff.)

5) Vergl. über die Frage auch:

Schröter in der J. Z. 1832 S. 736 und Civil. Verf. S. 93; **Thöne**, Fund. Lehren Bd. 1. S. 135; **Bornemann**, Syst. 1. Ausg. Bd. 1. S. 209 und 2. Ausg. Bd. 1. S. 64; **Koch's** Komm. zum Landr. in der Note zum §. 33. Einl.

§§. 34 — 42. Anwendung der Gesetze in Ansehung der Fremden.

§. 34. 1) Bezieht der §. 34. sich auch auf Strafgesetze und handelt derselbe auch von den durch Ausländer in hiesigen Landen, nicht aber nach denselben betriebenen Geschäften?

Der I. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 16. März 1848 aus, daß die allgemeinen Vorschriften des §. 34. und der §§. 1. und 18. des P. P. v. 5. Febr. 1794 sich auf alle, also auch auf die Strafbestimmungen des A. L. R. beziehen, weshalb anzunehmen, daß, wenn ein Ausländer bei einem in hiesigen Landen ausgeführten Geschäfte die in Bezug darauf bestehenden Strafgesetze verletze, er auch nach diesen Gesetzen beurtheilt werden müsse.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 440 Nr. 215.)

2) Das Rechtsverhältniß eines im Auslande wohnenden Ausländers hinsichtlich der ihm in Preußen angefallenen Erbschaft, insbesondere in Betreff des Anfalls und der Antretung der Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt, ist nach den in Preußen geltenden Gesetzen zu beurtheilen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 186 Nr. 46.)

§. 35. Dieser Satz findet sich erst im Manuskr. zum Gesetzbuch. (Mat. Bd. 84. F. 4 v. §. 39.) Zur Erläuterung oder Rechtfertigung desselben ist in den Materialien nichts enthalten.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 20. des Entw. S. 117.)

§. 36. 1) Der Gesetzrevisor bemerkt, daß diese Vorschrift nur in Ansehung der Personal-Statuten gelte. Statuta realia und mixta habe auch ein Gesandter zu beobachten.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 21. des Entw. S. 117.)

§. 37. u. Anh. §. 1. Der §. 37., welcher mit der Vorschrift des §. 69. Tit. 2. Thl. I. A. G. O. nicht übereinstimmt, ist dieser gemäß durch die Dekl. v. 24. Sept. 1798 modificirt und die Modifikation in den §. 1. des Anh. aufgenommen worden, der sonach hinter §. 37. und nicht hinter §. 38. gehört.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 22. des Entw. S. 118.)

Die Dekl. v. 24. Sept. 1798 lautet dahin:

Wir Friedrich Wilhelm 2c. 2c. ad §. 41. der Einl. des A. L. R., nach welchem eingeborne Vasallen und Unterthanen, welche mit Erlaubniß des Landesherrn von einem fremden Hofe beglaubigt worden, in ihren Privathandlungen den Landesgesetzen unterworfen bleiben sollen, ist darüber Zweifel entstanden, ob diese Vorschrift durch die Bestimmung des §. 69. Tit. 2. Thl. I. der A. G. O. abgeändert sei, worin vorgeschrieben worden, daß der Gerichtsstand solcher Personen nach den bei Ertheilung der Erlaubniß ihnen gemachten Bedingungen beurtheilt werden solle.

Diese Bedenken zu heben, setzen Wir hierdurch fest:

daß die Frage: in wiefern eingeborne Vasallen und Unterthanen, welche mit Erlaubniß des Landesherrn von einem fremden Hofe beglaubigt worden, in ihren Privathandlungen den hiesigen Gesetzen unterworfen bleiben? hauptsächlich von den Bedingungen, unter welchen sie die Erlaubniß erhalten haben, abhängen soll, und es daher die Sache eines Jeden ist, der mit solchen Personen Geschäfte vornehmen will, sich zuvörderst über diese Bedingungen gehörigen Orts näher belehren zu lassen.

(N. C. C. Tom. X. No. 73. de 1798 p. 1757 ff., Rabe Bd. 5. S. 209, vergl. Löwenberg Material. des Anh. S. 22 u. 114.)

§. 41. 1) Unter den im §. 41. gedachten erlaubten Geschäften fremder Unterthanen in hiesigen Landen sind nur nach Preuß. Gesetzen nicht verbotene Geschäfte zu verstehen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Okt. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 51 Nr. 16.)

2) Ueber die Beweiskraft der Handlungsbücher ausländischer Kaufleut vergl. das Präj. des Ob. Trib. Nr. 1568. v. 3. Mai 1845 in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §§. 562 ff.

§§. 43 — 45. Vom Retorsionsrechte.

Woltär, Juris retorsionis ex legum Brandenburgicarum sententia genuinum fundamentum; in ej. Observat. ad jus civile et Brandenb. Fasc. I. obs. 15.

Herrmann, über die Retorsion, besonders in Rücksicht auf das neue Preuß. Gesetzbuch; in v. Egger's Deutschem Magazin, 1794 Bd. 8. S. 113—134.

1) R. v. 23. Febr. 1796. Es wird nicht vermuthet, daß ein fremder Staat die Preuß. Unterthanen gegen die seinigen zurücksetze.

Ad 9 wird, was den ersten Theil Eurer Anfrage betrifft, die Statuirung eines juris inaequalis von Seiten auswärtiger Staaten nicht präsumirt, es gehört also nicht ad fundandum actionem, sondern ad fundamentum exceptionis, daß der fremde Staat aus hiesigen gerichtlichen Instrumenten nicht eben dasselbe summarische Verfahren zulasse, was er aus Instrumenten, die vor seinen eigenen Gerichten aufgenommen worden, gestatte. Was aber den zweiten Theil Eurer Anfrage betrifft, so beantwortet sich derselbe aus der allgemeinen Theorie vom Retorsionsrechte, welches nur dann stattfindet, wenn der fremde Staat unter seinen eigenen und den hiesigen Unterthanen zum Präj. der letzteren einen Unterschied statuirt. (Stengel Bd. 9. S. 300, Rabe Bd. 3. S. 280.)

2) Die durch die K. O. v. 28. Sept. 1813 und v. 30. Jan. 1817 festgesetzte Bestimmung, daß kein hiesiger Unterthan von einem Unterthanen des Herzogthums Warschau in rechtlichen Anspruch solle genommen werden können, wenn er die Forderung seines Gläubigers durch ein anderes im Herzogthum Warschau ausstehendes, ihm gehöriges Kapital, wenn es auch auf die Bayonner Konfiskationsliste gebracht wäre, sicher zu stellen im Stande sei, ist durch die K. O. v. 17. April 1819 wiederum aufgehoben.

(Jahrb. Bd. 2. S. 42, Bd. 9. S. 24, Bd. 13. S. 253; Gräff Bd. 1. S. 27—28.)

3) R. v. 4. Okt. 1836. In dem Schweizerischen Kanton St. Gallen wird nach dem G. über das Paternitätswesen und den Stand der unehelichen Kinder v. 23. Juni 1832, Art. 8., den Ausländerinnen in Paternitätssachen das Klagerecht versagt. Die Gerichtsbehörden werden darauf aufmerksam gemacht und mit Bezug auf den §. 43. der Einl. zum A. L. R. angewiesen, wenn Schweizerinnen aus dem Kanton St. Gallen in Sachen der benannten Art bei diesseitigen Gerichten eine Klage anstellen sollten, den Fall anzuzeigen und vor Einleitung der Sache die Vorbescheidung darauf zu erwarten.

(Jahrb. Bd. 48. S. 429, Gräff Bd. 10. S. 4, J. W. 1836 S. 814, J. Z. 1836 S. 1140.)

4) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 17. Mai 1845 (Präj. Nr. 1578 b. u. c.) folgende Sätze ausgesprochen:

a) Nach Franz. Rechte hat ein, gegen einen Franzosen im Auslande ergangenes Urtheil keine exekutorische Wirkung in Frankreich; daher kann vermöge des Retorsionsrechtes aus einem, von einem Franz. Gerichtshofe gegen einen

Preuß. Unterthan erlassenen Urtheile wider den Letzteren in Preußen nicht als aus einem Judikate geklagt werden.

b) Ein nach Franz. Verfassung ergangenes Criminalurtel, welches in der Entscheidung des Civilpunktes die Nichtigkeit einer Urkunde ausspricht, steht dem Cessionar der in dieser Urkunde verbrieften Forderung nicht entgegen, wenn die Cession vor Einleitung des Criminalprozesses erfolgt, der Cessionar aber bei diesem Prozesse nicht zugezogen worden ist.

(Präj. Samml. S. 4, Entsch. Bd. 11. S. 151.)

5) Ueber die Ausübung der Retorsion gegen Baierische Unterthanen in Bezug auf die Bedingungen der Arrestanlegung vergl. den Allerh. Erl. v. 29. Dec. 1852 (G. S. 1853 S. 19) in den Erg. zur A. G. O. I. 29. §. 90. u. Anh. §§. 205—212.

§§. 46—58. Auslegung der Gesetze.

Chr. L. Paalzow, de legum interpretatione; in ejusd. Observat. No. XVI. Fasc. II. p. 5 seq.

Idem, Legislator nec Grammaticum nec Logicum agere debet; ib. obs. CIII. Fasc. VII. p. 108.

Jacobsen, über den Zusammenhang der Theorie und Praxis im Gemeinen und Preuß. Rechte, nebst Bemerk. über das Studium des letzteren und die Stellung des Richters bei Anwendung des G.; in Bobrik Bd. 1. S. 1 ff.

§§. 46—48. und Anh. §. 2. I. Diese Bestimmungen beziehen sich nicht auf die sogenannte legale Interpretation, sondern nur auf die doktrinelle oder Privatauslegung.

II. Friedrich II. hatte die Absicht, daß das Gesetzbuch dem Richter für jeden vorkommenden Fall eine Entscheidungsnorm gewähren und mithin sein Geschäft nur in einer Art mechanischer Anwendung bestehen solle. Hiervon ausgehend wurde in dem Projekt von 1749 jede wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Gesetzbuches unbedingt verboten, und wenngleich den praktischen Juristen nicht gänzlich die Interpretation untersagt wurde, so wurde doch ihre Befugniß so beschränkt, daß ihnen fast nur die buchstäbliche Anwendung überlassen war. Hierbei ließ es auch die K. O. v. 14. April 1780 bewenden, welche die Gesetzkomm. anordnete, und am Schluß bestimmte:

Ich werde nicht gestatten, daß irgend ein Richter, Kollegium oder Etatsminister die G. zu interpretiren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue G. zu geben sich einfallen lasse, sondern es muß, wenn sich in der Folge Zweifel oder Mängel an den G. oder in der Prozeßordnung finden, der Gesetzkomm. davon Nachricht gegeben, von dieser die Sache mit Rücksicht auf den Sinn und Absicht der übrigen G. genau in Erwägung gezogen, und wenn eine wirkliche Veränderung oder Zusatz wäre, Mir gutachtlicher Bericht darüber erstattet werden.

(N. C. C. Tom. VI. p. 1935, Rabe Bd. 1. Abthl. 6. S. 439.)

Es sollte also die Gesetzkomm. die Behörde sein, welche die nicht mechanischen Funktionen des Richteramtes auszuüben hatte. Es sollten demgemäß nach dem Pat. v. 28. Mai 1781 (N. C. C. Tom. VII. p. 337) bei allen Rechtsfragen, welche nach den bereits bestehenden G. oder einer unzweifelhaften Analogie derselben entschieden werden könnten, die conclusa der Gesetzkomm. ohne weitere Königl. Sanktion legis vicem haben, es einer solchen aber bedürfen, wenn sie den Sinn eines dunkeln G. erläutern, oder wenn es auf Erlassung eines neuen, oder Abänderung eines bestehenden G. ankam. Der Entw. des A. G. B. bestimmt hiernächst schon in der Einl. §§. 34. 35. 36.

Der Richter darf bei Entscheidung streitiger Fälle den G. keinen Sinn beilegen, der nicht durch die Worte, den Zusammenhang und den Gegenstand des G. deutlich bestimmt ist. Findet der Richter den Sinn des G. zweifelhaft, so muß er vor Abfassung des Urtheils die Erklärung der Gesetzkomm. einholen. Dergleichen Erklärungen schon vorhandener G. gehen ohne Unterschied auf alle sowohl vergangene, als künftige Fälle, welche nach der Zeit, wo die zweifelhafte Rechtsfrage dadurch bestimmt worden, zur richterlichen Entscheidung gelangen.

Das A. L. R. geht noch weiter, indem es in den §§. 46—51. der Einl. den Richter zur analogen Anwendung der G. für befugt erklärt und durch die auf eine Anfrage ergangene Entscheidung der Gesetzkomm. nur den anfragenden Richter für gebunden erachtet. Die richterliche Einmischung der Gesetzkomm. wurde aber gänzlich aufgehoben durch die K. O. vom 8. März 1798.

(N. C. C. Tom. X. p. 1609 No. 23. de 1798, Stengel Bd. 5. S. 405, Auszug S. 333, Rabe Bd. 5. S. 86.)

In Folge dieser K. O. erging das R. v. 21. März 1798, woraus der §. 2. des Anh. zum A. L. R. entnommen ist [1].

[1] Vergl. die Material. des §. 2. des Anh. in Dr. Löwenberg's Mot. Bd. 2. S. 22 u. 114.

Somit ist der Richter wieder emancipirt, und es ist ihm sein wesentliches Recht, das der Interpretation der Gesetze, zurückgegeben worden [1]).

§§. 46—53. (Grundsätze bei der Interpretation der Gesetze.)

1) Bei allen durch die K. O. v. 20. Juni 1816 angeordneten Uebersetzungen bleibt der Deutsche Text das eigentliche Gesetz, und muß bei etwaniger Dunkelheit der Erklärung zum Grunde gelegt werden.

Auf Ihren Bericht v. 17. Febr. c. finde ich kein Bedenken, folgende Festsetzungen zu treffen:

1) Die älteren G., als: das A. L. R. mit seinem Anh., die A. G. O. mit ihrem Anhange, die Cr., die Dep. und Hyp. O. sollen, zum Gebrauch im Großherzogthum Posen, ins Poln. übersetzt werden, und trage Ich Ihnen, dem Justizmin., auf, für die Ausführung dieser Maßregeln ungesäumt zu sorgen.

2) Die G. S. soll, sobald die vaterländischen G. im Großherzogthum Posen geltend werden, in einer angemessenen Anzahl von Exemplaren mit einer Poln. Uebersetzung erscheinen, und diese hier in Ihrem, des Fürsten Staatskanzlers Büreau besorgt werden.

3) Soll diese Deutsch-Poln. Ausgabe der G. S. auch für diejenigen Gegenden in Preußen und Schlesien benutzt werden, in welchen zur Zeit noch die Poln. Sprache im Gebrauch ist.

4) Bestimme Ich, daß die Amtsblätter, welche in den beiden Reg. Depart. Posen und Bromberg erscheinen werden, gleichfalls Deutsch und Polnisch ausgegeben werden sollen.

In Hinsicht der sonstigen Einrichtung der G. S. und des Amtsblattes, die in den V. v. 27. Okt. 1810, v. 28. März 1811 und 14. Jan. 1813 vorgeschrieben ist, hat es bei diesen gesetzl. Vorschriften sein Bewenden, nur versteht es sich von selbst, daß bei allen diesen Uebersetzungen der Deutsche Text das eigentliche G. bleibt, und bei etwaniger Dunkelheit der Erklärung zum Grunde gelegt werden muß. (G. S. 1816 S. 204.)

2) R. v. 18. April 1840. Die Gerichtshöfe sollen selbstständig nach den Gesetzen und, wo deren Sinn zweifelhaft erscheint, nach den allgemeinen Auslegungsregeln entscheiden, ohne sich an Präjudikate zu binden und für künftige Fälle die Belehrung des Justizmin. einzuholen. (J. M. Bl. 1840 S. 147.)

3) Ueber die Benutzung des Registers zum A. L. R. als Auslegungsmittel, vergl. Erk. des Ob. Trib. v. 12. Okt. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 6 Nr. 3., f. zum A. L. R. I. 11. §§. 229 u. 230.)

§. 49. (Analogie.)

Bielitz, Abhandl. von der Analogie, in den Nachtr. zum Komm. Hft. 2. S. 27 ff., wo der Begriff und die Erfordernisse der Analogie angegeben und einige Beispiele aufgestellt werden, in denen sie stattfindet, oder nicht.

G. von der Billigkeit. (Medit. im Centrabl. 1840 S. 276.)

Ein, nach der in diesem Paragraphen beim Mangel eines genau passenden G. dem Richter gegebenen Regel, entschiedener Fall findet sich in Simon's R. Bd. 4. S. 223.

§. 53. 1) R. v. 16. Jan. 1838. Ueber das Verhältniß der Provinzialgesetze zu dem A. L. R. enthält der §. 53. Einl. den leitenden Grundsatz.

(Jahrb. Bd. 51. S. 142, Gräff Bd. 12. S. 70.)

2) Die Bestimmung des §. 53. bezieht sich auf die Auslegung und auf die Lückenhaftigkeit des Provinzialrechts und ist nicht dahin zu verstehen, daß ein dunkles Provinzialgesetz nach den Grundsätzen des A. L. R. ausgelegt oder ganz bei Seite gestellt und durch die Vorschriften des A. L. R. ersetzt werden soll; sondern es muß jedes Provinzialgesetz aus sich selbst ausgelegt werden. Wenn sich kein Gesetz findet, mithin der §. 49. der Einl. eintritt, so ist zu unterscheiden: a) ob die Frage in einem provinzialrechtlichen Institute vorkommt, oder b) ob sich in einer Provinz ein neues Institut entwickelt.

[1] Singulaire Ausnahmen hiervon sind angeordnet:

a) durch die (jetzt wieder aufgehobene) K. O. v. 25. Jan. 1823 (G. S. 1823 S. 19) bei Rechtsstreitigkeiten, in welchen die völkerrechtliche Gültigkeit und Anwendbarkeit von Staatsverträgen Seitens der Parteien bestritten wird, in welchem Falle die Gerichte sich an das einzuholende Gutachten des Min. der auswärt. Angel. zu binden haben;

b) durch die K. O. v. 10. März 1839 (G. S. 1839 S. 106), nach welcher in Betreff der Frage, ob ein aus dem Inlande verwiesener und wegen seiner Rückkehr zur Untersuchung gezogener Landstreicher als Inländer zu betrachten ist, oder nicht, die betr. Regierung sich gutachtlich äußern und dies Gutachten bei Abfassung des Erkenntnisses zum Grunde gelegt werden soll.

Im Falle zu a) muß die Lücke aus der Provinzialgesetzgebung über das Institut analogisch ergänzt werden.

Angenommen von dem **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 3. Juni 1848. (Entsch. Bd. 16. S. 311.)

Im Falle zu b) fällt das Institut dem gemeinen Rechte anheim und es kommt die Vorschrift des §. 53. zur Anwendung.

(Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 53. Einl.)

§§. 54 — 58. (Privilegien.)

Chr. L. Paalzow, de privilegiis; in Observ. Fasc. IV. No. 53.

1) Die in den §§. 54 — 58. enthaltenen Regeln über Auslegung der Privilegien haben sich, wie man aus einer beiläufigen Erwähnung von Suarez sieht, aus Müllers-Promptuarium juris hierher verloren.

(Gesetzrev. a. a. O. Motiv. zu §. 26. des Entw. S. 123.)

2) Privilegia principis, besonders regalia, werden nur alsdann für privative koncedirt erachtet, wenn der usus regalium per usum principis verhindert würde, nicht aber, wenn Beides zusammen bestehen kann.

(Erkannt im Jahre 1780, Stengel Bd. 6. S. 79. Der Gerichtshof ist nicht angegeben.)

3) Privilegien, zumal wenn sie mere gratuita sind, verstatten niemals eine solche Auslegung, welche dem öffentlichen Wohle geradezu widerstreitet, und dürfen niemals wider die Grundsätze einer zweckmäßigen Finanz- und Kameral-Verfassung Gewalt und Ansehen haben.

(Präj. der Breslauer Kammer- und Justiz-Dep. v. 31. Jan. 1806, Mathis Bd. 6. S. 10 u. 40.)

4) Die Ueberlassung einer zu den öffentlichen Steuern gehörenden Einnahme an eine Stadtgemeinde enthält kein Privilegium.

Angenommen von dem Plenum des **Ob. Trib.** unterm 8. Jan. 1855. (Entsch. Bd. 29. S. 317, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 320 Nr. 68.)

5) Im Centralbl. für 1838 S. 638 wird ausgeführt, daß eine förmliche Publikation der Statuten und Privilegien der Gesellschaften und Korporationen nicht erforderlich sei.

§§. 59 — 72. Aufhebung der Gesetze.

§. 60. Auch einer kaufmännischen Observanz (Handelsusance) kann die Wirkung, daß dadurch vorhandene Gesetze aufgehoben werden könnten, nicht beigemessen werden.

Angenommen von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 22. Febr. 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 188—190.)

§. 61. 1) Es gilt in dieser Hinsicht auch die Regel, daß, wenn ein Inbegriff von Rechtsbestimmungen, z. B. das Lübische Recht, einmal rezipirt oder verliehen worden ist, die Rezeption der einzelnen Vorschriften nicht besonders nachgewiesen zu werden braucht, vielmehr umgekehrt derjenige, welcher die Unanwendbarkeit einzelner Bestimmungen behauptet, die gesetzmäßige Abschaffung beweisen muß.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** unterm 27. Sept. 1844. (Entsch. Bd 10. S. 234.)

2) R. v. 9. Juni 1812. Durch das Ed. v. 11. März 1812 sind die in Ansehung der Juden stattgefundenen besonderen Verfassungen für aufgehoben zu achten, und es kann auch der längste Besitz von speziellen Privilegien, die mit jenem Ed. in Widerspruch stehen, demselben nicht entgegengestellt werden.

(Jahrb. Bd. 2. S. 180, Gräff Bd. 1. S. 28.)

§§. 63 — 72. 1) Ueber den Unterschied zwischen der bloß durch allgemeine Gesetze und der durch einen speziellen Rechtstitel bewilligten Immunität vergl. Erk. u. Abhandl. (von Korte) in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 233.

2) C. R. v. 27. Sept. 1809. Bei richterlichen Entscheidungen soll der Unterschied zwischen persönlichen Erwerbsberechtigungen und erblichen, nach der Art eines dinglichen Rechts verliehenen Gerechtigkeiten und Privilegien berücksichtigt werden.

Man will verschiedentlich bemerkt haben, daß bei den richterlichen Entscheidungen der Unterschied zwischen persönl. Erwerbs-Berechtigungen und erblichen, nach Art eines dingl. Rechts verliehenen, Gerechtigkeiten und Privilegien nicht gehörig berücksichtigt worden. Wir machen Euch daher auf die Vorschriften in der Einl. zum A. L. R. §§. 63 — 72. aufmerksam und befehlen Euch darnach genau zu achten. (Mathis Bd. 8. S. 357, Rabe Bd. 10. S. 159.)

3) Die in einem Privilegium enthaltene erbliche Verleihung deutet zwar auf ein persönliches Privilegium hin; soll aber nach dem ferneren Inhalte des Privilegiums dasselbe zugleich mit dem Besitze eines anzulegenden Werkes verbunden sein, so wird das verliehene Recht allen Erben und Rechtsnachfolgern der ursprünglich beliehenen Person zu Theil.

Angenommen von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 28. Nov. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 86 Nr. 23.)

§§. 68. 69. Eine, wenn gleich unbedingt und ohne Vorbehalt des Widerrufs ertheilte Konzession ist dennoch für widerruflich zu achten, wenn aus den Umständen erhellt, daß sie bloß prekärer Natur war.

(Präj. des Kammerg. und Ob. Trib. v. 4. Nov. 1799, 9. Juni 1801 und 23. April 1801, Mathis Bd. 4. S. 192.)

§. 70. 1) Ueber die Frage: ob ein Privilegium aufzuheben, findet der Weg Rechtens nicht statt.

(Vergl. §. 36. der V. v. 26. Dec. 1808 f. zum §. 1. Einl. der A. G. O.)

2) Konzessionen von bloß prekärer Natur können willkürlich, ohne Entschädigung, zurückgenommen werden.

(Präj. v. 23. April 1801, Mathis Bd. 4. S. 192.).

3) Was ist unter hinlänglicher Entschädigung zu verstehen?

a) **Bornemann** theilt mit Bezug auf die Materialien Folgendes mit:

Im Entwurf war bestimmt, daß der Privilegirte in dem §. 70. bestimmten Falle eine billige Entschädigung erhalten solle. Suarez bemerkte in der revisio monit., daß es nothwendig sein dürfte, die Entschädigung etwas näher zu bestimmen. Auf das lucrum cessans können solche wohl nicht extendirt werden. Dagegen würden bei einem privilegio oneroso dahin zu rechnen sein: a) alle Kosten, die der privilegiatus verwandt habe zur Erlangung des Privilegii; b) alle Kosten, welche derselbe auf die Ausübung des Privilegii und die dazu erforderlichen Anstalten verwandt habe, in sofern ihm erstere nicht schon durch den aus dem Privilegio gezogenen Nutzen ersetzt worden, und letztere nach der Aufhebung des Privilegii ihm unnütz werden; c) überhaupt aller Verlust und Nachtheil, welcher ihm in seinem gegenwärtigen Vermögenszustande aus der Aufhebung des Privilegii zuwende. — Ob diese Ansicht adoptirt worden, konstirt nicht; durch die allgemeine Bestimmung, daß dem Privilegirten eine hinlängliche Entschädigung werden müsse, scheint indessen alles dem richterlichen Ermessen überlassen zu sein. Uebrigens wollten Mehrere auch die Frage, ob salus publica die Aufhebung eines Privilegii fordere, zur richterl. Kognition verweisen.

(System Bd. 1. S. 271 Anm., 2. Ausg. Bd. 1. S. 71 Note 1.)

b) **Bielitz** (Komm. Bd. 1. S. 182) und **Thöne** (Fund. Lehren Bd. 1. S. 197) sind, mit Bezug auf §. 7. Tit. 6. Thl. I. A. L. R., gegen den Inhalt der Materialien, der Meinung, daß nicht bloß das damnum emergens, sondern auch lucrum cessans gewährt werden müsse.

§§. 70. u. 75. Diese Vorschriften finden in dem Falle keine Anwendung, wenn das Privateigenthum einzelner Mitglieder des Staats durch einen Akt der Gesetzgebung benachtheiligt wird oder verloren geht und in dem betreffenden Gesetze eine desfallsige Entschädigung von Seiten des Staates nicht zugesagt ist.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 8. Mai 1840. (Präj. Nr. 863.) (Präj. Samml. S. 4.)

Dies findet namentlich Anwendung auf die Rechte der Privat-Salinen bei Einführung der Salzregie.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 3. April 1856. (Entsch. Bd. 32. S. 160.)

Das Erk. des I. Sen. des **Ob. Trib.** v. 29. Mai 1848, welches denselben Grundsatz ausspricht, führt zugleich aus, daß ein Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus nicht stattfinde wegen der durch die Gesetzgebung entstandenen Unmöglichkeit, von einem Dritten Erfüllung eines Vertrages zu fordern. (Rechtsf. Bd. 4. S. 114 Nr. 56.)

§§. 70. u. 71. R. v. 4. Nov. 1817. Die Frage: ob eine neu angelegte Apotheke wegen des ausschließenden Privilegii einer älteren Apotheke zu schließen, eignet sich nicht zur richterlichen Kognition; wohl aber die: ob der Besitzer der letzteren die Ablösung seiner Gerechtigkeit fordern kann.

(Jahrb. Bd. 10. S. 219, Gräff Bd. 1. S. 29.)

§§. 73—108. II. Allgemeine Grundsätze des Rechts.

§§. 73—81. Verhältniß des Staats gegen seine Bürger.

§§. 73—75. I. Vergl. Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 9. (s. zum A. L. R. II. 13.)

II. Die §§. 73—75. enthalten den Grundsatz, daß, wenn das Interesse der Gesammtheit der Einwohner des Staats eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigenthum gefährdet, die Entschädigung des Einzelnen aus dem Gesammtvermögen zu leisten sei.

(Gutachten des Staatsmin. v. 16. Nov. 1831 und K. O. v. 4. Dec. 1831, G. S. 1831 S. 255, s. unten zum §. 80. Einl.)

In folgenden Fällen ist aber eine Entschädigung nicht zu leisten:

1) Wenn das Privateigenthum Einzelner durch einen Akt der Gesetzgebung benachtheiligt wird oder verloren geht und in dem betreffenden Gesetze eine Entschädigung nicht zugesagt ist.

(Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Mai 1840 Nr. 863, s. oben zu §§. 70. u. 75.)

2) Aus §. 75. der Einl. ist der Staat zum Ersatze des Schadens, welcher dem Einzelnen durch eine zum Gemeinwohl bestimmte Einrichtung verursacht worden, nicht in allen durch besondere Gesetze nicht ausgeschlossenen Fällen, namentlich dann nicht verpflichtet, wenn die Befugniß zur Anlage schon aus den §§. 36—38. Tit. 6. und den §§. 26—28. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. hergeleitet werden kann [1].

Angenommen von dem Ob. Trib. mittelst Plenarbeschl. v. 1. Juli 1850. (Präj. Nr. 2220.)

Das Recht des Staates, solche Anordnung zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls zu treffen, welche eine Kollision mit den besonderen Rechten und Vortheilen der Einzelnen veranlassen, ist ein Hoheitsrecht des Staatsoberhaupts, welches es entweder selbst oder durch seine Beauftragte ausübt, (§. 10. A. L. R. I. 11.) Es ist nach §. 73. Einl. nicht bloß jedes einzelne Mitglied des Staats das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach Verhältniß seines Standes und Vermögens zu unterstützen verpflichtet; sondern die folgenden §§. 74. u. 75. verordnen auch, daß das Privatinteresse dem öffentlichen nachstehen müsse und einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats gegen Entschädigung aufgeopfert werden sollen. Der durch die K. O. v. 4. Dec. 1831 zur Befolgung veröffentlichte Bericht des Staatsmin. v. 16. Nov. 1831 erklärt, daß in den §§. 73—75. Einl. der einfache Grundsatz zu finden sei: »daß, wenn das Interesse der Gesammtheit der Einwohner des Staats eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigenthum gefährdet, die Entschädigung des Einzelnen aus dem Gesammtvermögen zu leisten sei.« In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatze steht der Art. 9. der Verf.-Urkunde v. 31. Jan. 1850.

Die Anwendung vorgedachter Grundsätze findet in vielen einzelnen gesetzlichen Bestimmungen Anerkennung, namentlich:

a) in §§. 70. u. 71. Einl. in Bezug auf die Aufhebung von Privilegien.

b) §§. 29—32. u. §. 105. A. L. R. I. 8. wegen Einschränkung des Eigenthumsrechts einzelner Bürger, z. B. die in §§. 40. u. 43. A. L. R. II. 15. behandelte Schiffbarmachung oder Benutzung von Privatflüssen, so wie §§. 15. u. 25. ff. des G. v. 28. Febr. 1843 (G. S. S. 41) über die Benutzung der Privatflüsse.

c) §§. 258—262. A. L. R. I. 9. hinsichtlich der Wegräumung von Alluvionen der Ufergrundstücke.

d) §§. 4—11. A. L. R. I. 11. über den von Staatswegen erzwungenen Verkauf.

e) §§. 4., 5., 18., 19. A. L. R. II. 15. in Betreff von Grund und Boden, so wie Materialien zu Land- und Heerstraßen und Chausseen. Dazu gehören: die K. O. v. 11. Juni 1825 über die Entschädigung für Feldsteine, Sand und Kies (G. S. S. 152) und die V. v. 8. Aug. 1832 (G. S. S. 202) über die Geldentschädigung für abgetretenen Grund und Boden zum Chausseebau, so wie die späteren G. über die Ausdehnung auf andere Provinzen. Ferner das G. v. 3. Nov. 1838 (G. S. S. 505) über die Eisenbahnunternehmungen, in dessen §§. 8. ff. das Recht der Expropriation zum Zwecke der Anlage von Eisenbahnen umständlich behandelt ist. In allen diesen Fällen ist der Gegenstand, für welchen Ersatz zu leisten ist, von der Art, daß der Verlust desselben oder die Einschränkung des Rechts der Einzelnen, ohne das eingetretene unwiderstehliche Recht des Staats nur vermöge des Erwerbs der Sache oder des Rechts, gestützt auf einen besonderen privatrechtl. Erwerbstitel hätte herbeigeführt werden können. Jede Privatperson, welche einen Eingriff der Art in die Rechte des Andern vornehmen wollte, würde nicht bloß zur Entschädigung, sondern zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet sein. Das Recht des Staats zur Expropriation und Beschränkung der Rechte gegen die einzelnen Mitglieder ist stärker, es schließt jeden Widerspruch der letzteren gegen die getroffene Einrichtung, jeden Anspruch auf Wiederherstellung völlig aus und gewährt bloß den auf vollständige Entschädigung. Deshalb ist denn auch der Rechtsweg über die Frage der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit des Eingriffs in die Privatrechte unstatthaft, wohl aber darauf eröffnet: ob ein Eingriff dieser Art vorhanden sei, und zu welchem Betrage dafür Entschädigung geleistet werden müsse? (G. über die Zuläßigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verf. v. 11. Mai 1842 §. 4., G. S. S. 193 §. 71. Einl. und §§. 10., 11., A. L. R. I. 11., §. 37. der Reg. Instr. v. 26. Dec. 1808, G. S. 1817 S. 283, und Bericht des Staatsmin. v. 16. Nov. 1831, G. S. S. 286.) — Bei Beurtheilung der Frage, ob ein Eingriff vorhanden sei, kommt nun aber in Betracht, daß der Staat auch Grundbesitz hat, daß Grundstücke, Domainen und Kammergüter sich in seinen besonderen (A. L. R. II. 14. §. 11. ff.) and Land- und Heerstraßen u. s. w. im gemeinen Eigenthum desselben befinden (eben dass. §. 21.). In Beziehung auf diese Grundstücke stehen ihm dieselben Rechte mindestens zu, die jedem Privateigenthümer gebühren (§. 76. das.), und er kann jeden gesetzlich zuläßigen Gebrauch von seinem Eigenthume machen. Es finden dabei die allgemeinen Regeln, welche in den §§. 36—38. A. L. R. I. 6. vorgeschrieben sind, Anwendung. In Gemäßheit dieser Grundsätze sind in der Lehre vom Eigenthum und der Beschränkung desselben ausdrücklich die Vorschriften der §§. 26—28. A. L. R. I. 8. ertheilt.

Hat der Fiskus bei der Benutzung des besonderen Staatseigenthums oder der nutzbaren Regalien (A. L. R. II. 13. §. 1.) solche Einrichtungen getroffen, zu welchen jeder Privateigenthümer berechtigt ist, so hat er gar nicht in Ausübung seines Hoheitsrechtes gehandelt und von einem Eingriffe in die Privatrechte Anderer, für welche nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferungen der Rechte und Vortheile der Einzelnen im Interesse des Allgemeinen Entschädigung zu gewähren sei, — kann keine Rede sein, weil ein solcher Eingriff überhaupt gar nicht existirt. Ob aber eine solche bloße Eigenthumshandlung vorliege, oder vom Staate vermöge des ihm zustehenden Hoheitsrechtes in die Privatrechte des Anderen eingegriffen sei, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab, und unterliegt diese Frage ebenso der richterlichen Entscheidung, wie letzteren Falls die Ermittelung des Betrages der zu leistenden Entschädigung. Es kann jedoch dabei nicht von Gewicht sein, ob die Eigenthumshandlung auch von der Art ist, daß die bezweckte Einrichtung zugleich oder lediglich zum gemeinen Wohl gereicht. Hat der Fiskus auf dem ihm eigenthümlich gehörenden oder seiner ausschließlichen Disposition unterworfenen Grund und Boden — z. B. einer Landstraße — eine Anlage gemacht, — dieselbe etwa erhöht oder erniedrigt, — und ist er dabei innerhalb der dem Eigenthümer gezogenen Schranken geblieben, so kann er zum Ersatz des Schadens, welcher dadurch einem angrenzenden Eigenthümer zugefügt, auf Grund des §. 75. Einl. zum A. L. R. nicht angehalten werden, wenngleich die Verbesserung der Landstraßen zum Besten des gemeinen Wesens gereicht und zu diesem Zwecke bewirkt worden ist [1]. Fiskus leitet in solchem Falle sein Recht zu der Anlage auf seinem Eigenthum nicht aus dem §. 74. a. a. O. her, sondern aus den §§. 36—38. Tit. 6. und §§. 26—28. Tit. 8. Thl. I. A. L. R., und er ist dazu ermächtigt und zum Ersatz eines daraus einem Anderen erwachsenen Schadens nicht verpflichtet, insofern nicht etwa nach der Eigenthümlichkeit des Falles aus besonderen Gesetzen eine solche Entschädigungsverpflichtung hergeleitet werden könnte.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 2, Entsch. Bd. 20. S. 3, J. M. Bl. 1850 S. 303.)

Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Dec. 1853 wendet diesen Plenarbeschl. auch hinsichtlich einer auf Grund polizeilich erkannter Nothwendigkeit im öffentlichen Interesse von einer Kommunalbehörde auf dem Gemeinde-Eigenthum bewirkten, einem Dritten schädlich gewordenen Anlage an, nimmt indeß an, daß eine Stadtgemeinde, welche eine ihr eigenthümlich gehörige Straße der Stadt im öffentlichen Interesse erhöht oder erniedrigt und dabei nicht innerhalb der dem Eigenthümer, z. B. in dem §. 185. A. L. R. I. 8., gezogenen Schranken geblieben ist, zum Ersatze des dadurch einem angrenzenden Eigenthümer zugefügten Schadens angehalten werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 164 Nr. 36.)

3) Wenn die getroffene Maßregel nicht den Besitz des Eigenthums entzieht, sondern nur eine Eigenthums-Einschränkung zur

---

[1]) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Sept. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 273 Nr. 137.) erachtet den Fiskus zur Entschädigung eines Hauseigenthümers für verpflichtet, dessen Haus dadurch in seinem Werthe vermindert worden, daß auf Anordnung der Fiskal-Baubehörde eine Erhöhung des Bürgersteiges stattgefunden hatte.

[1]) Diesen Grundsatz wendet das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 10. März 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 338 Nr. 71.) auch auf die Eisenbahnanlagen der Privatgesellschaften an.

Folge hat und die Gesetze in dem Fragefalle eine Entschädigung nicht ausdrücklich angeordnet haben, z. B. wenn durch Erweiterung oder Verlegung der Festungs-Rayons die Grundstücks-Benutzung vermindert wird, so ist der Staat nicht verpflichtet, die Grundbesitzer für diese Beschränkung ihres Eigenthums zu entschädigen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Nov. 1850.

Der Grundsatz des §. 75. Einl. ist nur so bedinglich anzuwenden, daß die getroffene Beschränkung nicht schon Bedingung des Grundbesitzes war. Nach §. 5. A. L. R. II. 13. aber war Fiskus schon vermöge der Landeshoheit berechtigt, die Vertheidigung gegen auswärtige Feinde anzuordnen. Vermittelst der Erweiterung der Festungswerke hat er in den Grenzen dieses Rechts gehandelt. Die Veränderung des Rayons war wiederum durch das Regulativ v. 10. und die K. O. v. 30. Sept. 1828 geboten, und wer sich seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, ist nach §. 36. A. L. R. I. 6. von der Entschädigung eines Anderen entbunden. Hätte es dem Bedürfniß der Festung entsprochen, den Klägern ihr Eigenthum gänzlich zu entziehen, so möchten sie nach den Regeln des nothwendigen Kaufs — §§. 6., 8., 9. A. L. R. I. 11. und nach §. 30. des Regulativs v. 10. Sept. 1828 allerdings Werthsersatz fordern können. So liegt hier aber die Sache nicht; die Rayonsveränderung hat nur den vollen Gebrauch des Eigenthums vermindert. Sie ist diejenige Beschränkung des Eigenthums, welcher gesetzlich jeder Eigenthümer sich unterwerfen muß, eben weil sein besonderes Wohl im Wohl des Ganzen mitenthalten ist (§. 1. A. L. R. I. 22.). Bei bloßen Beschränkungen des Eigenthums aber kann (§. 2. a. a. O.) eine Entschädigung vom Staat nur in denjenigen Fällen gefordert werden, in welchen solches im G. ausdrücklich angeordnet ist, und da wiederum in dem Falle, wenn vermittelst der Erweiterung von Festungswerken der Gebrauch des Eigenthums bloß eine Beschränkung erleidet, weder in dem A. L. R. II. 13. noch im Regulativ v. 10. Sept. 1828 eine Entschädigung ausdrücklich bestimmt worden, so ist auch ein solcher Anspruch unbegründet, und es sind die allgemeinen Grundsätze der §§. 74., 75. Einl. zum A. L. R. auf Eigenthumsbeschränkungen ganz unanwendbar, welche lediglich durch die im Landeshoheitsrechte enthaltenen Maßregeln in Betreff der Festungswerke herbeigeführt werden. (Entsch. Bd. 20. S. 101.)

4) Wenn von einer gesetzlichen Beschränkung des Eigenthums die Rede ist, z. B. von der Verpflichtung der Eigenthümer öffentlicher Flüsse, den zur Errichtung des Leinpfades erforderlichen Theil des Ufers herzugeben, so kann dafür keine Entschädigung vom Staate verlangt werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. März 1849. (Entsch. Bd. 17. S. 374, s. zum A. L. R. II. 15. §§. 57. ff.)

III. Dagegen ist es zur Anwendung des Grundsatzes des §. 75. nicht nothwendig, daß das Interesse der Gesammtheit der Staatsbürger oder aller Landestheile unmittelbar betheiligt sei, sondern es ist genügend, wenn das Wohl eines ganzen Landstriches unmittelbar befördert wird [1]). Daher tritt in dem Falle, wenn die betreffende Deichbehörde, in Folge ihrer gesetzlichen Befugniß, zur Abwendung größeren Schadens einen Deichdurchstich hat bewirken lassen, die Verpflichtung zur Entschädigung der durch den Durchstich beschädigten Grundbesitzer ein, welche indeß hier dem Deichverbande obliegt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 220 Nr. 53.) und unterm 10. Nov. 1848.
(Koch's Landr. zum §. 75. Einl.)

In gleichem Sinne hat auch der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Febr. 1856 angenommen, daß die Vorschrift des §. 75. sich nicht auf Verfügungen beschränkt, die lediglich das allgemeine Landes-Interesse betreffen, sondern auch alle Fälle umfaßt, wo der Einzelne Seitens des Staats oder seiner Behörden genöthigt wird, sein besonderes Recht zum Besten anderer Staatsmitglieder aufzugeben oder zu beschränken.
(Entsch. Bd. 32. S. 23, Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 336 Nr. 84.)

IV. Wenn ein Einzelner genöthiget wird, seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle einer Gemeinde aufzuopfern, so ist nicht der Staat, sondern die Gemeinde zur Gewährung der Entschädigung verpflichtet.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. März 1851.

Der §. 75. der Einl. setzt die Aufopferung resp. Beschränkung des Privateigenthums zum allgemeinen Besten voraus; auch kann für den Fall, daß die Vermögens-Einschränkung nicht zum Vortheile des Staates, sondern anderer Bürger gereicht, die Entschädigungsverpflichtung des Staates nicht aus dem §. 31. A. L. R. I. 8. hergeleitetet werden, da hiernach der Staat nur für den Schadensersatz Sorge tragen solle, was durch interimistische Anordnungen der Verwaltungsbehörde geschehen kann. Das Präj. Nr. 220. [1]) (v. 8. April 1837) bezieht sich nur auf Feststellung des Verhältnisses der §§. 66. ff. A. L. R. I. 8. zum §. 75. Einl. und auf eine ganz besondere faktische Grundlage, nämlich auf das ergangene Verbot der Polizeibehörde, einen Platz wieder zu bebauen, auf welchem früher mit polizeilicher Erlaubniß bereits ein Gebäude errichtet war. Auch folgt die Entschädigungsverpflichtung des Staates in dem Falle der Aufopferung zum Besten einer Gemeinde nicht aus §§. 4. und 6. des G. v. 11. Mai 1842, §§. 1—3., 10. A. L. R. II. 17. und §. 16. A. L. R. II. 13. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 320. Nr. 71.)

V. Ein Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus aus einer Unterlassung desselben kann nicht aus dem §. 75. begründet werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Juli 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 225 Nr. 109.)

§§. 77. 78. Hälschner, Abhandlung über den Begriff der unerlaubten Selbsthülfe nach dem A. L. R. (J. W. 1836 S. 573.)
Dr. Grattenauer, Abhandlung über die Nothwehr. Breslau bei Korn, 1806. 8. (Vergl. die Recension in Mathis Bd. 3. S. 211.)

§. 78. 1) Das Strafgesetzbuch v. 14. April 1851 erkennt das Verbrechen der Selbsthülfe als ein selbstständiges nicht an, sondern es kann die Selbsthülfe nur als widerrechtliches Eindringen in ein fremdes Besitzthum, oder als Beschädigung, oder als Entwendung verfolgt werden. Dabei kommt der Entschuldigungsgrund, welchen der §. 78. anerkennt, auch jetzt noch zur Anwendung.
(Koch's Landrecht zum §. 78. Einl.)

2) Welcher Schaden ist als ein unwiederbringlicher anzusehen?

a) Bornemann bemerkt mit Bezug auf die Materialien:

Unwiederbringlich ist, wie die Natur der Sache ergiebt und aus den Materialien erhellt, in Bezug auf die vorliegende Materie ein Schaden schon dann, wenn ohne das eigenmächtige Dazwischentreten des Beschädigten der Gegenstand der Beschädigung verloren gehen würde, sollte auch der Ersatz des Schadens an sich nicht unmöglich sein. Daher kann der Bestohlene dem Diebe das Gestohlene in continenti mit Gewalt wieder abnehmen, sollte der letztere dem ersteren auch bekannt und ein begüterter Mann sein. Eben so kann der Eigenthümer jeden, der seine Sache zerstören will, mit Gewalt davon abhalten. Dagegen ist ein Ehemann oder Vater nicht befugt, an dem Schwängerer seiner Ehefrau oder Tochter die im Röm. Rechte erlaubte poena privata auszuüben, wohl aber kann er sich desselben nach Suarez Meinung mit Gewalt bemächtigen, um ihn der Justiz auszuliefern. Überhaupt wird man in dubio immer zu Gunsten dessen entscheiden müssen, welcher sich gegen den durch einen widerrechtlichen Angriff ihm drohenden Verlust mit Gewalt zu vertheidigen sucht, indem es theils ein widernatürliches Verlangen ist, daß Jemand einen solchen Angriff auf seine Person oder Sachen ruhig geschehen lasse, und die Restitution dessen, was er durch Selbstvertheidigung erhalten kann, erst beim Richter nachsuche, theils derjenige, welcher widerrechtlich in den Rechtskreis eines anderen eingrift, keine Begünstigung verdient. Mit Recht trat daher auch Suarez denen, welche jede Selbsthülfe abgeschafft haben wollten, in der rev. monit. entgegen.
(System Bd. 1. S. 423 Anmerk., 2. Ausg. Bd. 1. S. 196 Note 3.)

b) Gräwell stellt als Grundsatz auf, daß die Unwiederbringlichkeit des Verlustes lediglich relativ auf den Gegenstand des Verlustes zu verstehen sei, nämlich, daß dieser Gegenstand verloren sein würde, nicht daß dieser Gegenstand selbst unersetzlich sei.
(Lehre vom Bes. und von der Verjährung Tit. 1. §. 142., Komm. zur A. G. O. Bd. 1. S. 86.)

c) Thöne hält diese Ansicht Gräwell's für richtig, denn wolle man die Zulässigkeit der Selbsthülfe bloß auf einen Schaden beschränken, der juristisch unersetzlich ist, so würde sie gar nicht anwendbar sein. Auch schließe der Wortverstand jene Interpretation

[1]) In dem Aufsatz im Centralbl. 1838 S. 228 wird in dieser Beziehung auszuführen gesucht, daß es in der Entschädigungsverbindlichkeit des Staates keinen Unterschied mache, ob die Maßregel von dem Landesherrn, oder von einer Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse getroffen worden sei. Dies gelte auch bei Maßregeln von bloß örtlichem Interesse, wobei jedoch die Entschädigungsbeträge von denjenigen, zu deren Nutzen die Maßregel gereiche, wieder eingezogen werden könnten. In einem solchem Falle könne der Entschädigungsberechtigte an den besonderen Fonds, welcher zu dem Ende von den betr. Orten und Distrikten aufzubringen, verwiesen werden.

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 29—31. u. 66. ff.

nicht aus, und die Anwendungen des Prinzips bei der Pfändung und dem Besitze ergäben, daß der Gesetzgeber keinesweges eine absolute Unersetzlichkeit des Verlustes vor Augen gehabt habe. Es sei dies übrigens quaestio facti, welche in jedem einzelnen Falle nach den Umständen ermessen werden müsse. (Fund. Lehren Bd. 1. S. 238.)

d) Temme hält denjenigen Schaden für unwiederbringlich, dessen Ersatz unter den obwaltenden Umständen vernünftigerweise nicht erwartet werden kann. (Lehrb. des Civ. R. Bd. 1. S. 187.)

e) Koch ist der Ansicht, daß der Meinungsstreit: ob unter der Unwiederbringlichkeit des Schadens eine absolute, oder eine relative, oder auch nur eine vermeintliche, oder doch vernünftigerweise befürchtete, zu verstehen, bei der veränderten Beweistheorie unerheblich sei; es komme lediglich auf die Ueberzeugung des Richters an: ob der Selbsthelfer ein Recht, und nach den Umständen, sowie der Persönlichkeit des Verletzten eine Gefährdung an seinem Rechte zu befürchten vernünftigen Grund hatte, wenn er nicht eingeschritten wäre.

(Landr. Bd. 1. zum §. 78. Einl.)

§. 79. Vergl. Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850. Art. 7. u. 8. (s. zum A. L. R. II. 13.)

§. 80. K. O. v. 4. Dec. 1831, betreffend die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen [1]).

Da Ich die im Berichte des Staatsmin. v. 16. v. M. für die Gerichte abgefaßte Belehrung über den in vorkommenden einzelnen Fällen nicht beobachteten Unterschied zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen, den Landesgesetzen und der Landesverfassung überall gemäß finde: so genehmige Ich dieselbe und will, daß sie auf gesetzlichem Wege bekannt gemacht werde.

Das Staatsmin. hat daher den zurückerfolgenden Bericht nebst Meinem gegenwärtigen Befehle durch die G. S. zur öffentlichen Kenntniß und zur Befolgung der Gerichte zu bringen.

Berlin, den 4. Dec. 1831. Friedrich Wilhelm.

An das Staatsmin.

Ew. K. Maj. allergn. Befehle v. 9. Juni d. J. zufolge, sind wir über die Belehrung in Berathung getreten, welche den Landesger. in Beziehung auf den Unterschied zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen, der in mehreren Fällen mißverstanden worden ist, auf den Grund der G. und Verfassung des Landes, nach den Allerh. Bestimmungen ertheilt werden soll, ohne die Berichtigung solcher Mißverständnisse von der Vollendung der Revision des A. L. R. abhängig zu machen.

Wir verfehlen nunmehr nicht, unsern Bericht hierüber ehrfurchtsvoll zu erstatten.

Was zu den Hoheitsrechten des Staats-Oberhauptes gehöre, und was unter dem Fiskus zu verstehen sei, ist in dem Tit. 13. u. 14. des II. Thls. des A. L. R. genau bestimmt, und die Ger. dürfen nur hierauf hingewiesen werden, um die hin und wieder vorgefallene Verwechselung des Landesherrn und des Fiskus zu vermeiden. Auch ist, nach den uns vorliegenden Verhandlungen darüber, kein Zweifel angeregt, daß ein privatrechtlicher Widerspruch wider den Akt des Hoheitsrechts selbst nicht stattfinde, wohl aber ist behauptet worden, daß ein Anspruch aus den Folgen und Wirkungen dieses Akts nicht wider die Person des Landesherrn, sondern wider das Staatsvermögen, Behufs der Entschädigung zulässig sei. Aus dieser irrthümlichen Ansicht ist, beispielsweise, das Verfahren der Ger. hervorgegangen, die sich für kompetent hielten, eine Klage wider den Fiskus auf Ersatz erlittener Kriegsbeschädigungen anzunehmen und über den Anspruch zu entscheiden. Allein so wenig der Souverain, in Ausübung seiner Hoheitsrechte selbst, von der Einwirkung irgend einer Gerichtsbarkeit abhängt, so wenig hat derselbe die Folgen dieses Gebrauchs seiner Rechte in einem gerichtlichen Verfahren zu verantworten, und die Meinung, als ob in solchen Fällen der Anspruch nicht wider den Souverain, sondern wider den Fiskus gerichtet sei, beruht auf einer gänzlichen Verwechselung der Rechtsverhältnisse; denn theils kann eine rechtliche Verbindlichkeit des durch die fiskalische Behörde vertretenen Staatsvermögens, die aus einem Akte des Souverains abgeleitet wird, nicht anders erörtert und entschieden werden, als daß das Recht des Souverains, diesen Akt vermöge seiner Landeshoheit auszuüben, der gerichtlichen Kognition unterworfen wird, welches als unstatthaft anerkannt ist, und bei der Unabhängigkeit des Souverains, der als solcher keinen Gerichtsstand vor den Landesger. hat, unausführbar sein würde, theils ist weder der Fiskus verpflichtet, weil er die Handlung des Souverains nicht zu verantworten hat, noch die fiskalische Behörde zur Einlassung auf den Prozeß legitimirt, weil sie nicht zur Vertretung der Hoheitsrechte des Souverains bestellt ist. Hiernach sind namentlich die wider den Fiskus, in vermeintlicher Vertretung einer einzelnen Provinzial-Verwaltungsbehörde, angestellten Klagen auf Ersatz eines Schadens aus den Zufällen des Krieges, und aus dem Besteuerungsrechte, so wie solche Ansprüche an den Fiskus der Kompetenz der Gerichte gesetzlich entzogen worden, deren Verhandlung vor Gericht die Folge gehabt haben würde, über das Hoheitsrecht des Staats-Oberhauptes zum Abschlusse von Verträgen mit fremden Staaten und zu Bestimmungen über die Maßgaben ihrer Erfüllung in privatrechtliche Erörterungen verfassungswidrig einzuschreiten. Soviel wir übrigens aus den uns vorliegenden Verhandlungen ersehen, sind es einige Bestimmungen in der Einl. zum A. L. R., die das Mißverständniß der Gerichte hauptsächlich veranlaßt haben. Wenn nämlich in den §§. 73—75. verfügt wird, daß das Privatinteresse der Einzelnen dem Gemeinwohl aufgeopfert, der Einzelne dagegen für den erleidenden Verlust vom Staate entschädigt werden müsse; so hat man dieser Bestimmung hin und wieder den Sinn beigelegt, als ob der Landesherr sich verpflichtete, diejenigen zu entschädigen, deren Privatinteresse durch die Ausübung seiner Hoheitsrechte gefährdet wird.

Allein davon abgesehen, daß eine solche Auslegung des A. L. R., dessen Vorschriften auf privatrechtliche Verhältnisse beschränkt sind (§. 1. der Einl.) über seine Grenzen hinaus zu einem unfruchtbaren und unausführbaren Resultate führen würde, wie sich namentlich bei Ausgleichung der Kriegsschäden und bei Vollziehung der Steuergesetze genügend ergiebt, darf man nur nicht außer Acht lassen, daß der Landesherr hier, als Gesetzgeber, zu seinen Unerthanen spricht, um in den erwähnten Bestimmungen den einfachen Grundsatz zu finden: daß, wenn das Interesse der Gesammtheit der Einwohner des Staats eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigenthum des Einzelnen gefährdet, die Entschädigung des Einzelnen aus dem Gesammtvermögen zu leisten sei. Dieser allgemeine Grundsatz wird an mehreren Stellen des A. L. R. auf spezielle Rechtsverhältnisse angewendet, wie beispielsweise §§. 29—32. Tit. 8. Thl. I., §§. 4—11. Tit. 11. Thl. I. Jederzeit dagegen, wenn der Landesherr erforderlich gefunden hat, eine Maßregel der innern Verwaltung unmittelbar durch einen Akt der Gesetzgebung anzuordnen, und wenn hierbei ein Bedürfniß vorhanden gewesen ist, dem Privatinteresse vorzusehen, ist die Verpflichtung zum Schadenersatze aus dem Staatsvermögen besonders festgesetzt worden, wie z. B. im Zollgesetz v. 26. Mai 1818 §. 19. In allen dergleichen Fällen findet daher entweder aus dem allgemeinen Grundsatze §. 75. der Einl. zum A. L. R., oder aus speziellen Vorschriften des Gesetzgebers ein Entschädigungsanspruch an das Staatsvermögen im fiskalischen Civilprozesse wider die betreffende Verwaltungsbehörde statt.

Auch die Vorschrift im §. 80. zum A. L. R., nach welcher Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats und seinen Unterthanen bei den ordentlichen Gerichten erörtert und entschieden werden sollen, ist mißverstanden worden. Im vorhergehenden §. 79. wird der Grundsatz aufgestellt: daß die Entscheidung vorfallender Streitigkeiten denjenigen Gerichten überlassen werden müsse, welche einem jeden Einwohner des Staats durch die G. angewiesen sind. Im §. 80. wird dieser Grundsatz auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Landesherrn angewendet, um auszudrücken, daß auch für diese kein spezieller und außerordentlicher Gerichtsstand stattfinden dürfe, daß also Prozesse des Landesherrn aus fiskalischen Rechten und Nutzungen (§§. 11. u. f. Tit. 14. Thl. II. A. L. R., §. 1. Tit. 35. Prozeß-Ordnung) und aus Privathandlungen (§. 18. Tit. 13. Thl. II. A. L. R.) den ordentlichen Gerichten zu überweisen sind. Zwischen dem Oberhaupte des Staats, als solchem, und den Unterthanen giebt es weder Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, noch ein Landesgericht, welches darüber zu entscheiden hätte.

Ew. K. Maj. unterwerfen wir, nach diesen auf den Landesgesetzen und der Landesverfassung gegründeten Belehrungen, die Landesgerichte ohne Ausnahme Allerh. anzuweisen, daß sie innerhalb der durch die G. und die Gerichts-Ordnung ihnen vorgezeichneten Grenzen das prozessualische Verfahren und die richterliche Entscheidung wider fiskalische Behörden in Vertretung der Staatsverwaltung auf Gegenstände des Privatrechts beschränken, und sich enthalten, Gegenstände des Majestätsrechts auf das Gebiet privatrechtlicher Verf. zu ziehen.

Berlin, den 16. Nov. 1831. Das Staatsministerium.

(G. S. 1851 S. 255—258.)

§§. 82—87. Quellen des Rechts.

§. 85. Die »Gesetze«, wodurch nach §. 85. die aus Handlungen oder Begebenheiten entspringenden Rechte bestimmt werden, sind die Gesetze der Gerichtsbarkeit des Handelnden.

Erkannt von dem Trib. zu Königsberg unterm 30. Sept. 1826. (Simon's R. Bd. 2. S. 377.)

Koch hält diesen Satz in seiner Allgemeinheit für falsch. (Koch's Landr. zum §. 85. Einl.)

[1]) Vergl. über diese K. O.: Klüber, die Sebstständigkeit des Richteramts ꝛc. Frankfurt a. M. 1832 S. 129 ff., (auch abgedruckt in Müller's Arch. für die neue Gesetzgebung aller Deutschen Staaten, Hft. 2. S. 201 ff.); Dr. Wiedemann, eine polemisch affirmativ beantwortete Frage gegen die Negative des Publicisten Klüber, Merseburg 1832; v. Lichtenberg, Auff. in der J. Z. 1832 S. 546 ff.; Bielitz, ebendas. S. 968; Thöne, Fund. Lehren Bd. 1. S. 221; Auff. im Centralbl. 1837 S. 438—445.

§. 87. 1) Die unerlaubten Handlungen, welche das positive Gesetz ausdrücklich verbietet, sind unerlaubte Handlungen im engeren Sinne und ziehen außer der Pflicht zur Entschädigung Strafe nach sich; die durch das natürliche Gesetz verbotenen Handlungen haben nur civilrechtliche Folgen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. April 1846. (Entsch. Bd. 13. S. 505 ff.)

Koch hält das Letztere für richtig, das Erstere nicht, indem er bemerkt:

Es giebt viele durch das positive G. verbotene Handlungen, welche nicht Strafe nach sich ziehen, sondern nur civilrechtliche Folgen haben; der Ausdruck: »unerlaubte Handlungen« wird in den G. bald zur Bezeichnung des Gattungsbegriffs, bald für strafbare, bald für bloß widerrechtliche Handlungen gebraucht. Der Tit. 6. Thl. I. A. L. R. bezieht sich auf den Gattungsbegriff, mithin sowohl auf strafbare Handlungen, als auf bloße Rechtswidrigkeiten. Es muß, wenn der Ausdruck »unerlaubte Handlungen« in einem G. vorkommt, jedesmal aus seiner Beziehung der Sinn entnommen werden, in welchem er gebraucht wird. (Koch's Landr. zum §. 87. Einl.)

2) Der IV. Sen. des Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 7. Juni 1853 aus, daß eine Handlung nur dann unerlaubt sei, wenn das Gesetz sie besonders verbietet, nicht aber, wenn sie bloß gegen eine kontraktliche Verpflichtung anstößt.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 251 Nr. 51.)

Dies hält die Redaktion des Arch. aus den von Koch (s. oben zu 1.) entwickelten Gründen für unrichtig; in der Regel sei nach der Sprache des A. L. R. unter einer unerlaubten Handlung jede rechtswidrige Handlung zu verstehen. (a. a. O. S. 252 Note.)

3) Die Abschließung eines Vertrages, welcher gesetzlicher Vermuthung zufolge als zur Verkürzung des Gläubigers des Veräußernden errichtet angesehen wird, ist an sich keine unerlaubte Handlung, für deren Folgen die Theilnehmer dem Berechtigten solidarisch haften.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 104 Nr. 25.)

§§. 88 — 94. Ausübung der Rechte.

§§. 88. u. 94. Ueber die Verpflichtung der unterliegenden Partei zum Schadensersatz wegen der auf ihren Antrag aus dem noch nicht rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse erster Instanz vollstreckten Exekution, sowie aus der prozessualischen Geltendmachung ihrer Rechte vergl. die Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 12. Okt. 1855 (Entsch. Bd. 31. S. 9) und des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Juni 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 17. S 247 Nr. 51.) in den Erg. zum A. L. R. I. 6. §§. 36. u. 37.

§. 89. 1) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Okt. 1852 folgert aus dem §. 89. den Satz, daß die Auflösung einer Korporation der Verfolgung unbefriedigter Ansprüche nicht entgegenstehe, sondern Behufs Erörterung solcher Ansprüche eine Vertretung der Körperschaft gebildet werden müsse.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 102 Nr. 18.)

2) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 4. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 177).

§§. 92 — 94. 97. Ueber die Verpflichtung des Eigenthümers zur Vergütigung des Schadens, welcher aus dem Betriebe von Gewerben entsteht, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Juni 1852 (Präj. Nr. 2382.) in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 27. u. 28.

§. 94. Den Gesetzen gemäß übt Jemand sein Recht nur dann aus, wenn er gleichzeitig das leistet, was ihm seinerseits dabei etwa obliegt. Der Bergbauende z. B. übt sein Recht auf gesetzmäßige Weise nur dann aus, wenn er gleichzeitig seine Verbindlichkeit, die Grundinteressenten für Alles, was ihnen durch die Unternehmung entgeht, vollständig zu befriedigen, erfüllt.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. März 1839 (Entsch. Bd. 4. S. 359) und dem Pl. Beschl. v. 18. April 1843. (Präj. Nr. 1284.) (Entsch. Bd. 9. S. 101.)

§§. 95—98. Kollision.

Rintelen, Abhandl. über den §. 95. (Jahrb. Bd. 30. S. 100.)
Schröter, Abhandl. von der Kollision der Rechte. (J. Z. 1832 S. 1111 ff., Civil. Verf. S. 218 ff.)

§§. 99 — 101. Uebertragung der Rechte.

§. 99. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 21. Sept. 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 246.)

§§. 102—108. Verlust der Rechte.

§§. 105. 106. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 381.

Erster Theil.

Erster Titel.
Von Personen und deren Rechten überhaupt.

Suarez, in der Abhandlung: Inhalt der Preuß. Landesgesetze. Siewert Bd. 1. S. 15 ff.
Bemerkungen eines Ungenannten über Tit. 1. Thl. I. des A. L. R. Stengel Bd. 1. S. 173—181.
Göschel, zerstreute Blätter rc., Bd. 1. S. 208 ff. (Quid est persona?)

§§. 2—9. Personenrechte.

§. 7. Vergl. Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 3. u. 4. (s. zum A. L. R. II. 13.)

§. 8. Das Publikum, als solches, hat keine juristische Persönlichkeit und kann daher nicht Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein.

Hiervon gehen folgende Entscheidungen aus:

1) Erk. des Ob. Trib. v. 22. Sept. 1831.

Das Publikum eines Ortes ist weder in der Qualität einer Gemeinschaft, noch in der einer Gesellschaft, noch endlich in der einer Korporation oder Gemeine als ein Subjekt von Rechten anzusehen; denn das Publikum existirt nicht als eine reale Verbindung der vielen damit bezeichneten Individuen zu einer Einheit und moralischen Person, sondern es existirt nur als eine ideelle Einheit in der Vorstellung und so und nicht anders ist es auch in dem A. L. R. (§§. 211., 413., 1395., 1495. Tit. 20. Thl. II.) aufgefaßt.
(Simon R. Bd. 4. S. 288.)

2) Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Febr. 1848 und v. 12. Jan. 1852.

Da das sogenannte Publikum niemals eine juristische Persönlichkeit sein kann, so kann dasselbe auch niemals unmittelbar oder durch Vertreter etwas erwerben, besitzen oder klagend verfolgen. In den §§. 1—9. Einl., §§. 6. u. 169. A. L. R. I. 17., und §§. 1., 11., 22. u. 25. A. L. R. II. 6. sind folgende Gegensätze enthalten:

a) Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten ist zunächst der Mensch, als physische Person gedacht.
b) Im weiteren Sinne können mehrere Personen, als eine Einheit betrachtet, ein solches Subjekt bilden. Dazu ist aber nöthig, daß sie eine Gemeinschaft im Sinne des G. bilden. Das G. erkennt aber eine solche Gemeinschaft nur an bei gemeinschaftlichen Eigenthümern (A. L. R. I. 17.) und bei Gesellschaften und Korporationen. (A. L. R. II. 6.)

Das gesetzliche Band, welches die Mehrheit gesetzlich als eine Einheit erscheinen läßt, ist in Beziehung auf das Publikum vom G. nicht anerkannt. Das Publikum ist ein Aggregat rechtsfähiger Individuen, aber als Publikum rechtsunfähig, rechtlos. Deshalb giebt es auch im gesetzlichen Sinne keine Mitgliedschaft, mithin auch kein Mitglied des Publikums.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 352 Nr. 172., Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 244 Nr. 54.)

3) Das Recht auf einen Fußpfad in einer Flur von Privatgrundstücken kann nicht von der Gemeinde klagend verfolgt, sondern nur von der Polizeibehörde geschützt werden.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 4. Dec. 1852. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 223.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 81. u. 82. Zus. 1—4.

§§. 10—13. Rechte der Ungeborenen.

§. 10. Die Materialien geben darüber keine Auskunft, was im §. 10. unter den „allgemeinen Rechten der Menschheit" zu verstehen sei. Nach der Bemerkung des Gesetzrevisors kann darunter nichts Anderes verstanden werden, als daß nichts geschehen dürfe, was die Geburt gefährde.
(Gesetzrev. Pens. XV. Mot. zu §. 1. des Entw. S. 130.)

§. 12. Können noch Ungeborene durch einen ihnen bestellten Kurator Verträge schließen und Rechte erwerben?

Diese Frage kam in einem solchen Falle zur Sprache, wo es sich von anderweitiger Belegung eines zu Gunsten der etwanigen ehelichen Nachkommenschaft einer eingesetzten Erbin mit der fideikommissarischen Substitution belasteten Hypotheken-Kapitals handelte. Die Erbin wollte diese anderweitige Sicherstellung in der Art bewirken, daß sie ein auf ihrem eignen Grundstücke haftendes, durch Befriedigung des Gläubigers zu ihrer Disposition gestelltes Kapital, mit Vorbehalt ihres Zinsgenusses für ihre Lebensdauer, ihren durch einen Kurator vertretenen noch ungebornen Leibeserben (unter gewissen auf den Inhalt des Testaments bezüglichen Modalitäten) cedirte. Die Hyp. Dep. des St. G. zu Berlin lehnte indeß die von der Vormundschaftsbehörde beantragte Eintragung dieses Geschäftes ab, weil Nascituren, als nicht existente Personen, auch durch einen ihnen bestellten Kurator keine Verträge schließen könnten, welches aus den Vorschriften der §§. 11. u. 12. h. t., §§. 371. ff., A. L. R. I. 9. §. 44., A. L. R. II. 4. u. §. 14. des G. v. 15. Febr. 1840 hergeleitet wurde. Das Kurmärk. Pup. Kolleg. war indeß der Ansicht, daß dies Bedenken nicht begründet sei, indem das Gesetz unter den, den noch nicht geborenen Interessenten vorzubehaltenden Rechten auch die Fälle begreife, wo künftigen Geschlechtern wirkliche Rechte auch formell konstituirt werden müssen, sobald sich dergl. materiell bereits ergeben, wie dies bei allen fideikommissarischen Bestimmungen und Familien-Fideikommissen der Fall sei. Das Kammerger. trat dieser letzteren Ansicht bei und wies die Hyp. Dep. des Stadtger. zur Eintragung an.

Dr. Jakobi hält indeß die Meinung der Hyp. Dep. für die richtige. Nachdem er zuvörderst aus den Vorschriften des Röm. Rechtes deduzirt hat, daß die Rechtsfähigkeit eines Menschen nicht anders, als durch dessen vollendete Geburt bestimmt werden könne, und daß dem posthumus nur seine Rechte reservirt werden könnten, daß derselbe aber nicht selbst rechts- und erwerbsfähig sei, mithin auch der Kurator nicht für ihn wirklich erwerben und Verträge schließen könne, sucht er zu zeigen, daß diese Grundsätze auch im Preuß. Rechte Anerkennung gefunden haben, worüber er auf die Vorschriften des A. L. R. Einl. §. 82., I. 1. §§. 10—12., I. 9. §§. 371., 372., 380., I. 12. §. 43., II. 4. §§. 44., 41. u. 42., die K. O. v. 5. Sept. 1835 und das G. v. 15. Febr. 1840 §. 14. Bezug nimmt. Nirgends sei in den Gesetzen einem noch Ungeborenen irgend eine Rechts- und Erwerbsfähigkeit, nirgends eine Persönlichkeit zugestanden, vielmehr ergebe der Inhalt und Zusammenhang der erwähnten Gesetze das Gegentheil. Dem noch Ungeborenen würden also Rechte weder konstituirt, noch konservirt, sondern nur reservirt, und erst mit der vollendeten Geburt trete der Nachgeborene in die ihm vorbehaltenen Rechte. Hieraus folge, daß auch der Kurator eines Nasciturен für denselben, vor der wirklichen Geburt, nicht eigentlich handelnd auftreten könne, und daß die Maßregeln, die er ergreife, nur vorbereitende seien und er hauptsächlich nur darauf zu sehen habe, daß Rechte, welche den etwa Nachgeborenen schon jetzt anfallen würden, wenn sie bereits geboren wären, ihnen, für den Fall der Geburt, ungeschmälert vorbehalten bleiben. Die oben aufgestellte Frage sei daher zu verneinen. (J. W. 1842 Bd. 591. ff.)

Koch führt aus:

Die Bestimmung des §. 12. hat, (von gleichen Grundsätzen, wie das Röm. Recht ausgehend), den Sinn, daß in ganz einzelnen und beschränkten Rechtsbeziehungen ein Ungeborener, gegen die Regel, als ein schon vorhandenes Subjekt fingirt wird. Der im §. 12. erwähnte Vorbehalt bezieht sich nur auf die Standesverhältnisse (A. L. R. II. 2. §§. 22—24.) und auf Erbfolge (A. L. R. I. 9. §§. 371. ff., I. 12. §. 527., II. 2. §. 444., II. 4. §. 95., I. 11. §. 1113. ff.) und kann weder analog auf andere Verhältnisse ausgedehnt, noch auch in etwas Anderes, etwa in eine wahre Erwerbung umgewandelt werden. Der zu bestellende Kurator, welcher nicht eigentlich eine Person vertritt, sondern nur einem Verwahrer ähnlich ist, befindet sich nicht in der rechtlichen Lage, Namens einer nicht existenten Person Verträge oder andere Rechtsgeschäfte zu schließen, sondern ist nur im Stande, im eigenen Namen diejenigen Rechtsgeschäfte einzugehen, welche zur Wahrung des ihm anvertrauten Rechtes nothwendig sind, und welche, wenn der künftige Mensch zur Welt kommt und er von dem ihm vorbehaltenen Rechte Gebrauch machen will, mit übernommen werden müssen.

Er tritt deshalb der Ansicht des Dr. Jakobi bei.

(Landr. Bd. 1. zum §. 12. h. t.)

§. 13. 1) Dienen außer der Stimme auch noch andere Zeichen als Beweis, daß das Kind lebendig geboren worden?

a) Der Gesetzrevisor bemerkt:

Das O. L. G. zu Naumburg will (der Bestimmung des §. 13.) hinzufügen: »oder sich durch Wahrnehmung anderer Umstände, welche nach dem Gutachten der Sachverständigen untrügliche Zeichen des Lebens sind, von dem Leben des Kindes die erforderliche Gewißheit verschafft haben.«

»Denn die Gründe, warum das A. L. R. vom neueren Röm. Recht und dem Corp. jur. Frideric. P. I. lib. I. tit. 4. §. 4., wonach der Laut nicht der einzige Beweis des Lebens ist, wieder zur Ansicht des Sachsenspiegels (lib. I. art. 33.) und des älteren Röm. Rechts, welche den Beweis des Lebens allein vom Schreien abhängig machen, zurückgekehrt sei, wären schwer zu erkennen. Nach dem jetzigen Standpunkte der gerichtlichen Medizin und der hohen Stufe der Ausbildung, auf welcher die Beweistheorie stehe, dürfte der Ansicht des neuen Röm. Rechts unzweifelhaft der Vorzug einzuräumen sein, da die Wissenschaft über andere eben so untrügliche Zeichen des Lebens, die den Zeugen in den Sinn fallen könnten, z. B. Oeffnen der Augen, Ansaugen 2c. hinlängliches Licht verbreite, und daher gegenwärtig kein Grund mehr anzunehmen sei, warum die Zeugen allein auf den Sinn des Gehörs beschränkt und ihnen nicht auch der Sinn des Gesichts frei gelassen werden solle.«

Aber es fragt sich, ob die Voraussetzung des Monitums gegründet ist.

In dem Projekt des Herrn v. Grolman lautete der Paragraph allerdings dahin: »Für lebendig ist das Kind zu halten, sobald der Geburtshelfer, Hebamme oder andere bei der Geburt gegenwärtig gewesene, unverdächtige Personen bezeugen, daß sie dasselbe schreien gehört haben.«

(Mat. Bd. 72. F. 1v. der 2. Serie in marg. §. 13.)

Und Suarez bemerkte dabei in der Rev. mon. bloß:

»ist beizubehalten.« (Mat. Bd. 80. F. 96v.)

Aber die Fassung hat er doch geändert, obgleich die Gründe nicht angegeben sind. Hevolke in seinen Studien zum Preuß. Recht (S. 15) meint, aus dem Worte »schon« schließen zu können,

daß nicht bloß das schreiende Kind, sondern jedes schreiende Kind, außerdem aber auch jedes andere für lebendig geboren gelten soll, wenn sonst sichere Lebenszeichen erwiesen sind.

Dazu kommt, daß das Gegentheil eine nicht zu vermuthende Abweichung vom geltenden Röm. Rechte gewesen sein würde. Indessen kann dies »schon« auch so viel heißen, daß alsdann keine Obduktion nöthig sei.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 4. des Entw. S. 134, 135.)

b) **Koch** (Komm. zum Landr. §. 13.) und **Thöne** (Fund. Lehren Bd. 1. S. 281) sind gleichfalls der Meinung, daß andere Lebenszeichen als Beweis nicht ausgeschlossen werden könnten. Dagegen hält

c) **Bielitz** (Komm. Bd. 1. S. 228) das Schreien des Kindes für die einzige zulässige Art des Beweises.

d) Strombeck bemerkt, es sei hinreichend, wenn zwei glaubwürdige Zeugen das Schreien des Kindes bekundeten. Hätten dieselben das Schreien des Kindes nur gehört, ohne es zu sehen, so werde es immer auf einen nothwendigen Eid ankommen, der in Sachen dieser Art gleichfalls zulässig sei.

(Erg. des A. L. R. Bd. 1. S. 102 Anm. 26.)

2) R. v. 19. Dec. 1796. Zu den glaubwürdigen Zeugen müssen auch Eltern und Ascendenten gerechnet werden, wenn sie nur kein mittelbares oder unmittelbares Interesse dabei haben, daß das Kind lebendig geboren ist. (Stengel Bd. 4. S. 270, Rabe Bd. 3. S. 642.)

3) Findet nach dem A. L. R. die Vermuthung statt, daß ein gehörig ausgetragenes Kind lebendig geboren sei?

Verneint in Gruchot's Beiträgen Bd. 1. S. 122.

§§. 14—16. Rechte der Zwillinge.

Der Gesetzrevisor theilt mit, daß in dem Entwurfe des Herrn v. Grolman (Mat. Bd. 72. F. 1v. d. 2. Serie) der Zwillinge keine Erwähnung geschehen. Suarez habe bei der Revision die §§. 14—16., wie sie im Wesentlichen noch jetzt lauten, supplirt und dabei nur bemerkt:

»Es könnte zwar scheinen, als ob in diesem Falle (nämlich, wenn nicht auszumitteln, welches Kind zuerst geboren) bei einer res dividua beide zu gleichen Theilen an dem Vorrecht der Erstgeburt participiren müßten. Dies dürfte aber in den meisten Fällen, z. B. bei Primogeniturgütern, zu vielen Inkonvenienzen und Verwirrungen Anlaß geben.«

(Mat. Bd. 80. F. 96v.—97.)

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 5—7. des Entw. S. 136.)

§§. 17. 18. Rechte der Mißgeburten.

Temme ist der Ansicht, daß man rücksichtlich der, hier nicht näher angegebenen Erfordernisse der menschlichen Form und Bildung auf das Gutachten von Sachverständigen oder event. auf das Röm. Recht rekurriren müsse, nach welchem ein menschliches Haupt erfordert werde.

(Civ. R. S. 10, 11, Lehrb. des Civ. R. Bd. 1. S. 63.)

§§. 19—23. Rechte der Zwitter.

1) Der Verfasser des Aufsatzes in der J. Z. 1836 S. 228 ist der Ansicht, daß der Zwitter nach der wörtlichen Fassung der §§. 19—23. in der Wahl variiren könne, obwohl er anderseits ebenfalls nachgiebt, daß hieraus nothwendigerweise Abnormitäten entstehen müssen.

2) Wenn nach dem Gutachten der Sachverständigen beide Geschlechter bei dem Zwitter gleich befunden werden, wird nach der Analogie des §. 16. h. t. das Loos entscheiden müssen.

(Bemerk. eines Ungenannten in Stengel Bd. 1. S. 177—178.)

§. 24. Unterschied der Geschlechter.

1) Abhandlung über die Frage, ob das weibliche Geschlecht mit dem männlichen durchgehends gleiche Rechte haben muß?

(Klein Bd. 17. S. 202.)

2) Die Geschlechtsvormundschaft, in sofern überhaupt eine solche nach den Partikularrechten der Preuß. Monarchie früher bestanden hat[1]), findet gegenwärtig nicht statt:

A. vermöge der Dazwischenkunft der fremdherrlichen Gesetzgebung in allen Landestheilen, in welchen das Franz. Civilgesetzb. vorübergehend Gesetzkraft hatte, also:

a) in den Landestheilen auf dem linken Ufer der Elbe, welche

α) zu dem Königreiche Westphalen,

β) zu den Französischen Departementen und

γ) zu dem Großherzogthum Berg

gehört haben.

(Pat. v. 9. Sept. 1814 wegen Wiedereinführ. des A. L. R. 2c. in die vom Preuß. Staate getrennt gewesenen 2c. Landestheile, §. 2.)

b) in dem zu dem Herzogthum Warschau (Besitzergreif. Pat. v. 15. Mai 1815 [G. S. 1815 S. 45]) gehörig gewesenen Theilen des Großherzogthums Posen.

(Pat. v. 9. Nov. 1816 wegen Wiedereinf. der Preuß. G. in das Großherzogthum Posen, §. 2.)

B. Vermöge spezieller Aufhebung:

a) in der Provinz Brandenburg:

α) in den auf dem rechten Elbufer belegenen Theile des Herzogthums Magdeburg;

(V. v. 22. Jan. 1826, G. S. 1826 S. 13.)

β) in dem ehemals zum Magdeburgschen gehörig gewesenen, seit 1772[2]) der Kurmark einverleibten Luckenwaldeschen Kreise;

(K. O. v. 20. Mai 1826, G. S. 1826 S. 47.)

γ) in denjenigen Kreisen der Neumark, in welchen sie noch bestand. (K. O. v. 27. Juli 1832, G. S. 1832 S. 205.)

[1]) In mehreren Landestheilen war dieselbe von jeher unbekannt, namentlich in Westphalen. Vergl. Klöntrup Beitr. zu einer Revision der bisherigen Theorie von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten 2c. S. 127.

[2]) Vergl. v. Kamptz Provinz. R. Bd. 1. S. 20 §. 11.

b) In der Provinz Schlesien.
(K. O. v. 30. Aug. 1833, G. S. 1833 S. 96.)

c) In der Provinz Westpreußen[1]).
(K. O. v. 28. Juni 1829, G. S. 1829 S. 52.)

d) In der Provinz Pommern in dem, dem Reg. Bez. Köslin überwiesenen Lauenburg-Bütowschen Kreise, und in den, dem ersteren einverleibten Westpreuß. Enklaven[2]) (K. O. v. 13. März 1830, G. S. 1830 S. 24), sowie in den mit Lübischem Rechte bewidmeten Städten Neu-Vorpommerns.
(G. v. 6. März 1855, G. S. S. 176.)

Was die vormals Königl. Sächsischen Landestheile betrifft, so bemerken:

α) das R. v. 25. März 1817 nebst Publik. des O. L. G. zu Naumburg v. 11. ej. m., daß (mit Rücksicht auf das P. P. v. 15. Nov. 1815 §§. 2. u. 3) seit dem 1. März 1817 die durch die Preuß. Gesetze nicht vorgeschriebene allgemeine Geschlechtsvormundschaft wegfällt; (Jahrb. Bd. 9. S. 194, Gräff Bd. 1. S. 10.)

β) das Publik. des Kammerger. v. 21. Juli 1817, daß in den vormals Sächsischen, jetzt zum Dep. des Kammerger. gehörigen Ortschaften die cura sexus da, wo sie sich auf das gemeine Sachsenrecht gründet, aufgehört hat; wogegen dieselbe an den Orten fortbesteht, wo sie sich auf Gesetze gründet, denen die Eigenschaft von Provinzialgesetzen beiwohnt, die bloß für einen einzelnen Distrikt oder Ort gegeben sind. (Jahrb. Bd. 10. S. 43.)

§. 26. (Dauer der Minderjährigkeit[3]).

1) Bei Redaktion des Allgemeinen Gesetzbuches war der Zeitpunkt der Großjährigkeit in den verschiedenen Provinzen und Landestheilen des Preuß. Staats sehr verschieden. Wegen der daraus entstehenden Inkonvenienzen schlug Suarez in seinem ersten Konzepte §. 468. für Adeliche den terminus majorennitatis allgemein auf 25 Jahr und für Nicht-Adeliche auf 21 Jahr vor. Hiergegen erhoben sich aber alle Mitglieder der Gesetzkomm., indem sie sämmtlich dafür stimmten, einen gleichförmigen Termin für alle Klassen der Staatsbürger festzusetzen. In Bezug auf einen solchen Termin konnten sie sich jedoch nicht einigen. Suarez verblieb bei seiner Ansicht, und nur für den Fall, daß durchaus ein allgemeiner Termin festgesetzt werden solle, bestimmte er sich für das 25ste Jahr, oder, wie er bald nachher sagt, für das 24ste Jahr. Der ganze Streit wurde jedoch damals durch v. Carmer und Klein auf die Weise beseitiget, daß diese die Fassung des §. 468. des Suarezschen Konzeptes dahin abänderten:

»Sobald ein wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft gesetzter Pflegbefohlener seine Volljährigkeit erlangt hat, muß die Vormundschaft aufgehoben werden.«

In dieser Art wurde derselbe dann auch in den §. 494. des gedr. Entw. aufgenommen. Hiergegen erinnerten die Monenten nichts, auch hatte Suarez bei der rev. mon. nichts dabei zu bemerken gefunden; dennoch aber findet sich in dem Manuskripte des A. G. B. die Dauer der Minderjährigkeit in der Regel wieder bis nach zurückgelegtem 25sten Jahre, bei Personen, welche zum Bauernstande gehören oder sich Künsten und Handwerken oder der Kaufmannschaft gewidmet haben, bis nach zurückgelegtem 21sten Jahre festgesetzt. Auf den Grund eines in der Gesetzkomm. gefaßten conclusi ward indeß der terminus majorennitatis bei dem Adel auf den Ablauf des 24sten und bei dem Bürger- und Bauernstande auf

[1]) Bis dahin galt hier die Geschlechtsvormundschaft. Instr. für die Westpreuß. Reg. v. 11. Sept. 1773 §. 13. sub II. Nr. 22. u. 28.
(Rabe Bd. 1. Abthl. 5. S. 726 — 727.)

[2]) Bis dahin galt die cura sexus in diesem Kreise nach der V. v. 14. Okt. 1773, betr. die Einrichtung der Justizverfassung in den Lauenburg- und Bütowschen Distrikten.
(N. C. C. Tom. 5. c. p. 2451 No. 60. de 1773, Rabe Bd. 1. Abthl. 5. S. 766.)

[3]) Das C. R. v. 14. Mai 1852 forderte sämmtliche Obergerichte zur gutachtlichen Aeußerung über die Abkürzung des Majorennitätstermins auf.
(J. M. Bl. 1852 S. 190.)
Vergl. hierüber auch den Gesetz-Entwurf nebst Motiven im J. M. Bl. 1851 S. 178 ff. und den Aufsatz ebendas. S. 339 ff.

den Ablauf des 21sten Jahres festgesetzt. Als aber der Großkanzler v. Carmer in einem Immediatberichte v. 3. Nov. 1790[1]) auf Allerh. Genehmigung der letzteren Bestimmung antrug, ward der Streit durch die K. O. v. 5. ej. m.[2]) dahin entschieden, daß in allen Ständen das zurückgelegte 24ste Jahr die Majorennität bestimmen solle.

So ist diese Bestimmung in das A. G. B. und A. L. R. übergegangen, auch noch durch ein (ungedr.) R. v. 5. März 1792 dahin deklarirt, daß dadurch auch die provinzialrechtlichen Bestimmungen über den Majorennitäts-Termin abgeändert seien. Diese Dekl. wurde indeß nicht befolgt, indem es vielmehr in den meisten Provinzen bei dem früheren Majorennitäts-Termine verblieb[3]). Veranlaßt durch einen Antrag der Stände des Herzogthums Magdeburg auf fernere Beibehaltung des 21jährigen Zeitpunktes, erging hiernächst, nach eingeholtem Gutachten der Ober-Gerichte und Pupillen-Kollegien, die K. O. v 16. Juni 1808 (N. C. C. Tom. XII. b. p. 359, Rabe Bd. 13. S. 782) und das darauf erlassene R. v. 26. ej. m. (Mathis Bd. 6. S. 183, Rabe Bd. 9. S. 221), wodurch die Beibehaltung des in dem A. L. R. festgesetzten Termins des 24sten Jahres verordnet, welches durch eine fernere K. O. v. 22. Nov. ej. a. und das darauf ergangene R. v. 24. ej. m. dahin bestätigt wurde, daß auch in den Provinzen, wo bisher das 21ste Jahr angenommen gewesen, künftig ohne Ausnahme das 24ste Jahr eintreten solle.
(Suarez amtl. Schlußvorträge, Jahrb. Bd. 41. S. 1 — 2, Mot. zum Entw. der Ges. Rev. Pens. VII. S. 44 ff.)

So wurde der bis dahin obwaltende Streit der Meinungen geschlichtet, und in den verschiedenen Publik. Pat. bei Einführung des A. L. R. in den wieder- und neu erworbenen Provinzen ist denn auch ausdrücklich des 24sten Jahres als des allgemein eintretenden Volljährigkeits-Termins erwähnt[4]), für das Fürstenthum Erfurt und Amt Wandersleben aber noch speziell durch die V. v. 1. Aug. 1817 (G. S. 1817 S. 201) und für Neu-Vorpommern und Rügen durch die V. v. 6. Juni 1831 (G. S. 1831 S. 68) der landrechtliche Majorennitäts-Termin eingeführt.

2) R. v. 26. Mai 1794, welches bestimmt, daß der §. 54. der Vormundschafts-Ordn. v. 13. Sept. 1718 (wonach die Minderjährigkeit erst mit dem zurückgelegten 25sten Jahre ihre Endschaft erreicht) nicht als ein für die Kurmark fortbestehendes Prov. Ges., sondern für aufgehoben zu erachten.
(N. C. C. Tom. IX. ad No. 12. des Nachtr. v. 1795 p. 2769, Rabe Bd. 2. S. 638.)

3) Uebereinkunft zwischen der K. Preuß. und der K. Sächs. Reg. in Rücksicht der Großjährigkeits-Erklärung solcher Minorennen, welche im Königreiche und im Herzogthume Sachsen Vermögen besitzen, v. 15. März 1821, wonach die von der Behörde des Landes, in welchem die Hauptvormundschaft anhängig ist, ertheilte venia aetatis in beiden Landestheilen, in sofern nicht Beschränkungen beigefügt sind,

[1]) Vergl. denselben in den Jahrb. Bd. 52. S. 116.

[2]) Vergl. a. a. O. S. 117.

[3]) In dieser Beziehung ergingen unter andern folgende R.:

a) v. 6. Febr. 1796, daß in Ansehung solcher Südpreuß. Einwohner, welche bisher dem gemeinen Sachsenrechte unterworfen gewesen, es bei dem term. maj. dieses Rechtes, nach zurückgelegtem 21sten Jahre, bis zur Publ. des Prov. Gesetzb. sein Bewenden haben, wogegen bei allen übrigen Einwohnern der term. maj. nach dem A. L. R. beurtheilt werden solle. (Stengel Bd. 7. S. 327, Rabe Bd. 3. S. 263.)

b) v. 13. April 1795 an die Magdeburgische Reg., daß der für die dasige Provinz durch die Magdeburgische Polizeiordnung S. 43 §. 36. und nach Prov. Observanz begründete term. maj. v. 21 Jahren bis zur Publ. des Allg. Prov. Gesetzb. beizubehalten.
(N. C. C. Tom. X. p. 1859 No. 9. des Nachtr. 1798, Stengel Bd. 2. S. 295, Rabe Bd. 3. S. 48 — 49.)

[4]) Vergl. Pat. v. 9. Sept. 1814 §. 14. (G. S. 1814 S. 93), Pat. v. 9. Nov. 1816 für die Westpreuß. Distrikte, den Kulm- und Michelauschen Kreis rc. §. 18. (G. S. 1816 S. 222), Pat. v. 9. Nov. 1816 für Posen §. 18. (G. S. 1816 S. 229), Pat. v. 15. Nov. 1816 für die ehemals Sächs. Provinzen u. Distrikte §. 14. (G. S. 1816 S. 237), Pat. v. 25. Mai 1818 für die mit den Preuß. Staaten vereinigten Enklaven (G. S. 1818 S. 45), Pat. v. 21. Juni 1825 für Westphalen rc. §. 21. (G. S. 1825 S. 157).

die Kraft der erlangten Volljährigkeit haben, und dadurch, daß Minderjährige das Land, in welchem die Hauptvormundschaft schwebt, verlassen, in der Führung der Vormundschaft und ertheilten venia aetatis nichts geändert werden soll. (G. S. 1821 S. 39.)

4) K. O. v. 10. Febr. 1825, daß der noch minorenne Soldat in Bezug auf seine freiwillige Entschließung, im stehenden Heere noch fortdienen zu wollen, als großjährig zu betrachten.

Es kommt wiederholentliche Beschwerden darüber zu Meiner Kenntniß, daß die Eltern und Vormünder minderjähriger Soldaten fast immer ihre Zustimmung verweigern, daß letztere nach Ableistung der gesetzlichen Dienstpflicht noch ferner auf einige Jahre dienen und kapituliren dürfen. Bei der Verfassung Meiner Armee ist es aber unumgänglich nothwendig, das Fortdienen und Kapituliren auf jede mögliche Weise zu erleichtern und zu befördern, um bei den Truppen einen Stamm alt gedienter Soldaten zu erhalten, woraus die Beförderung zum Unteroffizier und Feldwebel erfolgen kann. In Erwägung nun, daß in der Regel die Einstellung eines jungen Menschen als Soldat mit dem vollendeten 20sten Lebensjahre erfolgt, und daß derselbe daher seine gesetzliche dreijährige Dienstpflicht mit dem vollendeten 23sten Jahre abgeleistet hat, bestimme Ich hierdurch: daß der Soldat in Bezug auf seine freiwillige Entschließung, im stehenden Heere noch fortdienen zu wollen, als großjährig zu betrachten, und mithin die Zustimmung seiner Eltern und Vormünder hierzu nicht weiter erforderlich ist. (G. S. 1825 S. 15.)

5) Im §. 26. h. t. ist: a) zwischen: »Ortes« und: »der Herkunft« und: b) zwischen: »Herkunft« und: »und des« das Komma zu streichen.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

6) Auch die Prinzen des Königl. Hauses werden erst mit dem zurückgelegten 24sten Jahre volljährig.

(Erk. des Kammerger. und O. Trib. v. 6. Jan., 19. Mai und 4. Dec. 1806, Mathis Bd. 8. S. 109.)

7) Tritt die Volljährigkeit ein, sobald Jemand seinen 25sten Geburtstag erreicht hat, oder erst dann, wenn er die Stunde erreicht, in der er vor 24 Jahren geboren ist?

Ersteres behauptet Gruchot auf Grund der nicht auf Verträge zu beschränkenden Vorschrift des §. 18. A. L. R. I. 5.

(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 123—124.)

Anh. §. 3. (Großjährigkeit der Juden[1]). Das Ed. v. 11. März 1812, betr. die bürgerl. Verhältnisse der Juden in dem Preuß. Staate, verordnet im §. 20., daß die privatrechtlichen Verhältnisse der Juden (welchen dadurch das Staatsbürgerrecht verliehen ist) nach eben denselben G. zu beurtheilen, welche andern Preuß. Staatsbürgern zur Richtschnur dienen, wodurch also der terminus majorennitatis dieser Juden, wie bei den christlichen Einwohnern, auf das 24ste Jahr festgestellt wurde. In derselben Art stellte die V. v. 1. Juni 1833 wegen des Judenwesens im Großherzogthum Posen im §. 20. die darnach naturalisirten Juden den Christen gleich. (G. S. 1812 S. 19, G. S. 1833 S. 69.) Dagegen verordnete die K. O. v. 8. Aug. 1830 (G. S. 1830 S. 116), daß das Ed. v. 11. März 1812 nur in denjenigen Provinzen, in welchen es bei seiner Erlassung publizirt worden, gelten, in den neuen und wiedererworbenen Provinzen dagegen, als mit dem A. L. R. eingeführt, nicht betrachtet, vielmehr in letzteren, bis zu anderweitiger Bestimmung, sich in Hinsicht der Verhältnisse der Juden lediglich nach denjenigen Vorschriften geachtet werden solle, welche bei der Besitznahme dieser Provinzen, als darin gesetzlich bestehend, vorgefunden worden. Die verschiedenen Pat. wegen Einführung und Wiedereinführung des A. L. R. in den neuen und wiedererworbenen Provinzen sprachen nun zwar (wie ad §. 26. h. t. sub Nr. 1. erwähnt) sämmtlich aus, daß der terminus majorennitatis allgemein auf das 24ste Jahr festgesetzt werde, erwähnten aber dabei der Juden nicht besonders, und da durch dieselben das A. L. R. nebst dessen späteren Deklarationen (also mit dem Anh.) eingeführt ist, so war, wie auch das R. v. 30. Okt. 1818 (Jahrb. Bd. 12. S. 255, Gräff Bd. 1. S. 31) in Betreff der Juden im Großherzogthum Posen aussprach, anzunehmen, daß es, wo das

[1]) Ueber die Mat. des §. 3. des Anhangs. Vergl. Dr. Löwenberg's Mot. der Preuß. Gesetzgeb. Bd. 2. S. 22 u. 24.

Ed. v. 13. März 1812 nicht galt[1]), und in Betreff der nicht naturalisirten Posener Juden[2]), fernerhin bei dem Anh. §. 3. bewende. Das in Rücksicht der Juden in den ehemals Königlich Westphäl. Landestheilen erlassene R. v. 24. Juni 1836 (Jahrb. Bd. 47. S. 501, Gräff Bd. 10. S. 6) schien hiermit auch nicht im Widerspruch zu stehen, sondern entwickelte den Grundsatz, daß, wo die Juden nach den früheren, vor Einführung oder Wiedereinführung des A. L. R. geltenden G. einen besonderen, von der allgemeinen Verfassung abweichenden Majorennitäts-Termin gehabt haben, dieser noch geltend bleiben müsse, und daß, da dies in jenen Landestheilen nicht der Fall gewesen, statt des früheren allgemeinen Majorennitäts-Termines von 21 Jahren, auch in Hinsicht der Juden der landrechtl. Volljährigkeits-Termin getreten sei.

Es erhoben sich indeß in Betreff dieses Gegenstandes mehrseitige Bedenken, und zu deren Beseitigung erging daher die Dekl. v. 24. Jan. 1844: über den Majorennitäts-Termin der Juden.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. erklären zur Beseitigung entstandener Zweifel auf den Antrag Unseres Staatsmin., und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, daß die Juden auch in denjenigen neu und wieder erworbenen Landestheilen, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, aber weder das Ed. v. 11. März 1812 (G. S. S. 17), noch die vorläufige V. wegen des Judenwesens im Großherzogthum Posen v. 1. Juni 1833 (G. S. S. 66) eingeführt ist, erst mit dem vollendeten 24sten Lebensjahre die Volljährigkeit erlangen. Jedoch sollen in denjenigen Gerichtsbezirken, in welchen bisher von dem ordentl. persönl. Richter das vollendete 20ste Lebensjahr als der Majorennitäts-Termin der Juden angenommen worden ist, diejenigen Juden, welche bei Publ. der gegenwärtigen Dekl. bereits das 20ste Jahr zurückgelegt haben, auch fernerhin in allen ihren Verhältnissen als großjährig angesehen werden. Urkundlich ꝛc.

(G. S. 1844 S. 51.)

Durch die Bestimmungen des §. 1. des G. v. 23. Juli 1847, über die Verhältnisse der Juden (G. S. 1847 S. 263) und der Art. 4. u. 12. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 ist die Verschiedenheit der Gesetzgebung bezüglich des Volljährigkeits-Termins der Juden nunmehr für völlig beseitiget zu erachten.

§§. 27—31. Unterschied der Seelenkräfte.

§. 28. Dorguth, über die Praxis des §. 28.

(J. W. 1847 S. 169 ff.)

§§. 34—39. Leben und Tod.

Vergl. die V. v. 30. März 1847, betr. die bürgerliche Beglaubigung der in gewissen geduldeten Religions-Gesellschaften vorkommenden Geburten, Heirathen und Sterbefälle ꝛc.

(G. S. 1847 S. 125.)

§. 34. Bericht der Westpreuß. Reg. v. 5. Febr. 1796, nebst R. v. 15. Febr. 1796, daß nicht zu vermuthen, daß Jemand in der Ehe gelebt und Kinder erzeugt habe.

(s. in den Erg. zur A. G. O. I. 13. §. 28., Anh. §. 106.)

§. 35. u. Anh. §. 4. 1) Der §. 4. des Anh. ist (wörtlich) aus der Bestimmung sub I. des Publik. v. 14. März 1797, wegen Einführung des A. L. R. bei den Militairgerichten, entnommen.

[1]) Das C. R. v. 10. Aug. 1841 an das Kammerger. und die O. L. G. zu Frankfurt, Glogau, Marienwerder, Naumburg, Magdeburg, Halberstadt, Münster, Hamm, Paderborn und Arensberg, bemerkt, daß bei einigen Gerichten Zweifel darüber entstanden seien: ob in denjenigen Landestheilen, wo zwar das A. L. R., aber nicht das Ed. v. 11. März 1812 wegen der bürgerl. Verhältn. der Juden oder die vorläufige V. v. 1. Juni 1833 wegen des Judenwesens im Großherzogthum Posen eingeführt ist, die Volljährigkeit der Juden mit dem 20sten oder 24sten Lebensjahre eintrete? Die genannten Obergerichte werden daher aufgefordert, über die bisherige Praxis und deren Gründe zu berichten und die Bezirke genau zu bezeichnen, auf welche eine etwanige Dekl. sich zu erstrecken haben würde. (Justizmin. Bl. 1841 S. 252.)

[2]) In der J. Z. 1834 S. 496 ff. wurde dagegen ausgeführt, daß in Bezug auf die Posener Juden auch rücksichts der Majorennitätstermine keine Ausnahme von der Vorschrift zugelassen werden könne, wonach die Minderjährigkeit ohne Unterschied des Ortes, der Herkunft und des Standes bis zum zurückgelegten 24sten Jahre daure, weil der §. 27. der V. v. 1. Juni 1833 in Beziehung auf alle in ihr selbst nicht anders bestimmte Verhältnisse alle, wegen der Juden früher ergangenen V. aufgehoben und alle Juden den christl. Einwohnern gleichgestellt habe.

Ueber die Großjährigkeit der Juden im Großherzogthum Posen vergl. den Aufsatz in der J. W. 1843 S. 753 ff.

Vergl. Dr. Löwenberg's Material des Anh. S. 22, 23 u. 114.

2) Ueber die Todeserklärung der aus den Kriegen von 1806 bis 1815 nicht zurückgekehrten Militairpersonen disponiren [1]):

a) G. v. 22. Mai 1822, betr. die Todeserklärung der aus den Kriegen von 1806 bis 1815 nicht zurückgekehrten Militairpersonen.

Wir ꝛc. thun kund ꝛc. Um den nachtheiligen Folgen der Ungewißheit über das Schicksal vieler aus den letzten Kriegen nicht zurückgekehrter Militairpersonen, in Bezug auf ihre hinterlassenen Angehörigen, möglichst vorzubeugen, haben Wir bereits in Unserer K. O. v. 23. Sept. 1810 [2]) und in der V. v. 13. Jan. 1817 [3]) mehrere, die Todeserklärung solcher Militairpersonen und die Trennung ihrer vorher geschlossenen Ehen betreffende Bestimmungen ergehen lassen. Auf Unsere Veranlassung sind demnächst über das Leben und den Tod derjenigen aus Unseren Staaten gebürtigen Personen, welche den Feldzug in Rußland vom Jahre 1812 mitgemacht haben, oder sonst in Russische Gefangenschaft gerathen sind, durch den jetzt in Civildiensten stehenden, ehemaligen Königl. Hannöverschen Lieutenant Meyer sorgfältige Erkundigungen eingezogen worden, und Wir finden es zu desto besserer Erreichung des dabei beabsichtigten Zwecks nunmehr für nothwendig, die K. O. v. 23. Sept. 1810 und die V. v. 13. Jan. 1817 hierdurch außer Kraft zu setzen und dagegen, in Bezug auf die in den Jahren 1806 bis mit 1815 geführten Kriege und auf die daraus nicht zurückgekehrten, zu Unseren oder anderen Heeren gehörig gewesene Militairpersonen, für diejenigen Provinzen und Landestheile Unserer Monarchie, in denen das A. L. R. und die A. G. O. eingeführt ist, jedoch mit der §. 6. bestimmten Ausdehnung auch für die übrigen Provinzen und Landestheile nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths Folgendes festzusetzen:

§. 1. Die von dem ehemaligen K. Hannöverschen Lieut. Meyer eingesammelten Nachrichten, über die aus dem Feldzuge vom Jahre 1812 im Russischen Reiche zurückgebliebenen oder sonst in Russische Gefangenschaft gerathenen Militaipersonen, und den von ihm daraus angefertigten Listen, von welchen die Urschrift bei Unserem Ministerium des Innern verwahrt wird und getreue Abschriften bei sämmtlichen Oberlandesgerichten, bei mehreren in den Provinzial-Amtsblättern bekannt zu machenden Untergerichten und bei den Landgerichten des Großherzogthums Posen und der Rheinprovinzen jedem Betheiligten zur Einsicht offen liegen, wird die Kraft eines vollständigen Beweises beigelegt, dergestalt, daß der darin bezeugte Tod eines Vermißten für erwiesen zu erachten ist, und es Behufs der Todeserklärung keines weiteren Verfahrens, sondern nur der Ertheilung eines Todtenscheins Seitens der Gerichte, bei denen die Meyerschen Listen niedergelegt sind, bedarf.

§. 2. Ist in diesen Listen nicht der Tag des Todes, sondern nur das Jahr allein angegeben, so ist der 31. Dec. des angegebenen Jahres als Todestag anzunehmen; ist außer dem Jahr auch der Monat angegeben, so gilt der letzte Tag des Monats für den Todestag. Geht aber daraus keine Zeit des Todes hervor, so soll der 31. Dec. 1814 als der Todestag angenommen werden.

Es ist jedoch hierbei überall die in Rußland übliche Zeitrechnung zu verstehen und darnach der Todestag zu berechnen, da solche in den Meyerschen Nachrichten zum Grunde gelegt worden.

§. 3. Ist anderweitig aber der wirklich erfolgte Tod einer aus den erwähnten Kriegen nicht zurückgekehrten Militairperson durch einen über alle Einwendung erhabenen Zeugen, auf den Grund eigener Wahrnehmung bekundet, so soll der Beweis dieses Todes für vollständig geführt erachtet werden, wenn Derjenige, welcher bei der Beweisführung das nächste Interesse hat, diese Bescheinigung noch durch einen Eid dahin:

daß er von dem Abwesenden und dessen Leben und Aufenthalt seit dessen Verschwinden, oder wenigstens seit dem 20. Nov. 1815 keine Nachricht erhalten habe,

bestätigt.

In diesem Falle, wie in dem Falle des, wie sich von selbst versteht, der erfolgten Aufhebung der V. vom 13. Jan. 1817 ungeachtet, in Kraft bleibenden §. 35. Thl. I. Tit. 1. des A. L. R., bedarf es ebenfalls keines Verfahrens Behufs der Todeserklärung, sondern nur der Ertheilung eines Todtenscheins Seitens des Gerichts auf den Grund des aufgenommenen Beweises.

§. 4. Wenn weder der Tod, noch eine andere Verwundung erwiesen ist, und es über das Leben des Vermißten seit dem beendigten Kriege gänzlich an Nachrichten fehlt, so soll den Angehörigen einer solchen nicht zurückgekehrten Militairperson gleich nach der Verkündung dieses G. freistehen, auf eine Ediktalvorladung und Todeserklärung derselben nach Vorschrift der A. G. O. Thl. I. Tit. 37. §. 3. ff. anzutragen.

§. 5. Was vorstehend §§. 1 — 4. von Militairpersonen überhaupt verordnet ist, das gilt nicht nur von Ober- und Unteroffizieren und gemeinen Soldaten, sondern auch von Kriegsbeamten, Knechten, Schanz- und anderen Arbeitern, ingleichen von dem Gesinde des Militairs, und von allen solchen Personen, welche dem Lager und der Armee folgen müssen.

§. 6. Die Bestimmungen des §§. 1. u. 2. des gegenwärtigen G., ingleichen der §. 5. desselben, in soweit er sich auf die §§. 1. u. 2. bezieht, sollen übrigens in sämmtlichen Provinzen und Landestheilen Unserer Monarchie ohne Ausnahme zur Anwendung kommen. (G. S. 1822 S. 148.)

Dies G. ist theilweise antiquirt durch:

b) Das G. v. 2. Aug. 1828, zur Erleichterung der Todes-Erklärung der aus den Kriegen von 1806 bis 1815 nicht zurückgekehrten Personen.

Wir ꝛc. ꝛc. Da seit der Beendigung der in den Jahren 1806 — 1815 geführten Kriege eine Reihe von Jahren verflossen ist, und sowohl dadurch, als durch die besonderen ungewöhnlichen Ereignisse und Umstände, von denen diese Kriege begleitet gewesen sind, die Vermuthung begründet wird, daß die darin vermißten Personen nicht mehr am Leben sind, und daher das für gewöhnliche Todes- und Abwesenheits-Erklärungen vorgeschriebene Verfahren nicht mehr erforderlich ist, so verordnen Wir für sämmtliche Provinzen Unserer Monarchie, auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, hierdurch Folgendes:

§. 1. Alle Diejenigen, welche an einem, der in den Jahren 1806 — 1815 geführten Kriege Theil genommen haben und darin vermißt worden sind, sollen von dem Gericht ihres letzten Wohnortes oder ihrer Herkunft für todt erklärt werden, wenn nachgewiesen wird, daß sie an einem jener Kriege Theil genommen haben, und seit der Beendigung desselben von ihrem Leben keine Nachricht vorhanden sei.

§. 2. Es erstreckt sich dies nicht bloß auf die eigentlichen Militairpersonen (Kombattanten), sondern auch auf Kriegsbeamte, Knechte, Schanz- und andere Arbeiter, desgl. Ehefrauen, Kinder und Gesinde des Militairs, und überhaupt alle und jede, welche in irgend einem Verhältnisse der Armee gefolgt sind.

§. 3. Zum Behufe jener Nachweisung muß der die Todeserklärung extrahirende Interessent zuvörderst ein Attest der Ortsobrigkeit beibringen, daß der Verschollene in irgend einem Verhältnisse an dem Kriege Theil genommen habe. Es kann jedoch dieser Nachweis auch durch jede andere Beweisführung geliefert werden, wenn das Attest der Ortsobrigkeit nicht zu erlangen sein möchte.

§. 4. Sodann muß der Extrahent eidlich bekräftigen, daß er von dem Leben und Aufenthalt des Abwesenden seit dessen Gefangennehmung oder Verschwinden im Kriege keine Nachrichten erhalten habe.

§. 5. Auf den Grund dieses gelieferten Beweises spricht das Gericht die Todeserklärung des Verschollenen durch ein kostenfreies Erkenntniß aus, ohne daß es einer öffentlichen Vorladung desselben und sonstiger Förmlichkeit des Verfahrens gegen Verschollene bedarf [1]).

§. 6. Der Tag der Rechtskraft [2]) des gedachten Erkenntnisses wird als der Todestag des Verschollenen, und in denjenigen Rheinprovinzen, worin das Franz. Recht noch gilt, als Tag der definitiven Einweisung der Erben in den Besitz angesehen. Die Ehefrauen der Verschollenen in den letztgedachten Provinzen erhalten durch die Todeserklärung zugleich das Recht, die Trennung der Ehe durch den Beamten des Civilstandes aussprechen zu lassen.

(G. S. 1828 S. 93.)

§. 36. G. v. 21. Febr. 1851, betr. die Todeserklärung in See gegangener verschollener Personen:

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc., verordnen mit Zustimmung beider Kammern für die Landestheile, in welchen das A. L. R. oder das gemeine Deutsche Recht Gesetzeskraft hat, was folgt:

§. 1. Der Tod eines Menschen wird als erwiesen angenommen, wenn das Fahrzeug, auf welchem derselbe sich befand, untergegangen und Ein Jahr nach-

---

[1]) Die älteren V. über diesen Gegenstand, nämlich die V. v. 23. Sept. 1810 nebst R. v. 1. Okt. 1810, Mathis Bd. 9. S. 326, Rabe Bd. 10. S. 420 und die V. v. 13. Jan. 1817 (G. S. 1817 S. 15) sind durch die neueren G. ausdrücklich aufgehoben.

[2]) Mathis Bd. 9. S. 327, Rabe Bd. 10. S. 418.

[3]) G. S. 1817 S. 15.

[1]) Dazu: α) R. v. 7. Okt. 1834. Die im §. 5. bestimmte Kostenfreiheit erstreckt sich nicht nur auf das Erk., sondern auch auf alle vor und nach demselben wegen der Todeserklärung erforderlich gewesenen gerichtl. Verhandlungen und Verfügungen.

(Jahrb. Bd. 44. S. 389, Gräff Bd. 8. S. 307.)

β) R. des Fin. Min. v. 25. Aug. 1836. Die Stempelfreiheit bei Todeserklärungen der aus den Kriegen von 1806 — 1815 nicht zurückgekehrten Personen bezieht sich auch auf solche Verhandlungen, die im Prozesse, unbeschadet des Erkenntnißstempels, mit dem tarifmäßigen Stempel versehen sein müssen.

(Jahrb. Bd. 48. S. 263, Gräff Bd. 11. S. 94.)

[2]) R. v. 16. April 1839. Für den Tag der Rechtskraft eines Erk., welches auf Grund des G. v. 2. Aug. 1828 ergangen, ist derjenige Tag anzusehen, an welchem die Insinuation des Erk. an den Provokaten, welcher bis dahin als ein dem Aufenthalte nach Unbekannter behandelt werden muß, mit Rücksicht auf §. 3. lit. b. des G. v. 5. Mai 1838 für bewirkt zu erachten ist. J. M. Bl. 1839 S. 143.)

her verflossen ist, ohne daß von seinem Leben und Aufenthalt Nachrichten eingegangen sind [1]).

§. 2. Der Untergang eines Fahrzeuges wird als erwiesen angenommen, wenn dasselbe am Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder nicht zurückgekehrt ist und seit dem Zeitpunkte, an welchem dasselbe zuletzt in See gegangen oder in der See gesehen worden, bei Fahrten in der Ostsee Ein Jahr, bei Fahrten auf anderen europäischen Meeren zwei Jahre und bei Fahrten auf außereuropäischen Meeren drei Jahre verflossen sind, ohne daß von demselben weitere Nachricht eingegangen ist.

§. 3. Der Nachweis darüber,

daß eine in See gegangene Person sich auf einem bestimmten Fahrzeuge befunden hat;

daß ein in See gegangenes Fahrzeug an seinem Bestimmungsorte nicht eingetroffen oder nicht zurückgekehrt ist;

daß von demselben innerhalb der im §. 2. bestimmten Fristen keine Nachricht eingegangen ist;

kann auf jede gesetzlich zulässige Art geführt werden, namentlich aber durch ein Attest der Schifffahrtsbehörden oder Preuß. Konsulate, so wie durch das Zeugniß des Rheders und der bei der Befrachtung des Schiffes betheiligten Kaufleute.

§. 4. Der Extrahent der Todeserklärung hat eidlich zu bekräftigen, daß er von dem Leben und Aufenthalt des Verschollenen keine anderen als die angezeigten Nachrichten erhalten habe.

§. 5. Auf Grund der gelieferten Beweise spricht das Gericht die Todeserklärung des Verschollenen durch ein Erkenntniß aus, ohne daß es einer öffentlichen Vorladung desselben und sonstiger Förmlichkeit des Verfahrens gegen Verschollene bedarf.

§. 6. Der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses wird als der Todestag des Verschollenen angesehen.

Urkundlich rc. rc.

Gegeben Berlin, den 24. Febr. 1851.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. v. Rabe. Simons. v. Stockhausen. v. Raumer. v. Westphalen.

(G. S. 1851 S. 23.)

§§. 37. 38. Der Beweis des Todes oder der Todeserklärung eines Menschen ist nur dann erforderlich, wenn es sich darum handelt, über seine Vermögensrechte als über die eines Verstorbenen zu verfügen (§. 34. h. t.); in allen anderen Fällen, wo es nur darauf ankommt, ob Jemand einen gewissen Zeitpunkt erlebt habe, gleichviel ob davon für ihn selbst oder für einen Dritten der Erwerb eines Rechts abhängt, kommt der §. 38. h. t. zur Anwendung.

(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 124—125.)

§. 38. Es wird vermuthet, nicht nur, daß ein Verschollener nach vollendetem siebzigsten Jahre nicht mehr gelebt, sondern auch, daß er bis zu diesem Zeitpunkte gelebt habe, namentlich auch dann, wenn es sich um den Anfall der Erbschaft an den Verstorbenen handelt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. April 1848.

Die Deutsche Praxis hat die Regel aufgestellt, daß bei Verschollenen das vollendete 100ste, später, daß das 70ste Jahr als das Ende ihres Lebens anzunehmen sei. Von dieser Regel ist eine zwiefache Anwendung gemacht worden, die eine, daß der Verschollene in jenem Zeitpunkte als todt gelte, die zweite, daß er auch bis dahin als lebend betrachtet werden müsse, daß mithin alle Erbschaften, die ihm, wenn er wirklich noch lebte, angefallen sein würden, ihm nun auch bei seiner Verschollenheit als deferirt anzusehen seien. Gegen diese zweite Folgerung ist in neueren Zeiten Widerspruch erhoben worden, namentlich von Cropp, jurist. Abhandl. Bd. 2. Nr. 5., welchem Andere, unter andern Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 4. S. 360, Runde im Oldenburg. Archiv Bd. 2. S. 106 ff., sich angeschlossen haben. Sie führen aus: Jene Folgerung würde nur zutreffen, wenn die Präsumtion des Todes den Sinn habe, daß der Verschollene gerade am Tage des vollendeten 70sten Jahres für verstorben zu erachten. Diese Annahme aber sei widernatürlich. Vielmehr sei jene Präsumtion nur aufgestellt, um einen Zeitpunkt zu fixiren, mit welchem das Leben des Verschollenen, weil es höchst unwahrscheinlich geworden, gesetzlich als erloschen betrachtet werden solle. Die Präsumtion beseitige also die Ungewißheit über Leben und Tod nur in soweit, als vermuthet werde, der Verschollene lebe nicht mehr; sie komme dem zu Gute, der sich auf den Tod desselben stütze. Sie entscheide aber nichts darüber, wann der Tod erfolgt sei, ob damals oder früher. Daraus, daß dem Rechte nach etwas (der Tod) nicht zu vermuthen sei, sei noch keine Rechtsvermuthung für das Gegentheil (das Leben) herzuleiten. Wer also einen Anspruch darauf gründe, daß der Verschollene einen gewissen Zeitpunkt, den Anfall etwa einer Erbschaft erlebt habe, könne sich auf jene Präsumtion nicht stützen, sondern müsse jenen Umstand als Klagegrund beweisen. — Allein diese Ansicht widerstrebt dem bestehenden Recht. Es läßt sich nachweisen, daß der Gerichtsgebrauch, der die obige Regel gebildet hat, sie bis auf die neuere Zeit hin in jener zweischneidigen Weise aufgefaßt und angewendet hat; nicht minder geschieht dies von denjenigen Gesetzgebungen, welche nach dem Vorgange der Praxis den Tod des Verschollenen in einem bestimmten Zeitpunkte präsumiren. Sie thun dies, wenn sie anordnen, daß der Verschollene bis zum Eintritt des fraglichen Zeitpunktes für lebend gehalten werden solle, oder wenn sie diese Zeit für den Todestag des Verschollenen erklären, oder dem Verschollenen bis dahin die Erbfähigkeit beilegen, oder endlich, wenn sie von ihm zugefallenen Erbschaften sprechen, welche beim Eintritt des Zeitpunktes mit seinem übrigen Vermögen an seine Erben überantwortet werden sollen (cf. Kraut, Vormundschaften II. S. 255, 258—260). Was nun das Preuß. Recht anbelangt, so sind selbst diejenigen Schriftsteller, welche aus jener Regel nur eine Präsumtion für den Tod, nicht auch für das Leben einer Person herleiten, doch der Meinung, daß das A. L. R. die Vermuthung auch für das Leben aufstelle (Cropp, a. a. O. S. 147 Anm. 8, S. 157 Anm. 22, S. 173), und in der That lassen die einzelnen Bestimmungen des einheimischen Rechts einem Zweifel hierüber keinen Raum. Die Präsumtion des §. 38. h. t. bezieht sich nicht nur auf den Tod, sondern auch auf das Leben einer Person. Es ist daher die Ansicht, daß die Vermuthung aus dem §. 38. h. t. nicht hinreiche, um das Leben einer Person und ihre Erbenqualität anzunehmen, nicht gerechtfertigt. Gesetzliche Vermuthungen werden zu dem Zwecke für eine Thatsache aufgestellt, um den, der sie behauptet, des Beweises derselben zu überheben. In vorliegender Frage insbesondere will das A. L. R., nach dem Vorgange der Deutschen Praxis, den Beweis, sei es des Todes oder des Lebens Verschollener, als einen, weil es sich eben um Verschollene handelt, mit den größten Schwierigkeiten verknüpften Beweis, durch eine Vermuthung ersetzen, und zwar nach §. 38., gerade auch in Beziehung auf die Frage, ob Jemand noch einen Erbanfall erlebt, und demzufolge, nach Thl. I. Tit. 9. §. 367. die Erbschaft erworben, und sie nach §. 370. eben daselbst weiter auf seine Erben verfällt habe. Und daß nun auch hier diejenige Partei, welche solches Erlebthaben und die darauf gegründete Erbenqualität behauptet, sich statt des Beweises auf die Präsumtion berufen dürfe, und daß der Richter nach dieser Präsumtion die thatsächliche Frage zu beurtheilen habe, das liegt nicht nur in der allgemeinen Natur der gesetzlichen Vermuthung, sondern wird auch durch einige spezielle Anwendungen des §. 38. noch bestätigt. — Wenn nämlich ein im Testamente übergangener Notherbe erst nach dem Erbanfall für todt erklärt wird, so soll, dieser später erfolgten Todeserklärung ungeachtet, doch nach Thl. II. Tit. 2. §. 452. noch nicht angenommen werden, daß er den Erbanfall erlebt habe; vielmehr muß nach §. 453.

»Die Befugniß seiner Erben, auf den Nachlaß des Testators Anspruch zu machen, lediglich nach Thl. I. Tit. 1. §. 38. beurtheilt werden.«

Der Richter soll mithin, wenn jener Uebergangene zur Zeit des Erbfalles noch nicht 70 Jahre alt gewesen sein würde, ihn als einen, der geerbt und sein Recht auf den Nachlaß weiter vererbt habe, betrachten. Ferner soll nach §. 270. des Anh. zur A. G. O. die Regierungs-Hauptkasse in die Stelle eines ausgetretenen Kantonisten, auf dessen Todeserklärung die Verwandten angetragen haben, hinsichtlich der Erbschaftsanfälle eintreten, insofern die Verwandten nicht nachweisen, daß der Kantonist zur Zeit des Erbanfalls wirklich verstorben gewesen, oder das 70ste Jahr vollendet gehabt. Es gilt also der Kantonist bis zum vollendeten 70sten Jahre als lebend und erbberechtigt, so lange nicht sein früherer Tod nachgewiesen werden kann. — Die §. 482., 483. A. L. R. I. 9. stehen nicht entgegen. Wenn jene Paragraphen verlangen, daß derjenige, welcher sich bei einem Aufgebote unbekannter Erben als Erbe meldet, oder dessen Erbrecht auch sonst nicht klar erhellet, dasselbe gehörig nachweise, so ist bei diesem Nachweise schwerlich an den Nachweis, daß der Erbprätendent zur Zeit des Erbanfalls noch gelebt habe, gedacht, sondern das Leben hier als unzweifelhaft vorhanden vorausgesetzt worden. Denn das Gesetz spricht davon, daß der Erbe sich melde, daß ihm eine Verbindlichkeit obliege, und führt in dem Folgenden als Gegenstand des gehörigen Nachweises bei dem Intestat-Erben nur die Nähe der Verwandtschaft an. Entsteht aber ein Zweifel, ob derjenige, der als Erbe dargestellt wird, den Anfall erlebt habe, so entscheidet die aus §. 38. h. t. zu entnehmende Präsumtion bis zum Gegenbeweise. Es hätte auch die Vorschrift des §. 38., die nachgewiesenermaßen auch auf das Erlebthaben, nicht bloß auf das Nichterlebthaben eines Anfalls sich richtet, überhaupt keine Bedeutung, wenn derjenige, der das Erlebthaben behauptet, dasselbe noch außerdem gehörig nachweisen müßte, und nicht eben statt des Nachweises auf jene Präsumtion sich berufen dürfte.

(Entsch. Bd. 17. S. 87, Rechtsf. Bd. 4. S. 3 Nr. 2.)

§. 39. Vergl.:

a) Bemerk. von Suarez in dessen Schlußber. (Jahrb. Bd. 41. S. 2.)

[1]) Dieser Paragraph ist an die Stelle des §. 36. h. t. getreten. Vergl. über diesen das R. v. 17. Sept. 1832.

(Jahrb. Bd. 40. S. 155, Gräff Bd. 6. S. 4.)

b) Bemerk. eines Ungenannten über die Abweichungen des §. 39. h. t. vom älteren gemeinen Rechte. (Stengel Bd. 1. S. 181.)

§§. 40—41. Eltern und Kinder.

§. 40. Aus dem §. 40. kann nicht entnommen werden, daß Großeltern zur Pupillarsubstitution für ihre Abkömmlinge des zweiten und weiteren Grades befugt seien.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. Juni 1838. (Entsch. Bd. 4. S. 14.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 521.

§. 43. Schwägerschaft.

1) In dem (übrigens antiquirten, zu dem aufgehobenen Stempel-Ed. v. 20. Nov. 1810 ergangenen) R. v. 16. Mai 1816 (Jahrb. Bd. 7. S. 204) ist der aus §. 43. h. t. folgende Satz bestätiget, daß unter der Benennung: Schwägerschaft, auch die Verbindung der Schwiegereltern und Schwiegerkinder begriffen ist.

2) R. v. 24. Jan. 1834. Der gesetzliche Begriff der Schwägerschaft ist auch auf Stiefverbindungen auszudehnen.

Die Stiefverbindung muß in dem gesetzl. Sinne des §. 43. Tit. 1. Thl. I. des A. L. R. als eine Schwägerschaft erachtet werden. Daraus, daß der §. 44. a. a. O. die Stiefverbindung besonders erwähnt, folgt nicht das Gegentheil, sondern nur, daß das G. diese besondere Art der Schwägerschaft auch mit einem besondern Namen zu bezeichnen deshalb für nöthig befunden, weil dieselbe eigenthümlichen Rechtsbestimmungen unterworfen ist, welche von den andern Arten der Schwägerschaft nicht gelten. Nach allgemeiner logischer Regel muß indessen dasjenige, was ohne Beschränkung als von der Gattung gültig festgestellt worden, auch von den einzelnen Arten gelten. Deshalb sind auch Stiefeltern und Stiefsöhne als Schwäger im gesetzl. Sinne für solche Personen zu erachten, welchen im §. 119. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. eine vermuthete Vollmacht beigelegt ist. Auch der Grund des G. spricht für diese Auslegung. Der Gesetzgeber nimmt an, daß das in diesem Paragraph bezeichnete, durch Verwandtschaft oder Heirath begründete, nahe Verhältniß die Befugniß zu jeder Besorgung der Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, ertheile, und nicht weniger die Pflicht zu einer solchen Geschäftsführung auflege.

Das Verhältniß der Ehefrau zu dem Sohne ihres Ehemannes ist nun jedenfalls ein näheres als dasjenige zu dessen Bruder. Wenn im §. 119. außer den Schwägern und Schwägerinnen auch besonders der Schwiegereltern und Schwiegerkinder Erwähnung geschieht, auf welche der gesetzl. Begriff der Schwägerschaft ebenfalls anwendbar ist, so läßt sich hieraus nur eine Ausstellung gegen die Präzision des G. entnehmen, nicht aber die Folgerung herleiten, daß der Ausdruck Schwägerschaft hier nicht in gesetzlichem, sondern im eigenen Sinne des gewöhnlichen Lebens gebraucht sei.

Unter dieser Voraussetzung muß auch der Stiefsohn der verehelichten H. nach §. 25. Tit. 3. der Pr. O. als deren Bevollmächtigter zugelassen werden. (M. Akt. A. Gen. V. No. 17. Vol. 1. F. 179.)

§. 44. Stiefverbindungen.

Vergl. die Erk. des Plenums und der II. Abth. des Sen. für Strafsachen des Ob. Trib. v. 27. Febr. und 2. März 1854 (Entsch. Bd. 27. S. 392—404) in den Erg. zum §. 141. des Strafgesetzbuchs.

Zweiter Titel.

Von Sachen und deren Rechten überhaupt.

§§. 6—9. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

I. In Betreff einiger Arten der körperlichen Sachen sind Zweifel entstanden, ob solche zu den beweglichen oder unbeweglichen zu zählen.

1) Buden.

Das Justizmin. nimmt in dem R. v. 19. April 1822 an, daß Buden mit gemauertem Fundamente, welche daher ohne Schaden ihrer Substanz nicht von der Stelle gebracht werden können, nach §. 6. h. t. für Immobilien zu erachten.

(Jahrb. Bd. 19. S. 299, Gräff Bd. 1. S. 32.)

2) Windmühlen.

Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 19. März 1834 aus, daß Windmühlen, einschließlich der Bockwindmühlen, für unbewegliche Sachen zu erachten, da ein Fortschaffen derselben ohne Zerstückelung ihres Wesens und ihrer Gestalt nach den jetzt bekannten technischen Hülfsmitteln nicht ausführbar erscheint, und andrerseits eine Fortschaffung der Art nicht bloß ungewöhnlich, sondern auch darum unmöglich ist, weil es für so große Körpermassen auf der Straße an Raum fehlen möchte, und doch Niemand schuldig wäre, ihnen über seine Aecker, Triften und Felder den Durchzug zu verstatten.

(Simon R. Bd. 4. S. 3 ff.)

3) Schiffsmühlen.

a) Thöne rechnet dieselben zu den beweglichen Sachen, weil bei ihnen, wenn sie auch festgeankert wären, unbeschadet ihrer Substanz eine Ortsveränderung möglich sei. (Fund. Lehren Bd. 1. S. 6.)

b) Bornemann ist gleicher Meinung und bemerkt, daß die Lehrer des gemeinen Rechts hierüber getheilter Ansicht gewesen, wogegen aus den Materialien hervorgehe, daß Suarez Schiffe, Schiffsmühlen, Schiffsbrücken und Fähren zu den beweglichen Sachen gerechnet habe.

(System Bd. 1. S. 278 in der Note, 2. Ausg Bd. 1. S. 106.)

c) Koch bemerkt, daß sie an sich immer zu den beweglichen Sachen gehören und als unbewegliche nur dann gelten, wenn sie zu einer Mühlengerechtigkeit gehören, und unter die Bestimmung des §. 9. h. t. fallen. (Koch's Landr. zum §. 8. h. t.)

d) Bielitz dagegen rechnet sie zu den unbeweglichen Sachen, weil sie in dem ihnen einmal angewiesenen Stande oder Raume verbleiben müßten, auch das, mit dem Besitze einer Schiffsmühle verbundene Mahlrecht unstreitig eine selbstständige und daher den unbeweglichen Sachen gleich zu achtende Gerechtigkeit sei.

(Nachtr. Hft. 1. S. 43.)

e) Das Justizmin. bemerkt in dem R. v. 3. Sept. 1842, daß einer (seit dem Jahr 1780) im Hypothekenbuche eingetragenen Schiffsmühle nicht eine bloße Gewerbe-Konzession, sondern ein wirkliches Recht zum Grunde liege. Es sei dabei eine eigentliche Mühlengerechtigkeit (A. L. R. I. 23. §§. 23. 24., II. 15. §§. 229—230.) mit oder ohne Zwangsberechtigung anzunehmen, welche um so mehr als eine unbewegliche Sache anzusehen, wenn die Schiffsmühle in den Hypothekenakten als Zubehör eines Grundstückes bezeichnet worden (A. L. R. I. 2. §. 8.). Bestände sie aber auch für sich selbst, so würden doch die Vorschriften des A. L. R. I. 20. §. 395. und der Hyp. O. Tit. I. §. 14. auf dieselbe passen. (J. M. Bl. 1842 S. 303.)

f) Der III. Sen. des Ob. Trib. erklärt (in dem Erk. v. 10. Sept. 1856) Schiffsmühlen im Herzogthum Sachsen für unbewegliche Sachen. (Entsch. Bd. 34. S. 440.)

g) Vergl. §. 7. des G. v. 11. März 1850 üb. die Ablös. der Mühlenabgaben. (G. S. 1850 S. 147.)

4) Bäume.

a) Das Ob. Trib. nimmt (in dem Erk. v. 9. Mai 1845) an, daß sie an sich bewegliche Sachen sind, und nur als unabgesonderte Früchte das Schicksal des Bodens theilen, wenn sie als solche in Betracht kommen, sonst aber, wie Früchte auf dem Halme, als besondere bewegliche Sachen erworben und besessen werden können.

(Entsch. Bd. 11. S. 201.)

b) Thöne bemerkt gleichfalls, daß sie bewegliche Sachen sind; wenn sie aber, so lange sie mit dem Grund und Boden zusammenhängen, als unbewegliche behandelt werden, so geschehe dies, weil sie so lange Zubehör des Fundus sind. (Fund. Lehr. Bd. 2. S. 6.)

II. Welche Rechte sind für unbewegliche Sachen zu erachten und daher Gegenstand von Hypothekenrechten?

A. Im Allgemeinen sprechen sich hierüber aus:

1) Die Gesetzrevisoren. Diese bemerken nämlich über diese Frage:

a) Zu den §§. 7—9. A. L. R. I. 2:

Das bestehende G. macht dies abhängig von dem Umstande, daß einem Rechte die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache durch besondere G. ausdrücklich beigelegt worden. Es ist aber nur eine einzige derartige ausdrückliche Bestimmung aufzufinden, nämlich im §. 253. Tit. 16. Thl. II., wonach jedes Bergwerkseigenthum, also auch Bergtheile oder Kuxe, zum unbeweglichen Vermögen gerechnet werden sollen. Dagegen ist in dem A. L. R. 1. 20. §. 395., so wie in der Hyp. O. Tit. 1. §. 14. von solchen Gerechtigkeiten die Rede, welche als für sich bestehende Realitäten in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen, und der §. 555. Tit. 18. Thl. II. stellt mit den Bergantheilen die Zehenten, Zinsen und andere Gerechtigkeiten, welche zu dem Vermögen eines Pflegebefohlenen gehören, in eine Kategorie, so wie nach §. 161. des Anh. zum

A. L. R. eben dahin ein eventuelles Lehn- oder Fideikommißfolgerecht gezählt werden muß.

Wollte man hieraus folgern, daß alle Rechte auf unbewegliche Sachen, welche nicht etwa, wie das Pfandrecht, bloß das accessorium eines persönlichen Rechts bilden, mithin alle auf einer unbeweglichen Sache haftenden beständigen Lasten oder Ansprüche, welche das Eigenthum des Besitzers einschränken, zu den unbeweglichen Sachen zu zählen seien, so würde man freilich mit den Ansichten der bewährtesten Römischen Rechtslehrer in Uebereinstimmung kommen, allein bei der Einrichtung unsers Hypothekenbuchs und der damit in Verbindung stehenden Exekutions- und Konkurs-Ordnung führt dies wohl zu weit. Es würde daraus folgen, daß alle solche Realrechte auf fremdes Eigenthum nur gleich Immobilien verpfändet werden könnten, mithin eben so viele neue Folia im Hypothekenbuche anzulegen seien; daß sie im Wege der Exekution nur durch Subhastation veräußert werden dürften, und im Konkurse lauter einzelne Immobiliarmassen bilden müßten. Auch hat man bei der Redaktion des A. L. R. nicht die Absicht gehabt, alle Realrechte auf fremdes unbewegliches Eigenthum für Immobilien zu erklären. Der Entw. hatte nämlich in der Einl. zum zweiten Theil die Bestimmung:

§. 14. Die Befugnisse zur Betreibung eines gewissen Gewerbes werden den unbeweglichen Sachen gleich geachtet, wenn solche an einem Orte auf eine gewisse Anzahl eingeschränkt sind.

In der rev. mon. (dem 80. Bande der Materialien des A. L. R.) bemerkt Suarez zu diesem Paragraphen, es komme allerdings vorzüglich darauf an, daß solche Gerechtsame nicht an die Person gebunden, sondern veräußerlich seien. Als Beispiel solcher veräußerlichen Gewerbsberechtigungen führt er das Recht eines sogenannten Reichskrams oder einer Barbierstube an, wie solche in Breslau vorkämen. Er meinte deswegen, daß den in §. 14. des Entw. angegebenen Kennzeichen das Merkmal der Veräußerlichkeit hinzugesetzt werden müsse. Späterhin aber ist der Paragraph, so wie er jetzt Tit. 2. §. 9. vorliegt, gefaßt worden.

Obwohl nun ein ausdrückliches G., wie oben angeführt, nur hinsichtlich des Bergwerkseigenthums vorhanden ist, so hat man dennoch seit Emanirung des A. L. R. keinen Anstand gefunden, nach Anleitung der Hyp. O. Tit. 1. §§. 14., 15. und des L. R. I. 20. §. 395. mit einzelnen für sich bestehenden Gerechtigkeiten besondere Folia im Hypothekenbuche anzulegen, und also deren Immobiliarqualität anzuerkennen.

Der §. 9. des Textes, welcher nur dann einem Rechte die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beilegt, wenn ihm dieselbe durch besondere G. ausdrücklich zugesprochen worden, kann dem Gesagten zufolge als ausreichend nicht betrachtet werden. Es giebt gewisse Rechte, welche man als Immobilien ansehen muß und bisher angesehen hat, ohne daß ein ausdrückliches G. ihnen die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beilegt. Es giebt deren sogar jetzt, wenn auch keine Gewerbsberechtigungen mehr existiren, noch viel mehrere, als zur Zeit der Emanirung des A. L. R., weil durch den veränderten Zustand der unterthänigen Landbewohner oder der vormals im gutsherrlichen Verbande begriffenen Grundstücke eine große Menge neuer, für sich bestehender, veräußerlicher Gerechtsame ihr Dasein erhalten hat. Wenn indeß von der einen Seite solche Gerechtigkeiten, wie da sind, Jagd, Zehenten, Schäfereigerechtigkeit, vormals gutsherrliche Rechte u. s. w., insofern sie für sich bestehen, den Immobilien gleich gestellt werden sollen, so läßt sich von der andern Seite die Grenze nicht auffinden, wo die Immobiliarqualität aufhören soll. Es ist grundsätzlich kein Unterschied aufzufinden zwischen einer Jagd, einem Zehentrechte und einzelnen Realrechten auf fremdes Eigenthum. Es giebt Zehenten, die sich nur über wenige, ja über einzelne Grundstücke erstrecken, und eine Jagd, eine Schäfereigerechtigkeit u. s. w. ist in der Beziehung, worin wir sie jetzt betrachten, nichts Anderes als ein Aggregat von Servituten auf fremde Grundstücke.

Eine durchgreifende Bestimmung, in wiefern Rechte zu den Immobilien zu zählen, ließ sich deswegen nicht geben. Unsere Hypothekenverfassung und die damit in Verbindung stehende Exekutions- und Konkurs-Ordnung haben es, wie schon oben bemerkt, unmöglich gemacht, alle Reallasten auf fremdes unbewegliches Eigenthum als Immobilien zu betrachten. Für diejenigen Gerechtigkeiten aber, welche dennoch als unbewegliche Sachen angesehen werden sollen, giebt es kein Kriterium, wodurch sie erkennbar gemacht werden könnten. Die vorgeschlagene neue Bestimmung trifft deswegen den Ausweg, auf die Zulässigkeit der Anlegung eines Folium im Hypothekenbuche als dasjenige Merkmal, wodurch ein Recht als ein für sich bestehendes Immobile charakterisirt wird, zu verweisen. (Pens. XIII. p. 5—8.)

b) Zu den §§. 390. 39. A. L. R. I. 20:

Gerechtigkeiten, die gesetzlich den unbeweglichen Sachen gleichgeachtet werden, sind nach L. R. I. 2. §§. 8., 9. die: a) deren Ausübungsbefugniß mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist; b) denen besondere G. diese Eigenschaft beilegen. Will man zu a. den Besitz bloß subjektiv verbunden verstehen, wie es doch aus dem Wortsinn folgt, da die Befugniß zur Ausübung des Rechts, nicht aber der Gegenstand der Ausübung desselben mit der unbeweglichen Sache zusammengestellt wird; so würden alle, auch erbliche Nutzungsrechte, wie z. B. Erbpachtsgerechtigkeiten, ausgeschlossen sein. Will man aber den Besitz auch objektiv verstehen, so wäre wieder jedes Nutzungsrecht, also auch Pacht, Altentheile u. s. w. Gegenstand der Hypothek. Zu b. hingegen giebt es nach unserer Gesetzgebung mit Ausnahme des Bergwerkseigenthums L. R. II. 16. §. 253. kein Recht, dem die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache besonders beigelegt würde, und dennoch scheint das L. R. eine Menge anderer Gerechtigkeiten ohne Grundbesitz vorauszusetzen, indem es dieselben §. 395. in eine Tabelle bringen will. Dies ist in der Praxis nie geschehen, sondern man ist den Vorschriften der Hyp. O. nachgegangen, welche §. 7. ebenfalls Grundstücke aller Art, §§. 14., 15. alle Gerechtigkeiten überhaupt aufführt und Beispiele von Gewerbgerechtigkeiten giebt. Eine Menge von deklarirenden Reskripten hat eine größere Bestimmtheit zu gewähren gesucht, zum Theil jedoch gegen die bestehende Gesetzgebung. (Pens. XIII. p. 152.)

c) In den Motiven zum bürgerl. Gesetzbuche für die Preuß. Staaten:

Schwierigkeiten macht die Frage: in wiefern Rechte (res incorporales) für bewegl. oder unbewegl. anzusehen? Sie sind der Regel nach, es mag von einem dingl. oder persönl. Rechte die Rede sein, in unserer Gesetzgebung als bewegliche Sachen angesehen: und hiermit hängt unsere Hypothekenverfassung und unsere Konkurs- und Subhastations-Ordnung auf das genaueste zusammen. Es ist auch nicht zweifelhaft, daß Rechte, wie jede andere bewegl. Sache, die Natur einer unbewegl. annehmen, wenn sie mit einem Immobile in die Verbindung eines Pertinenzstückes zur Hauptsache treten. In wie fern aber für sich bestehende Rechte, z. B. eine Jagdgerechtigkeit, ein Zehentrecht, ein Kirchensitz u. s. w., wenn solche Rechte einer Person ohne Rücksicht auf irgend eine Sache zustehen, die Eigenschaft einer unbewegl. Sache haben, ist allerdings zweifelhaft. Von der, mit Bearbeitung des vorliegenden Geschäftstheils beauftragten Deputation war deswegen eine auf das Hypothekenbuch hinweisende Bestimmung dahin vorgeschlagen, daß die Zulässigkeit der Anlegung eines folii im Hypothekenbuch das entscheidende Moment bilden solle. Es hat indessen nicht für angemessen erachtet werden können, in dem A. L. R., welches die materielle Bestimmung geben soll, auf eine Hinweisung sich zu beschränken, vielmehr ist der §. 4. des Entw. bei dem §. 9. des Textes stehen geblieben. Hiernach kommt es darauf an, ob einem Rechte die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache im G. ausdrücklich beigelegt worden. Eine solche Bestimmung findet sich für jetzt zwar nur rücksichtlich des Bergwerkseigenthums vor. (A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 253.) Dennoch ist nach Lage unserer Gesetzgebung und der darauf begründeten Verhältnisse keine angemessenere Bestimmung, als die im §. 4. des Entw. enthaltene, vorhanden; ein allgemein anwendbarer Grundsatz ist nicht aufzustellen, es muß daher einer angenommen und die Ausnahmen bei den betr. Gegenständen angeführt werden, weshalb im Verfolg der Revision, sofern dabei sich ergeben wird, daß auch andern Rechten die Eigenschaft einer unbewegl. Sache beizulegen, dies gehörigen Orts ausdrücklich zu bestimmen sein wird.

(Motive zum bürgerl. Gesetzbuch für die Preuß. Staaten [Berlin 1840] ad Tit. 1. §§. 3 — 5. S. 7.)

2) Crelinger bemerkt in dieser Beziehung, mit Rücksicht auf §. 1. Nr. 2. der Subhast. V. v. 4. März 1834:

Der §. 3. Tit. 52. Thl. I. A. G. O. bedient sich des Ausdrucks »unkörperliche Gerechtsame« und umfaßte mithin alle Gerechtsame, d. h. Rechte, welche nicht bloß auf obligatorischen Verbindlichkeiten beruhen. Die Bezeichnung der V. v. 4. März zieht engere Grenzen, und es ist daher anzunehmen, daß sie auch in dieser Beziehung die frühere Gesetzgebung hat einschränken wollen. Sie läßt die Subhastation nur zu bei »Gerechtigkeiten, denen das Gesetz die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beilegt,« bezieht sich mithin auf die §§. 7 — 9. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. Die Subhastation wird mithin nur als zweckmäßig erklärt, wenn entweder: a) die Befugniß zur Ausübung derselben mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist, oder b) der Gerechtigkeit die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache durch besondere G. ausdrücklich beigelegt worden ist. Die erste Kategorie fällt in sofern wenigstens der Regel nach fort, als in dem vorausgesetzten Falle die Gerechtigkeit als Pertinenzstück des Grundstückes gleichzeitig zur Subhastation gestellt werden wird; letztere Kategorie aber hat keine durch besondere G. bestimmte Grenzen, da die rechtliche Natur selbst solcher Gerechtigkeiten, welche als Immobilien in dem Hypothekenverkehr behandelt werden, nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, die Behandlung als Immobilien im Hypothekenverkehr aber erst als Folge jener rechtlichen Natur betrachtet werden kann. Indessen muß man einen solchen Rückschluß zulassen, und daher insbesondere den §. 395. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., welcher in den §§. 14., 15. Tit. 1. Hyp. O. eine nähere Ausführung und Wiederholung findet, als ein solches besonderes Gesetz betrachten, wie dies auch Gräwell Bd. 4. des Komm. zu der Kr. O. S. 227 annimmt. Hierdurch gelangt man zu dem Resultate, daß in die Kategorie des §. 1. sub 2 der V. alle Gerechtigkeiten gehören: »welche entweder bereits Hypothekenfolium haben, oder sich zur Eintragung in das Hypothekenbuch qualifiziren.« (Subh. V. S. 5.)

3) Soll ein Recht an und für sich die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache haben, so ist nach §. 9. h. t. und §§. 394., 395.

Tit. 20. Thl. I. A. L. R. erforderlich, 1) daß ihm diese Eigenschaft durch ein besonderes Gesetz ausdrücklich beigelegt worden, 2) daß es für sich selbst bestehen und auch ohne den Besitz eines Grundstückes ausgeübt werden könne. (Siewert Hft. 3. S. 124—128.)

4) Schepers bemerkt, daß zur Beantwortung der Frage, welche Rechte als Immobilien angesehen werden können, nur auf die §§. 14., 15. Tit. I. der Hyp. O. rekurrirt werden müsse; allein die darin aufgestellten Merkmale seien eigentlich eben in der Frage enthalten, mithin nicht zur Beantwortung geeignet und so vage, daß man nur durch Hülfe der Rechtsanalogie die Entscheidung schöpfen könne. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 461, 462.)

B. Die von den Gesetzrevisoren gerügte Unbestimmtheit des A. L. R. und die Theorie desselben rücksichtlich der Gerechtigkeiten erklärt sich zum Theil aus der älteren Gesetzgebung. Es bestimmte die V. v. 29. Sept. 1794 (N. C. C. Tom. de 1764 p. 491), daß folgende Gegenstände den Immobilien gleich zu achten seien: emphyteusis, superficies, salinae, fodinae, ususfructus, annui reditus, census, fructus reales, servitutes personales, et actiones ad tales res competentes, nicht aber nomina und ausstehende Activa, wenn sie auf Hypotheken ausgethan. Rücksichtlich der privilegia civica, — namentl. der Barbier- u. Badergerechtigkeiten, Buchdruckereien, Apotheker-Privilegien, und Fischerstellen — wurde später in einem an das St. G. zu Berlin erlassenen R. v. 12. Febr. 1770 (N. C. C. de 1770 p. 6680) angenommen, daß sie den Immobilien nicht gleich zu achten seien, indem sie in die neuen Konsensbücher nicht eingetragen werden sollten. Auf einen dagegen erstatteten Bericht v. 24. Juni 1771 (a. a. O de 1771 p. 261) wurde aber durch das R. v. 4. Juli 1771 (a. a. O. p. 259, 260) die Eintragung der privilegiorum civicorum in die Konsensbücher und die Verhypothecirung wiederum gestattet und bei dieser Theorie ist man in der Hyp. O. (Tit. 1. §§. 14. u. 15.) stehen geblieben.

C. In Bezug auf einzelne Rechte sind in dieser Beziehung spezielle Entscheidungen ergangen.

1) In Betreff des Bergwerkseigenthums, welches durch die Vorschriften des A. L. R. II. 16. §§. 325., 328—340 u. II. 18. §. 555. den unbeweglichen Sachen beigezählt wird.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 16. §§. 325., 328—340.

2) In Betreff der Apothekergerechtigkeiten:

a) Die revid. Apoth. O. vom 11. Okt. 1801 (N. C. C. Tom. XI. p. 555, Rabe Bd. 6. S. 611 ff.) bestimmte in den §§. 1. ff., daß die Apotheken nur auf Grund einer vererblichen Konzession gehalten werden können, wodurch das Recht zur Ausübung ein Gegenstand des Verkehrs geworden, so daß die Eintragung in die Hyp. Bücher unbedenklich.

b) Nach der V. v. 24. Okt. 1811 (G. S. 1811 S. 359) können indeß gegenwärtig unter Umständen Apotheken auch auf Grund eines Gewerbscheines angelegt werden, so daß deren Fortdauer von dessen Ertheilung abhängig ist.

c) Nur in Beziehung auf diese letztgedachten Apotheken ist die Unzulässigkeit ihrer Eintragung durch das R. v. 29. April 1820 ausgesprochen. (Jahrb. Bd. 15. S. 287, Gräff Bd. 4. S. 179.)

d) R. v. 19. März 1829. Die erst jetzt geforderte Eintragung des Apotheker-Privilegiums als Pertinenzstück des betr. Grundstücks ist unzulässig.

Bei der Prüfung des von dem Apotheker H. zu M. angebrachten Gesuchs, wegen Eintragung seines Apothekerprivilegiums als Pertinenzstück seines Hauses in das Hypothekenbuch,

wird es zunächst auf eine nähere Beantwortung der Frage ankommen, ob in dem beigebrachten Privilegium wirklich eine solche ausschließliche Gewerbsberechtigung zu finden ist, welche vor dem G. v. 2. Nov. 1810 zur Eintragung in das Hypothekenbuch geeignet gewesen ist. Diese Qualifikation indessen vorausgesetzt, so kann doch jetzt, nachdem die ausschließlichen Gewerbsberechtigungen aufgehoben und dafür nur eine Entschädigung verheißen worden, nachdem sie also denjenigen Charakter verloren haben, welcher sie ehedem zur Eintragung in das Hypothekenbuch fähig gemacht hat, von einer solchen Eintragung nicht mehr die Rede sein. (Min. A. 2620. — Gen. A. 31. Vol. 1. Fol. 257.)

e) Das R. v. 19. März 1840, betr. die Frage: inwiefern Apotheker-Privilegien noch als Realrechte fortbestehen, sich zur Eintragung ins Hypothekenbuch eignen und rechtsgültig verpfändet werden können? theilt folgendes Schreiben der Min. der G., U. und M. Ang. und des Inn. v. 10. März 1840 mit, mit welchem der Justizmin. sich einverstanden erklärt:

In Erwiderung Ew. Exc. Schreiben v. 23. Mai v. J., betr. die Frage: in wiefern die in das Hypothekenbuch eingetragenen Apothekerprivilegien gegenwärtig noch fortbestehende Realrechte gewähren? stimmen wir der für das Fortbestehen solcher Realrechte ausgesprochenen Rechtsansicht des O. L. G. zu N. in dem Berichte v. 30. April v. J. in so weit bei, als es sich um pharmazeutische Gewerbsberechtigungen in den älteren, nicht unter Franz., Westphäl. oder Belg. Gesetzgebung gestandenen Landestheilen, und aus einer vor Emanation des Gewerbe-Edikts v. 2. Nov. 1810 sich datirenden Verleihung handelt. Die in der eben bezeichneten älteren Zeit verliehenen Apothekerprivilegien geben der Regel nach nicht eine auf die Person des Beliehenen beschränkte, sondern eine vererb- und veräußerliche Berechtigung. Dies wird namentlich durch die Apothek. O. v. 11. Okt. 1801 Tit. 1. §. 2. dergestalt zur gesetzlichen Präsumtion gestellt, daß eine Ausnahme nur in denjenigen Fällen einer älteren Privilegienverleihung Platz greift, wo der ausdrückliche Inhalt der Privilegiums-Urkunde auf eine nur für die Person des Beliehenen geltende Berechtigung lautet. Die sonstigen an und für sich vererb- und veräußerlichen Apothekerprivilegien sind einer Beschränkung nach §§. 2—4. a. a. O. der Apothek. O. nur darin unterworfen, daß ihre Veräußerung bei Lebenszeit des Inhabers überall nicht anders als an einen für das pharmazeutische Geschäft vorschriftsmäßig befähigten und approbirten Nachfolger geschehen darf, und wenn eine privilegirte Apotheke durch Erbgang an einen nicht in solcher Art befähigten Erben fällt, dieser, mit Ausnahme der für die Wittwen und minorennen Kinder des verstorbenen Apothekers geltenden Modifikationen, zur Abtretung binnen Jahresfrist wiederum an einen persönlich approbirten Apotheker verpflichtet ist. Seit Erlaß des Ed. v. 2. Nov. 1810 werden dergleichen vererb- und veräußerliche pharmazeutische Gewerbsprivilegien allerdings nicht mehr, sondern, dem allgemeinen Grundsatze der jetzigen Gewerbeverfassung gemäß, zur ersten Anlegung neuer Apotheken sowohl, als auch zu deren nachmaligen Uebernahme und Fortführung, nur persönliche, für den jedesmaligen Inhaber ausschließlich geltende, und keiner Uebertragungsdisposition von seiner Seite unterworfene Konzessionen ausgegeben, dergestalt, daß das Recht eines solchen konzessionirten Apothekers bei seinem Abgange vom Geschäfte sich nur auf die Disposition über die materiellen Einrichtungsgegenstände seiner Offizin beschränkt. Die vererb- und veräußerlichen Privilegien älterer Apotheken sind aber nicht aufgehoben, da die im §. 17. des Ed. v. 2. Nov. 1810 angeordnete Ablösung der Gewerbsgerechtigkeiten älterer Verfassung in Hinsicht auf die Apotheken zu keiner allgemeinen Ausführung gekommen, sondern in der V. v. 24. Okt. 1811, auf welche der §. 89. des G. v. 7. Sept. desselben J. verweiset, nur auf die Fälle einer mit dem Privilegium noch etwa besonders verbundenen Exklusivberechtigung und nur bei eintretendem Falle einer wirklichen Apotheken-Anlage an dem betr. Orte beschränkt ist.

Die Eintragung der solchergestalt noch fortdauernden älteren Apothekerprivilegien in das Hypothekenbuch unterliegt nach Tit. 1. §. 14. der Hyp. O. an und für sich keinem Bedenken. Eben so ist auch ihre Verbindung mit einem gewissen Grundstücke als Realpertinenz und die diesfällige Eintragung nach Vorschrift der Apoth. O. Tit. 1. §§. 12. u. 35., wenn zwar dadurch nach §. 4. des Ed. v. 9. Okt. 1807 und §. 33. des G. v. 7. Sept. 1811 keine untrennbare Zubehörigkeit entsteht, doch für überhaupt unstatthaft um so weniger zu achten, als es dem allgemeinen Interesse des Sanitätswesens in der Regel nur zuträglich sein kann, wenn die Apotheken bei den für ihr Geschäft einmal zweckmäßig eingerichteten Grundstücken verbleiben, aus welchen sie ohnehin nicht anders, als nach einer von der Medizinalbehörde ertheilten, von der Zweckmäßigkeit der Lage und der sonstigen Beschaffenheit wiederum abhängigen Genehmigung des neuen Lokals verlegt werden können. Als eine aus den obigen Bestimmungen der Apoth. O. hervorgehenden Maßgabe versteht sich jedoch, daß die Vererbung und Veräußerung des mit einem Apothekerprivilegium verbundenen Grundstückes, so lange dieser Realnexus besteht, den nämlichen Bedingungen in Betreff der persönlichen Qualität des Akquirenten unterliegt, welche für die Vererbung und Veräußerung des Privilegiums an sich selbst vorgeschrieben sind. (J. M. Bl. 1840 S. 113, Min. Bl. d. i. V. 1840 S. 175.)

3) Besondere Zehntrechte sind als Immobilien anzusehen.

Angenommen von dem Justizmin. in dem R. v. 23. Mai 1820 und 19. Nov. 1829. (Gesetzrevision Pens. III. S. 152.)

Was dagegen Zehntrechte, Servituten und Grundgerechtigkeiten betrifft, welche nur einer gewissen Person, ohne Beziehung auf den Besitz eines Grundstücks, zustehen, so nimmt Bielitz (auf Grund des §. 365. A. L. R. I. 20) an, daß solche nicht zu den unbeweglichen Rechten zu rechnen. (Komm. Bd. 1. S. 278.)

Strombeck ist entgegengesetzter Ansicht.

(Erg. zum A. L. R., Bd. 1. S. 111 Anm. 33.)

4) Zu den Immobilien [1]) werden auch unablösliche Pachte, welche auf einer Feldmark ruhen und ungetheilt besessen werden, gerechnet.
(R. v. 25. Nov. 1825, Jahrb. Bd. 26. S. 416, Gräff Bd. 4. S. 179.)

5) Die gutsherrlichen Rechte wegen der Kolonatsgefälle gehörten bis zur Verwandlung des erblichen Nutzungsrechtes der bäuerlichen Besitzer in Eigenthum zu dem unbeweglichen Vermögen des Gutsherrn.
Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 22. Juni 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 195 Nr. 47.)

6) Ueber die Qualität der Kirchen-Stände und der Stände in den Juden-Schulen vergl. die Erg. zur Subh. V. v. 4. März 1834 §. 1. (zur A. G. O. I. 52.) und zur Hyp. O. Tit. I. §. 14.

§§. 10—31. Gans, Bemerkungen über den Werth der in den §§. 10—31. h. t. enthaltenen Unterscheidungen, Erklärungen und Definitionen der verschiedenen Arten der beweglichen Dinge.
(Beitr. zur Gesetzrev. Hft. 5. Nr. XXVI. sub 4. S. 446—448.)

§. 12. 1) Die Banknoten der jetzigen Preuß. Bank sind nicht zum »Kapitalvermögen« zu rechnen; dieselben sind wirkliche Geldzeichen, wie das gemünzte Papier, und werden auch als solche im Verkehr und juristisch behandelt.
(Bank-Ordn. v. 5. Okt. 1846 §§. 29., 32—34., G. S. 1846 S. 442.)

2) Ueber die Frage: ob öffentliche, auf den Inhaber lautende Kreditpapiere als Sachen (im engeren Sinne) oder als Beweis-Urkunden über Geldforderungen rechtlich zu betrachten sind, und folglich, ob dabei die Cession als Uebertragungs-Modus zulässig ist? vergl. die Erk. des Ob. Trib. v. 30. April 1847 und v. 7. April 1848 in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 376., 377.

§. 13. Effekten.

1) Unter Effekten sind immer nur bewegliche körperliche Sachen, im Gegensatze von baarem Gelde und Kapitalien, zu verstehen und Aktiva darunter nicht zu subsummiren.
Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Okt. 1842. (Präj. Nr. 1214.)
(Präj. Samml. S. 264, Entsch. Bd. 8. S. 473.)

2) Früchte auf dem Halme gehören zu den Effekten im Sinne des §. 13.
Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Dec. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 303 Nr. 65.)

3) Wechsel können nicht zu den Effekten und eben so wenig zu den Waaren, als eine Spezies der Effekten, gerechnet werden, denn nach §. 12. h. t. werden Schuldbokumente, worunter unstreitig auch Wechsel begriffen sind, zum Kapital-Vermögen gerechnet, und im §. 13. wird festgesetzt, daß unter dem Ausdruck »Effekten« das baare und das Kapital-Vermögen nicht verstanden werde. Nach kaufmännischem Sprachgebrauche werden zwar Tratten als eine Waare angesehen, allein deshalb darf der Richter, der hier ganz bestimmte Vorschriften vor sich hat, sich keine bloße analogische Anwendung erlauben.
(Erk. des Kammerger. v. 15. Juli 1799, Mathis Bd. 1. S. 241.)

4) Bielitz, welcher bemerkt, daß die Kaufleute auch die von ihnen in Kommission genommenen geldwerthen Papiere Effekten zu nennen pflegen, behauptet gegen die Ausführung in dem zu 3. angeführten Erk. des Kammerger. v. 15. Juli 1799, daß das Wort »Effekten« in diesem Sinne unter Andern auch im §. 300. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. vorkomme. Es folgert dies aus der Zusammenstellung der Worte »Waaren und Effekten« und aus dem kaufmännischen Sprachgebrauche. (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 292, 293.)

5) Bornemann bemerkt, daß der Ausdruck »Effekten« verschiedentlich in Bedeutungen vorkomme, die weit enger seien, als die des §. 13.; so in §. 279. Tit. 2. Thl. II. A. L. R.; §. 1193. Tit. 11. ibid.; §§. 1., 70. Tit. 24. Thl. I. A. G. O.; §§. 300., 377. Tit. 50. l. c.
(System Bd. 1. S. 278 Anm., 2. Ausg. Bd. 1. S. 106.)

[1]) Das R. v. 2. Okt. 1816 rechnete dahin auch die vom Gute abgetrennte Jagdgerechtigkeit. (Jahrb. Bd. 8. S. 280, Gräff Bd. 4. S. 176.) Vergl. hierüber Schäpers in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 468.

6) Auch der Gesetzrevisor macht darauf aufmerksam, daß in den eben angeführten Gesetzstellen, desgl. im §. 1. Tit. 29. Thl. I. A. G. O. der Ausdruck »Effekten« in einem Zusammenhange gebraucht werde, worin die hier gegebene Erklärung durchaus unanwendbar sei. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 14. des Entw. S. 9.)

§§. 14—18. Die hier gegebenen Definitionen finden weder bei Auslegung letztwilliger Verordnungen, noch bei Interpretation anderer Willenserklärungen von Privatpersonen Anwendung. Sie dienen nur dazu, den eigenen Sprachgebrauch des Gesetzes anzuzeigen und um in den Fällen des §. 73. Tit. 4. und §. 129. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. als letzte Instanz einzutreten.
(Siewert Hft. 3. S. 135 Nr. 49.)

§. 16. Geräthschaften.

1) Kupferplatten gehören zu den Utensilien einer Kunsthandlung, welche Landkarten verfertiget. Das Wort »Utensilien« bezeichnet nach seiner grammatischen Bedeutung nichts Anderes, als ein in der Wirthschaft oder bei einem sonstigen Gewerbe nöthiges Geräth. In einer Kunsthandlung, welche selbst Landkarten verfertiget, sind aber Kupferplatten nöthige Geräthschaften. Sie gehören eben so zu den Utensilien, wie die Druckerpresse zu denen einer Buchdruckerei.
(Erk. des Ob. Trib. v. 7. Aug. 1815, Simon R. Bd. 1. S. 109.)

2) Vergl. Klein, Rechtsspr. 1. Nr. 30.

§. 17. Moventien.

Sind auch die nicht nutzbaren Thiere, welche nur zum Vergnügen gehalten werden, z. B. Singvögel, Papageien, Affen, zu den Moventien zu zählen?
Die Gesetzrevisoren (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 18. des Entw. S. 10) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 295) bejahen.

§. 18. Mobilien.

Die Gesetzrevisoren führen aus, daß das G. der gegebenen Erklärung hier nicht getreu bleibe, sondern unter dem Ausdrucke »Mobilien« in vielen Stellen eben das verstehe, was der bereits erklärte Ausdruck »Effekten« bezeichne; so in den §§. 213., 247—250., 559—569., 649—652., 788. Tit. 1.; §§. 279., 283—285., 345. Tit. 2.; §§. 60., 61. Tit. 4.; §§. 439. seq. Tit. 18. Thl. II. A. L. (Ges. Rev. a. a. O. Mot. zu §. 19. des Entw. S. 10.)
Vergl. Bornemann, Syst. (2. Ausg.) Bd. 1. S. 106.

§§. 20. 21. Die mit Juwelen verzierten goldenen und silbernen Ringe gehören zum »Gold und Silber,« denn sie sind Zubehör des Ringes, zu dessen Verzierung sie dienen, und folgen der Hauptsache, ohne daß es auf das Werthverhältniß ankommt. (§§. 42., 44. h. t.)
(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 126—127.)

§. 22. Zum Schmuck und Geschmeide gehören nicht die noch rohen Edelsteine, ebensowenig Siegelringe.
(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 127.)

§§. 32—40. Inbegriff von Sachen und Rechten.

§§. 32. 36. Eine Bibliothek und Gemäldesammlung, die einem Familien-Fideikommiß als Zubehör zugeschlagen worden, ist nicht bloß in dem Zustande, in welchem sie der Stifter zugeschlagen hat, sondern in jedem später vermehrten und verbesserten Zustande Pertinenz. Die zutretenden Stücke nehmen Natur und Beschaffenheit des Ganzen an, dem sie einverleibt werden, ohne daß die besonderen Rechte und Lasten der inkorporirten Sache verloren gehen. Diese Theorie muß auf eine Bibliothek um so mehr Anwendung finden, als einzelne Bestandtheile derselben mit den Jahren altern und diese veralternden Theile, dem Zwecke des Ganzen nach, durch Erzeugnisse der frischen, aufsteigenden Stunde ersetzt werden müssen.
Erkannt von dem I. u. II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 13. April und 25. Nov. 1830 und bestätigt von dem Ob. Trib. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 188—197.)

§. 33. Der §. 33. stellt den Begriff einer universitas juris auf und es ist darnach anzunehmen, daß auch in dem Falle ein ganzer Vermögens-Inbegriff überlassen sei, wenn das ganze Vermögen, mit Ausnahme einiger einzelnen Stücke, überlassen worden, indem der Vorbehalt einzelner, mehr oder minder kostbarer Gegenstände den Begriff des Vermögens-Inbegriffs nicht ändert.
(Erk. des Ob. App. Sen. des K. G. v. 10. Nov. 1833, Centralbl. 1840 S. 59.)

§. 41. Theilbare und untheilbare Sachen.

1) Der Begriff von theilbaren und untheilbaren Sachen, wie ihn das A. L. R. giebt, ist von verschiedenen Seiten getadelt worden. Man hat das Kennzeichen der Untheilbarkeit darin setzen wollen, daß nach erfolgter Zerlegung die Theile mit dem Ganzen nicht mehr unter denselben Begriff fallen. Dies liegt indeß schon in der Sache selbst und ist eben der in dem gegebenen Begriffe durch die erste Alternative angedeutete Fall: wenn die Natur der Absonderung einzelner Theile entgegensteht. Wollte man hierbei an eine Zerlegung in andere, als solche Theile denken, welche mit dem Ganzen unter denselben Begriff fallen, so wird es beinahe keine von Natur untheilbare Sache mehr geben.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 41. des Entw. S. 11.)

2) Der II. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 17. April 1855 an, daß der an ein im gemeinschaftlichen Besitze einer Gemeinde befindliches Rittergut zu entrichtende Grundzins eine untheilbare Sache sei. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 338 Nr. 74.)

Die Redaktion des Archiv's bestreitet dies unter Bezugnahme auf §. 91. Tit. II. der Hyp. Ordn. und §. 7. Nr. 2. des G. v. 3. Jan. 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken.

(a. a. O. S. 343.)

3) Ueber die Frage: ob und inwieweit bei der Parzellirung eines servitutberechtigten Grundstückes das Servitutrecht auf die Theil-Grundstücke übergeht und insbesondere die Besitzer derselben die gesetzliche Abfindung dafür zu verlangen befugt sind? vergl. Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 22. 23.

§§. 42—47. Pertinenzstücke.

1) Koch (in der Abhandl. über Gutsbestandtheile und Pertinenzstücke) führt aus:

Das unterscheidende Merkmal eines Pertinenzstückes, im Gegensatze eines Substanztheils, bestehe darin, daß als Pertinenz nur dasjenige anzusehen sei, was mit der Hauptsache juristisch durch menschliche Willkühr (§. 44.) in Verbindung gesetzt worden; wogegen das, was damit physisch verbunden ist, integrirende Theile oder Bestandtheile seien. Bei Begriffsganzen, die überhaupt nur durch menschliche Willkühr bestehen, seien in Folge dieser juristischen Verbindung auch die einzelnen Sachen Theile des Ganzen, nicht Pertinenzstücke, wenigstens gelte dies von den gleichartigen Sachen, z. B. von allen Köpfen einer Heerde, von den zu einem Ganzen verbundenen einzelnen Grundstücken; wogegen ungleichartige Sachen, welche mit einem solchen Begriffsganzen in Verbindung gesetzt werden, z. B. bei einem Landgute die Inventarienstücke, als Pertinenzstücke angesehen würden. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 300.)

Vergl. Koch's Landr. zum §. 42. h. t.

2) Nach den Grundsätzen des Westpreuß. Landschafts-Reglements v. 25. Juni 1851 §§. 116—121. (G. S. 1851 S. 523) ist der Antheil eines mit Pfandbriefen belegten Gutes an dem Tilgungsfond ein Zubehör des Gutes und geht mit dem Verkaufe des Gutes auf den neuen Erwerber über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 14. Mai 1852.

(Entsch. Bd. 23. S. 358, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 147 Nr. 38.)

3) Bei Verträgen wird diejenige Sache als Hauptsache erachtet, welche der Hauptgegenstand des Vertrages ist, d. h. diejenige, auf welche hauptsächlich die Absicht der Kontrahenten gerichtet war, es mag nun dieser Vorzug in dem höheren Werthe der Sache oder in einem anderen Verhältnisse begründet sein.

(Erk. des O. L. G. zu Naumburg v. 15. Nov. 1827, Simon R. Bd. 3. S. 357.)

§. 43. Zur Begründung der Pertinenz-Eigenschaft einer Gutsparzelle ist der Nachweis erforderlich, daß diese Parzelle früherhin selbstständig besessen und durch menschliche Bestimmung als Nebensache mit dem Gute verbunden worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Jan. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 353 Nr. 75.)

§. 44. 1) Das bei einer Gemeinheitstheilung, einer Regulirung Behufs der Eigenthums-Verleihung oder Ablösung von Reallasten, zur Abfindung gegebene Land wird durch das Gesetz Zubehör des Guts, zu welchem die Sache oder das Recht gehört hat, wofür die Abfindung gegeben worden ist. Das Recht darauf geht auf jeden neuen Besitzer dieses Guts über.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1854. (Präj. Nr. 2508.)

Der §. 44. A. L. R. I. 2. bezieht sich nicht auf das Abfindungsland und es ist zu dessen Vereinigung mit dem berechtigten Gute kein besonderer Zuschlagungs-Akt erforderlich. Der §. 24. des Regul. Ed. v. 14. Sept. 1811 und §§. 458., 459. A. L. R. I. 20., so wie die Art. 51—59. der Dekl. v. 29. Mai 1816, §§. 23., 39. u. 40. der Ablös. O. v. 7. Juni 1821, §§. 1—4. des G. v. 29. Juni 1835, §. 61. der V. v. 30. Juni 1834, und §§. 148 ff. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 sprechen zwar nur von den Rechten dritter Personen, resp. der Realgläubiger und Anwärter bei Lehnen und Fideikommissen, an den Abfindungsgegenständen, die in Bezug auf sie an die Stelle der vom Hauptgute abgetrennten Pertinenzien treten. Allein der §. 147. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 bestimmt allgemein:

Die Entschädigung, die jeder Theilhaber durch die Auseinandersetzung erhält, ist das Surrogat der dafür abgetretenen Grundstücke oder dadurch abgelösten Berechtigungen und erhält daher in Ansehung ihrer Befugnisse, Lasten und sonstigen Rechtsverhältnisse die Eigenschaften derjenigen Grundstücke, für welche sie gegeben worden;

und nach §. 20. der Dienstablös. O. v. 7. Juni 1821 soll, bei einer Abfindung der Dienste durch Land, die Ausweisung desselben nach den Grundsätzen der Gem. Th. O. geschehen. — Hiernach erhalten die Abfindungsländereien die Eigenschaft der Grundstücke oder Berechtigungen, für welche sie gegeben worden, schon durch das Gesetz, und es bedarf, wenn die Letzteren Pertinenzien eines Gutes waren, keines besonderen Aktes der Zuschlagung von Seiten des Empfängers, um sie zu Pertinenzien des Gutes zu machen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 2, Entsch. Bd. 27. S. 194, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 90 Nr. 20.)

2) Kann eine Quote eines anderen, auf einem besonderen Folium für mehrere Miteigenthümer eingetragenen Grundstückes gesetzlich als Pertinenzstück eines Grundstücks angesehen werden, oder es sonst irgend wie, etwa durch die Handlung oder Bestimmung eines Menschen geworden sein?

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 14. Dec. 1847 bejahet.

Nach §. 44. h. t. entsteht die Pertinenzqualität einer Sache erst durch ihre Zuschlagung zu einer andern und nach §. 35. Tit. 1. der Hyp. O. bewirkt die Zuschreibung im Hyp.-Buche die Zuschlagung nicht, sondern konstatirt nur, daß diese erfolgt sei. Aus §. 13. a. a. O. geht hervor, daß auch ein auf einem besonderen Hyp.-Folium eingetragenes Grundstück Pertinenz eines andern sein kann. Eben so wenig hindert der Umstand, daß die Sache von mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich besessen wird, die Zuschlagung einer Quote als Pertinenz zu einem andern Grundstücke. Soweit eine Sache Eigenthum eines Dritten ist, kann sie allerdings, nach §. 60. h. t., nicht als Pertinenz eines Andern angesehen werden; wohl aber ist dies bei Antheilsquoten möglich, die jeder Antheilsberechtigte als sein besonderes Eigenthum besitzt. (A. L. R. I. 17. §. 4.)

(Rechtsf. Bd. 3. S. 228 Nr. 114.)

3) Ist die einem Grundstücke gegen einen Dritten zustehende Bauholzgerechtigkeit ein Pertinenz der Hofgebäude des herrschenden Grundstückes, oder bedarf es zur Uebertragung des Rechtes auf Freiholz an den Erwerber der das Grundstück beherrschenden Gebäude einer besonderen vertragsmäßigen Bestimmung?

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 3. Mai 1848 Ersteres angenommen.

Dies folgt aus dem Zwecke der Servitut, welche zunächst und unmittelbar nur die Erhaltung der Gebäude betrifft, ohne welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden kann. Ist eine Bauholzgerechtigkeit auch einem Grundstücke allgemein verliehen, so ist sie doch ihrem Gegenstande nach durch die Existenz der Wohn- und Wirthschaftsgebäude bedingt. Ihr nächster Zweck ist also die Erhaltung der Gebäude. Dies folgt auch aus Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816. Weil der Hof das herrschende Gut, ist die Berechtigung selbst eine untheilbare. Mit dem Hofe und dessen Gebäuden (wenn auch die übrigen Ländereien nicht mit verkauft werden) geht daher die Freiholzgerechtsame auf den Käufer der Hofestelle, als deren Zubehör, über, ohne daß es deshalb nach §§. 44., 46. h. t. einer besonderen vertragsmäßigen Bestimmung bedarf. (Rechtsf. Bd. 4. S. 65 Nr. 32.)

4) R. v. 27. Febr. 1838. Aus dem Umstande, daß eine für sich bestehende unbewegliche Sache von einem gewissen Hauptgute aus verwaltet worden, folgt noch nicht deren Pertinenzqualität. Dies gilt insbesondere von emphyteutischen Grundstücken, wenn das Hauptgut ein zu adelichen Rechten erworbenes ist.

(Centralbl. 1838. S. 988—991.)

§§. 47. u. 105. Der II. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 4. Mai 1852 aus, daß, nach §§. 47. u. 105. h. t.,

eine Abschlagsschleuse nicht bloß Pertinenz des zur Mühle gehörigen Mühlenteiches, sondern mit dem letzteren Pertinenz der Mühle selbst sei, und daß daher die Bauholzgerechtigkeit einer Wassermühle sich auch auf die Abschlagsschleuse des zur Mühle gehörigen Mühlenteiches erstrecke. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 137 Nr. 35.)

§§. 48 — 63. Pertinenzstücke eines Landgutes.

§. 48. 1) R. v. 19. Jan. 1819. Feldfrüchte auf dem Halme gehören zu den Pertinenzstücken eines ländlichen Grundstückes.
(Jahrb. Bd. 13. S. 14, Gräff Bd. 2. S. 204.)

2) Vergl.: a) über die Frage: ob Dienste und Leistungen der Bauern als Pertinenzstücke des berechtigten Hauptgutes anzusehen, die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 443; b) über die Pertinenzqualität der für abgelöste bäuerliche Leistungen und Dienste zur Entschädigung gegebenen Ablösungs-Kapitalien und Rentenbriefe, die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 460.

§. 49. 1) Ein Vorrath von Gutserzeugnissen (§. 49.) läßt sich nicht ohne Absonderung der Früchte denken. Bei der Frage: ob diese letzteren Pertinenzstücke sind oder nicht, ist nicht allein zu unterscheiden, ob sie noch auf dem Gute befindlich sind, oder nicht? sondern auch, wem sie gehören, ob dem Eigenthümer eines Gutes oder einem Dritten? In den letzteren Fällen sind sie gar keine Pertinenzstücke, in dem ersten aber sind sie es.
(Siewert Hft. 3. S. 145—149 Nr. 52.)

2) Ueber das Verhältniß des §. 49. h. t. zum §. 475. A. L. R. I. 20. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 475.

§. 55. 1) Die Gesetzrevisoren machen darauf aufmerksam, daß weder der Zweck, noch die Thatsache des Aussetzens, sondern nur der Umstand, daß sich die Fische in dem Teiche befinden, für die Pertinenzqualität entscheidend sein könne.
(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 48—66. des Entw. S. 13.)
Vergl. dagegen Koch's Landr. zum §. 55. h. t.

2) Die Vorschrift des §. 55. über die Pertinenzqualität der Fische schließt den Fall nicht aus, daß die Fischereigerechtigkeit einem Dritten, der nicht Eigenthümer ist, zustehe. Ist dies erwiesen, so kommt es auf die gesetzliche Pertinenzqualität der Sache nicht weiter an.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1837.
(Centralbl. 1838. S. 442.)

§. 62. R. v. 25. Juli 1837. Die zum Zwecke der nothwendigen Subhastation aufgenommenen Karten und Vermessungsregister sind in der That auf Kosten des früheren Besitzers angefertiget und daher jedenfalls nach §. 62. h. t. als Pertinenzstücke des Gutes anzusehen.
(Jahrb. Bd. 50. S. 130, Gräff Bd. 12. S. 11.)

§§. 64 — 66. Pertinenzstücke eines Waldes.

§. 64. Die Gesetzrevisoren halten für unzweifelhaft, daß auch Försterhäuser, welche von den die Aufsicht führenden Förstern bewohnt werden, nicht minder Jagd- und Netzhäuser, zu den Pertinenzstücken eines Waldes gehören. (Gesetzrev. a. a. O. S. 14.)

§. 65. 1) Windbrüche gehören nach §. 33. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. nur in sofern zur gewöhnlichen Nutzung, als sie auf das im Wege einer ordnungsmäßigen Bewirthschaftung zu schlagende Holz angerechnet werden. Mit diesem Grundsatze stimmt es überein, daß man den Windbruch, so lange er sich noch im natürlichen Zustande befindet, als ein Pertinenz des Waldes ansieht. (Gesetzrev. a. a. O.)

2) Ueber die Frage: ob geschlagenes Holz, so lange es aus dem Walde nicht fortgeschafft ist, dem dinglichen Rechte des Hypothekengläubigers unterworfen ist, vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Sept. 1850 (Präj. Nr. 2239.) in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 475.

§. 67. Pertinenzstücke einer Jagdgerechtigkeit.

Die Jagdgerechtigkeit ist durch das G. v. 31. Okt. 1848 beseitiget; allein die Jagdgeräthschaften sind nunmehr als Zubehör des Landgutes, auf dessen Gemarkung die Jagd betrieben wird, anzusehen, weil die Jagd eine Wirthschaftsrubrik ist, nach Analogie des §. 69. h. t. (Koch's Landr. zum §. 67. h. t.)

§. 68. u. 69. Pertinenzstücke einer Brau- und Branntweinbrennerei-Gerechtigkeit.

Die §§. 68. u. 69. bedingen das Vorhandensein einer Brau- oder Brennerei-Gerechtigkeit, welche etwas ganz Anderes ist, als der bloß thatsächlich stattgefundene Betrieb des gedachten Gewerbes.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1851.
(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 131.)

§§. 75 — 89. Pertinenzstücke eines Gebäudes.

§§. 76. 80. 88. Die für ein Wohngebäude bestimmten Fenster sind für Pertinenzstücke desselben, und somit dem Rechte der Hypothekengläubiger für unterworfen, von dem Augenblick ab zu erachten, wo sie zum Zwecke ihrer Verwendung in das Gebäude selbst geschafft worden sind. Darauf, ob sie bereits am gehörigen Orte befestiget sind, kommt es nicht an.
Angenommen von dem Plenum des Civ. Sen. des Kammerger. unterm 21. Nov. 1849. (Prinzip. Buch Nr. 10.)

§. 79. Der §. 79. setzt voraus, daß das Gebäude zum fortgesetzten dauernden Betriebe des Gewerbes bestimmt sei.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1851.
(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 132, 133.)

§. 90. Pertinenzstücke eines Gasthofes.

Scheele sucht aus §. 90. h. t. in Verbind. mit §§. 435. u. 436. A. L. R. II. 8. und §. 9. a. des Ges. v. 30. Mai 1820 zu zeigen, daß das Recht, Tanzmusik zu halten, als ein Bestandtheil des Gastgewerbes anzusehen sei. (J. W. 1837 S. 489.)

§. 91. Pertinenzstücke eines Schiffes.

Vergl. A. L. R. II. 8. §. 1398. und A. G. O. I. 50. §. 684.

§. 92. Pertinenzstücke einer Mühle.

Die Gesetzrevisoren, welche mittheilen, daß in judicando die Frage streitig geworden sei, in wiefern der Mühlenteich zu den Pertinenzstücken einer Wassermühle gehöre? bemerken, daß sich darüber keine allgemeine Bestimmung geben lasse, sondern daß die Beantwortung der Frage aus der Lokalität abgenommen werden müsse. Zur Mühle gehöre immer nur das Recht auf das zum Betriebe erforderliche Wasser; ob aber der Mühlenteich selbst ein Pertinenzstück der Mühle sei, müsse nach anderen Umständen beurtheilt werden, ob z. B. derselbe ein geschlossenes, durch die zur Mühle gehörigen Grundstücke umgebenes Gewässer sei, oder nur ein aufgestauter Bach, oder etwa ein, an viele andere Grundstücke stoßender, ausgebreiteter Teich.
(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 95. des Entw. S. 16.)

§. 93. Pertinenzstücke einer Fabrik.

K. O. v. 3. Nov. 1804 und R. v. 12. Jan. 1805, daß die zur immerwährenden Fortsetzung einer Fabrikanstalt gegebenen Fonds niemals zur Erbtheilung kommen, sondern demjenigen Erben allein zufallen sollen, der die Fortsetzung der Fabrik übernimmt[1]).
(N. C. C. Tom. XI. p. 2865. No. 2. de 1805, R. A. Bd. 3. S. 428, Mathis Bd. 1. S. 95, Rabe Bd. 8. S. 235.)

§§. 96 — 100. Pertinenzstücke einer Bibliothek und eines Naturalien-Kabinets.

§. 97. Ist eine in dem Zimmer, wo eine Kunstsammlung aufgestellt ist, befindliche, besonders künstlich gearbeitete Uhr zu der Kunstsammlung zu rechnen?

Bielitz bejahet, indem er sich auf den §. 98. bezieht, nach welchem bloß zur Auszierung des Zimmers aufgestellte Sachen nicht für Pertinenzien einer Bibliothek zu erachten. (Komm. Bd. 1. S. 328.)

Strombeck hält dies indeß für bedenklich, da eine künstlich gearbeitete Uhr stets deren Gebrauch als Hauptzweck habe.
(Erg. z. A. L. R. Bd. 1. S. 118 Anm. 62.)

§. 99. Gehören, wenn Jemand eine Bibliothek und auch eine Gemäldesammlung besitzt, die Zeichnungen und Kupferstiche zu dieser und nicht zu jener?

Bielitz nimmt Letzteres an; denn wenn auch die Worte des §. 99. für Ersteres sprächen, so scheine doch der §. 46. der Einl. mehr für die Richtigkeit der letzteren Meinung zu sprechen.
(Komm. Bd. 1. S. 328.)

Strombeck bemerkt, daß sich diese Ansicht, als dem §. 99. zuwider, schwerlich allgemein rechtfertigen lasse. Auf jeden Fall wür-

[1]) Hieraus ist der §. 305. des Anh. zur A. G. O. I. 46. entnommen.

den Kupferstiche, welche zu großen Kupferwerken gehören, nicht zur Gemälde-, sondern zur Büchersammlung zu rechnen sein.

(Erg. zum A. L. R. Bd. 1. S. 118 Anm. 63.)

§. 101. Pertinenzstücke einzelner Thiere.

Es ist die Frage entstanden, welche Geräthschaften als erforderlich zur Aufbewahrung eines Thieres hier gemeint seien, ob z. B. zu einem Vogel auch das Vogelbauer gehöre?

Die Gesetzrevisoren bemerken:

Der gedruckte Entwurf zum Gesetzbuche hatte eine Vorschrift des Inhalts: Abth. II. Tit. 8. §. 117.:

Zu einem verkauften Pferde gehört bloß die Halfter, zu andern Thieren aber nichts, als was ausdrücklich vorbedungen worden.

Statt dessen ist bei der Umarbeitung der §. 101. aufgenommen worden, ohne daß sich dafür die Gründe ermitteln ließen. Man darf hiernach voraussetzen, daß durch die jetzige Fassung nichts anders bezweckt worden, als dasjenige, was früher von der Halfter des Pferdes gesagt war, zu generalisiren. So würde mithin zu einem Pferde nur die Halfter, zu einem Stück Rindvieh der Strick, woran es geführt wird, gehören: nicht aber zu einem Vogel das Bauer, weil er ohne dieses mit den Händen oder sonst festgehalten werden kann. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 93—103. des Entw. S. 17.)

b) Bornemann ist ebenfalls der Ansicht, daß nicht mehr als Pertinenzstück eines Thieres angesehen werden könne, als gerade nöthig sei, dasselbe an der Flucht zu hindern, — es zu bewahren. Das zierliche Bauer z. B., in welchem sich der verkaufte Vogel grade befinde, werde daher nicht als mitverkauft zu erachten sein.

(System Bd. 1. S. 282 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 1. S. 109.)

c) Thöne dagegen hält das Bauer für Zubehör des Vogels. Denn wenn es auch denkbar sei, daß er ohne dies mit den Händen oder sonst festgehalten werden könne, so könne doch ohne das Bauer nicht wohl verhütet werden, daß er einen Schaden leide, und dann sei auch die Hand keine Geräthschaft. Das G. setze offenbar voraus, daß etwas mitgegeben werde, beschränke dies aber bloß auf die nöthige Geräthschaft. Somit werde der verkaufte Vogel zwar nicht sein bisheriges, aus Draht zierlich verfertigtes Bauer, wohl aber einen hölzernen Käfig mitbekommen. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 65, 66.)

§§. 105—108. Grundsätze von Pertinenzstücken.

1) Bei unbeweglichen Pertinenzstücken von Landgütern entscheiden nicht die Gesetze des Hauptgutes, sondern die der Provinz, in welcher die Pertinenzien liegen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Okt. 1834. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 11 ff.)

2) Ueber die Zerlegung einer besonderen Sache und eines Begriffsganzen enthält erst die neuere Gesetzgebung Bestimmungen.

Vergl. darüber: a) Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 42.; b) Ed. v. 9. Okt. 1807 §. IV.; c) G. v. 3. März 1850, betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke.

§. 105. Ueber die Beziehungen neuer Pertinenzstücke zu den älteren Pflichten der Hauptsache spricht sich das Revis. Kolleg. für Landeskulturs. in dem Erk. v. 1. Okt. 1847 aus. Es war nämlich die Frage zu entscheiden: ob ein bis dahin steuerfreies Grundstück, welches mit einem grundsteuerpflichtigen Grundstücke (einem Rittergute) vereinigt worden war, durch diese Vereinigung von selbst der Grundsteuerpflichtigkeit des Rittergutes (bei welchem die Zuschreibung im Hypoth.-Buche bewirkt worden war) unterworfen sei?

Das Revis. Kolleg. hat verneint.

Der §. 36. h. t., welcher für die Bejahung zu sprechen scheine, beziehe sich nur auf Inbegriffe von Sachen oder von Sachen und Rechten (unisitates fact. aut. juris, z. B. Heerden, Erbschaften u. dergl.). Ein Rittergut sei aber kein Inbegriff in jenem Sinne und auf die einem solchen Gute zugeschlagenen Grundstücke lasse sich nicht jene Vorschrift über die einem Inbegriffe einverleibten Stücke anwenden, sondern es seien die Regeln über Hauptsache und Pertinenzstücke (§§. 42 sqq. h. t.) maßgebend. In dieser Hinsicht verordne das A. L. R. nur im §. 105. h. t., daß Pertinenzstücke, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil nehmen; es spreche also nur von den Rechten, schweige dagegen von Pflichten und namentlich von den auf der Hauptsache schon vor der Vereinigung des Pertinenzstückes haftenden Pflichten. Von solchen Pflichten gelte nicht dasselbe, wie von den seit der Vereinigung entstandenen und deshalb auch ohne ausdrückliche vertragsmäßige oder sonstige Bestimmungen das zugeschlagene Pertinenzstück mit ergreifenden Verpflichtungen. Dies folge insbesondere aus §. 454. A. L. R. I. 20., welcher keineswegs eine dem Hypothekenrechte eigenthümliche, aus der besonderen Natur der Hypothek herrührende, Bestimmung enthalte; vielmehr trete das Prinzip, daß durch die Vereinigung des neuen Pertinenzstückes mit einer Hauptsache keineswegs eine völlige Verschmelzung der rechtlichen Verhältnisse des ersteren mit denen des letzteren erfolge, auch in mehreren anderen Anwendungen hervor, z. B. bei der Allodial-Pertinenz eines Lehngutes, oder bei den einem heimfallspflichtigen Kolonate zugeschlagenen Erbgrundstücken, die deshalb noch keineswegs, wie es, wenn der §. 36. h. t. auf solche Verhältnisse paßte, doch geschehen müßte, auch dem Heimfallsrechte des Gutsherrn unterworfen werden. (Zeitschr. d. Revis. Koll. Bd. 2. S. 401 ff.)

§. 106. 1) Insofern im §. 106. von beweglichen Pertinenzstücken die Rede ist, kann unter der Trennung, die einer vorübergehenden Ursache wegen nur auf eine Zeitlang stattfinden soll, nichts Anders, als eine körperliche Trennung, ein Wegschaffen des Pertinenzstückes von der Hauptsache, keineswegs aber eine rechtliche Trennung durch Veränderung des Eigenthums verstanden werden. Denn nur in seltenen Fällen wird das Eigenthum auf eine Zeitlang einem Andern übertragen, und nichts deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber diese Ausnahme bei Abfassung der §§. 106., 107. vor Augen gehabt habe.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Pl. Beschl. v. 10. Juli 1837. (Entsch. Bd. 2. S. 393.)

Vergl. Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 445.

2) An beweglichen Pertinenzstücken eines subhastirten Grundstückes, welche von der Adjudikation ausgeschlossen sind, bleibt, sofern sie von demselben nicht räumlich getrennt worden, das dingliche Recht der Hypothekengläubiger wegen der bei der Subhastation des Grundstückes erlittenen Ausfälle fortbestehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. April 1851. (Entsch. Bd. 21. S. 429.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 445.

§§. 106. 107. Auch durch mündliche Veräußerung und hinzugekommene Uebergabe eines Substanztheils oder unbeweglichen Pertinenzstücks des Grundstücks wird die Verbindung derselben mit dem Stammgute aufgehoben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Mai 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 16 Nr. 6.)

§. 107. 1) Bei Parzellirungen eines Gutes wird eine demselben zustehende Gerechtigkeit auf Streuling weder der Hofstelle, noch den übrigen Parzellanten ipso jure zugetheilt; sie kann vielmehr nur von den sämmtlichen Betheiligten insgesammt in dem früheren Umfange ausgeübt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1852, indem weder der Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816, noch der §. 107 h. t. für den Fall entscheidend sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 257 Nr. 58.)

2) Bei dem Verkaufe eines ganzen Gutes in einzelnen bestimmten Parzellen ist die dem Gute zugestandene Weidegerechtigkeit für mitverkauft zu erachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 251 Nr. 62.)

§. 108. 1) Der §. 108. redet nicht davon, wie eine Sache aufhöre, ein Pertinenz zu sein, sondern er hat den Fall zum Gegenstande, wenn eine Sache, die ihrer Natur nach ein Pertinenzstück sein würde, einem Andern, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört, und will darauf die Grundsätze von der Pertinenzqualität nicht angewendet wissen. Auch ist die Vorschrift selbst nur von beweglichen Sachen zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1837 (Präj. Nr. 415.) (Präj. Samml. S. 5), und von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 96 Nr. 23.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 1. Anm. zu §. 108. h. t.

2) Wird, wenn eine im Hypothekenbuche eingetragene Pertinenz verkauft und überliefert wird, ohne im Hypothekenbuche abgeschrieben zu werden, der spätere Käufer der Hauptsache mit Pertinenz durch die auf seinen Namen erfolgte Besitztitel-Berechtigung Eigenthümer jener Pertinenz?

Das L. und St. Ger. zu Soest **bejahet**, weil ein nicht abgeschriebenes Pertinenz Zubehör des Hauptgrundstückes bleibe, mithin nach §. 106. mit diesem auf den Käufer übergehe, wofür auch §§. 7. u. 19. A. L. R. I. 10. sprächen und womit §§. 60. u. 108. h. t. nicht im Widerspruche ständen, indem sie sich nur auf **bewegliche** Pertinenzstücke bezögen. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 75.)

Dagegen **verneint** das O. L. G. zu **Hamm**, denn das Hypothekenbuch sei nicht dazu bestimmt, um den Flächeninhalt der eingetragenen Grundstücke daraus zu ersehen, und der Umstand, ob der Käufer den Besitztitel des Hauptgutes für sich habe umschreiben lassen, sei irrelevant. (a. a. O. S. 78.)

Der Einsender dieser Erk. hält die Entscheidung des O. L. G. zu **Hamm** für unrichtig. Nach der Hyp. O. Tit. 2. §. 92. passe der Satz, daß die Eigenschaft eines Pertinenzstückes mit der Veräußerung an einen Dritten wegfalle, nicht auf unbewegliche Pertinenzien. (cf. A. L. R. I. 10. §§. 6. ff.) Der §. 108. h. t. rede nur von beweglichen Pertinenzien, wie aus der Verweisung auf §. 60. hervorgehe, und bei unbeweglichen diene nur das A. L. R. I. 10. §§. 6. ff. zur Richtschnur. (a. a. O. S. 80.)

Bornemann nimmt ebenfalls an, daß der §. 108. nicht auf unbewegliche Pertinenzstücke passe, indem dies dem öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches widersprechen würde. (System Bd. 4. S. 362.)

§§. 109. 110. Nutzen und Nutzung.

Der Ertrag eines Gewerbebetriebes fällt nicht unter den Begriff der civilen Früchte des Lokals, in dem das Gewerbe ausgeübt wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1855.
(Entsch. Bd. 31. S. 414, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 179 Nr. 42.)

§§. 111—119. (Vom Werthe der Sachen.)

§§. 111—115. Die Vorschriften §§. 111—115. finden auch auf Gegenstände der Kunst, welche ihrem Besitzer keinen Nutzen, sondern nur Annehmlichkeiten gewähren, jedoch mit der Maßgabe Anwendung, daß, wo diese Gesetze vom Nutzen einer Sache reden, bei Kunstwerken der Begriff der Annehmlichkeit oder des Vermögens zu substituiren ist. Hiernach läßt sich keinesweges die Regel aufstellen, daß Kunstwerke, insbesondere Kupferstiche, nur einen außerordentlichen Werth hätten, vielmehr läßt sich auch bei diesen Gegenständen ein gemeiner Werth denken, wenn gleich nur für solche Personen, welche Kunstsinn und Liebhaberei an Kunstwerken haben.
(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 29. Juli 1828 u. 31. Dec. 1828, Simon R. Bd. 3. S. 339 ff.)

§§. 112. u. 117. Der IV. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 19. Jan. 1854 aus, daß, mit Rücksicht auf die §§. 112. u. 117., hinsichtlich der Angemessenheit einer auf Bestellung gelieferten Arbeit die Preise der Zeit und des Ortes der Bestellung entscheiden. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 63 Nr. 16.)

§§. 114. 115. Ueber den außerordentlichen Werth und den Werth der besonderen Vorliebe vergl. **Siewert** in den Materialien Hft. 4. S. 101—107; **Bornemann**, System (2. Ausg.) Bd. 1. S. 116; **Koch**, Recht der Ford. Bd. 1. S. 309.

§§. 114. Bei theilweiser Expropriation eines Grundstücks gehört zu dem nach §. 114. dem Grundeigenthümer zu erstattenden außerordentlichen Werthe des expropriirten Theils des Grundstücks auch der Nutzen, welchen derselbe in seiner Verbindung mit dem nicht expropriirten Theile für die Kultur des ganzen Grundstücks gewährte. Daher kommt insbesondere im Falle der Durchschneidung eines Grundstücks durch eine Eisenbahn bei Berechnung des Erwerbspreises des expropriirten Theils auch der durch die Erschwerung der Kultur der nicht expropriirten Theile des Grundstücks dem Eigenthümer desselben entstehende Nachtheil mit in Anschlag.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 106 Nr. 28.)

§§. 120. u. 121. Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen.

Gans, Bemerk. über die unrichtige Definition von verbrauchbaren Sachen im §. 120. (Beitr. zur Gesetzrev. Hft. 5. Nr. XXVI. S. 448.)

§§. 122—141. Persönliche und dingliche Rechte.

Bornemann, Abhandl. vom dinglichen und persönlichen Rechte. (In **Gans** Beitr. zur Gesetzrev. Hft. 5. Nr. XXIV. S. 389 ff.)

Dessen Rechtsgeschäfte S. 20 ff., u. System Bd. 1. S. 417 ff., 2. Ausg. Bd. 1. S. 185 ff.

Lenz, Abhandl. über den Begriff des dinglichen und persönlichen Rechts nach Preuß. Gesetzgebung, mit Berücksichtigung des Röm. und Deutschen Rechts. (In dessen Studien und Kritiken im Gebiete des Preuß., Röm. und Deutschen Rechts. Greifswald 1847. S. 3 ff.)

O. **Plathner**, über die sogenannten dinglichen Rechte. (J. W. 1847 S. 518 ff. u. 553 ff.)

Derselbe, die Ansprüche aus dinglichen Rechtsverhältnissen, namentlich aus dem Miethss- und Pachtverhältnisse. (Jur. Mon. Schr. Bd. 1. S. 584 ff., 641 ff., 705 ff.)

§§. 126. 128. 137. 1) Ueber die Frage: ob Rückstände von Reallasten die Natur eines objektiv-dinglichen, gegen jeden dritten Besitzer verfolgbaren Rechtes haben, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 482.

2) Das Recht, Laudemien zu fordern, an und für sich, nicht auch die Forderung rückständiger Laudemien, ist subjektiv-dinglicher Natur; daher hat der Nachfolger im Besitze des berechtigten Gutes als solcher auf Rückstände von Laudemien aus der Besitzzeit des Vorbesitzers keinen rechtlichen Anspruch.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Nov. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 306 Nr. 64.)

3) Nicht im Hypothekenbuche eingetragene Feuerkassen-Beiträge haben keine **dingliche** Natur, jedoch sind die Feuersocietäts-Kassen in Betreff zweijähriger Rückstände vor ausgebrochenem Konkurse auch ohne Eintragung als wirkliche Realgläubiger anzusehen.
(Erk. des O. L. G. von Westpreußen v. 13. Juni 1828, Simon R. Bd. 2. S. 353—367.)

§§. 128. 136. 1) Auf Lebenszeit angestellte Privat-Forstbediente, welche noch auf die Glaubwürdigkeit ihrer Anzeigen nach §. 20. der V. v. 7. Juni 1821 vereidigt sind, haben an und für sich kein gesetzliches Recht auf Beibehaltung in ihrer Dienststellung gegen einen dritten Erwerber des betreffenden Gutes.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Nov. 1844 (Entsch. Bd. 11. S. 173) und demnächst in dem Pl. Beschl. v. 3. Jan. 1848 (Präj. Nr. 1956.) mit Rücksicht auf §. 136. h. t., da das in Rede stehende Verhältniß weder mit dem **Besitze** der **Sache** verbunden, noch demselben durch ein **Gesetz** die Eigenschaft eines **dinglichen** Rechtes beigelegt sei.
(Entsch. Bd. 16. S. 3, Präj. Samml. S. 342, J. M. Bl. 1848 S. 79.)

Hiernach hat demnächst auch das Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1848 erkannt. (Rechtsf. Bd. 3. S. 384 Nr. 188.)

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht vergl. **Koch's** Landr. Bd. 1. zum §. 128. h. t.

2) Die Dienstverträge des Gesindes haben die Natur rein kontraktlicher Verhältnisse. Durch den Verkauf des Guts allein geht daher das Gesinde auf den neuen Eigenthümer nicht über, und kann dasselbe, wenn es bei dem neuen Eigenthümer auf den Grund neuer Verträge in Diensten bleibt, rückständige kontraktliche Ansprüche nicht geltend machen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juli 1852, unter Bezugnahme auf die gleiche Motivirung in dem Plen. Beschl. v. 3. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1956.[1])
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 215 Nr. 52.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §§. 59. u. 60.

§§. 131—134. Erwerbungsart und Titel.

Es läßt sich nicht annehmen, daß es bei Beurtheilung der Rechtsgültigkeit eines Titels auf keine Form ankomme. Der §. 132. und der die Vorschrift desselben wiederholende §. 2. A. L. R. I. 9. deuten nichts weiter an, als daß die Begebenheit oder Handlung, welche als causa praecedens dem Erwerber einer Sache oder eines Rechtes zur Unterlage dienen soll, die Möglichkeit zur Erwerbung dieses Rechtes müsse begründen können. Eine solche Möglichkeit läßt

---

[1]) Vergl. vorstehend zu 1.

sich aber nur dann annehmen, wenn, in Gemäßheit des §. 109. Tit. 5. a. a. O., bei einem Vertrage, außer der wechselseitigen Einwilligung, auch die in den Gesetzen vorgeschriebene Form beobachtet wird.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Juni 1837. (Entsch. Bd. 3. S. 109 ff., Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 558 ff.)

§§. 135 — 141. Grundsätze vom dinglichen Rechte.

Rintelen, Versuch zur Erklärung des §. 135. A. L. R. I. 2. (Jahrb. Bd. 30. S. 103 ff.)

P. R. Abhandl. über die Eintheilung der dinglichen Rechte in absolute und relative. (J. Z. 1836 S. 803 ff.)

Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 2—3.)

Bielitz in den Nachtr. zum Komm. Hft. 1. S. 44.

Schröter, Civ. Verf. Hft. 1. S. 146—152.

§§. 135. 136. 1) Die, vermöge eines speziellen Titels, einem Grundstücke auferlegte Verpflichtung zur Entrichtung einer fortdauernden Abgabe (einer beständigen Last) kann auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch dieses Grundstücks den dinglichen Charakter erlangen, wenn sie während verjährungsmäßiger Zeit entrichtet und dem später nachfolgenden Besitzer bekannt geworden war.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. März 1854.

Nach §§. 135. u. 136. kann die Entstehung eines dinglichen Rechtes auf eine fremde Sache keineswegs auf die beiden Fälle der Einräumung des Besitzes dieser Sache an den Berechtigten oder der Eintragung des Rechtes in das Hypothekenbuch beschränkt werden, sondern es sind dies nur die beiden, als allgemeine Regel Platz greifenden Arten der Erwerbung dinglicher Rechte; die Fassung des §. 136. ergiebt, daß man außerdem noch alle Fälle vorbehalten hat, in denen durch ein Gesetz ein solches dingliches Recht anerkannt sein könnte, und es darf hierbei nicht lediglich an eine ganz ausdrückliche gesetzliche Bestimmung dieser Art gedacht werden, vielmehr muß es hinreichen, wenn nach den Vorschriften des A. L. R. mit überzeugenden Gründen sich darthun läßt, daß einem gewissen Rechte der Charakter der Dinglichkeit beiwohne. Unrichtig ist die Annahme, daß dies bei den affirmativen Rechten nicht eintreten könne; es findet an denselben ebenso, wie an eigentlichen Sachen ein Besitz statt (§. 80. A. L. R. I. 7.) und wenn nun die Leistung von dem Besitzer eines Grundstücks als solchem, also vom Grundstücke, gefordert und erfüllt worden, so ist das affirmative Recht ein Recht auf die Sache, ein objektiv dingliches Recht (vergl. den Pl. Beschl. v. 5. Febr. 1849. Präj. Nr. 2092.)[1]. Eine species der affirmativen Rechte aber sind die Reallasten[2], bei welchen das dingliche Element in der Berechtigung an und für sich, — auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch, — enthalten ist[3], und deren Wesen in der fortdauernden Leistung der Abgabe oder Last von jedem Besitzer der Sache besteht. Es muß jedoch die Dinglichkeit einer nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Last für jeden nachfolgenden Besitzer anderweitig erkennbar gewesen sein, wenn er zu ihrer Fortentrichtung verpflichtet sein soll. Ist dies dargethan; so muß er, nach §. 5. A. L. R. I. 19., die Last anerkennen. (Entsch. Bd. 27. S. 297.)

Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Juni 1853 (Entsch. Bd. 26. S. 28) in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §. 5.

2) Das bloße Anerkenntniß der Zehntpflichtigkeit eines Grundstücks Seitens dessen Besitzers genügt für sich allein noch nicht, um die Dinglichkeit dieser Zehntpflichtigkeit auch für die Besitznachfolger zu begründen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1851, indem ausgeführt wird, daß nach §§. 135. u. 136. h. t. und §§. 6—11. A. L. R. I. 20. mindestens nöthig gewesen sein würde, daß der aus dem Anerkenntniß nur persönlich Berechtigte auch zum Besitze des ihm eingeräumten Rechtes gelangt wäre, wenn nicht unbedingt dessen Eintragung in das Hypothekenbuch nach §. 8. A. L. R. I. 20. und §. 136. h. t. erforderlich gewesen sein sollte. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 161 Nr. 36., Entsch. Bd. 21. S. 140.)

3) Der Pächter einer Mühle, zu deren Instandehaltung die Gutsherrschaft das nöthige Holz herzugeben verbunden ist, welchem der Verpächter seine Ansprüche hierauf im Pachtkontrakte überlassen hat, dessen Recht aus dem Pachtvertrage im Hypothekenbuche ingrossirt ist und welcher sich im Naturalbesitze der gepachteten Mühle befindet, hat (nach den Vorschriften des A. L. R. I. 2. §. 135.; 19. §§. 1., 2., 4.; 21. §. 270.) ein dingliches Pachtnutzungsrecht, welches sich auf die darunter begriffenen Befugnisse erstreckt. Der Pächter ist daher berechtigt, die der verpachteten Mühle zustehenden Grundgerechtigkeiten ohne Zuziehung des Eigenthümers gegen das verpflichtete Grundstück klagend zu verfolgen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Dec. 1839. (J. W. 1841 S. 571 u. 586.)

4) Vergl.: a) über den Begriff und die Natur der Reallasten und Realberechtigungen die Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 1—7., 15., 16.;

b) über die Dinglichkeit des Rechts der Landschmiede auf Schmiede- oder Schürfkorn die Erg. zum A. L. R. I. 23. §. 4.

§. 137. Ueber die Frage: ob das durch Besitz entstandene dingliche Recht aufhört, wenn der Nutzungsberechtigte wider seinen Willen aus dem Besitze kommt, oder ob es auch dann durch eine dingliche Klage gegen jeden Dritten verfolgt werden könne? vergl. Erg. zum A. L. R. I. 21. §§. 2—5.

§§. 137. 138. Ueber den Einfluß dieser Gesetzesstellen auf die Lehre von der Vindikation vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 15. §§. 25. u. 42.

§. 139. Das judikatmäßige Recht des Besitzers einer Sache, zu verlangen, daß sein Nachbar die vorgenommenen Beschädigungen seines Grundstückes beseitige und dafür Entschädigung leiste (A. L. R. I. 6. §§. 79. u. 80.), geht ohne Cession als subjektiv-dingliches Recht auf den späteren Erwerber des beschädigten Grundstückes über.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 320 Nr. 59.)

§. 140. Vergl. §. 52. des Anh. zum A. L. R. und Dekl. v. 3. April 1824 (G. S. 1824 S. 77), wonach gewisse dingliche Rechte, der Erlöschung des persönl. Rechts ungeachtet, fortbestehen.

Dritter Titel.

Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten.

§§. 1 — 6. Von Handlungen und deren Folgen überhaupt.

§§. 4 — 6. Bornemann theilt zu den §§. 4—6. aus den Materialien Folgendes mit:

Die Eintheilung der Folgen einer Handlung und des Schadens in mittelbaren und unmittelbaren, verdankt ihre Entstehung einem Monito des Präs. v. Tevenar. Suarez gab diesem Monito seinen Beifall, und führte, um die praktische Wichtigkeit der Eintheilung anschaulich zu machen, folgendes Beispiel an. »Wenn Titius mir die Fenster einschlägt, und ein Dieb durch die eingeschlagenen Fenster in mein Zimmer steigt und solches plündert, so ist der Verlust der Fenster der unmittelbare Schade, den Titius in jedem Falle ersetzen muß. Ist das Einschlagen bei Nacht geschehen, bin ich solches nicht inne geworden und habe also nicht Anstalten machen können, die Oeffnung wieder zu verwahren, so haftet mir Titius auch für den durch den Diebstahl erlittenen Schaden. Ist es aber meine Schuld, daß die Fenster über Nacht unverwahrt geblieben, und also der Dieb dadurch zum Hineinsteigen Gelegenheit erhält, so kann ich des Diebstahls wegen keinen Ersatz fordern.« Dieses Beispiel ist offenbar nicht zum Besten gewählt, indem das Einsteigen des Diebes, da dieser die Fenster eben so leicht selbst zerschlagen konnte, als eine Folge der Handlung des Titius gar nicht angesehen werden kann. Dennoch aber ist die Eintheilung selbst eine durchaus sachgemäße und dem Röm Rechte keineswegs fremde, weshalb die Lehrer des gemeinen Rechts den Schaden in damnum circa rem und extra rem, oder wie Mühlenbruch in directum und indirectum eintheilen ꝛc. v. Kircheisen führt in den Materialien noch folgendes Beispiel an: Wenn A. ein Kleid des B. dergestalt begießt, daß es zum Fleckausmacher gebracht werden muß, daselbst Feuer ausbricht und das Kleid verbrennt, so ist der Verlust des Kleides eine mittelbare Folge der Handlung des A.

Uebrigens, fügt Bornemann bei, müsse man festhalten, daß immer nur das als mittelbare Folge einer Handlung angesehen werden könne, wovon konstire, daß es ohne die Handlung nicht einge-

---

[1] Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 501 ff., 505.

[2] Die Gründe der obigen Entscheidung nehmen hier das Präj. des Ob. Trib. v. 29. Jan. 1848 Nr. 1981 (Entsch. Bd. 16. S. 194, f. in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 4—6.) in Bezug.

[3] In dieser Beziehung nimmt das obige Urtel auf das Präj. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 316) Bezug.

treten wäre. Halte man dies immer fest, so werde man den praktischen Nutzen und die Anwendbarkeit der Eintheilung nicht verkennen.
(System Bd. 1. S. 301 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 1. S. 121 Anm. 2.)

§§. 7—25. Zurechnung der Handlungen.

Dietze, Bemerk. über die drei Grade der culpa. (J. Z. 1832 S. 1021.) S. — Abhandl. von der culpa in faciendo. (J. Z. 1833 S. 221 ff., u. Civ. Verf. S. 1 ff.)

§§. 7—14. Die §§. 7 — 14. handeln von der Zurechnung, d. h.: »von den wirklich vorhandenen oder doch angenommenen Kausalverhältnissen einer Erscheinung in der Sinnenwelt zu dem Thun oder Unterlassen eines Menschen.« Dieses Kausalverhältniß wird nach §. 7. bei den unmittelbaren Folgen einer freien Handlung jedesmal als vorhanden angenommen. Die folgenden Paragraphen kommen auf die Vertretung der mittelbaren und zufälligen Folgen einer Handlung. Von den mittelbaren handeln die §§. 8. u. 10.; der im §. 9. ausgesprochene doktrinelle Satz bildet den Uebergang zu der im §. 10. enthaltenen Bestimmung.
(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 6—17. des Entw. S. 6.)

§. 13. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 6. Jan. 1844 in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 2459.

§. 14. Die Gesetzrevisoren, welche den §. 14. als unanwendbar verwerfen, weil es keine nach dem Grade der Freiheit abzumessende Grade der Zurechnung gebe, theilen in dieser Beziehung Folgendes mit:

Die Freiheit oder Zurechnungsfähigkeit ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden; die Grade der Zurechnung aber fallen mit den Begriffen von dolus, culpa lata, levis etc. zusammen. In diesem Sinne ist der Ausdruck: Grade der Zurechnung, auch im §. 25. d. T. gebraucht, und es läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen, woran der Gesetzgeber bei diesem Ausdrucke im §. 14. gedacht habe. Im Entw. des Gesetzb. hieß es ganz allgemein (§. 67. der Einleitung):

Je weniger das Vermögen, frei zu handeln, eingeschränkt ist, desto weiter erstreckt sich die Zurechnung der Folgen.

In der rev. mon. (dem 80. Bde. der Mater. des A. L. R.), wo Suarez die §§. 7—14. zuerst entworfen hat, wollte derselbe die vorliegende Bestimmung in folgender Weise abfassen:

Der Grad der Zurechnung, sowohl der unmittelbaren als der mittelbaren Folgen, richtet sich nach dem Grade der Moralität bei dem Handelnden.

In dem umgearbeiteten Entw. aber hat die Bestimmung schon diejenige Fassung erhalten, worin sie jetzt vorliegt. (Gesetzrev. a. a. O.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 1. S. 302 und Landr. zum §. 14. h. t.

§. 17. Bemerk. über die Frage: in wiefern es ein Versehen ist, wenn ein Maler ein unähnliches Portrait liefert?
(Siewert Hft. 2. S. 188—191 Nr. 13.)

§. 18. Die Frage, ob einem Kontrahenten bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages ein grobes Versehen, wie die §§. 277., 285. A. L. R. I. 5. zu ihrer Anwendung voraussetzen, zur Last fällt, ist eine thatsächliche. Der ein solches Versehen für erwiesen annehmende richterliche Ausspruch kann daher nicht durch die bloße Bezugnahme auf die den Rechsbegriff eines groben Versehens feststellende Vorschrift der §§. 17. u. 18. A. L. R. I. 3. mit dem Vorwurfe als nichtig angefochten werden, daß die Entscheidung den in den §§. 17. u. 18. a. a. O. enthaltenen Rechtsgrundsatz verletze.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1839. (Präj. Nr. 703.) (Präj. Samml. S. 6.)

§§. 20. u. 21. Haftet der verantwortliche Redakteur einer Zeitung für den Schaden, welcher durch die Druckfehler in derselben einem Dritten erwachsen ist?

In der Themis (Beiblatt 1838 S. 113 ff.) wird ein Fall mitgetheilt, in welchem angenommen wurde, daß der Redakteur einer Zeitung demjenigen die unnöthigerweise aufgewendeten Reisekosten ersetzen müsse, welcher durch einen in der Zeitung enthaltenen Druckfehler irrthümlich zu einem Licitations-Termine gereist sei. Die Richtigkeit der Entscheidung wird indeß von dem Referenten in Zweifel gezogen, weil, wenn auch der Zeitungs-Redakteur an sich das begangene Versehen vertreten müsse, derselbe dazu doch nicht verbunden sei, wenn auch ein Versehen des Beschädigten konkurrire (welches in dem mitgetheilten Falle anzunehmen), und weil der Beschädigte nicht legitimirt sei, sich mit seinem Anspruche direkt an den Zeitungs-Redakteur zu halten.

§. 22. Es ist nur ein geringes Versehen, wenn die Verwalter des Kirchenvermögens Kapitalien gegen vorschriftsmäßige Sicherheit ausleihen, ohne dazu den Konsens der geistlichen Obern einzuholen, weshalb sie dabei nur für die unmittelbaren, nicht auch für die rein zufälligen Folgen haften.
(Erk. des O. L. G. zu Hamm, Münster und Halberstadt von 1823 und 1825, Simon R. Bd. 4. S. 442.)

§§. 24. u. 25. Braucht ein unmündiges Kind die Folgen seiner unerlaubten Handlung nicht zu vertreten, weil es gesetzlich in Ansehung der Rechte dem Blödsinnigen gleichgestellt wird?

Scheele nimmt, auf Grund der Vorschriften des A. L. R. I. 3. §§. 3. u. 24.; I. 1. §§. 25., 28. u. 29. und II. 2. §§. 146., 167. u. 203. an, daß auch ein Unmündiger bei einer unerlaubten Handlung civilrechtlich völlig zurechnungsfähig sei.
(J. W. 1847 S. 487.)

§§. 26—29. Allgemeine Grundsätze von den Rechten der Handlungen.

§. 26. Ist ein Buchdrucker für verpflichtet zu erachten, dem Verlangen eines Jeden zur Benutzung seiner Pressen zu entsprechen, und insbesondere, kann er sich damit entschuldigen, daß die in einem mit dem Imprimatur des Censors versehenen Manuskripte ausgesprochenen Meinungen mit seinen individuellen Ansichten nicht übereinstimmen [1])?

Hinschius, welcher verneint, bemerkt:

Die Ueberlassung einer Presse zum Abdruck, oder eigentlicher die Bewirkung des Abdruckes durch den Buchdrucker, kann — abgesehen von dem Falle, daß solche zu Staatszwecken erfordert werde — nur geschehen auf Grund eines Vertrages, oder ohne einen solchen, und zwar hier durch negotiorum gestio oder im Falle der versio in rem. In allen diesen Fällen ist die Zustimmung des Buchdruckers nothwendig (A. L. R. I. 5. §. 1. und I. 4. §. 30.). Es folgt auch aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Buchdrucker nicht verpflichtet ist, für Jeden wider seinen Willen zu arbeiten. Kein Geschäftstreibender kann — der Regel nach — gezwungen werden, für irgend Jemand seine Kräfte anzustrengen und eine Arbeit zu verrichten; es würde ein solcher Zwang das Rechtsprinzip verletzen, daß Niemand von einem Anderen Handlungen verlangen kann, worauf ihm ein spezielles Recht nicht zusteht [2]). Es giebt zwar Gewerbtreibende, welche verpflichtet sind, einem Jeden mit ihrer erlernten Wissenschaft oder Kunst, oder ihrem Handwerk beizustehen (z. B. die Fälle: A. G. O. III. 7. §§. 25., 26., Medizinal Ed. v. 27. Sept. 1725 Tit.: »von den Medicis«, Nr. 1. [Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 792], A. L. R. II. 8. §. 469, Apothek. O. v. 11. Okt. 1801 Tit. 3. §. 2. litt. f., A. L. R. II. 8. §§. 1377 ff., und Schornsteinfeger nach dem G. v. 7. Sept. 1811 über die polizeil. Verhältnisse der Gewerbe); allein dies sind eben besonders motivirte Ausnahmen. Abgesehen hiervon haben bei bestandenem Zunftzwange nur diejenigen Gewerbtreibenden, denen ein Zwangsrecht zustand, die Pflicht gehabt, ihre Dienste Jedem aus dem Zwangsbezirke zu leisten (z. B. A. L. R. I. 23. §§. 34., 75 ff.); aber auch hier hat kein exekutorischer Zwang stattgefunden, sondern die Weigerung nur dem Zwangspflichtigen das Recht gegeben, seine Bedürfnisse anderweitig zu befriedigen. Die zweite Frage erledigt sich hiernach von selbst. Könnte aber die erste bejahet werden, so muß die zweite dahin verneinend beantwortet werden, daß der Mangel der Uebereinstimmung der Ansichten des Druckers mit denen des Autors keinen Grund abgiebt den Druck zu weigern, es sei denn, daß der Drucker Gewissensskrupel habe. Dies folgt aus den Vorschriften des Censur Ed. v. 18. Okt. 1819 §. XIII. und des A. L. R. II. 11. §§. 4 ff. (J. W. 1841 S. 889.)

§§. 30—39. Wirkungen rechtlicher Handlungen.

§. 35. 1) Ueber den Begriff von »unerlaubten« Handlungen vergl. die Erg. zum §. 87. Einl. zum A. L. R.

2) Kann die bloße Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung als unerlaubte Handlung betrachtet und der §. 35. h. t. darauf bezogen werden?

---

[1]) Diese Fragen sind, unter Bezugnahme auf ein dieselbe Meinung aussprechendes Erk. eines Französ. Tribunals, in der Leipziger Allg. Zeitung für Buchhandel und Bücherkunde vom 21. Febr. 1839 Nr. 23. bejahet.

[2]) Diesen Grundsatz erkennt auch das A. L. R. I. 3. §. 26. ausdrücklich an, welche Gesetzstelle indeß in dem Aufsatze von Hinschius nicht angeführt ist und daher übersehen zu sein scheint.

Das Ob. Trib. hat (Datum des Erk. konstirt nicht) verneint.

Die natürliche Bedeutung der Worte des §. 35. ist im A. L. R. nicht dahin umgestaltet, daß bloßes Unterlassen unter den Begriff von Handlungen gestellt werden könnte, vielmehr giebt schon der §. 87. der Einl. in dem dadurch gebotenen Gegensatze den Sinn der Worte: »unerlaubte Handlungen« ohne Schwierigkeit dafür an die Hand, daß an die bloße Nichterfüllung von rechtlichen Verbindlichkeiten dabei in keiner Weise gedacht werden kann.

(J. W. 1846 S. 445.)

§§. 35. 36. 1) Wie weit machen unerlaubte Verabredungen einen Vertrag ungültig?

Das Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß, wenn der §. 35. bestimme, daß unerlaubte Handlungen nur Verbindlichkeiten begründen können, der Gesetzgeber hier nur das Verhältniß zu dem Dritten durch die unerlaubte Handlung Gekränkten im Auge gehabt habe, wogegen der §. 36., daß unter den Theilnehmern an einer gesetzwidrigen Handlung daraus weder Rechte noch Pflichten entstehen, ganz allgemein laute, und mithin keineswegs auf den Fall zu beschränken sei, wo ein Dritter sich seinerseits an einen der Theilnehmer gehalten habe und dieser einen Regreß an den Anderen correum nehmen wolle. Dies ergebe auch der §. 37.

(J. W. 1843 S. 442.)

Vergl. hierzu die Bemerk. von Sommerbrodt und Temme.

(a. a. O. S. 459—460.)

2) Das gesetzliche Verbot des Spielens in fremden Lotterien macht zwar auch den über ein solches gemeinschaftlich auszuführendes Spiel geschlossenen Gesellschaftsvertrag zu einem verbotenen, hindert jedoch nicht den Erwerb des auf das gemeinschaftliche Loos in der fremden Lotterie gefallenen Gewinnes, und es ist daher die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern auf Theilung des Gewinnes statthaft.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Nov. 1847. (Präj. Nr. 1939.) (Präj. Samml. S. 331, Entsch. Bd. 15. S. 497.)

3) Das den Lotterie-Einnehmern (nach der K. O. v. 21. Juli 1841) gemachte Verbot, ihre Loose durch einen Dritten ausbieten zu lassen, gilt nur als Disziplinar-G. gegen die Lotterie-Einnehmer, ohne die civilrechtlichen Folgen des zwischen dem Einnehmer und dem Kommissionair geschlossenen Vertrages zu berühren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1851, da der §. 36. auf den Fall keine Anwendung finde, indem die K. O. v. 21. Juli 1841 dem Civilanspruche nicht entgegenstehe.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 116 Nr. 22.)

4) Wenn in einer Criminalsache ein Mitschuldiger, aus seiner solidarischen Verhaftung für die Gesammtkosten, mehr als seinen Antheil bezahlt hat, so ist derselbe wohl befugt, sich deshalb an denjenigen Mitschuldigen zu regressiren, für den er gezahlt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1244.)

Denn wenn auch aus einer gesetzwidrigen Handlung unter den Theilnehmern weder Rechte noch Pflichten entstehen, so ist doch das Verhältniß mehrerer Mitschuldigen in Beziehung auf die Untersuchungskosten im Allgemeinen durch den §. 619. der Cr. O., und im Besonderen durch das in jeder Untersuchungssache ergehende Criminal-Urtel geregelt; der §. 619. a. a. O. ergiebt aber, daß wenngleich bei solidarischer Verurtheilung mehrerer Mitschuldigen, jeder Einzelne dem Aerar für die Gesammtkosten verhaftet bleibt, doch ursprünglich ein Jeder nur eine bestimmte Quote verschuldet, woraus folgt, daß wenn der Eine auf Grund der solidarischen Verhaftung, außer seiner eigenen Quote auch noch die des Anderen ganz oder zum Theil bezahlt, er von demselben Erstattung fordern könne. Der §. 36. h. t. spricht nur von dem Verbrechen und den daraus zu vertretenden Folgen, nicht aber von den Kosten der Untersuchung der gesetzwidrigen Handlung, und wenn auch im §. 34. A. L. R. I. 6. bei Beschädigungen, die auf Vorsatz beruhen, der Regreß der Theilnehmer ausgeschlossen ist, so ist doch weder hier, wo sedes materiae gewesen wäre, noch sonst, bestimmt, daß dasselbe wegen der Kosten der Untersuchung Statt haben solle.

(Präj. Samml. S. 6, Entsch. Bd. 8. S. 240.)

Koch tritt dieser Entscheidung mit dem Bemerken bei, daß der Rechtsgrund derselben der sei, daß der Criminalprozeß nicht eine gesetzwidrige Handlung, sondern ein Rechtsgeschäft sei.

(Beurtheil. S. 555.)

§. 37. R. v. 29. Dec. 1837. Statt des in einigen Ausgaben des A. L. R. vorkommenden Allegats »Abschn. 10.« ist zu setzen »Abschn. 11.«

(Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 40—44. Form der Handlungen.

K. O. v. 2. Sept. 1815, wegen der Erklärungen der Militairpersonen im Felde [1]).

Zur Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften setze Ich auf Ihren Bericht v. 7. v. M. nach Analogie der testamentarischen Dispositionen der Militairpersonen hierdurch fest:

daß es bei Erklärungen unter Lebendigen, welche von Militairpersonen, die im Felde stehen, in solchen Lagen abgegeben werden, wo sie an der Beobachtung der erforderlichen Förmlichkeiten verhindert sind, nur darauf ankommen soll, ob die Gewißheit ihres Willens dergestalt feststeht, daß vernünftigerweise solche nicht bezweifelt werden kann. Es sollen auch die Erklärungen unter den Lebendigen zu ihrer Gültigkeit, wenn diese nach dem obigen Grundsatz von den Gerichten einmal anerkannt ist, nach dem Verlauf eines Jahres, nach dem Kriege einer Erneuerung oder Wiederholung, wie sie bei Militair-Testamenten erforderlich ist, nicht bedürfen.

Ich autorisire Sie daher, nach dieser Bestimmung nicht allein die von dem Rittmeister v. Kropf wegen der Aufhebung eines Fideikommisses abgegebene Erklärung, welche zu obiger Festsetzung die Veranlassung gegeben hat, zu beurtheilen, sondern es soll auch in allen künftigen Fällen danach verfahren werden. (G. S. 1815 S. 197.)

§§. 40. u. 41. Ueber den anscheinenden Widerspruch zwischen den §§. 40. u. 41. h. t. und dem §. 109. A. L. R. I. 5. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 109.

§. 42. Wegen der Form nach Verschiedenheit der örtlichen Gesetze vergl. die Erg. zu §§. 23—33. Einl.

§. 43. 1) Ueber das Verhältniß des §. 43. h. t. zum §. 17. Einl. und zum §. XI. des P. P. v. 5. Febr. 1794 vergl. die Erg. zum §. 17. Einl.

2) Die Gesetzrevisoren folgern aus dem Gegensatze, welcher in den §§. 40. u. 43. durch die Worte: Nichtigkeit und Gültigkeit, nichtig und gültig, gegeben sei, einen deutlichen Beweis für den vermischten Gebrauch der Ausdrücke: Nichtigkeit und Ungültigkeit. Das Gegentheil von beiden werde durch die Ausdrücke: rechtsbeständig, gültig, bezeichnet. Auch müsse man einen Unterschied, ähnlich dem des Röm. Rechts, zwischen: obligatio ipso jure nulla und per exceptionem sublata, im A. L. R. nicht suchen. Dagegen gebe es unzählige Fälle, in denen aus einem Geschäfte für den einen Theil unbedingt rechtliche Wirkungen entstünden, während der andere Theil sie nach Belieben anfechten könne. Das Gesetz bediene sich in diesen Fällen meistens der Ausdrücke: unverbindlich, nicht verbindend, nicht verpflichtend; abwechselnd werde der Ausdruck: unkräftig gebraucht, aber auch mit den Worten: ungültig, gültig werde es nicht so genau genommen, z. B. §§. 21., 47. Tit. 4.; §§. 11., 12. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. Ein wesentlicher Unterschied in der Bedeutung der Ausdrücke: nichtig und ungültig komme im Personenrechte vor. Ungültige Ehen seien den nichtigen ausdrücklich gegenübergestellt (§§. 934., 973. seq. Tit. 1. Thl. II. A. L. R.); es sei aber dabei auch deutlich auseinandergesetzt, welche Bedeutung die Ausdrücke gerade in dieser Zusammenstellung, aber auch nur in dieser, haben sollten. (Gesetzrev. a. a. O. S. 13, 14.)

3) Rechtsgeschäfte, welche Kraft des Gesetzes nichtig sind, bedürfen, um dieselben unwirksam zu machen, ohne Rücksicht auf ihre Form, keiner Nichtigkeits-Erklärung, sondern der Richter ist, wenn er das Rechtsgeschäft für nichtig erkennt, eben so berechtigt, als verpflichtet, dasselbe auch bei dem von ihm zu entscheidenden Rechtsstreite als nichtig zu betrachten und als solches bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1840.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 507—508.)

4) Rintelen bemerkt, daß die Regel des §. 43. zufolge §. 17. der Einl. keine Anwendung bei solchen Handlungen finde, die vor

---

[1]) Vergl. über die Veranlassung und Entstehung dieser K. O. die Mittheilung Bornemann's in dessen System (2. Ausg.) Bd. 2. S. 295.

Publikation des A. L. R. vorgenommen worden. Hiernach modifizire sich auch §. XI. des I. P. P. (Jahrb. Bd. 30. S. 423.)

5) Bemerk. eines Ungenannten über den §. 43. h. t.
(Stengel Bd. 1. S. 185.)

§§. 45—49. Zeitbestimmungen bei Handlungen.

Holländer, Bemerk. zur Theorie der landrechtl. Zeitrechnung. (Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 523 ff.)

Ueber die Zeitfrist von acht Tagen bei Zeitkaufsgeschäften vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Okt. 1847.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 51 Nr. 26.)

§. 46. Die in den Gesetzen zur Abgabe einer Erklärung oder zur Leistung einer Handlung bestimmte Frist: »binnen vierundzwanzig Stunden« ist für inne gehalten anzusehen, wenn die Erklärung oder Handlung im Laufe des nächsten Tages erfolgt; denn nach §. 47. h. t. kommt demjenigen, welcher eine Pflicht an einem bestimmten Tage leisten soll, der ganze Tag zu statten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1841.
(Entsch. Bd. 7. S. 44.)

Ueber die Ausnahme von diesem Grundsatze im Falle des §. 199. A. L. R. I. 11. vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1848 in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 199.

§. 47. Wenn Jemand kontraktlich verpflichtet ist, einem Kretschmer Bier aus einer Brauerei an einem dazu bestimmten Tage, ohne daß die Tageszeit bestimmt worden, anzufahren, so hat er dazu den ganzen Tag Zeit, und ist nicht schuldig, sich just zur Zeit der Bierfüllung in der Brauerei zur Aufladung des Biers einzufinden, wenn auch der Berechtigte aus der Verspätung Schaden hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Aug. 1841 auf Grund der Bestimmung des §. 47. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 372.)

§. 48. 1) Zu den im §. 48. gedachten Polizei-Verordnungen gehören namentlich die von den Regierungen, in Gemäßheit der K. O. v. 7. Febr. 1837 (G. S. 1837 S. 19) erlassenen polizeilichen Bestimmungen zur Bewahrung der äußeren Heilighaltung der Sonn- und Festtage.

2) Welches sind die im §. 48. gedachten Feiertage?

Koch beantwortet diese Frage dahin:

Es sind dies die Sonntage und die allgemeinen, d. h. die durch die Gesetzgebung angeordneten Feiertage (A. L. R. II. 11. §§. 34. u. 35., vergl. A. G. O. I. 7. §. 23., I. 8. §. 5., II. 2. §. 11., Anh. §. 420.). Die allgemeinen zur Zeit in Preußen bestehenden Feiertage sind: Weihnachten, Ostern, Pfingsten, jedesmal 2 Tage; Neujahr; ein Bußtag (Mittwoch nach Jubilate); Charfreitag und Himmelfahrt. (Ed. v. 12. März 1754, V. v. 28. Jan. 1773, V. v. 4. März 1789, K. O. v. 22. Juli 1839 G. S. S. 249).
(Landr. Bd. 1. zum §. 48. h. t.)

3) Sind christliche Glaubensgenossen verpflichtet, nicht wechselmäßige Zahlungen, welche vertragsmäßig an einem Sonn- oder Festtage fällig sind, an diesem, oder sind sie berechtigt, dieselben erst am folgenden Tage zu leisten?

a) Das Stadtg. zu Berlin und der Ob. App. Sen. des Kammerg. haben in den Erk. de public. 9. April 1823 und 10. Sept. 1824 in einem Falle, in welchem am Neujahrstage gezahlt werden sollte, die erstere Alternative angenommen, weil Geldzahlungen an Feiertagen weder den Polizei-Ordnungen, noch christlichen Religionsgrundsätzen zuwider wären und §. 870. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. sich nur auf Wechsel beziehe.
(J. W. 1836 S. 597—600.)

Ebenso haben die genannten beiden Gerichtshöfe in den Erk. v. 12. Febr. und 25. April 1838 entschieden.
(J. W. 1840 S. 282—283.)

b) Hinschius dagegen nimmt die letztere Alternative an und sucht aus den Materialien darzuthun, daß die §§. 870. sqq. und 985—988. A. L. R. II. 8. in dem §. 48. h. t. haben generalisirt werden sollen, und daß die Redaktoren überall von dem Grundsatze ausgegangen, der Sonntag sei ein der Ruhe geweihter Tag, an welchem der Christ eben so wenig, als der Jude an seinem Sabbathe, zu weltlichen Geschäften verpflichtet erachtet werden könne.
(J. W. 1836 S. 614—619 u. J. W. 1840 S. 280 Anm. 1.)

c) Bornemann hält die Ansicht von Hinschius für die richtige.

Zu den von demselben angeführten Gründen komme noch, daß das, was von den strengeren wechselmäßigen Zahlungen gilt, um so mehr von anderen Verbindlichkeiten gelten müsse, und daß daher das Allegat im §. 48. h. t. unbedenklich auf die Ausnahmen hinziele, welche von der Regel dieses Paragraphen in dem Wechselrechte gemacht worden. Auch entspreche die Vornahme weltlicher Geschäfte an Sonn- und Festtagen mindestens nicht den christlichen Religionsgrundsätzen, und es würde daher einen Gewissenszwang involviren, wenn man den Verpflichteten unter Androhung der Folgen des Verzuges nöthigen wollte, an solchen Tagen Zahlung zu leisten. Daß aber die Redaktoren dies im Auge gehabt, scheine schon daraus zu folgen, daß solche Verbote, deren der §. 48. h. t. gedenke, gar nicht existirten. (System [2. Ausg.] Bd. 1. S. 199.)

4) Wenn in einem Vertrage nur von jüdischen Feiertagen die Rede ist, so ist der Sabbath (Sonnabend) darin nicht mitbegriffen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Juli 1835.
(Centralbl. 1838 S. 176 ff.)

5) Auf die bloß »nach den Religionsgrundsätzen des Verpflichteten« bestehenden Feiertage darf der Richter nur dann Rücksicht nehmen, wenn der Gesetzgeber dies besonders angeordnet hat. Die in dieser Beziehung in dem Allegate des §. 48. h. t. (A. L. R. II. 8. Abschn. 8. §§. 985—988.) zum Vortheile der Juden angeordnete Ausnahme ist jetzt durch Art. 92. der Deutschen Wechsel-Ordn. aufgehoben. (Koch's Landr. zum §. 48. h. t.)

6) Ueber die Frage: ob in dem Falle, wenn der letzte Tag zur Einlegung eines Rechtsmittels auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, die Frist erst mit dem nächstfolgenden Tage abläuft? vergl. die Erg. zu §§. 21. u. 22. der V. v. 14. Dec. 1833.
(s. zur A. G. O. I. 16.)

§. 49. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die Bestimmung des §. 49. durch ein zum Titel von Verträgen eingekommenes Monitum (Mater. Bd. 79. Fol. 62ᵛ.) veranlaßt und anscheinend aus lib. I. Feudor. tit. 22., lib. II. Feudor. tit. 24. entnommen sei. Im Tit. 11. §. 351. und Tit. 18. §§. 121., 151. Thl. I. A. L. R. sei davon Gebrauch gemacht.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 14.)

2) Temme macht auf die verschiedenen Bedeutungen des Wortes »Monat« aufmerksam, z. B. §. 550. Tit. 9. Thl. I., §§. 855., 860. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. (Civilrecht S. 21.)

Vierter Titel.
Von Willenserklärungen.

Die Gesetzrevisoren machen zu diesem Titel folgende einleitende Bemerkung:

Der Titel: von Willenserklärungen, welcher in dem gedruckten Entw. des Gesetzb. den 1sten Titel des II. Theils bildete und die Ueberschrift führte: von den Quellen der Sachenrechte überhaupt, ist bei der Ausarbeitung des gedruckten Entw. entstanden. Er wurde, nachdem beschlossen worden, der Lehre: von Verträgen, die allgemeinen Sätze von Willenserklärungen in einem besonderen Titel voranzuschicken, durch den Assistenzrath Klein entworfen, von Suarez revidirt und dann als 1ster Titel des II. Theils in den gedruckten Entw. aufgenommen. Es muß hierbei der Gesichtspunkt festgehalten werden, daß die in dem vorliegenden Titel gegebenen Bestimmungen sich sowohl auf Verträge, als auf einseitige Willenserklärungen und letztwillige Verfügungen beziehen. Vorzüglich die letztere Rücksicht ist es, welche wegen der mannichfachen Verschiedenheiten zwischen den Willenserklärungen unter Lebendigen und von Todeswegen dem Ganzen einen eigenthümlichen Charakter giebt.
(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu Titel 4. S. 15.)

§§. 5—19. Gegenstände der Willens-Erklärungen.

§. 5. 1) Abhandlung über die Frage: ob die Verordnung des A. L. R. I. 4. §. 5. in Ansehung der durch Gewalt und List abgeschlossenen Kontrakte den Vorzug vor dem Römischen Rechte verdient?
(Amelang Bd. 1. S. 43.)

2) Vergl. die Meditation über §. 5. im Centralbl. 1838 S. 639.

§. 6. (Verbotene Verträge.)

I. Verträge, welche die gewerblichen Verhältnisse betreffen.

1) K. O. v. 19. April 1813, betr. die Verträge, welche die gesetzliche Gewerbefreiheit beschränken.

In sofern zwischen verschiedenen Kontrahenten Verträge bestehen, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken oder hindern, kommt es bei Beurtheilung ihrer Gültigkeit darauf an, ob sie vor der Publik. des Gewerbesteuer-Edikts v. 2. Nov. 1810 oder erst nach derselben geschlossen worden sind. Im letzten Falle sind sie gegen Bestimmung eines allgem. Landesgesetzes errichtet und also dergestalt nichtig, daß daraus keine Klage desjenigen Kontrahenten, der dadurch Rechte erlangt zu haben glaubt, von einem Meiner Gerichtshöfe angenommen werden darf. (G. S. 1813 S. 69.)

Dazu:

a) Nach der K. O. v. 19. April 1813 sind die vor Publikation des Ed. über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer v. 2. Nov. 1810 errichteten Verträge, wodurch die Gewerbefreiheit beschränkt oder gehindert wird, als aufgehoben nicht zu erachten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1220.)

(Präj. Samml. S. 317, Entsch. Bd. 8. S. 112, J. M. Bl. 1843 S. 84.)

Vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 539.

b) Bei der Frage: ob ein Vertrag der in der K. O. v. 19. April 1813 gedachten Gattung nichtig sei, sind die Fälle nach ihrer Beschaffenheit zu unterscheiden.

α) Ein Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein freies Gewerbe in einem bestimmten Orte oder Bezirke nicht zu treiben, ist nichtig.

Erkannt von dem Stadtger. zu Berlin und dem Kammergerichte unterm 8. Nov. 1833 u. 28. Okt. 1834.

(J. W. 1835 S. 425 ff.)

β) In Betreff solcher Gewerbe, wozu sonst eine gewerbliche Berechtigung erforderlich war und noch gegenwärtig eine Konzession gesucht und erlangt werden muß, z. B. eine Apothekerei, bemerkt Koch:

Ein solches Gewerbe ist kein freies, sondern hängt von der Erlaubniß des Staates ab, welche von dem Bedürfnisse bedingt ist. Wird die Konzession gegeben, so ist damit das Bedürfniß anerkannt und der Konzessionirte tritt in den Genuß der Gewerbefreiheit. Diese kann ihm durch keinen Privatvertrag verkümmert werden. (Landr. Anm. zum §. 5. h. t.)

Das Justizmin. spricht sich über dergleichen Gewerbe in dem R. v. 19. Sept. 1833 aus:

Die Verabredung im §. 6. des zwischen dem rc. H. und dem rc. B. über die Apotheke zu St. geschlossenen Kaufkontrakts, durch welche der Verkäufer sich verpflichtet hat,

bei Vermeidung einer Konventionalstrafe von 1000 Rthlr. weder in St. noch innerhalb fünf Meilen um diesen Ort eine neue Apotheke anzulegen,

ist den G. über die Gewerbefreiheit nicht dergestalt zuwiderlaufend, daß daraus kein Klagerecht für den Käufer entsteht. Die Sache wird wenigstens dadurch zweifelhaft, daß nach der V. v. 24. Okt. 1811 die Gewerbefreiheit in Bezug auf die Anlage neuer Apotheken zu Gunsten der schon bestehenden bedeutend eingeschränkt und den Inhabern der letzteren, besonders wenn sie mit einem ausschließlichen Privilegium versehen sind, in solchen Fällen durch das angeführte G. eine Entschädigung zugesagt ist. Unter diesen Umständen genügt es, daß der Käufer rc. H. auf diesen Zweifel über die Rechtsbeständigkeit der gedachten Kontraktsbestimmung aufmerksam gemacht ist, und daß auf den Fall der Zuwiderhandlung eine Entschädigungssumme im Voraus unter der Form einer Konventionalstrafe stipulirt worden. Die Ausfertigung des Vertrages kann daher nicht verweigert werden rc.

(Justizmin. Akt. I. 3640. — Gen. A. 31. Vol. 1. Fol. 258.)

γ) Verträge, wodurch ausbedungen wird, daß in einem Hause ein bestimmtes Gewerbe nicht betrieben werden dürfe, sind unverboten, weil dadurch nicht die Gewerbefreiheit beschränkt oder gehindert, sondern die Benutzung des Grundstückes, nach Art der Grundgerechtigkeiten, beschränkt wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 173.)

Denselben Grundsatz spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Dec. 1851 aus, welches annimmt, daß eine derartige vertragsmäßige Einschränkung des Eigenthums eines Grundstückes auch durch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 §. 1. nicht aufgehoben worden. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 187 Nr. 40.)

Die Erk. desselben Sen. v. 13. Aug. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 98 Nr. 46.) und v. 3. Febr. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 101 Nr. 23.) nehmen aus gleichem Grunde an, daß ein Vertrag, daß ein Grundstück zu einem gewissen Gewerbe, z. B. zur Koaksbrennerei, nicht benutzt werden dürfe, weder an sich, noch hinsichtlich seiner Wirkungen, gegen die Gewerbefreiheit verstößt.

Auch das Justizmin. ist in dem R. v. 13. Jan. 1832 (Jahrb. Bd. 39. S. 113, Gräff Bd. 6. S. 6) derselben Ansicht.

δ) Die Verabredung, daß der Brennerei-Besitzer den Branntwein an einem gewissen Orte und in einem gewissen Umkreise nicht verkaufen dürfe, läuft gegen die Gewerbefreiheit und ist daher nichtig.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Juni 1856.

(Entsch. Bd. 33. S. 451, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 250 Nr. 64.)

ε) Das Abkommen, nach welchem der Agent einer Feuer-Versicherungs-Gesellschaft sich verpflichtet, nach seinem Austritte vor Ablauf eines gewissen Zeitraums keine Geschäfte für eine andere Feuer-Versicherungs-Gesellschaft zu übernehmen, enthält keine Beschränkung der persönlichen Gewerbefreiheit.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1854, weil der Fall nicht unter das Verbot der K. O. v. 19. April 1813 zu subsumiren und auch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 einer solchen Stipulation nicht zuwider sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 238 Nr. 52.)

2) Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 §§. 11. u. 64.

§. 11. Ausschließliche Gewerbeberechtigungen, oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch dieses Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind, können fortan durch Verjährung nicht mehr erworben werden.

Durch Verträge oder andere Rechtstitel können dergleichen [1]) Rechte nicht auf einen längeren als zehnjährigen Zeitraum begründet werden. Verabredungen, wodurch für den Fall der Nichterneuerung des Vertrages eine Entschädigung festgesetzt wird, sind nichtig.

§. 64. Neue Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden. (G. S. 1845 S. 43 u. 53.)

Dazu:

Ein Vertrag, wodurch der Inhaber eines zur Aufnahme von Gästen bestimmten öffentlichen Lokals den Debit des Weines in demselben einem Dritten gegen Entgeld überträgt, kann aus dem Grunde, weil er eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit oder die Konstituirung eines Krug-Verlagsrechtes enthalte, nicht angefochten werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Juni 1845.

(Entsch. Bd. 12. S. 291.)

3) Ueber die Nichtklagbarkeit einer Konventional-Strafe, welche für Uebertretungen verbotener Beschränkungen der Gewerbefreiheit bedungen worden ist, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 310.

4) Vergl. über diejenige Art der Verträge, welche in dem Verhältnisse zwischen Fabrik-Inhabern und den ihnen gleichgestellten Personen einerseits, und den Arbeitern andererseits, verboten und deshalb nichtig sind, die §§. 50 — 55. der V. v. 9. Febr. 1849 wegen Errichtung von Gewerberäthen rc. (Ges. S. S. 93) in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. III.

II. Gesetzgebung, betr. die Verträge über Papiere, die auf jeden Inhaber lauten, und Aktien [2]).

---

[1]) Hierdurch ist das ältere G. über die polizeil. Verhältnisse der Gewerbe v. 7. Sept 1811, welches in den §§. 51. u. 54. (G. S. S. 268) bestimmte, daß in Rücksicht seiner eigenen Konsumtion Niemand mehr einem Mahl- und Getränkezwange unterworfen, und Verträge, wodurch sich Jemand unterwirft, den Bedarf zur eigenen Konsumtion aus einer bestimmten Stätte zu entnehmen, für nicht geschlossen zu achten, dahin abgeändert, daß solche Verträge erlaubt und auf zehn Jahre gültig sind. Solche gehen aber nicht auf die Erben des Verpflichteten über, wenn dieser vor Ablauf der Zeit stirbt; denn sie begründen kein wahres Zwangs- und Bannrecht, sondern eine vorübergehende Verbindlichkeit für die Person des Verpflichteten, eine Verbindlichkeit zur Entnahme des Bedarfs für diese Person. Auch sind die vor Publikation der neuen Gew. O. bereits errichteten Verträge dieser Art nicht etwa auf zehn Jahre ipso jure verbindlich geworden. (Koch's Landr. zum §. 5. h. t.) — Dagegen sind Verträge, wodurch ein wirklicher Mühlen-, Bier- und Branntweinzwang eingeführt wird, ungültig. (R. v. 29. Juli 1814, Jahrb. Bd. 4. S. 196, Gräff Bd. 1. S. 117.)

[2]) Ueber die Geschichte dieser Gesetzgeb. vergl. die Motive der Gesetzrev. Pens. XV. (zum A. L. R. I. 11.) S. 14 ff. und den Auszug daraus in Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 663 ff. — Zur Erläut. dieser G. vergl.:

1) V. v. 19. Jan. 1836, betr. den Verkehr mit Spanischen und sonstigen, auf jeden Inhaber lautenden Staats- oder Kommunalschuld-Papieren.

Nachdem Wir von den bedeutenden Verlusten Kenntniß erhalten haben, mit denen ein beträchtlicher Theil Unserer Unterthanen in Folge der Reduktion der Spanischen Staatsschuld betroffen worden, finden Wir, in Erwägung der dringenden Gefahr neuer Verluste für Diejenigen, welche sich an dem Verkehr mit Spanischen Staatsschuldpapieren betheiligen, Uns bewogen, mit Vorbehalt der gänzlichen Inhibirung dieses Verkehrs in Unsern Staaten, demselben in soweit Schranken zu setzen, als es zur Zeit die Rücksicht auf die gegenwärtigen Besitzer solcher Papiere gestattet. Zugleich haben Wir es für nöthig erachtet, den verderblichen Mißbräuchen, welche sich in dem Verkehr mit Staats- und Kommunalschuldpapieren überhaupt offenbart haben, durch gesetzliche Maßregeln zu begegnen. Indem Wir die weiteren diesfälligen Vorschriften Uns vorbehalten, verordnen Wir demnach auf den Antrag Unseres Staatsmin. für den ganzen Umfang Unserer Monarchie vorläufig, wie folgt:

§. 1. Verträge, welche nach Publ. der gegenwärtigen V. über Spanische Staatsschuldpapiere irgend einer Art errichtet werden, sollen nur dann, wenn sie sofort von beiden Theilen Zug um Zug [1]) erfüllt werden, rechtsgültig, sonst aber ohne Ausnahme nichtig sein, und es soll eine gerichtliche Klage aus dergl. Verträgen überall nicht zugelassen werden, auch auf Vergleiche, welche über Geschäfte in Spanischen Staatsschuldpapieren geschlossen werden [2]), weder Klage noch Exekution stattfinden.

§. 2. Der Abschluß von Zeitkauf, oder Lieferungsverträgen über Spanische Staatsschuldpapiere, unter welchen Modalitäten und in welcher Form er auch erfolgen möge, wird hierdurch bei Vermeidung einer dem vierten Theil des bedungenen Kauf- und Lieferungspreises gleichkommenden Geldbuße oder verhältnißmäßigen Gefängnißstrafe unbedingt untersagt, und es soll diese Strafe unnachsichtlich sowohl gegen jeden Kontrahenten, als auch außer der nach §. 4. u. 5. sonst etwa noch verwirkten Strafe, gegen einen jeden Andern eintreten, der als Vermittler oder sonst auf irgend eine Weise bei dem Abschlusse solcher Verträge mitwirkt. Ist der Betrag des bedungenen Kauf- oder Lieferungspreises nicht zu ermitteln, so wird die Geldbuße auf zehn Prozent des Nominalwerthes der Papiere festgesetzt.

§. 3. Alle bereits abgeschlossenen noch laufenden Verträge über Spanische Staatsschuldpapiere müssen binnen acht Tagen nach Publikation der gegenwärtigen V. angezeigt und nachgewiesen werden, und zwar an Orten, wo Börsen bestehen, bei den Börsenvorstehern, sonst aber in den Städten bei der Polizei-Obrigkeit und auf dem Lande bei dem Landrath des Kreises. Bei Verträgen, die nicht auf diese Weise angemeldet werden, soll sodann, auch wenn sie aus der Zeit vor Publikation der gegenwärtigen V. datirt sind, ein Klagerecht unbedingt nicht stattfinden (§. 1.), auch, sofern sie in Zeitkauf- oder Lieferungs-Verträgen bestehen, die obige Strafe (§. 2.) zur Anwendung kommen.

§. 4. Den öffentlich bestellten und vereideten Mäklern und Agenten wird bei Strafe der Amtsentsetzung hierdurch untersagt, über Spanische Staatsschuldpapiere andere Geschäfte zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, als solche, welche sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden. Auch müssen alle durch sie abgeschlossenen Geschäfte dieser Art, bei Vermeidung einer gleichen Strafe, von ihnen sofort beim Abschlusse in ihr Taschen- oder Handbuch, und spätestens am folgenden Tage in ihr Journal eingetragen werden.

α) Abhandl. von Gräff in dessen Archiv für das Preuß. Handels- und Wechselrecht, Bd. 1. Hft. 2. S. 34 — 51.

β) Gräff, Beleuchtung der aus dem Handel mit Eisenbahnpapieren entspringenden streitigen Rechtsverhältnisse. (a. a. O. S. 103 — 124.)

γ) G. F. Oppert, flüchtige Betrachtungen über den sogen. Aktienschwindel und das bezügliche G. v. 24. Mai 1844. Berlin 1844.

δ) L . . . ., die Preuß. Eisenbahn-Unternehmungen und die Allerh. V. 24. Mai 1844. Berlin 1844.

ε) G. M. Kletke, über Eisenbahn-Aktien und das G. v. 24. Mai 1844, so wie Einiges über G. F. Oppert's flüchtige Betrachtungen über den sogen. Eisenbahnschwindel. Berlin 1844.

η) Gräff, Kritik der Schriften ad γ bis ε, in dessen Archiv Bd. 1. Hft. 2. S. 133 — 135.

ζ) Borchardt, von den Lieferungsverträgen, welche geldwerthe Papiere zum Gegenstande haben. (J. W. 1848 S. 313 ff.)

[1]) Vergl. Erg. zum §. 2. der V. v. 24. Mai 1844 (s. unten).

[2]) R. v. 20. Febr. 1836. Die Vorschrift des §. 1., »daß aus Vergleichen, welche über Geschäfte in Span. Papieren geschlossen werden, weder Klage, noch Exekution stattfinden sollen«, ist nur auf Vergleiche über solche Geschäfte zu beziehen, denen durch die anderweiten Bestimmungen der §§. 1. u. 3. die Klagbarkeit entzogen ist. Ueber die vor Publikation der V. bereits geschlossenen, und binnen der vorgeschriebenen Frist gehörig angezeigten Geschäfte können daher mit rechtsgültiger Wirkung Vergleiche geschlossen werden

(Jahrb. Bd. 47. S. 291, Gräff Bd. 10. S. 7.)

---

§. 5. Ein Jeder, welcher sich damit befaßt, auf irgend eine Weise zwischen verschiedenen Personen, welcher Art sie sein mögen, schriftlich oder mündlich über Span. Staatsschuldpapiere zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, ohne als Mäkler oder Agent für Papier- oder Wechselgeschäfte vorschriftsmäßig bestellt oder vereidet zu sein, soll mit Gefängnißstrafe von sechs Monaten bis drei Jahren belegt werden.

§. 6. Die öffentlich bestellten und vereideten Mäkler und Agenten sollen alle Geschäfte, welche sie über sonstige in- oder ausländische, auf jeden Inhaber lautende Staats- oder Kommunalschuldpapiere irgend einer Art abschließen, sofort beim Abschlusse in ihr Taschen- oder Handbuch aufzeichnen, und dieselben hiernächst spätestens am folgenden Tage mit allen dabei verabredeten Bedingungen in ein dazu bestimmtes paragraphirtes Journal vollständig eintragen.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift soll unnachsichtlich mit der Amtsentsetzung bestraft werden. Wegen Revision des hiernach zu führenden Journals bleiben, dem Umstande nach, die weiteren Anordnungen vorbehalten.

§. 7. Wer außer den öffentlichen, bestellten und vereideten Mäklern oder Agenten gegen Entgelt (Courtage, Provision oder dergl.) ein Geschäft daraus macht, auf irgend eine Weise zwischen verschiedenen Personen, welcher Art sie sein mögen, schriftlich oder mündlich Geschäfte über die im §. 6. bezeichneten Papiere zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, ohne vermöge seines Amts- oder Dienstverhältnisses im Auftrage eines der Kontrahenten zu handeln, soll mit Gefängnißstrafe von sechs Monaten bis drei Jahren belegt werden. Außerdem soll derselbe für allen Schaden, welcher für die Betheiligten aus einem von ihm unterhandelten, vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte über dergleichen Papiere unmittelbar oder mittelbar entsteht, unbedingt, verhaftet und zu dessen vollständiger Erstattung verbunden sein. (G. S. 1836 S. 9.)

2) V. v. 13. Mai 1840, betr. den Verkehr mit ausländischen Papieren.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. 2c., haben Uns bei Erlaß der V. v. 19. Jan. 1836 den Verkehr mit Spanischen und sonstigen auf jeden Inhaber lautenden Staats- oder Kommunalschuldpapieren betr., die weiteren Vorschriften vorbehalten, um den verderblichen Mißbräuchen, welche sich in dem Verkehr mit dergleichen Papieren offenbart haben, durch gesetzliche Maßregeln zu begegnen, und verordnen demgemäß, nachdem Wir für nöthig befunden haben, den Verkehr mit ausländischen Papieren überhaupt zu beschränken, auf den Antrag Unseres Staatsmin., für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Verträge, welche nach Publikation der gegenwärtigen V. über ausländische, auf jeden Inhaber lautende Staats- oder Kommunalschuldpapiere irgend einer Art, oder über Aktien, Obligationen oder sonstige Geldpapiere auswärtiger [1]) Gesellschaften oder Institute errichtet werden, sollen nur dann, wenn sie sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden, rechtsgültig, sonst aber ohne Ausnahme nichtig sein, und es soll ihre gerichtliche Klage aus dergl. Verträgen überall nicht zugelassen werden [2]), noch aus Vergleichen, welche über hiernach ungültige Geschäfte in den oben bezeichneten Papieren geschlossen werden, weder Klage noch Exekution stattfinden.

§. 2. Den öffentlich bestellten und vereideten Mäklern und Agenten wird bei Strafe der Amtsentsetzung hierdurch untersagt, über die im §. 1. bezeichneten Papiere andere Geschäfte zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, als solche, welche sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden [3]).

---

[1]) a) R. v. 22. Dec. 1843. Die Aktien derjenigen Eisenbahnen, die zum Theil das Ausland, zum Theil das Inland berühren, fallen nicht unter den §. 1. des G. v. 13. Mai 1840. (J. M. Bl. 1844 S. 7.)

b) Die Bestimmung im §. 4. der V. v. 24. Mai 1844, nach welcher solche ausländische Eisenbahn-Unternehmungen, die nach den bestehenden oder künftig abzuschließenden Staatsverträgen sich auch auf inländisches Gebiet erstrecken, den inländischen gleichgestellt sind, enthält eine Deklaration der V. v. 13. Mai 1840, dergestalt, daß die Prohibitiv-Vorschriften dieser V. auf Verträge über die bezeichneten Papiere nicht zur Anwendung kommen.

(Präj. des III. Senats des Ob. Trib. v. 24. Mai 1844 Nr. 1801, Präj. Samml. S. 429.)

[2]) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Okt. 1845 (Nr. 1618) spricht aus:

a) Der §. 1. der V. v. 13. Mai 1840 findet auf eine solche Klage nicht Anwendung, deren Gegenstand auf Rückzahlung eines auf Abrechnung einer übernommenen Verbindlichkeit vom Käufer dem Verkäufer solcher Papiere vorausgegebenen Angeldes gerichtet ist.

b) Ein Anspruch der Art ist nach den allgemeinen Vorschriften des A. L. R. über die Rückgabe des Gegebenen, wenn der Vertrag wegen Mangels der rechtlichen Erfordernisse nicht bestehen kann (cf. A. L. R. I. 5. §§. 220. ff.) zu beurtheilen. (Präj. Samml. S. 13.) — Die Entscheidungen der Gerichte widersprechen sich über die Frage. Vergl. Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 2. S. 82 u. Hft. 3. S. 64 ff., 72 ff. Gräff sucht die Ansicht des Ob. Trib. zu widerlegen (a. a. O. Hft. 2. S. 103 u. Hft. 3. S. 78), wogegen Koch (Landr. Bd. 1. S. 161) dieselbe vertheidigt.

[3]) Ist im Schlußzettel über künftige Lieferung ausländischer Papiere auf jeden Inhaber einerseits schriftlich cedirt und andererseits dafür die Valuta ge-

Auch müssen alle durch sie abgeschlossenen Geschäfte dieser Art, bei Vermeidung einer gleichen Strafe, von ihnen sofort beim Abschluß in ihr Taschen- oder Handbuch und spätestens am folgenden Tage in ihr Journal eingetragen werden.

§. 3. Die V. v. 19. Jan. 1836 (G. S. 1836 S. 9 ff.) bleibt auch ferner in Kraft. Urkundlich 2c. (G. S. 1840 S. 123.)

3) V. v. 24. Mai 1844, betr. die Eröffnung von Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmungen und den Verkehr mit den dafür ausgegebenen Papieren.

Wir Friedrich Wilhelm 2c., haben Uns bewogen gefunden, zur Beseitigung der Mißbräuche, zu welchen die Eröffnung der Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmungen und der Verkehr mit den dafür ausgegebenen Aktienpromessen und ähnlichen Papieren Anlaß gegeben hat, auf den Antrag Unseres Staatsmin. für den ganzen Umfang Unserer Monarchie zu verordnen, wie folgt:

§. 1. Niemand darf fortan ohne ausdrückliche Genehmigung Unseres Finanzmin. Aktienzeichnungen für Eisenbahn-Unternehmen eröffnen oder Aktien-Anmeldungen dafür annehmen. Wer dieser Bestimmung zuwiderhandelt, hat eine Geldbuße von 50 bis 500 Thlr., und außerdem die Konfiskation des gezogenen Gewinnes verwirkt.

§. 2. Verträge, welche nach Publikation der gegenwärtigen V. über Aktienpromessen, Interimsscheine, Quittungsbogen oder sonstige, die Betheiligung bei einer Eisenbahn-Unternehmung bekundende, aber vor Berichtigung des vollen, auf die Aktien oder Obligationen einzuzahlenden Betrages ausgegebene Papiere errichtet werden [1]), sollen nur dann, wenn sie sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden, rechtsgültig, sonst aber [2]) ohne Ausnahme nichtig sein, und es soll eine gerichtliche Klage aus dergl. Verträgen überall nicht zugelassen werden, auch aus Vergleichen, welche über hiernach ungültige Geschäfte geschlossen werden, weder Klage noch Exekution stattfinden.

§. 3. Ueber die im §. 2. bezeichneten Papiere dürfen von den öffentlich bestellten und vereideten Mäklern und Agenten bei Strafe der Amtsentsetzung keine andern Geschäfte unterhandelt, vermittelt oder abgeschlossen werden, als solche, welche sofort von beiden Theilen Zug um Zug erfüllt werden.

§. 4. Den öffentlich bestellten und vereideten Mäklern und Agenten wird bei Strafe der Amtsentsetzung hierdurch untersagt, in Papieren, welche über die Betheiligung bei ausländischen Aktien-Unternehmungen oder Anleihen vor Berichtigung des vollen, auf die Aktien oder Obligationen einzuzahlenden Betrages ausgegeben worden sind oder künftig ausgegeben werden, nirgend ein Geschäft zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen, ohne Unterschied, ob dasselbe sofort von beiden Theilen erfüllt wird, oder nicht. Eine Ausnahme findet nur in Betreff der Papiere für solche ausländische Unternehmungen statt, welche nach den bestehenden oder künftig abzuschließenden Staatsverträgen sich auch auf inländisches Gebiet erstrecken; diese unterliegen, gleich den inländischen Papieren, nur den Bestimmungen der §§. 2. u. 3.

§. 5. Die in der V. v. 19. Jan. 1836 (G. S. 1836 S. 9 ff.) §. 7. bestimmte Strafe und Verpflichtung zum Schadenersatz tritt auch gegen Diejenigen ein, welche, ohne als öffentliche und vereidete Mäkler oder Agenten angestellt zu sein, und ohne vermöge ihres Amtes oder Dienstverhältnisses im Auftrage Eines der Kontrahenten zu handeln, gegen Entgelt ein Geschäft daraus machen, über die in den §§. 2. u. 4. der gegenwärtigen V. erwähnten Papiere, so wie über Aktien, Obligationen oder sonstige Geldpapiere in- oder ausländischer Gesellschaften oder Institute, Geschäfte zu unterhandeln, zu vermitteln oder abzuschließen. Urkundlich 2c. (G. S. 1844 S. 117.)

III. Verbot der Verträge, welche landeskulturschädliche Verhältnisse begründen [1]).

1) G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse [2]), §§. 91—93. und §. 97.

§. 91. Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig.

Mit Ausnahme fester Geldrenten dürfen Lasten, welche nach dem gegenwärtigen Gesetze ablösbar sind, einem Grundstücke von jetzt ab nicht auferlegt werden [3]).

Neu auferlegte feste Geldrenten ist der Verpflichtete, nach vorgängiger sechsmonatlicher Kündigung, mit dem zwanzigfachen Betrage abzulösen berechtigt, sofern nicht vertragsmäßig etwas Anderes bestimmt wird. Es kann jedoch auch vertragsmäßig die Kündigung nur während eines bestimmten Zeitraums, welcher 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen, und ein höherer Ablösungsbetrag als der fündundzwanzigfache der Rente nicht stipulirt werden; ersteres gilt auch von den in den §§. 53 — 55. gedachten Renten.

---

geben, so ist das solchergestalt erfüllte Cessionsgeschäft nicht als nach §. 2. der V. v. 24. Mai 1844 ungültig zu betrachten.

(Präj. des III. Senats des Ob. Trib. v. 13. Nov. 1846 Nr. 1807, Präj. Samml. S. 429.)

[1]) Diese Vorschrift findet auf Vollmachtsverträge, wodurch der eine Kontrahent es übernimmt, für den andern die Betheiligung desselben bei einer erst eröffneten Aktienzeichnung zu vermitteln, nicht Anwendung. Auch eine mündliche Vollmacht zur Zeichnung begründet die actio mandati, wenn der mündliche Auftrag vollzogen ist.

(Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Okt. 1847, Entsch. Bd. 15. S. 196, Rechtsf. Bd. 2. S. 278 Nr. 140.)

[2]) Unter den Gegensatz fallen: a) diejenigen, auf sofortige Erfüllung gerichteten Kaufgeschäfte, welche nicht vollständig von beiden Seiten erfüllt worden sind. Aus diesen kann nicht auf Erfüllung oder Entschädigung geklagt, sondern es kann nur das Geleistete kondicirt werden (vergl. oben S. 69 Note 3. zum §. 2. der V. v. 13. Mai 1840); b) die Zeitkäufe und Lieferungsgeschäfte. Wenn Papiere von der Art, auf welche die V. v. 24. Mai 1844 sich bezieht, der Gegenstand sind, so gilt das Geschäft gar nicht, und wenn von dem einen oder dem andern Theile darauf Etwas gegeben oder geleistet worden, so kann nur dieses kondicirt werden. Verträge dieser Art über andere inländische Geldpapiere sind keiner besonderen Einschränkung unterworfen (vergl. Koch's Landr. Bd. 1. S. 162 Anm. 14). Ueber zwei Punkte dabei haben sich Zweifel gezeigt:

α) in Betreff der Eingehung solcher Verträge mit der Klausel: »im Uebrigen laut hiesiger Börsen-Usance« oder: »im Uebrigen laut hiesiger Börsen-Usance und den Bedingungen, wie solche in den Schlußzetteln der Mäkler bestimmt sind.« Der Zweifel bezieht sich auf die Wirksamkeit derselben. Das Erk. des Ob. Trib. v. 25. Sept. 1835 (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 2. S. 75 ff.) spricht der Klausel jede Bedeutung ab; die Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. April 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 87 Nr. 41.) und v. 30. Aug. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 214 Nr. 108.) dagegen erklären sie für eine ganz gültige Kontraktsstipulation. Eine Plenar-Entscheidung darüber ist nicht herbeigeführt worden. Vergl. über die Frage auch: Gräff a. a. O. S. 79 — 81, Kahle in der J. W. 1847 S. 285, Dr. Löwenberg über den Lieferungsvertrag (Berlin 1846) S. 1 Note **. Koch (Landr. Bd. 1. S. 163 Note 14) tritt der neueren Meinung bei.

β) Der zweite Punkt betrifft die Forderung des Berechtigten in dem Falle, wo die Erfüllung nicht zur rechten Zeit angeboten oder angenommen worden ist, und die Frage ist die: ob später noch die Lieferung der Papiere, folglich im Nichtleistungsfalle die später höhere Kursdifferenz, oder ob nur das Interesse, wie es sich am verabredeten Erfüllungstage durch die Differenz zwischen dem Preise und dem Tageskurse darstellt, gefordet werden kann? Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 27. Okt. 1847 ausgeführt, daß bei Zeitkäufen über kursirende Papiere, die einen Börsenkurs haben, namentlich Eisenbahnaktien und Staatspapiere, das Recht der Kontrahenten, die Erfüllung aus dem an sich klagbaren Vertrage durch Lieferung und Abnahme der Papiere gegen Zahlung des festgesetzten Preises, oder Erlegung der Differenzsumme zwischen dem letzteren und dem Tageskurse der Papiere zu fordern, in der Ausübung auf den verabredeten Erfüllungstag beschränkt sei, und daß, wenn an diesem Tage die Erfüllung in der gedachten Art von dem einen oder dem andern Kontrahenten nicht geleistet, und demnächst von dem anderen Theil aus der Verweigerung der Erfüllung geklagt werde, nicht mehr der Anspruch auf Lieferung und Abnahme der Papiere gegen Zahlung des festgesetzten Preises, sondern nur der Anspruch auf Entschädigung aus der Nichterfüllung des Vertrages, bestehend in der Zahlung der Differenzsumme zwischen dem festgesetzten Kaufpreise der Papiere und dem Kurse derselben an dem verabredeten Erfüllungstage zulässig sei. (Entsch. Bd. 15. S. 460, J. M. Bl. 1848 S. 97.) Koch ist gleicher Ansicht (Landr. Bd. 1. S. 163 Note 14). Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 19. März 1857 spricht denselben Grundsatz aus und nimmt zugleich an, daß der Anspruch auf Entschädigung aus der Nichterfüllung nicht allemal auf die Zahlung der Differenzsumme beschränkt sei, sondern daß nach den Umständen auch ein Anspruch auf noch anderweitige Entschädigung nicht ausgeschlossen sei. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 134 Nr. 30.) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 285. ff., 360., 369. ff.

[1]) Schon das Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 (§§. 2. u. 7.), die Ablös. O. v. 7. Juni 1821 (Einl. u. §. 29.) und die V. v. 20. Juni 1817 (§§. 15. u. 43.) haben alle Verträge, wodurch landeskulturschädliche Verhältnisse begründet werden sollen, für unzulässig erklärt. Dahin gehören auch Verträge, worin unfixirte Laudemien bedungen werden. (Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 18. §. 714.) — Ueber die Unzulässigkeit von Verträgen, wodurch sich Jemand zur Leibeigenschaft oder Unterthänigkeit verpflichtet, vergl. §. 10. des Ed. v. 9. Okt. 1807 (s. zum A. L. R. I. 8. §. 6.).

[2]) Der §. 1. Nr. 28. dieses G. hat das G. v. 31. Jan. 1845, betr. die Zulässigkeit von Verträgen über unablösliche Geld- und Getreide-Abgaben (G. S. 1845 S. 93) außer Kraft gesetzt.

[3]) Verträge zwischen Gutsbesitzern und Bauern, wodurch die Letzteren zum Vortheile der Ersteren in der Benutzung ihres freien Eigenthums, z. B. im Betriebe ihrer Kalksteinbrüche, beschränkt werden sollten, wurden schon vorher nicht für rechtsgültig erachtet.

(Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Sept. 1847, Rechtsf. Bd. 2. S. 189 Nr. 95.)

Vertragsmäßige, den Vorschriften dieses Paragraphen zuwiderlaufende Bestimmungen sind wirkungslos, unbeschadet der Rechtsverbindlichkeit des sonstigen Inhalts eines solchen Vertrages.

§. 92. Die Kündigung von Kapitalien, welche einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit auferlegt werden, kann künftig nur während eines bestimmten Zeitraums, welcher 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen werden.

Kapitalien, welche auf einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit angelegt sind und bisher Seitens des Schuldners unkündbar waren, können von jetzt ab, sobald 30 Jahre seit der Verkündigung dieses G. verflossen sind, mit einer sechsmonatlichen Frist Seitens des Schuldners gekündigt werden.

Diese Bestimmungen finden auf sämmtliche Kredit-Institute keine Anwendung.

§. 93. Wenn bei Zerstückelung von Grundstücken die darauf haftenden, den Bestimmungen des §. 64. unterliegenden Reallasten weder durch Kapital, noch nach den Vorschriften des G. vom heutigen Tage über Errichtung von Rentenbanken abgelöst werden, so bleiben für solche Reallasten das Hauptgrundstück und die Trennstücke in solidum verhaftet[1].

Dagegen ist der Berechtigte hinsichtlich solcher Renten, welche den Bestimmungen des §. 64. nicht unterliegen (§§. 53—55., 65., 66. u. 91.), verpflichtet, sich eine Vertheilung dieser Renten auf die Trennstücke nach Verhältniß des Werthes derselben gefallen zu lassen.

Er ist jedoch zu fordern berechtigt, daß diejenigen Rentenbeträge, welche nach der Vertheilung jährlich unter 4 Thaler betragen, durch Kapitalszahlung Seitens des Pflichtigen abgelöst werden.

Der §. 2. des Edikts v. 14. Sept. 1811 wegen Beförderung der Landeskultur und der §. 2. des G. v. 18. Juni 1840 über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse im Herzogthum Westphalen (G. S. 1840 S. 153), soweit er diesen Bestimmungen entgegen ist, werden aufgehoben.

§. 97. Die Ablösbarkeit der Reallasten, so wie die Regulirungsfähigkeit der noch nicht zu Eigenthum besessenen Stellen, ist ohne Rücksicht auf früher darüber abgegebene Willenserklärungen, auf Verjährung oder früher darüber ergangene Judikate, lediglich nach den Vorschriften des gegenwärtigen G. zu beurtheilen. (G. S. 1850 S. 77.)

2) Dekl. des §. 97. des Gesetzes, betr. die Ablösung der Reallasten rc., v. 2. März 1850. Vom 24. Mai 1853, §§. 2. u. 3.

§. 2. Willens-Erklärungen und Judikate, durch welche vor Verkündung des G., betr. die Ablösung der Reallasten rc., v. 2. März 1850 die Regulirungsfähigkeit einer Stelle ausgeschlossen worden ist, sind durch die Vorschrift des §. 97. des gedachten G. nur insoweit außer Wirksamkeit gesetzt, als sie ausdrücklich in Anerkennung des Mangels der gesetzlichen Erfordernisse zur Regulirungsfähigkeit abgegeben, beziehungsweise ergangen sind.

§. 3. Bei den vor Erlaß des gegenwärtigen G. getroffenen rechtsgültigen Festsetzungen, welche den Bestimmungen desselben zuwiderlaufen, behält es sein Bewenden. Dagegen findet dieses G. auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedenen streitigen Fälle Anwendung. (G. S. 1853 S. 240.)

3) Ueber die Beschränkung der Verträge und Willenserklärungen, wodurch Gemeinheitstheilungen ausgeschlossen werden, vergl. §§. 26—28. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 (G. S. 1821 S. 53)[2] und über die Beschränkungen, unter welchen neue Gemeinheiten nur errichtet werden können, §. 164. a. a. O. und Art. 12. des Gesetzes v. 2. März 1850, betr. die Erg. und Abänderungen der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821. (G. S. 1850 S. 139.)

IV. Beschränkung der Privatverträge, welche das öffentliche Recht abändern.

1) Den Grundsatz der L. 38. D. de pact. (2. 14), daß dasjenige, was die Gesetze zum gemeinen Besten verordnet haben, durch Privatverträge nicht abgeändert oder gar aufgehoben werden kann, erkennt auch die Preuß. Gesetzgebung an.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Okt. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 292 Nr. 61.)

2) Verträge zwischen Gemeindemitgliedern, durch welche die Grundsätze des Armenpflege-Gesetzes abgeändert werden, sind ungültig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. März 1854.

Die G. v. 31. Dec. 1842, betreffend die Armenpflege rc. und v. 6. Jan. 1843 wegen Bestrafung der Landstreicher rc. bezweckten für diese Gegenstände gleiche Grundsätze für die ganze Monarchie herzustellen und zugleich das Verhältniß der Orts- und Landarmenverbände zu regeln. Unbedingt muß danach die Gemeinde als gesetzlich geordneter Armenverband zunächst die Hülfe gewähren. Was aber die gedachten G. bereits geregelt haben, kann nicht mehr unter den Mitgliedern des Armenverbandes geregelt werden. Wenn dergl. mit dem G. nicht übereinstimmende Verträge auch nicht ausdrücklich in demselben verboten sind, so liegt dies doch schon im Zweck und im Geiste des Armenpflegegesetzes (§. 1.) und des Heimathsgesetzes (§. 8.). Durch einen hiervon abweichenden Vertrag werden alle Maßregeln der gedachten G. bei Seite gestellt. Die Gemeinde hat sich damit der Prüfung über Receptionsfähigkeit entzogen, und es könnte dahin kommen, daß Jedem der Kontrahenten der von ihm aufgenommene Einwohner verarmte und sämmtliche Arme eines Kreises blos durch Unachtsamkeit des Gemeinde-Vorstandes einem Dorfe, und wenn dessen Mittel nicht ausreichten, dem Landarmenverbande (§. 14.) zur Last fielen. Als bloße persönliche Verpflichtung würde der Vertrag in vielen Fällen auch unausführbar sein, insbesondere wenn ein Gemeindemitglied sein Grundstück verkaufte und an einen anderen Ort verzöge, wenn es in Konkurs verfiele, oder sonst selbst verarmte. In diesem Falle würde der Gemeindeverband, nach dem G. und das Vertragsabkommen neben einander in Kollision kommen, und bei der Armenpflege zweierlei Regeln in Anwendung treten, während das G. Einheit durch die ganze Monarchie verlangt. Nach §. 39. A. L. R. I. 5. kann aber nur über dasjenige ein Vertrag geschlossen werden, was nach §§. 5—19. Tit 4. Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung sein kann, und hierzu sind nicht geeignet Handlungen, welche die G. verbieten (§. 6.) und Sachen, welche dem Privatverkehre entzogen sind (§. 14.). Was das Armenpflegegesetz als unveränderlichen Grundsatz gegen die Gemeinden festgestellt, kann nicht durch Privatwillkühr aufgehoben werden. Was es als Gemeindelast angeordnet hat, kann nicht durch Privatabkommen in Singularlasten verwandelt werden.

(Entsch. Bd. 27. S. 304.)

Auch das Erk. desselben Sen. v. 27. März 1854 führt aus, daß ein Vertrag der Mitglieder einer Gemeinde, daß die Armenpflege nicht mehr von der Gemeinde, sondern jedesmal nach einer bestimmten Regel von einem einzelnen Mitgliede geleistet werden solle, ohne rechtliche Wirkung sei. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 286 Nr. 65.)

V. Vergl. a) über die Frage: ob die im Voraus erklärte Verzichtleistung auf Einlegung von Rechtsmitteln gültig ist, das Präj. des Ob. Trib. v. 1. Febr. 1845 Nr. 1549. in den Erg. zur A. G. O. I. 2. §. 173.;

b) über die Frage: ob Verträge unter Eheleuten über das Getrenntleben während stehender Ehe gültig sind, die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 68.

§. 7. 1) R. v. 13. März 1797. Ein Vergleich, die Ehe mit der Geschwächten unter der Bedingung zu vollziehen, daß sie gleich nachher ohne Weiteres wieder getrennt werde, ist wider die guten Sitten und deshalb nichtig. (Stengel Bd. 5. S. 265, Rabe Bd. 4. S. 40.)

2) Verletzt ein solcher Vertrag die Ehrbarkeit, durch welchen Jemand sich verbindlich macht, eine Geschwächte gegen Empfang einer Geldsumme zu ehelichen?

a) In dem Erk. des L. G. zu T. v. 19. Mai 1825, welches in den beiden folgenden Instanzen bestätigt worden, ist ein solcher Vertrag bloß auf Grund des §. 165. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. für gültig erachtet, ohne daß dabei der aufgestellten Frage Erwähnung geschieht.

b) Dr. Schütz, welcher diese Entscheidung mittheilt, hält jedoch den Vertrag mit Rücksicht auf §. 7. h. t. für ungültig, weil das einer Geschwächten aus Geldspekulation gemachte Eheversprechen der Reinheit des ehelichen Verhältnisses widerspreche, und um deshalb auch das Motiv als ein unwürdiges, die Ehrbarkeit verletzendes, erachtet werden müsse. (Themis 1837 S. 855—858.)

3) Betreffend Verträge unter Eheleuten über die Einwilligung in die Ehescheidung.

a) Ist unter Ehegatten, welche im Scheidungsprozesse befangen sind, ein Vertrag, welcher darauf gerichtet ist, daß der verklagte Ehegatte bestrittene Anschuldigungen des anderen, die einen Scheidungsgrund enthalten, namentlich den Vorwurf des Ehebruchs, gegen Entgelt zugestehe, beziehungsweise eine darauf gegründete Rekonvention zurücknehme, rechtsverbindlich, oder streitet vielmehr ein solcher Vertrag gegen ein Verbotsgesetz, resp. gegen die Ehrbarkeit und gute Sitte, und kann insbesondere die zur Erfüllung eines solchen Vertrages von der einen Seite im voraus geleistete Zahlung von dem anderen Theile wegen Nichterfüllung zurückgefordert werden?

[1] Vor dem Vertrags-Abschlusse müssen stets Bestimmungen über die Ablösung, Vertheilung und Uebernahme der auf den Grundstücken haftenden Reallasten und Renten, desgl. wegen etwaiger Hypothekenschulden getroffen werden. (G. v. 24. Mai 1853 §. 7. G. S. S. 241.)

[2] Die durch schriftlichen Vertrag errichteten neuen Gemeinheiten sind nach Ablauf der im §. 27. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 bestimmten Zeitfristen auflöslich und theilbar; der ohne Bestimmung der Zeitdauer geschlossene Vertrag behält seine rechtsverbindliche Kraft und es steht den Kontrahenten nach Ablauf der gesetzlichen Frist nur frei, auf Gemeinheitstheilung anzutragen.
(Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Jan. 1849 Nr. 2105, Präj. Samml. Bd. 2. S. 126, Entsch. Bd. 17. S. 511.)

Schnitger sucht die letztere Alternative zu begründen und auszuführen, daß ein solcher Vertrag, mit Rücksicht auf die sittliche Natur der Ehe, gegen ein Verbotsgesetz verstoße und eine turpis causa enthalte, weshalb die §§. 205. u. 206. A. L. R. I. 16. darauf anzuwenden seien. (J. W. 1846 S. 273 ff.)

b) Verabredungen, nach welchen bei kinderlosen unglücklichen Ehen dem einen Ehegatten für seine Einwilligung in die Ehescheidung von dem andern Ehegatten gewisse Vermögensvortheile eingeräumt werden, sind als eine nach natürlichen und positiven Gesetzen verbotene Handlung nicht zu betrachten, und mithin für unzulässig nicht anzusehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1850.

Dafür spricht schon der Grund, daß die Gesetze die Trennung kinderloser Ehen auf den Grund gegenseitiger Einwilligung gestatten und die Vorschrift des §. 825. A. L. R. II. 1., zumal durch die Ehetrennung der Verlust gewisser Vermögensvortheile für einen oder den anderen Theil der Regel nach bewirkt wird. Sodann aber folgt die Richtigkeit des ausgesprochenen Rechtssatzes auch daraus, daß der Vertrag selbst die Trennung nicht bewirken kann, sondern daß dies nur im gesetzmäßigen Wege durch den Richter geschehen kann und dem verklagten Theile, des Vertrages ungeachtet, unverwehrt ist, der Scheidung zu widersprechen und den Vertrag hierdurch unwirksam zu machen. Geschieht dies nicht, sondern wird bei der Einwilligung in die Scheidung stehen geblieben und solche auf Grund dieser Einwilligung demnächst erkannt, so muß es auch bei dem bezüglichen Abkommen bewenden.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 1 ff. Nr. 1.)

c) Ein Vertrag, durch welchen während des Ehescheidungsprozesses der unschuldige Theil unter der Bedingung auf die Ehescheidungsstrafe verzichtet, daß der Schuldige den Scheidungsgrund zugesteht und sich im Voraus verpflichtet, nicht gegen die Scheidung zu appelliren, ist als ein Vertrag über die Ehetrennung selbst anzusehen und verstößt gegen die Heiligkeit des ehelichen Bandes, mithin auch gegen die guten Sitten und die Ehrbarkeit, weshalb derselbe nichtig ist.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. März 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 123 Nr. 28.)

3) Ueber die Ungültigkeit eines bei Eingehung der Ehe geschlossenen Vertrages über die Abfindung des unschuldigen Theils im Falle der Ehescheidung vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Dec. 1854 Nr. 2580. in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 824—826.

§. 8. 1) Der §. 8. steht mit dem §. 416. A. L. R. I. 16. nicht in Widerspruch; denn im letztgedachten Paragraphen ist nur vom Vergleiche über die Folgen einer Handlung, deren Verfolgung in der Privatwillkühr des Verletzten steht, die Rede. Handlungen, welche von der Staatsbehörde ohne Antrag verfolgt werden dürfen und müssen, sind eben der Privatwillkühr entzogen.

(Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 8. h. t.)

2) Ist eine Verabredung, wonach ein Kontrahent allein die Beibringung des Stempels und für den Fall der Unterlassung die Erstattung der von dem anderen Kontrahenten etwa beizutreibenden Strafe ausdrücklich übernimmt, rechtsgültig?

In einem im Centralblatt 1837 S. 496 mitgetheilten Rechtsfalle ist, ohne auf diese Frage einzugehen, aus nicht hierher gehörigen Gründen, in erster Instanz die Klage auf Erstattung zurückgewiesen, in zweiter Instanz die Verurtheilung erfolgt. Hiergegen wird bemerkt, daß die Verabredung der erwähnten Art gegen §. 8. h. t. und daher nichtig sei, weshalb keine Klage daraus stattfinde.

Koch (Landr. Bd. 1. zum §. 8. h. t.) hält dagegen eine solche Verabredung zwischen den Parteien für rechtsverbindlich.

§. 9. Ist die einer Willenserklärung beigefügte Bedingung eine Religion zu ändern oder beizubehalten, besonders bei den Juden, von Gültigkeit?

Diese Frage war schon vor Publikation des A. L. R. kontrovers.

(Vergl. v. Hymmens Beitr., V. S. 144.)

a) Schon die K. O. v. 4. Nov. 1786 (N. C. C. Tom. VIII. p. 197 No. 63. de 1786, Rabe Bd. 1. Abth. 7. S. 530) entschied indeß, daß die in den letztwilligen Verordnungen mit Zuwendung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, oder eines anderen Vortheils verbundene Bedingung, bei der jüdischen Religion zu beharren, oder nicht zur christlichen Religion überzugehen, für nicht geschrieben und unverbindlich zu erachten. In gleicher Art entschied:

b) die K. O. v. 12. Juni 1804, (welche durch das R. v. 16. ej. m. mitgetheilt ist) daß der Uebertritt von der jüdischen zur christlichen Religion, die dem Ueberlebenden mittelst Testamente überlassene Nutznießung der mit einem Fideikommiß belegten Erbschaft nicht aufhebt.

Mein lieber Großkanzler v. Goldbeck! Auf Euren Bericht v. 6. d. M., über die Eingabe des J. K. etc., worin derselbe im Auftrage einiger Erben des verstorbenen .... und in Bezug auf den 9. Art. des Testaments des letzteren darauf anträgt, daß Ich selbst eine allgemeine gesetzliche Entscheidung darüber geben möge, ob ein Nutznießer oder Anwärter des Fideikommisses, wenn er jetzt zur christlichen Religion übergeht, dieserhalb vom Fideikommisse ausgeschlossen werden könne, oder ob ihm die Nutzung und Anwartschaft dieses Fideikommisses dennoch nach wie vor gelassen werden müsse? gebe Ich Euch hierdurch zu erkennen, wie Ich aus den von Euch angezeigten Gründen mit Euch darin völlig einverstanden bin, daß es der erbetenen Entscheidung um deshalb nicht bedarf, weil die Frage, welche dadurch außer Streit gesetzt werden soll, bereits durch die Landesgesetze klar und deutlich entschieden ist. Ich genehmige daher nicht nur, daß Ihr den .... dahin bescheidet, daß, da der in Frage seiende Fall in den Gesetzen zum Vortheil seiner Konstituenten bestimmt entschieden sei, es der Abfassung und Promulgation des speziellen, diese Frage für seine Konstituenten entscheidenden Gesetze nicht bedürfe, sondern trage Euch auch auf, den betreffenden Gerichtshöfen, um sich künftig in vorkommenden Fällen darnach zu achten, davon Kenntniß zu geben etc.

(N. A. Bd. 4. S. 86, Rabe Bd. 8. S. 101.)

c) Das Gegentheil der Bestimmung der K. O. v. 12. Juni 1804 ist von dem Ob. Trib. in einem Erk. v. 28. Sept. 1807, jedoch nur deshalb erkannt worden, weil der der Entscheidung vorliegende Fall aus einem vor Erlaß der oben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen errichteten Testamente (vom Jahre 1774) originirte.

(Vergl. diesen Rechtsfall nebst den Entsch. in Mathis Bd. 4. S. 237—297 u. Bd. 5. S. 137—148.)

d) Bornemann, welcher der Ansicht ist, daß eine solche Bedingung für unerlaubt habe erklärt werden sollen, theilt in dieser Beziehung aus den Materialien Folgendes mit:

Anfänglich wollte man folgende Bestimmungen in das neue Gesetzbuch aufnehmen:

Gewissensfreiheit kann durch keinen Vertrag eingeschränkt werden, und sind daher alle dahin abzweckende Verträge, mit Inbegriff der Verabredungen über Veränderung oder Beibehaltung einer Religion durchaus nichtig.

In der Folge glaubte man diese Bestimmungen dahin modifiziren zu müssen, daß, wenn die Aenderung oder Beibehaltung eines Religionsbekenntnisses zur Bedingung eines dagegen vertragsmäßig eingeräumten Vortheils gemacht worden, ohne Erfüllung dieser Bedingung aus dem Vertrage nicht geklagt werden könne.

Man räumte also der conditio de mutanda vel non mutanda religione allerdings eine gewisse Gültigkeit ein. Nun aber griff Suarez die Sache wieder auf, und äußerte sich folgendermaßen darüber:

Es ist ein von allen Seiten her zugegebener Satz, daß Gewissensfreiheit durch keine Verträge eingeschränkt werden könne. Daraus folgt unmittelbar, daß sich Niemand durch Verträge zur Annehmung oder Beibehaltung einer Religion verpflichten könne. Oben im Titel von Willenserklärungen ist der Grundsatz angenommen: Alles, wozu sich Jemand nach den Gesetzen nicht verpflichten darf, kann einer Willenserklärung als Bedingung nicht beigefügt werden. Ist dieser Satz richtig, so folgt weiter, daß die conditio de retinenda, ebenso wie die de mutanda religione pro impossibili zu achten sei. Ob eine solche conditio impossibilis die Willenserklärung vitiire, oder ob sie pro non adjecta geachtet werde, ist oben im Generaltitel zur näheren Bestimmung, nach den verschiedenen Arten der Willenserklärungen ausgesetzt. Nach bisheriger Theorie macht conditio impossibilis den Kontrakt, welchem sie beigefügt worden, null; in ultimis voluntatibus wird sie pro non adjecta erachtet. ..... Nach vorstehender Theorie ist die conditio de mutanda und die de retinenda religione, impossibilis; sie vitiirt also den Kontrakt. Daraus folgt, daß nicht nur ... ohne Erfüllung der Kondition nicht geklagt werden könne; sondern überhaupt, daß aus einem solchen Kontrakt gar nicht, auch nicht, wenn die Bedingung erfüllt worden, geklagt werden könne. Es folgt ferner, daß, wenn der Kontrakt ob impossibilitatem conditionis null ist, derjenige, der etwas daraus gezahlt oder geleistet hat, solches ... conditione sine causa, ob turpem causam repitiren könne. Und diese Theorie harmonirt vollkommen mit dem allgemeinen Grundsatz, daß Niemandem Motive gegeben werden sollen, in einer so wichtigen Sache, als die Religion ist, gegen seine Ueberzeugung zu handeln, id est zu heucheln. Denn kann ein solcher Kontrakt gar keinen effectus produciren, so wird sich auch Niemand durch angebotene Vortheile verleiten lassen, eine Religion gegen seine Ueberzeugung anzunehmen oder beizubehalten, weil er weiß, daß er zum Genuß dieser Vortheile nicht gelangen, und im Besitz derselben niemals sicher sein kann.

Aehnlich drückte sich Klein bei dem Titel von letzwilligen Verordnungen aus, indem er sagt:

daß man die Veränderung der Religion für schädlich hält, kann wohl nur daher kommen, weil man voraussetzt, daß solches aus eigennützigen Beweggründen geschehe. Beibehaltung der väterlichen Religion ist so wenig eine Tugend, als die Veränderung derselben ein Laster ist. Das erstere geschieht gewöhnlich aus Trägheit oder Indifferentismus, und beides sehr oft aus Eigennutz. Nur die Beweggründe sind es also, welche die Beibehaltung oder Veränderung der Religion löblich oder schändlich machen. Ich begreife also nicht, warum es nur schändlich sein soll, die Religion aus Eigennutz zu verändern, und warum der nämliche Vorwurf nicht auch den treffe, der die Religion, in welcher er erzogen ist, aus Eigennutz heuchelt. Ich gebe zwar zu, daß es eine lobenswerthe Bescheidenheit sei, wenn der Zweifler, aus Furcht, Aergerniß zu geben, seine Zweifel da, wo er keine Belehrung hoffen kann, zurückhält; aber ich finde es gleich niederträchtig, Geldes wegen die Religion zu heucheln oder zu verleugnen. Nicht, als ob ein Mensch, der Zweifel gegen einige Artikel seiner Konfession hat, darum gleich von der Gemeine abtreten müsse ... Aber wenn ein Protestant in seinem Herzen katholisch wäre oder umgekehrt, so wäre es schändlich, wenn er die Religion nicht verändern wollte.

Hiernach wollte Suarez die verschiedenen Wirkungen der conditio de mutanda vel retinenda religione genau bestimmen; man begnügte sich indessen in der Folge mit den allgemeinen Vorschriften: I. 4. §§. 9., 136—138.; I. 5. §§. 227., 228.; I. 12. §. 63. — Es erhellt übrigens aus den vorstehenden Aeußerungen der Redaktoren, was mit dem §. 9. gemeint ist; die K. O. v. 12. Juni 1804 (N. Arch. IV. S. 86) hat denselben auch schon früher so deutlich gefunden, daß sie eine nachgesuchte Dekl. zurückgewiesen hat.

(System Bd. 1. S. 287 Note *, 2. Ausg. Bd. 1. S. 112; vergl. Rechtsgesch. S. 89.)

e) Der Gesetzrevisor, welcher die Materialien vollständig anführt, folgert daraus, daß die Redaktoren die Absicht gehabt hätten, die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, als eine moralisch unmögliche anzusehen, welche einen Vertrag vitiire, und in letztwilligen Verordnungen als nicht beigefügt zu erachten sei. Dieselbe Ansicht sei auch vor und nach dem Erscheinen des A. L. R. (K. O. v. 4. Nov. 1786 und 12. Juni 1804 s. oben) Allerhöchsten Orts als die richtige anerkannt worden.

In Rücksicht auf das Trib. Erk. v. 28. Sept. 1807 (s. oben), welches das Gegentheil der Bestimmung der K. O. v. 4. Juni 1804 angenommen hatte, äußert sich der Revisor dahin:

In den eingesehenen Relationen ist ausgeführt, daß zwischen den Bedingungen die Religion zu ändern und nicht zu ändern, ein wesentlicher Unterschied sei; daß im Leben das Letztere die Regel, das Erstere die Ausnahme bilde; daß ein Religionswechsel meistens aus gewinnsüchtigen Absichten erfolge und daher schon an und für sich etwas Gehässiges habe; daß man aber eben deswegen um so weniger Veranlassung finden könne, einen Erblasser in der Befugniß zu beschränken, demjenigen, welchem er gewisse Vortheile zuwende, einen Beweggrund an die Hand zu geben, die Religion seiner Väter nicht gewissenlos zu verlassen. — Dann ist weiter ausgeführt, daß der §. 9. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R., welcher bloß der Gewissensfreiheit erwähnt, keinesweges nothwendig auf das Glaubensbekenntniß bezogen werden müsse; daß Gewissensfreiheit und öffentliches Glaubensbekenntniß ganz verschiedene Dinge seien; ja daß das bestehende Gesetz Einschränkungen der Gewissensfreiheit kenne; wenn man dabei alle von dem Glaubensbekenntniß abhängige zeitliche Vortheile berücksichtige, so gebe die Religionsänderung nach §. 108. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. einen Grund des Rücktritts vom Ehegelöbniß, und in sofern sich jüdische und christliche Religion gegenüberstehen, sogar einen Ehescheidungsgrund; §§. 36. u. 715. l. c.: so habe ferner das Klostergelübde, wenn es nicht als nichtig angefochten werden könne, und selbst in diesem Falle hinsichtlich der Nutzungen für denjenigen, der nicht ferner daran gebunden sein wolle, den Verlust gewisser dem Kloster zugefallenen Vortheile zur Folge; A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 1178., 1179., 1201., 1206—1209. Der Hauptentscheidungsgrund des Erk. v. 28. Sept. 1807 ist indeß darin gesetzt, daß das frühere Revisionserkenntniß in eben derselben Moses Isaac Flies'schen Fideikommißsache v. 28. Sept. 1786 durch die K. O. v. 20. Okt. 1786 ausdrücklich gebilligt worden, und in der K. O. v. 4. Nov. 1786 nur für künftig zu errichtende oder doch noch nicht publicirte Testamente verordnet sei, daß die in Rede stehende Verbindung für nicht geschrieben zu achten.

Wir wissen gegen die angeführten Gründe nichts Besseres anzuführen, als was schon die Verfasser des A. L. R. gesagt haben: Wenn es schändlich ist, um zeitlicher Vortheile willen seine Religion zu ändern, und wenn es gleich schändlich ist, aus Rücksicht auf solchen Gewinn zu einem andern Glaubensbekenntniß überzugehen, oder gegen seine Ueberzeugung bei dem bisherigen zu bleiben, so darf eine dahin abzielende Willenserklärung vom Gesetzgeber nicht geschützt werden, und als Bedingung betrachtet, muß sie den moralisch unmöglichen beigezählt werden. Weil man aber die Fassung des Textes nicht zweifellos gefunden hat, so haben wir im §. 9. unseres Vorschlages schlechthin gesagt: Willenserklärungen, durch welche Jemand zur Annahme oder Beibehaltung einer gewissen Religion verpflichtet werden solle, seien nichtig. Der Gewissensfreiheit, wovon in den §§. 1—4. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. die Rede ist, glaubten wir außerdem hier nicht erwähnen zu dürfen; denn dieselbe ist, sofern man lediglich an das geistige Leben des Menschen denkt, etwas Inneres, und kann nur ein Gegenstand der Gesetzgebung werden, in sofern etwas äußerlich Erkennbares hinzutritt. Dies aber besteht, so weit davon civilrechtliche Folgen abhängig gemacht werden können, eben darin, daß sich Jemand zu der einen oder andern Religion öffentlich bekennt.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §. 9. des Entw. S. 17—23.)

§. 10. 1) Ist ein Vertrag, wodurch sich Jemand über das 25. und beziehungsweise 30. Jahr zum ehelosen Stande verpflichtet, ganz und von Anfang an, oder wird er erst nach Ablauf der gesetzlich erlaubten Frist ungültig?

Die erstere Alternative nehmen an:

a) Siewert, weil die Auflösung des Vertrages nicht von einem Umstande abhängig gemacht werden könne, der überhaupt kein Gegenstand einer Willenserklärung sein dürfe, überdies auch in jeder solchen Stipulation ein indirekter Zwang zur Ehelosigkeit für den Promittenten liege. (Mat. Hft. 5. S. 191—193.)

b) Der Gesetzrevisor, weil bei Annahme der anderen Meinung eine Bestimmung vorhanden sein müßte, wie es bis dahin mit den gezogenen Nutzungen zu halten. Mit Bezug auf die Materialien bemerkt der Revisor:

Der Verfasser des A. L. R. hat übrigens an die aufgeworfene Frage wahrscheinlich nicht gedacht. Im gedr. Entw. hieß es:

§. 12. Willenserklärungen, wodurch Jemand zum lebenswierigen ehelosen Stande verpflichtet werden soll, sind ungültig.

Daraus ist, indem man dem lebenswierigen ehelosen Stande ein bestimmtes Alter substituirte, der jetzige Text geworden. Wir würden es auf jeden Fall für unpassend halten, bis zum Ablaufe des 25., nach Unterschied des 30. Lebensjahres, eine solche Willenserklärung für gültig zu erklären, und also demjenigen, welcher dadurch verpflichtet werden soll, auch bis dahin die eingeräumten Vortheile, oder die Nutzungen zuzusprechen. Entweder muß die Willenserklärung von Anfang an als ungültig, oder gleich derjenigen, wodurch Jemand den Wittwenstand nicht zu ändern verpflichtet werden soll, als bloß unverbindlich angesehen werden. Indessen haben wir keine Veranlassung finden können, von dem bestehenden Gesetze abzuweichen 2c.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 10—12. des Entw. S. 25.)

c) Schröter (System Bd. 1. Hft. 1. S. 93), weil die Bedingung der Ehelosigkeit eine unerlaubte sei.

d) Temme, weil man sonst in die Erklärungen der Interessenten eine durchaus willkührliche Theilung hineintragen würde.

(Lehrb. a. a. O., Bd. 1. S. 126 Anm. 5. a.)

e) Koch (Landr. Bd. 1. zum §. 10. h. t.)[1]).

Für die zweite Alternative sind:

a) Grävell und Strombeck, weil die mit dem 30. oder 25. Jahre eintretende Ungültigkeit keine resolutive Bedingung, sondern eine gesetzliche Aufhebung und Beschränkung der Dauer der Wirksamkeit sei. Soweit aber das Gesetz nicht verbiete, bestehe die Willenserklärung.

(Grävell, Gen. Theorie S. 6 Anm. *; Strombeck, Ergänz. zum A. L. R. Bd. 1. S. 120 Anm. 69.)

b) Bornemann, 1) weil schon die Worte des §. 10. dafür zu sprechen schienen; 2) wegen der Regel: utile per inutile non vitiatur, und daß Geschäfte so interpretirt werden sollen, daß sie möglichst bestehen; 3) weil man sonst auf Inkonsequenzen stoßen würde.

(Rechtsgesch. S. 89.)

Im System (Bd. 1. S. 298 Anm. *, u. 2. Ausg. Bd. 1. S. 114 ff.) bemerkt Bornemann indeß, daß die Beantwortung der aufgeworfenen Frage zweifelhaft, und daher, zumal die Materialien über den eigentlichen Sinn des §. 10. keine Auskunft gäben, eine authentische Dekl. zu wünschen sei.

2) Gewinnt der mit der Bedingung der Ehelosigkeit Beschwerte ebenso wie bei der Bedingung, den Wittwenstand nicht zu verändern, die Nutzungen bis dahin, daß er wieder heirathet[2])?

---

[1]) Früher war derselbe anderer Meinung. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 309 Note 42.)

[2]) Vergl. die Erg. zum §. 120. h. t.

a) Der Gesetzrevisor verneint. Denn das Gesetz, welches in den §§. 120. u. 138. h. t. ausdrücklich nur von dem Verrücken des Wittwenstuhles spreche, lasse eine solche Ausdehnung nicht zu. Der Unterschied zwischen den Willenserklärungen, wodurch Jemand zur Ehelosigkeit überhaupt, und denen, wodurch er den Wittwenstand nicht zu verändern verpflichtet werden solle, von welchen die erstere als nichtig, die andere aber bloß als unverbindlich angesehen werde, würde dadurch ganz zerstört werden. (Gesetzrev. a. a. O.)

b) Thöne ist der Ansicht, daß die Früchte bei Verträgen immer, bei Testamenten aber niemals herausgegeben zu werden brauchen. Denn die Bedingung der Ehelosigkeit überhaupt sei eine unerlaubte, sie entkräfte also den Vertrag und werde bei Testamenten für nicht hinzugefügt erachtet. Die Bedingung dagegen, den Wittwenstand nicht zu ändern, sei eine erlaubte, und schon daraus, besonders aber aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber etwas Singuläres zu verordnen wenigstens beabsichtigt habe (§§. 137., 138. h. t.), folge nothwendig, daß von einer analogen Anwendung der darüber geltenden Rechtsvorschriften nicht die Rede sein könne. (Fund. Lehren Bd. 1. S. 228, 229.)

c) Bornemann will die Frage nach Analogie des §. 120. h. t. bejahet wissen. (System Bd. 1. S. 289 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 1. S. 115.)

d) Temme nimmt an, daß die §§. 120. u. 138. h. t. für den Fall des §. 10. h. t. keine Anwendung finden, sondern nur die Fälle, wo der Vater oder die Mutter zum Besten der Kinder nicht wieder zu heirathen versprochen, und ähnliche Verhältnisse vor Augen haben. (Lehrb. des Pr. Civ. R. Bd. 1. S. 127 Anm.)

§. 13. Vergl.: a) Ed. v. 9. Okt. 1807 §§. 10. u. 12. (s. zum A. L. R. I. 8. §§. 6—8.); b) Ed. zur Beförderung der Landkultur v. 14. Sept. 1811 §. 7. (G. S. 1811 S. 300.)

§. 15. Begräbnißplätze und Synagogen gehören zu den dem Verkehre entzogenen Sachen.

(K. O. v. 14. April 1840 und 26. Okt. 1840, J. M. Bl. 1840 S. 143 u. 340.)

§§. 15. 17. Durch eine Privatverfügung, die den Eigenthümer oder resp. Besitzer einer Sache in seiner Befugniß, über die Sache zu disponiren, beschränkt, oder ihm diese Dispositionsbefugniß ganz untersagt, wird die Sache, welche Gegenstand der Verfügung ist, noch nicht dem Privat-Verkehr entzogen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. v. 3. Juni 1839 Nr. 694. (Präj. Samml. S. 6.)

§§. 20—30. Persönliche Fähigkeit.

§§. 20—23. 1) Der Gesetzrevisor bemerkt zu diesen Paragraphen:

Was die persönliche Fähigkeit zu einer Willenserklärung betrifft, so konnte in dem vorliegenden Titel, wie auch in einer Note zum gedr. Entw. ausdrücklich bemerkt ist, nur von den Kindern und Unmündigen die Rede sein, weil die Willenserklärungen der Mindetjährigen, je nachdem von Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen die Rede ist, verschiedene Wirkungen hervorbringen. Wenn aber der §. 20. sagt: Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben, und der §. 21.: Unmündige, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben: so liegt darin eine Wiederholung der im §. 25. Tit. 1. Thl. I. schon gegebenen Definitionen. Betrachtet man dagegen die §§. 20. u. 21. für sich allein, so gewinnt es den Anschein, als ob es in der Sprache des Gesetzes Kinder gebe, welche das siebente Jahr schon zurückgelegt und Unmündige nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre. Ein fernerer Mangel an Präcision liegt in der Fassung des §. 21., indem unter dem Ausdruck: Unmündige, die Kinder mit begriffen sind, während doch das G. die Unmündigen, welche nicht mehr Kinder sind, im Auge hat. Die vorliegende Fassung hat ihre ganz einfache Veranlassung in der Entstehungsgeschichte des G. Die §§. 20. u. 21. sind aus dem gedr. Entw. wörtlich übernommen, und bei dessen Redaktion hatte man noch keinen allgemeinen Titel, der von Personen und deren Rechten überhaupt handelte; dieser ist bei der Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden, und nachdem dort die Begriffe von Kindern und Unmündigen gegeben waren, wurde es unnöthig, sie hier zu wiederholen. Ganz in derselben Weise verhielt es sich mit den Begriffen von Rasenden, Wahnsinnigen und Blödsinnigen. Auch diese fanden sich in dem gedr. Entw. hinter den betr. Paragraphen eingeschaltet, man hat sie aber bei der Umarbeitung weggelassen; die Begriffe von Kindern und Unmündigen ließ man dagegen, und so ist die Wiederholung entstanden.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 19—21. des Entw. S. 27.)

2) Vergl.: Böle, über Nullität, insbesondere das sogenannte pactum claudicans (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 1 ff.); Kuhne, über Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach Preuß. Recht, mit Rücksicht auf das Römische (J. W. 1842 S. 705 ff.); Temme, über Nichtigkeit und Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (J. W. 1845 S. 245).

§. 22. 1) Unter dem im §. 22. gedachten Vorgesetzten des unter väterlicher Gewalt stehenden Unmündigen ist der gesetzliche Vertreter desselben, nicht aber das vormundschaftliche Gericht zu verstehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 85 Nr. 24.)

2) Ueber die Frage: ob es in den Fällen, wo die Genehmigung des Vaters genügt, um dem von einem mündigen, unter seiner Gewalt stehenden Kinde geschlossenen Vertrage vollständige Gültigkeit zu verschaffen, der Zuziehung eines Kurators und der richterlichen Approbation auch dann nicht bedarf, wenn der andere Kontrahent ebenfalls zu seinen Kindern gehört und seiner Einwilligung bedarf? vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 125—131.

3) Ueber die Wiederaufhebung der von Unfähigen geschlossenen Verträge vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. April 1847 (Entsch. Bd. 14. S. 177) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 12. u. 13.

§§. 24. u. 25. Sind die §§. 24. u. 25. nur von anhaltend, d. h. ohne wesentliche Unterbrechung Rasenden und Wahnsinnigen, zu verstehen, und nicht von solchen, die nur zu Zeiten in Raserei und Wahnsinn verfallen?

Thöne nimmt Ersteres an. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 109.)

Bornemann findet in dem A. L. R. keine Bestätigung dieser Ansicht, welche auch aus §. 9. A. G. O. II. 3. nicht zu folgern sei. In der Anm. zum Entw. sei zwar das Wort »anhaltend« gebraucht, aber nur im Gegensatze zu einem bloß vorübergehenden Zustande (z. B. im Wochenbette) zu verstehen, und der im §. 27. A. L. R. I. 1. gebrauchte Ausdruck »gänzlich« nur im Gegensatze zu der Bestimmung des §. 28. ib. aufzufassen. Daß aber das A. L. R. nicht zwischen ununterbrochen und periodisch Wahnsinnigen oder Rasenden unterscheiden wolle, folge theils aus den Worten des §. 24. h. t.: »welche mit Anfällen einer solchen Krankheit behaftet sind,« theils daraus, daß das G. alle Verwickelungen habe abschneiden wollen, die entstehen würden, wenn jedesmal eine Untersuchung in dieser Beziehung stattfinden müsse. Die Redaktoren würden, wenn sie den Unterschied beabsichtiget hätten, die zweifelhafte Frage, wie oft die lucida intervalla wiederkehren und wie lange sie dauern müssen, näher erörtert haben. Auch mache die Praxis diesen Unterschied nicht. (Syst. 2. Ausg. Bd. 1. S. 89 Anm. 2.)

Temme bemerkt, daß der §. 20. h. t., in Vergl. mit §. 21., für eine Unterscheidung zwischen anhaltend und periodisch Wahnsinnigen nicht angeführt werden könne. Es hätten hier keine Vorschriften über die Bevormundung gegeben werden sollen.

(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 118 Anm. 1.)

§§. 24—27. 1) Ist der in den §§. 24—27. angedeutete Zeitpunkt von dem Augenblicke der wirklichen Bevormundung oder von der Bestellung eines Kurators im Laufe des Interdiktions-Prozesses an (Pr. O. Tit. 38. §. 5., Anh. §§. 283., 284.) zu rechnen?

a) Der Gesetzrevisor hält die Frage für zweifelhaft. Gegen die letztere Alternative spreche, daß der Kurator nicht von dem Vormundschaftsrichter, sondern von dem Prozeßrichter bestellt werde, um das Interesse des Provokaten in dem Interdiktionsprozesse wahrzunehmen. Für diese Alternative lasse sich hingegen anführen, daß der Prozeßrichter für die Sicherstellung des Vermögens während der Instruktion Sorge tragen solle, und daß man, wenn die Wahn- oder Blödsinnigkeits-Erklärung wirklich erfolge, annehmen müsse, dieser Zustand der Geisteszerrüttung sei schon zu Anfange des Prozesses vorhanden gewesen. (Gesetzr. a. a. O. S. 28.)

b) Thöne hält den Zeitpunkt der Bevormundung, welcher gewöhnlich mit Beendigung des Interdiktionsprozesses zusammentreffe, für entscheidend. Dem auf Wahnsinnigkeits-Erklärung gerichteten Erk. sei nirgend in den G. eine retrotrahirende Kraft beigelegt, was denn auch seinen guten Grund habe, da die Entscheidung hier, wo es auf Feststellung einer anhaltenden und gewöhnlichen Geisteskrankheit ankomme, auf mehrere Akte des Wahnsinns in ihrer Verbindung mit einander sich stütze. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 110.)

c) Bornemann hatte in der 1. Ausg. des Syst. (Bd. 1. S. 254 Anm. **) bemerkt, daß solche Erklärungen, welche ein nachher für rasend oder wahnsinnig erklärtes Individuum während der Instruktion des Prozesses abgiebt, an sich nicht null und nichtig seien, indem der dem Provokaten bestellte Interimskurator die Stelle des bisherigen Vormundes nicht vertrete, der Provokat noch nicht unter Vormundschaft gestellt worden. Da aber die Wahnsinnigkeits-Erklärung per sent. nur erfolgen könne, wenn durch Sachverständige ermittelt worden, daß der Provokat während des Prozesses bereits wahnsinnig gewesen, so ergebe sich von selbst, daß die Präsumtion des §. 24. h. t. in diesem Falle nicht Platz greife, vielmehr durch die Verität verdrängt werde. In der 2. Ausg. (Bd. 1. S. 89 Anm. 3.) bemerkt derselbe indeß, daß es darauf ankomme, ob schon die Untersuchung der Sachverständigen jede Möglichkeit lichter Zwischenräume während des Prozesses ausschließe oder dies nicht der Fall sei.

d) Pape spricht sich dahin aus:

Die Absicht der Redaktoren sei hauptsächlich dahin gegangen, die Verwickelungen abzuschneiden, welche, wie nach gemeinem Rechte der Fall, daraus hervorgehen können, daß Zweifel darüber entstehen, ob Jemand zur Zeit der Abgabe einer Willenserklärung im Zustande der Geistesstörung sich befunden habe oder nicht. Deshalb sei verordnet worden, daß vom Richter, mit Zuziehung von Aerzten, festgestellt werden solle, welche Personen für wahn- oder für blödsinnig zu erachten (A. L. R. II. 18. §. 13.), und die A. G. O. I. 38. schreibe das betr. Prozeßverfahren vor. So lange ein solches Erkenntniß (§. 8. a. a. O.) nicht ergangen, gelte Niemand im rechtlichen Sinne für rasend, wahn- oder blödsinnig, und auf Personen, gegen die ein solches Judikat noch nicht ergangen, fänden die §§. 24. ff. h. t. daher keine Anwendung, wie denn das A. L. R. überhaupt, wenn es von den Rechten solcher Personen handle, nur die im Auge habe, welche bereits durch Erk. dafür erklärt sind (§§. 375. ff. II. 18. in Verb. mit §§. 12. u. 13. ib.), und nur diese dafür achte. Erst wenn dies geschehen, entstehe die weitere Frage, ob dieselben unter Vormundschaft zu stellen, und wenn sie dies sind, so fänden die §§. 25. u. 26. h. t. Anwendung; wogegen die im §. 24. h. t. ausgesprochene Vermuthung gelte, so lange die Bevormundung noch nicht erfolgt ist. Nicht die Veranlassung der Untersuchung, oder diese selbst und das Gutachten der Aerzte komme hier in Betracht, sondern erst durch das Urtheil werde festgestellt, ob Jemand für eine der gedachten Personen zu achten sei, und erst wenn dies geschehen, entstehe die Frage: ob eine Vormundschaft einzuleiten. Und davon, ob einer durch Erk. für wahn- oder blödsinnig erklärten Person ein Vormund bestellt sei oder nicht, hänge die Frage in Betreff der Willenserklärungen nach den allgem. G. ab. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 619 ff.)

e) Temme nimmt an, daß der Tag der Vormundschafts-Bestellung entscheide. (Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 118 Anm. 1.)

2) Ist der Beweis gestattet, daß Jemand, welcher später durch Erkenntniß für blödsinnig erklärt worden, schon vorher bei Abgabe einer Willens-Erklärung blödsinnig gewesen sei?

Bejahet von dem Ob. Trib. per sent. v. 16. Aug. 1849, weil sonst die Vorschrift des §. 27. nie würde Platz greifen können und die Absicht des Gesetzgebers vereitelt werden würde, welcher in den §§. 26. u. 27. h. t. und §. 29. Tit. 1. zwischen solchen Blödsinnigen, die bereits unter Vormundschaft gesetzt sind, und denjenigen, bei welchen dies noch nicht geschehen, unterscheidet, und diesen nur mit der rechtlichen Vermuthung des §. 27. h. t. zu Hülfe kommen will. (Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 147.)

Vergl. Koch's Landr. zum §. 27. h. t.

3) Gegen einen gerichtlichen Vertrag ist der Einwand der Ungültigkeit desselben wegen stattgehabten Blödsinns eines nicht bevormundet gewesenen und von dem Gerichtsdeputirten für dispositionsfähig erachteten Kontrahenten zuläßig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1857.

Aus der für letztwillige Verordnungen gegebenen Vorschrift des §. 23. A. L. R. I. 12. läßt sich kein Schluß auf Dispositionen noch nicht bevormundeter Blödsinnigen unter Lebenden ziehen, und die entgegengesetzte Ansicht ist mit dem Grundsatze des §. 3. h. t. unvereinbar; auch unterscheidet der §. 27. h. t. nicht zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Verträgen, sondern stellt, gleich dem §. 24., nur eine Vermuthung auf, gegen die der Gegenbeweis zuläßig sein muß. Der §. 126. A. G. O. I. 10. aber verhält sich nur von der Beweiskraft gerichtlicher Urkunden und bestimmt nichts in Betreff der Einreden über das Rechtsgeschäft selbst und dessen innere Gültigkeit.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 280 Nr. 52.)

Derselben Ansicht ist Koch (Landr. Bd. 1. zum §. 24. h. t.), desgl. Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 425).

Dagegen hält Bornemann wegen der von dem Richter zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln einen solchen Beweis nur dann für zuläßig, wenn entweder das gerichtliche Protokoll über den damaligen Zustand des Erklärenden selbst Zweifel errege oder zuvörderst ein pflichtwidriges Verfahren des Richters dargethan werden könne.

(Syst. Bd. 1. S. 254, 2. Ausg. Bd. 1. S. 89.)

§§. 28—30. 1) Ist zur Geltendmachung des hieraus zu entnehmenden Einwandes erforderlich, daß ebenso wie in den Fällen der §§. 92. u. 93. h. t. binnen acht Tagen bei Gerichte Anzeige gemacht worden?

a) Der Gesetzrevisor theilt aus den Materialien Folgendes mit:

Die §§. 28—30., 91—93. finden sich im Wesentlichen gerade so, wie sie der jetzige Text giebt, im Entw. des Gesetzb., Thl. II. Tit. 1. §§. 28—30., 83—85. In dem ungedr. Entw., welcher, wie schon öfters vorgekommen, den Titel von Willenserklärungen noch nicht hatte, waren die betr. Bestimmungen in der Lehre von Verträgen gegeben, und dort war §. 91. u. 92. bloß von heftigen Leidenschaften und Trunkenheit im Allgemeinen die Rede. Von dem Geh. R. v. Lamprecht und dem Reg. Präsid. v. Tevenar wurden diese allgem. Bestimmungen getadelt, und dadurch kam Suarez auf die Bemerkung, welche er mit folgenden Worten ausspricht:

Um Chikanen vorzubeugen, glaube ich, daß bei Anfechtung eines Vertrages und anderer Willenserklärung, die unter dem Vorwande der Trunkenheit oder anderer heftiger Leidenschaften versucht werden will, eben das gelten müsse, was de vi et metu verordnet ist, denn es scheint mir bei beiden die vollkommenste identitas rationis vorhanden zu sein.

Hierauf hat dann der umgearbeitete Entw. diejenige Fassung erhalten, die, wie oben bemerkt, im Wesentlichen in den jetzigen Text übergegangen ist.

Hiernach, bemerkt der Revisor, scheint der Verfasser des Gesetzes der Meinung gewesen zu sein, daß keine Anfechtung einer Willens-Erklärung wegen Trunkenheit oder heftiger Leidenschaft stattfinden solle, wenn nicht binnen acht Tagen die Anzeige bei Gericht gemacht worden. Dessenungeachtet glaubt der Revisor die in Rede stehenden Gesetzstellen nicht so auslegen zu dürfen, vielmehr ist er für die negative Beantwortung der oben ausgeworfenen Frage, weil schon die Fassung des Gesetzes die Verschiedenheit der Fälle andeute. Denn während in den §§. 28—30. von einem dem Wahnsinne gleichgestellten Zustande die Rede sei, werde in den §§. 91., 92. nur ein dem Blödsinne gleichkommender Zustand beschrieben. Bei Annahme des Gegentheils würde auch das G. Jemandem eine Verpflichtung auflegen, die er zu erfüllen außer Stande sei, weil sich nicht erwarten lasse, daß von der in einem dem Wahnsinne gleichstehenden Zustande abgegebenen Erklärung eine Erinnerung vorhanden sei. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 28—30. des Entw. S. 30, 31.)

b) Bornemann findet zwar ebenfalls die von dem Gesetzrevisor erwähnte Verschiedenheit zwischen den §§. 28—30. und §§. 91., 92., auch ist er der Meinung[1]), daß die Vorschrift des §. 92. auf jene Gesetzstellen analogisch nicht angewendet werden könne; er glaubt dies jedoch, abweichend von dem Revisor, aus den von ihm ebenfalls mitgetheilten Materialien folgern zu dürfen.

(Syst. Bd. 1. S. 331 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 1. S. 134 Anm. 1.)

Die oben aufgestellte Frage verneinen ferner:

c) B. C. (welchem Burchardi beitritt), welcher ebenfalls von der in den §§. 28., 29. und §§. 91., 92. vorausgesetzten Verschiedenheit der Grade der Trunkenheit und Leidenschaft ausgeht. In den dem Wahnsinn gleich geachteten Fällen der §§. 28., 29. existire gar keine Willens-Erklärung, und hieraus folge von selbst, daß der diesfällige Einwand stets, selbst nach 30 Jahren, entgegengesetzt werden könne. Ein stillschweigendes Anerkenntniß lasse sich aus der nicht geschehenen Anzeige nicht folgern, weil das, was gar nicht vorhanden, auch nicht anerkannt werden könne.

(J. Z. 1833 S. 585 u. 1022.)

d) Bielitz[2]) ebenfalls wegen der in beiden Gesetzstellen vorausgesetzten verschiedenen Grade der Trunkenheit. (J. Z. 1834 S. 994.)

---

[1]) In den Rechtsgesch. S. 110, 111 hat Bornemann noch die Ansicht vertheidiget, daß die Anzeige binnen 8 Tagen bei Verlust des Einwandes geschehen müsse.

[2]) Im Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 428 ist er der entgegengesetzten Ansicht. Hiervon geht Bielitz auch noch in dem Nachtr. zum Komm. Hft. 2.

e) Thöne, weil der Fall der Trunkenheit und Leidenschaft, welchen das G. unter den Vorschriften über die persönliche Fähigkeit zu Willens-Erklärungen berücksichtige, spezifisch verschieden von dem Falle sei, der unter den Grundsätzen vom Betruge vorkomme. Die andere Meinung könne auch um deshalb nicht richtig sein, weil der §. 30. sonst nicht den §. 91., sondern den §. 92. hätte allegiren müssen. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 186 ff., S. 115 Anm. 7.)

Dagegen setzt

a) Gräbell als unbedenklich voraus, daß sich der §. 92. auch auf die §§. 28 — 30. beziehe. (Generaltheorie S. 36 Anm. *)

b) Der Verfasser der beiden Aufsätze in der J. Z. 1834 S. 180 ff. und S. 465 ff. ist derselben Ansicht, jedoch mit der Beschränkung, daß, wenn bei dem Erklärenden der Rausch einen so hohen Grad erreicht habe, daß er hiervon im nüchternen Zustande nichts mehr wisse, die Frist zur Anmeldung des Einwandes erst vom Augenblicke der erlangten Wissenschaft an gerechnet werden müsse. — Es wird ausgeführt, daß der Gesetzgeber an beiden Stellen von demselben Grade der Trunkenheit spreche.

2) Die Vorschrift hinsichtlich der achttägigen Frist zur gerichtlichen Anzeige der beabsichtigten Anfechtung einer Willenserklärung wegen Trunkenheit gilt nur für den Fall des geringeren Grades der Trunkenheit, bei welchem der Handelnde nur die Folgen seiner Handlung nicht richtig zu beurtheilen vermag. Die Willenserklärung einer durch Trunk ihrer Vernunft ganz beraubten Person ist von Anfang an nichtig und wird diese Nichtigkeit durch Unterlassung der gedachten Anzeige nicht geheilt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 150 Nr. 39.)

§. 30. Kann der Einwand der Trunkenheit gegen einen notariellen Vertrag, welcher nach §. 40. des G. v. 11. Juli 1845 die Kraft einer gerichtlichen Urkunde hat, überhaupt gemacht werden?

Bejahet von dem Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 18. Juli 1854; denn der für das Gegentheil angeführte §. 126. A. G. O. I. 10. will nur den Gegenbeweis gegen die Urkunde in Beziehung auf die Thatsache, daß die Erklärung gerade so, wie der Inhalt lautet, und nicht anders, abgegeben ist, ausschließen.

(Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 148.)

§§. 31 — 51. Freiheit des Willens.

Villaume, über erzwungene Willenserklärungen, und solche, die in der Trunkenheit oder in heftiger Leidenschaft abgegeben worden.

(J. W. 1845 S. 134 ff.)

Können die Sachen, welche zur Erfüllung einer wegen Mangels in der Willensbestimmung ungültigen Erklärung tradirt worden sind, auch von dem dritten Besitzer zurückgefordert werden?

a) Gräbell und Bielitz lassen die dingliche Klage bei irrthümlich abgeschlossenen und demnächst annullirten Geschäften zu, statuiren dagegen bei den durch Betrug entlockten und demnächst ebenfalls annullirten Verträgen nur die persönliche Klage, weil bei jenen die Aufhebung ex tunc, hier aber ex nunc erfolge.

(Generaltheorie rc. S. 281 u. 71 und Komm. Bd. 1. S. 718.)

b) Bornemann vertheidigte dagegen die Ansicht, daß man zunächst darauf sehen müsse, ob der dritte Erwerber in mala oder bona fide gewesen, d. h. von der gegen den Tradenten begangenen unerlaubten Handlung gewußt habe oder nicht. Im ersten Falle finde die Vindikation auch gegen den dritten Besitzer statt, im zweiten sei dieselbe dagegen nur zulässig, wenn die ungültige Erklärung im Zustande völliger Willenslosigkeit abgegeben sei, wie aus §. 1. A. L. R. I. 15. hervorgehe.

(Syst. 1. Ausg. Bd. 1. S. 359, Rechtsgesch. S. 143.)

Vergl. jedoch unten sub g.

c) Gegen diese Ansicht Bornemann's ist Schröter aufgetreten. Derselbe schließt die actio in rem nur bei dem Irrthume aus, läßt sie jedoch bei dolus und metus auch gegen den redlichen Dritten zu, und zwar für beide Fälle, die Sache mag durch den Betrüger oder Zwingenden mittelbar in die Hände des dritten Besitzers gelangt oder dem letzteren unmittelbar von dem Betrogenen oder Gezwungenen überlassen worden sein. Für jenen Fall wird auf §. 35. Tit. 3. Thl. I. A. L. R., für diesen auf §§. 42., 89. h. t. und §. 209. Tit. 16. a. a. O. Bezug genommen. Wären die Ansprüche aus dem Betruge, wird ferner ausgeführt, rein persönliche, so müßte das Geschäft bei Kräften bleiben und der Betrogene nur eine Entschädigungsklage gegen den Betrüger haben. Endlich soll die aufgestellte Ansicht, mindestens hinsichtlich des dolus, in den speziellen Vorschriften des §. 184. Tit. 7. l. c. und der §§. 55., 56. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. ihre Bestätigung finden.

(Civ. Verf. Hft. 1. S. 213 — 217, J. Z. 1832 S. 522, Syst. Bd. 1. Hft. 1. S. 128.)

d) Der Verfasser des Aufsatzes in dem Centralbl. 1839 S. 991 ff. verwirft die von Schröter angeführten Gesetzstellen als unpassend, und behauptet, daß sich die Klage wegen metus und dolus nur als persönliche bezeichne. Denn die erzwungene oder betrüglich entlockte Willenserklärung sei an sich bindend, und zwar so lange, bis die Rescission auf den Antrag des Verletzten durch den Richter erfolgt sei. Die Anfechtung aber lasse sich immer nur gegen den richten, mit welchem der fehlerhafte Handel geschlossen worden, niemals gegen den, welcher ohne Antheil an dem Fehler die Sache erst von dem Verletzenden erworben habe.

e) Thöne betrachtet die Sache aus dem Gesichtspunkte der actio Publiciana, und kommt hiernach zu dem Resultat, daß der Gezwungene, Irrende oder Betrogene nur dann gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe klagen kann, wenn mala fides desselben nachgewiesen wird. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 198 ff., 431.)

f) Koch nimmt Folgendes an:

a) Das A. L. R. erklärt jede durch Zwang oder Drohung abgenöthigte Willenserklärung schlechthin für unkräftig, d. h. ipso jure ungültig, folglich ist die Klage auf Herausgabe der tradirten Sachen gegen jeden Dritten zulässig.

b) Durch Betrug veranlaßte Willenserklärungen sind dagegen nach dem A. L. R. nicht ipso jure ungültig, sondern nur für den Betrogenen unverbindlich, so daß derselbe nach seiner Wahl davon wieder abgehen oder dabei stehen bleiben kann, ohne daß es in diesem Falle einer neuen Vereinbarung bedarf. Der Uebergang des Eigenthums wird aber nur bei ipso jure ungültigen Geschäften verhindert, mithin geht hier das Eigenthum auf den Betrüger über, und die Vindikation gegen den Dritten findet ebendeswegen nicht statt; ausgenommen, wenn derselbe die Sache erst nach dem von dem Betrogenen erklärten Rücktritt erworben hat, indem nach dieser Erklärung das Recht des Betrügers aufhört. Die mala fides des Dritten kann in keinem Falle in Betracht kommen, da der redliche oder unredliche Erwerb überhaupt erst bei einer an sich stattfindenden Vindikation erheblich, bei der Frage, ob die Vindikation zulässig sei, dagegen gleichgültig ist. Auch ein wesentlicher Irrthum macht das Geschäft nicht ipso jure null, sondern nur unverbindlich, was schon daraus folgt, daß das Geschäft durch späteres Anerkenntniß ex tunc gültig wird (I. 5. §§. 186—191.). Aus einem an sich gültigen Geschäft geht das Eigenthum auf den Tradenten über, mithin findet gegen den Dritten die Vindikation nicht statt, vielmehr ist nur eine persönliche Klage auf Rescission des Vertrages zulässig. Auf die Wissenschaft des Dritten kommt es hierbei wiederum nicht an.

(Recht der Ford., Bd. 2. S. 91, 111, 118, 132, vergl. Lehrb. des Pr. Priv. R., Bd. 1. S. 216, Landr. Bd. 1. Anm. 51. zum §. 42. h. t.)

g) Mit Bezug auf diese Ansichten Koch's hat Bornemann sich dahin ausgesprochen:

Koch hat den Röm. Unterschied zwischen ipso jure und per exceptionem ungültigen Geschäften mit Unrecht auf das Landr. übertragen. Dasselbe kennt diesen Unterschied nicht, und gebraucht ebendeswegen die Ausdrücke »ungültig, unkräftig und unverbindlich« promiscue. (Vergl. §§. 31., 33., 40., 42., 43., 45., 47., 75., 78., 83., 84., 85., 87. h. t., §§. 209., 417—419., Landr. I. 16.) Außerdem folgt aus den §§. 186—191. 5. ff. I. des A. L. R., daß auch erzwungene Willenserklärungen durch ein späteres ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß von Anfang an gültig werden können, mithin müßte Koch das, was er aus diesen Paragraphen für irrthümlich abgegebene Willenserklärungen folgert, konsequenter Weise auch für erzwungene Willenserklärungen behaupten, da dieselben nach den obgedachten Paragraphen eben so wenig als ipso jure ungültig anzusehen sind. In der Sache selbst hat aber Koch, wie ich jetzt glaube, bei erzwungenen Willenserklärungen das Richtige getroffen.

Dies wird aus den Materialien und insbesondere aus der Schlußrevision von Suarez, so wie aus der landrechtl. Theorie des Besitzes und der Tradition ausführlich zu zeigen gesucht. (System [2. Ausg.] Bd. 1. S. 157.)

S. 128 aus, wo er mit Bezugnahme auf §§. 512., 516., 517. auszuführen versucht, daß dem betrunken Gewesenen die achttägige Frist erst von da ablaufe, wo er erfährt, daß er die Erklärung abgegeben.

§§. 31—44. Die §§. 31—44. unterscheiden nicht zwischen einem Zwange, welcher von einem Privaten, und demjenigen, welcher von einem innerhalb seines Amtes sich bewegenden Beamten, ausgeübt wird.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Sept. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 169 Nr. 34.)

§§. 34—37. Der Gesetzrevisor bemerkt, daß sich bei einer wechselweisen Vergleichung der §§. 34—37. erinnern lasse, daß die Gefährlichkeit einer Drohung nach §. 34. davon abhangen solle, ob die Ausführung nach der Meinung des Bedroheten in der Gewalt des Drohenden stehe, während dies nach §§. 36., 37., unter Berücksichtigung der Körper- und Seelenkräfte des Bedroheten, nach den Umständen vernünftig beurtheilt werden solle. Nun beziehe sich zwar der §. 34. zunächst nur auf den vorhergehenden §. 33., und der §. 37. auf den §. 36., mithin auf solche Drohungen, welche nicht unmittelbar Leben, Freiheit, Gesundheit oder Ehre betreffen; allein dadurch sei kein Gegensatz gegeben, wodurch es gerechtfertigt werden könnte, im einen Falle von der Meinung des Bedroheten, im anderen von Erwägung aller Umstände die Entscheidung abhängig zu machen. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 31—43. des Entw. S. 32.)

§§. 35. 38. u. **39.** 1) Da der §. 35. die Worte »in der Regel« enthält, so ist streitig geworden, wann eine Ausnahme von der Regel eintrete?

a) Siewert bemerkt, daß nicht alle Zweifel behoben würden, wenn man den §. 35. auf Criminaluntersuchungen, die §§. 38., 39. aber auf Civilprozesse beziehen wollte, weil es viele Fälle gebe, wo der Civilanspruch mit der Untersuchung zusammenfällt. Wahrscheinlich müsse man bei der im §. 35. ausgesprochenen Ungültigkeit an die Fälle §. 8. h. t. und §. 68. Tit. 5. Th. I. A. L. R. denken, indem die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen denunziren zu wollen, immer den stillschweigenden Gegensatz des Schweigens über das Verbrechen oder des Erlasses der Strafe involvire, und der dadurch gewissermaßen herbeigeführte oder beabsichtigte Vertrag nach den alleg. Gesetzesstellen gemißbilligt sei. Allein dem scheine wieder §. 399. A. L. R. I. 16. entgegenzustehen.

(Material Bd. 4. S. 179 ff.)

b) Grävell betrachtet den §. 35. als die Regel, die §§. 38., 39. aber als die Ausnahmen, welche insbesondere bei den nicht von Amtswegen zu rügenden Verbrechen Anwendung finden müßten, da derjenige, welcher mit deren Angaben drohe, nichts weiter thue, als daß er sich seines Rechtes gesetzmäßig bediene.

(Generaltheorie S. 14—16 in den Noten.)

c) Bielitz meint, daß die Worte »in der Regel« nichts weiter andeuten sollen, als daß eine auf die Drohung erfolgte Willenserklärung in dem Falle nicht vereitelt werde, wenn aus den Umständen erhelle: sie sei durch die Drohung nicht abgenöthigt worden, und es finde zwischen der Drohung und der Willenserklärung kein Kausal-Nexus statt. (Komm. Bd. 1. S. 434.)

d) Der Gesetzrevisor hält die von Grävell gegebene Erklärung ebenfalls für die befriedigendere, bemerkt übrigens, daß außer dem Falle einer angedrohten Denunziation die Drohung, ein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, niemals als Zwang angesehen werden könne, weil der in Folge einer solchen Drohung abgeschlossene Vertrag, als Vergleich, jede weitere Untersuchung über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs von selbst ausschließe.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 33—34.)

e) Bornemann bemerkt in der 1. Ausg. des Syst. (Bd. 1. S. 337, Anm.* und in den Rechtsgesch. [1. Ausg.] S. 109), daß die Materialien nichts über den eigentlichen Sinn des §. 35. ergäben, und hält zuvörderst, mit Bielitz, diesen §. nicht für anwendbar, wenn zwischen Drohung und Willenserklärung kein Kausal-Nexus stattfindet. Demnächst will er den alleg. §. auch in dem Falle ausgeschlossen wissen, wenn sich die exceptio metus den Umständen nach als ein leerer Vorwand erweise.

In der 2. Ausg. (Bd. 1. S. 138) bemerkt er dagegen Folgendes:

In dem Entw. II. 1. §. 38. fehlten die Worte »in der Regel«. Mehrere Monenten waren der Meinung, daß hinzugefügt werden müsse, wenn der Bedrohte durch den Drohenden des Verbrechens überführt werden könne. Goßler bemerkte hierzu, mit Bezug auf I. J. D. quod metus causa, daß nach Röm. Begriffen Bedrohungen der Ehre keinen justum metum erregen konnten. Allein Suarez äußerte hierauf:

Dies ist ein Rest der stoischen Philosophie bei den Römern. Jemandem ein Uebel androhen, zu dessen Zufügung man nicht berechtigt ist, ist immer eine unerlaubte Handlung. Man braucht also nicht so genau auf die Art und Stärke der Drohung zu sehen, um eine darauf erfolgte Willenserklärung für unverbindlich zu erklären. Wenn Jemand einem Kandidaten, der so eben durch die Wahl zu einer Pfarre kommen soll, droht, ihn wegen Schwängerung einer Dirne zu denunziren, so ist wohl eine dergleichen Drohung hinreichend, ein zur Abwendung derselben geschehenes Versprechen zu entkräften. Inzwischen würde ich den §. 38. (d. E.) so stellen, daß er vor den §§. 36., 37. (§§. 36., 37. h. t. des Landr.) zu stehen käme, weil eine solche Drohung füglich nicht immer und unter allen Umständen die Willenserklärung vitiiren kann.

Hiernach kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß, wie bei andern Drohungen (§§. 36., 37.), der Richter nach den obwaltenden Verhältnissen zu beurtheilen hat, ob dadurch die Willenserklärung wirklich erzwungen worden, bei etwanigem Zweifel jedoch zu Gunsten des Betrogenen zu entscheiden ist.

f) Thöne hält den §. 35. bloß für einen besonderen Fall der Anwendung von der unmittelbar vorhergehenden Gesetzesvorschrift. Die Worte »in der Regel« sagten nichts Anderes als: »wenn die offenbare Natur der Umstände nicht schon die Annahme einer erzwungenen Willenserklärung ausschließt.« — Zwischen §. 35. und §§. 38., 39. walte weder ein Widerspruch, noch ein Verhältniß, wie zwischen Ausnahme und Regel ob, vielmehr wären sie spezifisch verschieden. (Fund. Lehren Bd. 2. S. 145—147.)

g) Koch bemerkt: eine Ausnahme von der Regel des §. 35. machten diejenigen Erklärungen, welche nicht allein durch die Drohung verursacht worden, wenn sie der Zeit nach auch auf dieselbe folgten. Diese Ausnahme müsse derjenige, welcher sie behaupte, beweisen, der Beweis könne aber schon in den Umständen liegen.

(Recht d. Ford., Bd. 2. S. 95.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. S. 174 Anm. 45 zum. §. 35.

h) Temme ist der Ansicht, daß die Worte des §. 35. »in der Regel« sich nur auf die verschiedene Natur der Verbrechen beziehen können. In der Regel träfen diese die Ehre des Verbrechers unmittelbar; oft sei dies aber auch nicht der Fall, z. B. bei Injurien. Bei Verbrechen (Vergehen) der letzteren Art sollen nun nach dem Sinne des §. 35. nicht der §. 34., sondern der §. 36. zur Anwendung kommen. (Lehrb. des Pr. Civ. R. Bd. 1. S. 120.)

2) Die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen angeben, zur Bestrafung anzeigen zu wollen, vereitelt die darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten, auch wenn diese Erklärung sich auf den Civilanspruch des Drohenden aus dem angeblichen Verbrechen bezieht. Sie ist keine solche Drohung, die nur eine Aeußerung, sich seines Rechtes gesetzmäßig zu bedienen und sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, enthält.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2086.)

Nach §§. 30—33. sollen Willensäußerungen, die durch physischen oder moralischen Zwang abgenöthigt worden, unkräftig sein. Bloße Drohungen müssen gefährlich, d. h. nach §. 34. solche sein, deren Ausführung entweder an sich oder auch nur nach der Meinung des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden steht. In dieser Beziehung setzt nun §. 35. fest, daß die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen gerichtlich angeben zu wollen — sei es mit oder ohne Grund — in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten vereitelt. Die bloße Drohung mit einer solchen Denunziation soll also genügen, die darauf erfolgte Willenserklärung als eine dadurch veranlaßte und erzwungene zu erachten. Wenn nun in den §§. 38. und 39. festgesetzt wird, daß die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäßig zu bedienen, dasselbe gerichtlich verfolgen zu wollen, nicht als Zwang angesehen werden solle, so kann diese Vorschrift als eine Ausnahme von der Regel des §. 35. nicht betrachtet werden, da sie vielmehr eine allgemeine, die verschiedenartigsten Rechte betreffende ist. Nur in dem Fall des aus dem angeblichen Verbrechen des Bedrohten entspringenden Rechts des Drohenden ergiebt sich der angebliche Widerspruch, der sich aber dadurch auflöst, daß die Androhung einer Denunziation die Willenserklärung ungültig macht, während die Erklärung, den Anspruch selbst civilrechtlich geltend zu machen, keine solche Folge hat. Der Einfluß und Unterschied liegt auch klar vor. Erfolgt auf die Androhung der Denunziation eine Abfindung des Drohenden, so wird die Strafe des Verbrechens mit abgekauft, wozu den Unschul-

digen die Furcht vor Schande ꝛc. und den Schuldigen dasselbe Motiv und die Befreiung von der Strafe hindrängt, und den Beweggrund zur Bewilligung von ganz ungerechten Vortheilen abgiebt. Die Drohung, gesetzmäßige Ansprüche im Wege Rechtens zu verfolgen, wobei die zu erwartende Strafe des Schuldners gar nicht angeregt wird, läßt das Motiv, die Strafe zu vermeiden, aus dem Bereich derselben; und wenn der Schuldner dennoch darauf Rücksicht nehmen sollte, so ist dies ein Motiv, welches ohne Veranlassung von Seiten des angeblich Berechtigten in jenem entsteht und für ihn maßgebend wird. Ein Zwang findet dabei nicht statt, eine Verheimlichung des angeblichen Verbrechens wird dabei weder zugesagt, noch andererseits zur Bedingung gemacht.

(Präj. Samml. S. 6, Entsch. Bd. 17. S. 97.)

§§. 42. sqq. Ueber den Einwand des Zwanges gegen die nach den März-Ereignissen des Jahres 1848 von den Rittergutsbesitzern mehrfach ausgestellten Urkunden über den unentgeltlichen Erlaß von Reallasten, vergl. die Präj. des Revisions-Kollegiums für L. K. S. in dessen Zeitschr. Bd. 5. S. 424-436.

Das Erk. des genannten Gerichtshofes v. 10. Sept. 1852 führt insbesondere aus:

Zu dem Einwande, daß die einer Mehrheit gegenüber ausgesprochene Willenserklärung erzwungen sei, sei nicht erforderlich, daß der Zwang von jedem Einzelnen unmittelbar ausgeübt worden, sondern es genüge der Nachweis, daß gegründete Ursache zu der Befürchtung für den Erklärenden vorhanden war, es werde der Einzelne den Zwang, so wie die Mehrheit, ausüben, wenn die Willenserklärung ihm gegenüber auch nicht ausgesprochen werde. (a. a. O. S. 432 ff.)

§§. 43. u. 44. Die §§. 43. u. 44. sind nicht auf den Fall anwendbar, wenn der Promissar selbst zu seinem eigenen Vortheile den Promittenten zu einer demselben nachtheiligen Willenserklärung gezwungen haben soll.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Mai 1856. (Entsch. Bd. 33. S. 8. ff.)

§. 45. Von welchem Zeitpunkte beginnt die im §. 45. verordnete Frist?

a) Villaume nimmt an, daß solche von Aufhebung des Zwanges an zu rechnen, wie ex analogia des §. 41. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. zu schließen. (J. W. 1845 S. 136 Anm. 1.)

b) Bornemann ist der Ansicht, daß der Tag, an welchem der Bedrohete einen Richter habe antreten können, der terminus a quo sei, daß dieser also z. B. nicht beginne, so lange der Bedrohete zur See oder bedeutend krank sei.

(System Bd. 1. S. 338 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 1. S. 139 Anm. 2.)

§§. 45. 49. u. 50. Der Einwand, durch die Drohung der Anzeige eines Verbrechens zur Abgabe einer Erklärung bestimmt worden zu sein, gilt als Einrede des Zwanges und muß daher bei Verlust des Rechtes, den Eid zuschieben zu können, oder zum Erfüllungseide erstattet zu werden, innerhalb 8 Tagen gerichtlich angemeldet werden.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Nov. 1852 auf Grund der §§. 35., 45. u. 49.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 141 Nr. 27.)

§§. 45—47. Villaume führt aus, daß in den §§. 45—47. zwar eine wirkliche Protestation, aber keine solche im engsten Sinne (nämlich eine zur Kenntniß des Gegentheils gebrachte Verwahrung gegen einen Rechtseingriff), liege, sondern, daß die hier in Rede stehende Protestation zum Theil auch einen Vorbehalt in sich schließe, welcher nicht zur sofortigen Kenntniß des Gegentheils zu gelangen brauche, sondern welcher den Erklärenden in allen Fällen schütze, wo nur späterhin nachgewiesen werden könne, daß er der betreffenden Handlung oder Erklärung hinzugefügt worden sei, zu welchem Zwecke die Frist des §. 45. h. t. nachgelassen worden.

(J. W. 1845 S. 135 ff.)

§. 47. Die Kumulation der beiden Anträge auf Annullirung der durch Zwang erpreßten Willenserklärung und auf Herausgabe der Sache ist zulässig.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Sept. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 169 Nr. 34.)

§§. 47—50. In Bezug auf die Nachtheile, welche mit der unterbliebenen Anzeige verknüpft sein sollen, äußert sich der Gesetzrevisor dahin:

Schon im Jahre 1799 kam die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmungen zur Sprache. Es wurde in Folge einer K. O. v. 3. Jan. 1799, wonach die überflüssigen Förmlichkeiten aus dem G. verbannt werden sollten, eine umfassende V. vorbereitet, nach deren §. 28. unter anderen auch die Bestimmung, daß eine erzwungene oder in der Trunkenheit abgegebene Willenserklärung binnen 8 Tagen gerichtlich angezeigt werden müsse, aufgehoben werden sollte. Die Gesetz-Komm. erklärte sich indeß schon damals für die Zweckmäßigkeit der bestehenden Vorschriften, und gegen deren Aufhebung: jene umfassende V. selbst aber ist nicht zur Ausführung gekommen. — Unsere Ansicht stimmt mit dem Gutachten, welches die Gesetz-Komm. im J. 1799 erstattet hat, so viel die erzwungenen Willenserklärungen betrifft, vollkommen überein ꝛc.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 44—49. des Entw. S. 34—35.)

§§. 49. 50. Der Gesetzrevisor bemerkt, daß in dem Schlußsatze des §. 49. das Wort »vollständig« zu dem folgenden §. nicht passe. Wenn nämlich im §. 50. zur Ergänzung eines nicht vollständig geführten Beweises der Erfüllungseid ausgeschlossen werde, so müsse man nothwendig schließen, daß der Reinigungseid nicht ausgeschlossen sein solle; überhaupt verhalte sich über die Vollständigkeit des Beweises nicht der §. 49., sondern der §. 50.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 35.)

§. 51. Ist in dem Falle, wenn der Erbe noch während der Ueberlegungsfrist Kenntniß von der Willenserklärung erlangt, gleichwohl die dreimonatliche Frist des §. 51. erst von dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist an zu rechnen?

Gruchot verneint, weil es sich hier nicht um die Geltendmachung eines Rechtes, sondern nur um eine vorläufige Anzeige handelt, und nach §. 388. A. L. R. I. 9. der Erbe auch während der Ueberlegungsfrist solche Handlungen, die keinen Aufschub leiden, zum Besten des Nachlasses vornehmen kann. (Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 151.)

§§. 52—56. Ernster Wille.

Dr. E. Windmüller, über die Anfechtung simulirter und sonstiger Veräußerungen zahlungsfähiger Schuldner und über den Beweis der Simulation. Ein civilist. Versuch für Preuß. und gemeines Recht. Berlin 1854. (Kap. 4. S. 48 ff. handelt von dem Begriff und Beweise der Simulation.)

1) Der Gesetzrevisor bemerkt, daß in dem allgemeinen Theile die erforderlichen Vorschriften über die Theorie der Scheinverträge fehlen, weshalb solche aus den Bestimmungen des A. L. R. I. 11. §§. 70—74. u. I. 14. §. 210. nebst Anh. §. 47. abstrahirt werden müssen. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 50—53. des Entw. S. 36.)

2) In dem, in dem Centralblatt 1839 S. 391 ff. mitgetheilten Rechtsfalle werden die §§. 70., 71. Tit. 11. dahin generalisirt, daß jedes simulirte Geschäft, namentlich auch das simulirte Wechselgeschäft, ungültig sei, und bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse der Parteien nur das Geschäft in Betracht gezogen werden könne, welches unter dem simulirten Geschäfte verborgen gewesen.

3) Eine Simulation ist nicht nur dann vorhanden, wenn ein Geschäft bloß scheinbar geschlossen, in der Wirklichkeit aber der Abschluß irgend eines Geschäfts gar nicht beabsichtigt wird, sondern auch dann, wenn hinter dem scheinbar geschlossenen Geschäfte ein anderes wirklich beabsichtigtes verborgen wird. In beiden Fällen gilt die Regel des §. 52. h. t. Deshalb gehört zur Begründung des Einwandes der Simulation eines Kaufvertrages nicht nothwendig die Behauptung, daß zwischen den Parteien ausdrücklich verabredet worden sei, es solle auf den Käufer kein Eigenthum übergehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Mai 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 207 Nr. 43.)

4) Vergl. die Rechtsfälle zur Lehre von simulirten Geschäften in der Themis (Beiblatt) 1838 S. 270, Rechtsf. Bd. I. S. 95, 232, Bd. 2. S. 11, Bd. 3. S. 94, desgl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 70—74.

§. 55. Ist die Eideszuschiebung oder die Auferlegung eines nothwendigen Eides zum Beweise der Simulation zulässig?

1) Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 14. Jan. 1855 den Beweis durch Eideszuschiebung über die Thatsache, daß ein Schuldschein nur zum Schein ausgestellt worden, für statthaft erachtet. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 625.)

2) In dem Erk. vom 7. Nov. 1851 erklärt derselbe Senat die Ergänzung des Beweises der Simulation durch einen nothwendigen, und insbesondere durch einen Erfüllungseid für zulässig, denn der §. 55.

verlange nur, daß die Simulation aus den Umständen klar erhellen müsse; in Beziehung auf den Beweis selbst seien die allgem. Regeln der A. G. O. I. 13. §§. 24. sqq. dadurch nicht abgeändert.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 19, Nr. 5.)

3) Koch bemerkt über diese Frage:

Es muß die Thatsache, auf die es ankommt, erhellen, d. h. für den Andern äußerlich erkennbar sein; auf die innere Thatsache, daß der Handelnde oder Erklärende sich heimlich etwas Anderes gedacht, also wirklich nicht den Willen, welchen die Erklärung ausdrückt, gehabt habe (Mentalreservation), kommt nichts an. Deshalb ist weder nothwendiger Eid, noch Eidesdelation über diese innere Thatsache zulässig; wohl aber über die Umstände, wenn darüber vor dem Richter gestritten wird.

(Landr. Bd. 1. Anm. 65. ad h. t.)

4) Gruchot ist der Ansicht, daß der Beweis nicht auf einen Rechtsbegriff, sondern auf bestimmte, und zwar äußerlich erkennbare Thatsachen zu richten sei, aus welchen sich das Vorhandensein eines Scheingeschäftes mit Nothwendigkeit ergebe, und daß der Beweis dieser Thatumstände auch durch einen Erfüllungseid geführt werden könne.

(Beiträge Bd. 1. S. 151.)

§. 56. Ist der Einwand des Scherzes (und der Simulation) auch gegen gerichtliche und gerichtlich verlautbarte Urkunden statthaft?

Es verneinen:

a) Grävell (General-Theorie S. 19 Anm.* u. S. 422), wegen §. 126. Tit. 10. Thl. I. A. G. O.

b) Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 441.), weil der Richter den Parteien die Folgen des Geschäftes vorhalten müsse, wodurch die Möglichkeit eines Scherzes ausgeschlossen werde.

Dagegen bejahen:

a) Bornemann, indem er den von Bielitz gegebenen Grund als unpassend verwirft, da der eine Kontrahent gerade die gerichtliche Form gewählt haben könnte, um den andern desto gewisser zu verleiten.

(Rechtsgesch. S. 118.)

b) Koch, welcher ausführt:

Der §. 126. A. G. O. I. 10. gestattet den Beweis gegen den Inhalt gerichtlich aufgenommener Dokumente nicht anders, als wenn die Richtigkeit des Dokuments selbst, oder ein bei Aufnehmung desselben vorgefallener Irrthum behauptet wird. Bei der Simulation aber wird der Inhalt des Dokuments gar nicht angefochten, sondern nur der Mangel der Ernstlichkeit der richtig verschriebenen Erklärung behauptet. Der Beweis kann indeß unter Umständen erschwert sein. Denn außerdem, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen der, welcher die Simulation behauptet, solche beweisen muß, steht ihm auch noch die rechtliche Vermuthung, daß die Aeußerung nicht bloß zum Schein, oder nur aus Scherz geschehen sei, in den Fällen der §§. 53. u. 54. h. t. entgegen. Daher sind zwei glaubwürdige Zeugen allein nicht genügend, die Simulation vollständig zu beweisen, vielmehr wird noch auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden müssen. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 136.)

c) Temme, welcher bemerkt, daß der §. 126. A. G. O. I. 10. nicht entgegen stehe. (Lehrb. des Civ. R. Bd. 1. S. 130.)

§§. 58—64. Stillschweigende und vermuthete Willensäußerungen.

1) Ueber den Unterschied zwischen stillschweigenden und vermutheten Willenserklärungen vergl. Siewert's Materialien G. 1. S. 189 bis 195 und die Abhandl. in den Jahrb. Bd. 27. S. 56 ff.

2) Der Gesetzrevisor findet den Unterschied zwischen stillschweigenden und vermutheten Willenserklärungen darin, daß jene einen wirklichen gefaßten Entschluß, welcher aus bestimmten Handlungen geschlossen werden solle, voraussetzen, während es bei diesen dahin gestellt bleibe, ob ein solcher Entschluß vorangegangen sei oder nicht. Dieser Unterschied liege in der Natur der Sache, und sei aus den vorliegenden Bestimmungen (§§. 57—64.) genugsam zu entnehmen.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 54—61. des Entw. S. 36.)

3) Schweikart bemerkt, daß der Unterschied zwischen stillschweigender und vermutheter Willenserklärung auf dem größeren oder geringeren Grade der Zuverlässigkeit beruhe, mit welcher von den Thatsachen auf dieselbe geschlossen werde; jedoch werde bei der stillschweigenden vorausgesetzt, daß die Bündigkeit des Schlusses aus den Umständen selbst entgegentrete, und nicht durch ein Gesetz in dieselben gelegt sei, indem sie in dem letzteren Falle nicht zu den stillschweigenden, sondern zu den vermutheten Willenserklärungen zu rechnen sein würde. Deshalb könne aber auch der §. 60. auf die gesetzlich präsumirte Willenserklärung nicht bezogen werden. Selbst die schriftliche Abfassung oder gerichtliche Erklärung, wenn es nicht auch auf eine Belehrung des Erklärenden ankomme, werde durch die gesetzliche Präsumtion ersetzt und vertreten.

(Simon Z. Bd. 1. S. 422 ff.)

§§. 58—60. Ueber die bloß stillschweigende Einwilligung des Gläubigers in die Schuldübernahme bei einer Expromission, vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Sept. 1854 Nr. 2581. in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 399—406.

§§. 59. u. 60. 1) Wenn der Singularsukcessor eines Gutsbesitzers die Gutsdienstleute beibehält, so enthält dies (nach §§. 59. u. 60. h. t.) eine stillschweigende Willenserklärung, welche ihn verpflichtet, dieselben nach dem Inhalte des von seinem Vorbesitzer geschlossenen schriftlichen Kontrakts zu lohnen.

So erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. April 1845.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 569.)

2) Ueber Verpflichtung des Singularsukcessors eines Gutsbesitzers zur Zahlung des Lohnes der Wirthschaftsbeamten auf Grund der mündlichen Erklärung desselben, die vom Vorbesitzer angestellten Beamten beibehalten zu wollen, vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Jan. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 241 Nr. 53.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 165.

3) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 128., 136.

§. 61. Ist der Empfänger eines unbestellten Lotterieloofes zu dessen Bezahlung verpflichtet, wenn er dasselbe bei sich hat liegen lassen?

1) Es verneinen:

a) Bornemann (System 1. Ausg. Bd. 3. S. 196, Rechtsgesch. S. 146, 147 u. 265), welcher indeß in der 2. Ausg. des Systems Bd. 3. S. 110 Anm. 1. bemerkt, daß diese Kontroverse sich erledige, seitdem durch die K. O. v. 31. Juli 1841 der §. 581. A. L. R. I. 11. wieder hergestellt worden.

b) Temme, weil durch bloßes Liegenlassen des zugesendeten Looses der Vertrag von Seiten des Spielers nicht für geschlossen zu erachten sei; es könnten auch hier nur die allgemeinen Grundsätze über Annahme beim Vertrage maßgebend sein.

(Lehrb. des Civ. R. Bd. 1. S. 522 Anm. 3.)

c) Koch, denn es könne Niemand durch seine Willkühr einen Andern zu einer Handlung zwingen, was geschehen würde, wenn die Lotterie-Kollekteurs durch Zusendung ihrer Loose Andere nöthigen könnten, ihnen solche wieder zurückzusenden und dadurch in Mühe, Kosten und in Gefahr des Verlustes oder der Ableugnung des Zurückempfanges zu setzen. Der Empfänger des Looses trete nur in das Verhältniß des Verwahrers. (Recht d. Ford. Bd. 3. S. 652.)

d) Rintelen, welcher bemerkt:

Der Empfänger nimmt nur einen Brief (mit dem Loose) in Empfang, wird also nicht durch die Annahme des ungeforderten Looses dessen Käufer. Darin, daß er das für ihn zufällig in seine Gewahrsam gerathene Loos behält, liegt keine eigene und daher keine verpflichtende Handlung. Zum Zurückschicken des Looses ist er nicht verbunden. (Jahrb. Bd. 30. S. 124 ff.)

2) In der Abhandl. in der J. Z. 1834 S. 1095 wird dagegen unterschieden:

α) die bloße Aufforderung, sich über die beabsichtigte Zusendung eines Looses zu erklären, widrigenfalls das Stillschweigen als ein Verlangen darnach angenommen werden würde und

β) die wirkliche Uebersendung des Looses selbst mit der bemerkten Bedingung.

Im ersten Falle sei der §. 61. h. t., im zweiten Falle aber die Vorschrift von der Geschäftsführung ohne Auftrag maßgebend, wonach der Empfänger den, durch das indirekte untersagte Zurückbehalten des Looses, absichtlich herbeigeführten Schaden zu ersetzen, mithin den Einsatz zu bezahlen verpflichtet sei.

3) Das Ob. Trib. hat sich in dem Erk. v. 23. Juli 1838, mit Rücksicht auf die §§. 58. u. 59. h. t., in einem Falle, in welchem dem Empfänger schon in früheren Ziehungen Loose übersendet worden waren, die dieser jedesmal behalten und durchgespielt hatte, für die Bejahung ausgesprochen. Diese frühere Handlungsweise, heißt es, mußte dem Uebersender die Ueberzeugung gewähren, daß es der Em-

pfänger mit der neuen Sendung eben so gehalten wissen wolle als mit den früheren Loosen. (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 495 ff.)

§§. 65—74. Auslegung der Willenserklärungen.

1) Ueber die Frage: was unter der Bezeichnung einer vertragsmäßigen Mühlenabgabe als: »untadelhaftes Mehl« zu verstehen? vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 7. Jan. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1 S. 164 Nr 33.)

2) In einem Falle, wo Jemand einen Vertrag dritter Personen mit seinem Namen unter dem Zusatze: »als Zeuge« mit unterschrieben hatte, hat der IV. Sen. des Ob. Trib. (in dem Erk. v. 8. Juni 1852) angenommen, daß hieraus eine Bürgschaftsübernahme Seitens des Mitvollziehenden nicht zu folgern sei. Dies wird als Rechtssatz dahin präzisirt:

Die zu einem bestimmten und ausgedrückten Zwecke geschehene Vollziehung einer Urkunde kann nicht auf andere in derselben enthaltene Momente bezogen werden, wenngleich die der Unterschrift beigefügte Einschränkung mit dem Inhalte der Urkunde selbst im Widerspruche steht.

Die Begründung stützt sich auf die Ausführung, daß Auslegungsregeln (§§. 71., 74., 65 h. t., §§. 252. ff. A. L. R. I. 5.) die entgegengesetzte Annahme nicht rechtfertigen könnten.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 301 Nr. 54.)

3) Der IV. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 24. Jan. 1856 an, daß, wenn einem Förster von der Holzeinnahme eine Tantieme zugesichert worden ist, ihm dieselbe nicht von denjenigen Geldern gebührt, welche zwar aus den während seiner Dienstführung geschlossenen Verträgen herrühren, jedoch erst nach seiner Dienstentlassung fällig geworden, resp. eingegangen sind.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 306 Nr. 75.)

In dem Erk. v. 8. Jan. 1852 führt derselbe Sen. aus, daß die einem Wirthschaftsbeamten in dem Dienstvertrage zugesicherten Emolumente, insbesondere die Tantieme von Holzverkaufsgeldern, demselben auch dann zu gewähren sind, wenn die von ihm nach der Dienst-Instruktion deshalb zu leistenden Dienste nicht nöthig geworden sind.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 241 Nr. 53.)

§. 68. Muß bei gerichtlichen Verhandlungen die Interpretation nach dem Sprachgebrauche des Erklärenden oder des Richters erfolgen?

a) Gräwell und Thöne nehmen, nach der Analogie des §. 68. h. t., die letztere Alternative an.
(Generaltheorie S. 26 u. Fund. Lehren Bd. 2. S. 256.)

b) Bielitz behauptet, daß auf den Sprachgebrauch des Erklärenden gesehen werden müsse, weil der Richter die eigentliche Willensmeinung des Erklärenden wiederzugeben verpflichtet sei.
(Komm. Bd. 1. S. 467.)

c) Bornemann hält keines von beiden für richtig, ist vielmehr der Ansicht, daß die Interpretation nur nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen stattfinden könne, weil der Richter sich einer allgemein verständlichen Sprache bedienen solle.
(Rechtsgesch. S. 151, System Bd. 1. S. 390, 391. 2. Ausg. Bd. 1. S. 177.)

d) Koch bemerkt gegen die Ansicht Bornemanns, daß, wenn der Richter sich einer allgemein verständlichen Sprache nicht bedient habe, hieraus nicht folge, daß die Paciszenten sich etwas Anderes aufbringen lassen müßten, als was sie gewollt haben.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 199 Anm. 8.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. zum §. 68. h. t.

§. 70. Wenn bei dem Abschlusse eines Kaufvertrages über ein Gut »mit allen Pertinenzien« die Absicht der Kontrahenten auch auf den Mitverkauf eines bis dahin selbstständigen, einem besonderen Hypothekenfolium gewidmeten Grundstückes gerichtet gewesen ist, so ist auch dies Grundstück für rechtsgültig mitverkauft zu erachten.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Dec. 1856 auf Grund des §. 70. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 159 Nr. 39.)

§§. 75—83. Irrthum.

Abhandl. in Siewert's Material. Hft. 8. S. 58 ff.

Abhandl. über die Folgen des Irrthums bei Abgebung und Erfüllung von Willenserklärungen, im Centralblatt 1843 S. 86 ff.

1) Die Behauptung, daß eine schriftliche Erklärung mit dem wahren Willen des Erklärenden im Widerspruche stehe, d. h. anders niedergeschrieben worden sei, enthält die Behauptung eines Irrthums, keineswegs die einer mündlichen Nebenabrede.

Angenommen von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. ist nicht angegeben). (Koch's Arch. Bd. 3. S. 283 ff.)

2) Der nach §. 75. die Willenserklärung entkräftende Irrthum muß ein thatsächlicher, kein Rechtsirrthum sein.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 10. Juni 1847 und v. 5. Jan. 1853; denn die Regel: „error juris nocet" habe, nach §§. 75. ff., 145. h. t. auch im Preuß. Rechte Geltung, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen vorgeschrieben sind, wie z. B. bei der condictio indebiti.
(Rechtsfälle Bd. 1. S. 249 Nr. 115. und Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 153 Nr. 35.)

3) Der Irrthum des Erklärenden hat die Ungültigkeit einer gerichtlichen Urkunde auch dann zur Folge, wenngleich die dieselbe aufnehmenden Gerichtspersonen die Worte des Erklärenden richtig gefaßt und protokollirt haben. Der Nachweis, auf welche Weise der Irrthum entstanden sei, ist hierbei nicht unbedingt erforderlich.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. März 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 261 Nr. 65.)

4) Der Irrthum der Parteien bei Abschluß eines Kaufvertrages, daß das dem Lehnsverhältniß unterworfene Grundstück im freien Eigenthume des Verkäufers stehe, betrifft nicht einen bloßen Fehler in den Eigenschaften der Sache, sondern den Hauptgegenstand der Willenserklärung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 154 Nr. 33.)

5) Ein Irrthum über den Umfang der gütergemeinschaftlichen Masse entkräftet nicht die stattgefundene Auseinandersetzung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. März 1849. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 207 Nr. 45.)

6) Auch Vergleiche werden durch einen Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäftes oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung entkräftet.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 19. Juni 1850.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 1 Nr. 1., s. zum A. L. R. I. 16. §. 418.)

Ueber die Anfechtung ordnungsmäßig vollzogener und von der Auseinandersetzungs-Behörde bestätigter Rezesse wegen Irrthums, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 418.

7) Ist ein Vertrag, wobei ein wesentlicher Irrthum stattgefunden hat, nichtig oder nur ungültig?

a) Das Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) nimmt an, daß ein Irrthum über die Natur des Geschäftes oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung diese zwar ungültig, aber keineswegs absolut nichtig oder ipso jure gar nicht existirend mache. Der §. 75. solle nur die persönlichen Rechte derer wahren, welche sich bei einer abgegebenen Erklärung in einem wesentlichen Irrthume befanden und daher ihre Erklärung wohl nicht, oder wenigstens nicht so, wie geschehen, abgegeben haben würden, wenn der Irrthum sie nicht zu solcher verleitet hätte. Ob aber der Irrende von diesem Rechte Gebrauch machen wolle, müsse lediglich von seinem Befinden abhängen. (Centralbl. 1843 S. 359.)

b) Koch meint, daß diese Entscheidung gegen die Natur der Sache sei. Wenn das Ob. Trib. bemerke, daß der §. 75. nur die persönlichen Rechte des Irrenden wahren solle, wogegen es bei diesem selbst stehe, ob er davon Gebrauch machen wolle, so lasse sich das zwar von dem error in substantia (§. 77.) sagen; denn hierbei sei die wirklich gemeinte Spezies der Gegenstand einer bewußten Willenserklärung, mithin sei der Konsens in der That vorhanden; in den Fällen der §§. 75. und 76. aber fehle der Konsens thatsächlich ganz und gar.
(Landr. Bd. 1. S. 184 Anm. 85.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 117, 132.

§. 82. Die Bestimmung des §. 82. bezieht sich nicht bloß auf den Fall, wenn der Empfänger, sondern auch auf den Fall, wenn der Geber der Irrende ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 153 Nr. 33.)

§§. 84—93. Betrug.

Die wissentliche Benutzung des Irrthumes eines Mitkontrahenten hat dieselben civilrechtlichen Folgen, wie die wissentliche Veranlassung dieses Irrthumes.

So erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. April 1851; denn das A. L. R. mache keinen Unterschied zwischen der vorsätzlichen Erregung und der Benutzung eines Irrthumes. Wer den Irrthum eines Andern wissentlich zu seinem Vortheile benutze, begehe schon einen Betrug. Es sei nicht erforderlich, daß eine positive Handlung, eine Vorspiegelung vorliegen müsse, um den Begriff des Betruges darzulegen. Die vorsätzliche Verschweigung einer erheblichen, gewöhnlich nicht vorauszusetzenden verborgenen Thatsache genüge so gut, als die falsche Vorspiegelung, zum Begriffe des Betruges. In den Worten des §. 84.: »welcher einen Irrthum wissentlich und vorsätzlich veranlaßt,« sei, wie bereits Suarez bemerke, eine betrügliche Unterlassung oder Verschweigung mitbegriffen.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 93 Nr. 17.)

§. 92. 1) Unter der im §. 92. bestimmten Frist: »binnen acht Tagen« ist nur eine einwöchentliche, aus sieben Tagen bestehende, nicht eine Frist von vollen acht Tagen zu verstehen.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1855. (Präj. Nr. 2663.)

In der Sprache des gemeinen Lebens wird mit dem Ausdrucke »binnen acht Tagen« eine Woche, also ein aus sieben Tagen bestehender Zeitraum verstanden. Dieser Sprachgebrauch ist durchaus allgemein, nicht etwa Erzeugniß neuerer Zeit, sondern hat schon immer, insbesondere auch zur Zeit der Redaktion des A. L. R. bestanden. Wenn daher in dem A. L. R., welches nicht bloß für Juristen, sondern für das Volk gegeben worden, der Ausdruck »binnen acht Tagen« gebraucht ist, so ist dies kein juristischer, technischer Ausdruck, sondern ein Ausdruck des gemeinen Lebens, und muß als solcher aufgefaßt und gedeutet werden. Daß jener Ausdruck in diesem Sinne von den Redaktoren gebraucht worden, ergiebt sich aber auch aus denjenigen gesetzlichen Vorschriften, in welchen, wie beispielsweise in den §§. 1635. Thl. II. Tit. 8. und §. 608. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R., die mit dem Ausdruck »binnen acht Tagen, acht Tage« bezeichnete Frist verdoppelt worden. Wäre in solchen Fällen unter dem Ausdrucke »binnen acht Tagen, acht Tage« wirklich ein Zeitraum von acht vollen Tagen verstanden, so würde begreiflich die verdoppelte Frist sechszehn Tage betragen haben. Die Doppelfrist ist aber ausdrücklich auf vierzehn Tage festgestellt, woraus unzweideutig zu entnehmen ist, daß unter jenem Ausdruck, dem Sprachgebrauche entsprechend, eine aus sieben Tagen bestehende Woche verstanden worden. Erheblich in dieser Beziehung ist auch die Ordre v. 26. Nov. 1832, in welcher es für unzweifelhaft erklärt ist, daß in den Strafgesetzen unter einer Gefängnißstrafe von acht Tagen eine Woche zu verstehen sei. Dieser Königl. Erlaß bezieht sich zwar nur auf die Strafgesetze; da aber der das Strafgesetzbuch in sich fassende zwanzigste Titel Thl. II. des A. L. R. einen integrirenden Theil dieses Gesetzbuches bildet, so ist nicht anzunehmen, daß die Redaktoren des A. L. R. in dem Tit. 20. einem anderen Sprachgebrauch gefolgt seien, als in den das Civilrecht behandelnden Theilen des A. L. R. Der Einwurf, daß jene Allerh. Entscheidung aus anderen Gründen hervorgegangen, dabei insbesondere zu Gunsten des Verurtheilten eine mildere Ansicht leitend gewesen sein könne, ist nicht anzuerkennen; derselbe wird vielmehr durch die diesem Erlaß vorangegangenen Ministerial-Entscheidungen widerlegt. Ebensowenig kann darauf Gewicht gelegt werden, daß in dem A. L. R. keine allgemeine Bestimmung über die Bedeutung des Ausdrucks »binnen acht Tagen, acht Tage« gegeben ist. Wenn eine solche Bestimmung erforderlich geachtet worden hinsichts des Ausdrucks »Monat« und des Ausdrucks »Jahr und Tag,« so findet dies seine Erklärung darin, daß der Monat in der Wirklichkeit bald 31, bald 30, auch 28 Tage enthält, und daß der Ausdruck »Jahr und Tag« in dem gemeinen Deutschen, dem Lübeschen und dem Lehnrecht eine sehr verschiedene Bedeutung hat. Bei dem Ausdruck »binnen acht Tagen, acht Tage« findet aber eine solche Verschiedenheit nicht statt; unter diesem Ausdrucke wird stets eine Woche, also ein Zeitraum von sieben Tagen verstanden. Auch aus den für die entgegengesetzte Ansicht in Bezug genommenen §§. 176—178. Tit. II. der Hyp. O. läßt sich diese Ansicht nicht rechtfertigen. Es ist in dem §. 177. nicht bloß gesagt »innerhalb acht Tagen«, das Gesetz bedient sich vielmehr des Ausdrucks »innerhalb anderer acht Tage«, woraus von selbst folgt, daß diese acht Tage voll gerechnet werden müssen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 3, Entsch. Bd. 31. S. 189, J. M. Bl. 1855 S. 327, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 362 Nr. 73.)

2) Haben die Erben des Betrunkengewesenen, wenn dieser innerhalb der Frist des §. 92. stirbt, zu der Anzeige die in §. 51. h. t. erwähnte Frist?

a) Bielitz nimmt die Affirmative an.

(J. Z. 1834 S. 995, J. Z. 1835 S. 468.)

b) Villaume führt gleichfalls aus, daß, wenngleich der §. 92. nur den §. 46. h. t. und nicht auch den §. 47. h. t. citire, dennoch der letztere Paragraph, welcher mit jenem in engster Verbindung stehe, ebenfalls dort Anwendung finden müsse, und daß, bei der vorhandenen paritas rationum, in beiden Fällen auch der §. 51. h. t. Platz greifen müsse. (J. W. 1845 S. 140 Anm. 3.)

3) Ist die achttägige Frist zur gerichtlichen Anzeige unter allen Umständen von dem Tage, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden, ab zu rechnen?

a) Bornemann nimmt an, die Frist könne immer nur von dem Tage der Möglichkeit zu handeln gerechnet werden, und gedenkt hierbei namentlich der Fälle, wenn der Andere den Erklärenden über die achttägige Frist hinaus in dem unfreien Zustande erhalten oder an der Anzeige gehindert hat. Dies folge theils aus §§. 500., 512—514. A. L. R. I. 9., theils daraus, daß, wenn der, welcher die Erklärung abgegeben hat, an der gerichtlichen Anzeige verhindert ist, das Vorhandensein eines stillschweigenden Anerkenntnisses nicht anzunehmen sei.

(System Bd. 1. S. 331 Anm.* a. E., 2. Ausg. Bd. 1. S. 134 Anm. 1.)

b) Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß das Recht der Anfechtung in diesem Falle verloren gehe, und die Einwilligung für stillschweigend anerkannt gelte, wenn die Absicht, dieselbe anfechten zu wollen, nicht binnen acht Tagen nach Abgebung derselben, oder nach eingetretener Möglichkeit bei einem Richter angezeigt werde. Daß dies der Sinn der §§. 91—93. sei, folge schon aus der denselben zum Grunde liegenden Quelle: Leyser spec. 59. m. 3., spec. 348. m. 1., und aus den Materialien [1]). (Recht der Ford. Bd. 2. S. 112.)

c) Villaume geht ebenfalls davon aus, daß dem §. 92. die Voraussetzung zum Grunde liege, daß bei dem Erklärenden die Möglichkeit vorhanden gewesen, sich des an die Frist geknüpften Rechtes zu bedienen. Sei dies nicht der Fall und könne der Erklärende darthun, daß es seinem Gegner dennoch gelungen sei, ihn volle acht Tage hindurch in unfreiem Zustande zu erhalten, so könne er sich mit Erfolg auf §. 516. A. L. R. I. 9. berufen, ohne daß ihm die Bestimmung des §. 92. entgegenstehe, und wenn Zwang oder Betrug vorliege, so müsse auf die diesfälligen Vorschriften zurückgegangen werden.

(J. W. 1845 S. 147.)

d) Bielitz rechnet die achttägige Frist zur Anzeige von dem Zeitpunkte der erlangten Kenntniß von dem Dasein der Erklärung; denn gegen den, welcher von seinem Rechte nicht unterrichtet, oder es zu gebrauchen auf irgend eine Art verhindert sei, laufe keine Verjährung (§§. 512., 515., 516. A. L. R. I. 9.), welche Bestimmungen auch bei der gesetzlichen Frist zur Ausübung eines Rechts anzuwenden seien, wie sich aus §. 500. a. a. O. und aus §. 12. des Publ. Pat. v. 15. Nov. 1816 ergebe.

(J. Z. 1834 S. 995, Bielitz's Nachtr. Bd. 2. S. 128.)

e) Dieser Ansicht tritt P. R. bei, welcher indeß bemerkt, daß die aus dem Publ. Pat. von 1816 §. 12. hergeleitete Folgerung nicht richtig sei; denn es sei daselbst nur vorgeschrieben, daß, wenn im A. L. R. eine kürzere Verjährungsfrist vorgeschrieben sei, als nach den früheren Gesetzen, diese von der Gesetzeskraft des A. L. R. an zu rechnen, und daß diese Bestimmung auch auf die Fristen Anwendung leide; hieraus folge indeß keine Gleichstellung der Verjährung mit den sonst vorkommenden Fristen in anderer Beziehung.

(J. Z. 1835 S. 467.)

§. 93. Findet der §. 93. auch auf den Fall Anwendung, wenn derjenige, der im Trunke oder im Taumel der Leidenschaft eine Willenserklärung abgegeben hat, nach seiner Behauptung betrügerischer Weise in diesen Zustand versetzt worden ist?

Verneint von Gruchot; denn der Zusammenhang ergebe, daß der §. 93. sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Zustand ohne betrügerische Absicht von einem Anderen herbeigeführt worden ist. In Beziehung auf die durch Betrug veranlaßten Willenserklärungen gelte die keine Beschränkung leidende Regel des §. 85., wobei auf die Beschaffenheit der Mittel, deren sich der Betrüger bediente, nichts ankomme. (Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 157.)

---

[1]) Vergl. dieselben in den Erg. zu §§. 28—30. h. t.

§§. 99—144. Bedingung.

§§. 100. 101. 1) Der bloße Zusatz bei der vertragsmäßigen Verabredung einer vom Verpflichteten an den Berechtigten zu bewirkenden Leistung: »wenn derselbe es verlange«, ist an sich noch keine aufschiebende Bedingung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1849 auf Grund des im §. 100., welcher das Gewicht auf das Wort »Ereigniß« lege, und des im §. 101. gegebenen Begriffs der Bedingung, inbesondere der aufschiebenden Bedingung.

(Entsch. Bd. 18. S. 151.)

Koch ist gleicher Ansicht, indem er bemerkt:

So wenig durch den Zusatz: »wenn der Verplichtete will«, ein bedingtes Rechtsverhältniß begründet werden kann, da vielmehr gar keins zu Stande kommt, ebensowenig wird das verabredete Rechtsverhältniß durch den Zusatz: »wenn der Berechtigte die Leistung verlangt« ein bedingtes, da es vielmehr die Auflage enthält, daß der Verpflichtete sich jeden Augenblick, nach dem Winke des Berechtigten, zur Leistung bereit halten muß; die Verabredung vertritt den Zahlungstermin und die Kündigung.

(Landr. Bd. 1. S. 188 Anm. 102.)

2) Ueber die Frage: ob die Bestimmung in einem Assekuranzvertrage, daß jeder nicht binnen einer bestimmten Frist nach dem Unfall festgestellte oder nicht vor den Richter gebrachte Entschädigungsanspruch erloschen sei, eine Bedingung oder die Verabredung einer kürzeren Verjährungsfrist enthalte? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. 565—567.

§. 101. Ist bei zweifelhaftem Ausdrucke nur eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung anzunehmen?

a) Bornemann bemerkt, daß dies eine quaestio facti sei. Es müsse zunächst auf die gebrauchten Worte, dann darauf, was bei dem fraglichen Geschäft gewöhnlicher, und endlich darauf gesehen werden, ob der Gegenstand desselben dem, welchem ein Recht auf den Erwerb eingeräumt worden, bereits übergeben worden, oder nicht; im ersteren Falle sei eine beigefügte Bedingung in dubio für auflösend, im zweiten für aufschiebend zu erachten.

(Rechtsgesch. S. 161, System Bd. 1. S. 367, 2. Ausg. Bd. 1. S. 163.)

b) Koch führt aus: das Röm. Recht sehe nur im Falle einer Suspensiv-Bedingung das Geschäft für ein bedingtes an; bei der Resolutiv-Bedingung sei ein vom Anfang an vollendetes und unbedingtes Rechtsgeschäft vorhanden, welches als solches wirke und nur wieder sub conditione aufgelöset werden solle. Das A. L. R. weiche davon im Wesentlichen nicht ab (§§. 102., 114. u. 115. h. t.); deshalb gelte nach demselben auch die gemeinrechtliche Schlußfolge, daß bei geschehener Erfüllung im Zweifel, eine auflösende, sonst eine aufschiebende Bedingung angenommen werde. (A. L. R. I. 11. §§. 263., 266., 272—274., 333.) (Recht der Ford. Bd. 2. S. 210, 211.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. S. 189 Anm. 104.

c) Temme bemerkt, es sei dies in der Regel quaestio facti; wo aber weder die Absicht der Parteien, noch das Gesetz einen Ausweg gebe, da werde man sich für die Resolutiv-Bedingung entscheiden müssen, weil die Aufschiebung der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes gegen dessen Natur sei. (Lehrb. Bd. 1. S. 162 Anm. 1.)

d) Grävell nimmt an, daß sich durch die §§. 154. u. 155. h. t. in der Regel die Vermuthung für die auflösende Bedingung, sobald dieselbe den eigenen Vortheil des Berechtigten betreffe, und für die aufschiebende rechtfertige, wenn sie den Vortheil des Verpflichteten angehe, und aus §§. 263. u. 274. A. L. R. I. 11. sei die allgemeine Regel zu ziehen, daß, wenn mit der Willenserklärung die Uebergabe verbunden sei, eine hinzugefügte Bedingung im Zweifel für eine auflösende, entgegengesetzten Falls aber für eine aufschiebende anzunehmen sei.

(Generaltheorie der Verträge S. 42 Anm.* a. E.)

§. 102. Ist in dem Falle, wenn das Recht durch Eintritt der Bedingung zum Dasein gelangt, die Wirkung auf den Tag des eingegangenen Rechtsgeschäftes zurückzuziehen?

a) Bielitz hält auf Grund des §. 142. h. t. und des §. 188. A. L. R. I. 5. die Bejahung für gerechtfertigt.

(Komm. Bd. 1. S. 486.)

b) Dagegen nimmt Bornemann an, daß die Wirkung erst vom Augenblicke des Eintreffens der Bedingung eintrete.

Die Redaktoren hätten die Röm. Theorie absichtlich und der Natur der Sache gemäß verlassen, und der §. 142. h. t., welchen Bielitz citire, handle lediglich von einer conditio in praeteritum collata, wodurch das Geschäft re vera gar nicht bedingt werde, der §. 188. Tit. 5. aber von den Wirkungen eines Anerkenntnisses, also einem gar nicht hierher gehörigen Falle.

(System Bd. 1. S. 373, 2. Ausg. Bd. 1. S. 167, Rechtsgesch. S. 169.)

c) Koch nimmt gleichfalls die Rückwirkung als Regel an, macht indeß Ausnahmen hiervon.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 227 ff., Landr. Bd. 1. zum §. 102. h. t.)

d) Vergl. auch Temme's Lehrb. des Cr. R. Bd. 1. S. 166.

§§. 104—107. Vergl. Suarez's Bemerk. in der letzten Revision der Titel 1—9. Thl. I. des A. G. B. ad Tit. 4. §. 106.

(Jahrb. Bd. 52. S. 66.)

§. 116. Vergl. Suarez's Bemerk. in der Rev. der von den Mitgliedern der Gesetz-Komm. aufgestellten Monita zu Tit. 4. §. 123. des umgearbeiteten Entw. zum A. G. B.

(Jahrb. Bd. 52. S. 5.)

§§. 117—121. Vergl. Suarez's Bemerk. in der letzten Rev. der Tit. 1—9. Thl. I. des A. G. B. u. zu Tit. 4. §. 116.

(Jahrb. Bd. 52. S. 67.)

§. 120. 1) Das A. L. R. enthält keine Bestimmung darüber, was Rechtens sein soll, wenn Jemand, welchem ein Recht oder ein Vortheil unter der nach §§. 70. u. 136. h. t. ebenfalls unzulässigen Bedingung, resp. über das 25ste oder 30ste Jahr hinaus ehelos zu bleiben, eingeräumt worden, sich verheirathet. In einem solchen Falle wird, dem §. 53. der Einl. gemäß, nach Analogie des §. 120. anzunehmen sein, daß die gezogenen Nutzungen nicht herausgegeben werden dürfen. Indessen ist nicht bestimmt, ob die erwähnte Bedingung zu denen gehört, die die Erklärung entkräften, oder zu denen, die für nicht beigefügt zu achten. Gehört sie zu diesen letzteren, so würden nicht nur die gezogenen Nutzungen nicht herausgegeben werden dürfen, sondern das Recht, der Verheirathung ungeachtet, fortdauern müssen. Ob dieses auch bei der Bedingung des beizubehaltenden Wittwenstandes geschehen soll, ist ebenfalls unentschieden gelassen, wiewohl diese Bedingung unter diejenigen gehört, welche für nicht beigefügt zu achten sind, wenn sie einem Erben oder Legatar in einer letztwilligen Disposition auferlegt worden. (Medit. in Stengel Bd. 1. S. 189.)

2) Vergl. die Erg. zum §. 10. h. t.

§. 122. Ueber die Anwendung des §. 122. auf den Fall, wenn ein ganzes Vermögen unter einer auflösenden Bedingung übertragen ist, vergl. das Erk. des Appell. Ger. zu Hamm v. 20. März 1852, welches insbesondere annimmt, daß die Sicherheit nur allein in der übertragenen Sache selbst gesucht, nicht aber eine Kaution aus dem sonstigen Vermögen des Verpflichteten gefordert werden könne.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 407.)

§. 131. Vergl. Suarez's Bemerk. zu diesem §. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 4.)

§§. 134. u. 135. 1) Muß derjenige, der die Bedingung erfüllen soll, deren Aufhebung klagend in Antrag bringen, oder kann er auch dann noch, wenn er etwa wegen nicht erfüllter Bedingung in Anspruch genommen würde, denselben Antrag excipiendo vorbringen?

a) Die Gesetzrevisoren äußern sich dahin:

Unserer Ansicht nach ist diese Frage nach Maßgabe der Umstände leicht zu beantworten. Es kommt nämlich darauf an, ob die Bedingung von der Art ist, daß sie noch immer würde erfüllt werden können. Ist dies der Fall, so blieb die Erfüllung vorbehalten, es ist noch res integra, und derjenige, dem die Bedingung auferlegt worden, kann immerhin die Aufhebung excipiendo in Antrag bringen. Ist aber der Fall von der Art, daß eine künftige Erfüllung unmöglich ist, so haben wir eine gültige Bedingung, welche zwar hätte aufgehoben werden können, aber nicht aufgehoben worden ist; den Verpflichteten treffen deswegen die Folgen der unterbliebenen Erfüllung ohne Rücksicht auf den Umstand, daß sich die Lage der Sache hätte ändern können, — genug, daß dies nicht geschehen ist. Hiernach scheint sich das Rechtsverhältniß in jedem Falle von selbst zu ergeben.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 125—127. des Entw. S. 44.)

b) Koch bemerkt, daß der Antrag in Form einer Klage gegen die Interessenten, welche die Erfüllung der Bedingung zu erlassen

befugt sein würden, gerichtet werden müsse, und daß die Form einer exceptio nicht geeignet sei.

(Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 216, Landr. Bd. 1. S. 198 zum §. 134. h. t.)

2) Von einer offenbar unnützen Bedingung ist zu vermuthen, daß solche nur zum Scherze beigefügt worden. So lange aber der Erklärende lebt und auf die Erfüllung der Bedingung besteht, kann diese Vermuthung nicht Platz greifen.

(Anm. aus dem Entw. des Gesetzb., Siewert Hft. 1. S. 34.)

§. 136. Statt: »§§. 7—14.« ist im §. 136. zu setzen: §§. 6—14.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 141. Was bedeutet der Ausdruck: »klar erwiesen?«

Koch nimmt an, daß darunter die Forderung eines vollständigen Beweises, also die Ausschließung eines nothwendigen Eides, zu verstehen sei. (Landr. Bd. 1. zum §. 141. h. t.)

Gruchot hält dies für unrichtig, da der §. 141. keinesweges als eine Prozeßvorschrift aufzufassen sei. (Beitr. Bd. 1. S. 164.)

§§. 145—150. Bewegungsgrund.

§. 148. 1) Ist die Erklärung der Befriedigung wegen des Hauptanspruchs in Beziehung auf die von dem Gläubiger einer auf dem Grundstücke eines Dritten eingetragene Post seinem persönlichen Schuldner gegenüber abgegebene Entsagung des Pfandrechts nur als ein Bewegungsgrund anzusehen?

Bejahet von dem Ob. Trib. unterm 30. Aug. 1849, auf Grund der §§. 145—147. u. 150. h. t. (Entsch. Bd. 18. S. 264.)

2) Ist die Ersichtlichkeit des Bewegungsgrundes einer Willenserklärung bei Abgabe derselben nothwendig, wenn diese wegen eines Irrthums in dem Bewegungsgrunde soll angefochten werden können?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juli 1856.

Der §. 148. setzt, wie sein enger Zusammenhang mit den §§. 146., 147. nicht bezweifeln läßt, ebenso wie diese, einen angeführten Beweggrund voraus und die in den §§. 148—150. vorgesehenen Fälle unterscheiden sich bloß insofern von einander, als bei Willenserklärungen der im §. 150. beschriebenen Art der Irrthum des Erklärenden in dem Beweggrunde, wenn er nur zugleich als die einzige Ursache seiner Erklärung erhellt, allein schon hinreicht, dieselbe zu entkräften, während bei anderen Geschäften auf einen solchen Irrthum nur dann Rücksicht genommen werden darf, wenn der Erklärende durch den anderen Theil mit Vorsatz darin versetzt worden ist. Daß aber der Beweggrund in allen Fällen, der Regel nach, von dem Erklärenden vor oder bei Abgabe seiner Erklärung angeführt oder ausgesprochen sein muß, wenn ein dergleichen Irrthum überhaupt berücksichtigt werden soll, folgt aus der Natur der Sache. Denn so gewiß nur ein ausgesprochener Wille für denjenigen, der ihn erklärt hat, bindend werden kann, ist auch die einmal abgegebene Willenserklärung nur insofern anfechtbar, als schon zur Zeit ihrer Abgabe das Element, woran die Anfechtung geknüpft werden soll, äußerlich erkennbar geworden ist.

(Entsch. Bd. 33. S. 24.)

3) Der §. 148. setzt einen angeführten Beweggrund voraus, wie dieser denn überhaupt der Regel nach, wenn er rechtliche Folgen haben soll, von dem Erklärenden vor oder bei Abgabe seiner Erklärung ausgesprochen werden muß. Dieser Beweggrund muß aber die wirkliche causa der Erklärung sein.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juli 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 107 Nr. 19.)

§. 150. Ueber die Rückforderung der auf den Grund einer versprochenen Schenkung gezahlten Gelder wegen Irrthums im Bewegungsgrunde, vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 24. April 1856 (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 128) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 1090 sqq.

§. 151. Beschreibung.

Die unrichtige Bezeichnung der für den Exekutionssucher mit Arrest belegten und hiernächst demselben überwiesenen Hypothekenforderung seines Schuldners hat die Unwirksamkeit des Arrestes und der Ueberweisung nicht zur Folge, insofern nur gegen die Identität der nach der Absicht des Exekutionssuchers mit Arrest zu belegenden und zu überweisenden, sowie der mit Arrest belegten und überwiesenen mit der eingetragenen Post kein Zweifel obwaltet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1855, auf Grund der §§. 146., 147. u. 151. in Verbindung mit §. 1. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 51 Nr. 16.)

§§. 152—162. Zweck.

§. 160. Im §. 160. ist statt: »§. 505.« zu setzen: »§. 508.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 161. Gilt der Uebergang nur bei einer conditio potestativa oder auch bei einer conditio casualis?

Die Gesetzrevisoren, welche Letzteres annehmen, bemerken:

Nach seiner Fassung scheint der §. 161. nur conditiones potestativae zum Gegenstande zu haben, und deswegen ist die Ansicht aufgestellt, daß das von einer conditio casualis abhängige Recht nicht auf die Erben transmittirt werde. Von einer andern Seite ist die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, weil sich die transmissio ad heredes bei Kasual-Bedingungen von selbst verstehe, und nur in Betreff der Potestativ-Bedingung, zu deren Erfüllung der bedingungsweise Berechtigte etwas thun müsse, der Zweifel, ob auch die Erben dazu noch befugt seien, zu beseitigen gewesen sei.

Welche Ansicht die richtigere sei, läßt sich u. E. schon aus einer Vergleichung der Bestimmungen, die sich in der Lehre von letztwilligen Verordnungen finden, entnehmen, und ergiebt sich bis zur Gewißheit aus den Vorarbeiten des A. L. R. Vergleicht man nämlich den §. 485. Tit. 12. Thl. 1. des A. L. R. mit dem kurz vorhergehenden §. 480. und mit dem in letzterem bezogenen §. 467., wo von den Substituten oder dessen Erben die Rede ist, so darf man nicht mehr zweifeln, daß der Uebergang eines jeden bedingten Rechts auf die Erben die Regel bilde, obwohl dies dem Röm. Rechte zuwider ist. Daß dies aber auch die Absicht des Verfassers gewesen, wird durch die Aeußerungen, welche Suarez in der rev. mon. bei Umarbeitung des gedr. Entw. niedergeschrieben, bestätigt. Im Entw. hieß es nämlich:

§. 124. In allen Fällen, wo das Recht aus der Erklärung auf die Erben übergeht, können diese solches durch Erfüllung der Bedingung erwerben oder erhalten, oder durch deren Uebertretung verlieren.

§. 125. Ist aber die Bedingung an die Person des Berechtigten gebunden, so verliert durch den Tod desselben, insofern er die Bedingung nicht selbst erfüllt hat, die Willenserklärung ihre Wirksamkeit.

Nun war ad §. 90. sqq. Tit. 1. Thl. II. des Entw. im Allgemeinen monirt, es müsse der bekannte Unterschied zwischen conditio potestativa, casualis und mixta näher auseinandergesetzt werden, und dabei war sub litt. c. ein Satz wegen der Transmissibilität eines bedingten Rechtes auf die Erben vorgeschlagen. Hierauf bemerkt Suarez:

der Satz sub litt. c. gilt nicht bloß von der potestativen, sondern von allen Bedingungen, und ist viel besser in den §§. 124. und 125. exprimirt.

Noch deutlicher wird die Sache bei der Lehre von den letztwilligen Verordnungen. Im gedr. Entw. fand sich daselbst die Bestimmung noch nicht, welche wir jetzt im §. 485. Tit. 12. Thl. I. finden. Suarez bemerkt inzwischen ad §. 304. des Entw., welcher sich im §. 482. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. wörtlich wiederfindet:

Wieweit aber transmittirt ein solcher Legatarius sein Recht auf seine Erben? Dies regulirt sich nach der Bestimmung Tit. 4. §§. 165., 166. (jetzt §§. 161., 162.) Ist die conditio mere casualis, oder zwar potestativa aber nicht an die Person des Erben gebunden, so transmittirt derselbe sein jus conditionatum oder conditionem implendi auch auf seine Erben, das legatum ex die wird pure transmittirt, sobald der dies bei dem Erben des legatarii eben so gut als bei ihm selbst existiren kann.

Diese Aeußerung zeigt zur Genüge, daß man bei den vorliegenden Bestimmungen des vierten Tit. nicht bloß an die conditiones potestativae, sondern auch an die casuales gedacht habe.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 131—154. des Entw. S. 45 u. 46.)

Derselben Ansicht sind:

a) v. Rönne (Klein's System, 2. Ausg. Bd. 1. S. 103 Anm. 1.)

b) Jung (J. W. 1838 S. 781.)

Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 27. Febr. 1854 (Präj. Nr. 2509.) denselben Grundsatz angenommen.

(Entsch. Bd. 27. S. 340 ff.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 12. §. 467.

§§. 162. 163. 165. Das von dem Vorbesitzer des Kolonats in dem Uebertrags- und Altentheils-Vertrage den übrigen Kindern gegen den Uebernehmer des Kolonats zugesicherte Recht auf Abfindung an Geld und Naturalien bei deren Verheirathung oder erreichten dreißigsten Lebensjahre ist ein höchst persönliches, und geht daher, wenn bis zum Tode des berechtigten Kindes keiner dieser beiden Fälle eingetreten ist, auf dessen Erben nicht über.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 66 Nr. 13.)

§§. 163 — 169. Zeit.

§. 163. Ueber die rechtliche Wirkung des in einem Schuldreverse gegebenen Versprechens der Zahlung »sobald der Schuldner zu bessern Vermögensumständen gelangt sein werde«, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 236.

§. 167. 1) Im §. 167. Z. 3 ist statt: »das« zu setzen: »daß«.
(G. v. 27. Dec. 1839, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Geht das dem Käufer vorbehaltene Recht zur Auswahl unter mehreren bestimmten Sachen (§. 33. A. L. R. I. 11.) durch Nichtausübung innerhalb der festgesetzten Frist verloren?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Dec. 1851, indem der §. 167. auf diesen Fall nicht passe.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 180 Nr. 38.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 33.

3) Ein Behufs Erlangung seiner Wirksamkeit bis zu einem gewissen Tage auszuübendes Recht, z. B. das Wiederkaufsrecht, erlischt von selbst mit dem Ablaufe der bestimmten Frist und kann daher durch eine Klage nicht erhalten werden, wenn diese erst nach Ablauf der Frist zur Kenntniß des Verpflichteten gebracht wird[1]).

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. 1855, weil es sich hier nicht von einer Verjährungsfrist, sondern von der Zeitfrist zur Geltendmachung der rechtlichen Befugniß eines Rechts handelt. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 155 Nr. 41.)

Fünfter Titel.
Von Verträgen.

Grävell, die Generaltheorie der Verträge nach Preuß. Rechte. Halle 1821. (Besonders S. 73 ff.)

Bornemann, von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach Preuß. Rechte. 2. Ausgabe. Berlin 1833.

Paul, die Lehre von Verträgen im Allgemeinen und von Bürgschaften, vom Pfand- und Hypothekenrechte insbesondere, nach Preuß. Rechte. Berlin 1854. 8.

C. F. Koch, das Recht der Forderungen. 8. Breslau 1836., 1840. Bd. 2. S. 43 ff.

Zum Bach, über die wesentlichen Erfordernisse der Verträge. Als Versuch einer Vergleichung zwischen der Preuß. und Franz. Gesetzgebung über diesen Gegenstand. (Jahrb. Bd. 13. S. 55.)

Siewert, kommentatorische Versuche über den Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. (Siewert Hft. 2. S. 105, Hft. 6. S. 1, Hft. 7. S. 3, Hft. 8. S. 47.)

Gruchot, Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts. Bd. 1. S. 306 ff. u. 483 ff.

§§. 1—8. Begriffe.

§. 1. Bei der Begriffsbestimmung des Vertrages wird vorausgesetzt, daß die Personen, welche die Uebereinkunft treffen, bestimmt sind, und so genau bezeichnet werden, daß sie als ein bestimmtes Individuum hervortreten. Als eine solche Bezeichnung ist eine bloße, nicht obrigkeitlich genehmigte Firma (die Expedition eines Blattes) nicht zu erachten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Sept. 1838.
(Entsch. Bd. 4. S. 194.)

Vergl. Koch's Beurtheil. S. 246.

§§. 5. u. 6.

Bielitz, von Gelübden. (Nachtr. Hft. 2. S. 18 ff.)

Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 4.)

§§. 9—38. Persönliche Fähigkeit, Verträge zu schließen.

Böle, über resp. Nullität, insbesond. das s. g. pactum claudicans. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 1 ff.)

§. 10. Die bestellten Vormünder selbst sind die Vertreter der Persönlichkeit des Unfähigen, nicht das Vormundschaftsgericht; auch reicht zur Ungültigkeitserklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrages der Umstand allein, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben, aber nicht eingeholt ist, nicht hin.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 22. Juni 1846. (Präj. Nr. 1758.)
(Präj. Samml. S. 221, Entsch. Bd. 13. S. 1.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 18. §§. 236—239.

§. 11. Wer mit einem Vormunde, unter Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes, in Fällen kontrahirt, in welchen die Gesetze zugleich die Approbation der diesem Gerichte unmittelbar vorgesetzten höheren Instanz erfordern, wird zum sofortigen Rücktritte berechtiget, wenn die vorgesetzte höhere Instanz ihre Genehmigung versagt.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).
(Simon R. Bd. 1. S. 300.)

§§. 12. 13. Die mit einer noch unter väterlicher Gewalt stehenden Person geschlossenen lästigen Verträge können, so lange dem Vater noch kein Antrag zur Genehmigung gemacht worden, von demselben Kontrahenten, unter alleiniger Zustimmung des Unfähigen auch wieder aufgehoben werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1847. (Präj. Nr. 1862.)

Denn die mit einem Unmündigen geschlossenen lästigen Verträge sind nicht pacta claudicantia im eigentlichen Sinne, sondern bedingt gültig, sobald (nach §. 11. h. t.) die vormundschaftl. Genehmigung hinzukommt. Jedes einer Genehmigung bedürfende Geschäft aber muß zu der Zeit, wo es genehmigt werden soll, in seiner bisherigen bedingten Kraft noch bestehen, widrigenfalls von einer Genehmigung nicht die Rede sein kann. Tritt die Aufhebung durch Vereinbarung der Kontrahenten, oder durch Judikat ein, ehe es zur Genehmigung gekommen, so hat derjenige, auf dessen Genehmigung es angekommen wäre, nichts mehr zu erklären. Wenn der Minderjährige, namentlich bei lästigen Verträgen, um sie perfekt zu machen, des Vollworts des Vormundes oder Vaters bedarf, so ist doch darin keineswegs Konsequenz, daß dieses Vollwort nun auch für den umgekehrten Fall, nämlich dazu nöthig sei, um das noch gar nicht gültige und klagbare Geschäft wieder aufzuheben. Der §. 12. h. t. benimmt vielmehr nur dem Anderen das Recht zum einseitigen Rücktritte. Mehr wollen die Worte dieser Stelle nicht, und darüber hinauszugehen ist der Natur der Sache und dem positiven Rechte zuwider. Selbst das Adverbium: »noch« im §. 12. spricht die Voraussetzung aus, daß die Vereinbarung als solche, wie sie getroffen worden, noch vorhanden sei, daß zu ihrem Hervorruf in rechtliches Leben nichts fehle, als die Genehmigung des Vormundes. Nicht aber giebt das Gesetz dem Vormunde ein Verwerfungs- oder Genehmigungsrecht auch bei solchen Vereinbarungen, welche ihr unautorisirtes Dasein bereits längst durch die eigene Beschließung ihrer Urheber wieder verloren haben. Vor dem Gesetze sind diese Vereinbarungen, so lange dem Vormunde noch keine Anträge auf seine Erklärung darüber gemacht worden, ohne alle rechtliche Wirkung und Gültigkeit gewesen, und wenn daher die Parteien das so Beschlossene wieder aufheben, so ist nur etwas Ungültiges ungeschehen gemacht, nur ein möglicher Kontrakt in sein Nichts zurückgegangen, weshalb sich auch nicht sagen läßt, daß der Minderjährige durch seine Aufhebungserklärung eine Entsagung auf ein wohlerworbenes Recht ausspreche, wozu er nicht ermächtiget; denn er hat noch gar kein Recht gehabt. Soweit die Kraft seiner Willenserklärung bei lästigen Geschäften überhaupt in Betracht kommt, soweit sie zureicht, den andern Kontrahenten zu binden, und bis zur Erklärung des Vormundes gebunden zu halten, muß sie auch zureichen, diesen Willen zurückzunehmen und zurückzugeben.

(Präj. Samml. S. 7, Entsch. Bd. 14. S. 177, Rechtsf. Bd. 1. S. 129.)

Vergl. Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 312—314.

§. 14. Der Einwand der Minderjährigkeit steht auch den Prinzen des Königl. Hauses in Betreff ihrer vor zurückgelegtem 24sten Jahre unternommenen Privathandlungen mit voller Wirkung zu.
(Erk. des Ob. Trib. v. 4. Dec. 1806, Mathis Bd. 8. S. 109.)

§. 15. Die öffentliche Bekanntmachung der Unfähigkeit eines Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, geschieht nach §. 26. A. G. O. I. 38. sogleich nach dem ersten auf Prodigalitätserklärung lautenden Urtheil, auch wenn von dem Provokaten dagegen appellirt wird. Es fragt sich daher, ob der §. 15. h. t. auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn das erste Urtheil abgeändert wird, d. h. ob die in der Zwischenzeit von der öffentlichen Bekanntmachung bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse abgeschlossenen Verträge jedenfalls für den Provokaten unverbindlich sind?

---

[1]) In demselben Sinne hat das Ob. Trib. sich in den Gründen der Präj. v. 3. Juli 1840 (Entsch. Bd. 6. S. 396), v. 22. Jan. 1844 (Entsch. Bd. 9. S. 45 ff.) und v. 13. März 1846 (Entsch. Bd. 14. S. 223) ausgesprochen. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 565—567.

Die Gesetzrevisoren halten die Beantwortung für zweifelhaft. Sie bemerken:

Die Unfähigkeit eines Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, soll nach §. 15. h. t. mit der Mittagsstunde desjenigen Tages beginnen, an welchem das Blatt der öffentlichen Anzeigen, welches die erste gerichtliche Bekanntmachung enthält, ausgegeben ist. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt aber nach der Pr. O. Th. I. Tit. 38. §. 26. sogleich nach dem ersten auf Prodigalitäts-Erklärung lautenden Urtheil, auch wenn von dem Provokaten dagegen appellirt worden. Ihre Wirkung muß daher erlöschen, wenn der Angeklagte späterhin rechtskräftig entbunden wird, und in solchem Falle würde mithin der §. 15. h. t. nicht zur Anwendung kommen. Man kann ihn jedoch auch auf diesen Fall anwenden, wenn man annimmt, die in der Zwischenzeit, von dem Zeitpunkte der ergangenen öffentlichen Bekanntmachung bis zum rechtskräftigen Erk. abgeschlossenen Verträge seien jedenfalls für den Provokaten unverbindlich. Sollte daher die angezogene Bestimmung der Pr. O. beibehalten werden, so würde dem Texte eine erläuternde Bestimmung beigefügt werden müssen hinsichtlich der Verträge, welche von dem Angeklagten nach erlassener öffentlicher Bekanntmachung, aber vor der Rechtskraft des Erk. abgeschlossen werden. (Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 9—33. des Entw. S. 52.)

Bornemann hält die Verneinung für unbedenklich.

(System Bd. 1. S. 259, 2. Ausg. Bd. 1. S. 92 Anm. 8.)

Koch dagegen bejahet, weil das erste Urtel, durch welches die Interdiktion ausgesprochen worden, provisorisch vollstreckbar sei, und weil der Interdicirte durch die Interdiktion unfähig werde und dies so lange bleibe, bis sie wieder aufgehoben werde, sei es durch das Appellationsurtel oder in Folge der Besserung durch den Ausspruch des kompetenten Gerichts. (Landr. Bd. 1. zum §. 15. h. t.)

Gruchot giebt der verneinenden Ansicht den Vorzug; denn die wirkliche Interdiktion, wodurch die Willensfähigkeit entzogen wird, setze ein rechtskräftiges Erkenntniß voraus, und wenn die Provokation in zweiter Instanz zurückgewiesen werde, so sei die Interdiktion für gar nicht geschehen zu erachten.

(Beitr. Bd. 1. S. 315—317.)

§§. 15. 16. Welche Wirkungen hat der Tod des der Verschwendung Angeklagten auf seine während des Verfahrens durch Vertrag getroffenen Verfügungen?

Dr. Sommer sucht auszuführen, daß, nach Geist und Absicht der Gesetze, hier dieselben Wirkungen, wie bezüglich der letztwilligen Verfügungen, im A. L. R. I. 12. §§. 27. ff. angeordnet, eintreten müßten, und daß nur die Frage entstehe, in welcher Form die für die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verfügungen des Angeklagten präjudizielle Entscheidung über seine Qualität als Verschwender herbeizuführen sei. Gegen die Erben könne eine solche Klage über Aussprechung einer rein persönlichen Qualität in der Hauptsache nicht gehen; eben so wenig sei die Bestellung einer Kuratel für den Nachlaß in dieser Beziehung zuläßig, da die Gesetze dies nicht ausgesprochen hätten. Man müsse daher (mit Rücksicht auf den Grundsatz des §. 89. der Einl. zum A. L. R.) dem Erben eine Klage gegen diejenigen, welche nach Kenntniß vom Bestehen der Prodigalitätsanklage Verträge mit dem Angeklagten geschlossen haben, geben, um dadurch die Prodigalität auf Grund der schon ermittelten oder noch aufzunehmenden Beweise festzustellen. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 311.)

Gegen diese Ansicht vergl. Gruchot. Beitr. Bd. 1. S. 317.

§. 16. 1) Dem §. 16. liegt das Konklusum der Gesetzkomm. v. 4. Okt. 1793 zum Grunde, daß derjenige, welcher mit einem Andern einen Kontrakt zu jener Zeit schließt, wo er weiß, daß derselbe wegen Verschwendung bereits gerichtlich angeklagt worden, aus einem solchen Kontrakte, wenn auch die Prodigalitätserklärung und deren Bekanntmachung erst nachher erfolgt, kein Recht erwerben könne.

(Klein Bd. 12. S. 42, Samml. der Entsch. der Gesetzkomm. II. S. 23 Nr. 192, Rabe Bd. 13. S. 244.)

2) Meditation über die Frage: ob ein lästiger Vertrag desjenigen ungültig ist, welchen er, wissend, daß über die Prodigalitätserklärung seines Kontrahenten gestritten worden, zu dieser Zeit mit ihm eingegangen, wenn der Prozeß in der Folge zum Vortheil desselben entschieden wird? (Amelang's Arch. Bd. 2. Nr. 1. Medit. 4. S. 28.)

Vergl. Grävell Generaltheorie Thl. I. Tit. 2. §. 16. a.

§. 17. Die Unfähigkeit endet erst mit dem Tage, wo die Verfügung dem Bevormundeten insinuirt wird.

Vergl. Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Febr. 1843 (Präj. Nr. 1274.) in den Erg. zum A. L. R. II. 18. §. 724.

§. 24. 1) R. v. 11. April 1841.

Personen, welche taub und zugleich blind sind, sind für unfähig zu erachten, selbst rechtliche Geschäfte vorzunehmen, und als solche anzunehmen, welche überhaupt nicht für sich selbst sorgen können, weshalb nur mit den vom Staate für sie angeordneten Vormündern kontrahirt werden kann. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Dispositionsfähigkeit solcher Personen enthalten die Gesetze nicht, indessen verordnet der §. 24. h. t., daß Blinde und Stumme nur in soweit Verträge schließen können, als sie ihren Willen deutlich und mit Zuverlässigkeit zu äußern im Stande sind. Dies muß um so mehr auch bei denjenigen Personen gelten, welche des Organs des Gesichts und Gehörs zugleich beraubt sind. Es ist nun zwar den Blinden, welche zugleich taub sind, die Sprache und somit die Möglichkeit geblieben, deutlich ihre Willenserklärung mitzutheilen. Allein da sie wiederum nicht hören, was mit ihnen gesprochen wird, und der Mangel ihres Gehörs auch wegen ihrer Blindheit nicht durch Niederschreiben der beiderseitigen Erklärungen, durch Lesen und Genehmigung des Geschriebenen ersetzt werden kann, so geht ihnen die Fähigkeit ab, die gegenseitigen Erklärungen zu vernehmen und Mißverständnisse zu beseitigen. Die Aeußerungen des Willens solcher Personen können daher niemals zuverlässig sein, und schon aus diesem Grunde müssen sie nach §. 24. überhaupt für unfähig erachtet werden, Verträge zu schließen. Es kommt hierzu, daß solche Personen, wenn auch nicht als Taube, doch als Blinde, ihre schriftlichen Verträge nach §. 171. h. t. jedenfalls gerichtlich würden schließen müssen, daß sie aber gerade hieran völlig gehindert sind; der gerichtliche Abschluß setzt die Aufnahme eines Protokolls voraus, und Erforderniß eines solchen ist vor Allem, daß es von dem Erklärenden selbst genehmiget werde, es möge solches nach Vorlesung, oder, wie der §. 4. Tit. 3. Thl. II. A. G. O. vorschreibt, nach eigener Durchlesung der Verhandlung geschehen, und daß die Unterschrift des Erklärenden oder des hierbei seine Stelle vertretenden Assistenten hinzukomme (§§. 45. ff. a. a. O. — §§. 68—74. des Anh. zur A. G. O.). Eine Genehmigung des Protokolls kann von Blinden, die zugleich taub sind, nicht erfolgen, da ihnen der Inhalt desselben nicht mitgetheilt werden kann, insbesondere ist die Beobachtung der §. 8. A. G. O. II. 3. für die Verträge der Blinden vorgeschriebenen Förmlichkeiten völlig unmöglich. Mit dieser Unfähigkeit, Verträge abzuschließen, ist zugleich die völlige Unmöglichkeit verbunden, für sich selbst sorgen zu können. Es ist kein Austausch der Ideen mit solchen Personen möglich. Sie sind allen Eindrücken der Außenwelt, mit alleiniger Ausnahme der körperlichen, verschlossen, sie sind ganz von der Willkühr ihrer Umgebung abhängig, befinden sich somit in dem hülfslosesten Zustande, noch hülfloser als demjenigen des Taubstummen, der, wenn er auch im Stande ist, seinen Willen durch zwar nicht allgemein verständliche Zeichen auszusprechen, doch unter Vormundschaft gesetzt werden soll (A. G. O. II. 3. §. 7., A. L. R. II. 18. §. 16.). Es kann deshalb auch nicht genügen, den Blinden, welche zugleich taub sind, einen Kurator zum Abschlusse eines Vertrages beizuordnen, da sie nicht bloß zur Besorgung gewisser Geschäfte und Angelegenheiten unfähig und einer Vertretung bedürftig sind; sie nehmen vielmehr die Fürsorge des Staates in einem solchen Maße in Anspruch, daß ihnen nach §. 1. A. L. R. II. 18. Vormünder bestellt werden müssen.

(J. M. Bl. 1841 S. 151.)

2) Ueber die bei Aufnahme von Verträgen tauber Personen zu beobachtende Form vergl. die Erk. im Centralbl. 1843 S. 615 ff.

§. 30. Im §. 30. ist statt: »Genehmung« zu setzen: »Genehmigung«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 33. Die Anwendung des §. 33. bedingt, daß, neben der Thatsache der Kontraktschließung, dem unfähigen Schuldner solche, wenn auch nicht eben betrügliche Handlungen nachgewiesen werden können, welche den Entschluß des Andern, sich mit ihm in Geschäfte einzulassen, bestimmt haben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juni 1839. (Präj. Nr. 683.)

(Präj. Samml. S. 7, Centralbl. 1840 S. 684.)

Vergl. die Urtel I. und II. Inst. des O. L. G. zu Frankfurt im Centralbl. 1840 S. 635 und 637.

§. 36. Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851 Thl. II. Tit. 21., 23.

§. 37. 1) Bei Verträgen, die wegen persönlicher Unfähigkeit des einen Kontrahenten ungültig sind, genügt eine nach erlangter Fähigkeit von denselben erfolgende stillschweigende Genehmigung, z. B. die einfache Annahme einer Zahlung aus dem Vertrage, zur Heilung jenes Mangels nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1845. (Präj. Nr. 1660.)

Der §. 37. nimmt eine stillschweigende oder aus dem Zusammenhange folgende Ratihabition nicht für genügend an, sondern es muß das Anerkenntniß, wenn es auch nicht gerade selbst die wesentlichen Punkte des Geschäftes einzeln in sich aufzunehmen und wiederzugeben braucht, eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Vertrag enthalten, mit der bestimmten Erklärung, daß es eben jetzt noch Absicht sei, das Geschäft in allen Stücken, wie solches in dem in Bezug genommenen Vertrage niedergeschrieben worden, für gültig anzuerkennen. Die §§. 186—189. h. t. lassen zwar auch stillschweigende Anerkenntnisse durch Handlungen zu; jedoch setzen sie theils die Formrichtigkeit des Vertrages selbst, theils andere Gründe ihrer Ungültigkeit voraus, als die Unfähigkeit des Kontrahenten, namentlich den Mangel freier oder ernster Einwilligung.

(Präj. Samml. S. 7, Entsch. Bd. 12. S. 332.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Aug. 1847 an. (Rechtsf. Bd. 2. S. 130.)

2) Steht der §. 37. mit dem §. 137. A. L. R. II. 2. in Widerspruch?

Reinhard verneint, da die scheinbare Antinomie verschwinde, wenn man erwäge, daß durch ein in bestimmter Form abgegebenes Anerkenntniß erlangt werden solle, was ohne diese nur durch einen vollständigen Vertrag zu bewirken sei.

(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 613.)

§§. 37. u. 38. Beziehen die §§. 37. u. 38. sich nur auf die Verträge der Personen, welche zu Willenserklärungen durchaus unfähig sind, oder auch auf die Verträge solcher Personen, welche durch ihre Willenserklärungen nur Vortheile zu erwerben fähig sind?

a) Die erstere Alternative wird von den Gesetzrevisoren ausgeführt, welche bemerken:

In den §§. 37. und 38. sind zum Schluß der vorliegenden Rubrik die Bedingungen bezeichnet, unter denen ein wegen Unfähigkeit des einen Theils unverbindlicher Vertrag Gültigkeit erlangen kann. Dies soll nach §. 37. durch ein Anerkenntniß nur insofern bewirkt werden, als das Anerkenntniß für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Man vermißt hierbei die Berücksichtigung des in den §§. 10. und 11. hervorgehobenen Unterschiedes zwischen ganz unfähigen Personen, und solchen, die durch ihre Willenserklärungen nur Vortheile zu erwerben fähig sind. Die Verträge des Letzteren sollen durch die Genehmigung des Vormundes Gültigkeit erlangen können; wenn aber die Erklärung des Vormundes diese Wirkung hervorbringen kann, so ist nicht abzusehen, weshalb durch ein von Seiten des Kontrahenten selbst, nach gehobener Unfähigkeit erfolgendes Anerkenntniß nicht derselbe Erfolg sollte herbeigeführt werden können, — weshalb diesem Anerkenntnisse nur insofern Wirkung beigelegt worden, als es für einen neuen Vertrag angesehen werden kann. Es sind mit anderen Worten in den §§. 37. und 38. nur die absolut nichtigen Verträge, nicht aber die unvollkommenen, welche nur einen Theil verpflichten (negotia claudicantia), berücksichtigt. Dieser auffallende Mangel erklärt sich aus den Materialien des A. L. R. auf folgende Weise. In dem ersten ungedr. Entw. hieß es:

§. 40. Ein wegen Unfähigkeit der Kontrahenten ungültiger Vertrag kann, nach gehobener Unfähigkeit, durch ein ausdrückliches Anerkenntniß Gültigkeit erlangen.

§. 41. Auch Handlungen, welche ein unzweifelhaftes Anerkenntniß voraussetzen, sollen in solchem Falle einem ausdrücklichen Anerkenntniß gleich geachtet werden.

Ad marginem findet sich hierbei die Bemerkung: Ein Kontrakt, welcher contra legem ist, kann per agnitionem nicht konvalesciren; ein contractus claudicans wohl.

Bei Revision der Monita gegen den ungedr. Entw. bemerkte Suarez ferner: ad §§. 40., 41. Ich glaube, daß man diese beiden Paragraphen zusammenziehen könne.

Darauf hat der gedr. Entw. folgende Fassung erhalten:

§. 40. Ein wegen Unfähigkeit eines Kontrahenten für ihn unverbindlicher Vertrag kann, nach gehobener Unfähigkeit, durch ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß verbindliche Kraft erhalten.

§. 41. Ist aber der Vertrag wegen des einem Kontrahenten entgegenstehenden gesetzlichen Verbots von Anfang an nichtig, so gilt ein nachfolgendes Anerkenntniß nur insofern, als dasselbe für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann.

Gegen diese Bestimmungen waren wiederum verschiedene Erinnerungen erhoben worden, worüber Suarez in der rev. mon. Folgendes sagt:

ad §§. 40., 41. Die Monita bei diesen Paragraphen sind von zweifacher Art:

1) Einige gehen auf nähere Bestimmungen dessen, was hier unter stillschweigendem Anerkenntniß gemeint sei. An und für sich folgt zwar schon aus dem Begriff einer stillschweigenden Willenserklärung, was unter einem stillschweigenden Anerkenntniß verstanden werde. Daß also z. B. Jemand, der einen in minorennitate ausgestellten Wechsel adepta majorennitate prolongirt, oder das Schuldinstrument eintragen läßt, die Schuld agnoscire, braucht wohl nicht erst gesagt zu werden. Es giebt aber

a) einige Fakta, von welchen es zweifelhaft ist, ob sie pro agnitione zu achten, z. B. wenn Jemand adepta majorennitate fortfährt, eine in der Minderjährigkeit aufgenommene Schuld zu verzinsen, oder wenn er Zahlung darauf leistet, item, wenn Jemand eine in der Minderjährigkeit erkaufte Sache nach erlangter Volljährigkeit ferner zu gebrauchen fortfährt.

b) Kann gezweifelt werden, wie weit die agnitio tacita sich erstrecke, ob auf das ganze negotium und alle seine Nebenbedingungen, oder nur auf einen Theil desselben, z. B. ob der, welcher auf eine Schuld von 100 Thlr. nur 50 Thlr. Pfand giebt, die ganze Schuld, oder nur bis auf den Werth des Pfandes agnoscirt habe. Nach der Strenge der Theorie würde man freilich annehmen müssen, daß, weil ein jedes Anerkenntniß zugleich eine Entsagung des gesetzmäßigen Einwandes involvirt, solches nicht zu präsumiren, und, wenn es wirklich da ist, stricte zu erklären sei. So würde z. B. der gewesene Minorenne, der eine Abschlagszahlung geleistet hat, dadurch noch nicht die ganze Schuld anerkannt haben, und in dem Falle des Pfandes würde die Agnition auf den Werth desselben einzuschränken sein. Inzwischen muß ich doch anheimstellen, ob es nicht, um die im bürgerlichen Verkehr so äußerst nachtheiligen Ungewißheiten möglichst zu vermeiden, und den so sehr zweifelhaften Auslegungen über dergleichen stillschweigende Agnitiones, woraus oft die fatalsten Prozesse entstehen, zuvorzukommen, am besten sein möchte, sich nicht gar zu genau an die Theorie zu binden, sondern anzunehmen:

α) daß nur auf ausdrückliche Agnitiones zu sehen, auf stillschweigende aber gar nicht zu reflektiren (wie solches schon in dem Titel von Eltern und Kindern angenommen worden);

β) daß aber auch eine ausdrückliche Agnition, wenn sie einmal vorhanden, auf das ganze, während der Unfähigkeit vorgenommene negotium, mit allen seinen Haupt- und Nebenbestimmungen, zu deuten, insofern nicht der Agnition selbst Einschränkungen ausdrücklich beigefügt worden.

2) Einige Monenten bezweifeln die Richtigkeit des hier gemachten Unterschiedes zwischen negotiis, die absolut null sind, und solchen, die bloß ope exceptionis aufgehoben werden; andere verlangen nähere Bestimmungen.

An sich ist der Unterschied wohl gegründet. Wenn die Gesetze gewisse Personen für unfähig, Kontrakte zu schließen, erklären, so ist der Grund dazu entweder das eigene Beste solcher Personen, denen die Gesetze diese Befugniß absprechen, damit sie nicht ob labricam aetatem, oder wegen sonstiger Schwächen zu schädlichen negotiis verleitet und um das Ihrige gebracht werden mögen. Dies sind die Fälle bei Minorennen, bei Blödsinnigen und bei Verschwendern. Hier ist es natürlich, daß, wenn ein solcher Mensch nun in die Verfassung kommt, wo ihn die Gesetze für fähig erklären, seinen Sachen selbst vorzustehen, und die Folgen seiner Handlungen zu beurtheilen, seine bloße Agnition hinreichend sei, den während der Minderjährigkeit &c. geschlossenen Vertrag gültig zu machen, und zwar ab initio. Denn ein solches Anerkenntniß enthält zugleich die Erklärung, wie man einsähe, daß der Kontrakt von Anfang an nicht schädlich gewesen sei, und also ratio legis darauf keine Anwendung finde. Ganz anders verhält es sich, wenn der Grund, warum das Gesetz Jemanden das Kontrahiren untersagt, nicht in seinem eigenen Interesse liegt, sondern alibi, z. B. in rationibus utilitatis publicae etc. zu suchen ist. Dies ist der Fall bei Offizieren. Ein solcher Kontrakt laborirte von Anfang an an einer unheilbaren Nullität, kann niemals effectus juris produziren: wenn also auch der status, auf den sich das Verbotsgesetz bezieht, aufgehört hat, so kann ein bloßes Anerkenntniß nicht hinreichen, das dem negotio ursprünglich anklebende vitium zu heben. Es muß also ein ganz neues negotium geschlossen werden, und dies kann natürlich vim retroactivam nur insofern haben, als entweder declaratio expressa der Kontrahenten, oder dispositio legis specialis ihm solches beilegen.

Die Sache hat also wohl ihre Richtigkeit, aber die Fassung ist allerdings nicht adäquat. Denn es kommt freilich nicht darauf an, ob das entgegenstehende G. ein Verbotsgesetz sei oder nicht. Die Verordnungen, daß filiis familias etc. nicht geliehen werden solle, sind auch leges prohibitivae; es kommt vielmehr auf rationem legis an, ob bei diesem bloß die Obsorge für den Kontrahenten selbst, oder auch andere das Interesse des Ganzen oder eines Dritten betr. considerationes zum Grunde liegen. Ich würde deswegen die beiden Paragraphen nach vorstehenden Bemerkungen so fassen:

»Ein Vertrag, welcher unverbindlich ist, weil die Gesetze einen der Kontrahenten, um seines eigenen Besten willen, zu Schließung verbindlicher Verträge unfähig erklären, wird nur alsdann gültig, wenn derselbe nach gehobener Unfähigkeit den Vertrag ausdrücklich anerkennt.

»Die Wirkung eines solchen Anerkenntnisses erstreckt sich auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück, so wie auf den ganzen Umfang und Inhalt desselben, insofern nicht dem Anerkenntniß ausdrücklich Einschränkungen beigefügt worden.

»Hat aber das Gesetz gewissen Personen die Schließung einer oder der anderen Art von Verträgen aus Gründen des gemeinen Besten untersagt, so

ist, wenngleich durch Veränderung des Standes oder sonst das Hinderniß gehoben worden, ein bloßes Anerkenntniß, den Vertrag geltend zu machen, noch nicht hinreichend.

»Auch ein alsdann über dasselbe Geschäft von neuem geschlossener rechtsgültiger Vertrag erstreckt sich nicht auf den Anfang des Geschäfts zurück, als insofern solches zugleich ausdrücklich verabredet worden.«

Ad marg. dieser Stelle in der rev. mon. findet sich der Entw. zu derjenigen Bestimmung, die wir im §. 37. des Textes vorfinden. Suarez muß also entweder beim Vortrage keine Billigung seiner Ansicht gefunden, oder sich selbst von deren Unhaltbarkeit überzeugt haben. Wirklich läßt sich auch in dem Unterschiede zwischen Verbotsgesetzen, die den eigenen Vortheil des Unfähigen, und die, welche das gemeine Beste bezwecken, kein Anhaltpunkt auffinden, weil jedem Verbotsgesetze beide Zwecke untergelegt werden müssen. Richtig ist es dagegen, daß ein erkennbarer Unterschied zwischen absolut nichtigen, und nur für Einen Kontrahenten unverbindlichen Geschäften vorhanden sei. Richtig sind die Verträge derjenigen Personen, welche zu Willenserklärungen ganz unfähig sind: bloß unverbindlich für den Unfähigen die Verträge derjenigen, welche durch ihre Willenserklärungen nur Vortheile erwerben können. Eine andere Verschiedenheit aber läßt sich nicht aufstellen, namentlich liegt den Verbotsgesetzen wegen der Offizierschulden, woran Suarez bei Revision der Monita gegen den gedr. Entwr. dachte, nicht eine persönliche Unfähigkeit zu Willenserklärungen überhaupt zum Grunde, sondern das Verbotsgesetz bezieht sich auf eine gewisse Gattung von Verträgen.

(Ges. Rev. a. a. O., Mot. zu §§. 9 — 33. des Entw. S. 54 ff.)

b) Bornemann behauptet die letztere Alternative, weil die Willenserklärungen der Personen, welche nur Vortheile aus denselben erwerben können, niemals bloß unverbindlich seien, indem es nicht von ihnen abhänge, ob sie daran gebunden sein wollen oder nicht, sondern vielmehr in Betreff des Unfähigen so lange ebenfalls ungültig seien, bis sie vom Vormunde genehmiget worden; weil ferner die Erklärungen, wenn der Vormund solchen nicht beitrete, wenn dieselben namentlich ihm, damit er nicht expresse dissentire, verheimlicht würden, dergestalt ungültig bleiben, daß keinem Theile daraus eine Klage oder Exception, und selbst nicht die soluti retentio zustehe; weil endlich nicht abzusehen sei, weshalb ein Unterschied zwischen Willenserklärungen der Kinder und Unmündigen u. s. w. gemacht werden solle, da beide ohne den Hinzutritt eines Anerkenntnisses gleich wirkungslos seien.

(System Bd. 1. S. 264 Anm.**, vergl. 2. Ausg. Bd. 1. S. 95 ad 5. u. Anm. 4.)

§§. 40—45. Verträge über die Handlungen eines Dritten.

Grattenauer, über die Rechtsgültigkeit des Versprechens einer fremden Handlung (promissionis facti alieni) und des Vertrages zum Vortheil eines Dritten (stipulationis pro tertio factae). (In den Abhandlungen und Aufsätzen über verschiedene Gegenstände der Rechtswissenschaft. Glogau. 1805. Thl. I. Nr. III. Vergl. die Recension in Mathis Bd. 2. S. 58 sqq. und S. 163 sqq.)

L., Abhandl. über die Verträge über fremde Handlungen. (J. W. 1856. S. 329 ff.)

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 321 ff.

1) Ueber den Grad der im Falle des §. 43. anzuwendenden diligentia und über den Grad des im Falle des §. 44. zu vertretenden Versehens sind verschiedene Meinungen aufgestellt worden.

a) Grävell bemerkt, daß, wenn der Kontrakt keine speziellen Bestimmungen über ersteren Punkt enthalte, der Grad des aufzuwendenden Fleißes nach den allgemeinen Vorschriften über die Prästation der culpa bei Verträgen zu beurtheilen sei, da hier die Rechtskränkung eben in der Unterlassung des schuldigen Fleißes bestehe. (A. L. R. I. 3. §. 9. u. I. 6. §. 9.) (Generaltheorie rc. S. 99 Anm.*).

b) Bielitz hält den Promittenten, der nach §. 67. h. t. eine gehörige Mühe anwenden müsse, zur diligentia quam suis verpflichtet.

(Komm. Bd. 1. S. 539.)

c) Bornemann, welcher die Ansicht Bielitz's für irrig erklärt, bemerkt:

Im Entw. II. 2. §. 46. war bestimmt, daß ein mäßiges Verschulden den Versprechenden zum Schadenersatz verpflichte; es wurde aber monirt, daß nicht immer culpa levis prästirt werden müsse, es vielmehr lediglich auf die Natur des Vertrages und besonders darauf ankomme, ob ein wohlthätiger oder lästiger Vertrag vorliege. v. Gosler und Suarez sind diesem monitum beigetreten, und es ist demnächst dem §. 46. des Entw. die im §. 44. h. t. enthaltene Fassung gegeben. Hieraus erhellt, daß die Worte: »durch sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen« dahin zu verstehen sind, daß ein grobes Versehen bei wohlthätigen, ein mäßiges bei lästigen zu vertrten sei. Ein gleiches, resp. grobes und mäßiges Versehen muß der Promittent vertreten, wenn es sich fragt, ob er die erforderlichen Bemühungen angewendet habe.

(System Bd. 2. S. 415 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 230 Anm. 1.)

d) Koch will nicht zwischen lästigen und wohlthätigen Verträgen unterschieden wissen, und bemerkt:

Es läßt sich nicht allgemein behaupten, daß der Promittent bei letzteren nur alsdann den Schaden ersetzen müsse, wenn er durch ein grobes Versehen die Handlung verhindert hat. Denn das Versprechen geht gerade darauf, daß der Promittent seine Bemühungen anwenden wolle, die Handlung zu bewirken. In der Anwendung dieser Bemühung ist zwar derjenige, welcher sie umsonst versprochen hat, nach der allgemeinen Regel gelinder zu beurtheilen, als der Bezahlte; aber bei der Verhinderung der Handlung, die er zu bewirken versprochen hat, paßt diese Regel nicht, sondern es ist eher zu rechtfertigen, daß jeder Promittent jedes Versehen, wodurch er die versprochene Handlung, statt sie durch Anwendung der gehörigen Bemühung zu bewirken, verhindert, verantworten müsse. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 313.)

e) L. bemerkt, daß die Frage, welche Mühe der Promittent anwenden müsse, jedesmal nur aus dem speziellen Falle ersehen werden könne. Jedenfalls müsse diese Mühe die richtige, die zum Ziele führende sein (§. 67.) und der Richter habe im Zweifel nach der Absicht und nach dem Wissen der Parteien, und insbesondere nach dem Werthe der Gegenleistung das Maß der anzuwendenden Mühe zu bestimmen. Dem Nichtanwenden der Mühe könne nur das Verhindern der fremden Handlung durch positives Thun gegenüberstehen, und deshalb auch der §. 44. nicht wieder auf das Verschulden durch Unterlassung der Mühe bezogen werden, weil darüber schon im §. 43. Bestimmung getroffen sei. Das zu prästirende Versehen werde aber auf das mäßige beschränkt, und es falle auch die culpa levis in concreto nicht darunter (§. 278.). Wenn aber der Promittent selbst gar keinen Vortheil aus dem Vertrage zu erwarten habe, so brauche er nur grobes Versehen zu vertreten (§. 280.). (J. W. 1846 S. 333.)

2) Zieht auch das grobe Versehen bei Verträgen dieser Art nur den Ersatz des wirklichen Schadens oder die vollständige Genugthuung nach sich?

a) Die Gesetzrevisoren äußern sich dahin:

Der §. 45. scheint durch seine Fassung auf einen Gegensatz zu dem vorhergehenden Paragraphen hinzuweisen, der den Umfang der zu leistenden Genugthuung bezeichnet, indem es am Schlusse heißt: er muß vollständige Genugthuung leisten. Dieser Gegensatz ist indeß nicht der richtige; von dem Umfange der zu leistenden Genugthuung kann und soll hier gar noch nicht die Rede sein; der Gegensatz betrifft vielmehr die Fälle, wenn der Versprechende bloß verpflichtet worden, seine Bemühungen zur Bewirkung der versprochenen Handlung anzuwenden, und wenn er für den Erfolg zu stehen übernommen hat.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 34—71. des Entw. S. 58.)

b) Arndts ist der Meinung, daß unter der vollständigen Genugthuung, zu welcher der für den Erfolg einzustehen verpflichtete Promittent der Handlung eines Dritten verbunden sei, nach der Rechtstheorie, woraus diese Bestimmungen entnommen seien (Leyser, Spec. 521. med. 10., Mevius Dec. III. 206., VI. 406., VIII. 33.), nur das volle Vertragsinteresse verstanden werden könne.

(J. W. 1838 S. 528.)

c) L. nimmt an, daß auch bei grobem Versehen nur der wirkliche Schaden zu ersetzen sei.

Hierfür spreche: α) daß nach der den betr. landrechtlichen Bestimmungen zum Grunde liegenden gemeinrechtlichen Theorie nur der das volle Interesse zu leisten habe, der für den Erfolg zu stehen versprochen habe; β) die Billigkeit, der das A. L. R. überall huldige, und γ) daß das A. L. R. fast durchgehend da, wo über Rechte und Sachen Dritter kontrahirt ist, und ein Kontrahent durch sein grobes Versehen die Nichterfüllung des Vertrages verursacht, diesen niemals zum Ersatze des vollen Interesse des anderen Kontrahenten verurtheile, indem es alle dergleichen Fälle den Verträgen über bedingt unmögliche Handlungen gleichstelle. (J. W. 1846 S. 338.)

3) Muß die Erklärung des Promittenten, für den Erfolg einstehen zu wollen, mit ausdrücklichen Worten abgegeben sein, um ihn zu verpflichten?

a) Bielitz bejahet auf Grund des §. 49. h. t. und der §§. 271., 272. A. L. R. I. 14., weil ein solches Versprechen unleugbar eine Verbürgung sei. (Komm. Bd. 1. S. 540.)

b) Bornemann verneint, weil das G. nur verlange, daß die Uebernahme jener Verpflichtung aus dem Vertrage erhelle. Der

§. 49. stehe dem nicht entgegen, da er nicht Sitz der Materie sei. Namentlich habe der Versprechende für den Erfolg zu stehen, wenn er sich für bereits bestehende Obliegenheiten eines Dritten verbürge, also das Geschäft ein akcessorisches sei. (A. L. R. I. 14. §§. 200—203., 206—218., 257., 269., 270., 399., 400.) Hierdurch unterscheide sich ein solches von einem selbstständigen Geschäfte der in Rede stehenden Art, und die größere Strenge der Bürgschaft beruhe darauf, daß das Versprechen, die Handlung des Dritten zu bewirken, müßig wäre, wenn es nur die Pflicht mit sich führen sollte, den Dritten zur Leistung der Handlung zu bewegen.

(Rechtsgesch. S. 105, vergl. System Bd. 2. S. 416 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 230.)

c) Koch bemerkt: es sei unter den gemeinrechtlichen Juristen streitig gewesen, wann anzunehmen, daß der Promittent für den Erfolg zu stehen übernommen habe. (cf. Stryck usus mod. XLV. 1. §. 2. und Cautel. contr. Sect. II. c. V. §. 6., Wernher, Sel. obs. P. X. obs. 311., Leyser, Sp. 521. m. 10.) Das A. L. R. verlange weder eine ausdrückliche Erklärung, für den Erfolg einstehen zu wollen, noch verbinde es diese Verpflichtung mit einem bestimmten Ausdrucke, sondern es verlange, daß es aus dem Vertrage erhelle. Die Willenserklärung müsse daher, wenn sie zweifelhaft sei, nach den allgemeinen Auslegungsregeln gedeutet werden.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 314.)

§§. 46—50. Verträge über die Sachen eines Dritten.

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 323—324.

§. 46. Was ist Rechtens, wenn über eine Sache nicht ausdrücklich als über eine fremde kontrahirt worden?

Koch, welcher bemerkt, daß das A. L. R. hierüber keine Entscheidung treffe, stellt für diesen Fall folgende Regeln auf:

a) Wissen beide Theile, daß der Promittent nicht wirklicher Eigenthümer sei, und haben sie dabei eine dolose Absicht, so folgt aus §. 50. h. t. (cf. §. 160. I. 11.) die Nichtigkeit des Geschäftes; ebenso wenn beide Theile sich geirrt haben. (I. 16. §. 205.)

b) Irrt aber der Promissar über die Befugniß der Promittenten, oder kennt er die rechtliche Eigenschaft der Sache gar nicht, so ist der Vertrag nichtig. Dies wird aus den Vorschriften des A. L. R. I. 14. §§. 68., 69., I. 21. §. 247. und I. 11. §. 19. für die einzelnen Rechtsgeschäfte des Depositums, des Kommodats, der Miethe und des Kaufes näher entwickelt.

(Recht der Ford., Bd. 2. S. 315 ff.)

Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 15. März 1848 an, daß die Veräußerung einer fremden Sache, welche als solche beiden Theilen bekannt war, wirksam wird, wenn der Veräußerer nachher die Dispositionsbefugniß erwirbt. (Entsch. Bd. 16 S. 452.)

2) Ueber die Frage: ob der Vertrag gültig ist, wenn ein Theilhaber an einer Gemeinschaft oder ein Miterbe das gemeinschaftliche Ganze oder eine dazu gehörige einzelne Sache unter der Voraussetzung, daß ihm das alleinige Eigenthum bei der Auseinandersetzung überlassen werden wird, und diese Voraussetzung in der Folge auch wirklich eintritt, verkauft? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 17. §§. 10—24.

§§. 51—57. Verträge über unmögliche Handlungen.

§. 53. Ist in dem Falle des §. 53. der Vertrag zu Gunsten des Akceptanten als rechtsbeständig zu erachten, und derselbe daher befugt, das ganze Vertragsinteresse zu fordern?

Arndts bejahet, indem er sich auf die Worte des Gesetzes und die Konformität des Röm. Rechts bezieht, und die Entschädigung nach dem Prinzipe, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern solle, nicht für anwendbar erachtet. (J. W. 1838 S. 526 ff.)

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 1. zum §. 53. h. t.)

Bornemann dagegen verneint. Er äußert sich dahin:

Für die Ansicht, daß der Vertrag zu Gunsten des Akceptanten als rechtsbeständig anzusehen, und derselbe demnach befugt sei, das volle Vertrags-Interesse zu fordern, läßt sich Folgendes anführen: 1) Die Fassung des §. 53. in Vergleichung mit den §§. 51., 52., 54. gebrauchten Worten, indem in den zuletzt gedachten Paragraphen die Ungültigkeit des Vertrages ausdrücklich ausgesprochen, in dem §. 53. dagegen dies nicht geschehen ist. Die hieraus zu ziehende Folgerung wird indessen wieder schwankend, wenn man die §§. 56., 57. ins Auge faßt, indem darin die Unverbindlichkeit des Vertrages in allen vorbezeichneten Fällen vorausgesetzt ist. 2) Der §. 49., wonach derjenige, welcher eine fremde Sache versprochen und für den Erfolg zu stehen sich ausdrücklich verpflichtet hat, bei nicht zu verlangender Einwilligung des Eigenthümers in die Ueberlassung der fremden Sache an den anderen Kontrahenten, denselben wegen Nichterfüllung des Vertrages vollständige Genugthuung leisten muß. Hierbei ist indessen zu berücksichtigen, daß das Gesetz zwischen Verträgen über fremde Sachen und bedingt unmögliche Leistungen ausdrücklich unterscheidet, mithin das für den einen Fall Verordnete auf den anderen nicht wohl bezogen werden kann. 3) Der §. 40. Tit. 11., wonach der Verkäufer, welcher eine nicht mehr vorhandene Sache wissentlich verkauft, dem Käufer das Interesse leisten muß, darunter aber nach §. 287. h. t. der durch Nichterfüllung des Vertrages zugefügte Schaden und entzogene Gewinn zu verstehen ist. In dem gleich darauf folgenden §. 44. Tit. 11. ist indessen unter dem Ausdruck Interesse dasjenige verstanden, welches dem Käufer aus der Aufhebung erwächst, und daher wiederum zweifelhaft, ob in dem §. 40. l. c. ein anderes Interesse gemeint ist. Gegen die erwähnte Ansicht läßt sich, abgesehen von den §§. 56., 57. der §. 58. h. t. anführen, wonach Verträge über Sachen, welche dem Verkehre entzogen sind, ohne Ausnahme ungültig sein sollen, wenn das Hinderniß nicht gehoben werden kann, obwohl dergleichen Verträge, wie auch in dem §. 67. h. t. angedeutet ist, zu den bedingt unmöglichen gehören. Ich muß daher die von mir vertheidigte Ansicht, daß der Vertrag auch in dem §. 53. bezeichneten Falle nach unserem A. L. R. ungültig sei, immer noch für die richtige halten, wiewohl sich für die entgegengesetzte Ansicht sehr scheinbare Gründe anführen lassen.

(System 2. Ausg. Bd. 2. S. 234, vergl. 1. Ausg. Bd. 2. S. 424, Rechtsgesch. S. 94.)

§. 55. Ueber die anscheinende Antinomie zwischen dem §. 55. h. t. und dem §. 131. A. L. R. I. 4., vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 301 und Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 326.

§. 56. Koch ist der Ansicht, daß der §. 56. sich nur auf die Fälle der hypothetischen Unmöglichkeit, nicht auf den Fall des §. 51. bezieht. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 206, Landr. Bd. 1. zum §. 56.)

Gruchot widerlegt diese Meinung. (Beitr. Bd. 1. S. 326.)

§. 57. Dieser Paragraph ist, wie die §§. 53—55., erst bei der rev. mon. des gedr. Entw. entstanden. Es wurde von einem Monenten folgender Fall angeführt: »Cajus verspricht dem Mevius 100 Stück Dukaten, wenn er die Tullia heirathet. Zur Zeit des Versprechens hat Tullia einen Mann, wird aber nachher Wittwe, und Mevius heirathet sie.« Der Monent hielt den Vertrag für bindend, die Redaktoren nahmen seine Ansicht an, fügten aber die im §. 57. enthaltene Maßgabe bei.

(Bornemann's System Bd. 2. S. 424 Anm.* Nr. 2., 2. Ausg. Bd. 2. S. 233 Anm. 2. ad 2.)

Koch bemerkt hierbei: die Bestimmung des §. 57. passe nicht zu dem Grundsatze, wonach ein Vertrag über eine auch nur bedingt unmögliche Handlung nichtig sein solle. Man habe, wie das Beispiel zeige, welches dazu Veranlassung gegeben, dabei an eine Bedingung gedacht. Die Bestimmung stehe daher hier am unrechten Orte.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 301, vergl. Landr. Bd. 1. zum §. 57.)

§§. 58—67. Verträge über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind.

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 327—328.

§. 58. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4.

§§. 68. u. 69. Verträge über unerlaubte Handlungen.

1) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 3. §§. 35. u. 36. und zum A. L. R. I. 4. §. 6.

2) Kann die Wiederaufhebung des bereits erfüllten Vertrages, oder die Fortsetzung der bisherigen Leistungen aus demselben gerichtlich verlangt werden, nachdem das Verbot derselben aufgehört hat?

Grävell bemerkt: es sei zu verneinen und zu bejahen, je nachdem das Verbotsgesetz ein absolutes oder hypothetisches, mithin die daraus entspringende moralische Unmöglichkeit allgemein oder mit Vorbehalt der Dispensation ausgesprochen war.

(Generaltheorie S. 108 Anm.**)

Bornemann tritt bei, und führt noch als Grund an, daß, wenn das Verbotsgesetz absolut sei, erst mit dem Augenblicke der Aufhebung, also nach dem Kontrakt, der Gegenstand im Verkehr zu sein anfange, wenn aber Dispensation zu erlangen sei, die Kontrahenten durch die General-Aufhebung dasjenige ohne spezielle Nachsuchung erlangen, was sie gewollt haben, der Promittent, der zurück-

treten wollte, also mit sich selbst in Widerspruch treten würde. Er beruft sich überdies noch auf die Vorschrift des §. 12. A. L. R. I. 3. (Rechtsgesch. S. 81.)

§. 68. Sind Verträge unter Eheleuten über das Getrenntleben während der Ehe für gültig zu erachten?

1) Der I. Sen. des Ob. Trib. hat sich hierüber in folgenden Entscheidungen ausgesprochen:

a) Das Erk. v. 11. März 1847, welches einen Fall betrifft, wo die Ehegatten in Gütergemeinschaft lebten, führt aus:

Ein Vertrag, wodurch der Ehemann seiner Ehefrau gestattet, abgesondert von ihm zu wohnen, enthält zwar an sich keinen Vertrag über eine unerlaubte Handlung (§. 68. h. t.), worunter das A. L. R. nur solche Verträge versteht, die im Gesetze mit Strafe bedroht sind und eine Rechtsverletzung in sich enthalten; dagegen ist eine solche Vereinbarung als Vertrag, der ein erzwingbares Recht, der darin übernommenen Verbindlichkeit (Entsagung des Ehemannes auf die Verwaltung des in die G. G. eingebrachten Vermögens der Ehefrau und der Verfügung darüber, Aufhebung der G. G. und Vereinbarung über die Erbfolge) gegenüber keineswegs gültig. Die Gesetze verbieten außer den unerlaubten noch sonstige Handlungen, und sprechen ihnen die rechtliche Wirksamkeit ab, ohne daß solche Handlungen Strafe nach sich ziehen, oder daß ein amtliches Einschreiten gegen solche Vereinbarungen eintritt. Solche Vereinbarungen bestehen aber nur, so lange die Betheiligten ihren Willen nicht ändern; es gilt von ihnen die Vorschrift des §. 6. A. L. R. I. 4. Ihre Erfüllung bleibt daher nur der Willkühr des Verpflichteten überlassen (§§. 71. u. 39. A. L. R. I. 5. u. §. 6. A. L. R. I. 4.). Mit Rücksicht auf §. 175. A. L. R. II. 1. ist aber eine nach geschlossener Ehe getroffene Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, für keinen Theil erzwingbar, sondern für jeden Theil widerruflich, und wenn der andere Theil auf Grund derselben die Erfüllung seiner ehelichen Pflicht verweigert, so folgt daraus nur das Recht, auf Scheidung anzutragen. Da aber der ein zusammenhängendes Ganze bildende Vertrag in seinen wesentlichen Theilen nicht bestehen kann, so fallen damit auch seine einzelnen, an sich gültigen Bestimmungen fort.

(Rechtsfälle Bd. 1. S. 20 Nr. 11.)

b) Das Erk. v. 31. Jan. 1852 spricht aus, daß ein Vertrag unter Eheleuten, in welchem verabredet worden, künftig der fortbestehenden Ehe ungeachtet getrennt von einander leben zu wollen, in dem Falle, wenn die Ehe durch den Tod aufgelöst worden, als ein unerlaubter und deshalb in sich nichtiger Vertrag nicht mehr angefochten werden kann.

Es gehört zwar das Zusammenleben der Ehegatten zum Wesen der Ehe (§. 175. A. L. R. II. 1.); allein abgesehen davon, daß der §. 682. a. a. O. selbst einen Fall aufführt, wo das Gesetz eine ein getrenntes Leben der Ehegatten unter gewissen Voraussetzungen bezweckende Verabredung als zulässig und gültig anerkennt, so ist auch der eigentliche Zweck eines solchen Vertrages, wie der hier vorausgesetzte, nicht sowohl die Hervorbringung eines getrennten Lebens der Eheleute, als vielmehr die Vermeidung der gänzlichen Trennung und Auflösung der Ehe durch Verfolgung des vorhandenen Ehescheidungsgrundes, und deshalb kann derselbe nicht als ein Vertrag über unerlaubte Handlungen im Sinne des §. 68. h. t. angesehen werden; wobei indeß die Frage dahingestellt bleiben kann, ob er civilrechtlich verpflichtend gewesen, so weit er sich auf das getrennte Leben der Eheleute bezog, da er Seitens beider Theile bis zum Tode des Ehemannes wirklich erfüllt worden. (Entsch. Bd. 20. S. 143 ff.)

c) Das Erk. v. 9. Juli 1852 nimmt an:

α) Ein zwischen Eheleuten, die in getrennten Gütern leben, abgeschlossener Vergleich, wodurch die Ehefrau die Ehescheidungsklage und einen Antrag auf Einleitung einer Criminaluntersuchung gegen ihren Ehemann zurücknimmt, der Ehemann aber seiner Frau gestattet, getrennt von ihm zu leben, dem Nießbrauche an dem eingebrachten Vermögen derselben entsagt, und dasselbe als vorbehaltenes Vermögen der unbeschränkten Disposition derselben überläßt, ist in Betreff seiner vermögensrechtlichen Folgen nicht unverbindlich.

β) Der Ehemann ist nach Abschluß eines solchen Vertrages nur berechtigt, die seiner Frau ertheilte Erlaubniß, getrennt von ihm zu leben, zu widerrufen.

Dieser Fall weicht von dem durch das Präj. v. 11. Mai 1847 (s. oben sub a.) entschiedenen darin wesentlich ab, daß bei jenem nicht von einer eigentlich lästigen Vertrags-Verhandlung, welche hier vorliegt, die Rede sein konnte; daß ferner hier keine G. G. vorliegt (wegen deren Aufhebung und in Betreff des gegenseitigen Erbrechts Vereinbarung getroffen war), und daß endlich bei jenem früheren Vertrage die Aufhebung des ehelichen Verhältnisses mit allen seinen rechtlichen Folgen unter scheinbarem Fortbestehen der Ehe den alleinigen Hauptzweck bildete, wogegen hier ein ganz anderer Zweck vorwaltet, nämlich die Abwendung der nachtheiligen Folgen der beabsichtigten Einleitung einer Untersuchung. Ein solcher Vergleich ist ein lästiger Vertrag, dessen Hauptgegenstand und einziger Zweck keineswegs die faktische Trennung des ehelichen Verhältnisses, sondern ein ganz anderer ist. — Ein solcher Vergleich ist nicht gesetzwidrig und unverbindlich; denn das Gesetz verbietet nirgends einem Ehemanne, seiner Ehefrau eine zeitweise Trennung von ihm zu gestatten; es bleibt ihm unbenommen, die gestattete Erlaubniß jederzeit zu widerrufen und im Falle der Weigerung der Rückkehr auf Scheidung zu klagen. Die Gestattung des Getrenntlebens, welche, wenn damit eine forwährende Trennung beider Eheleute gemeint sein sollte, gegen den §. 175. A. L. R. II. 1. verstoßen, und deshalb unverbindlich sein würde, macht aber den Vergleich selbst nicht ungültig, sondern ist auf dessen sonstige Bestimmungen einflußlos, welche daher verbindlich bleiben. Widerruft also der Ehemann seine Erlaubniß zum Getrenntleben, und wird dadurch das Zusammenleben wiederhergestellt, so behält das Vermögen der Ehefrau die ihm durch den Vergleich beigelegte Eigenschaft des Vorbehaltenen. Denn es ist dies nur das Aequivalent, welches der Ehemann der Frau für Entsagung ihres Klagerechts zugesichert hat. Der Vertrag ist in diesem Falle nicht, wie in dem durch das Präj. v. 11. März 1847 entschiedenen Falle, für ein zusammenhängendes, in seinen einzelnen Theilen untrennbares Ganze anzusehen. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 253 Nr. 60.)

2) Die II. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammergerichts hat in dieser Beziehung unterm 6. April 1853 folgenden Rechtsgrundsatz angenommen:

Eine Verabredung unter Eheleuten, wonach sie getrennt von einander leben wollen, und der Ehemann seiner Ehefrau auch in dieser Absonderung den Unterhalt durch bestimmte Zahlungen zu gewähren verspricht, kann zwar jederzeit von dem einen oder anderen Theile widerrufen werden, und ist also für die Zukunft unverbindlich; für die Vergangenheit aber, während welcher die Absonderung auf Grund der Uebereinkunft bestanden hat, muß der Ehemann die versprochenen Unterhaltungsgelder an seine Ehefrau zahlen. (Präj. Nr. 15.)

§§. 71–73. Von unbestimmten Verträgen.

§. 71. 1) Die Vorschrift des §. 71. greift nur in dem Falle Platz, wo der Hauptgegenstand eines Vertrages ganz unbestimmt, oder dessen Erfüllung der Willkühr des einen Theils überlassen ist, nicht aber dann, wenn sich nur bei einer Nebenabrede eine solche Mangelhaftigkeit zeigt. In dem letzteren Falle bleibt der Vertrag selbst bei Kräften, und es wird nur über den Gegenstand der Nebenabrede nach den sonst vorhandenen gesetzlichen Vorschriften vom Richter befunden.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1840. (Präj. Nr. 961.)

(Präj. Samml. S. 7.)

Koch bemerkt, daß die Fassung dieses Präj. in den Worten: »oder dessen Erfüllung der Willkühr eines Theils«, fehlerhaft sei. Die Erfüllung dürfe nur nicht von der Willkühr des Verpflichteten abhangen; der Willkühr des Berechtigten könne sie völlig gültig überlassen werden. (Landr. Bd. 1. S. 222 Anm. 64.)

2) In der Abhandl. in Dr. Löwenberg's Beitr. zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung Bd. 1. S. 576 ff. wird ausgeführt, daß Verträge, wodurch Privatpersonen, welche mit einer Staatsbehörde über Gegenstände des Privateigenthums kontrahiren, etwanige Streitigkeiten, die wegen Auslegung oder Erfüllung des Vertrages entstehen können, unter Verzichtleistung auf den Rechtsweg, im Voraus der Entscheidung der mit ihnen kontrahirenden Staatsbehörde unterwerfen, ungültig sind.

3) Ein Vertrag, welcher das Pachtgeld einer Ziegelei auf eine bestimmte Summe für jeden Brand von Ziegelsteinen festsetzt, fällt nicht unter den §. 71. h. t.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 229 Nr. 49.)

4) Derjenige, welcher mit einem Anderen die Vereinbarung getroffen hat, dessen Pflegetochter gegen Zuwendung der Hälfte seines Nachlasses zu heirathen, kann, nachdem er die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat, nicht auf Erfüllung klagen [1]).

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1855.

In einem Vertrage des in Rede stehenden Inhalts ist ein Hauptgegenstand desselben, die Gegenleistung, nicht allein unbestimmt gelassen, sondern sogar dessen Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten anheimgestellt. Denn zum Wesen eines jeden Vertrages gehört Bestimmung der Sache, welche Gegenstand des Vertrages sein soll, bei zweiseitigen Verträgen also: Leistung und Gegenleistung

---

[1]) Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Nov. 1845 (Präj. Nr. 1631.) zum §. 165. h. t. Zus. 2.

Die versprochene Gegenleistung: die Hälfte des Nachlasses zuzuwenden, ist aber eine völlig unbestimmte, ja eine völlig ungewisse und in die Willkühr des dieselbe Versprechenden gestellte; denn er konnte bis zu seinem Tode über sein Vermögen so disponiren, daß bei seinem Tode kein Nachlaß vorhanden war. Nach §. 71. h. t. sind aber Verträge, deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten lediglich überlassen ist, unverbindlich. Soll aber in dem Versprechen eine Disposition von Todeswegen liegen, so ist auch hiernach der Anspruch nicht gerechtfertigt. Zwar können durch Erbverträge ein Kontrahent dem anderen, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen (§. 617. A. L. R. I. 12.); das Gesetz schreibt aber im §. 621. a. a. O. ausdrücklich vor, daß dergleichen Erbverträge, wie Testamente, gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden müssen.

(Entsch. Bd. 31. S. 398, Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 178 Nr. 43.)

§§. 71. u. 125. Wenn in einem Kaufvertrage über ein Bauergut die Vereinbarung enthalten ist, daß der Käufer desselben die nicht näher festgesetzten, dem Verkäufer, seiner Ehefrau und seinen Kindern zu gewährenden Ausgedinge-Leistungen nach billigem Ermessen zu entrichten habe, so finden hierauf die Vorschriften der §§. 71. u. 125. h. t. keine Anwendung, sondern der Vertrag ist gültig, und wenn der Verkäufer die seinem billigen Ermessen überlassene Feststellung bei seinen Lebzeiten nicht getroffen hat, so entscheidet darüber die unter Zuziehung von Sachverständigen zu bewirkende richterliche Feststellung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Febr. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20 S. 173 Nr. 43.)

Eben so nimmt das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 26. April 1854 an, daß, wenn in einem Kaufvertrage über ein Rustikalgut, dessen Uebergabe der Verkäufer sich noch vorbehalten hat, der darin stipulirte zu gewährende Altentheil nicht näher bestimmt ist, dies keinesweges die Ungültigkeit des Kaufvertrages zur Folge habe, sondern die Festsetzung des Auszuges der richterlichen Entscheidung unterliege. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 16 Nr. 6.)

§§. 72. 73. Ueber die Frage: ob in dem Falle, wenn die Parteien die Bestimmung des Preises einer Sache, oder der Vergütung einer Arbeit von dem Ermessen eines Dritten abhängig gemacht haben, dieser Dritte als ein Schiedsrichter, und die Vereinbarung als ein Kompromiß anzusehen? vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 2. §§. 167—176.

§§. 74—77. Verträge über den Vortheil Dritter.

Vergl. die zu §§. 40—45. h. t. alleg. Abhandl. von Grattenauer. Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 333—335.

§. 74. 1) Wenn die Vortheile eines Dritten Gegenstand eines Vertrages sind, so dürfen die Kontrahenten gegeneinander auf dessen Erfüllung dringen, ohne daß es des Beweises bedarf, daß sie bei letzterer ein besonderes Interesse haben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1845. (Präj. Nr. 1571.)

Nach §. 74. können die Vortheile eines Dritten ganz ohne Einschränkung Gegenstand eines Vertrages sein, also auch unabhängig davon, inwiefern der Dritte selbst ein Recht erwirbt, was nur durch seinen Beitritt geschehen kann (§§. 75—77., 89., 153., 191. h. t.), eine Klage auf Erfüllung Seitens des Kontrahenten begründen (§. 270. h. t., §. 112. A. L. R. I. 4.). Das A. L. R. hat eben die entgegengesetzte Regel des Röm. R. beseitigen wollen.

(Präj. Samml. S. 7, Entsch. Bd. 13. S. 152.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. S. 223 Anm. 68. gegen die Begründung dieses Präj. aus dem §. 112. A. L. R. I. 4.

2) Wenn in einem Kaufkontrakte der Käufer sich verpflichtet, einen Theil des Kaufgeldes an einen Dritten auszuzahlen, so begründet dies nicht den Begriff eines Vertrages zum Vortheil eines Dritten im Sinne und mit den Wirkungen der §§. 74—77. A. L. R. I. 5.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1853. (Präj. Nr. 2464. zu 1).

Ein Vertrag, der die Vortheile eines Dritten zum Gegenstande hat, im eigentlichen Sinne, ist in diesem Falle nicht vorhanden. An wen der Käufer zu zahlen hat, interessirt ihn gar nicht; die Bestimmung des Verkäufers in dieser Beziehung hat lediglich den Charakter einer Anweisung, welche der Assignat, insofern er dadurch nicht schlechter gestellt wird, gesetzlich annehmen muß (§. 256. A. L. R. I. 16.). Der Rechtsgrund, aus welchem der Verkäufer dem Dritten die Zahlung aussetzt, ist nicht Gegenstand der Festsetzung zwischen dem Käufer und Verkäufer. Die Erklärung des Verkäufers hierüber bedarf keiner ausdrücklichen Akceptation Seitens des Dritten, sondern es muß nur feststehen, daß der Verkäufer sie an ihn gerichtet hatte, um sie für den Verkäufer obligatorisch zu machen. Mithin kann davon, daß der Verkäufer jene schriftlich wiederholen, oder daß er den Beitritt des Dritten, die schriftlich geschehene Akceptation der Erklärung, wieder schriftlich genehmigen müsse, nicht die Rede sein. Was den anderen Kontrahenten, den Käufer, anbelangt, so bedarf es, da dieser bei der in Rede stehenden Feststellung gar nicht betheiligt ist, Seitens desselben auch keiner Konkurrenz bei den Verhandlungen zwischen dem Verkäufer und dem Dritten, um das Geschäft perfekt zu machen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 3, Entsch. Bd. 26. S. 8)

§§. 75. 76. 1) Die Gesetzrevisoren theilen zur Erläut. des §. 75. Folgendes aus den Materialien mit:

Die §§. 74. und 75. sind aus dem gedr. Entw. zum Gesetzb. Thl. II. Tit. 2. §§. 60. und 61. entnommen. In dem ersten ungedr. Entw. hieß es:

§. 72. Auch die Vortheile eines Dritten können zum Gegenstande eines Vertrages gewählt werden.

§. 73. So lange der Dritte dem Vertrage nicht beigetreten ist, hat er selbst daraus noch kein Recht erworben.

Gegen diese Bestimmungen waren folgende Monita gemacht worden. Der Geh. Rath Scherer bemerkte:

ad §. 73. Diesen Paragraphen würde ich deutlicher dahin fassen: so lange der Dritte dem Vertrage nicht beigetreten ist, so können die Paziszenten davon wieder abgehen. Denn so lange die Paziszenten selbst von dem Vertrage nicht abgehen, bleibt solcher auch ohne Beitritt des Dritten, zu dessen Vortheil derselbe geschlossen worden, allerdings gültig.

Der Reg. Präs. v. Tevenar erinnerte:

ad §. 73. Da vielfältige Erb- und Fideikommiß- und andere Verträge zum Vortheile eines Dritten geschlossen werden, dessen Beitritt zu diesem Vertrage nicht verlangt wird oder verlangt werden kann; der jedoch, wenn sich der Fall zuträgt, befugt ist, sich des ihm ausgesetzten Vortheils anzumaßen, ob er gleich dem Vertrage nicht beigetreten ist; so wird diesem Paragraphen noch die Alternative beigefügt werden können:

»beigetreten ist, oder einer sich erklärt hat, daß er sich der ihm darin ausgesetzten Vortheile anmaßen wolle, hat er selbst daraus noch kein Recht erworben.«

Hierauf bemerkte Suarez bei Revision der Monita gegen den ungedr. Entw.:

ad §. 73. Herr v. Tevenar erinnert, daß es auf keinen eigentlichen Beitritt des Tertii, sondern nur auf seine Erklärung, sich des ihm zugedachten Vortheils anmaßen zu wollen, ankomme, — bei Erb- und Fideikommißverträgen.

Herr Scherer supplirt, daß, so lange der Tertius sich solchergestalt nicht erklärt hat, die Kontrahenten von dem Vertrage wieder abgehen können. Ich halte beiderlei Monita für erheblich, und würde also statt des §. 73. folgende Sätze annehmen:

»So lange der Dritte noch nicht erklärt hat, sich des im Vertrage ihm vorbedungenen Vortheils anmaßen zu wollen, hat er daraus noch kein Recht erworben. Bis dahin können also die Kontrahenten von dem Vertrage wieder abgehen.«

Am Rande findet sich hierbei die Bemerkung: cessat, und daraus sind die §§. 60. und 61. des gedruckten Entw. entstanden, des Inhalts:

§. 60. Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein.

§. 61. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptkontrahenten beigetreten ist.

Aus diesen Bestimmungen ist weiterhin der Text geworden. Es war zwar wiederum erinnert worden, daß eine nochmalige Einwilligung der Hauptkontrahenten zu dem Beitritt des Dritten nicht erforderlich sei; da diese schon in dem unter ihnen geschlossenen Vertrage liege; — es war ferner die Frage aufgeworfen, ob der Dritte nicht schon dadurch beitrete, daß er klagend den ihm ausbedungenen Vortheil in Anspruch nehme. Beiderlei Monita blieben indeß unberücksichtigt, — das Erstere, weil der Dritte, so lange er nicht Mitkontrahent geworden, kein vollkommenes Recht, sondern nur eine Hoffnung habe, — das Andere, weil die Klage ein schon erworbenes Recht voraussetze; nur zu noch mehrerer Erläuterung wurde hinzugefügt, daß die Hauptkontrahenten bis zum Beitritt des Dritten von dem Vertrage wieder abgehen könnten, und bloß, im Falle dem Dritten ein Antrag geschehen, dessen Erklärung abzuwarten hätten. So liegt denn der Sinn des G. sehr klar zu Tage; Suarez wollte Anfangs, veranlaßt durch die Mon. der Herren Scherer und v. Tevenar weiter gehen, als das G. jetzt geht, indem er die bloße Erklärung des Dritten, sich den bedungenen Vortheil anmaßen zu wollen, für genügend hielt; seine Ansicht fand aber keine Billigung, man forderte einen Beitritt mit Bewilligung der Hauptkontrahenten, also einen neuen Vertrag zwischen den letzteren und demjenigen, für welchen ein Vortheil ausbedungen worden. Dabei ist man auch

späterhin bei Umarbeitung des gedr. Entw. nicht nur stehen geblieben, sondern hat das Verhältniß der Hauptkontrahenten zu dem Dritten durch einige Zusatz-Paragraphen nur noch deutlicher hervorgehoben.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 34—71. des Entw. S. 59 ff.)

2) Der §. 75. stellt die Regel auf, daß der Dritte Mitkontrahent [1]) werden muß, wenn er ein Klagerecht erwerben will. In dieser Beziehung sind folgende Grundsätze angenommen worden:

a) Es genügt dazu nicht der Beitritt durch bloße Anstellung der Klage.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Aug. 1833, weil es hier an dem Anerbieten von der anderen Seite fehlt und das Recht schon vor der Klage existent und erworben sein muß.

(Simon's R. Bd. 3. S. 172.)

b) Eben so wenig genügt dazu die Annahme einer Zahlung von einem der Hauptkontrahenten aus dem Vertrage [2]).

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 167 Nr. 79.)

c) Insbesondere ist in der Konfirmation des Vertrages von Seiten der Gerichtsobrigkeit, wie solche ehemals besonders in Schlesien bei den Verkäufen der Rustikalstellen üblich war, kein Beitritt der Gutsherrschaft zu dem Vertrage mit der Wirkung, daß dadurch die gutsherrlichen Rechte auf rechtsgültige Weise für festgestellt zu erachten, zu finden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1835, weil die Gutsherrschaft bei der Konfirmation nur als Gerichtsobrigkeit, nicht aber in der Absicht, um aus dem Vertrage Rechte zu erwerben, gehandelt hat. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 492.)

Ulrich sucht dies zu widerlegen.

Nach der in Schlesien vormals bestandenen gutsherrlich-bäuerl. Verfassung sei die Genehmigung und der Beitritt des Grundherrn zu Veräußerungs-Verträgen über Rustikal-Immobilien wesentlich erforderlich und ein Essentiale der Veräußerung gewesen, wodurch diese erst rechtlichen Bestand und der neue Erwerber ein wirkliches Besitzrecht erlangt habe. In der Regel sei die Grund- und Gerichts-Herrlichkeit vereiniget gewesen und alsdann die gerichtliche Bestätigung und die gutsherrliche Einwilligung in einem Akte ertheilt worden. Aus diesem Gesichtspunkte könne daher, wie aus den Grundsätzen des Allgem. Deutschen Privatrechts und des A. L. R. I. 18. §. 100. und II. 7. §§. 247., 138—140., desgl. des Schl. Provinzialr. zu zeigen gesucht wird, nicht bezweifelt werden, daß den in den Konfirmationsurkunden der Schl. Gutsherren zu Gunsten des Letzteren getroffenen Bestimmungen volle Gültigkeit und Beweiskraft beizulegen sei. (J. W. 1844 S. 641 ff.)

d) Der §. 75. erfordert, damit der Dritte Mitkontrahent werde, einen mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritt zum Vertrage.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1844. (Präj. Nr. 1406. c.) (Präj. Samml. S. 60.)

e) Dem Beitritte des Dritten muß eine Aufforderung dazu von Seiten der Kontrahenten vorangegangen sein, dergestalt, daß der erfolgte Beitritt des Dritten ohne solche vorangegangene Aufforderung, den Kontrahenten das Recht nicht entzieht, den Vertrag mit ihrem beiderseitigen Einverständnisse zu ändern oder wieder aufzuheben. Hat aber nur der eine Kontrahent sich etwas zum Vortheile eines Dritten versprechen lassen, so kommt es nur auf die Einwilligung dieses Kontrahenten, nicht aber auf ein Einverständniß Beider an.

Erkannt vom Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1845.

Aus dem §. 76. folgt nicht, daß, wenn eine Aenderung oder Aufhebung des Vertrages nicht erfolgt, sie nach dem Beitritte des Dritten, wenn derselbe auch ohne Antrag der Kontrahenten geschehen wäre, nicht mehr erfolgen dürfe. Hiergegen spricht nämlich nicht nur die Bestimmung des §. 75., wonach der Dritte überhaupt erst mit dem unter Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritte ein Recht aus demselben erlangt, sondern auch der §. 76. selbst, weil dieser nur von »diesem«, also von dem im §. 75. bezeichneten, dem mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritte spricht, und ebenso steht dem der §. 77. entgegen. Ein Beitritt des Dritten ohne vorherigen Antrag der Hauptkontrahenten zu diesem Beitritte ist also ohne alle rechtliche Wirkung. (Entsch. Bd. 10. S. 341.)

f) Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 29. Jan. 1848 an, daß es keine Ausnahme von der Regel des §. 75. ist, daß stipulirte Reallasten von späteren Singularsukcessoren der ursprünglichen Kontrahenten ohne besonderen Beitritt zu dem Vertrage gefordert werden können und geleistet werden müssen. (Entsch. Bd. 17. S. 202.)

g) Der Verpächter ist in Bezug auf die von seinem Pächter hinsichtlich der verpachteten Sache ausgeübten Besitzhandlungen nicht als Dritter anzusehen, sondern wird dabei ipso jure durch den Pächter repräsentirt.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. März 1854. (Entsch. Bd. 27. S. 317.)

h) Auch in dem §. 370. A. L. R. I. 16. ist keine Ausnahme von der Regel des §. 75. h. t. festgesetzt.

Angenommen in dem Erk. v. 12. Juni 1827 (Gerichtshof konstirt nicht). (J. Z. 1835 S. 139.)

3) Eine Ausnahme von der Regel des §. 75. findet bei den Gutsüberlassungen der Eltern an Kinder hinsichtlich der in dem Vertrage ausgesetzten Abfindungen für andere nicht zugezogene Kinder statt.

Diesen Grundsatz erkennt das Ob. Trib. in dem Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846 (Präj. Nr. 1770) dahin an:

Wenn ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Guts-überlassungs-Vertrage einem anderen Kinde eine Abfindung ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde die Vorschrift der §§. 74. und 75. A. L. R. I. 5. nicht entgegensetzen [1]).

Die Gründe sind folgende:

Bei diesen Verträgen vertreten die Eltern zugleich ihre sämmtlichen Kinder — nicht bloß der Vater seine Kinder in potestate, sondern alle Kinder — und dasselbe thut die Mutter, der Großvater. Durch sie nehmen also die Kinder, ganz wie der §. 75. es zur Klagbarkeit für dieselben verlangt, mittelbar Theil an der Schließung des Vertrages — und auf diesem Wege, der im §. 87. in sehr erweiterter Weise ausdrücklich anerkannt ist, wird der Rechtsstand dem, was die gemeinrechtlichen Praktiker überhaupt in Betreff des Klagerechts dritter Personen aus Stipulationen zu ihren Gunsten in fremden Verträgen erstrebt haben, ziemlich nahe gebracht. Zu den in §. 87. gedachten Personen gehören insbesondere auch die Eltern rücksichtlich ihrer schon aus der väterlichen Gewalt getretenen Kinder. Daß es im §. 87. bloß heißt, sie können Anträge annehmen, ist nicht von Bedeutung. Sie können bei Gutsabtretungen an eins ihrer Kinder, noch mehr —, sie können die Abfindung der Letzteren zur Bedingung machen, und wenn der Uebernehmer die Zahlung dieser Abfindungen auf Erfordern verspricht, so hat dies nicht mindere Wirkung, als wenn er zuerst mit dem Anerbieten hervorgetreten wäre und die Eltern sie dann erst akzeptirt hätten. Etwas Unerhebliches ist es ferner, ob es in den Verträgen wörtlich und förmlich heißt:

»sie, die Eltern, akzeptiren das Versprechen Namens ihrer nicht anwesenden Kinder«

oder ob eine solche Bestimmung fehlt. Was sich aus der Natur der Verhältnisse und aus dem in dem Stoffe des Vertrages liegenden Willen der Parteien von selbst versteht, braucht für den einsichtigen und verständigen Ausleger nicht erst buchstäblich niedergeschrieben zu sein. Ein Bedenken gegen diesen Begründungsweg möchte zwar noch daraus entnommen werden, daß der §. 119. Thl. I. Tit. 13. A. L. R. für die Zulassung der Personen mit nur vermutheter Vollmacht zur Bedingung macht, daß der Fall ein schleuniger sei, daß die Besorgung des Geschäfts keinen Aufschub leide. Allein theils mag es in der That nicht immer gleich möglich sein, die Kinder gerade beim Abschlusse des Vertrages zusammen zu haben; theils aber und hauptsächlich würde es, sobald der andere Kontrahent sich einmal mit dem nur präsumtiven Vertreter einläßt, lediglich in dem Willen des Vertretenen stehen, das Geschäft, wie es der Vertreter abgeschlossen hat, zu verwerfen — zu mißbilligen. Außerdem gestattet die Fassung des §. 87. vollkommen, anzunehmen, daß vermuthete Bevollmächtigte bei allen Verträgen, die lediglich auf einen Vortheil für ihre Vertretenen gehen, gültig akzeptiren können, ohne weitere Rücksicht auf die Aufschieblichkeit oder Schleunigkeit der Angelegenheit. — Erwägt man schließlich noch, daß kein rechter Grund dafür angeführt werden kann, weshalb ein Vater oder eine Mutter nicht gültigerweise sollte Versprechungen für die Kinder annehmen

---

[1]) Die in einem älteren Präj. des Ob. Trib. vom J. 1816 (Simon's R. Bd. 1. S. 118) angenommene Meinung, daß schon Zahlungsannahme und Beitritt zur Klage das Rechtsverhältniß begründe, ist später ausdrücklich verlassen.

[2]) Dies hat auch das O. L. G. zu Hamm in dem Erk. v. 11. Nov. 1834 (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 6) angenommen.

[1]) Die Praxis, auch des Ob. Trib., hatte früher das Gegentheil angenommen. Vergl. darüber Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 1 ff. — Gegen die Richtigkeit des Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846 vergl. Roloff in der J. W. 1848 S. 241 ff. und Koch's Landr. Bd. 1. S. 225 in der Anm. 69.

dürfen, daß hierzu namentlich das elterliche Verhältniß ebenso gut legitimirt, als hätten sie in der That eine ausdrückliche und förmliche Vollmacht — daß es überhaupt sehr angemessen scheint, daß alle die Personen, denen das Gesetz eine vermuthete Vollmacht zuschreibt, auch vortheilhafte Versprechungen von Seiten dritter Personen für ihre Vertretenen annehmen können — so wird man die getroffene Entscheidung in jeder Beziehung gerechtfertigt finden. Um so mehr als die Guts- oder Vermögensabtretung der Eltern an eins ihrer mehreren Kinder in sehr erheblicher Weise eine Angelegenheit ist, welche die Kinder insgesammt praktisch sehr intensiv angeht, und zwar bei gesetzlich anerkannten Interessen, z. B. rücksichtlich ihres Alimentations-, Ausstattungs- und Erbrechts. In sofern läßt sich dann sogar auch sagen, die Eltern nehmen, wenn sie bei solchen Guts- und Vermögensabtretungen ihre andere Kinder bedenken, die Rechte dieser Kinder wahr, sie besorgten deren Angelegenheiten — im Sinne des §. 119. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R. — Vergl. A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 623., 1088., 1113., 1117., 1140. — Thl. II. Tit. 2. §§. 482., 303., 313.

(Präj. Samml. S. 8, Entsch. Bd. 14. S. 69, J. M. Bl. 1846 S. 208.)

In Bezug auf diesen Pl. Beschl. hat das Ob. Trib. ferner folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Der Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846 findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Vater die Abfindungen nicht blos in Gelde oder anderen Leistungen ausgesetzt, sondern den Gutsübernehmer verpflichtet hat, seinen Geschwistern einen Theil des überlassenen Grundstücks zu übereignen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1853.

Denn auch auf diesen Fall paßt der Grund des Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846, daß der Vater das, was er dem andern Kinde versprechen läßt, für dasselbe zugleich akceptirt, mithin der Vertrag nicht bloß zwischen dem Vater und dem Uebernehmer, sondern auch zwischen dem Letztern und dem andern Kinde zu Stande kommt. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 9 Nr. 5.)

b) Der Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846 findet auch dann Anwendung, wenn nicht einem der Kinder, sondern der Ehefrau das Gut überlassen wird.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. Mai 1857.

Dieselben Gründe, aus welchen der Pl. Beschl. die Eltern für befugt erachtet, sich bei der Gutsüberlassung an eins ihrer Kinder mit voller Wirkung Vortheile für die übrigen Kinder auszubedingen, dergestalt, daß diesen ein Klagerecht daraus entsteht, sprechen auch für eine gleiche Befugniß des Vaters bei Veräußerung des Gutes an die Ehefrau, wenn dabei zugleich die Abfindung der Kinder bestimmt wird. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 339 Nr. 64.)

c) Die von den Eltern in dem mit einem ihrer Kinder geschlossenen Gutsüberlassungs-Vertrage für ein anderes Kind bedungene Abfindung kann, so lange nicht der förmliche Beitritt des Letzteren zu diesem Vertrage auf die in den §§. 75., 76. gedachte Art erfolgt ist, von den Hauptparteien willkührlich abgeändert oder aufgehoben werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1856 und 22. Mai 1857.

Die durch den Pl. Beschl. v. 25. Aug. 1846 zu Gunsten der Kinder zugelassene Ausnahme von der Regel des §. 75. greift nicht so weit, um die §§. 75. u. 76. als gar nicht vorhanden in einem solchen Falle ansehen zu dürfen, sondern ist nur in dem Sinne aufzufassen, daß die beim Vertrage nicht zugezogenen Kinder mit Zulassung des Vaters ein Klagerecht aus dem Vertrage gegen den Gutsannehmer erlangen. Diese braucht keine ausdrückliche zu sein und sie ist unter Andern stillschweigend ertheilt, wenn der Vater gestorben ist, ohne an jener Willenserklärung etwas zu ändern. Aber auch beim Leben des Vaters ist dasselbe anzunehmen, nur daß hier die Berechtigung des Kindes eine noch nicht völlig gesicherte, nämlich einem möglichen Widerufe Seitens des Vaters unterliegende, ist, wodurch es jedoch nicht gehindert werden kann, sein Recht gegen den Annehmer selber zu verfolgen, gegen welchen es vollkommen zur Klage legitimirt ist, wie anderentheils der Annehmer an dasselbe mit Sicherheit Zahlung leisten kann, da der Vater ihn dazu angewiesen hat (§. 271. A. L. R. I. 16.). Will das angewiesene Kind sein Recht auch gegen die Möglichkeit des väterlichen Widerrufs sicher stellen, so hat es das nach §. 75. Erforderliche zu bewirken. Daß aber, so lange dies nicht geschehen, der Vater, der mit dem Gutsannehmer solche Verabredungen zu Gunsten seiner anderen Kinder getroffen hat, schon dadurch allein und ohne Weiteres auch gegen diese anderen Kinder verpflichtet werde, läßt sich nicht rechtfertigen.

(Entsch. Bd. 34. S. 39, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 127 Nr. 34.)

Vergl. gegen diese Begründung Koch's Landr. (3. Ausg.) Bd. 4. S. 1241.

4) Durch einen von allen Interessenten unterschriebenen abschriftlichen Auszug aus dem den Vortheil eines Dritten stipulirenden Vertrage wird bewiesen, daß der Dritte diesem Vertrage mit Bewilligung der Hauptkontrahenten beigetreten ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 2. Nov. 1852, da der §. 75. ein Mehreres nicht erfordere.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 132 Nr. 24.)

5) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 12. Jan. 1852 entscheidet folgenden Rechtsfall.

Auf einem Grundstücke haftete ein unverzinsliches Kapital, welches der Besitzer nach dem Tode seiner Eltern an seine Geschwister zu zahlen hatte. Bei dem hiernächst eintretenden Verkaufe des Grundstückes übernahm der Käufer dies Kapital in Anrechnung auf den Kaufpreis und verpflichtete sich zugleich fortan zur Verzinsung des qu. Kapitals. Auf Erfüllung dieser Verpflichtung wurde er demnächst von dem Verkäufer belangt. Die Richter der beiden ersten Instanzen wiesen die Klage zurück, annehmend, daß die Verzinsung, da sie nicht ausdrücklich zu Gunsten des Klägers stipulirt worden, den Eigenthümern des Kapitals habe zu Gute kommen sollen, und daß deshalb Kläger die Zinsen nicht für sich in Anspruch nehmen könne.

In der hiergegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde führte Kläger aus:

Es sei der §. 75. h. t. durch ungehörige Anwendung, und der Grundsatz über die Unzuläßigkeit eines aus dem Rechte eines Dritten hergenommenen Einwandes verletzt. Der Grund aller Verzinsung beruhe entweder auf Vertrag oder Gesetz; hier liege ein Vertrag vor. Aus Verträgen entständen Rechte zunächst nur für die Kontrahenten, für Dritte aber nur dann, wenn sie mit Genehmigung der Hauptparteien dem Vertrage beigetreten seien. Dieser letztere Fall liege nicht vor und daher sei er selbst zur Einforderung der Zinsen berechtigt; der Verklagte könne selbst dann, wenn die Verzinsung zu Gunsten der Eigenthümer des bis dahin unverzinslichen Kapitals vorbedungen wäre, aus deren Rechten keinen Einwand für sich entnehmen.

Das Ob. Trib. hat indeß die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, indem es annahm, daß, wenn überhaupt den Eigenthümern des Kapitals ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen aus dem Vertrage der Kontrahenten entstanden sein sollte, jedenfalls doch der Kläger kein Recht habe, die Zinsen für sich zu fordern, sondern daß derselbe vertragsmäßig nur würde fordern können, daß die Zinszahlung an die Eigenthümer des Kapitals geleistet werde. Hierdurch widerlege sich die behauptete Verletzung des §. 75. und die behauptete unrichtige Anwendung des Grundsatzes über die Unzuläßigkeit eines aus dem Rechte eines Dritten hergenommenen Einwandes, von welchem überall nicht die Rede sei, indem es sich vielmehr davon handle, wozu sich Verklagter dem Kläger gegenüber vertragsmäßig verpflichtet habe.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 251 Nr. 56.)

§§. 75. u. 77. Bei einem Vertrage zum Vortheil eines Dritten ist es, auch wenn sonst Schriftform erforderlich ist, doch nicht nothwendig, daß das Einverständniß der Kontrahenten mit dem Beitritt des Dritten oder der Antrag zum Beitritt an den Letzteren schriftlich erklärt werde.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1853. (Präj. Nr. 2464. zu 2.)

Dem Dritten gegenüber ist dessen Beitritt erforderlich, um ihm Rechte aus dem Vertrage zu geben; der Beitritt erfordert die Bewilligung der Hauptparteien; daß aber diese Bewilligung an eine Form geknüpft sei, sagt das Gesetz nicht. Der §. 75. hebt den Beitritt des Dritten als die Hauptsache hervor; die Bewilligung ist allerdings eine Bedingung der Zuläßigkeit dieses Beitritts, sie ist aber keine Erklärung, die den Vertrag hervorbringt, von einer Seite, im Sinne des §. 2. h. t. Eine solche war schon in dem Vertrage selbst vorhanden, rücksichtlich ihrer greifen die Requisite der gesetzlichen Form Platz, rücksichtlich der Bewilligung oder des Antrages zum Beitritt sind sie nicht vorgeschrieben. Hier muß jede mündliche oder stillschweigende Bewilligung hinreichen, welche letztere z. B. in dem Gestatten der Mitunterschrift des Vertrages und dem Aushändigen der Urkunde an den Dritten, damit dieser seinen Beitritt dazu erkläre, liegen kann. Diese mündlichen Erklärungen oder Handlungen sind nichts anderes, als diejenige Manifestation des Willens, durch welche das, was fertig niedergeschrieben und als Vertrag dadurch konstatirt wird, nunmehr in die Hände dessen gebracht wird, für den es bestimmt ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 3, Entsch. Bd. 26. S. 8.)

§§. 78—89. Von der Akceptation.

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 335—340.

§. 79. Bedarf es bei akcessorischen Verpflichtungen einer Annahme des Antrags?

a) Grävell verneint, mit Bezugnahme auf §. 204. A. L. R. I. 14. und A. G. O. II. 145. (Generaltheorie S. 114 Anm. **)

b) Die Gesetzrevisoren sind der entgegengesetzten Ansicht und behaupten, daß es auch hier wenigstens einer stillschweigenden Annahme bedürfe; die Bürgschaft könne, so lange dem Gläubiger keine Kenntniß geworden und ihm die Bürgschafts-Urkunde nicht eingehändiget sei, von dem Schuldner und Bürgen zurückgenommen werden, die Eintragung eines Verpfändungs-Instruments aber setze einen vorhergegangenen Vertrag, eine durch Annahme des Darlehns entstandene Verpflichtung, oder doch das Bekenntniß, daß ein solcher Vertrag vorangegangen sei, voraus. In diesen Fällen komme also der §. 81. h. t. zur Anwendung. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 62.)

c) Das Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 4. Juni 1845 gleichfalls die Ansicht aus, daß es zur Gültigkeit einer Bürgschaft der Annahme Seitens des Gläubigers bedürfe; nur sei hier keine ausdrückliche Akceptation erforderlich, sondern die stillschweigende, durch Handlungen zu erkennen gegebene Annahme genügend.

(Entsch. Bd. 14. S. 235.)

§. 79. 80. 86. 102. Das Appell. Ger. zu Hamm führt (in dem Erk. v. 30. April 1853) aus, daß ein rechtsgültiger Vertrag durch Briefwechsel zu Stande gekommen sei, wenn ein Kaufmann einem anderen brieflich eine Verkaufs-Offerte gemacht und letzterer dieselbe mit umgehender Post in einem, wenngleich unfrankirten, Briefe akceptirt hat, obgleich dieser (rekommandirte) Brief von dem Offerirenden nicht angenommen, sondern uneröffnet remittirt worden. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 212.)

§. 79. sqq. Versicherungs-Verträge werden durch die bloße Unterzeichnung der Polize Seitens des zu Versichernden so wenig, als durch die hinzukommende bloße Genehmigung des Versicherungs-Antrages Seitens der Versicherungs-Gesellschaft, Ausfertigung und Absendung der Polize, perfekt; vielmehr ist dazu auch noch die Bekanntmachung der Genehmigung an den zu Versichernden erforderlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1851.

Die Ansicht, daß durch die Genehmigung des Versicherungs-Antrages Seitens der Versicherungs-Gesellschaft und die in Folge davon erfolgte Ausfertigung und Absendung der Polize ein Versicherungsvertrag wirklich zu Stande gekommen sei, ist in den dafür allegirten Bestimmungen des §. 79. ff. des A. L. R. I. 5. nicht begründet. Perfekt wird ein Vertrag erst durch das Zusammentreffen der beiderseitigen Einwilligung der Kontrahenten. Diese Einwilligung muß erklärt, d. i. in verständlicher Weise erkennbar gemacht werden und zwar demjenigen gegenüber, auf den sie sich beziehen soll. Ist sie zwar an sich ausgedrückt, dem andern Theile aber nicht bekannt gemacht, so gehört sie, bis Letzteres geschehen, lediglich dem Erklärenden selbst und seinem Willen an, den zu ändern er jeden Augenblick befugt ist; für den andern Theil existirt sie nicht. Es kann daher der Promittent aus der bloß erklärten, ihm aber nicht bekannt gemachten Akceptation seiner Offerte gegen den Akceptanten so wenig ein Recht herleiten, wie dieser aus einer für ihn bestimmten, jedoch nicht zu seiner Kenntniß gelangten Offerte. In beiden Fällen wird der Erklärende erst verpflichtet und der andere Theil erst berechtigt durch das Bekanntwerden des Letztern mit der für ihn abgegebenen Erklärung, mithin bei Verträgen unter Abwesenden der Vertrag erst perfekt, wenn der Promittent von der Annahme seines Versprechens Kenntniß erhält. Dieser in der allgemeinen Vertragstheorie begründete und in der Jurisprudenz — vergl. Koch, Recht der Ford. II. S. 72 und Bornemann's Rechtsgeschäfte S. 233 — anerkannte Rechtssatz findet auch darin eine spezielle Bestätigung, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung der §§. 103. ff. a. a. O. bei rechtzeitig erklärter, dem Promittenten aber nicht rechtzeitig bekannt gewordener Akceptation, der Vertrag als nicht zu Stande gekommen angesehen wird. Allerdings ist dabei der Fall des bloßen Nichteintreffens der Annahme-Erklärung innerhalb der gesetzlichen oder besonders ausbedungenen Fristen vorausgesetzt; allein dies schließt die Berufung auf jene Bestimmung nicht aus, denn immer ist darin der obiger klägerischer Behauptung entgegenstehende Satz: daß eine vom Akceptanten zwar erklärte, dem Promittenten aber nicht zugegangene Akceptation den Vertrag nicht perfekt machen kann, dem Prinzip nach anerkannt.

Auch die weitere Frage: ob hiervon bei Versicherungsverträgen gesetzlich eine Ausnahme stattfinde, muß mit dem Appellationsrichter, dem nach Vorstehendem mit Unrecht ein Verstoß gegen die §§. 78—108. a. a. O. vorgeworfen ist, gegen den Kläger beantwortet werden. — Das A. L. R. geht in den Bestimmungen der §§. 2064. ff. des A. L. R. II. 8. von der Voraussetzung aus, daß neben der Polize noch ein besonderer Vertrag über die Versicherung vorhanden sei. Mit Rücksicht hierauf ist es, daß der §. 2068. verordnet, daß der Versicherungsvertrag, wenn ein besonderer schriftlicher Kontrakt vorher nicht errichtet worden, in Ansehung eines jeden Versicherers durch Vollziehung der Polize für geschlossen erachtet werden soll. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist demnach nicht die, daß die bloße Unterzeichnung der Polize den Unterzeichnenden unbedingt und ohne Rücksicht auf dessen sonstiges Thun und Lassen obligire; sondern geht vielmehr dahin, daß bei dem Nichtvorhandensein eines besonderen Versicherungsvertrages dessen Stelle durch die Polize ersetzt, und der Vertrag, wenn er solchergestalt zu Stande gekommen, als im Augenblick der Vollziehung der Polize zur Perfektion gelangt, angesehen werden soll. Es ist mithin hierdurch nur der im §. 80. A. L. R. I. 5. allgemein ausgesprochene Grundsatz, daß bei wirklich erfolgtem Kontrakts-Abschlusse als Zeitpunkt desselben der Moment der gehörig erklärten Akceptation gilt, speziell auf Versicherungsverträge angewendet, und keineswegs hinsichtlich der Erfordernisse der Akceptation und des Verhältnisses der bloßen Erklärung zu der wirklichen Mittheilung derselben etwas von der oben entwickelten Rechtsregel Abweichendes festgesetzt worden.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 52 Nr. 11.)

§. 81. 1) Rintelen, Versuch zur Erklärung des §. 81. (Jahrb. Bd. 30. S. 123.)

Die Annahme einer, von einem Anderen in der Hoffnung des Darlehns-Empfanges oder gegen mündliches Versprechen der Darlehns-Zahlung ausgestellten Schuldverschreibung verpflichtet ohne weiteren, sonst erforderlichen schriftlichen Vertrag nicht zur Darlehns-Zahlung, und es ist die Annahme der Schuldverschreibung nicht für eine der im §. 81. bezeichneten Handlungen zu erachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1805.

(Simon's R. Bd. 1. S. 119.)

Gegen die Richtigkeit dieser Entsch. vergl. Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 81. h. t.

3) In Betreff der Frage, ob derjenige, welchem ein Lotterie-Kollekteur ohne Aufforderung ein Loos zuschickt, wenn er dasselbe ohne zu antworten behält, den Einsatzpreis zu bezahlen und einen Anspruch auf den etwanigen Gewinn hat? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 61.

§. 87. Im §. 87. Z. 5 u. 6 ist statt: »Tit. 13. §§. 120. sqq.« zu setzen: »Tit. 13. §§. 119. sqq.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 90—108. Bestimmung der Zeit der Annahme.

Gruchot, Beiträge S. 340—347.

§. 90. 1) Der §. 90. stellt den Grundsatz an die Spitze, daß jedes Versprechen schon an sich verbindliche Kraft habe, jedoch unter der Einschränkung, daß die Annahme zur gehörigen Zeit geschehen. Hieraus folgt, wie Koch ausführt:

a) Daß der Antragende bis zum Ablaufe dieser Zeit einseitig gebunden ist, wenn er unterdeß auch seinen Willen geändert hat; der Vertrag wird daher als zu Stande gekommen auch in dem Falle angesehen, wenn die Willensübereinstimmung des Antragenden zu der Zeit, wo der andere Theil seine Zustimmung erklärte, nicht mehr vorhanden war, vorausgesetzt, daß die Aenderung des Willens dem Andern vor dessen Erklärung nicht mehr bekannt geworden ist.

b) Mit Ablauf der gehörigen Zeit verliert das Versprechen von selbst seine Kraft: es kann also nicht mehr angenommen werden. Erfolgt die Annahme später, so wird sie als neues Anerbieten betrachtet, welches die Annahme des ursprünglich Antragenden erfordert. Hieraus folgt, daß wenn der Andere zu dem Anerbieten die gehörige Zeit stillgeschwiegen hat, es auch von Seiten des Antragenden gar keiner ausdrücklichen Willenserklärung, also auch keines Widerrufes seines schon unverbindlich gewordenen Anerbietens bedarf, um sich vor einer späteren Annahme zu sichern.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 71, Landr. Bd. 1. zum §. 90. h. t.)

Abweichend hiervon behauptet Bielitz, daß ein Versprechen nicht mit Ablauf der Zeitfristen zur Annahme desselben seine Kraft verliert, sondern von dem anderen Theile nachher noch so lange, bis der Versprechende widerruft, angenommen, und hierdurch Letzterer zur Erfüllung desselben verpflichtet werden kann.

(J. Z. 1836 S. 201, Komm. Bd. 1. S. 277 2. Ausg.)

Gegen diese Behauptung führt indeß A. aus, daß die verbindliche Kraft eines Antrages ohne Weiteres erlöscht, wenn nicht innerhalb der gesetzlichen Akceptationsfrist die Annahme erklärt wird.

(J. Z. 1836 S. 333.)

Gräbell ist ebenfalls der Ansicht, daß nach abgelaufener Zeit zur Annahme der Antragende an seinen Antrag durchaus nicht mehr gebunden sei und daß es in seinem Belieben stehe, ob er noch eine spätere Annahme gestatten wolle. Auch ohne Erklärung seines Rücktrittes habe der Antrag für ihn, wider seinen Willen, weiter keine verbindliche Kraft. (Generaltheorie S. 121.)

Derselben Meinung ist Bornemann, welcher bemerkt, daß in allen Fällen, die zu späte Annahme möge mit oder ohne Verschulden des Akceptanten eingetreten sein, die Verpflichtung des Promittenten durch den Antrag gebunden zu sein, mit dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen von selbst wegfalle. (§§. 103. u. 104. h. t.)

(Rechtsgesch. S. 227.)

Koch führt übrigens noch zur Widerlegung der von Bielitz aufgestellten Behauptung das Beispiel an, daß aus derselben folgen würde, daß, wenn A. dem B. heute sein Pferd für 20 Friedrichsdo'r anträgt, B. nach drei Jahren, wo das Pferd 100 Friedrichsd'or werth ist, dasselbe noch für den offerirten Preis müßte verlangen können. Die Absurdität dieses Schlusses sei klar.

(Recht der Ford. a. a. O. S. 72 Anm. 10.)

Das Ob. Trib. ist in dem Erk. v. 31. Aug. 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 220) der von Koch vertretenen Ansicht.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 145., 146., Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 344 und den Rechtsfall in Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 112 ff.

2) Bornemann bemerkt, daß, wenn die akceptirende Erklärung bis zu dem gesetzlichen terminus ad quem bei dem Offerenten nicht eingehe, dies verschiedene Ursachen haben könne:

a) der Antrag könne dem Akceptanten ohne seine Schuld so spät bekannt geworden sein, daß er innerhalb der kontraktlichen oder gesetzlichen Frist nicht mehr akceptiren konnte;

b) der Akceptant könne den rechtzeitig eingegangenen Antrag tempestive zu akceptiren verabsäumt haben; oder

c) die rechtzeitige Ankunft einer gehörig beförderten, akceptirenden Erklärung könne durch unverschuldete Zwischenfälle verhindert sein.

In allen diesen Fällen sei der Offerent mit Ablauf der Frist nicht weiter gebunden, er müsse aber in dem Falle ad c. den Anderen sofort, oder bei Abwesenden mit nächster Post, von dem Nichteingange einer Antwort und der Rücknahme des Antrages benachrichtigen, widrigenfalls er ihm für allen Schaden hafte, der ihm durch die inzwischen gemachten Anstalten erwachsen sei.

(Syst. Bd. 2. S. 444, 2. Ausg. Bd. 2. S. 246, Rechtsgesch. S. 232 ff.)

Bielitz und Gräbell meinen, daß

a) in dem Falle ad b der Vertrag für geschlossen zu achten, und

b) in dem Falle ad a der Offerent zur Entschädigung dessen, der erst nach einem Zeitverlaufe akceptire, wie in dem Falle ad c., verpflichtet sei.

(Komm. Bd. 1. S. 564, Theorie der Verträge S. 119, 120, 122.)

Hiergegen bemerkt jedoch Bornemann, daß sich das Gegentheil aus dem Gesetze (§. 103. h. t.) und der Natur der Sache, wie auch aus dem Inhalte der Materialien, ergebe, da der Akceptant durch die bloße Erklärung der Annahme noch gar kein Recht, sondern dies erst durch die dem Promittenten gehörig zugekommene Annahme erlange.

(Syst. Bd. 2. S. 445 Anm.*, 2. Ausg. S. 247 Anm. 1., Rechtsgesch. S. 233.)

Koch ist mit Bornemann einverstanden.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 76.)

Derselben Ansicht ist auch der Verfasser des Auff. in der J. Z. 1835 S. 1138.

3) Bei der Annahme einer Erfüllung findet eine Zeit zur Erklärung eines Vorbehaltes nie statt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. v. 28. Jan. 1843 Nr. 1263. b. (Präj. Samml. S. 8.)

Vergl. die Erg. zum §. 307. h. t.

§. 91. Im §. 91. Z. 3. ist statt: »eines« zu setzen: »dieses.« (R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 94. Die für einen solchen Fall hier subsidiarisch getroffenen Zeitbestimmungen gelten nicht für die Erklärung eines Vormundes oder Vormundschaftsgerichts über einen Vertrag, welcher mit dem Mündel selbst bereits abgeschlossen ist, sondern dergleichen Vorgesetzten sind darin unbeschränkt und der hiesige bleibt an den einmal vorgelegten Vertrag seinerseits gebunden, bis er nachträglich eine Frist bestimmt hat und diese, ohne daß die Genehmigung erfolgt, abgelaufen ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. April 1847. (Entsch. Bd. 14. S. 177—185.)

Vergl. die Erg. zu §§. 11., 12. u. 13. h. t.

§. 95. Unter »24 Stunden« wird, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, ein Tag verstanden, mit der Bedeutung, daß nicht a momento ad momentum gerechnet wird, sondern dem, welcher sich erklären soll, außer dem Tage, an welchem er den Antrag erhalten hat, noch der ganze folgende Tag zu Statten kommt. (A. L. R. I. 3. §. 47.)

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 4 Aug. 1845. (Entsch. Bd. 12. S. 395.)

§. 101. Der §. 101. bezieht sich nur auf die Zeit der Annahme eines Antrages, nicht auf den Fall, wenn ein nicht gehörig legitimirter Bevollmächtigter einer Korporation Namens derselben einen Vertrag wirklich abgeschlossen und darin ausbedungen hat, daß der Vertrag für nicht geschlossen angesehen werden solle, wenn die Genehmignng versagt werden sollte. Alsdann ist der Grundsatz der §§. 230. und 13. h. t. bestimmend.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1849 in Sachen Castringius wider Ruhr-Kanal-Aktien-Verein 219/832. III. 48. (Koch's Landr. Bd. 1. S. 230, Anm. 84.)

§. 102. Der Offerent, der die Annahme der ihm von dem anderen Theile zugesandten, dessen Akceptation enthaltenden schriftlichen Erklärung verweigert hat, kann hierauf allein mit Erfolg nicht den Einwand gründen, daß ein schriftlicher Vertrag zwischen ihnen nicht zu Stande gekommen sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1854 (Präj. Nr. 2571), auf Grund des §. 102.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 4, Entsch. Bd. 29. S. 154, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 220 Nr. 47.)

§. 103. Der Antragende kann auch zurücktreten, sobald der Antrag abgelehnt ist. Die Ablehnung erfordert in keinem Falle die schriftliche Form.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. April 1856. (Entsch. Bd. 33. S. 30.)

Vergl. zum §. 134. h. t.

§. 106. Kommt den Erben hierbei die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu statten?

Es verneinen:

a) Die Gesetzrevisoren; denn es würde etwas geändert werden (was §. 106 verbiete), wenn hierauf Rücksicht genommen werden sollte. Wenn der Erbe unbekannt sei, und mit dessen Ausmittelung die Zeit verstreiche, oder ein Nachlaßkurator bestellt werden müßte, so ergebe sich das Rechtsverhältniß von selbst. Da der Tod keine Aenderung in den Rechten und Pflichten wegen der Annahme hervorbringe, so erlöschten die Folgen des Anerbietens, wenn nicht die unbedingte Annahme zur rechten Zeit erfolge.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 64.)

b) Derselben Ansicht sind Bornemann (Syst. [2. Ausg.] Bd. 2. S. 247), Gräbell (Generaltheorie ꝛc. S. 123 Anm*) und Koch (Landr. Bd. 1. zum §. 106. h. t.).

Dagegen bejahet Temme, da das Recht der Annahme wie jedes andere Vermögensrecht auf die Erben übergehe.

(Lehrb. Bd. 1. S. 395.)

§§. 109—184. Form der Verträge.

Kommentatorischer Vergleich zu §§. 109—184. h. t. (Siewert Hft. 2. S. 107.)

Dr. Arndt's, Bemerk. über das Erforderniß schriftl. Abfassung der Verträge. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 132 ff.)

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 347 ff.

Bei dem Uebergange des Röm. Rechtes nach Deutschland bildete sich bekanntlich die Praxis dahin, daß jeder formlose Vertrag, mithin auch jedes pactum de contrahendo und jeder Innominatkontrakt ein Klagrecht begründe; es wurden indeß mit der Zeit die

Nachtheile eines solchen Rechtszustandes immer fühlbarer, indem die unbedingte Gültigkeit formloser Verträge die Chikane begünstigte und die Gewißheit des Rechtes gefährdete. Zur Abhülfe dieser Uebelstände schrieben mehrere Landesordnungen die gerichtliche oder schriftliche Abfassung gewisser Verträge vor und auch die Preuß. Gesetzgebung ist schon vor der Abfassung des A. L. R. zu den Formen zurückgekehrt.

Schon die Konstitution Friedrich Wilhelms I. v. 5. März 1718 für das Fürstenthum Halberstadt verordnete, daß die Verträge auf dem platten Lande in diesem Landestheile schriftlich und gerichtlich vollzogen werden sollten. Sodann bestimmte das erneuerte Stempel-Ed. v. 13. Mai 1766[1]) §. 2., daß die Kauf-, Pacht- und Miethskontrakte über unbewegliche Güter, wenn das Kaufgeld oder der jährliche Pacht- und Miethszins über 50 Thlr. betrage, bei Strafe der Nichtigkeit schriftlich geschlossen werden sollten. Das Ed. v. 8. Febr. 1770[2]) verordnete hiernächst im Wesentlichen:

a) daß alle Verträge, deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. beträgt, desgleichen die Nebenabreden solcher Verträge schriftlich zu errichten sind, widrigenfalls sie weder Klage, noch Einrede begründen sollen, wenn auch Bestärkung durch Eid, oder Arrha (die der Geber einbüßen sollte), oder Konventionalstrafe, oder auch Verabredung der Parteien hinzugekommen wäre, daß bis zum Hinzukommen des schriftlichen Vertrages die mündliche Verabredung bindend sein soll.

b) Davon sollen nur einige Arten der Verträge (als depositum miserabile, receptum der Gastwirthe, Fuhrleute und Schiffer, gewisse Geschäfte der Kaufleute und Verträge mit Ausländern über bewegliche Sachen, so wie unter Preuß. Unterthanen über ausländ. Immobilien) ausgenommen sein.

Die Unzufriedenheit, welche dies G. im Publikum wie bei den Gerichten hervorbrachte, hatte das R. v. 10. März 1781[3]) zur Folge, welches verordnete:

daß nur, wenn der mündliche Vertrag noch von keiner Seite erfüllt sei, es bei der wörtlichen Vorschrift des Edikts bewenden solle, wogegen der, welcher einem solchen Vertrage ganz oder zum Theil genügt habe, berechtigt sei, zu verlangen, daß der Gegentheil den Vertrag schriftlich mit ihm errichte, und solchergestalt perficire, oder ihm das in Rücksicht auf den Kontrakt Gegebene oder Geleistete restituire, oder ihn deshalb schadlos halte.

In Konsequenz hiermit entschied die Gesetzkommission auf eine Anfrage der Kleveschen Regierung v. 12. Febr. 1788 unterm 28. April 1788 (bestätigt durch das R. v. 12. Mai ej. a.[4]), daß auch die Vindikation beweglicher Sachen nicht mehr auf die Frist von 6 Monaten beschränkt sei, sondern binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist gestattet werde.

Dies ist die Grundlage, auf welche die Vorschriften des A. L. R. gebildet sind.

§§. 109. u. 110. 1) Verhältniß der §§. 109. u. 110. h. t. zu den §§. 40. u. 41. A. L. R. I. 3.

a) Die Gesetzrevisoren suchen beide Gesetzesstellen in folgender Art mit einander zu vereinigen:

Nach §. 40. A. L. R. I. 3. soll aus der Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung die Nichtigkeit derselben nur alsdann folgen, wenn das Gesetz die Beobachtung der Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert, nach §. 41. ebendas. soll aber im zweifelhaften Falle vermuthet werden, daß die Form einer Handlung nur zur mehreren Gewißheit oder Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden. Die letztere Bestimmung findet sich im §. 11. A. G. O. II. 1. wieder. In den §§. 109., 110. A. L. R. I. 5. ist dagegen in Beziehung auf Verträge verordnet, daß die Form zur Gültigkeit des Geschäfts wesentlich sei, sofern nicht aus dem Umstande, daß die Beobachtung der Form nur unter Androhung einer Strafe vorgeschrieben, das Gegentheil hervorgehe. Um diese Gesetzstellen mit einander in Uebereinstimmung zu bringen, ist von verschiedenen Seiten die Ansicht aufgestellt, daß im dritten Tit. des A. L. R. von Handlungen und Rechtsgeschäften überhaupt, im fünften Tit. hingegen von Verträgen die Rede sei, bei denen mithin die Form nach jenen Bestimmungen eine eigenthümliche Natur annehme. Wir sind ebenfalls der Meinung, daß das bestehende Gesetz nicht anders ausgelegt werden könne, allein wir halten den §. 41. A. L. R. I. 3. für eine unpassende Bestimmung, welche ebenso wie der §. 11. A. G. O. II. 1. das Gesetzbuch verunstaltet. Es wird vorausgesetzt, daß es zweifelhaft sei, ob eine Form zur Gültigkeit des Geschäfts, oder nur zur mehreren Gewißheit oder Beglaubigung vorgeschrieben worden. Einem solchen Zweifel aber, der nur aus einer unbestimmten Fassung des Gesetzes hervorgehen kann, muß man vorzubeugen suchen, so wie dann auch wirklich schon jetzt nur wenige Zweifel über die zur Gültigkeit der verschiedenen Geschäfte wesentlichen Formen übrig bleiben. Es kann außerdem zweifelhaft sein, wenn die Parteien hinsichtlich der Form etwas verabredet haben, ob von dieser Form die Gültigkeit des Geschäfts abhangen, oder ob dieselbe nur um der mehreren Gewißheit und Beglaubigung willen hinzutreten solle. Auf die Auslegung einer solchen Verabredung bezieht sich aber der §. 41. A. L. R. I. 3. nicht, denn er verhält sich nur über die gesetzlich vorgeschriebene Form. Die nähere Bestimmung für den Fall einer unter den Parteien getroffenen Verabredung ist im §. 117. Tit. 5. zu suchen, welcher die Vermuthung aufstellt, daß von der verabredeten schriftlichen Abfassung nicht bloß der Beweis, sondern die verbindende Kraft des Vertrages abhangen solle.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 32 — 35. des Entw. S. 12, vergl. Mot. zu §§. 103—109. des Entw. S. 64.)

b) Rintelen entwickelt gleichfalls, daß die §§. 40. u. 41. A. L. R. I. 3. von den Handlungen im Allgemeinen, als dem genus, der §. 109. A. L. R. I. 5. dagegen von Verträgen insbesondere, also von einer Spezies der Handlungen, handeln. Nach beiden Gesetzstellen sei jeder Vertrag nichtig, dem die vorgeschriebene Form fehle. Denn die bei den Handlungen im Allgemeinen vorgeschriebene Vermuthung im §. 41. Tit. 3. gelte bei Verträgen nicht mehr, eben weil für diese wirklich ohne Unterscheidung verordnet sei, daß die Beobachtung der Form zur Gültigkeit nothwendig sei. (Jahrb. Bd. 20. S. 113.)

c) Siewert führt dies ebenfalls aus. (Materialien Hft. 2. S. 110.)

d) Derselben Ansicht ist das Justizmin. in dem R. v. 15. März 1839. (J. M. Bl. 1839 S. 123.)

e) Das Ob. Trib. ist in dem Erk. v. 1. Okt. 1838 gleicher Meinung. (Entsch. Bd. 4. S. 122.)

f) Bornemann nimmt dagegen an, daß, da Verträge ebenfalls Handlungen seien, der §. 41. A. L. R. I. 3. auf dieselben ebenfalls anzuwenden sei, und zwar um so mehr, als in der Lehre von Willenserklärungen noch besonders verordnet werde: es solle alles wegen der Form der rechtlichen Handlungen überhaupt Festgesetzte Anwendung finden, wenn für Willenserklärungen eine bestimmte Form in den den Gesetzen vorgeschrieben worden. Um die §. 41. I. 3. und §. 109. A. L. R. I. 5. mit einander zu vereinigen, müsse man die Bestimmung des §. 41. dahin auffassen, daß nur um der Gewißheit willen, und wenn es dieser Gewißheit noch bedürfe, die Gültigkeit des Vertrages von der Form abhängen solle. (Rechtsgesch. S. 243, 244.)

g) Koch führt aus:

In den §§. 109. u. 110. A. L. R. I. 5. finde sich keine wesentliche Abweichung von den generellen Bestimmungen der §§. 40. und 41. Tit. 3. Wenn der §. 109. bestimme, daß zur Gültigkeit der Verträge auch die Beobachtung der gesetzlichen Form gehöre, so müsse hier hinzugedacht werden: wenn die Form als Ausdruck der Willensbestimmung, und nicht bloß zur größeren Beglaubigung (zum Beweise) dienen soll. Ob aber bei einem bestimmten Geschäfte der eine oder der andere Fall eintrete, sei nach den speziellen Bestimmungen darüber zu entscheiden, zu deren Auslegung zwei Regeln aufgestellt worden: a) die spezielle des §. 110. A. L. R. I. 5.; wenn das hier angegebene Erkennungszeichen fehle, so sei entweder klar, daß die Form die einzige Art des Ausdrucks der Einwilligung, und kein bloßer Beweis derselben sein solle, oder es sei nicht klar. Im letzteren Falle gelte b) die Regel des §. 41. Tit. 3., und es gebe keinen Grund, aus welchem diese sich auf eine Thatfrage beziehende Vermuthung bei Handlungen, welche Verträge enthalten, ausgeschlossen sein sollte. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 141, J. Z. 1832 S. 873.)

2) Die Vorschrift des §. 109. versteht sich nur von dem Wesentlichen der Form, von der schriftlichen oder gerichtlichen Abfassung des Vertrages. Auf die Beobachtung der bei der Vollziehung dieser Form vorgeschriebenen Nebenformalitäten, wie Bemerkung des Datums und der Vornamen, bei Mäklergeschäften Gegenwart der kontrahirenden Theile[1]), bei der Eintragung des Geschäfts in das Taschenbuch, kommt es nicht an.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. März 1836.
(Entsch. Bd. 1. S. 22.)

---

[1]) N. C. C. Tom. IV. de 1766 p. 404.

[2]) N. C. C. Tom. IV. p. 6669 No. 19. de 1770, Rabe Bd. 1. Abtheil. 4. S. 1.

[3]) N. C. C. Tom. VII. p. 3300 de 1781 zweiter Nachtr.

[4]) Klein's Annal. Bd. 2. S. 290—294.

[1]) Vergl. jedoch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Febr. 1844 in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 1359.

3) Die gerichtliche oder notarielle Vollziehung eines durch freie Vereinigung beider Theile ohne Vermittelung der Auseinandersetzungs-Behörde zu Stande gekommenen Ablösungs-Vertrages, sowie die Bestätigung desselben durch die, die Ablösung leitende Behörde gehört zu den die Gültigkeit des Geschäfts bedingenden Erfordernissen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1854. (Präj. Nr. 2599.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 131, Entsch. Bd. 30. S. 254.)

Auch in den Erk. v. 18. Nov. 1852, v. 22. Febr. 1853, v. 12. April 1855 und v. 20. Juni 1857 hat das Ob. Trib. angenommen, daß schriftliche Ablösungs-Verträge, auf welche die Ordn. v. 13. Juli 1829 Anwendung erlitten haben würde, ohne Hinzutritt der Konfirmation der General-Kommission oder des kompetenten Gerichts keine Klage auf Erfüllung gestatten, sondern daß diese Form als zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich zu erachten sei, und daß daher ein derartiger schriftlicher Aufsatz nicht einmal die Wirkung einer Punktation habe, aus welcher auf Vollziehung des Vertrages geklagt werden könnte.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 467—468, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 110 Nr. 28, Entsch. Bd. 36. S. 103.)

Derselben Ansicht ist das Appell. Ger. zu Münster.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 378 ff.)

Auch das Revis. Kolleg. für L. K. Sachen hat (in dem Erk. v. 29. Nov. 1854) ausgeführt, daß die im Bereiche der durch das Abl. Ges. v. 2. März 1850 aufgehobenen Abl. O. v. 13. Juli 1829 zur Zeit der Geltung derselben geschlossenen Privatverträge über Ablösungen nur dann für rechtsverbindlich zu erachten, wenn sie gerichtlich oder notariell vollzogen und von der betr. General-Kommission bestätigt worden sind.

Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat der II. Sen. des Ob. Trib. unterm v. 21. Febr. 1856 zurückgewiesen.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 195.)

Dagegen nimmt das Revis. Kolleg. für L. K. Sachen in dem Erk. v. 4. Sept. 1857 an, daß ein vor Verkündung des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 im Bereiche der Ablös. Ordn. v. 13. Juli 1829, 18. Juni u. 4. Juli 1840 gerichtlich oder von der Gen. Komm. bestätigter Privat-Ablösungsvertrag rechtsbeständig ist, auch wenn bloß die Unterschriften der Kontrahenten gerichtlich oder notariell anerkannt worden waren.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 10. S. 337.)

§§. 111—115. Nach welchen Gesetzen die Form zu beurtheilen.

§. 111. 1) Vergl. a) K. O. v. 2. Sept. 1815 über die Form der Willenserklärungen der Militairpersonen im Felde (G. S. S. 197) in den Erg. zum A. L. R. I. 3. §§. 40—44.;

b) K. O. vom 19. Juli 1834, §§. 1., 4. u. 6. (G. S. S. 132) über die Form der Verträge der zu den Garnisonen der Bundesfestungen Mainz und Luxemburg gehörigen Preuß. Militairpersonen und Beamten und ihrer Angehörigen, in den Erg. zur A. G. O. I. 2. §§. 48—52.

2) Bei Verträgen, die zwischen Unterthanen des Preuß. Staates in der Rheinprovinz errichtet worden sind, kommen in Bezug auf die zur Rechtsgültigkeit des Geschäfts erforderliche Form des Vertrages die Vorschriften des Code civil zur Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1837. (Präj. Nr. 352. a.)

(Präj. Samml. S. 8, Entsch. Bd. 3. S. 225.)

3) Die Regel locus regit actum (§. 111. h. t.) gilt auch für die Beurtheilung der Form der Eheschließung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Jan. 1855. (Präj. Nr. 2595.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 4, Entsch. Bd. 29. S. 380, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 351.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 136.

4) Kommen in Ansehung der Form der von zwei Inländern im Auslande mit einander geschlossenen Verträge die Gesetze des Auslandes zur Anwendung?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 3. April 1856 aus, daß zwar in Betreff der Verträge über unbewegliche Sachen die Gesetze des Orts der belegenen Sache, in Betreff beweglicher Sachen jedoch die Gesetze des Orts des Abschlusses des Vertrages auch in dem Falle Platz greifen, wenn zwei Inländer an einem Orte des Auslandes in dieser Art kontrahirt haben.

Die Grundsätze, betreffend die Kollision der Rechte je nach der örtlichen Gültigkeit derselben, sind schon früher Gegenstand der Erörterung und Feststellung im Röm. Rechte, in der Deutsch-gemeinrechtlichen Praxis und in der Gesetzgebung einzelner Länder geworden. Die zunehmende Ausdehnung des Völkerverkehrs neben der zunehmenden Verschiedenheit der Einzelgesetzgebung hat aber in neueren Zeiten zu einer näheren Ausbildung dieser Lehre sowohl in der Wissenschaft als in der Gesetzgebung, namentlich bei uns, in den Verträgen mit anderen Staaten geführt, so daß manche Sätze jetzt als ein wahres rezipirtes jus gentium angesprochen werden können, während andere noch in der Entwickelung begriffen sind. Die Logik sowohl als die praktische Nothwendigkeit haben ziemlich allgemein dahin geführt, das früher mitunter aufgestellte Axiom: daß jeder Richter in der Regel jedes Rechtsverhältniß nach den Gesetzen seines Landes zu beurtheilen habe, als unbrauchbar zu verwerfen. (Vergl. Schäffner internat. Priv. R. §. 24. S. 29, v. Savigny, System Bd. 8. S. 25.) Auch dahin hat der steigende Verkehr der Länder geführt, die Grundsätze, welche bei der Kollision der Partikular-Gesetzgebung desselben Staats maßgebend sind, auf die Kollision der Gesetze verschiedener Staaten ebenfalls anzuwenden. (v. Savigny a. a. O. S. 27.) Dabei erscheint die von Savigny S. 28 dahin formulirte Norm:

> daß bei jedem Rechtsverhältnisse dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem das Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist,

unbedenklich als ein anzuerkennender Grundsatz. Die Konsequenzen desselben für Familienrecht, Erbrecht, Immobilien-Erwerbung, Einfluß von Prohibitiv-Gesetzen u. s. w. können aber noch keineswegs als durch allseitige oder durch überwiegende Uebereinstimmung festgestellt betrachtet werden. Im Obligationenrecht wurde stets der Satz locus regit actum geltend gemacht, doch waren die Ansichten, inwiefern der bloße Ort der Abschließung des Vertrages für den ganzen Umfang des Rechtsverhältnisses, auch die materielle Seite desselben, entscheide, schon bei den älteren Rechtsgelehrten nicht übereinstimmend (vergl. Wächter im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 25. S. 397 — §. 29. Anm. 393.) und bei den Neueren führt die richtige Anwendung des obigen Grundsatzes wohl durchgehends dahin, daß in materieller Beziehung mehr auf das der Wirksamkeit des Vertrages bestimmte Rechtsgebiet, namentlich also auf den Ort der Erfüllung gesehen wird. (v. Savigny a. a. O. S. 263 ff.) Auch in Betreff der Form der Verträge, wie der Rechtsgeschäfte überhaupt ließe sich vom allgemeinen Gesichtspunkte aus die absolute Gültigkeit jener Regel locus regit actum in Zweifel stellen. (Vergl. Wächter Bd. 255., v. Savigny a. a. O. S. 349.) Doch sind alle darüber einig, daß ein längst anerkanntes Gewohnheitsrecht, welches auch fast überall gesetzlich anerkannt worden, in Betreff der Form lediglich auf den locus der Abschließung sieht. Es wird angenommen, daß die Kontrahenten sich den dort geltenden Vorschriften über die Form haben unterwerfen wollen. Nach dem Vorgange des Bayerischen Codex Maximilianeus p. I. Cap. II. §. 17. hat daher auch das A. L. R. im §. 111. Thl. I. Tit. 5. bei Verträgen diese Regel ausdrücklich ausgesprochen und die Festsetzungen in den verschiedenen Staatsverträgen — mit Sachsen v. 14. Oct. 1839 (G. S. S. 353) Art. 33. — zeigen, daß sie von allen Rechtsgeschäften gemeint ist. Nur in Ansehung der Immobilien wird die Ausnahme gemacht, daß die Gesetze des Orts der belegenen Sache entscheiden, §. 115.; eine Modifikation, welche schon durch das Preußische Hypothekensystem bedingt war — (vergl. v. Savigny a. a. O. S. 354 Anm. e.). Eine ausdrückliche Anwendung des §. 111. auf den vorliegenden Fall enthält der §. 148. Die Allgemeinheit dieser Vorschrift zeigt, daß sie Platz greift auch dann, wenn zwei Inländer an einem Orte des Auslandes in dieser Art kontrahirt haben. Dies liegt aber auch überhaupt in dem Sinne und Geiste des im §. 111. ausgesprochenen Grundsatzes: daß die Form eines Vertrages nach den Gesetzen des Orts, wo er abgeschlossen ist, zu beurtheilen sei, wie auch Bornemann in seinen Erörterungen aus dem Gebiete des Preuß. Rechtes, Hft. 1. S. 78 in dieser Beziehung nicht unterscheidet.

(Entsch. Bd. 32. S. 333, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 303 Nr. 76.)

5) Die Form der Verträge wird nicht nach den im zweiten Theile der A. G. O. vorkommenden Rekapitulationen der landrechtlichen Bestimmungen, sondern nach dem materiellen Rechte beurtheilt.

So erkannt von dem Kreisgericht zu Arnsberg unterm 12. April 1850. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 655.)

6) Ist insbesondere die Form, welche sich auf die persönliche Fähigkeit der Kontrahenten zur Schließung von Verträgen überhaupt und von einzelnen Arten derselben bezieht, nach den G. des

fori domicilii und originis, oder nach den G. des Orts, wo kontrahirt ist, zu beurtheilen?

Die letztere Alternative ist angenommen von dem I. Sen. des O. L. G. zu Magdeburg in dem Erk. v. 30. Jan. 1818, denn forma, validitas und solennia contractus seien in allen Gesetzgebungen nach den gesetzlichen Vorschriften des fori contractus beurtheilt. Für das gemeine Recht folge dies aus Fr. 6. Dig. de evict. u. Leyser med. ad pand. vol. II. spec. 73., med. 3.

(Simon's R. Bd. 2. S. 427.)

Die erstere Alternative vertheidigen:

a) Grävell auf den Grund der §§. 23—27. u. 35—41. Einl. zum A. L. R. (Generaltheorie der Verträge S. 126 Anm.*** a. E.)

b) Bornemann, welcher sich auf die §§. 33—35. der Einl. zum A. L. R. und auf das Register zum A. L. R., sub voce: »Form der Handlungen« stützt.

(System Bd. 1. S. 207. u. Anm.*, 2. Ausg. Bd. 1. S. 62.)

c) Der II. Sen. des O. L. G. zu Magdeburg in dem Erk. v. 26. Juni 1818 aus gleichen Gründen. (Simon's R. Bd. 2. S. 436.)

d) Schröter, welcher noch den §. 28. A. G. O. I. 2. heranzieht, wonach die Form einer auch anderswo ausgestellten Vollmacht nach den G. des Domizils des Machtgebers zu beurtheilen sei.

(Civ. Verf. S. 85.)

§. 113. Bei Abschließung eines Vertrages durch Briefwechsel ist sowohl nach gemeinem Rechte, als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Forderung für da entstanden zu erachten, wo derjenige, bei dem die Bestellung gemacht worden, diese empfangen und zustimmend beantwortet hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 135 Nr. 34.)

§. 115. 1) Bei einem Tauschgeschäfte über Grundstücke, von welchen eines im Auslande, das andere im Inlande belegen ist, müssen in Beziehung auf die Form des Vertrages die inländischen Gesetze des Orts, wo das letztere liegt, beobachtet werden, und es ist namentlich ein mündlich geschlossener Vertrag ohne rechtliche Folgen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juli 1837.

(Präj. Samml. S. 9.)

2) In den Fällen, wo das A. L. R. einen gerichtlichen Vertrag vorschreibt, bedarf es bei einem von Ausländern im Auslande, nach den dort geltenden Vorschriften gerichtlich geschlossenen Vertrage, zur Gültigkeit der darin enthaltenen Eigenthumsübertragung eines im Preuß. Gebiete belegenen Grundstückes der Mitunterschrift der Kontrahenten nicht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juli 1856.

Aus der Bestimmung des §. 116. folgt nichts für die Form der gerichtlichen Verträge, zumal diese gerade deshalb geschlossen werden können, weil die Kontrahenten oder einer derselben nicht im Stande ist, den Vertrag zu vollziehen, also einen eigentlichen schriftlichen Vertrag abzuschließen. In Betreff des §. 115. aber fragt es sich: welche Vertragsform nach den einheimischen Gesetzen, unter deren Herrschaft die fraglichen Grundstücke liegen, zur Uebertragung des Eigenthums derselben erforderlich ist? Weder der §. 3. A. G. O. II. 1., noch das Gesetz v. 23. April 1821 (wegen Aufhebung der Verlautbarung) haben bestimmt, daß ein Vertrag über das Eigenthum diesseitiger Grundstücke vor einem ausländischen Gerichte nicht sollte gültig geschlossen werden können. Dies ist daher unzweifelhaft statthaft. Daraus folgt dann aber von selbst, daß der ausländische Richter bei der Abfassung nicht die diesseitigen Vorschriften, sondern seine eigenen zu beobachten hat.

(Entsch. Bd. 33. S. 1 ff., Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 336 Nr. 78.)

Der III. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 22. Juni 1857 an, daß dieser Grundsatz insbesondere auch dann zur Anwendung kommen müsse, wenn das Hauptgut im Auslande belegen ist und die Pertinenzien in Preußen belegen sind, und daß der im Auslande über das Eigenthum eines solchen Grundstückes nach den ausländischen Gesetzen formgültig errichtete Kontrakt dies auch bezüglich der im Inlande belegenen Pertinenzien sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 232 Nr. 49.)

§§. 116—119. Von schriftlichen Verträgen.

Dr. Bornemann, über die schriftliche Form der Verträge. (In dessen Erörterungen im Gebiete des Preuß. Rechts, Hft. 1. S. 144 ff.)

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 348—350.

§. 116. 1) Schriftliche Verträge erfordern der Regel nach eigenhändige Unterzeichnung der Parteien oder ihrer legitimirten Vertreter. Daß eine Namensunterschrift von einem Andern, mit Wissen und Willen einer Partei, geschrieben worden und der darauf bezügliche Inhalt des Diffesionseides, ist darüber, ob ein formell gültiger schriftlicher Vertrag vorhanden, noch nicht entscheidend.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1848 (Präj. Nr. 2077.)

Der erste Satz folgt aus den Vorschriften der §§. 171., 172., 174. h. t. und des §. 9. Nr. 1. und §. 10. Nr. 1. A. G. O. II. 1., so wie aus den §§. 110. u. 111. A. L. R I. 13. und der §§. 776., 779., 780. A. L. R. II. 8., womit die Vorschriften über Vollziehung gerichtlicher oder notarieller Verträge übereinstimmen (A. L. R. §§. 175—177. h. t., Anh. §. 5., A. G. O. I. 10. §. 19., Anh. §§. 68—70.). Es bedarf, um statt des eigentlichen Kontrahenten einen Dritten mit seiner Unterschrift zu substituiren, einer formell gültigen, also schriftlichen Vollmacht; es genügt zur Gültigkeit des Vertrages nicht jede Unterschrift der Namen der Kontrahenten, sondern nur ihre eigene, oder eine solche, von der zugleich schriftlich erhellt, daß sie gültig für dieselben gemacht worden. Nirgend hat das Gesetz in dieser Beziehung Ausnahmen festgesetzt, welche mit den Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Schriftlichkeit im Widerspruche stehen würden. Der Widerspruch, in welchem hiermit der §. 134. A. G. O. I. 10. steht, beruht wahrscheinlich darauf, daß unterlassen worden, jene Stelle zu ändern, nachdem die ursprünglichen Bestimmungen des A. L. R. und der A. G. O. über die Form der Verträge Modifikationen erlitten; der Widerspruch zeigt also nur, daß der Inhalt des Diffessionseides darüber, ob ein formell gültiger Vertrag vorhanden, noch keine entscheidende Grundsätze enthält. (Präj. Samml. S. 9, Entsch. Bd. 17. S. 457.)

In dieser Beziehung spricht das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Aug. 1845 (Nr. 1602.) aus:

Die in der Norm des Diffessionseides enthaltene Bestimmung, wonach der Produkt zugleich schwören soll: »daß die Namensunterschrift unter dem ihm vorgelegten Instrumente auch nicht an seiner Statt von einem Anderen mit seinem Wissen und Willen geschrieben worden sei«, schließt die Einwendungen gegen die Rechtsgültigkeit dieser von einem Anderen erfolgten Unterschrift nicht aus. War daher nach den Vorschriften des materiellen Rechts eine schriftliche Vollmacht erforderlich, so muß auch eine solche zur Leistung der Unterschrift beigebracht worden.

(Präj. Samml. S. 236, Entsch. Bd. 12. S. 477.)

Das Erk. desselben Sen. v. 30. März 1849 bemerkt noch ausdrücklicher:

Wenn Jemand eine Urkunde für einen Anderen mit dessen Willen und in dessen mündlichem Auftrage durch dessen Namensunterschrift vollzieht, so ist dieser Andere dem Dritten gegenüber dadurch in solchen Fällen noch nicht gebunden, wo die Gesetze einen schriftlichen Auftrag erfordern und eine vermuthete Vollmacht nicht stattfinden lassen. (Entsch. Bd. 18. S. 207.)

Das bereits angeführte Erk. desselben Sen. v. 23. Aug. 1845 bemerkt daher:

Deshalb erscheint die im §. 138. A. G. O. I. 10. vorgeschriebene Norm des Diffessionseides in den nicht seltenen Fällen gar nicht unerheblich, wo die zu diffitirende Urkunde nur die Thatsache irgend einer Erklärung des angeblichen Ausstellers feststellen soll. Nur wo mehr als dies, wo das Dasein eines schriftlichen Vertrages nöthig ist, da ist dieser Theil des Eides unerheblich.

(Entsch. Bd. 12. S. 480—481.)

2) Ueber die hiernach (Zus. 1.) von dem Ob. Trib. entschiedene Rechtsfrage besteht indeß unter den Schriftstellern Meinungsverschiedenheit. Von der einen Seite wird nämlich, wie das Ob. Trib. entschieden hat, angenommen, daß die Kontrahenten ihre Namensunterschrift selbst unterzeichnen oder durch legitimirte Bevollmächtigte vollziehen lassen müssen, wogegen von anderer Seite her behauptet wird, daß die Kontrahenten auch durch die Unterschrift eines Dritten gebunden werden, wenn solche mit ihrem Wissen und Willen, wiewohl ohne genügende Vollmacht, vorgenommen worden.

Diese letztere Ansicht wird vertreten von Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 133 und Komm. zur A. G. O. Bd. 2. S. 309 ff.), Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 576), Merkel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 80 zum §. 118. h. t.), Pape (J. W. 1840 S. 463) und den O. L. G. zu Magdeburg und Halberstadt in den Erk. v. 30. Jan. und 25. Aug. 1834 (J. W. 1837 S. 868 ff.); auch hat Bornemann (System [1. Ausg.] Bd. 2. S. 471, Rechtsgesch. S. 269) diese späterhin von ihm verlassene Meinung vertheidigt. Sie gründen dieselbe, mit Ausnahme von Pape, auf die im §. 134. A. G. O. I. 10. vorgeschriebene Norm des Diffessionseides. Bornemann führt dafür

außerdem noch an, daß es nur darauf ankomme, daß der Inhalt der getroffenen Verabredung durch eine von beiden Theilen unzweifelhaft genehmigte Urkunde festgestellt werde. Pape dagegen erkennt zwar an, daß der §. 134. A. G. O. I. 10. nichts entscheide, weil er nur verordne, daß der, welcher den Diffessionseid nicht schwören könne, so angesehen werden solle, als wenn er die Unterschrift selbst gemacht oder durch einen Anderen habe machen lassen, führt aber aus, daß jeder mündlich geschlossene Vertrag nach hinzugetretener vollständiger Erfüllung rechtsverbindlich, der mündlich zwischen dem, von welchem und dem, für welchen die Unterschrift vollzogen werde, errichtete Vertrag aber durch Vollziehung derselben vollständig erfüllt werde.

Dagegen vertreten die erstere Meinung, für welche sich dann auch das Ob. Trib. entschieden hat:

a) die Gesetzrevisoren, welche sich dahin aussprechen:

Daraus, daß §. 134. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. verordnet ist, derjenige, welcher eine Privat-Urkunde diffitiren wolle, müsse schwören, daß die Unterschrift auch nicht anstatt seiner von einem Anderen mit seinem Wissen und Willen beigefügt worden, haben Grävell (Generaltheorie S. 133) und Bielitz (Kom. I. Aufl. Bd. 1. S. 576) den Schluß ziehen wollen, es sei gleichgültig, ob die Unterschrift von dem Kontrahenten selbst, oder von einem Anderen auf sein Geheiß vollzogen worden. Unseres Erachtens ist diese Folgerung unhaltbar, weil die Proz. O. nur vom Beweise und nicht von der Gültigkeit eines Vertrages handelt. Die angezogene Stelle muß deswegen auf solche Fälle bezogen werden, wo die Schrift nicht wesentlich zur Gültigkeit des Geschäfts gehört, sondern nur zum Beweise dienen soll. Dies kann nicht nur bei denjenigen Verträgen vorkommen, welche nach der Höhe ihres Gegenstandes keiner schriftlichen Abfassung bedürfen, sondern der Fall ist jedesmal vorhanden, wenn es für die Entscheidung nur auf den Nachweis einer Leistung ankommt, z. B. auf den Beweis einer Zahlung oder eines gegebenen Darlehns, zu dessen Rückzahlung der Empfänger auch ohne Ausstellung eines Schuldscheins verbunden ist. Daß aber ein Vertrag, den der eine Kontrahent nicht unterschrieben hat, sondern nur hat unterschreiben lassen, ohne daß derjenige, welcher die Unterschrift vollzog, von ihm mit einer förmlichen Vollmacht wäre versehen gewesen, für ihn nicht bindend sein könne, sehen wir als ausgemacht an.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 110—116. des Entw. S. 71.)

b) Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 150 ff.) und Lindau (J. W. 1837 S. 867 ff.)

Diese beziehen gleichfalls den §. 134. A. G. O. I. 10. nur auf die Fälle, wo die Schrift nicht zur Gültigkeit des Geschäfts, sondern zum Beweise, von welchem die Proz. O. a. a. O. allein handele, dienen solle, also auf alle Verträge, welche der Höhe ihres Gegenstandes wegen keine schriftliche Abfassung erfordern, oder bei denen es nur darauf ankömmt, eine Leistung zu beweisen. Lindau insbesondere findet die analoge Anwendung der §§. 147—149. A. L. R. I. 13., welche voraussetzen, daß der Vertrag von dem, der die Unterschrift vollziehe, auch verabredet sei, auf den Fall, wo die Verabredung unter den Kontrahenten selbst stattgefunden, nicht zweifelhaft.

c) Bornemann (in der 2. Ausg. des Syst. Bd. 2. S. 261), wo derselbe ausführt, daß wenn der Gesetzgeber in dem §. 134. A. G. O. I. 10., nur an Privaturkunden, die zum Beweise des darin anerkannten Geschäfts dienen sollen, gedacht hätte, eine zwiefache Norm des Diffessionseides vorzuschreiben gewesen sein würde. Aus der ganz unbedingten Norm des §. 134. folge aber, daß jene Vorschrift auf alle Privaturkunden zu beziehen, und demgemäß anzunehmen sei, daß wenigstens bei Redaktion dieser Stelle davon ausgegangen worden, daß Jeder durch die von einem Dritten mit seinem Wissen und Willen bewirkte Unterschrift seines Namens eben so, wie durch seine eigenhändige Unterschrift, gebunden werde, weil sonst ein ganz nutzloser Eid würde vorgeschrieben sein. Dessenungeachtet dürfe aber aus der A. G. O. für das materielle Recht kein Satz entnommen werden, dessen Richtigkeit nach den Bestimmungen des A. L. R., insbes. nach den Vorschriften über die nothwendige Form bei Vollmachtsverträgen, zu bezweifeln sei. Vielmehr sei nur anzunehmen, daß derjenige, welcher den anderen Kontrahenten durch eine angeblich von ihm selbst unterschriebene Urkunde zu dem Glauben verleitet habe, daß der Vertrag wirklich formell gültig geschlossen sei, im Falle der Nichtanerkennung desselben zur Entschädigung des Anderen wegen aller ihm verursachten Schäden verpflichtet sei.

d) Temme. (Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 150.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 10. §. 134.

3) Dies Alles (Zus. 1. u. 2.) bezieht sich indeß nur auf den Fall, wenn ein Anderer den Namen der Partei unterschreibt, nicht aber auf den Fall, wenn ein Anderer im Namen der Partei den Vertrag schließt und seinen eigenen Namen unterschreibt.

Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung in dem Pl. Beschl. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2196.) folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus einem von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte, wenn derselbe in Fällen, wo es eines schriftlichen Vollmachtsvertrages bedurfte, ohne schriftlichen Auftrag, jedoch in der gesetzlichen Form gehandelt hat, kann nicht nur durch eine schriftliche, sondern auch durch eine mündlich oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers, den Dritten gegenüber, entstehen. (Entsch. Bd. 19. S. 29.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 142—146.

Dieser Pl. Beschl. hat Veranlassung gegeben, die Richtigkeit des in dem Präj. des IV. Sen. v. 14. Dec. 1848 Nr. 2077. (vergl. ob. Zus. 1.) angenommenen Rechtssatzes in Zweifel zu ziehen, daß, wenn ein Anderer mit Wissen und Willen der Partei deren Namen unterschrieben hat, hierdurch die Partei noch nicht verpflichtet werde. Es hatte nämlich Jemand einen mündlich verabredeten Verkauf durch seinen Sohn aufschreiben lassen, und, statt den Aufsatz zu unterschreiben (§. 118. h. t.), seinem Sohne aufgetragen, seinen, des Vaters, Namen darunter zu setzen. Auf diesen Fall wollte der IV. Sen. den Rechtssatz des Pl. Beschl. v. 22. April 1850 anwenden und den streitigen mündlichen Kaufkontrakt für rechtsverbindlich erklären. Das Plenum des Ob. Trib. hat indeß diese neue Meinung verworfen und durch den Beschluß v. 4. Dec. 1854 (Präj. Nr. 2585.) folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Aus einem Kontrakte wird derjenige, dessen Namensunterschrift von einem Anderen, in Folge eines demselben mündlich oder stillschweigend ertheilten Auftrages, geleistet worden, nicht wie aus einem schriftlichen Vertrage verpflichtet, selbst wenn eine nachträgliche, mündliche oder schriftliche Genehmigung hinzukommt.

Die Gründe dieser Entscheidung sprechen sich in folgender Art aus:

Der Plenarbeschl. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2186.) kann hier nicht zur Anwendung gelangen, denn der wesentliche Unterschied zwischen dem dadurch entschiedenen und dem hier in Rede stehenden Falle besteht darin, daß in jenem der ältere Vertrag von einem Bevollmächtigten in untadeliger Form schriftlich, mit eigenhändiger Unterzeichnung des Bevollmächtigten, als solchen, geschlossen war, und nur die gehörige Vollmacht, also die Bekundung des Willens des Machtgebers, einen solchen Vertrag einzugehen, fehlte, und dieser Mangel der Einwilligung in den Vertrag nach §. 143. Tit. 13., §. 189. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. als durch spätere stillschweigende Genehmigung gedeckt angesehen worden ist; gegenwärtig aber der Auftrag nicht auf Abschließung eines Vertrages, den vielmehr der Geschäftsherr selbst errichtet hat, sondern auf Vornahme der schriftlichen Form gerichtet gewesen ist, und, da diese bemängelt wird, die Frage entsteht: ob die spätere Genehmigung diesen Formmangel heilen könne? Dies ist zu verneinen. Denn aus den §§. 185., 186. und 189. h. t. erhellt, daß nur der Mangel der Einwilligung durch ein späteres Anerkenntniß gehoben wird, nicht der Mangel in der Form des Vertrages. — Die Möglichkeit der Heilung des Mangels in der Unterzeichnung des Vertrages könnte zwar aus §§. 142., 143. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. hergeleitet werden; es ließe sich nämlich sagen, daß, wenn ein Akt, der die gegebene Vollmacht überschreite, durch stillschweigende Genehmigung konvaleszIren könne, dies mit größerem Grunde bei der einem mündlichen Auftrage gemäßen Handlung möglich sei. Allein die Verrichtung einer Namensunterschrift durch einen Dritten ist nicht jeder anderen Handlung, vermittelst welcher Rechte oder Sachen durch einen Stellvertreter erworben werden können, gleichzustellen. Das Unterzeichnen mit dem Namen einer Person ist in ganz besonderem Maße an diese Person selbst gebunden. Der Name eines Menschen ist gleichsam ein Stück seiner eigenen Persönlichkeit, und dessen Gebrauch durch einen Fremden gilt in der Regel für einen verletzenden Eingriff in diese Persönlichkeit. Wenn für einen Anderen gehandelt, dieser repräsentirt werden soll, so stellt der Vertreter jenen nur juristisch, nicht physisch vor; er handelt in dessen Namen, d. h. um dieselbe rechtliche Wirkung hervorzubringen, aber nicht unter dessen Namen, d. i. er führt nicht dessen Namen. So denkt man bei der Vorschrift §. 116. Tit. 5. ohne Weiteres nur an die eigenhändige Unterschrift des Kontrahenten, und es ergeben auch andere gesetzliche Bestimmungen, daß die Unterzeichnung als ein höchst persönliches Recht des Namensträgers aufgefaßt wird. (Vergl. §§. 171—174. ebendas. und A. G. O. II. 1. §. 9. sub 1., §. 10. sub 1.) Außerdem machen §§. 175—178. h. t. und §. 5. des Anh. zum A. L. R., wie §§. 169 ff. Anh. zu A. G. O. den Richter oder Notar dafür verantwort-

lich, daß der Kontrahent, welcher dem Vertrage oder Protokolle auch nicht einmal eigenhändig seinen Namen beifügen kann, wenigstens statt dessen Kreuze oder Zeichen beifetze, und die Unterschrift durch einen Beistand verrichtet werde u. s. w. und Richter oder Notar müssen dies attestiren. Sind also auch die am Schreiben durch Zufall Verhinderten, oder, wie die G. O. II. 1. §. 10. sich ausdrückt, »die am Schreiben Verhinderten« an solche erschwerende Förmlichkeiten gebunden, so wird man denjenigen, der bloß willkührlich nicht selbst unterschreibt, sondern einen Anderen für sich unterschreiben läßt, nicht von aller Förmlichkeit hierbei befreien können, zumal in diesem Falle die Möglichkeit nahe liegt, daß er den Vertrag selbst nicht ernstlich gewollt, und sich deshalb der eigenen Unterschrift entzogen habe, wo es dann noch an einem wesentlichen materiellen Erforderniſſe der Gültigkeit des Vertrages fehlen würde. — Jene vorgeschriebenen Formen für das Schreiben eines fremden Namens, und die Sorgfalt des Gesetzgebers, daß die Vertretung dabei kenntlich werde, und daß der Vertretene so viel wie möglich noch selber dabei thätig sei, wären ganz überflüssig, wenn man auch ganz formlos einen Dritten für sich mit rechtlicher Wirkung schreiben lassen könnte, und es ergiebt sich also hieraus, daß die Leistung der Namens-Unterschrift eines Anderen nicht unter den allgemeinen Regeln der Vornahmen rechtlicher Handlungen für einen Anderen steht, und eben deshalb die stillschweigende Genehmigung einer solchen Namensunterzeichnung nicht den Mangel einer schriftlichen Vollmacht zur Unterzeichnung ersetzt. Dies bestätigen endlich auch die §§. 500. ff. A. L. R. II. 8.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 5, Entsch. Bd. 29. S. 293, J. M. Bl. 1855 S. 30, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 258 Nr. 55.)

4) Ist ein schriftlicher Vertrag unverbindlich, wenn ein Kontrahent mit einem anderen Namen unterschreibt, als mit demjenigen, welchen er wirklich führt, oder zu führen berechtiget ist?

Der Instr. Sen. des Kammerger. nimmt in dem Erk. v. 2. Jan. 1836 die Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrages an.

Das Gesetz kennt mehrere Fälle, in welchen Jemand durch Scripta, die er in einem anderen Namen ausstellt, Verbindlichkeiten übernimmt z. B. bei Sozietäten, Kaufleuten ꝛc. Aus diesen Ausnahmen erhellt, daß die eigene wirkliche Namensunterschrift nicht unbedingt nothwendig ist, sondern es darauf ankommt, ob Jemand sich jenes Namens angemaßt und sich desselben auf eine Weise bedient hat, durch welche er seine eigene Person hat verbindlich machen wollen. Ist dies der Fall, so mag er wegen der unbefugten Anmaßung strafbar sein, allein er kann daraus keinen Einwand entnehmen, da er sich nicht im Irrthume befunden. Der §. 117. steht dem nicht entgegen, da derselbe nur bestimmen soll, in welchem Momente der Anfang des schriftl. Vertrages anzunehmen sei; ebensowenig der §. 1440.b. A. L. R. II. 20. und die K. O. v. 30. Okt. 1816, in Verbindung mit §. 68. h. t., indem kein Vertrag über die Annahme eines falschen Namens geschlossen ist, sondern sich nur fragt, ob ein Vertrag klagbar ist, der unter einem unbefugter Weise gebrauchten Namen geschlossen worden. (J. W. 1846 S. 206.)

Dagegen halten der Ob. App. Sen. des K. G. (in dem Erk. v. 19. Sept. 1838) und das Ob. Trib. (in dem Erk. v. 18. Jan. 1840) einen solchen Vertrag für unverbindlich.

Es wird davon ausgegangen, daß zwar der §. 116. nicht ausdrücklich vorschreibe, daß die Unterschrift die des wahren Namens des Kontrahenten sein solle; es müsse dies aber als sich von selbst verstehend vorausgesetzt werden, da nicht anzunehmen, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Kontrahenten bloß unterzeichnen sollen, gleichviel, auf welche Weise dies geschehe. Dies folge auch aus den Vorschriften des §. 175. h. t. und der A. G. O. Anh. §. 71., II. 2. §. 46. u. III. 7. §. 54. über die Art der Namensunterschrift, und des §. 134. A. G. O. I. 10. über die Norm des Diff. Eides. Ueberdies sei es verboten, sich fremder Namen zu bedienen, und wenn der eine Kontrahent es sich (wissentlich) gefallen lasse, daß der andere sich eines unrichtigen Namens bediene, so liege in solchem Verfahren eine unerlaubte, den Vertrag entkräftende, Handlung (§. 68. h. t.).

(J. W. 1846 S. 207—211.)

Diese letzteren Ansichten sucht Vogler zu widerlegen und gelangt zu folgenden Resultaten:

a) daß zur Form des schriftl. Vertrages nur die Unterschrift eines Namens gehört, gleichviel, ob er dem Kontrahenten zusteht oder nicht, wogegen materiell allerdings der von diesem Kontrahenten zu führende Beweis, daß er nicht den ernstlichen Willen gehabt, den Vertrag abzuschließen, und daß er deshalb einen fremden Namen unterschrieben habe, die Ungültigkeit des Vertrages nach sich zieht;

b) daß die unerlaubte Handlung desjenigen, der sich eines fremden Namens bei Vollziehung des Vertrages bedient, ihn von der Erfüllung des Vertrages jedenfalls nicht entbindet. (a. a. O. S. 289 ff.)

Koch bemerkt:

Die Unterschrift muß mit dem Namen des für sich selbst Unterschreibenden geschehen. Zur schriftlichen Form als solcher ist es zwar nicht erforderlich, aber der Beweis der Ernstlichkeit des Willens fehlt in Betracht desjenigen, welcher unter einer schriftlichen Erklärung einen fremden Namen schreibt (A. L. R. I. 4. §. 57.). Ein unrichtiger Vorname oder eine fehlerhafte Schreibart des Namens ist unerheblich. (Landr. Bd. 1. S. 225 zum §. 116. h. t.)

5) Bindet eine unleserliche Unterschrift des Vertrages, wenn nachgewiesen ist, daß sie als Unterschrift vollzogen worden, übrigens aber der Unterschreibende gewöhnlich nicht unleserlich schreibt?

a) Das Hofgericht zu Arnsberg verneint in dem Erk. v. 20. Dec. 1834 und führt aus, die Unterschrift müsse so beschaffen sein, daß sie als solche gelten könne, und daß insbesondere die Absicht der Kontrahenten, sich durch die Unterschrift verbindlich machen zu wollen, klar vorliege; es könne aber die Stelle der Unterschrift nicht vertreten, wenn einer, der leserlich schreiben könne, und seinen Namen auch leserlich zu schreiben pflege, statt der Namensunterschrift willkührliche Zeichen mache, worin der Name des Unterschreibenden nicht zu erkennen sei. Eine solche Aeußerung des Willens habe nicht die im §. 57. A. L. R. I. 4. erforderten Eigenschaften.

(Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 557.)

b) Dagegen bejahet Sommer; denn es sei unerheblich, ob der Paciscent gewöhnlich unleserlich schreibe oder nicht. Es müsse genügen, daß die Unterschrift mit den Anfangsbuchstaben und den denselben begleitenden, wenn auch noch so unleserlichen, Schnörkeln, als Unterschrift unter den Vertrag, geschehen, um so mehr, da die Gesetze, welche Treue und Glauben zu brechen erlauben, nicht ausdehnend erklärt werden dürften, und der §. 116. h. t. überhaupt nur die Unterschrift fordere, aber nichts von der Lesbarkeit derselben sage.

(a. a. O. S. 552.)

c) Pape führt aus, die Namensunterschift müsse im Allgemeinen oder in individueller Hinsicht das Gewöhnliche umfassen, und, wenn sie unleserlich ist, auf zuverlässige Art ermittelt werden. Dies wird aus §§. 130. und 266. h. t. und daraus gefolgert, daß sonst der redliche Kontrahent im Nachtheil stehen würde, da der unredliche nur nach den für ihn günstigen oder ungünstigen Verhältnissen zu bestimmen brauche, ob die Züge seine Namensunterschrift sein sollen oder nicht, mithin die Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages in seine Willkühr gelegt sein würde.

(J. W. 1840 S. 460.)

6) Mit welchen Zeichen muß die Unterschrift vollzogen werden?

a) Die Gesetzrevisoren verlangen, daß die Schriftzüge der Unterschrift den Namen des Unterschriebenen in Buchstaben, als dem allen Europäischen Sprachen gemeinsamen Kriterium, wiedergeben.

(Mot. zu §§. 110—116. des Entw. S. 70.)

b) Bornemann und Koch sind gleicher Ansicht, worüber sie auch auf die R. v. 27. März und 9. Mai 1818 (vergl. zum §. 781. A. L. R. II. 8.) Bezug nehmen.

(System Bd. 2. S. 472, 2. Ausg. Bd. 2. S. 260 und Rechtsgesch. S. 268. — Recht der Ford. Bd. 2. S. 150 u. Lehrb. Bd. 2. S. 171.)

c) Bielitz hält jede Art von Schriftzügen für genügend.

(Komm. Bd. 1. S. 575.)

7) Die Urkunde über einen wechselseitigen Vertrag muß von beiden Kontrahenten unterschrieben werden. Ueber die Fälle, wenn eine solche Urkunde nur von einem Theile vollzogen worden, finden sich folgende Ansichten:

a) Es reicht zur Gültigkeit eines zweiseitigen schriftlichen, in zwei Exemplaren ausgefertigten Vertrages hin, wenn jeder Kontrahent nur dasjenige Exemplar unterschreibt, welches der andere Theil übergeben erhält. Doppelt ausgestellte sogenannte Schlußscheine über die Lieferung von Staatsschuldpapieren, von denen das eine, Seitens des Käufers unterschriebene Exemplar dem Verkäufer, das andere, Seitens des Letzteren unterschriebene Exemplar dem Käufer eingehändigt worden, unterliegen der Stempelsteuer.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Sept. 1839. (Präj. Nr. 717.)

Denn der Fall des §. 185. liegt bloß da vor, wo nur der eine von beiden Kontrahenten die über einen mündlichen Vertrag aufgenommene Schrift unterzeichnet hat, und nunmehr um deshalb, weil der andere Kontrahent die

Urkunde angenommen hat, die Frage entstehen kann: ob dadurch auch dieser Letztere, ungeachtet seine Unterschrift gar nicht vorhanden, gleich dem Aussteller, wie durch einen förmlichen schriftlichen Vertrag gebunden ist? Hiervon kann aber nicht die Rede sein, wenn die Unterschrift beider Kontrahenten wirklich vorhanden ist, die beiderseitigen Reverse gegen einander ausgetauscht sind, und jeder von beiden Theilen das von dem anderen unterschriebene Exemplar in Händen hat. (Präj. Samml. S. 344, Entsch. Bd. 5. S. 30.)

Derselben Ansicht sind Siewert (Mat. Hft. 2. S. 216), Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 135) u. Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 315).

b) Dadurch allein, daß der eine Kontrahent den von dem andern Theile vollzogenen schriftlichen Kontrakt gleichfalls mit seiner Unterschrift versehen hat, wird er an den Vertrag noch nicht gebunden, namentlich dann nicht, wenn der zuletzt Unterzeichnende den Kontrakt zurückbehalten hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1850.

Aus den Vorschriften des A. L. R. I. 4. §. 57. und §. 116. h. t. folgt keinesweges das Gegentheil, da jedes Zeichen eines fremden Willens demjenigen, der sich darauf zu berufen im Stande sein soll, nur insofern Rechte verleihen kann, als er in die Lage versetzt worden ist, sich desselben bemächtigen zu können, und ohne diese Gegenseitigkeit, die allein geeignet scheint, den bisherigen freien Willen des einen Theils dem andern unterwürfig zu machen, kein Gewicht darauf gelegt werden kann. Die bloße Unterschrift allein ist, so lange der vollziehende Theil sich im Besitze des Vertrages befindet, noch nicht ausreichend, jene nothwendige Gegenseitigkeit herzustellen, und die andere Partei läßt sich durch das Papier, welches den Vertrag enthält, keinesweges in der Art für repräsentirt oder vertreten ansehen, daß sie die Unterschrift als ein in ihre Gewalt gegebenes Zeichen jenes fremden Willens geltend machen kann. (Entsch. Bd. 19. S. 69.)

c) Der, welcher die über einen abgeschlossenen, vermöge des Gesetzes schriftlich zu errichtenden Vertrag aufgenommene schriftliche Urkunde durch seine Unterschrift vollzogen und dem andern Kontrahenten behändiget hat, darf den Mangel der Unterschrift des Letztern nicht vorschützen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1837. (Präj. Nr. 292.) (Präj. Samml. S. 9.)

Dies nimmt auch das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. April 1854 an. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 6 Nr. 3.)

d) Wenn bei einem Vertrage, welcher seinem Gegenstande nach an sich der schriftlichen Abfassung bedarf, ein schriftliches Instrument errichtet, dasselbe aber nur von Einem Kontrahenten unterschrieben ist, nicht aber von dem Andern, so kann der Kontrahent, welcher das Instrument durch Unterschrift nicht vollzogen, dasselbe aber von dem Andern angenommen und auf Grund des Instrumentes Klage erhoben hat, den Mangel der schriftlichen Form nicht entgegensetzen, wenn gegen denselben auf Grund des Vertrages Gegen-Ansprüche erhoben, und diese aus dem Inhalte des, wenn auch nur einseitig vollzogenen Instrumentes abgeleitet werden.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1046.) (Präj. Samml. S. 11.)

e) Die Gesetzrevisoren sprechen sich dahin aus:

Unsere Ansicht geht dahin, daß derjenige, welcher seinerseits unterschrieben hat, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht mehr vorschützen kann. Es ist ein durchgreifender Grundsatz, daß Niemand sich auf die dem anderen Theil zustehenden Einreden berufen kann; und so wenig, wie derjenige, der mit einem, sich durch Willenserklärungen zu verpflichten Unfähigen kontrahirte, auf den gegenseitigen Mangel der Rechtsfähigkeit sich beziehen kann, eben so wenig darf demjenigen, der sich seinerseits durch die Unterschrift verpflichtet hat, gestattet werden, aus dem Mangel der Unterschrift von der anderen Seite einen Einwand zu entnehmen. Aus eben dieser Ansicht ist der §. 185. h. t. hervorgegangen, dem der §. 135. des gedr. Entw. h. t. zum Grunde liegt. Diese Bestimmung ist bei der Ausarbeitung des gedr. Entw. entstanden; der Geh. R. Heidenreich hatte nämlich monirt, daß ein schriftliches oder zum Protokoll gegebenes Anerkenntniß eines vorher nur mündlich geschlossenen Vertrages defectum scripturae insofern beheben müsse, als aus dem Anerkenntniß der Inhalt des Vertrages zu entnehmen sei. Suarez bemerkte hierauf:

Im Wesentlichen bin ich mit diesem Antrage einig, nur hebt ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich defectum scripturae, sondern es obstirt nur dem Agnoscenten, wenn dieser sich auf solchen Einwand berufen wollte.

Auf solche Weise ist der, im §. 185. wiedergegebene §. 135. des Entw. entstanden, und wird dadurch die aufgeworfene Frage so entschieden, wie wir angenommen; denn man muß die einseitige schriftliche Vollmacht, insofern sie nicht ein bloßes Anerbieten unterstellt, jedesmal als ein schriftliches Anerkenntniß des mündlichen Vertrages ansehen.

Aus dem Gesagten erhellet weiter, daß es einer schriftlichen Abfassung völlig gleichgestellt werden muß, wenn jeder Kontrahent ein mit der Unterschrift des anderen versehenes Exemplar des Vertrages in Händen hat; denn ein jeder befindet sich alsdann gegen den anderen in der Lage, daß er den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen kann. So lange aber nur noch der eine Kontrahent unterschrieben hat, befindet sich dieser in dem Verhältniß eines einseitig Verpflichteten, ähnlich demjenigen, der mit einem Unfähigen kontrahirt hat. Dem Letzteren ist indeß ein Mittel an die Hand gegeben, sich durch Bestimmung einer Frist zu vergewissern, ob gegenseits der Vertrag anerkannt werde; und dies führt uns auf die Nothwendigkeit, auch dem durch die Unterschrift einseitig Gebundenen die Befugniß zuzugestehen, auf Ergänzung der Form von der anderen Seite, oder Auflösung des Geschäftes zu dringen. — Sowohl in dem Falle, wenn der Vertrag in der Art ausgefertigt werden soll, daß jeder Kontrahent ein mit der Unterschrift des anderen versehenes Exemplar bekommt, als auch dann, wenn ein oder mehrere Exemplare jedes von sämmtlichen Kontrahenten unterschrieben werden sollen, kann es sich ereignen, daß ein Kontrahent seine Unterschrift beifügt, jetzt aber das vollzogene Exemplar bei sich liegen läßt, ohne dem anderen Nachricht zu geben, vielleicht gar, um sich nachträglich über seinen Entschluß zu besinnen, und es fragt sich: ist er alsdann durch seine Unterschrift gebunden? — kann er sie wieder auslöschen? — das zur Aushändigung an den andern bestimmte Exemplar des Vertrages vernichten? u. s. w. Wir beantworten diese Frage dahin: So lange der andere Theil von der Unterschrift keine Nachricht erhalten hat, ist sie für den, der solche beifügte, nicht bindend. Dies scheint uns mit dem allgemeinen Grundsatze, wonach jede vertragsmäßige Verbindlichkeit nur durch wechselseitige Einwilligung entstehen kann, am meisten übereinzustimmen. Wir nehmen also an, daß die Verpflichtung durch die Unterschrift nur entstehe, wenn letztere entweder gleichzeitig von den Kontrahenten beigefügt wird, oder doch derjenige, der daraus ein Recht herleiten will, davon benachrichtigt ist, oder wenn ihm ein mit der gegenseitigen Unterschrift versehenes Exemplar des Vertrages zugestellt worden ꝛc. Die gleichzeitige Vollziehung bildet die Regel ꝛc.; ist die Unterschrift zweier oder mehrerer Kontrahenten nicht gleichzeitig erfolgt, so erlangt der Vertrag für denjenigen, der seine Unterschrift beifügt, verbindende Kraft, wenn eine der beiden anderen Bedingungen, — Benachrichtigung des Gegentheils, oder Zustellung eines unterschriebenen Exemplars, — eintritt; bis dahin kann die Unterschrift wieder ausgelöscht werden.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. §§. 110—116. des Entw. S. 68 ff.)

f) Vergl. Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 2. S. 257 ff u. Rechtsgeschäfte S. 261, Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 151 ff., Bielitz Komm. Bd. 2. S. 570, Siewert's Materialien Hft. 2. S. 125, Grävell's Generatheorie der Verträge S. 133 u. 135, Schröter's Civil. Verf. S. 208 und den Aufsatz im Centralbl. 1840 S. 103.

8) Ist es für die Gültigkeit des Vertrages gleichgültig, auf welcher oder mit welcher Materie geschrieben wird?

Die Gesetzrevisoren äußern hierüber:

Unserer Ansicht nach kann die Frage, mit welchem Material und auf welches Material der Vertrag geschrieben sein müsse, um für einen schriftlichen zu gelten, nicht gesetzlich beantwortet werden. Denn die Materialien, welche zum Schreiben gebraucht werden können, sind zu mannichfaltig, als daß sie sich bezeichnen ließen, und es läßt sich kein Kennzeichen auffinden für diejenigen, welche man etwa als hinreichend zur Herstellung eines schriftlichen Vertrages anzuerkennen geneigt sein möchte. Selbst die Unauslöschbarkeit, woran man zunächst denken könnte, ist kein ausreichendes Kennzeichen; denn es giebt von der einen Seite chemische Mittel, Tinten und ähnliche Substanzen aufzulösen und auszulöschen, und von der andern Seite kann die leicht verlöschbare Schrift durch andere Mittel mit dem Material, worauf geschrieben wird, so verbunden werden, daß sie ohne dessen Zerstörung nicht vertilgt werden kann, wie z. B. die Schrift mit schwarzer Kreide schon durch Anfeuchtung des Papiers unauslöschbar wird. Auch darf die Unlöschbarkeit nicht als ein nothwendiges Kennzeichen des schriftlichen Vertrages angesehen werden. So wird z. B. mit Bleistift sehr oft quittirt, und es kann Lagen geben, wo es an anderem Material gebricht. Endlich aber ist auch kein Grund abzusehen, weshalb der mit Kreide oder Blei geschriebene Vertrag nicht dem mit Tinte geschriebenen gleich zu achten sein sollte. Für denjenigen, der die Vernichtung bezweckt, ist es nicht minder leicht, das Papier zu verbrennen, als die mit Kreide vollzogene Schrift auszulöschen. Deswegen muß es unseres Erachtens genügen, daß eine Schrift vorhanden sei, die Fälle, in denen über die Zulänglichkeit des Materials Zweifel entstehen, sind ohnedies, wie die Erfahrung bewährt, sehr selten.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 110—116. des Entw. S. 70.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Lehrb. Bd. 2. S. 172 Anm. 9.)

§§. 116. u. 117. Ist die schriftliche Form, wo sie vorgeschrieben, nur des Beweises wegen verordnet, oder bedingt sie die Gültigkeit des Vertrages?

a) Bornemann behauptet Ersteres. Dies soll aus den Motiven des Ed. v. 8. Febr. 1770 und aus den Worten des R. v. 10. März 1781 erhellen[1]), so wie aus den eigenen Aeußerungen der Redaktoren in der Schrift von Suarez und Goßler: Unterricht über die Gesetze für die Einwohner des Preuß. Staates, indem es dort heiße: damit bei Schließung der Verträge alle Uebereilung und Mißverständnisse desto gewisser verhütet, und zu Zweifeln, Streitigkeiten und Prozessen über eigentliche Willensmeinung und Verabredung der kontrahirenden Theile desto weniger Anlaß gegeben werde, haben die Gesetze die Gültigkeit der Kontrakte an eine gewisse äußere Form gebunden[2]).

(System Bd. 2. S. 463, 2. Ausg. Bd. 2. S. 255 Anm. 3, Rechtsgesch. S. 267.)

b) Arndts ist dagegen der Ansicht, daß diese Aeußerungen der Redaktoren gerade das Gegentheil beweisen, und daß die Redaktoren die verschiedenen Zwecke, welche mit einer Vertragsform verbunden werden können, sich nicht klar gedacht haben mögen, indem man auf Stellen treffe, welche eine Verwechselung von Ungültigkeit und Unbeweisbarkeit des Vertrages verrathen (z. B. §. 10. A. L. R. I. 14.), woraus sich aber nicht schließen lasse, daß die schriftliche Form nur des Beweises wegen vorgeschrieben und nicht zur Gültigkeit erforderlich sei. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 138 ff.)

c) Koch tritt den von Arndts aufgestellten Ansichten bei und bemerkt noch, daß sich das Gegentheil der Bornemann'schen Meinung auch daraus ergebe, daß in Fällen, wo es gar keines Beweises bedarf, wo der Inhalt der mündlichen Verabredung von beiden Seiten übereinstimmend zugestanden wird, der mündlich geschlossene Vertrag gültig sein müßte, welches doch nicht der Fall sei, wie denn auch die Praxis[3]) die Ungültigkeit solcher unförmlichen Verträge anerkenne. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 147 ff.)

d) Kähne ist ebenfalls dieser Ansicht, welche er aus der in dem Ed. v. 8. Febr. 1770 §. 2. ausgesprochenen Bestimmung, daß bei Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form weder Klage, noch Einrede stattfinden solle, und aus dem hieraus entnommenen §. 155. h. t. folgert, indem er bemerkt, daß die Dekl. v. 10. März 1781 und die §§. 156. ff. h. t. nicht entgegenständen, sondern §. 109. h. t. diese Ansicht bestätige. (J. W. 1842 S. 435 Anm. 1.)

§. 117. 1) Ist die Vermuthung des §. 117. eine praesumtio juris et de jure?

Siewert bejahet, weil sonst der §. 117. weniger, als der §. 116. enthalten, und das, was letzterer ohne Einschränkung festsetze, wenigstens zum Theil wieder aufheben würde.

(Siewert Hft. 1. S. 185.)

Dagegen verneinen:

a) die Gesetzrevisoren; denn wenn man das thema probandum richtig stelle, welches in dem Gegensatze der im §. 117. ausgesprochenen Vermuthung bestehe, so hebe sich das gegen die Wirkung derselben entstehende Bedenken von selbst. Zur Entkräftung jener Vermuthung müsse nämlich erwiesen werden, daß nach der Abrede von dem schriftlichen Vertrage bloß der Beweis, und nicht die verbindende Kraft des Vertrages abhangen solle: hätten die Kontrahenten dies ausdrücklich verabredet, so sei die Sache klar, aber dieses Gegenbeweises bedürfe es auch, um die aufgestellte Vermuthung zu entkräften.

(Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §§. 110—116. des Entw. S. 71.)

b) Grävell, welcher bemerkt, man dürfe nur die Ordnung der §§. 116. u. 117. umkehren und den §. 117. zuerst lesen, um den Sinn ganz klar zu finden. (Generaltheorie S. 133 Anm. **)

c) Bornemann und Koch.

(System Bd. 2. S. 457, vergl. 2. Ausg. Bd. 2. S. 252 Anm. 1, Recht der Ford. Bd. 2. S. 144.)

[1]) Vergl. die Vorbemerk. zu §§. 109—184. h. t.

[2]) Das Argument, welches Bornemann früher (Rechtsgesch. 1. Ausg. S. 230) noch aus §§. 116. u. 117. h. t. entnommen hatte, hat er selbst in seinem Syst. (1. Ausg.) Bd. 2. S. 457 Anm. * für irrig erklärt. Vergl. Syst. 2. Ausg. Bd. 2. S. 255 Anm. 3.

[3]) Vergl. die Entsch. in Simon's R. Bd. 1. S. 120. u. 156.

2) Auf welche Weise kann die Vermuthung des §. 117. h. t. widerlegt werden?

Bornemann bemerkt, daß bei schriftlichen Verträgen keine mündlichen Nebenabreden gelten, also auch nicht die Abrede, daß der Vertrag bloß um des Beweises willen schriftlich habe abgefaßt werden sollen. Darum müsse diese Abrede, sobald eine Schrift vorhanden sei, entweder aus dieser selbst, oder einem anderen Skriptum erhellen.

(Rechtsgesch. S. 245.)

§§. 120—126. Von Punktationen.

§. 120. 1) Wann ist anzunehmen, daß der Punktation wesentliche Bestimmungen (§§. 120. u. 125.) fehlen?

a) Siewert bemerkt:

Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Geschäftes gehören nur diejenigen, welche aus der gesetzlichen Definition desselben folgen; solche Nebenbestimmungen, wie der §. 129. aufführt, sind daher außerwesentlich. Mit Rücksicht auf §. 127. ist Alles, was der Richter ex lege zu suppliren im Stande ist, nicht wesentlich, dagegen Alles, worüber es durchaus einer Abrede der Parteien bedarf, für wesentlich zu achten. (Siewert Hft. 2. S. 124.)

b) Die Gesetzrevisoren verweisen gleichfalls auf die §§. 127. und 129. h. t. Wenn das Geschäft durch die Schrift so bestimmt bezeichnet sei, daß alles Uebrige, namentlich Art, Ort und Zeit der Erfüllung, nach den Gesetzen ergänzt werden könne, so enthalte die Schrift alle wesentlichen Bedingungen des Geschäftes. Was hiernach wesentlich bleibe, lasse sich nicht im Allgemeinen bestimmen, sondern stehe nach Verschiedenheit der Geschäfte zu ermessen.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 117—123. des Entw. S. 75.)

c) Grävell führt aus:

Alles, was aus der gesetzlichen Definition eines Geschäftes dergestalt folgt, daß es nicht wegbleiben oder verändert werden darf, ohne das Geschäft selbst zu verändern, gehört zum Wesen desselben. Was zwar wegbleiben oder umgeändert werden kann, ohne das Geschäft selbst zu ändern, aber doch dabei vorausgesetzt wird, gehört zu der Natur desselben; Alles, was einer ausdrücklichen Bestimmung bedarf, um neben dem Wesentlichen als Recht oder Verpflichtung zu gelten, gehört zu dem Zufälligen. Zum Wesen jeder Willenserklärung gehört aber, daß die Person dessen, den sie angeht, und das Recht, um welches es sich handelt, gewiß sei, mithin zum Wesentlichen eines Vertrages, daß beide Theile hierüber einig seien. Sobald diese Uebereinstimmung vorhanden, ist auch schon der Vertrag geschlossen.

(Generaltheorie der Verträge S. 137 Anm. *)

d) Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 15. Mai 1804 an, daß keine gültige Punktation vorliege, wenn ein Gut nebst Inventarium und Aussaat in Pausch und Bogen verkauft und letzteres in der Punktation nicht näher bestimmt, sondern nur bemerkt sei, daß Inventarium und Aussaat nach einem dem Käufer vom Verkäufer gegebenen Anschlage verkauft werde, hiernächst aber ein solcher Anschlag gar nicht existire. Denn alsdann lasse sich gar nicht bestimmen, was der Käufer an Inventarium und Aussaat erhalten solle; jedenfalls sei die Ermittelung hierüber sehr weitläufig und es werde der Zweck des Gesetzes, Prozesse zu verhüten, ganz vereitelt, weshalb die Punktation nicht gültig sei. (Simon R. Bd. 2. S. 102.)

Gegen diese Entscheidung wird in dem Aufs. in der J. Z. 1835 S. 84 ff. auszuführen gesucht, daß bei dem stattgefundenen Verkauf in Pausch und Bogen das Inventarium und die Aussaat nach §. 83. A. L. R. I. 11. zu ermitteln gewesen wäre. Dagegen rechtfertige die Entscheidung sich, wenn man annehme, daß in der Punktation ein Vorbehalt näherer Verabredung der Parteien über Inventarium und Aussaat liege. In dieser Beziehung wird ausgeführt, daß nach der Natur der Sache und dem Zwecke der Gesetzgebung der Vorbehalt über Nebenbedingungen jedesmal einer stattgehabten Verhandlung die Wirkung einer einem Vertrage gleich zu achtenden Punktation benehme, wenn, im Fall ein Rechtsstreit darüber entstehen sollte, erst faktische Erörterungen stattfinden müssen; das Gegentheil aber eintrete, in sofern eine Nebenbestimmung sofort ex lege ergänzt werden könne, wofür auch §. 129. spreche.

2) Die Vorschrift des §. 120. ist nur für den Fall gegeben, wenn die schriftliche Form zur Rechtsbeständigkeit des Vertrages genügt, und gilt keineswegs, wenn die Abfassung des Vertrages von einem Richter oder Notar vorgeschrieben ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Okt. 1838.

Wollte man das Gegentheil hiervon annehmen, so würden alle gesetzlichen Vorschriften über die Nothwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme bestimmter Verträge überflüssig sein, indem aus der schriftlichen Abfassung jedesmal die Klage auf gerichtliche oder notarielle Vollziehung zulässig wäre.

(Entsch. Bd. 4. S. 123.)

Vergl. das R. v. 28. März 1821 in den Erg. zum A. L. R. I. 21. §§. 401—407.

§. 121. Ist aus einer förmlichen Punktation die Kumulation der Klage auf Erfüllung des Vertrages und der Klage aus §. 122. h. t. (verb. mit §. 17. A. L. R. I. 10.) auf Errichtung eines eintragungsfähigen Instrumentes statthaft?

a) Das Justizmin. bemerkt hierüber in dem R. v. 11. Mai 1836:

rc. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß aus einem bloß schriftlichen Vertrage über ein Grundstück von dem Verkäufer auf Erfüllung, mithin gegen den im Besitze des Grundstückes befindlichen Käufer auf Zahlung geklagt werden kann; keineswegs aber muß, zuerst — oder gleichzeitig auf Errichtung eines Vertrages in solcher Form, daß daraus die Eintragung des Besitztitels nach §. 15. Tit. 10. Thl. I. des A. L. R. und dem G. v. 23. April 1821 (G. S. S. 43) erfolgen kann, geklagt werden.

Der §. 17. Tit. 10. Thl. I. A. L. R. bestimmt, daß ein schriftlicher Privatvertrag über Immobilien die Wirkung einer Punktation hat, und verweiset dabei auf die §§. 120. und ff. Tit. 5.; hier aber ist verordnet, daß auf Grund einer Punktation auf Erfüllung derselben geklagt werden kann (§. 221.).

Die weitere Vorschrift des §. 17. Tit. 10.:

daß aus einem Privatvertrage auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden kann — nicht, daß geklagt werden muß,

ist nur fakultativ, enthält eine Anwendung der allgemeinen Bestimmung des §. 122. Tit. 5. und schließt die §. 121. ebendaselbst gestattete Klage auf Erfüllung nicht aus rc.

(J. M. Akt. 1. 2229. V. 10. Vol. 2. Fol. 201.)

b) Koch spricht sich dahin aus:

Die Klage aus §. 121. kann vor der aus dem §. 122. h. t., verbunden mit §. 17. A. L. R. I. 10., zustehenden Klage angebracht, auch mit derselben kumulirt werden, weil sie beide nebeneinander zustehen und sich keineswegs ausschließen, auch eine die andere nicht konsumirt. Die Abweisung der Erfüllungsklage ist übrigens der anderen auch nur dann präjudizirlich, wenn das Geschäft materiell für ungültig erklärt und deshalb der Kläger lediglich abgewiesen wird. (Landr. Bd. 1. S. 237 zum §. 121. h. t.)

c) Bielitz nimmt an: daß die Punktation in allen Fällen, wo die Erwerbung des Rechtes an die Beobachtung einer gewissen Form geknüpft worden, bloß zu einer Klage auf Vollziehung des Geschäftes mit diesen Formen berechtige, wie aus §§. 16. u. 17. A. L. R. I. 10. hervorgehe. (Komm. Bd. 1. S. 580.)

d) Haushalter ist dagegen der Meinung, daß die Kumulation der erwähnten Klagen gestattet sei. Er folgert dies aus der Tendenz der A. G. O., die Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden, welche sich namentlich im §. 24. A. G. O. I. 5. ausspreche, und aus den Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 120—121. und I. 10. §§. 16. und 17., deren Verbindung zeige, daß die Klage auf Erfüllung und auf Errichtung eines eintragungsfähigen Instrumentes zulässig sei.

(Civil- und criminalrechtliche Abhandl. S. 51.)

e) Grävell hält die Kumulation für zulässig, ohne dies jedoch näher zu begründen. (Generaltheorie der Verträge S. 131 Anm. *)

§. 122. 1) Gegen die Klage aus einer Punktation auf Errichtung eines förmlichen Instrumentes sind alle gegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zulässigen peremtorischen Einreden statthaft, weil sich solche eben nur auf dieses Rechtsgeschäft gründet, folglich mit demselben zugleich hinfällt.

Angenommen von dem Ob. App. Sen. des Kammerger. und dem Ob. Trib. in den Erk. v. 23. Nov. 1835 und 1. Juli 1836.

(J. W. 1837 S. 216, 217.)

Ebenso von dem erstgedachten Gerichtshofe in dem in der J. W. 1835 S. 408 mitgeth. Erk.

2) Ueber die Unzulässigkeit des Einwandes der noch nicht gehörig geleisteten Erfüllung gegen die Klage auf Errichtung eines förmlichen Instrumentes, vergl. die Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Okt. 1848 (Präj. Nr. 2069.) und v. 9. Sept. 1850 in den Erg. zum §. 271. h. t. Zus. 8.

3) Dagegen berechtiget die für einen Theil vorhandene Unmöglichkeit, das durch eine Privatpunktation geschlossene Geschäft zu erfüllen, den andern Theil, den Abschluß eines förmlichen Kontrakts auf Grund der Privatpunktation zu verweigern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1852.

Dieser Grundsatz steht mit den Präj. v. 3. Okt. 1848 Nr. 2069. und v. 9. Sept. 1850 [1]) keineswegs im Widerspruche, sondern es findet der gedachte Einwand, wie auch schon das Präj. v. 1. Juli 1836 [2]) (J. W. 1837 S. 216) annimmt, alsdann statt, wenn nicht lediglich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben, vielmehr der Einwand darauf gestützt ist, daß das Geschäft selbst ungültig, oder die Erfüllung desselben unmöglich, solchergestalt aber zur Realisirung nicht geeignet sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 259 Nr. 61.)

4) Bornemann bemerkt, daß in Fällen, in denen die außer der schriftl. Abfassung vorgeschriebene Form Essentiale des Geschäftes selbst ist, auf den Grund eines bloß schriftl. Vertrages auf Nachholung der Form überhaupt nicht geklagt werden könne, und der §. 122. daher in diesem Sinne zu verstehen sei.

(Syst. [2. Ausg.] Bd 2. S. 294 Anm. 2.)

§§. 123—124. Ueber die Frage: ob der Nachlaßrichter ohne Klage, oder mindestens ohne ausdrücklichen Antrag eines Interessenten zur Vollziehung des Erbrezesses die Erben unter der Verwarnung vorladen kann, daß die unter dem Rezesse erforderliche Unterschrift des Ausbleibenden durch Erkenntniß ergänzt werden würde? vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 46. §. 11.

§. 125. Vergl. die Erg. zu den §§. 71. u. 125. h. t. und Zus. 1. zum §. 120. h. t.

§. 126. 1) Den über Verträge mit Analphabeten aufgenommenen Notariats-Protokollen, wobei die hinsichts der Unterschrift der Analphabeten gesetzlich angeordnete Form beobachtet worden, kann die rechtliche Wirkung schriftlicher Punktationen nicht um deshalb abgesprochen werden, weil die Ausfertigung der Notariats-Urkunden nicht erfolgt ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Juli 1840. (Präj. Nr. 896.)

(Präj. Samml. S. 271, Entsch. Bd. 6. S. 300.)

2) Ein nach den Vorschriften des §. 49. A. G. O. III. 7. aufgenommenes notarielles Protokoll hat alle rechtliche Wirkungen einer rechtsgültigen schriftlichen Punktation, und es kann nicht eingewendet werden, daß dies Protokoll erst alsdann verbindliche Kraft erlange, wenn in Folge desselben das Dokument förmlich errichtet und vollzogen sei.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1180. a.) (Präj. Samml. S. 271.)

3) Die Zweifel, über welche die vorstehenden Präj. entscheiden, erledigen sich für die Zukunft durch den §. 40. der Notariats-Ordn. v. 11. Juli 1845; auch bedarf es darnach zur Ausfertigung der Notariats-Urkunde keiner Mitwirkung der Parteien mehr.

(Koch's Landr. Bd. 1. S. 238 Anm. 7 zum §. 126. h. t., Beurtheil. der Entsch. S. 444.)

§§. 127—130. Von mündlichen Nebenabreden.

Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 352—359.

§§. 127—129. 1) Der §. 128. ist nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 31. Jan. 1845 [3]). (Präj. Nr. 1523.)

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 271. h. t. Zus. 8.

[2]) Vergl. ob. Zus. 1.

[3]) Der II. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 23. Juni 1842 angenommen, daß der im §. 128. gebrauchte Ausdruck: »mündliche Nebenabreden« nicht bloß mündliche Verabredungen der Parteien über Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort oder die Zeit der Erfüllung des schriftlich errichteten Vertrages oder andere dabei vorkommende Maßgaben betreffen, sondern alle mündliche Verabredungen der Parteien begreife, welche auf das unter ihnen zu Stande gekommene Geschäft Bezug haben, in den darüber errichteten schriftlichen Vertrag aber nicht aufgenommen sind; ohne Unterschied, ob diese Verabredungen eine bloße Ergänzung und Vervollständigung, oder eine wirkliche Abänderung des schriftlichen Vertrages enthalten, und ob dieselben bloße Nebenbestimmungen oder wesentliche Erfordernisse des bezüglichen Geschäftes betreffen

Schon die wörtliche Fassung der §§. 127—129. steht der entgegengesetzten Auslegung nicht zur Seite. Diese Paragraphen setzen voraus, daß wirklich ein schriftlicher Vertrag vorliege, d. h. daß alle wesentlichen Erfordernisse zu demselben vorhanden seien. Dem gänzlichen Fehlen der wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages steht es aber in Beziehung auf dessen Gültigkeit gleich, wenn die Schrift die wesentlichen Erfordernisse des betreffenden Geschäfts zwar enthält, wenn aber der Inhalt dieses schriftlich dargelegten Geschäfts der Willensmeinung der Kontrahenten nicht entspricht, wenn etwas Anderes verabredet, als niedergeschrieben worden, oder ein error essentialis stattgefunden hat. In allen diesen Fällen fehlt es der Sache nach dem schriftlichen Dokumente an dem Haupterforderniß jedes Vertrages (§. 1. h. t.), und schon hieraus folgt, daß der §. 128. h. t. nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen ist, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrages als rechtsungültig begründen. Dem steht auch die wörtliche Fassung der Paragraphen cit. nicht entgegen; denn die im §. 127. ausgesprochene, auch für die §§. 118. u. 129. geltende Voraussetzung: »ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden«, ist nur auf einen gültig geschlossenen, nicht aber auf einen Vertrag zu beziehen, der für ungültig erklärt werden muß. Auch deutet schon der im §. 128. gebrauchte Ausdruck: »Nebenabrede« eine Beschränkung an, indem sich dabei der Gegensatz von: »Hauptabreden, Hauptbestimmungen«, d. i. solchen Bestimmungen, welche das Wesentliche des Geschäfts betreffen, darbietet. Die eingeschalteten Worte: »ohne Unterschied des Gegenstandes« beseitigen diese Beschränkung nicht, indem dieselben, wie die revis. mon. ergiebt, nur das Bedenken heben sollten, ob auch Nebenabreden, deren Gegenstand weniger als 50 Thlr. beträgt, ausgeschlossen seien. Der §. 129. deutet darauf hin, daß sich die erwähnten Nebenabreden nur auf Maßgaben über Art, Ort und Zeit der Erfüllung und dergleichen Nebenpunkte beziehen. Es spricht (wie näher gezeigt wird) auch die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Gesetzstellen für die beschränkende Auslegung des Ausdrucks: »Nebenabreden«. Dergleichen sollten nur verbindlich sein, soweit sie aus der Natur des Kontrakts und der schriftlich verfaßten Bedingungen desselben folgen. Es sind also weder Abänderungen der Naturalien des Geschäfts, noch besonders verabredete Akcidentalien zu berücksichtigen, wenn sie nicht in den schriftlichen Kontrakt aufgenommen worden. Die Essentialien werden als vorhanden vorausgesetzt, weil ohne diese ein Vertrag gar nicht bestehen würde. Endlich ergiebt sich die Richtigkeit dieser Auslegung auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der ratio legis.

(Präj. Samml. S. 10, Entsch. Bd. 10. S. 250, J. M. Bl. 1845 S. 35.)

2) Durch den vorstehend mitgetheilten Pl. Beschl. soll die Meinung, daß die »Nebenabrede« sich auf das äußere Verhältniß der Mündlichkeit neben der Schrift beziehe, beseitiget und die entgegengesetzte Meinung, wonach der Gegenstand und dessen rechtliches Verhältniß zu den Essentialien des Geschäftes in Betracht kommen, unterstützt werden. Die negative Fassung erledigt aber auch die Zweifel: in wiefern mündliche Verabredungen, welche in der That nur Naturalien und Akcidentalien betreffen, neben der Schrift in Betracht kommen, nämlich wenn die Schrift die wahre Verabredung der Parteien gegen deren Willen nicht aufgenommen hat.

(Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 128., Beurtheil. der Entsch. S. 703.)

Vergl. auch über den Begriff der »mündlichen Nebenabrede«: Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 161 und Schl. Arch. Bd. 3. S. 640 Anm. 4., Bornemann's System Bd. 2. S. 472 und 2. Ausg. Bd. 2. S. 262 und Rechtsgeschäfte S. 269, Temme's Lehrb. Bd. 1. S. 397, Abhandl. von Dr. Kuhne in der J. W. 1842 S. 433 u. 458.

3) Anwendungen des Grundsatzes des Pl. Beschl. v. 31. Jan. 1845.

a) Wenn neben einem schriftlichen Vertrage ein Gegenstand, der zu den wesentlichen Erfordernissen des Geschäftes gehört, mündlich abweichend von dem schriftlichen Vertrage vereinbart wird, so begründet eine solche Vereinbarung die Anfechtung des schriftlichen Vertrages. Auf dieselbe kann also der §. 128. nicht bezogen werden.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Febr. 1845. (Präj. Nr. 1533.) (Präj. Samml. S. 10.)

Der juristische Grund dieses Rechtssatzes ist, daß der Vertrag anders niedergeschrieben, als verabredet worden. Zum Erweise des Anfechtungsgrundes genügt aber nicht die Behauptung, daß die Vereinbarung über gewisse Punkte später in die Urkunde nicht aufgenommen sei; denn man kann noch bei der Niederschreibung anderen Sinnes geworden sein; vielmehr muß behauptet werden, daß die Weglassung wider den Willen der Parteien und warum? geschehen sei, z. B. weil die Parteien den Punkt aus Irrthum dem Verfasser nicht kund gegeben, während sie doch übereinstimmend beabsichtigt hätten, die Verabredung zum Bestandtheil des schriftlichen Vertrages zu machen, oder weil der Verfasser den ihm wirklich verlautbarten Punkt aus Versehen weggelassen und die Parteien den Fehler bei der Vorlesung nicht bemerkt hätten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. März 1849 in Sachen Rossow wider Müller, 805/3184. III. 48.

(Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 128. h. t.)

b) Wenn in einem Adjudikationsbescheide dem Adjudikatar auferlegt ist, ein Auszugshaus zu gewähren, und behauptet wird, daß nach der Verabredung nicht nur ein Auszugshaus, sondern ein Auszug in einer weiteren Ausdehnung habe geleistet werden sollen, so wird nicht eine mündliche Nebenabrede, sondern die unrichtige Fassung der von den Parteien verlautbarten Erklärung behauptet, wodurch der schriftliche Vertrag unwirksam wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1834.

(Koch's Arch. Bd. 3. S. 290.)

c) Wenn in einem Kaufvertrage die Zeit der Uebergabe und damit der Uebergang der Gefahr festgesetzt worden ist, und nachher die Parteien die Uebergabe formlos früher vollziehen, so ist das keine mündliche Nebenabrede oder Abänderung eines schriftlichen Vertrages, sondern eine gültige Erfüllung des Vertrages, die später nur geschehen konnte, aber nicht mußte.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Sept. 1844.

(Entsch. Bd. 11. S. 244.)

d) Eine den Inhalt des Vertrages geradezu aufhebende Verabredung paßt nicht unter den Begriff von »Nebenabreden.« Der §. 128. bezieht sich nicht auf solche Abreden, welche die Anfechtung des Geschäftes als rechtsungültig begründen, und dazu gehört eine Vereinbarung, wodurch ein Gegenstand, der zu den wesentlichen Erfordernissen des Geschäftes gehört, mündlich abweichend von dem schriftlichen Vertrage verabredet wird. Daß der §. 128. namentlich keine Anwendung auf das Valutabekenntniß in einem Cessionsdokumente findet, folgt klar aus den §§. 733. u. 734. A. L. R. I. 11.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 257 Nr. 119.)

e) Wenn in einem schriftlichen Kaufvertrage der Kaufpreis unrichtig angegeben ist, so folgt daraus zwar nicht, daß der mündlich verabredete Preis an dessen Stelle tritt, denn dieser ist formell nicht rechtsgültig stipulirt und das Geschäft daher in Ermangelung dieses Essentiale hinfällig (Pl. Beschl. v. 31. Jan. 1845); erbietet sich indeß der Käufer nicht zur Rückgabe des erkauften Grundstückes und zur Rescission des Geschäfts, so kann er sich nicht beschweren, wenn der mündlich verabredete Preis als maßgebend erachtet wird.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 116 Nr. 27.)

f) Mündliche und abgeschlossene Verabredungen, die in das Wesen des schriftlich errichteten Vertrages selbst eingreifen und zur Begründung des Einwandes der Simulation, oder des Einwandes, daß etwas Anderes niedergeschrieben, als verabredet worden, angeführt werden, sind nicht als bloße Vorverhandlungen oder mündliche Nebenabreden anzusehen. Sie vernichten daher ganz oder theilweise den Inhalt der Urkunde und ihres Beweises. — Dieser Grundsatz findet auch bei einseitigen Verträgen und insbesondere auch bei Schuldverschreibungen Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Sept. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 311 Nr. 73.)

g) Die §§. 127 — 129. beziehen sich lediglich auf Bestimmungen über nicht wesentliche Bestandtheile des Vertrages, hinsichtlich deren in Ermangelung einer ausdrücklichen Einigung der Kontrahenten der schriftliche Vertrag aus den Vorschriften der Gesetze zu ergänzen ist. Die gedachten Paragraphen lassen keine Anwendung zu, wenn in dem schriftlichen Vertrage wesentliche Erfordernisse des Geschäftes

---

(J. W. 1843 S. 9). Die Richtigkeit dieser Ansicht wurde indeß bald in Zweifel gezogen (vergl. die Abhandl. von Dr. Kuhne in der J. W. 1843 S. 355 ff.), und auch bei dem Ob. Trib. selbst wurde (von dem III. Sen.) die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt, weshalb die Frage zur Plenar-Entscheidung gelangte.

anders, als nach der wirklichen Willens-Vereinbarung der Kontrahenten aufgenommen sind. Ist daher nach dem schriftlichen Kaufvertrage der Kaufpreis baar zu zahlen, in Wirklichkeit aber dessen Berichtigung auf andere Art vereinbart, so ist der Vertrag ungültig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 284 Nr. 58.)

h) Die neben einem schriftlichen Aftermieths-Vertrage getroffene mündliche Verabredung, nach welcher der Untermiether sich verpflichtet, den Konsens des Hauseigenthümers seinerseits zu beschaffen, ist nicht als eine Nebenabrede, sondern als eine in die Essentialien des Geschäftes eingreifende Bedingung zu erachten, von deren Erfüllung die bindende Kraft des schriftlichen Vertrages abhängt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 157 Nr. 37.)

i) Der §. 128. ist auf mündliche Verabredungen, welche eine bedingte Erhöhung des Kaufpreises zum Gegenstande haben, nicht zu beziehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 3 Nr. 2.)

k) Die Abrede neben dem schriftlichen Kaufvertrage: »Verkäufer erhält die Hälfte des bei einem Weiterverkaufe erzielten Surplus,« ist keine unverbindliche Nebenabrede, sondern enthält die Bestimmung des Kaufpreises.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 304 Nr. 56.)

l) Die mündliche Erklärung eines Kontrahenten, daß eine bestimmte Handlung des anderen Theils nicht in die Kategorie der, diesem Letzteren in dem schriftlichen Vertrage untersagten Handlungen falle, ist nicht für eine unverbindliche Nebenabrede anzusehen, sondern eine Thatsache, die neben dem Kontrakte füglich bestehen kann.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Mai 1837.
(J. W. 1839 S. 412.)

m) Der bei einem Pferde-Tauschhandel von dem Empfänger eines Pferdes für den Fall, daß das Pferd rotzig sei, ausdrücklich gemachte Vorbehalt stellt bloß eine mündliche Nebenabrede dar, da eine solche Verabredung nicht zu den wesentlichen Erfordernissen eines gültigen Kauf- und Tausch-Vertrages gehört.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. März 1838.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 640.)

4) Siewert führt aus, daß eine anfangs mündliche Nebenabrede auch dann unverbindlich bleibt, wenn sie nachträglich von dem versprechenden Theile schriftlich anerkannt worden ist; und daß es eines neuen schriftlichen Vertrages bedarf, um sie rechtsgültig zu machen. (Siewert Hft. 6. S. 108 Nr. 33.)

§. 129. Bornemann theilt aus den Materialien mit: die Worte »ohne Unterschied des Gegenstandes« seien bei der rev. monit. dem §. 128. hinzugefügt worden, weil ein Moment zweifelhaft gewesen, ob auch Nebenabreden, deren Gegenstand weniger als 50 Thlr. betrage, ausgeschlossen seien.
(Syst. Bd. 2. S. 472 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 262 Anm. 1.)

§. 130. Zur Entstehungsgeschichte des §. 130. theilt Bornemann aus den Materialien Folgendes mit:

Zu dem, dem §. 130. h. t. entsprechenden §. 99. des Entw. hatte ein Monent bemerkt: »Was weder aus den Worten, noch aus dem Zusammenhange nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung und nach rechtlichen Vermuthungen, zu entnehmen ist, dürfte als ganz unerweislich anzunehmen sein.« Auch der Geh. R. G. hatte für die Weglassung der Worte »oder undeutlich ausgedrückt worden« gestimmt, weil dadurch per indirectum der §. 128. h. t. umgeworfen werden könne; allein Suarez erwiderte: das monitum scheint mir unerheblich. Der §. 96. des Entw. (§. 128. h. t.) spricht von Nebenbestimmungen, die im Kontrakte gar nicht vorkommen, der §. 99. daselbst von solchen, die im Kontrakte wirklich vorkommen, aber undeutlich exprimirt sind. Hier ist forma in lege praescripta beobachtet, und es kommt nur darauf an, die eigentliche Intention der Kontrahenten auszumitteln, welches füglich durch andere Beweismittel erfolgen kann.

Bornemann bemerkt hierzu:

Wenn eine eigentliche mündliche Nebenabrede nicht vorliegt, sondern nur eine schlechte Fassung der Uebereinkunft, so erscheint eine nähere Ermittelung dessen, was die Interessenten bei der Niederschreibung unter den gebrauchten Worten verstanden haben, zulässig, weil man den dolus begünstigen würde, wenn man in dergleichen Fällen die wahre Absicht der Kontrahenten dem Buchstaben unterordnet. Rücksichtlich mündlicher Nebenabreden läßt sich sagen, daß darauf, wenn dieselben in dem schriftlichen Vertrage unerwähnt geblieben, verzichtet worden. Dasselbe läßt sich aber nicht behaupten, wenn die getroffene Abrede in dem schriftlichen Vertrage so schlecht gefaßt ist, daß der Buchstabe die eigentliche Absicht der Kontrahenten nicht hinreichend ausdrückt, wenn also dem einen Kontrahenten nur die gewöhnlichen Interpretationsregeln entgegen stehen. Suarez bemerkt auch in der rev. mon. zum ungedr. Entw. noch, daß auch das, was nur dazu diene, den Verabredungen der Parteien verbindliche Kraft beizulegen, und Einwendungen dagegen zu elidiren, aliunde bewiesen werden könne, z. B. die in einem Schuldinstrumente nicht ausgedrückte causa debendi.

(System Bd. 2. S. 473 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 262 Anm. 3.)

Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß der §. 130. solche Ausdrücke, die einen Doppelsinn haben, nicht meine, denn bei diesen sei nach den gegebenen Interpretationsregeln zu verfahren (§. 263. h. t.). Sei der Ausdruck an sich klar, so könne die Behauptung nur dahin gehen, daß unter den Kontrahenten etwas ganz Anderes verabredet, als niedergeschrieben worden, und der Beweis dieser Behauptung sei ebenso zuläßig, als der jedes anderen Irrthums.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 163.)

§§. 131—170. Gesetzliche Nothwendigkeit schriftlicher Verträge.

§. 131. 1) Zu einer rechtsverbindlichen Uebereinkunft, nach welcher in Zahlung gegebene Wechsel oder Anweisungen zu einem geringeren, als dem darin verschriebenen und vom Zahlungsempfänger erhobenen Betrage zu verrechnen sind, bedarf es, wenn diese Differenz 50 Thlr. übersteigt, selbst dann, wenn die gedachten Briefe nicht zurückgegeben werden können, der schriftlichen Abfassung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1850 auf Grund des §. 131. und weil der §. 156. h. t. auf den Fall nicht anwendbar sei. (Entsch. Bd. 19. S. 73.)

2) Wie ist Betreffs des Erfordernisses schriftlicher Verträge der Werth des Vertrags-Gegenstandes zu finden?

a) Das Hofgericht zu Arnsberg hat per sent. v. 29. März 1833 angenommen, daß, wenn beim Vertrage von den Kontrahenten ein Werth vereinbart sei, es nur auf diesen, nicht auf den abstrakten, durch Sachverständige etwa zu ermittelnden Werth ankomme.

Dadurch, daß beide Kontrahenten den Werth des Gegenstandes z. B. in einer geringeren Summe als 50 Thlr. annehmen, geben sie zu erkennen, daß sie mit Rücksicht auf diese Werthbestimmung kontrahiren; deshalb aber kann der Umstand, daß die Sache einen höheren Werth gehabt, keine Veranlassung geben, den, zufolge des angenommenen Werths gültig abgeschlossenen Vertrag wegen eines nach Perfektion desselben zu ermittelnden höheren Werthes und einer deshalb erforderlichen Abfassung für unverbindlich zu erachten. So wie die Kontrahenten auf jede erlaubte Art über ihre Vermögensstücke gültig verfügen können, ebenso können dieselben auch die Bedingungen und Bestimmungen, unter welchen ihre Dispositionen bestehen sollen, festsetzen. Das Gegentheil würde die meisten Vertragsverhältnisse aufheben, und mit dem Prinzipe, daß die Rechtsbeständigkeit eines Vertrages nach den ausdrücklich und fehlerfrei erklärten Willensäußerungen der Kontrahenten beurtheilt werden muß, in Widerspruch stehen. Hierzu kommt, daß der abstrakte Werth oft schwer zu ermitteln, und sonach die vermuthliche Absicht der Kontrahenten dahin gegangen ist, den etwa durch Mangelhaftigkeit des einen oder anderen Theils des Gegenstandes für den Empfänger zu befürchtenden Schaden durch Annahme eines Durchschnittspreises zu kompensiren. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 134.)

b) Sommer tritt im Wesentlichen dieser Entscheidung bei und bemerkt nur noch, daß, wenn ein Werth von den Kontrahenten nicht bestimmt sei, nur übrig bleibe, den gewöhnlichen Werth durch Sachverständige ermitteln zu lassen, worauf auch die §§. 364—366. und 877. A. L. R. I. 11. hinweisen. (a. a. O. S. 136.)

c) Paul hält diese Ansicht für unrichtig, weil bei Annahme ihrer Richtigkeit die Bestimmung des §. 131. beliebig von den Parteien umgangen werden könnte, indem sie, um von der ihnen lästigen schriftlichen Form befreit zu sein, nur den Werth willkührlich auf nur 50 Thlr. oder weniger anzugeben brauchten.
(Paul, Verträge S. 58.)

d) Koch ist der Ansicht, daß gegen den verabredeten Werth in dieser Beziehung kein Einwand stattfinde, weil der Vertrag allein nur diesen Werth zum Gegenstande habe und dies ganz allein über

die Form entscheide. Enthalte aber der Vertrag keine Vereinbarung über den Geldwerth, so müsse der streitige Werth durch Sachverständige ermittelt werden. (Landr. Bd. 1. zum §. 131. h. t.)

§. 133. 1) Der §. 133. findet keine Anwendung, wenn die Willenserklärung von der thatsächlichen Erfüllung begleitet wird und hierdurch erlischt, sondern nur dann, wenn eine Verbindlichkeit oder ein Rechtsverhältniß begründet oder bestärkt wird.

(Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 133. h. t.)

2) Anwendungen des Grundsatzes des §. 133.

a) Wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten erklärt (constitutum possessorium), bedarf es, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung des Konstituanten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 20. Nov. 1854. (Präj. Nr. 2574.)

Vergl. zum A. L. R. I. 7. §. 71.

b) Zu der ausdrücklichen Genehmigung, wodurch Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt werden soll, gehört in Fällen, wo überhaupt Schriftlichkeit des Rechtsgeschäfts erfordert wird, und insbesondere insofern, als sich die Folgen der Genehmigung auf die Zukunft erstrecken sollen, auch die schriftliche Form.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30 März 1849 auf Grund des §. 133. h. t. und des §. 239. A. L. R. I. 13.

(Entsch. Bd. 18. S. 207.)

c) Ueber die Frage: inwiefern die Einwilligung des Vermiethers oder des Verpachters in die Aftervermiethung oder Afterverpachtung der schriftlichen Form bedarf, vergl. die Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Juni 1848 (Präj. Nr. 2029.), v. 29. April 1853 (Präj. Nr. 2447.) und v. 12. Juni 1854 in den Erg. zum A. L. R. I. 21. §§. 309. ff.

d) Ueber die Frage: ob die zur Gültigkeit der Schuld einer Ehefrau erforderliche Bewilligung des Mannes auch bei Gegenständen über 50 Thlr. unbedingt, und namentlich bei Darlehnen, der schriftlichen Form bedarf, vergl. den (verneinenden) Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 1. März 1847 (Präj. Nr. 1842.) in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 329., 330.

3) Die Vorschrift des §. 133. ist, da schon der Tit. 4., der »von Willenserklärungen« überhaupt handelt, in den §§. 94., 95. besondere Bestimmungen über die Form derselben enthält, auf die einseitigen Verträge (contractus unilaterales), woraus eine unmittelbare Verpflichtung für den Erklärenden hervorgehen soll, zu beschränken, und es sind sonstige einseitige Erklärungen nach den Vorschriften des Tit. 4. zu behandeln.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 1. März 1847. (Entsch. Bd. 14. S. 39.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 329., 330.

4) Ueber die Entstehungsgeschichte des §. 133. vergl. die Erg. zum §. 134.

§. 134. 1) Die Gesetzrevisoren theilen über die Entstehungsgeschichte des §. 134. (und des damit in Verbindung stehenden §. 133.) Folgendes mit:

Die §§. 133. und 134. h. t. fanden sich im gedr. Entwurfe noch nicht, und es war monirt:

Auch könnte der bloß einseitigen Erklärungen und Versprechungen erwähnt werden, z. B. Quittungen, Konsense u. s. w.

Hierauf bemerkte Suarez in der rev. mon.:

Das Ed. v. 1770 redet von Kontrakten, Verträgen und Versprechungen. Hiernach könnte es scheinen:

a) als ob bloße Entsagungen eines Rechtes der schriftlichen Abfassung nicht bedürfen. Es ist aber das Gegentheil Tit. 13. §§. 229. und 236. (jetzt Tit. 16. §§. 380. und 381.) angenommen, wohingegen

b) bei Quittungen scriptura nicht nothwendig erfordert wird.

Ich glaube, daß man den Satz so formiren könnte:

»Auch zur Aufhebung der Verbindlichkeiten, insofern solche durch die bloße Willenserklärung des Berechtigten erfolgen soll, ist die schriftliche Abfassung nothwendig. Zum Beweise der Erfüllung einer Verbindlichkeit ist keine schriftliche Urkunde nothwendig. Wenn aber eine Verbindlichkeit durch andere gesetzmäßige Handlungen gehoben worden, so bedarf es zum Beweise darüber keiner schriftlichen Urkunden.«

c) Es giebt noch viele andere einseitige Erklärungen, wodurch weder etwas versprochen, noch eine Verbindlichkeit erlassen wird; z. B. die Konsense der Agnaten in Lehnssachen, der Konsens der Eltern in die Verheirathung der Kinder, die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt. Hier fragt es sich, inwiefern zu diesen scriptura erforderlich sei. Da dergl. Erklärungen gewöhnlich weiter hinausgehende Folgen haben, so dürfte es wohl rathsam sein, die Regel zu etabliren, daß auch einseitige Erklärungen, insofern die Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken, nur durch die schriftliche Abfassung verbindliche Kraft erhalten. Die etwanigen Ausnahmen würden bei den einzelnen negotiis zu bestimmen sein.

Ad marg. findet sich die Bemerkung:

1) Entsagung schriftlich,
2) andere einseitige Erklärungen schriftlich,
3) Beweis der Erfüllung nicht schriftlich.

Hieraus sind sichtbar die §§. 133. und 134. h. t. hervorgegangen. Dabei ist aber derjenigen Verträge nicht gedacht worden, worüber nur einseitige Verschreibungen ausgestellt zu werden pflegen; entweder die Leistung von der andern Seite schon vorangegangen ist, oder weil die Annahme stillschweigend erfolgt, z. B. Schuldscheine, Cessionen, Vollmachten u. s. w.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 134—137. des Entw. S. 82 und 83. vergl. Pens. XIV. Mot. S. 140.)

2) Sind zu Entsagungen auch dann schriftliche Urkunden erforderlich, wenn der Gegenstand nicht über 50 Thlr. beträgt?

Es verneinen:

a) das Kammergericht (Datum des Erk. konstirt nicht).

Daß der §. 134. voraussetzt, daß der Gegenstand des Rechtes, welchem entsagt werden soll, mehr als 50 Thlr. betrage, ergiebt sich aus dem genaueren Zusammenhange, in welchem der §. 134. mit dem §. 133. steht, und jeder Zweifel hierüber wird durch den §. 387. A. L. R. I. 16. beseitigt.

(Themis 1838 S. 779.)

b) Das Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Juni 1838.

(J. W. 1839 S. 662.)

c) Grävell, welcher bemerkt:

Der §. 134. macht von dem §. 133. eine Anwendung auf eine besondere Art von Geschäften, bei welchem dessen Anwendbarkeit früher in Zweifel gezogen worden war (vergl. Hymmen Beitr. Bd. 8. S. 66). Daß bei Gegenständen unter 50 Thlr. Entsagungen auch ohne Schrift gültig seien, wenn sie nur ausdrücklich erklärt worden, bestimmt der §. 381. A. L. R. I. 16. mit klaren Worten; die Entsagung bloßer Einwendungen kann sogar stillschweigend geschehen (§. 182. a. a. O.).

(Generaltheorie der Verträge S. 142, Komm. zu den Kreditgesetzen Bd. 4. Abtheil. 2. S. 466.)

d) Derselben Ansicht sind Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 215 u. 591 u. Bd. 3. S. 667) und Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 458, 2. Ausg. Bd. 2. S. 253).

Dagegen bejahen:

a) Temme, welcher bemerkt, daß der §. 387. A. L. R. I. 16. nicht entgegenstehe, da derselbe sich nur auf die Erfüllung beziehe.

(Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 153 u. 455.)

b) Koch, welcher sich dahin ausspricht:

Wenn bei der Bestimmung des §. 134. eine Summe von 50 Thlrn. vorausgesetzt würde, so würde dieser Paragraph ganz überflüssig sein. Denn, daß auch einseitige Willenserklärungen über Gegenstände von mehr als 50 Thlr. schriftlich sein sollten, bestimmen schon die §§. 131. und 133. Der §. 134. kann also auf den Betrag nicht sehen wollen, wie dies auch aus dem zum Grunde liegenden Prinzipe folgt, daß für alle Verträge, welche keine andere causa obligationis, als nur das Versprechen haben, schriftliche Form vorgeschrieben ist. Der §. 387. Tit. 16. ist, wie der Ausdruck »soweit« ergiebt, damit so zu vereinigen, daß er von solchen Verträgen zu verstehen ist, wobei es auf das Quantum nicht ankommt, oder deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. beträgt. Solche Verträge können allerdings bloß in tantum gültig werden, nämlich durch Erfüllung, und darauf paßt das »soweit« vollkommen; es würde aber nicht passen, wenn man darunter diejenigen Verträge verstehen wollte, welche gar keiner schriftlichen Abfassung bedürfen, und von Anfang in totum gültig sind, wobei also die Frage nach dem »wieweit« nicht entstehen kann. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch aus der Natur der Schenkung. Nach dem Ed. von 1770 kam es allerdings auf die Summe an; durch das A. L. R. aber ist dieses ganz regelrecht abgeändert.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 157.)

Vergl. Komm. zum Landr. Bd. 1. zum §. 134. h. t.

Gegen diese Auslegung Koch's bemerkt Paul:

Der §. 134. ist dahin auszulegen, daß, soweit nach allgemeinen Grundsätzen zu Willenserklärungen die schriftl. Form nothwendig, solche auch bei Entsagungen und Verzichtleistungen erforderlich ist. Zum Erweise der erfolgten

Zahlung oder sonstigen Erfüllung einer Verbindlichkeit dagegen ist eine solche Nothwendigkeit niemals vorhanden. Bei dieser Auslegung steht der §. 134. h. t. mit dem §. 387. A. L. R. I. 16. in Uebereinstimmung. Auch ist wegen des Gegensatzes nicht, wie Koch meint, der §. 134. h. t. müßig.

(Paul's Verträge S. 58—59.)

3) Bedarf es für die Ablehnung des Antrages, einen Vertrag einzugehen, bei Gegenständen über 50 Thlr., und wenn gleich der Antrag schriftlich geschehen war, der schriftlichen Form?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. per sent. v. 14. April 1856.

Entsagungen setzen nach §. 378. A. L. R. I. 16. ein vorhergegangenes obligatorisches Verhältniß voraus, aus welchem Rechte bereits erworben oder künftig zu erwerben sind. Ein solches wird durch das schriftliche Erbieten, welches der Eine dem Anderen über einen abzuschließenden Vertrag macht, noch nicht begründet, sondern erst durch die rechtzeitige Annahme des Anerbietens. (§§. 2., 4., 78. ff. A. L. R. I. 5.) Die Offerte beschränkt nur die Befugniß des Antragenden zur willkührlichen Zurücknahme des Anerbietens; von einer solchen kann indeß nicht die Rede sein, wenn der Andere erkärt, daß er auf den Antrag nicht eingehen wolle. Eine solche Erklärung ist daher keine Entsagung, sondern eine einseitige Willenserklärung, aus welcher für den Erklärenden keine ihn selbst verpflichtende oder den Antragenden von einer Verpflichtung befreiende Verpflichtung hervorgeht, und die daher nur in den Fällen der schriftlichen Form bedarf, in welchen die Gesetze es ausdrücklich vorschreiben (vergl. die Ausführung in dem Pl. Beschl. v. 1. März 1847[1]). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Aufhebung der Verträge durch wechselseitige Einwilligung (§§. 385., 386. h. t.), da ein schriftlich gemachtes Anerbieten offenbar von geringerer Bedeutung ist, als das schriftliche Anerkenntniß eines bereits geschlossenen mündlichen Vertrages.

(Entsch. Bd. 33. S. 30, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 71 Nr. 19.)

4) Ueber die Frage: ob eine auf den Grund eines Erlasses der Schuld ausgestellte Quittung die zur Gültigkeit des Erlasses erforderliche Form vertritt? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 114.

§. 135. Bedürfen alle Verträge, welche die eigenthümliche Ueberlassung eines Grundstückes zum Gegenstande haben (auch wenn ihr Gegenstand sich nicht über 50 Thlr. beläuft), der schriftlichen Abfassung?

1) Das Ob. Trib. hat gleichförmig bejahet.

a) Das Erk. v. 12. Aug. 1836 führt aus:

Zum gültigen Verkaufe eines Grundstückes ist unbedingt ein schriftlicher Vertrag nöthig, und durch einen bloß mündlichen Vertrag wird der Verkäufer selbst dann nicht verpflichtet, wenn er das Grundstück dem Käufer bereits übergeben und das Kaufgeld empfangen hat. Nur bei beweglichen Sachen kann die Uebergabe den Mangel des schriftlichen Kontraktes ersetzen (§. 146. h. t.). Anders verhält es sich bei Immobilien. Schon durch das Ed. v. 13. Mai 1766 und 8. Febr. 1770, durch das Gutachten der Gesetz-Kommission v. 30. Nov. und das darauf ergangene R. v. 27. Dec. 1791[2]) ist festgestellt worden, daß über Grundstücke nur schriftlich kontrahirt werden könne, und daß beim Mangel dieser Form der Verkäufer das Grundstück vindiziren dürfe, selbst wenn neben der vollständigen Uebergabe auch vollständige Zahlung des Kaufpreises erfolgt sei. Dieser Grundsatz ist in das A. L. R. übergegangen, wie die Vorschrift desselben in Thl. I. Tit. 10. §. 17. unzweideutig zu erkennen giebt. (Entsch. Bd. 1. S. 366.)

b) Die Erk. v. 3. und 17. Febr. 1838 (Entsch. Bd. 3. S. 341 ff.), v. 29. Juni 1838 (a. a. O. Bd. 4. S. 221) und v. 26. Mai 1848 (a. a. O. Bd. 17. S. 132), sowie die Motive des Pl. Beschl. v. 22. März 1847 (a. a. O. Bd. 14. S. 51) halten an diesem Grundsatze fest.

c) Das Erk. des II. Sen. v. 20. Okt. 1853 motivirt dieselbe Ansicht in folgender Art:

Daß bei einem bloß mündlichen Vertrage, wodurch sich Jemand zur Abtretung eines Immobile verpflichtet, die Ungültigkeit der mündlichen Verabredung, selbst wenn dieselbe vollständig erfüllt ist, nicht aufgehoben, vielmehr der Geber von dem Vertrage zurücktreten und das Gegebene zurückfordern kann, ergiebt sich aus den §§. 155. ff. A. L. R. I. 5. in Verbindung mit §. 109., §. 146. ebendaselbst, den §§. 15—17. Thl. I. Tit. 10., §. 75. Thl. I. Tit. 11., §. 1066. ebendas., dem §. 407. Thl. I. Tit. 16., §§. 83. ff. Thl. I. Tit. 18., §. 691. ebendas., §. 233. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. und dem Gutachten der Gesetz-Komm. v. 30. Nov. 1791 und dem darauf ergangenen Hofreskript v. 27. Dec. 1791 (Stengel's Beitr. Bd. 5. S. 147 ff.). — Hierauf beruht auch das Erk. des Ob. Trib. v. 12. Aug. 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 363). — Der konkrete Rechtsfall betraf damals ein Kaufgeschäft und deshalb wird in dem gedachten Erk. nur eines solchen erwähnt; allein derselbe wird auf den, bereits durch die Ed. v. 13. Mai 1766 und 8. Febr. 1770, sowie durch das angeführte Gutachten der Gesetz-Komm. sanktionirten und in das A. L. R. (§. 17. Thl. I. Tit. 10.) übergegangenen Grundsatz gestützt: »daß über Grundstücke nur schriftlich kontrahirt werden könne, und daß beim Mangel dieser Form der Geber das übergebene Grundstück, selbst wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden, vindiziren dürfe.« — Die angeführten Gesetzesstellen sprechen diesen Grundsatz, (der auch in der Hyp. O. §§. 49—52. u. §§. 61. u. 62. Tit. II. Ausdruck gefunden hat), aus, sowohl in seiner allgemeinen Gültigkeit, als auch in Anwendung auf Kaufverträge (§. 75. Thl. I. Tit. 11.) mit Hinweisung auf die, für Verträge über das Eigenthum unbeweglicher Sachen in den §§. 15—17. Thl. I. Tit. 10. A. L. R. vorgeschriebenen Form. Auch ist derselbe durch das Präj. 299. (S. 9 der Präj. Samml.) für Tauschverträge zur Geltung gebracht, ferner für Schenkungsverträge (§. 1066. Thl. I. Tit. 11.), Vergleiche (§. 407. Thl. I. Tit. 16.), Lehnsverträge (§. 83. Thl. I. Tit. 18.), für Erbzinsverträge (§. 691. ebendas.), und hat vorgenannter Grundsatz in Bezug auf Grundgerechtigkeiten bereits in dem §. 135. A. L. R. I. 5. gesetzliche Sanktion gefunden. Deshalb ist derselbe stets durch die Jurisprudenz des Ob. Trib. festgehalten, wie sich aus den Erk. v. 3. und 17. Febr. 1838 (Entsch. Bd. 3. S. 341 ff.) ergiebt.

(Entsch. Bd. 27. S. 36.)

2) Das Justizmin. hat gleichfalls bejahet in dem R. v. 15. Febr. 1817.

Dem (Tit.) wird auf den Ber. v. 25. Nov. v. J., wegen der Verträge über Veräußerung von Grundstücken, deren Werth die Summe von 50 Thlrn. nicht erreicht, eröffnet, daß, da das A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §. 135. schon bei Grundgerechtigkeiten allemal einen schriftlichen Kontrakt erfordert, ein ähnliches von Grundstücken selbst, die verhältnißmäßig immer wichtiger sind als die Grundgerechtigkeiten, verstanden werden zu müssen und in der Sache des rc. S. wider den rc. W die Entsch. der zweiten Inst. mit Rücksicht auf die Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 10. §. 15. den G. gemäß zu sein scheint. Indessen wird auf den Bericht des (Tit.), soweit darin auf ein zweifelhaftes G. aufmerksam gemacht wird, zu seiner Zeit Behufs einer Dekl. desselben Rücksicht genommen werden rc.

(Gen. Akt des Justizmin. A. L. R. No. 3. Vol. IV. Fol. 476.)

3) Gleicher Ansicht sind die Gesetzrevisoren.

Gegenwärtig vermissen wir darüber eine Bestimmung im 5. Tit.; man hat deswegen die Nothwendigkeit der schriftlichen Abfassung eines Vertrages, dessen Gegenstand ein Immobile von weniger als 50 Thlr. an Werth ist, aus der Analogie des §. 135. h. t. entnehmen wollen; allein es bedarf dieser Analogie nicht, da sich im §. 233. A. L. R. I. 21. die ausdrückliche Vorschrift findet, daß eine unbewegliche Sache, welche Jemanden ohne schriftlichen Kontrakt übergeben worden, zu allen Zeiten zurückgefordert werden könne.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 138—144. des Entw. S. 84.)

4) Die Schriftsteller streiten über die Frage; für die Bejahung derselben haben sich entschieden: Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 132), Bornemann (System Bd. 2. S. 182, 460 u. 507, 2. Ausg. Bd. 2. S. 99, 254 u. 289, Rechtsgeschäfte 2. Ausg. S. 248 u. 294), Koch (Recht der Ford. S. 159), Böle (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 319 und Bd. 3. S. 637), Kuhne (Centralbl. 1842 S. 518) und Köchling (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 41); dagegen verneinen: Arndts (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 177), Dr. Sommer (a. a. O. Bd. 2. S. 599), v. d. Hagen (a. a. O. Bd. 7. S. 1) und Temme (Lehrb. des Pr. Civilr. Bd. 1. S. 154). Vergl. auch die zum Theil abweichenden Ansichten von Roloff in der J. W. 1846 S. 377, 393, 409 und 1847 S. 409, 420, 428.

§. 137. Im §. 137. Z. 3 ist statt: »Thl. II. Tit. 5. Abschn. 1.« zu setzen: »Thl. II. Tit. 5.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 138. u. 139. Ueber die Frage: ob der Vertrag, wodurch mehrere Lotteriespieler sich an ihren Loosen gegenseitig betheiligen, oder ein gemeinschaftliches Loos zu spielen sich verpflichten, ein gewagtes Geschäft ist, und deshalb der schriftl. Form bedarf? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 17. §§. 171. sqq.

---

[1]) Vergl. Zus. 3. zum §. 133. h. t.

[2]) Entsch. der Gesetz-Komm. v. 30. Nov. 1791, daß ein über unbewegliche, mehr als 50 Thlr. an Werth betragende Güter mündlich oder von einem Lesens und Schreibens Unerfahrenen, ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschlossener und von beiden Seiten erfüllter Vertrag unverbindlich sei, und ein solchergestalt verkauftes, bezahltes und tradirtes Grundstück gegen Zurückzahlung des Kaufgeldes vindizirt werden könne.

(Stengel Bd 5. S. 147, Rabe Bd. 2. S. 221.)

§. 141. Ist ein schriftlicher Vertrag über eine Konventionalstrafe von mehr als 50 Thlr. gültig, wenn der Hauptvertrag, dessen Gegenstand sich nicht über 50 Thlr. beläuft, nur mündlich errichtet ist?

Es verneinen:

a) Siewert, aus dem Zusammenhange der §§. 140. u. 141. und wegen des im letzteren Paragraphen durch das Wort »aber« angedeuteten Gegensatzes. (Siewert Hft. 2. S. 133.)

b) Die Gesetzrevisoren; denn man dürfe das Geschäft nicht theilen, wie geschehen würde, wenn man in Ermangelung der Schrift, die eine Abrede für gültig, die andere für ungültig ansehen wollte.
(Gef. Rev. a. a. O. Mot. zu §§. 138—144. des Entw. S. 85.)

Dagegen bejahet:

Grävell, denn aus dem Wörtchen »aber« im §. 141. folge nicht, daß auch über die Hauptverbindlichkeit ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen sein müsse; dasselbe bezeichne jedweden Gegensatz, der schon in Betreff der Konventionalstrafe allein sich in diesem und dem vorhergehenden Paragraphen vorfinde. Förmlichkeiten, die das Gesetz nicht ausdrücklich erheische, dürfe man nie hinzufügen.
(Generaltheorie der Verträge S. 145 Anm. *)

Koch bemerkt:

Man kann die Frage durch eine andere beantworten: ist die Ausbedingung einer Konventionalstrafe unter einer Bedingung zulässig, z. B. wenn Jemand einem Anderen eine Konventionalstrafe von 60 Thlrn. unter der Bedingung schriftlich verspricht, wenn er ihm nicht eine gewisse Probe bis zum nächsten Ersten zuschicken würde, ist das gültig? Schwerlich kann eine separate Schrift über eine Konventionalstrafe allein, ohne gleichzeitige Hauptverbindlichkeit, anders als so gefaßt sein, daß die Strafe in obligatione, die Leistung in conditione ist; sonst müßte die Schrift die Hauptverbindlichkeit gleichfalls enthalten. Es liegt kein Grund vor, einen solchen Vertrag nicht für gültig zu erachten. (Landr. Bd. 1. zum §. 141. h. t.)

§§. 142. u. 143. Schließung schriftlicher Verträge durch Briefwechsel.

1) Wenn die brieflich Kontrahirenden darüber einig geworden sind, daß vorerst noch eine Punktation aufgesetzt und vollzogen werden solle, so ist nach §§. 116. u. 117. h. t. anzunehmen, daß die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung und Vollziehung der Punktation hat abhängen, und erst mit dieser anfangen sollen. Die Korrespondenz vertritt in diesem Falle unter keiner Bedingung die Stelle des schriftlichen Vertrages.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. März 1813.
(Simon's R. Bd. 1. S. 29.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 1. zum §. 142. h. t.)

Dagegen will Bornemann auch in diesem Falle den §. 142. angewendet wissen; denn es sei bei dem Nichtvorhandensein einer paritas rationis der Grundsatz, welchen das Gesetz für mündliche Verträge aufstelle, auf den Fall einer durch Korrespondenz zu Stande gekommenen Verabredung nicht auszudehnen. Alsdann erscheine aber die Auffetzung der Punktation nur als ein formelles unwesentliches Hinterher.
(System Bd. 2. S. 464 Anm. *, 2. Ausg. Bd, 2. S. 256 Anm. 2.)

2) Der Briefwechsel abwesender Parteien vertritt die Stelle des schriftlichen Vertrages nicht, wenn nicht in den Briefen selbst die Bedingungen des Vertrages vollständig enthalten sind, sondern rücksichtlich dieser Bedingungen lediglich auf die mündlichen Unterhandlungen Bezug genommen ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. April 1853, weil nach §. 142. h. t. die Bedingungen und die wechselseitige Einwilligung der Kontrahenten daraus, d. h. aus den gewechselten Briefen, zu entnehmen sein müssen.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 119 Nr. 26.)

§§. 144—153. Fälle, in denen es keines schriftlichen Vertrages bedarf.

§. 146. 1) Der §. 146. findet auch auf Vergleiche über bewegliche Sachen und diesen gleichstehende Rechte Anwendung. Ist von den Kontrahenten das vollständig geleistet worden, was in dem Vergleiche, unter Aufhebung der Rechte aus dem streitigen Rechtsverhältniß vereinbart war, so bedarf es, auch bei einem an sich schriftliche Abfassung erfordernden Objekte, keiner schriftlichen Entsagung der Rechte aus demjenigen Verhältnisse, worüber transigirt worden, um deren Wegfall herbeizuführen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Febr. 1847. (Präj. Nr. 1853.)
(Präj. Samml. S. 92, Entsch. Bd. 15. S. 83.)

Auch ein mündlicher Vergleich, nach welchem die Parteien ihren gegenseitigen Forderungen zum Betrage von mehr als 50 Thlr. entsagen, ist, als ein über bewegliche Sachen (A. L. R. I. 2. §. 7.) sich verhaltender und gleich erfüllter Vertrag, auch ohne hinzukommende schriftliche Abfassung gültig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 45 Nr. 9.)

2) Ist der §. 146. bloß auf bewegliche, körperliche, oder auch auf dergleichen unkörperliche zu beziehen?

a) Bornemann behauptet Ersteres.

Obgleich der §. 146. keine Einschränkung macht, so gilt, was von Sachen verordnet ist, darum doch nicht von Rechten zu Sachen. Denn wenn auch Rechte unter dem Begriffe der Sachen im weitesten Sinne mit verstanden werden, so sind sie doch im engeren Sinne davon ausgeschlossen (§§. 2. u. 3. Tit. 2.) und in letzterem kommt das Wort »Sache« insbesondere auch in der Lehre von Verträgen vor (§. 46. h. t.). Daher ist anzunehmen, daß der §. 146. nur von Sachen im engeren Sinne spricht; auch stehen einer Ausdehnung desselben auf abgetretene persönliche Rechte an einen Dritten die allgemeinen Grundsätze und der Zweck des Gesetzes (völlig erfüllte Verträge gegen Anfechtung zu schützen) entgegen. Auch spricht hiergegen der §. 148.
(Rechtsgesch. S. 276, — vergl. Syst. Bd. 2. S. 513, Bd. 3. S. 137 u. 2. Ausg. Bd. 2. S. 267 u. Bd. 3. S. 75.)

b) Dagegen halten Letzteres für richtig:

α) v. d. Hagen:

Die Beschränkung des §. 146. auf körperliche bewegliche Sachen läßt sich weder durch die Natur der Sache, noch durch die Worte des Gesetzes, noch durch den §. 148. rechtfertigen, in welchem letzteren der Ausdruck: »über bewegliche körperliche Sachen« gerade gegen diese Ansicht spricht, weil der hierfür nöthig erachtete restringirende Zusatz in dem §. 146. sich nicht findet. Der §. 146. gilt vielmehr auch für unkörperliche bewegliche Sachen, aber bei diesen nur insofern, als eine beiderseitige vollständige Erfüllung ohne schriftliche Erklärung möglich ist. Wollte man auch dem Ausdrucke »Sachen« im §. 146. die engere Bedeutung des §. 3. Tit. 2. beilegen, so läßt sich doch anderweit darthun, daß auch ein solcher von beiden Seiten vollständig erfüllter Vertrag wegen Mangels der gebotenen schriftlichen Abfassung nicht angefochten werden kann. Nach §. 165. soll nämlich schon dann, wenn die Handlungen von einer Seite vollständig geleistet sind, die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen. Nun sind zwar Vergütung und Erfüllung nicht an und für sich gleichbedeutend, indeß ist doch, wenn der Vertrag beiderseits vollständig erfüllt worden, dem, welcher die Handlung geleistet hat, diese dadurch offenbar der Vereinbarung gemäß vergütet worden. In der Gegenleistung ist nämlich immer die der mündlichen Abrede gemäße Vergütung des geleisteten, wenn auch nicht umgekehrt in dieser Vergütung stets die Gegenleistung enthalten. Aber auch der, welchem die Handlung geleistet worden ist, kann das abgemachte Geschäft nicht aufrufen. Denn er kann die freiwillig geschehene Gegenleistung nicht widerrufen, weil in ihr der Andere die ihm nach §. 165. der Vereinbarung gemäß gebührende Vergütung erhält, und er nicht behaupten kann, daß der Andere mehr, als ihm gebühre, bekommen habe.
(J. W. 1839 S. 57.)

β) Koch, welcher noch ausführt, daß die Erfüllung eines Kaufvertrages über eine Forderung nur durch eine für sich nach dem Gegenstande zu beurtheilende Cession, keineswegs aber durch die bloße Uebergabe des Schuldscheins auszuführen sei.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 191.)

γ) Kuhne, welcher die Deduktion Bornemann's zu widerlegen sucht, und sich auch auf das Ed. v. 8. Febr. 1770 §. 2., so wie auf das A. L. R. I. 21. §. 233. bezieht.
(Centralbl. 1842 S. 516.)

3) Betreffs unbeweglicher Sachen, vergl. Zusatz 2. zum §. 156. h. t.

4) In welchem Sinne ist der Ausdruck »sogleich« im §. 146. zu verstehen?

a) Bornemann bemerkt, daß der §. 146. zwar nur von dem Falle rede, wenn der mündlich geschlossene Vertrag von beiden Theilen sogleich erfüllt worden; dasselbe müsse aber auch gelten, wenn die beiderseitige Erfüllung erst in der Folge stattgefunden habe. Dies folge theils aus dem Ed. v. 8. Febr. 1770 §. 6. Nr. IV., worin

letzteres ausdrücklich bestimmt worden, theils sei kein Grund der Unterscheidung zwischen einem sogleich und einem hinterher erfüllten Vertrage vorhanden, denn in beiden Fällen werde der Urkundenbeweis durch das Faktum der Erfüllung gleich unnöthig gemacht.

(System Bd. 2. S. 478 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 2. S. 265 Anm. 3.)

b) **Kuhne** führt dasselbe aus und bemerkt, daß man zu diesem Resultate auch dann komme, wenn man erwäge, daß ein Vertrag über bewegliche Sachen, der gesetzlich schriftlich abzufassen sei, aber nur mündlich geschlossen worden, so lange derselbe von keinem der Kontrahenten erfüllt sei, noch gar nicht existire, da nach §. 155. keine Klage daraus stattfinde, er mithin nicht realisirt werden könne. Erfüllen dann dieselben Kontrahenten denselben mündlichen Vertrag vollkommen, abermals ohne etwas Schriftliches aufzusetzen, so hätten sie von Neuem kontrahirt, diesmal aber den Vertrag perfekt gemacht. Insofern sei dann die Erfüllung *sogleich* erfolgt, und es komme nicht mehr auf den früher unvollendet gebliebenen Kontrakt an, wenn auch die Parteien zum zweiten Male nur das gethan haben sollten, was sie beim ersten Male beabsichtigten. (Centralbl. 1842 S. 513.)

c) **Koch** bemerkt:

Das gedachte Wort habe hier nicht seine eigentliche Bedeutung, sondern sei überflüssig; denn sonst müßte ein mündlicher Vertrag, welcher von dem Einen erst nach einiger Zeit, von dem Anderen aber noch viel später erfüllt worden, wieder aufgerufen werden können, was indeß nicht der Fall sei, da von beiden Seiten abgemachte Geschäfte nicht wieder zerrissen werden sollen. Die Quelle dieser Bestimmung sei der §. 6. a. E. des Ed. v. 8. Febr. 1770.

(Landr. Bd. 1. S. 245, Anm. 25. zum §. 146. h. t.)

Vergl. **Koch's** Recht der Ford. Bd. 2. S. 191.

d) **Paul** ist der Ansicht, daß das gedachte Worte identisch sei mit »ehe richterliche Hülfe von der einen oder andern Seite angerufen worden.« (Paul's Verträge S. 61.)

e) **Temme** bemerkt dagegen, daß der §. 146. mit Recht von einer *sofortigen* Erfüllung spreche; denn eine *spätere* gegenseitige Erfüllung könne nur als ein *neuer Vertrag* angesehen werden.

(Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 152 Anm.)

5) Wann ist ein Vertrag im Sinne des §. 146. von beiden Seiten *vollständig erfüllt*?

a) Das **Ob. Trib.** nimmt in dem Erk. v. 24. März 1838 in spezieller Beziehung auf mündlich geschlossene Kauf- und resp. Tauschverträge an, daß solche vollständig erfüllt seien, wenn gleich ein Theil noch Anspruch auf Gewährleistung habe. Denn wenn auch der §. 317. h. t. verordne, daß auch die Leistung der Gewähr zur Erfüllung eines Vertrages gehöre, so sei doch, wenn man darunter die *gesetzliche* Gewähr verstehe, solche bei jedem lästigen Vertrage vorhanden, falls nicht die Kontrahenten das Gegentheil bestimmt hätten; beziehe man aber den §. 317. auf eine *verabredete* Gewährleistung, so sei sie mit Gegenstand des *mündlich* geschlossenen Vertrages gewesen, und man könne daher auch in diesem Falle nicht annehmen, daß der Vertrag nicht gehörig erfüllt gewesen. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 638.)

b) **Bornemann** ist der Ansicht, daß dies dann der Fall sei, wenn der Hauptsache nach Leistung und Gegenleistung gegeben worden. Wenn in der Folge noch wegen Nebenpunkte Ansprüche erhoben würden, so seien dieselben entweder nach der Regel über Gewährsleistung zu beurtheilen, oder wenn sie durch das Gesetz nicht unterstützt würden, zu verwerfen. Werde dagegen behauptet, daß ein Theil der Leistung oder Gegenleistung noch rückständig geblieben und das Gegebene nur vorläufig angenommen sei, so falle die Voraussetzung, daß von beiden Seiten vollständig erfüllt worden, weg. Daraus folge unter Anderen, daß ein Kaufgeschäft nicht für abgemacht angesehen werden könne, wenn das Kaufgeld *mündlich* kreditirt worden sei.

(System Bd. 2. S. 479, 2. Ausg. Bd. 2. S. 266, Rechtsgesch. S. 250.)

c) **Kuhne** tritt der von **Bornemann** und dem **Ob. Trib.** angenommenen Meinung um so mehr bei, als für diese auch das Ed. v. 8. Febr. 1770 §. 4. Nr. 4. spreche. (Centralbl. 1842 S. 514.)

d) **Paul** führt, gegen **Bornemann**, aus:

Die vollständige Erfüllung von beiden Seiten sei erst dann vorhanden, wenn alle mündlichen Verabredungen zur Ausführung gekommen sind. Der §. 146. besage nur, daß, wenn der mündliche Vertrag über bewegliche Sachen mit allen seinen Haupt- und Nebenbestimmungen erfüllt worden, derselbe gleiche Gültigkeit mit einem schriftlichen Vertrage haben solle; dem Richter stehe es nicht zu, die Nebenbestimmungen von den Hauptbestimmungen des mündlichen Vertrages zu sondern, und den ersteren die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen eigenmächtig zu substituiren. (Paul's Verträge S. 61.)

e) **Grävell** ist der Ansicht, daß die vollständige Erfüllung von beiden Seiten erst dann vorhanden sei, wenn von beiden Kontrahenten alle Verbindlichkeiten aus dem Vertrage so erfüllt seien, daß daraus gar kein Anspruch weiter zusteht. (§§. 155., 164., 168. h. t.)

(Generaltheorie der Verträge S. 147.)

f) **Koch** nimmt an, daß es für *vollständige* Erfüllung erst gelte, wenn Leistung und Gegenleistung ohne Rückstand ausgewechselt sind. (Landr. Bd. 1. Anm. 26. zum §. 146. h. t.)

6) Die Folgen des §. 146. können *nicht* eintreten, wenn nur erst *ein Theil* erfüllt hat. Was in diesem Falle *theilweiser* Erfüllung Rechtens sein solle, ist in den §§. 156. ff. h. t. bestimmt.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 25. Sept. 1848.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 375 Nr. 186.)

§. 148. Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 3. April 1856 in den Erg. zum §. 111. h. t.

§§. 149—151. 1) Wenn eine Waarenlieferung in ein gehörig geführtes Handlungsbuch eingetragen ist, so hat dies auch außer dem Falle, daß der betreffende Handel auf Messen oder Märkten abgeschlossen worden, die Wirkung, daß das zu Grunde liegende Kaufgeschäft nicht wegen Mangels besonderer schriftlicher Abfassung angefochten werden kann.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 2. Aug. 1845. (Präj. Nr. 1597.)

Obgleich die §§. 596. u. 597. A. L. R. II. 8. zunächst nur von der Zeitdauer der den Handlungsbüchern zukommenden *Beweiskraft* disponiren, so kann dies doch nicht dahin führen, die daran angeschlossene Vorschrift zu beseitigen, daß der Kaufmann auch nach erloschener Beweiskraft berechtigt sein soll, aus dem Vermerke im Handlungsbuche »*als aus einem schriftlichen Kontrakte*« zu klagen, also diesen Vermerk selbst, als wenn er ein schriftlicher Kontrakt wäre, der Klage zu Grunde legen. In diesen Vorschriften ist nun aber von einer *Beschränkung* der erwähnten, den Handlungsbüchern beigelegten Eigenschaft auf Kaufhandlungen, die auf Messen und Märkten geschlossen worden, in keiner Beziehung die Rede; vielmehr deuten noch andere Bestimmungen (§§. 572., 573., 574. a. a. O.) darauf hin, daß bei den in diesem Titel gegebenen Vorschriften Kaufgeschäfte im Allgemeinen unterstellt worden. Auch verschwindet der scheinbare Widerspruch zwischen §. 150. h. t. und den §§. 596. u. 597. A. L. R. II. 8., wenn in Betracht gezogen wird, daß einer jeden der beiden Vorschriften ein besonderes Gebiet zukommt, in welchem eine jede von einer direkten Wirkung ist. Bei beiden Vorschriften sind nämlich nicht ganz dieselben Fälle vorausgesetzt. Denn so allgemein auch der §. 150. h. t. lautet, so ist doch auf der anderen Seite aus der Beschaffenheit der kaufmännischen Buchführung ersichtlich, daß in den §§. 596. u. 597. A. L. R. II. 8. nicht Kaufkontrakte in jeder faktischen Lage gemeint sein können. Der Vermerk im Handelsbuche kann vielmehr nicht eher geschehen, als wenn das Geschäft von einem Theile schon in Vollzug getreten, also die *Ablieferung* der Waare an den Käufer geschehen ist, wie dies die Fassung der §§. 572. u. 596. ergiebt. Beide Vorschriften lassen sich also dahin vereinigen, daß der §. 150. h. t. alle Kaufgeschäfte der allgemeinen Regel über das Requisit schriftlicher Abfassung unterworfen sein läßt, ohne Rücksicht darauf, daß ein Kaufmann als Verkäufer von Meß- und Markt-, d. h. Handelswaaren, dabei in Frage ist, insoweit nämlich, als der bloße rechtsbeständige *Abschluß allein* in Frage kommt; wogegen, wenn der Kaufmann den Kontrakt, der nur mündlich geschlossen ward, schon erfüllt hat und dadurch zur Eintragung in das Handelsbuch veranlaßt ist, die Bedeutung des §. 597. A. L. R. II. 8. eintritt, nämlich *die*, den Mangel des schriftlichen Kontrakts entfernend und halben Beweis beibringend. Der §. 150. h. t. sagt nur, daß *außerdem*, d. h. nämlich, wenn *nicht sogleich* erfüllt oder nicht in kaufmännische Bücher eingetragen ist, also der Fall sich dazu noch nicht eignete, die schriftliche Abfassung nöthig sein solle, so daß von dem Falle, wenn der Kaufmann erfüllt und die kaufmännische Eintragung bewirkt hat, im §. 150. gar nicht disponirt ist. Diese Auffassung wird endlich unterstützt durch das den betr. landrechtlichen Bestimmungen zum Grunde liegende Ed. v. 8. Febr. 1770 §. 4. und durch §. 168. A. G. O. I. 10. (Präj. Samml. S. 185, Entsch. Bd. 12. S. 154.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 562. u. §§. 596., 597.

2) Die *Gesetzrevisoren* sprachen sich über die zu 1. gedachte Frage unter Mittheilung des Inhaltes der Materialien, welche indeß ihrer Ansicht nach die Frage unentschieden lassen, in folgender Art aus:

Schwer zu erklären sind die §§. 149—151. h. t. Nach §. 149. sollen Kaufhandlungen über Meß- und Marktwaaren, die während der Messe oder des Marktes von Kaufleuten mit anderen Personen geschlossen, und sogleich er-

füllt oder in kaufmännisch geführte Bücher eingetragen werden, keines schriftlichen Vertrages bedürfen. Außer diesen Fällen sollen auch solche Geschäfte schriftlich abgefaßt, oder den Meß- oder Marktgerichten angezeigt werden (§. 150.), hinsichtlich der kaufmännischen Geschäfte unter Kaufleuten in und außer den Messen und Märkten aber wird auf den Abschn. 7. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. verwiesen (§. 151.). Die Schwierigkeit der Auslegung entsteht zunächst dadurch, daß die hier in Bezug genommenen Bestimmungen, die §§. 562—613. A. L. R. II. 8. nämlich, nur von der Beweiskraft der Handlungsbücher, nicht aber von dem durch den Vermerk in den Büchern zu ersetzenden schriftlichen Vertrage handeln, auf einen in dem Vermerke liegenden schriftlichen Vertrag wird bloß in den §§. 596., 597. ibid. hingewiesen; dabei wird aber, wie die Berechnung der Frist im §. 596. l. c. ergiebt, eine geschehene Lieferung, mithin die Erfüllung von der einen Seite vorausgesetzt; und nach der Fassung des §. 597. sollte man vermuthen, daß über die Befugniß, aus dem eingetragenen Vermerke, als aus einem schriftlichen Kontrakte zu klagen, eine anderweitige Bestimmung vorhanden wäre. Diese sucht man indeß vergebens; und noch verwickelter wird die Sache durch den §. 168. A. G. O. I. 10., welcher dem Vermerke in den Büchern nur die Wirkung beilegt, daß die Klage nicht durch ein bloßes Dekret abgewiesen werden könne, während das abgeschlossene Geschäft anderweit soll dargethan werden. In Ermangelung genügender Bestimmungen hinsichtlich der den kaufmännischen Geschäften überhaupt vorgeschriebenen Form fehlt es aber für die Auslegung der §§. 149—157. h. t. an einer Basis. Denn diese beschränken sich auf die Frage, in wiefern beim Verkehr auf Messen oder Märkten zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten die schriftliche Abfassung des Vertrages durch etwas Anderes ersetzt werden könne. In sofern dabei von dem Umstande etwas abhängig gemacht wird, daß der Vertrag sogleich erfüllt worden, begreift man vollends die Bestimmung nicht, weil die Erfüllung eines mündlichen Vertrages über bewegliche Sachen nach §. 146. h. t. in jedem Falle den Mangel der schriftlichen Abfassung hebt.

Auch die Materialien des A. L. R. verlassen uns bei der Auslegung der vorliegenden Bestimmungen. In dem ersten ungedr. Entw. heißt es:

§. 148. Kaufhandlungen über Waaren, welche auf Messen und Märkten ausgestellt werden, sind auch ohne schriftlichen Kontrakt gültig.

Hierzu bemerkte Suarez bei der Umarbeitung des ungedr. Entw. Wenn ich anders die Bestimmung recht verstehe, so ist sie überflüssig; denn entweder wird der Kaufhandel gleich vollzogen, und dann ist er ex §. 146., der dem §. 146. h. t. entspricht, gültig, oder es wird fides de pretio gegeben, und dann ist der Verkäufer ein Kaufmann, oder nicht. Ist er ein Kaufmann, so vertritt die Eintragung ins Handlungsbuch die Stelle des Kontrakts. Ist er kein Kaufmann, so wird der gegebene Kredit wohl schwerlich 50 Thlr. übersteigen; und übersteigt er solche ja, so würde ich den schriftlichen Kontrakt nicht für entbehrlich halten; denn bei solchen kleinen Krämern, die auf Messen und Märkten ausstehen und, ohne Bücher zu führen, Waaren von Betrag auf Kredit geben, sind Irrungen am ersten möglich, und am nöthigsten zu verhüten. Sollte aber der Fall gemeint sein, wo nicht Kaufmannswaaren, sondern Getreide, Holz, Wolle und andere Produkte des Landbaues, die zum feilen Verkauf auf Messen und Märkten ausgestellt worden, auf Kredit verkauft werden, so würde solches deutlicher und bestimmter exprimirt werden müssen.

Nach dieser Bemerkung sollte man glauben, hätten die betreffenden Bestimmungen überflüssig erscheinen müssen; allein statt dessen gab man den im ungedr. Entw. aufgestellten Grundsatz schon im gedr. Entw. (§§. 113. und 114.) in derjenigen Weise wieder, wie wir die Bestimmungen im Texte vorfinden. Aus dem gedr. Entw. sind dieselben mit unbedeutenden Abänderungen in der Fassung in das A. L. R. übergegangen, indem man die nähere Erörterung wegen der Nothwendigkeit schriftlicher Verträge bei kaufmännischen Geschäften dem Handelsrechte vorbehielt.

Möglich ist es, daß man die Beweiskraft der Handlungsbücher und die schriftliche Abfassung der Verträge für identisch gehalten hat; wenigstens scheint eine solche Verwechselung der Begriffe den §§. 383 u. 386. Tit. III. Abth. II. Thl. I. des gedr. Entw., welche aus dem §. 4. n. III. des Ed. v. 8. Febr. 1770 entnommen sind, zum Grunde zu liegen. Jene Bestimmungen, aus denen späterhin die §§. 596. und 597. A. L. R. II. 8. geworden, lauteten also:

§. 385. Sind hingegen einem Inländer, der kein Kaufmann ist, Waaren verabfolgt worden, so kann sich der Verkäufer nur binnen Jahresfrist von Zeit jeder Lieferung an gerechnet auf sein Handlungsbuch berufen.

§. 386. Will er über ein Jahr Kredit geben, so muß er sich von dem Schuldner mit einem schriftlichen Anerkenntnisse der in den Büchern eingetragenen Waarenschuld versehen.

Der Grundsatz, in welchen hier das schriftliche Anerkenntniß zu der Beweiskraft des Handlungsbuches gestellt ist, deutet auf die gerügte Verwechselung der Begriffe. Man muß alsdann annehmen, daß die §§. 149. u. 150. h. t., welche, wie es scheint, bei der Umarbeitung des gedr. Entw. durch ein Versehen stehen geblieben sind, eine Ausnahme von der einjährigen Verjährungsfrist hinsichtlich der auf Messen und Märkten über Meß- und Marktwaaren geschlossenen Verträge begründen. Unerklärlich aber bleibt es immer: weshalb hier des Umstandes, wenn der Vertrag sogleich erfüllt ist, wiederum gedacht worden, da sich über die Wirkungen der Erfüllung schon die kurz vorhergehende allgemeine Bestimmung verhält.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 145—148. des Entw. S. 88—90.)

Vergl. Bornemann, Syst. (2. Ausg.) Bd. 2. S. 166. Anm. 3.

Siewert erklärt die besondere schriftliche Abfassung für nöthig, indem er sich auf den §. 149. bezieht, und ausführt, daß die §§. 596., 597. A. L. R. II. 8. von der schriftl. Abfassung nicht entbinden.

(Siewert Hft. 8. S. 290.)

Dagegen ist Grävell der Ansicht, daß die besondere schriftliche Abfassung nicht erforderlich sei. Denn weil die Eintragung die Stelle des schriftl. Vertrages vertrete (A. G. O. I. 10. §. 168.) und weil in §§. 563. u. 572. A. L. R. II. 8. die Einschränkung auf bloße Meßgeschäfte nicht vorkomme, sondern den Handlungsbüchern für allen Waaren- und Wechselverkehr Beweiskraft auch gegen Nichtkaufleute beigelegt sei, müsse die Vorschrift des §. 149. in dieser Art ausgedehnt werden. (Generaltheorie der Verträge 149. Anm.**)

§. 152. Ein Anerkenntniß einer Rechnung in einem Briefe steht dem im §. 152. erwähnten Anerkenntniß in der Wirkung gleich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1847.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 225 Nr. 113.)

§. 153. Vergl. die Erg. zu §§. 74—77. h. t.

§. 154. 1) Im §. 154. Z. 5 ist statt: »Abschn. 2.« zu setzen: »Abschn. 3.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 22. S. 1.)

2) Die Grundsätze über die Folgen der unterbliebenen schriftlichen Abfassung gelten in der Regel auch für Verlängerungen der gehörig schriftlich abgeschlossenen Verträge.

So erkannt im J. 1851 (Datum konstirt nicht) von dem Rheinischen Rev. u. Kass. Hofe. (J. M. Bl. 1851 S. 349 Nr. 26.)

§§. 155—168. Rechtliche Folgen, wenn die schriftliche Abfassung unterblieben ist.

P. R. über die Folgen der Unterlassung der schriftlichen Abfassung der Verträge. (J. Z. 1835 S. 328. Vergl. auch J. Z. 1835 S. 539.)

P. R. über die rechtlichen Folgen der Nichtbeobachtung der Gesetze, welche die schriftliche Abfassung gewisser Verträge vorschreiben. (J. Z. 1835 S. 1015.)

Dr. Arndt's, Bemerkungen über das Erforderniß schriftlicher Abfassung der Verträge. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 132 ff.)

Erkenntnisse vom Jahre 1798. (Stengel Bd. 8. S. 255—270.)

Grattenauer's Bemerkungen hierüber, nebst mitgetheilten Präjudikaten des Stadtgerichts und der Oberamts-Regierung zu Breslau, v. 16. Nov. 1804 und 8. März 1805. (Mathis Bd. 3 S. 4—31.)

§. 155. 1) Ueber den Fall, wenn aus einem nur von dem Kläger mündlich geschlossenen, von dem Anderen einseitig unterschriebenen Vertrage Widerklage erhoben wird, vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1841 (Präj. Nr. 1046.) in den Erg. zum §. 116. h. t. Zus. 7. sub d.

2) Wenn in Folge einer über ein Grundstück geschlossenen Kaufpunktation der Käufer den Verkäufer auch nur mündlich beauftragt, das Grundstück an einen Dritten zu übergeben, oder mit demselben einen förmlichen Kaufkontrakt darüber zu errichten, so ist die demgemäß auch wirklich an den Dritten geleistete Uebergabe, oder die Errichtung des förmlichen Kaufkontraktes mit demselben eine gültige Erfüllung (§§. 155. ff. h. t. A. L. R. I. 13., §§. 7. ff., §. 148.) der Punktation von Seiten des Verkäufers.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1846 (Präj. Nr. 1752.) (Präj. Samml. S. 11, Entsch. Bd. 13. S. 169.)

§§. 155. sqq. Eine Klage, welche auf Grund der §§. 155. sqq. erhoben und auf Rückgabe des Gegebenen, gegen Erstattung des Empfangenen, gerichtet worden ist, kann, wenn sich im Prozesse ergeben hat, daß der Verklagte als ein redlicher Besitzer zu behandeln sei, nicht aus dem Grunde, an und für sich allein, ganz oder angebrachtermaßen abgewiesen werden, weil nicht schon in der Klage die Wiederannahme in dem gegenwärtigen Zustande und die Gestattung aller Vortheile des redlichen Besitzes angeboten worden sind, sondern der Richter ist befugt, die Rechte des Verklagten und die dadurch bewirkte Einschränkung der Ansprüche des Klägers im Erkenntnisse festzusetzen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Plen. Beschl. v. 19. Mai 1851. (Präj. Nr. 2289.)

Es ist die Frage streitig geworden: ob zur Begründung der auf die §§. 155. ff. gestützten Rücktrittsklage desjenigen, der einen mündlichen Vertrag schon erfüllt hatte, ein Anerbieten des gegenseitig zu Gewährenden erforderlich sei? oder: ob es genüge, daß der erkennende Richter durch Einschränkung der in der Klage gestellten Forderung den Rechten des Verklagten Anerkennung verschaffe? Das Plenum hat sich im Sinne der letzteren Alternative ausgesprochen und daher den oben angegebenen Grundsatz zum Beschlusse erhoben.

Die eigentliche Streitfrage ist hier nicht die, was demjenigen gebühre, welcher von einem mündlichen Vertrage zurücktritt, und welche Befugniß der Kontrahent habe, der ihm gegenüber steht, sondern es handelt sich hier nur um die Art der Abfassung des Klageantrages dessen, welcher in Folge eines mündlichen Vertrages eine Sache gegeben hat, und der den Vertrag wegen Mangels der gesetzlichen schriftlichen Form anrufen und das Gegebene zurückfordern will. — Die Ansicht, welche der neueren Meinung entgegentritt, ist zunächst auf den Umstand gegründet worden, daß mit dem Röm. Innominat-Kontrakte das Verhältniß der Kontrahenten übereinkommen soll, welche, mit Unterlassung der vorgeschriebenen Schrift, einen Vertrag bloß mündlich geschlossen und ganz oder theilweise erfüllt haben.

Dies ist aber in der That nicht der Fall. Denn das sogenannte jus poenitendi kommt beim unbenannten Real-Kontrakte nur dem Geber, nicht aber dem Empfänger zu. Dagegen kann der Geber auch schlechthin auf den Grund des Gegebenen die Erfüllung des Kontrakts einklagen. Vergl. L. 3. §§. 2., 3., L. 5. pr. D. de condict. causa data causa non secuta (12., 4.), Thibaut, System §. 165., Puchta, Lehrb. der Pand. §. 301. u. Anm., Mackeldey §. 619.). Bedenklich scheint es daher, die Theorie des Röm. Innominat-Kontraktes in den Bestimmungen des A. L. R. über die rechtlichen Folgen der Verabsäumung der Schrift bei Verträgen aus dem Grunde verfolgen zu wollen, weil die im Allgemeinen gegebene Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage auch den speziellen Fall umfaßt, wo der Geber das Gegebene zurückfordern kann, jedoch auch hier mit dem Unterschiede, das er beim Röm. Innominat-Kontrakte nicht bloß zur Erfüllung, sondern Behufs der Perfektion des Vertrages, gegeben hatte.

In einem früheren Falle ist aber nicht nur ein, dem Innominat-Kontrakte ähnliches Rechtsverhältniß, sondern geradezu angenommen, daß die Parteien durch den einseitig erklärten Rücktritt in ein wechselseitiges Kontrakts-Verhältniß traten. Gewiß aber ist nicht zu behaupten, daß durch die Erklärung eines Kontrahenten, wodurch er den Kontrakt aufruft, ein neuer wechselseitiger Vertrag von den Parteien eingegangen werde. Daher, wenn die Abweisung der Klage auf §. 271. A. L. R. I. 5. gegründet wird, so ergiebt sich die Schwäche des Arguments aus den Worten dieses Gesetzes. Nicht von einem Vertrage, welcher aufrecht erhalten werden soll, und nicht von der Erfüllung eines Vertrages, ist die Frage, sondern von der Aufhebung und Nichterfüllung. Ein aufhebender Vertrag aber ist von den Kontrahenten nicht abgeschlossen, also auch die Anwendung der alleg. Gesetzstelle nicht passend. Vielmehr liegt der Fall der einseitigen Aufhebung eines Vertrages wegen Mangels der schriftlichen Form außerhalb jeder vertragsmäßigen Verabredung und Einigung, und lediglich die gesetzlich bestimmten Folgen treten ein, welche die Vorschriften der §§. 155—168. a. a. O. enthalten. Hier stellen die §§. 156—161. die allgemeine und hauptsächliche Regel auf:

»Wer den Vertrag nicht erfüllen will, muß das Erhaltene zurückgeben oder vergüten und kann das Gegebene zurückfordern.«

Die §§. 157., 158., 159., 160., 162., 163. und 165. geben Entscheidungen für Nebenfragen. Sie bestimmen über den Zustand, in welchem das Gegebene oder Empfangene zurückzugeben, welcher Werth zu vergüten, wie der bisherige Besitz anzusehen, und von welchem Zeitpunkte das empfangene Geld zu verzinsen. Diese Bestimmungen sind also nur von Anwendung, wenn durch die Anführungen der Parteien Anlaß gegeben wird, auf die Erörterung des Zustandes der Sache, der Art und der Folgen des Besitzes u. s. w. einzugehen und darüber zu entscheiden. Die angeführten Vorschriften betreffen aber auch im Wesentlichen nur die Gerechtsame, welche dem Verklagten, gegenüber dem vom Vertrage abgehenden Kläger, zustehen sollen. Der Verklagte, nicht der Kläger also ist es, der ein Interesse dabei hat, diejenigen Umstände anzuführen und nachzuweisen, welche die Anwendung jener Bestimmungen voraussetzt. Die Entwicklung selbstständiger Behauptungen, durch welche der Verklagte dem Kläger Widerstand leisten, die Klage ganz oder zum Theil beseitigen und modifiziren will, ist aber nichts anderes, als eine Einrede oder ein Einwand. (Vergl. Martin, Lehrbuch der bürgerl. Prozesse, §§. 82., 83., 92.; Weber, von der Verbindlichkeit zur Beweisführung §§. 34—37.; Gönner, Handb. des Prozesses II. 34., L. 2. §§. 1., 2., L. 22. §. 1. D. de except. [44., 1.], L. 9. C. de except. [8., 35.]; Thibaut a. a. O. §. 71., A. G. O., Einl. §. 27., I. 5. §. 6., I. 9. §. 6., I. 19. §§. 1., 2., 5., 6.). — In einer anderen früheren Entscheidung ist die Klage nicht für statthaft gehalten, nicht etwa, weil sie der in §§. 156. u. 161. A. L. R. I. 5. gegebenen Regel nicht entsprochen, sondern weil der Klageantrag nicht so eingerichtet gewesen, daß er von Anfang an auch die in den §§. 158., 161. und 163. enthaltenen Nebenbestimmungen erledigt hätte. Dies führt dahin, die Entscheidung der vorliegenden Frage in den Vorschriften über das Prozeßverfahren zu suchen. Die A. G. O. schreibt im §. 6. I. 5. vor, daß bei Einziehung der Information der Kläger über die vermuthlichen Einwendungen des Verklagten vernommen werden soll. Aber nicht nur bestimmt §. 14. das., daß aus der Klage selbst die Vorhaltungen des Instruenten über die vermuthlichen Einwendungen fortbleiben sollen, sondern §. 17. rechnet nirgends zu den Erfordernissen einer Klage die Erwähnung oder Einlassung auf Einwendungen des Verklagten, und verlangt außer der Erzählung des Faktums und der Angabe der Beweismittel nur ein der Sache und der Intention des Klägers gemäßes deutliches und bestimmtes Petitum. Dagegen verweiset §. 16. Nr. 2., 3. A. G. O. I. 9. den Vortrag der Einwendungen in die Klage-Beantwortung und die Ausführung der exceptiones juris in die Deduktion des Verklagten. Entwickelt sich nun auch das Geschäft oder die Thatsache, welche dem Prozesse zum Grunde liegt, bei der Instruktion des Prozesses dahin, daß dem Kläger ein anderer Anspruch, als der in seinem Antrage bezeichnete, zustehe, so soll dennoch nach A. G. O. I. 5. §. 21. im selbigen Prozesse darüber instruirt und erkannt, und nach §. 22. nur in zweiter Instanz eine Aenderung des Petitums nicht mehr gestattet sein. Es soll aber auch, wenn der Verklagte Gegenforderungen einwendungsweise aufstellt, welche die Forderung des Klägers überschreiten, nach §. 6. A. G. O. I. 19. der Kläger in den Ueberschuß verurtheilt werden. Denn hier, so wie im §. 20. I. 5. und sonst, geht die A. G. O. davon aus, daß ein einmal anhängig gemachter Prozeß zur definitiven Entscheidung der streitigen Rechtsverhältnisse der Parteien wirklich und wesentlich führen, dessen Schicksal aber von der bloßen Form der Anträge der Parteien möglichst wenig abhängig sein soll. Eine Klage, deren Petitum auf Aufhebung des mündlichen Vertrages gerichtet ist, und überhaupt nur die Rückgabe des Gegebenen gegen Erstattung des Empfangenen verlangt, wird hiernach mit Beifall der A. G. O. aus dem Grunde noch nicht abgewiesen werden können, weil der Verklagte Einwendungen erhebt, aus denen ihm noch andere Ansprüche an den Kläger, als die bloße Erstattung des Erhaltenen, und auch Beschränkungen bei der vom Kläger verlangten Zurückgabe, zustehen. Vielmehr wird die Sache ebenso anzusehen und zu entscheiden sein, wie eine andere Pluspetition des Klägers, welche die Zusprechung des wirklich nachgewiesenen Theils der Forderung und nur die Abweisung mit dem Mehrgeforderten veranlaßt, nicht aber die Abweisung der ganzen Klage erheischt. Die Veränderung des Prinzips des Preuß. Prozesses, die Verhandlungs-Maxime durch die V. v. 1. Juni 1833 und v. 21. Juli 1846 hat hierbei nichts geändert. Denn, wenn in Fällen der vorliegenden Frage die Forderung des Klägers durch die Einwendungen des Verklagten modifizirt wird, und hiernach erkannt werden soll, so beruht dies recht eigentlich auf den Erklärungen und Anträgen der Parteien und nicht auf dem Untersuchungsprinzipe der A. G. O. Den Einreden und ihrem Einflusse auf den Prozeß ist noch in der, nach §§. 7. und 8. der V. v. 21. Juni 1846 erfolgten Zulassung der schriftlichen Replik und Duplik eine besonder Rücksicht geworden. Diese Gründe rechtfertigen den gefaßten Beschluß, bei dessen Anwendung übrigens die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles stets gebührende Rücksicht werden finden müssen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 4, Entsch. Bd. 21. S. 329, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 302 Nr. 63., J. M. Bl. 1851 S. 251 Nr. 73.)

§. 156. 1) Von einem, nach den Gesetzen schriftlich zu errichtenden, aber nur mündlich abgeschlossenen, und noch nicht von beiden Seiten erfüllten Vertrage kann auch derjenige Kontrahent, welcher denselben seinerseits bereits theilweise oder vollständig erfüllt hat, zurücktreten und das Gegebene zurückfordern.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. (13.) Febr. 1838. (Präj. Nr. 436.).

Der §. 156. spricht für den, welcher die Erfüllung ganz oder theilweise angenommen hat, keinesweges ein Recht, sondern eine Verpflichtung aus, und nur in sofern diese Verpflichtung alternativ ist, läßt sich darin zugleich ein Recht, das Wahlrecht, finden. Sodann folgt aus den Worten des Gesetzes: »so ist er verpflichtet, entweder rc.«, daß dem Kontrahenten, welcher bereits etwas auf den Vertrag empfangen hat, jenes Wahlrecht nicht an und für sich unbedingt zusteht, vielmehr dabei der Fall vorausgesetzt wird, wenn der Andere, welcher den Vertrag ganz oder zum Theil erfüllt hat (der Geber), dessen Erfüllung auch von ihm verlangt. In diesem Falle ist der Empfänger entweder zur Erfüllung seinerseits, oder zur Rückgabe, beziehungsweise Vergütung des Erhaltenen, verpflichtet; dann steht ihm das Recht der Wahl zu. Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Geber in eine nachtheiligere Stellung zu versetzen, als den Empfänger, und Letzterem das Recht zum Rücktritte einzuräumen, Ersterem aber abzusprechen. Dies ergeben die §§. 161. und 162. Der Nachdruck im §. 161. ruht nicht auf dem Worte: »etwas«, sondern auf dem Worte: »gegeben.« Nicht von dem Gegensatze zwischen vollständiger und theilweiser Erfüllung ist im §. 161. die Rede, sondern von dem Gegensatze zwischen dem Rechte des Empfängers und Gebers. Dadurch verschwindet schon die dem Worte: »etwas« gegebene Bedeutung als Theil im Gegen-

satze zum Ganzen. Auch ergiebt sich aus §. 248. h. t. u. §. 200. A. L. R. I. 16., daß dies Wort nur das Objekt eines Versprechens überhaupt bezeichnet und gleichbedeutend mit dem im §. 162. h. t. vorkommenden Ausdrucke: »gegebene Sache« gebraucht ist. Auch aus den Worten des §. 161. h. t.: »auf Rechnung des Vertrages« folgt nicht das Gegentheil; denn dieselben bedeuten nichts, als daß die zurückgeforderte Sache in Beziehung auf den mündlichen Vertrag gegeben sein müsse. Durch die Anfangsworte des §. 161.: »der, welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will«, soll nur ausgedrückt werden, daß nicht der Kontrahent gemeint sei, der bei dem Vertrage stehen zu bleiben und zu erfüllen bereit ist, wie dies unzweifelhaft aus §§. 163. u. 164. h. t. hervorgeht. Endlich würde bei der Annahme der entgegengesetzten Ansicht dem Gesetze eine Lücke vorzuwerfen und der Fall gar nicht beachtet sein, wenn der eine Kontrahent vollständig, der andere noch gar nicht, oder nur theilweise erfüllt habe.

(Präj. Samml. S. 10, Entsch. Bd. 3. S. 341, J. W. 1838 S. 589, Centralbl. 1839 S. 399.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. auch in dem Erk. in der J. W. 1846 S. 321 (Datum konstirt nicht) und in den Erk. v. 28. Juni und 23. Aug. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 26 u. 184) aufrecht erhalten.

Unter den Schriftstellern ist dagegen die Frage streitig; die Mehrzahl derselben hat indeß für den Fall noch nicht vollständig erfolgter Erfüllung das Recht des Gebers zum Rücktritte anerkannt, und nur darüber verschiedene Ansichten aufgestellt, ob auch derjenige Kontrahent, welcher bereits vollständig erfüllt hat, zum Rücktritte befugt sei?

a) Die Befugniß zum Rücktritte im Falle vollständiger Erfüllung bestreiten die Gesetzrevisoren, indem sie die Entstehungsgeschichte der §§. 155 — 164. mittheilen und zeigen, daß sich daraus keine Entscheidung der Streitfrage entnehmen lasse (Gesetzrev., Motive zum Entw. der Tit. 3 — 6. Thl. I. des A. L. R. S. 93 — 97, abgedr. in den Entsch. Bd. 3. S. 342 ff.), ferner Siewert (Material. Hft. 2. S. 134—139), Gräbell (Generaltheorie der Verträge S. 159), Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 606), Dr. Arndts (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 148 ff. u. Bd. 7. S. 553 ff.), v. d. Hagen (J. W. 1839 S. 53 ff., 77 ff. u. Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 68 ff.), P. R. in der J. Z. 1835 S. 1015, Schröter (Civil. Verf. S. 204).

b) Dagegen entscheiden sich für die von dem Ob. Trib. angenommene unbedingte Befugniß des Gebers zum Rücktritte: Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 172, Beurtheilung der Entsch. S. 206), Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 493 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 276 ff. u. Rechtsgeschäfte S. 283) und Temme (Lehrb. des Pr. Civilr. Bd. 1. S. 399).

c) Was insbesondere den Fall noch nicht vollständiger, sondern nur theilweiser Erfüllung betrifft, so bestreitet König (J. W. 1839 S. 675) die Befugniß des Gebers zum Rücktritte, dessen Ansichten indeß Bornemann (J. W. 1841 S. 749 ff. u. 765 ff., System [2. Ausg.] Bd. 2. S. 283. ff.) speziell zu widerlegen sucht. Hiergegen ist wiederum Gräff (J. W. 1846 S. 113 ff.) aufgetreten und das Resultat seiner Ausführung geht dahin:

α) In dem Falle, wenn nur ein Kontrahent von dem anderen die Erfüllung des Vertrages ganz oder theilweise angenommen hat, steht diesem Empfänger allein, nicht aber auch dem Geber, das Recht zu, von dem Vertrage zurückzutreten oder, nach seiner Wahl, denselben zu erfüllen.

β) In dem Falle dagegen, wo beide Kontrahenten bereits mit der Erfüllung begonnen, beide dieselbe von einander angenommen haben, darf jeder von ihnen jene Befugniß geltend machen.

In dem letzten Falle ist zwar jeder Kontrahent zugleich auch Geber; nicht aber dieser Eigenschaft wegen, nicht deshalb, weil er etwas gegeben, sondern deshalb, weil er etwas empfangen hat, steht ihm die gedachte Befugniß zu. Die Streitfrage, ob auch derjenige, welcher den mündlichen Vertrag bereits vollständig erfüllt hat, zum Rücktritte befugt sei, stellt sich hiernach als eine ganz müßige dar, weil diese Befugniß nicht durch die Leistung, sondern allein durch die Annahme der Gegenleistung bedingt ist.

Pohl hält das Recht des Rücktritts nur bei wechselseitiger vollständiger Erfüllung für ausgeschlossen. (J. W. 1846 S. 317.)

2) Der Grundsatz des Präj. Nr. 436. v. 3. Febr. 1838 (s. Zus. 1.) findet auch auf den Fall Anwendung, wenn der mündlich geschlossene Vertrag eine unbewegliche Sache betrifft und von beiden Seiten erfüllt ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1849 in Sachen Bußmann w. Wilke, welche Entscheidung annimmt, daß die Grundsätze der §§. 156. ff. deshalb, weil sie allgemeine Grundsätze über die rechtlichen Folgen, wenn die schriftliche Abfassung eines Vertrages, welcher schriftlich hätte geschlossen werden sollen, unterblieben ist, sind, in allen Fällen Anwendung finden, wofür keine besonderen Vorschriften gegeben sind. Für unbewegliche Sachen gebe es dergleichen nicht; der hierher gezogene §. 233. A. L. R. I. 21. beziehe sich auf unentgeltliche Gutsüberlassungen.

(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 39. zum §. 156. h. t.)

3) Wenn der Geber bei dem nur mündlich abgeschlossenen Vertrage stehen bleiben will und der Empfänger seinerseits keine Anstalten zur Erfüllung macht, so kann der Geber nicht unbedingt auf Erfüllung klagen, sondern muß dem Empfänger die Wahl lassen zwischen Rückgabe und Erfüllung.

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 29. Sept. 1843 angenommen, daß der Geber in diesem Falle das Klagepetitum nicht nothwendig alternativ zu formuliren brauche, vielmehr dasselbe zwar auf Verurtheilung zur Erfüllung richten könne, sich indeß den Einwand gefallen lassen müsse, daß die Sache zurückgegeben werde. Das dem Empfänger überlassene Wahlrecht trete also erst dann in Wirksamkeit, wenn der Verkäufer durch Forderung des Kaufpreises Erfüllung fordere; alsdann könne der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises durch wirkliche Rückgabe beseitigt werden. Wenn dagegen der Geber selbst von dem Vertrage zurücktreten will, so könne er das Gegebene condictione ob causam unbedingt zurückfordern (§. 161.) und der Empfänger könne die Klage nicht durch Anbietung der Gegenleistung beseitigen. (J. W. 1844 S. 524.)

Von demselben Standpunkte gehen folgende Entscheidungen des Ob. Trib. aus:

a) Erk. v. 30. Jan. 1846. Wer einen mündlich abgeschlossenen Vertrag, der schriftlich hätte geschlossen werden müssen, seinerseits ganz oder theilweise erfüllt hat, kann, so lange er keine Gegenleistung angenommen hat, zurücktreten und das Gegebene unbedingt zurückfordern; er ist nicht gehalten, gegen den Anderen alternative auf Erfüllung oder Zurückgabe des Empfangenen zu klagen.

Der §. 161. h. t., aus welchem dies folgt, steht selbstständig da, nicht in nothwendiger Verbindung mit dem vorhergehenden Paragraphen. Es ist von einem Kontrahenten die Rede, der etwas gegeben hat, und diesem wird das Rückforderungsrecht ausdrücklich beigelegt, dabei gar nicht vorausgesetzt, daß dieser Geber zugleich Empfänger, der das Gegebene zurückgeben wolle, sei. Das Wort »etwas« und »auf Rechnung des Vertrages« erlaubt nicht den Schluß, daß nur eine theilweise Erfüllung gemeint worden. Denn auch, wenn Alles gegeben war, ist etwas gegeben, und zwar auf Rechnung, d. h. mit Beziehung auf den Vertrag. Hiermit stehen die nach dem §. 156. dem Empfänger zustehenden Rechte gar nicht im Widerspruch. Dieser Paragraph drückt nur aus, daß die Annahme des Gegebenen keine konkludente und verbindliche Handlung ist, um den Annehmer zur Gegenleistung zu verpflichten, und so aus dem ungültigen Vertrage einen gültigen zu machen. Auf die Gegenleistung kann also der Geber nicht klagen. Der Empfänger braucht nur das Gegebene zu erstatten; es hängt von seinem guten Willen ab, ob er die Gegenleistung, falls der Geber solche verlangt, gewähren will. Darin liegt aber gar nicht, daß er nun auch diese Gegenleistung dem Geber, der sie nicht verlangt, wider dessen Willen aufdringen könne. Denn gleich wie es dem Empfänger selbst freigestanden hätte, die Leistung nicht anzunehmen, welche er sogar zurückgeben darf, eben so steht dem Geber eine gleiche Befugniß in Ansehung der Gegenleistung zu, und zwar aus dem gleichen Grunde, weil es nämlich an einem obligatorischen Akte fehlt, der ihn zu dieser Annahme verpflichten könnte. Daraus folgt von selbst die Auflösung des Verhältnisses durch Rückgabe und Rücknahme der gegebenen Sache. Der alternative Klageantrag »auf die Gegenleistung oder nach Wahl des Empfängers auf Rückgabe des Gegebenen« drückt bloß die durch gewisse in den folgenden Paragraphen näher bestimmte Vortheile begünstigte Absicht des Gebers aus, bei dem Vertrage stehen zu bleiben, eine Absicht, die ihm ebensowenig wie dem anderen Theile aufgedrungen werden kann. Es ist also unrichtig, daß die Alternative des §. 156. in sofern irgend ein Recht des Empfängers in Betreff des Vertrages ausdrücke. Nur so verstanden existirt auch eine Gleichheit der Rechte zwischen beiden Theilen. Die Handlung des Empfängers der Leistung verpflichtet den Empfänger nicht zur Gegenleistung, die Handlung des Gebers der Leistung den Geber nicht zum Empfange der Gegenleistung. Das Rechtsinstitut tritt so in völlige Uebereinstimmung mit dem der Röm. Innominat-Kontrakte, welchem es sichtlich nachgebildet worden ist. (L. 3. D. 12. 4. §. 2.) Die von den Gesetzrevisoren mitgetheilten Materialien enthalten sogar das ausdrückliche Konklusum:

daß, so wenig der Eine ad implendum klagen könne, ebensowenig demselben wider seinen Willen die Erfüllung aufgedrungen werden kann;
wodurch das Prinzip deutlich ausgesprochen wird. Die demgemäß von Suarez entworfenen Bestimmungen, welche dasselbe ganz klar ergeben, sind später korrigirt und umgestellt und dadurch allerdings weniger deutlich geworden. Es erhellt aber gar nicht, daß dieser anderen Redaktion irgend die Absicht, in dem konkludirten Prinzipe etwas zu ändern, zum Grunde gelegen, vielmehr betraf das Monitum des Geh. Ob. Trib. R. Scholz, welches dabei vielleicht Anlaß gegeben hat, gerade die nach dessen Ansicht dem Geber freistehende Rücktrittsbefugniß. Und das Hauptprinzip selbst war in der Suarez'schen Redaktion fast ganz so, wie im §. 161., nämlich dahin ausgedrückt:
doch kann der, welcher auf Rechnung eines solchen Vertrages bereits etwas gegeben oder geleistet hat, Rückgabe oder Vergütigung fordern;
es stand nur an der Spitze der Materie, während es nun am Schlusse steht, was aber in der Sache selbst keinen Unterschied macht. Daraus ergiebt sich die Befugniß des Klägers, das Gegebene zurückzufordern.
(Koch's Arch. Bd. 6. S. 269 ff.)

b) Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Febr. 1856. Der auf den §. 156. gestützte Klageantrag braucht nicht alternativ gestellt zu werden; denn der §. 156. verleiht nicht demjenigen, welcher bisher nicht erfüllt hat, ein einseitiges Wahlrecht, sondern sagt nur, wozu derselbe verpflichtet sei, und es läßt sich daraus nicht folgern, daß dem Andern nicht auch ein gleiches Recht der Wahl zustehe.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 205 Nr. 51.)

Koch, welcher früher der Ansicht war, daß der Antrag des Gebers nur auf alternative Verurtheilung (Erfüllung oder Rückgabe) gerichtet werden könne, weil sonst der Kläger eine Pluspetition begehen würde (Recht der Ford. Bd. 2. S. 176), hat diese Meinung verlassen und ist der von dem Ob. Trib. angenommenen beigetreten. Nur sei die von dem Ob. Trib. in dem Präj. v. 30. Jan. 1846 behauptete völlige Uebereinstimmung des A. L. R. mit dem Röm. Innominat-Kontrakte, wie gezeigt wird, keineswegs vorhanden.
(Beurtheil. S. 206.)

Bornemann spricht sich gleichfalls dafür aus, daß alternative geklagt werden könne; es müsse aber die Klage prinzipaliter auf Erfüllung gerichtet werden, wobei dann dem Gegner die Berechtigung zustehe, das Empfangene in Natur zurückzugeben oder zu vergüten.
(Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 285.)

Vergl. die abweichenden Ansichten von Arndts (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 576. ff.) und Kämpfert. (J. W. 1848 S. 22. ff.)

4) Der Gläubiger, welcher seinem Schuldner gegen eine angenommene Gegenleistung Zahlungsfristen bewilligt hat, kann ungeachtet des Mangels der gesetzlich nothwendigen schriftlichen Form nur gegen Rückgabe des Erhaltenen von dem Abkommen zurücktreten.

So erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1851, auf Grund des §. 156. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 77 Nr. 17.)

5) Der §. 156. findet keine Anwendung, wenn nach mündlich geschlossenem Dienstumwandlungsvertrage die Naturaldienste bloß nicht gefordert und nicht geleistet worden sind.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 25 Nr. 6.)

6) Der §. 156. findet auch in dem Falle analoge Anwendung, wenn ein schriftlicher Vertrag und daneben eine verbindliche mündliche Verabredung vorliegt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 304 Nr. 56.)

§§. 156. 157. 1) Findet bei Verträgen über Quantitäten fungibler Sachen, wenn der Empfänger einen Theil davon bereits veräußert oder verbraucht hat, die Rückgabe des Ueberrestes gegen den Willen des Gebers statt?

a) Bornemann bejahet, weil der Zustand dieser Sachen sich nicht verändert habe, indem derselbe nicht durch das quantitative Verhältniß, sondern durch das Verhältniß der einzelnen Sachen zu sich und zu dem Ganzen bestimmt werde, und man wohl sagen könne, daß sich eine Sache in gutem oder schlechtem, nicht aber, daß sie sich in vielfachem Stande befinde. (Rechtsgesch. S. 280.)

b) Koch dagegen verneint, denn abgesehen davon, daß fungible Sachen sich mit der Zeit von selbst verschlechtern, und daß der Empfänger sich das Beste aussuchen und den schlechteren Rest zurückgeben würde, habe die Bornemann'sche Meinung auch die Natur der Sache gegen sich. Die übergebene Quantität sei entweder als ein Ganzes in Beziehung auf die Verabredung anzusehen, so daß die einzelnen Einheiten eine in die andere gerechnet worden, und dann müsse auch das Ganze unverändert wieder zurückgegeben werden, oder es seien so viel einzelne Kontrakte abgeschlossen, als Stücke übergeben worden, dann seien die Verabredungen jede für sich zu beurtheilen.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 169.)

2) Sind die §§. 156. u. 157. nur auf den Fall zu beziehen, wenn naturaliter übergeben worden, oder auch auf die Fälle, wenn die Uebergabe durch traditio brevi manu und constitutum possessorium erfolgt ist?

Schröter führt Ersteres aus, und folgert dies aus dem Ausdrucke: »gegeben« und »angenommen«, welche das Hinzutreten einer neuen Thatsache, der Natural-Uebergabe, verlangten. Mindestens erscheine dieses für das constitutum possessor. unzweifelhaft, da der Verpflichtete im körperlichen Besitze bleibe, und der Berechtigte erst durch eine ihm nach §. 86. der Einl. und §. 155. nicht zustehende Klage sich in diesen setzen könne. (Civil. Vers. S. 205.)

§. 157. Aus der Verpflichtung des, von einem formell ungültigen Vertrage zurücktretenden Kontrahenten, die auf Grund des Vertrages erhaltene Sache in dem Stande, wie er sie empfangen hat, zurückzugeben, folgt nicht ohne Weiteres, daß er keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten habe, die er auf die Erhaltung der Sache bis zu deren Rückgabe verwendet hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1850 (Präj. Nr. 2189.), weil diese Frage nach §. 163. h. t. von der Beschaffenheit des Besitzes abhänge, in welchem der Zurücktretende sich von der Zeit des erklärten Rücktrittes bis zur wirklichen Rückgabe befunden habe (§§. 163., 164. h. t., §§. 216., 236. A. L. R. I. 7.).
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 4, Entsch. Bd. 19. S. 76.)

§. 158. Bezieht der §. 158. sich nur auf den §. 157. oder auch auf die §§. 159. u. 160.?

Böle nimmt Ersteres an. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 184.)

Koch bemerkt, daß dies deshalb richtig sei und ein Zweifel hierüber nicht entstehen könne, weil in den Fällen der §§. 159. u. 160. der Empfänger Alles behält. (Landr. Bd. 1. zum §. 158. h. t.)

§. 159. 1) Die Vorschrift, daß demjenigen Kontrahenten, der auf Grund eines mündlichen Kontrakts, welcher schriftlich hätte errichtet werden sollen, die Erfüllung ganz oder zum Theil angenommen hat (oder auch bei simulirtem Kaufpreise), der Rücktritt vom Vertrage alsdann nicht gestattet wird, wenn er die Sache in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befunden hat, nicht zurückgeben kann, — ist nicht so zu verstehen, daß die Sache sich zur Zeit in einem gegen die der Uebergabe völlig veränderten Zustande befinde, in welchem sie, ihrer Bestimmung gemäß, gar nicht gebraucht werden kann; sondern vielmehr dahin, daß überhaupt nur die vorgenommenen oder eingetretenen Veränderungen die Sache in ihrer Bestimmung und Brauchbarkeit gegen den Zustand zur Zeit der Uebergabe verändern, — als worüber nöthigenfalls Sachverständige mit ihrem Gutachten zu hören sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Okt. 1849. (Präj. Nr. 2152.)

Absolut genommen wäre durch die Worte des §. 157., wonach der Käufer die Sache in dem Stande zurückgeben soll, »wie er sie empfangen hat«, oder nach den Worten des §. 159. a. a. O., »in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befunden hat«, allerdings jede Veränderung ausgeschlossen, welcher Art sie sein möchte, und ob sie von dem Käufer herbeigeführt worden oder nicht; jede Veränderung irgend einer Art müßte also die Zuläßigkeit der Rückgabe aufheben. Eine solche Anwendung dieser Gesetze kann aber nicht statthaft erscheinen, da sie zu der widernatürlichen Konsequenz führen würde, daß auch solche Veränderungen die Rückgabe ausschlößen, welche nach der Natur der Dinge ohne irgend welches Zuthun eines Menschen unvermeidlich und von selbst eintreten, mithin sich auch in dem Besitz des Verkäufers, also auch, wenn die Sache dem Käufer gar nicht übergeben wäre, zugetragen haben würden, die daher auch mit dem Akt der Uebergabe und des Besitzes des Käufers als solchen nicht im Zusammenhange stehen. Andererseits ist es eben so unzuläßig, jeder, auch blos willkührlichen von dem Käufer vorgenommenen Veränderung der Sache ungeachtet, ihm die Rückgabe derselben zu gestatten. Auch nach den Kriterien der Verschlechterung oder Verbesserung, welche eine Veränderung an sich tragen kann, ist die Entscheidung

nicht zu finden. Aus einer solchen Beschaffenheit der Veränderung entstehen nur nebenher Rechte und Pflichten eines unrechtfertigen Besitzers. (§§. 158., 163.) Vielmehr muß der Charakter der Veränderung der Sache, welche ihre Rückgabe ausschließen oder, ihrer ungeachtet, sie zulässig erscheinen lassen soll, nach der aus ihrer Bestimmung zu bemessenden Brauchbarkeit in dem Zustande zu der Zeit, wo sie zurückgegeben werden soll, gegen den Zustand der Zeit der Uebergabe beurtheilt werden. Denn dieses ist der, zwischen beiden obgedachten Extremen liegende, der Natur der Sache entsprechende Grundsatz. Die Ansicht, daß von Ersatz des mündlich verabredeten Werths nur dann die Rede sein könne, wenn der Empfänger die Sache in dem empfangenen Zustande entweder gar nicht, oder nur in einem völlig veränderten Zustande, in welchem sie ihrer Bestimmung gemäß gar nicht mehr gebraucht werden könne, zurückzugeben vermöge, geht zu weit, da sie dem Zustande zur Zeit der Uebergabe den Zustand der völligen Unbrauchbarkeit gegenüberstellt, während schon die bloße Beeinträchtigung der Brauchbarkeit nach ihrer Bestimmung in dem Verhältnisse des Veränderten gegen den früheren Zustand, also der Grad der Beeinträchtigung, berücksichtigt werden muß.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 4, Entsch. Bd. 19. S. 83.)

2) Die Rückforderung der für die Abtretung eines Schlußzettels gezahlten Valuta ist auch bei nicht schriftlich geschlossenem Vertrage ausgeschlossen, sobald sie nach Ablauf der in dem Schlußzettel für Geltendmachung der Rechte festgesetzten (sechswöchentlichen) Frist verlangt wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Juni 1847, auf Grund der §§. 159. u. 156. und weil nach Ablauf der im Schlußzettel vereinbarten (sechswöchentlichen) Präklusivfrist diese Urkunde für werthlos zu erachten.

(Rechtsfälle Bd. 2. S. 25, Gräff's Arch. Bd. 2. S. 70.)

3) Was ist unter dem Ersetzen des mündlich verabredeten Werthes zu verstehen, welches bei einem mündlichen Vertrage der zurücktretende Kontrahent leisten muß, wenn er die empfangene Sache nicht mehr in dem früheren Stande zurückgeben kann?

a) Bornemann nimmt an, daß derjenige, welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will, und an und für sich wegen der mangelnden Form auch dazu nicht verpflichtet wäre, dennoch, sobald er die bereits auf Rechnung des Vertrages empfangene Sache nicht in dem ursprünglichen Stande zurückgeben kann, weil sie in seiner Hand auf irgend eine, selbst zufällige Weise beschädiget oder verändert worden ist, eben um dieses Umstandes willen die Sache behalten und den ganzen mündlich verabredeten Preis derselben bezahlen müsse, es wäre denn, daß etwa der andere Kontrahent seinerseits selbst die Rücknahme der Sache unter Vergütigung des Minderwerthes vorzöge.

(System Bd. 2. S. 491, 2. Ausg. Bd. 2. S. 274; vergl. Rechtsgesch. S. 279.)

b) Friest hält diese Ansicht für irrig und fixirt den Sinn des §. 159. h. t. dahin:

Derjenige, welcher einen mündlich verabredeten Vertrag nicht erfüllen will, kann die auf Rechnung desselben empfangene Sache, wenn sie sich auch nicht mehr in dem früheren Zustande zur Zeit der Uebergabe befindet, dennoch zurückgeben, muß jedoch die Differenz zwischen ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit und dem mündlich verabredeten Werthe als Vergütigung für die Verschlechterung durch baare Zahlung bezahlen. Unter dem Ersetzen ist hiernach nur die Differenz zwischen dem Werthe zur Zeit der Uebergabe und dem gegenwärtigen, welche neben der Rückgabe der Sache selbst zu leisten ist, zu verstehen. Der Geber soll stets die Sache zurücknehmen müssen und nur das quantum differentiae ersetzt verlangen können. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 271 ff.)

c) Böle ist dagegen der Ansicht, daß der Geber nie die verschlechterte Sache zurückzunehmen und sich mit dem quanto differentiae zu begnügen brauche. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 177.)

d) Koch nimmt an, daß der mündlich verabredete Werth ganz ersetzt werden müsse, nicht etwa nur die Differenz zwischen dem verschlechterten und dem verabredeten Werthe mit der Befugniß, auch die verschlechterte Sache zurückzugeben. Der Empfänger habe hier gar kein Recht, sondern nur Pflichten (§. 156. h. t.).

(Landr. Bd. 1. zum §. 159.)

§§. 159. u. 160. Der Empfänger der auf den Grund eines wegen mangelnder Form für ihn unverbindlichen Vertrages ihm übergebenen Sache, welcher nur einen Theil der vereinbarten Naturalgegenleistungen gewährt, hiernächst aber statt des rückständigen Theils derselben eine bestimmte Geldsumme zu zahlen übernommen hat, ist, wenn er den Vertrag nicht erfüllen will, nur verpflichtet, entweder die Sache in dem früheren Zustande znrückzugeben, oder den auszumittelnden Werth zur Zeit deren Uebergabe nach Abzug des Werthes der bereits gewährten Gegenleistungen zu vergüten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1854, auf Grund der §§. 159. u. 160.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 178 Nr. 39.)

§. 160. Welcher Ersatz ist zu leisten, wenn die Sache unschätzbar ist?

a) Grävell meint, in diesem Falle müsse die Gegenleistung gegeben, d. h. der Vertrag müsse erfüllt werden, weil kein anderer Ausweg übrig bleibe, dem Geber eine Vergütung für die Leistung zu verschaffen. (Generaltheorie S. 162.)

b) Bornemann ist dagegen der Meinung, daß die Gegenleistung abgeschätzt werden müsse, um den Werth der unschätzbaren Sache des Gebers herauszubringen.

(Syst. Bd. 2. S. 493, 2. Ausg. Bd. 2. S. 274 — 275, Rechtsgesch. S. 282.)

c) Koch nimmt an, daß die Gegenleistung der Maßstab sei, weil beide Theile die Sache auf so hoch durch den Umtausch gewürdigt haben. Nur wenn diese auch unschätzbar ist, könne der Schätzungseid des Berechtigten entscheiden.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 170, Landr. Bd. 1. zum §. 160. h. t.)

d) Temme ist der Ansicht, daß nach der A. G. O. I. 22. §§. 11. u. 12. der Würdigungseid stattfinden müsse.

(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 399.)

§§. 161 — 164. Vergl. Suarez Revision der von den Mitgliedern der Ges. Komm. aufgestellten Monita.

(Jahrb. Bd. 52. S. 6. u. 7.)

§. 163. Das Appell. Ger. zu Münster führt aus (Datum des Urtels konstirt nicht), daß der dritte Besitzer eines nur durch mündlichen Vertrag veräußerten Grundstückes selbst dann als redlicher Besitzer im Sinne des §. 163. anzusehen sei, wenn er gewußt hat, daß sein Vorbesitzer nur auf den Grund eines mündlichen Vertrages besessen habe, und daß ein solcher Besitzer, wenn er auf Herausgabe des Grundstückes gegen Erstattung des Kaufpreises belangt wird, die Herausgabe wegen eines Retentionsrechtes schon dann verweigern dürfe, wenn er seine Forderungen auch nur bescheiniget.

Das Ob. Trib. hat die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 558 ff.)

§§. 163. 164. 1) Ueber die rechtlichen Folgen der unterbliebenen schriftlichen Abfassung eines Kaufvertrages enthält die Lehre vom Kaufvertrage keine spezielle Vorschrift. Die §§. 163., 164. h. t. sind daher auch anwendbar, wenn von einem mündlichen Kaufvertrage der eine Kontrahent zurücktritt; und der Verkäufer eines Grundstücks, welcher den mündlichen Vertrag aufrecht erhalten will, darf daher, wenn auch der zurücktretende Käufer ihm das Grundstück nebst allen Nutzungen zurückgewähren muß, das Kaufgeld erst vom Tage des ihm angekündigten Rücktritts verzinsen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1841. (Präj. Nr. 973.) (Präj. Samml. S. 11.)

2) Der Verkäufer, welcher von einem über ein Grundstück bloß mündlich abgeschlossenen, beiderseits durch Uebergabe und Zahlung des Kaufpreises erfüllten Kaufkontrakte zurücktritt, ist verpflichtet, das Kaufgeld vom Tage des Empfanges an landüblich zu verzinsen, obwohl der Käufer die Früchte und Nutzungen des Grundstücks behält.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1854.

Der Tit. 11. Thl. I. A. L R. enthält keine besonderen Vorschriften über die rechtlichen Folgen der unterbliebenen schriftlichen Abfassung eines Kaufvertrages, sondern die Vorschriften des gedachten Titels setzen, namentlich auch im §. 109., das Vorhandensein eines der gesetzlichen Form entsprechenden Vertrages voraus. Deshalb treten die Vorschriften der §§. 155. ff. h. t., und insbesondere des §. 164., ein, und es ist hierbei einflußlos, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, Früchte und Nutzungen herauszugeben. Denn das Gesetz will den zur Vertragserfüllung bereiten Kontrahenten als redlichen Besitzer behandelt wissen; dieser erwirbt aber die gezogenen Früchte und Nutzungen ohne Verpflichtung zur Werthserstattung. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 240 Nr. 53.)

3) Wenn von einem über ein Grundstück nur mündlich abgeschlossenen Kaufkontrakte der Verkäufer zurücktritt, so treffen den Käufer, welcher zu erfüllen bereit ist, die Pflichten eines unredlichen Besitzers nicht schon von dem Tage an, an welchem der Verkäufer ihm seinen Zurücktritt vom Vertrage erklärt hat. Behält hiernach der Käufer die Früchte und Nutzungen, so muß er den rückständig verbliebenen Theil des Kaufgeldes vom Tage der Uebergabe des Grundstücks an landüblich verzinsen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juli 1852.

Der §. 163. setzt voraus und beruht darauf, daß der Rücktritt von Seiten des anderen Kontrahenten erklärt worden, und hat nur den Zweck, die rechtlichen Folgen zu bestimmen, welche hieraus entstehen sollen. Im Widerspruch hiermit kann daher dem gegenseitig erklärten Rücktritt nicht die Wirkung beigelegt werden, daß dadurch die Unredlichkeit des Besitzes entstehe. Bei dem Verkaufe eines Grundstücks enthält ein bloß mündlich geschlossener, wenn auch schon erfüllter Vertrag keinen gültigen Titel, und dieser Umstand macht daher den Erwerber zu einem unrechtfertigen Besitzer (A. L. R. I. 7. §§. 12. u. 14.). Wenn dieser daher, in sofern er bei dem Vertrage stehen bleiben will, dem wankelmüthigen Kontrahenten gegenüber gleichwohl als rechtlicher Besitzer behandelt werden soll, so ist dies eine Ausnahme von §. 14. a. a. O., und deshalb ist es unzuläßig, bei den Vorschriften der §§. 163. ff. h. t. auf jene allgemeinen Grundsätze, namentlich auf §. 11. A. L. R. I. 7., zurückzugehen. Daher kann die Unredlichkeit des Besitzes nicht schon durch die gegenseitig erklärte Absicht des Rücktritts entstehen, sondern es muß ein Mehreres hinzutreten. Nach §. 109. A. L. R. I. 11. darf aber keiner der Kontrahenten Sache und Kaufgeld zugleich nutzen, und diese Bestimmung findet hier Anwendung, woraus folgt, daß der Käufer, welcher die sämmtlichen Früchte und Nutzungen des ihm verkauften Grundstücks behält, auch verpflichtet ist, den Kaufgelderrückstand landüblich zu verzinsen. Das anscheinend entgegenstehende Präj. Nr. 973.[1]) findet hier keine Anwendung, weil der Fall nicht identisch ist und weil hier der Grundsatz zur Anwendung kommt, daß der Käufer nicht Sache und Kaufgeld zugleich benutzen darf.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 249 Nr. 59.)

§. 165. 1) Der Grundsatz des §. 165. ist auch auf Unterlassungen anwendbar.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1700.)

Sowohl bei wirklichen Handlungen, als bei bloßen Unterlassungen ist es, im Gegensatze mit einer zu gewährenden Sache, die freie Thätigkeit des Verpflichteten, welche dem Berechtigten nutzen soll, sei es nun, daß ihr in ihrer Ausübung eine seinen Ansichten entsprechende Richtung angewiesen, oder daß ihr in Bezug auf ihn eine zu seinem Vortheil bestimmte Grenze festgesetzt werde. Dies folgt auch aus den §§. 869., 870. u. 877. A. L. R. I. 11., und wenn letzterer nicht näher angiebt, was unter der »gesetzmäßigen Form« zu verstehen, so ist auf die allgemeinen Vorschriften über die Form der Verträge zurückzugehen. In dieser Hinsicht ist die Bestimmung des §. 165. h. t., weil der §. 877. A. L. R. I. 11. sich über die Form, von der er das Recht der Kontrahenten, auf Erfüllung zu klagen, abhängig macht, nicht ausspricht, während der §. 869. b. auf die Regeln von lästigen Verträgen hinweist, auf alle Verträge, von denen der §. 869. cit. handelt, zu beziehen, mithin auch auf solche, die bloß Unterlassungen zum Gegenstande haben. Auch genügt es jedenfalls, wenn die Parteien nur überhaupt ein wirkliches Interesse dabei haben, daß die Ausübung des Rechts oder die Handlung, für deren Unterlassung eine Vergütung stipulirt ist, unterbleibt, und es kann nicht darauf ankommen, ob dasselbe sich auf eine bestimmte Geldsumme veranschlagen läßt.

(Präj. Samml. S. 12, Entsch. Bd. 13. S. 119.)

2) Derjenige, der dem anderen Theile eine unbewegliche Sache unter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, kann, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat, diesen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form nicht mehr anfechten[2]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1845. (Präj. Nr. 1631.)

Ein Vertrag, wodurch der eine Theil sich zu einer Handlung verbindlich macht, welche der andere von ihm verlangt, und worin der andere dafür eine Belohnung verspricht, ist für einen zweiseitigen und lästigen zu erachten, und es ist unzweifelhaft im Allgemeinen unter den Begriff einer Handlung (§. 165. h. t.) zu subsummiren, wenn zwei Personen eine eheliche Verbindung eingehen. Auch in Beziehung auf den Dritten, welchem an der Vollziehung dieser Handlung gelegen ist, und der dafür Vortheile zusichert, hat sie den Charakter einer ihm und in seinem Interesse geleisteten Handlung. Gleichgültig ist dabei, ob ihm dieselbe einen pekuniären Nutzen gewährt. Jedes Bedenken wird in dieser Hinsicht durch §§. 1043., 1048. A. L. R. I. 11. beseitigt, wobei zu bemerken, daß die Bestimmung des §. 1048.: »in rechtsgültiger Form« nur ausdrücken soll, daß auch aus einem bloß schriftlichen Versprechen die Klage auf Erfüllung, wie aus einem lästigen Vertrage stattfinde, und nicht der Einwand mangelnder gerichtlicher Abfassung gemacht werden dürfe. Die Verabredung selbst aber ist nach den Grundsätzen von lästigen Verträgen zu beurtheilen, und es muß daher, so weit überhaupt bei einem lästigen Vertrage, selbst bei ermangelnder gesetzlicher Form, die Erfüllung desselben dennoch erzwungen werden kann (§. 165. h. t.), dies auch in dem hier in Rede stehenden Fall eintreten. Die Schließung der Ehe kommt dabei keineswegs nur als eine Bedingung, sondern als wirkliche Gegenleistung in Betracht (§. 1048. I. 11.), und es findet deshalb die Vorschrift des §. 165. h. t. darauf volle Anwendung; auch ist die Ansicht, daß dies letztere Gesetz keine Anwendung auf unschätzbare Handlungen finde, nicht begründet. Weder aus den Worten, noch aus den Materialien des alleg. Paragraphen, wie näher erörtert wird, ist eine solche Beschränkung des Begriffs der Handlungen zu folgern; vielmehr soll der §. cit. eine ganz allgemeine Bestimmung enthalten, und demgemäß ist, wenn die Prästation nur aus einer Handlung bestand und wirklich geleistet ist, der andere Theil unbedingt zu jeder versprochenen Gegenleistung, selbst wenn sie die Gewährung einer unbeweglichen Sache betreffen sollte, verpflichtet. Endlich folgt auch die Verpflichtung des anderen Kontrahenten zum Abschluß eines formell gültigen Kontrakts über das Grundstück aus den Vorschriften des A. L. R. I. 11. §§. 875. u. 126., in Verbindung mit §. 75. ibid. und §§. 16. und 17. A. L. R. I. 10., wobei die erfoderlichen Nebenbestimmungen zufolge §. 129. h. t. im Mangel gütlicher Einigung nach den Vorschriften der Gesetze zu ergänzen.

(Präj. Samml. S. 11, Entsch. Bd. 12. S. 31, J. M. Bl. 1845 S. 232.)

3) Die Leistung der durch mündlichen Vertrag bedungenen Handlungen Seitens des einen Theils hat die Verpflichtung des anderen Theils zur Gewährung der dafür bedungenen Vergütung in dem Falle nicht zur Folge, wenn die Gesetze aus höheren staatlichen Rücksichten die autonomische Befugniß der Parteien beschränkt und die verbindliche Kraft des eingegangenen Rechtsgeschäftes von der Beobachtung einer als nothwendig vorgeschriebenen Form abhängig gemacht haben. — Daher kann derjenige, welcher während der Gültigkeit des Gesetzes v. 3. Jan. 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken, dem anderen Theile ein Trennstück unter der mündlichen Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag auch nach Vollziehung jener Heirath wegen Mangels der gesetzlichen Form anfechten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1851.

Auf einen Fall dieser Art können der §. 165. und der Plen. Beschl. v. 7. Nov. 1845 nicht angewedet werden. Der §. 165. setzt voraus, daß das durch einen solchen Vertrag getroffene Uebereinkommen ein solches ist, hinsichts dessen den Parteien unbeschränkte autonomische Befugniß zusteht. Wo aber die Gesetzgebung solche aus höheren staatlichen Rücksichten beschränkt (wie durch §§. 2. u. 3. des Ges. v. 3. Jan. 1845 geschehen ist), ist ein solches Rechtsgeschäft, in so weit es dabei auf die vorgeschriebene Form ankommt, der Privatwillkühr entzogen, und kann ohne diese Form nicht zur rechtlichen Existenz kommen. Der an sich nichtige Vertrag kann dadurch, daß er von der einen Seite erfüllt wird, nicht die ihm durch das Gesetz abgesprochene rechtliche Wirkung erlangen, sondern bleibt unter allen Umständen wirkungslos, weshalb die §§. 16. u. 17. A. L. R. I. 10. darauf nicht anwendbar sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 362. Nr. 78.)

4) Die Vorschrift des §. 165., nach welcher die Vergütung geleisteter Handlungen nach der mündlichen Abrede erfolgen soll, findet keine Anwendung auf eine mündliche Abrede über die Vergütung, welche erst stattgefunden hat, nachdem die zu vergütende Handlung bereits geleistet war.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. Dec. 1856. (Präj. Nr. 2674.)

Der Grund des §. 165. liegt darin, daß die bona fides desjenigen, der die Handlung, nachdem ihm ein bestimmter Preis versprochen war, für diesen Preis geleistet hat, nicht getäuscht werden soll. Dieser Gesichtspunkt fällt ganz weg, wenn kein Preis verabredet, also ein vollständiger Vertrag nicht vorhanden war. Diese Handlung konnte dann nur geschehen in Aussicht auf den gesetzlichen Preis (§. 871. A. L. R. I. 11.). Kontrahiren nun die Parteien nachträglich über eine statt dessen festzusetzende Remuneration, so ist dies ein

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

[2]) Ueber den Fall, wenn die Gegenleistung dahin vereinbart worden, daß dem Heirathenden die Hälfte des Nachlasses des Versprechenden zugewendet werden solle, vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Okt. 1855 zum §. 71. h. t. Zus. 4.

neues, dem Requisit der Schriftlichkeit, wo sie erforderlich ist, unterworfenes Abkommen, das auch, wenn es nicht erfüllt ist, nicht etwa unter dem Gesichtspunkt eines erfüllten Vergleichs (Präj. 1853.)[1]) aufgefaßt werden könnte. Die Fassung des §. 165. ergiebt übrigens schon, daß das Gesetz mit der mündlichen Abrede nur die durch den vorhergehenden mündlichen Vertrag konstituirte Abrede, nicht eine nachherige Vereinbarung gemeint haben kann, womit der §. 1177. A. L. R. I. 11. ganz übereinstimmt.

(Entsch. Bd. 34. S. 48.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Mai 1847 an. (Rechtsf. Bd. 1. S. 117 Nr. 56.)

5) Die durch Vergleich übernommene, wenngleich schriftliche Quittirung über die erfolgte Aufhebung einer Schuld ist nicht als eine selbstständige, für sich den Gegenstand eines Rechtsgeschäftes bildende Leistung und mithin nicht als eine Handlung in dem Sinne, wie sich das Gesetz dieses Ausdruckes bei der Klassifikation der Verträge (im §. 165. h. t.) bedient, anzusehen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. März 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 45 Nr. 9.)

6) Der Beauftragte — Kommissionär — kann auch dann, wenn er zum Ankaufe von Waaren zum Werthe von mehr als 50 Thlrn. bloß einen mündlichen Auftrag hatte, von dem Kommittenten Erstattung der Auslagen, und als Kaufmann Provision fordern.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Mai 1845 (Präj. Nr. 1569.), weil auch hier der §. 165. h. t. zur Anwendung komme und die in den §§. 7. u. 11. A. L. R. I. 13. erforderte Schriftlichkeit keineswegs die allgemeine Regel des §. 165. beseitige. (Präj. Samml. S. 76, Entsch. Bd. 11. S. 375.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 7.

7) Die Abnahme und Bezahlung eines verdungenen Werkes darf, wenn auch der Werth desselben oder der dafür verwendete Preis die Summe von 50 Thlrn. übersteigt, doch deshalb allein, weil der Vertrag nur mündlich geschlossen worden, nicht verweigert werden.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1855 (Präj. Nr. 2653.), weil auch in diesem Falle der §. 165. Anwendung finde.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 191, Entsch. Bd. 31. S. 374, Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 329 Nr. 79.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 925. ff.

8) Kann der §. 165. nur dann Anwendung finden, wenn dem, der die Handlung geleistet, von dem Anderen eine Gegenleistung in Gelde oder fungiblen Sachen versprochen ist, oder auch dann, wenn die Gegenleistung in Sachen oder Handlungen stipulirt worden?

Letzteres nehmen Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 162) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 609) an, indem sie dies in folgender Art motiviren:

Das Gesetz gestattet nur dann dem, der eine vertragsmäßige Leistung angenommen hat, den mündlichen Vertrag dennoch zu bereuen, wenn er die Leistung zurückgeben kann. Da aber Handlungen nicht ungeschehen gemacht und nicht zurückgegeben werden können, so hätten dafür, im Falle sie geleistet worden, andere Bestimmungen gegeben werden müssen. Daher hat der §. 122. des Entw. zum Gesetzb. verordnet: »daß, wenn auf Rechnung eines mündlichen Kontraktes eine Handlung geleistet worden, auch von der anderen Seite der Kontrakt, ungeachtet des Mangels der schriftlichen Abfassung, erfüllt werden müsse.« Dies hat das A. L. R. für den Fall abgeändert, daß die Handlung nur erst zum Theil geschehen ist (§§. 166., 167. h. t.), aber es ist dabei belassen, wenn die ganze Handlung erfüllt worden (§. 165.). Daraus folgt als Regel, daß nach Leistung einer vertragsmäßigen Handlung keine Reue über den Vertrag mehr zugelassen wird, außer, wenn die Erfüllung von der einen Seite mangelhaft geschehen ist, oder gegen vollständige Entschädigung. Es müßten mithin unter dieser Voraussetzung auch selbst unbewegliche Dinge, welche für die geleistete Handlung oder Unterlassung versprochen worden, übergeben werden, oder wenn sie schon übergeben worden, nicht zurückgefordert werden können.

Dagegen vertheidigen Siewert (Material. Hft. 2. S. 141) und Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 501, 2. Ausg. Bd. 2. S. 286, Rechtsgesch. S. 286 ff.) die erstere Meinung, zu deren Unterstützung sie Folgendes anführen:

a) Der §. 165. spreche nur von Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen seien; werde aber eine Sache als Gegenleistung bestimmt, so sei diese eben so gut, wie die Handlung, Hauptgegenstand;

b) außerdem würde auch kein Grund abzusehen sein, weshalb der oben erwähnten deutlichen Bestimmung des Entwurfs bei der Umarbeitung die Worte substituirt worden: »so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen«;

c) der Sprachgebrauch und das Gesetz bezeichneten mit dem Worte: »Vergütung« nicht jede Gegenleistung, sondern eine solche, die durch Geld oder fungible Sachen erfolgen.

Derselben Ansicht sind auch Arndts und v. d. Hagen. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 157 ff. u. J. W. 1839 S. 61 ff.)

Koch ist ebenfalls der Meinung, daß die Bestimmung des §. 165. nur angewendet werden könne, wenn die Gegenleistung in Gelde verabredet ist; sonst würde die Werthsermittelung eine andere Sache oder Handlung als diejenige ist, welche vergütet werden soll, gerichtet werden, und es würde weder Vertragserfüllung, noch Kondiktion, sondern ein unnennbares juristisches Drittes zur Anwendung kommen. Dies gelte begreiflich nur von Handlungen, welche dem Vermögensrechte angehören. Bei anderen Handlungen, z. B. bei der Heirath, müsse es bei der Gegenleistung lediglich verbleiben, da nichts kondizirt werden könne.

(Landr. Bd. 1. zum §. 165 h. t., vergl. Recht der Ford. Bd. 2. S. 177.)

Das Ob. Trib. hat sich indeß (in den Gründen des Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1845) für die letztere Alternative entschieden.

(Vergl. Zus. 2. ad h. l.)

9) Die mündliche Erklärung eines Gutsbesitzers, einen von dem Vorbesitzer angestellten Wirthschaftsbeamten auf den Grund dessen früheren schriftlichen Dienstvertrages beibehalten zu wollen, hat die Verpflichtung des Erklärenden zur Folge, die von dem Wirthschaftsbeamten hiernächst geleisteten Dienste nach Maßgabe jenes schriftlichen Vertrages zu vergüten[1]).

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Jan. 1852, gestützt auf den §. 165. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 241 Nr. 53.)

§. 166. Wie ist die im §. 166. bezeichnete Vergütung festzustellen?

a) Grävell, und nach ihm Bielitz, meinen, daß in allen den Fällen, wo der Rest der Handlung von keinem Anderen geschehen kann, oder in bloßen Unterlassungen besteht, oder die Gegenleistung eine unschätzbare oder auch eine untheilbare Sache, oder eine Gegenhandlung oder Unterlassung ist, nach §§. 53, 54. A. G. O. I. 24. zu verfahren sei, wobei die Grundsätze des §. 166. zu berücksichtigen: α) daß der verweigerte Rest der Handlung nicht erzwungen werden solle, β) daß dessenungeachtet der Verpflichtete die versprochene Gegenleistung erhalten, γ) aber den Gegentheil für die unvollständige Erfüllung von seiner Seite vollständig entschädigen solle.

(Grävell a. a. O. S. 163 Anm.*, Bielitz a. a. O. Bd. 1. S. 610.)

b) Bornemann nimmt dagegen an, der §. 166. beruhe zunächst auf dem Prinzipe, daß der Empfänger nur für das wirklich in seinen Nutzen Verwendete verpflichtet werden könne, da er sonst Schaden durch des Anderen Wankelmuth leiden würde. Sei die Handlung nicht fungibel oder unschätzbar, oder bestehe sie in Unterlassungen, so könne der Verpflichtete für die durch seine Schuld unvollendet gebliebene Leistung nur soweit Vergütung fordern, als er eine Bereicherung des Anderen durch das bisher Geleistete nachweisen könne. Dies gelte auch, wenn für die versprochene Handlung nicht eine Geldvergütung, sondern eine Sache oder Handlung versprochen worden. Dies bringe die Natur der Sache und das Prinzip des §. 166. mit sich.

(Syst. Bd. 2. S. 505, 2. Ausg. Bd. 2. S. 288, Rechtsgesch. S. 291.)

c) Koch ist der Ansicht, daß, wenn Sachen oder Handlungen zur Gegenleistung versprochen worden, der Werth der letzteren zu ermitteln sei, wovon die Kosten der Vollendung der angefangenen Handlungen abzuziehen, so daß nur der Ueberschuß dem Zurücktretenden für seine Leistungen zu zahlen. Sei die Gegenleistung nicht schätzbar, so müßten die versprochenen Handlungen geschätzt und es müßten von der Taxe die Kosten der noch rückständigen Leistungen abgezogen werden. Niemals aber könne von dem Zurücktretenden eine Entschädigung gefordert werden. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 179.)

[1]) Vergl. die Erg. zum §. 146. h. t. Zus. 1.

[1]) Vergl. Zus. 3. zum A. L. R. I. 4. §§. 65—74.

d) v. d. Hagen führt aus:

Wenn es im Falle des §. 166. an einer Verabredung der Parteien über den Werth der den Gegenstand des Vertrages ausmachenden Handlung fehle, so könne der Verpflichtete nicht, wie im §. 167. für den Fall der verweigerten Annahme Seitens des Gegners bestimmt sei, den Werth des wirklich geleisteten Theils der Handlungen als Vergütung fordern, weil er hier als der unredliche Kontrahent erscheine und sein Gegner benachtheiligt werden würde, wenn er die theilweise empfangenen, ihm vielleicht unnützen Handlungen, in Gemäßheit des §. 167. vergüten müßte. Bei Verträgen über Handlungen könne, beim Vorhandensein einer Verabredung über den Werth, die Vergütung, die der die Ergänzung weigernde Kontrahent zu leisten hat, nur so bestimmt werden, daß der redliche Kontrahent so viel von der Vergütung abziehen könne, als erforderlich sei, um sich die Ergänzung zu verschaffen. Mangle es nur an einer Abrede, so sei zu ermitteln: 1) der Werth, den die vertragsmäßigen Handlungen, wenn sie sämmtlich geleistet wären, haben würden, und 2) das Quantum, welches erforderlich, um den redlichen Kontrahenten die Ergänzung zu verschaffen. Bei jener Ausmittelung sei auf die Zeit der theilweisen Leistung zu sehen, bei dieser auf die Zeit, wo die Weigerung zur Wissenschaft des Empfängers gelangt sei. Die Differenz zwischen beiden Quantis bilde die für die theilweise Vergütung zu entrichtende Vergütung. (J. W. 1839 S. 63.)

§. 168. 1) R. v. 26. Sept. 1838. Der §. 168. bezieht sich nur auf diejenigen mündlichen Verträge, welche nach gesetzlicher Vorschrift hätten schriftlich errichtet werden müssen.

Dies ergiebt sich aus der Stellung und den Worten des §. 168. Er ist unmittelbar denjenigen Vorschriften angereiht, welche in §§. 155—167. die rechtlichen Folgen bestimmen, die in solchen Fällen eintreten, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe aber nur mündlich geschlossen ist, und steht, wie schon das Marginale zu §§. 155—168. angedeutet, mit diesen Bestimmungen in genauem Zusammenhange. Nachdem nämlich §. 155. allgemein verordnet, daß, wenn ein nach gesetzlicher Vorschrift schriftlich abzufassender, aber nur mündlich geschlossener Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist, keine Klage daraus stattfinden soll, folgen in §§. 156—167. nähere Bestimmungen darüber, wie es zu halten sei, wenn der bloß mündliche Vertrag bereits von der einen Seite ganz oder zum Theile erfüllt ist. Diese Vorschriften sind verschieden, je nachdem der Vertrag Sachen oder Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt hat, beruhen aber sämmtlich auf dem Grundsatze, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern soll, und finden zugleich hierin ihre Begrenzung. Deshalb schließt sich ihnen der §. 168. mit den Worten an: »Uebrigens« (d. h. außer den in §§. 156—167. näher bezeichneten Ansprüchen) »finden aus einem bloß mündlichen Vertrage wegen der von dem einen oder dem anderen Theile verweigerten Erfüllung keine Forderungen von Entschädigung oder Interesse statt.« Auch der Gegensatz, der durch den Ausdruck: »bloß mündlicher Vertrag« in Beziehung auf schriftliche Verträge angedeutet wird, ist im rechtlichen Sinne nur von Bedeutung, in sofern dabei an die schriftliche Form als Bedingung der Gültigkeit des bloß mündlichen Vertrages gedacht ist, da ein mündlicher Vertrag, der ohne Schrift gültig ist, einem schriftlichen in seiner rechtlichen Wirkung völlig gleich steht.

(Jahrb. Bd. 52. S. 147, Gräff Bd. 12. S. 11.)

Siewert und Grävell sind derselben Ansicht. Dies ergebe zunächst die Stellung des Paragraphen, sodann das Wort »übrigens«, wodurch dieser Satz offenbar als Korollarium an den unmittelbar vorhergehenden Abschnitt angeknüpft sei, endlich könne bei Verträgen, wo kein Mangel in der Form obwalte, auf Erfüllung geklagt werden; bei ihnen könne also der hier vorausgesetzte Fall nicht vorkommen, und wenn er vorkäme, sei die Entscheidung, wie bei allen förmlichen Verträgen nach §. 393. h. t. zu treffen, da nicht abzusehen, warum aus einem mündlichen Vertrage, bei welchem die Klage auf Erfüllung gerechtfertiget sei, nicht auch die Klage auf das Interesse zulässig sein solle.

(Siewert Hft. 2. S. 148 u. 149, Grävell a. a. O. S. 165 Anm. **)

2) Der §. 168. bezieht sich nicht auf eine geforderte Vergütung behaupteter Gewährsmängel bei einem, seinem Hauptgegenstande nach, bereits erfüllten Vertrage, sondern lediglich auf eine Entschädigung für solche Nachtheile, die einem Kontrahenten daraus, daß der verabredete Kontrakt wegen erfolgter Sinnesänderung des einen Kontrahenten gar nicht zur Erfüllung gekommen, oder rückgängig geworden ist, entstanden sein sollen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Mai 1839 (Präj. Nr. 693.)

(Präj. Samml. S. 12).

3) Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß mündlich geschlossen, aber von beiden Theilen erfüllt worden, so wird der wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Kontrahenten von dem anderen erhobene Anspruch auf Entschädigung durch die Vorschrift des §. 168. nicht ausgeschlossen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Nov. 1845 (Präj. Nr. 1645.)

Hinsichtlich der Folgen des Mangels der schriftlichen Form da, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, und derselbe bloß mündlich abgeschlossen worden ist, unterscheidet das A. L. R. drei Fälle:

1) Der Vertrag ist noch gar nicht erfüllt, alsdann findet daraus keine Klage statt (§. 155. Tit. 5.).
2) Der Vertrag ist zum Theil, sei es von einer oder von beiden Seiten, erfüllt; alsdann findet keine Klage auf fernere Erfüllung, sondern nur auf Rückgabe oder Vergütung der empfangenen Leistung oder Gegenleistung statt (§§. 156—167. Tit. 5.).
3) Der Vertrag ist vollständig erfüllt, und hat keine unbewegliche Sache zum Gegenstande; alsdann hat es dabei sein Bewenden und es kann zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäfts der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden (§. 146. a. a. O.).

Hierbei mußte sich die Frage aufdrängen, wie es, wenn auf Erfüllung nicht geklagt werden kann, hinsichtlich derjenigen Nachtheile zu halten sei, die einer oder der andere Kontrahent dadurch erlitten, daß er im Vertrauen auf den mündlichen Vertrag Handlungen unternommen oder Anstalten getroffen hat (vergl. §. 165. a. a. O.), die bei ausbleibender Erfüllung desselben nutzlos werden. Diese Frage beantwortet der §. 168., indem darin aus dem Gesichtspunkte, daß derjenige unüberlegt handelte, welcher auf ein der schriftlichen Form bedürfendes Geschäft sich nur mündlich einließ, aus einem solchen mündlichen Vertrage wegen der von dem einen oder anderen Theil verweigerten Erfüllung jede Forderung von Entschädigung oder Interesse versagt wird. — Es erhellet hieraus, daß der §. 168. mit dem dritten der oben erwähnten Fälle, mit demjenigen nämlich, wenn von beiden Theilen vollständig erfüllt worden, nichts zu thun hat. Denn in diesem Falle der beiderseitigen Erfüllung kann von einer Entschädigung wegen verweigerter Erfüllung nicht die Rede sein.

(Präj. Samml. S. 12, Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 440 ff.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Juni 1855 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 75 Nr. 19.)

4) Die Bestimmung des §. 168. findet auch auf solche schriftliche Verträge Anwendung, welche gerichtlich oder notariell hättten abgeschlossen werden müssen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Okt. 1838; denn der gesetzliche Grund, worauf die Vorschriften der §§. 155. u. 168. beruhen, sei der, daß ein der Form nach ungültiger Vertrag überhaupt weder eine Klage auf Erfüllung, noch einen Anspruch auf Entschädigung gewährt, und nur durch Hinzutritt der freiwillig erfolgten Erfüllung geeignet ist, ein Rechtsverhältniß zu bilden. Dieser Grund finde aber unzweifelhaft auch dann Anwendung, wenn, gegen die Vorschrift der Gesetze, die gerichtliche oder notarielle Form verabsäumt und lediglich ein schriftlicher Vertrag errichtet worden.

(Entsch. Bd. 4. S. 126.)

§. 170. Nach §. 170. soll die Angabe des anderen Kontrahenten von dem Inhalte der vernichteten Schrift so lange für wahr angenommen werden, bis das Gegentheil klar erwiesen ist; nach §. 120. A. G. O. I. 10. aber soll dieser Umstand nur so viel bewirken, daß der Gegentheil zur eidlichen Bestärkung des von ihm angegebenen Inhaltes gelassen werden muß. Hier wird also der Beweis nur für halbgeführt angenommen; dort aber kein nothwendiger Eid mehr für erforderlich, sondern der Beweis für so vollständig geführt erachtet, daß er nur durch den strengsten Gegenbeweis elidirt werden kann. Die Kommentatoren haben verschiedentlich versucht, beide Bestimmungen durch Distinktionen zu vereinigen.

a) Siewert bemerkt, es scheine die Hebung dieses Widerspruches von der Erklärung des Wortes: »vorsätzlich« abzuhängen, welches in beiden Stellen vorkommt, und in keinem Falle nur soviel heißen könne, als mit »Wissen und Willen«, sondern nur davon zu verstehen sei, wenn Jemand absichtlich zur Verdunkelung der Wahrheit dolose eine Schrift vernichte, wie auch §. 119. A. G. O. I. 10. anzudeuten scheine. Das A. L. R. spreche von einem eigentlichen Betruge, die A. G. O. von einer anderweitigen Beseitigung des Instrumentes. (Siewert Hft. 1. S. 259 Nr. 199.)

b) Strombeck will den Widerspruch in der Art lösen, daß der §. 120. A. G. O. I. 10. die Regel, des §. 170. h. t. dagegen eine Ausnahme enthalte.

(Erg. zur A. G. O. Thl. I. Tit. 10. §. 120. Anm.)

c) Grävell nimmt an, daß der §. 170. nur von der Vernichtung schriftlicher Verträge, nicht auch anderer Urkunden spreche, und daß das Gesetz bei ersteren deshalb strenger sei, weil sie ein gemeinschaftliches Eigenthum seien, und derjenige, in dessen Händen das darüber ausgefertigte Dokument gelassen werde, das in ihn gesetzte Zutrauen der treuen Aufbewahrung betrüge.

(Komm. zur A. G. O. Bd. 2. S. 271, 272.)

d) Scheele ist gleichfalls der Meinung, daß der §. 120. A. G. O. I. 10. sich auf Urkunden überhaupt, der §. 170. h. t. aber nur auf schriftliche Verträge beziehe. Hierfür spreche die Stellung beider Vorschriften im Systeme.

(Lehre vom Beweise §. 51. Anm. 2. S. 55.)

e) Vielitz ist der Ansicht, das A. L. R. rede nur von einer Präsumtion, die A. G. O. aber füge hinzu, daß diese Präsumtion noch durch einen Eid zu ergänzen sei. (Kom. Bd. 1. S. 614.)

f) Leue führt zur Vereinigung der beiden Gesetzstellen an, daß diejenige Partei, welche eine zum Beweise dienende Urkunde vorsätzlich vernichte, den Beweis des Inhaltes derselben als Strafe ihrer Arglist zu führen habe; und daß, wenn sie ihre Behauptungen nicht vollständig beweisen könne (wobei ein suppletorium für sie nicht stattfinde), der Gegner zur eidlichen Bestärkung des von ihm angegebenen Inhaltes zugelassen werde, welches dann ein Erfüllungseid sei.

(Theorie des Beweises Bd. 1. S. 228.)

g) Temme findet gleichfalls keinen Widerspruch, sondern stellt folgende Ansicht auf:

Wenn der wirklich schriftlich errichtete Vertrag verloren gegangen sei, so könne dessen Inhalt (also auch nicht bloß mündliche Nebenabreden) durch jedes gesetzliche Beweismittel dargethan werden. Habe ihn aber Jemand vorsätzlich vernichtet, so würden die bloßen Angaben des Andern über den Inhalt so lange für wahr gehalten, bis das Gegentheil klar erwiesen sei, aber selbst diesen (Gegenbeweis) könne der Andere dadurch verhindern, daß er zur eidlichen Bestärkung des Inhalts zugelassen zu werden verlange, worauf nur der Gegner noch den Beweis des Meineides führen könne.

(Handb. des Preuß. Civilrechts 1. Ausg. S. 157., 2. Ausg. Bd. 1. S. 158.)

h) Burchardi ist ebenfalls der Ansicht, daß kein Widerspruch zwischen den erwähnten Vorschriften obwalte. Die A. G. O. I. 10. §. 120. spreche von dem Falle, wenn der Produzent, der §. 170. h. t. dagegen von dem Falle, wenn der Produkt eine gemeinschaftliche Urkunde vernichtet habe. Ein Redaktionsfehler sei schon deshalb nicht anzunehmen, weil in dem §. 122. A. G. O. I. 10. der §. 170. h. t. ausdrücklich zitirt werde und also nicht übersehen sein könne. Das Resultat der Abhandlung ist, daß die §§. 122., 120. Tit. 10. der Proz. O. und der §. 170. h. t. mit einander in einer innigen Gemeinschaft stehen und deshalb auch formell zusammenzustellen sind. Nach demselben gelten folgende Regeln:

α) Behauptet eine Partei den zufälligen Verlust von Urkunden, so muß sie sowohl die Existenz, als auch den Verlust und Inhalt derselben auf andere Art darthun.

β) Wenn diese Partei selbst die zur Aufklärung der Wahrheit erforderlichen Urkunden vorsätzlich vernichtet hat, so muß ihr Gegner jederzeit zur eidlichen Bestärkung des Inhaltes derselben zugelassen werden.

γ) Sind aber die Urkunden von dem Gegner vorsätzlich vernichtet worden, so wird die Angabe der beweisführenden Partei so lange für richtig angenommen, bis das Gegentheil klar erwiesen ist. (J. W. 1843 S. 297 ff.)

i) Bornemann nimmt dagegen einen unlösbaren Widerspruch an; denn in beiden Gesetzstellen sei von einer vorsätzlichen Vernichtung, in der A. G. O. von allen Arten von Urkunden, und im A. L. R. nur insofern von einer Präsumtion die Rede, als der Gegenbeweis nachgelassen sei.

Die Materialien gewähren hierüber keine Aufklärung. Der §. 170. findet sich schon im ungedr. Entw. Mehrere Mitglieder der Gesetz-Komm. hatten monirt, daß die Angabe, weil sonst Mißbrauch zu fürchten, eidlich bestärkt werden müsse. Suarez erwiederte indeß, daß er im Allgemeinen dazu keinen Grund sehe, denn das Gesetz etablire bloß eine Präsumtion, welche Gegenbeweis zulasse, wodurch dem Richter freie Hand gelassen werde, nach Bewandtniß der Umstände auf einen nothwendigen Eid zu erkennen. Somit ist die Vorschrift in den gedr. Entw. übergegangen, gegen den wieder ein Monent mit der Bemerkung auftrat, daß die Angabe eidlich bestärkt werden müsse, wenn das Gegentheil nicht erwiesen sei. Der Geh. Rath Goßler erwiederte hierauf: warum das? hier ist von der Strafe des dolus die Rede. Suarez aber hat bloß ein cessat beigefügt, worauf die Gesetzstelle auch in das A. L. R. übergegangen ist. Die Bestimmung der A. G. O. findet sich ebenso schon in dem C. J. Frid. Thl. IV. Tit. 6. §. 36., und der Widerspruch ist von den Redaktoren nirgend bemerkt worden. Im gemeinen Rechte ist übrigens auch schon eine Differenz in den Ansichten über die vorsätzliche Vernichtung des Vertrages vorhanden gewesen. Leyser hat auf den Grund des Fr. 20. C. de probat. (4., 20.) gerade das behauptet, was im A. L. R. bestimmt ist, Hellfeld dagegen und die meisten Rechtslehrer haben die Bestimmung der A. G. O. vertheidigt. Ob die Verschiedenheit der Verordnungen in der A. G. O. und dem A. L. R. aber auf jener Meinungsverschiedenheit beruht, darüber ergeben die Materialien nichts.

(System Bd. 2. S. 475, 2. Ausg. Bd. 2. S. 264, Rechtsgesch. S. 271.)

k) Koch nimmt Bezug auf L. 20. Cod. de probat., worin verordnet ist, daß im Falle der Produkt eine Urkunde in der Absicht, dem Produzenten das Beweismittel zu entziehen, vorsätzlich bei Seite geschafft, der Produzent nur den Dolus des Produkten zu beweisen habe. Einige gemeinrechtliche Civilisten seien aber der Meinung, daß der Produzent nur den Inhalt der Urkunde beschwören dürfe. Diese Lehre sei in das C. J. Frid. und aus diesem in die A. G. O. übergegangen (§. 120. A. G. O. I. 10.). Die Mehrzahl der Rechtsgelehrten halte es mit der Bestimmung des Röm. Rechtes, und diese sei in dem §. 170. h. t. wiederholt. Von einer Vereinigung beider Stellen unserer Gesetzgebung könne nicht die Rede sein, da zwei sich widerstreitende geschichtlich vorhandene Meinungen der Rechtsgelehrten angenommen seien. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 163.)

Vergl. auch Landr. Bd. 1. zum §. 170. h. t.

l) Der Gesetzrevisor der A. G. O. hält dafür, daß der Widerspruch dadurch nicht behoben werde, wenn man die Regel des einen Gesetzbuches für eine Ausnahme, und die des anderen für die Regel erkläre. (Gesetzrev. Pens. IV. Thl. 8. S. 270.)

Die Gesetzrevisoren des A. L. R. nehmen einen nicht zu hebenden Widerspruch der beiden Gesetzstellen an, geben aber (ohne nähere Begründung) der Bestimmung des §. 120. der A. G. O. I. 10. den Vorzug.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Motive zu §§. 162., 163. des Entw. S. 99.)

§§. 171—184. Von gerichtlichen Verträgen.

§. 171. 1) Ueber die gänzliche Unfähigkeit Blinder, welche zugleich taub sind, zur Abschließung von Verträgen vergl. das R. v. 11. April 1841 in den Erg. zum §. 24. h. t.

2) Ueber die bei Aufnahme der Verträge Tauber, Taubstummer und Blinder zu beobachtenden Förmlichkeiten vergl. die Erg. zum A. G. O. II. 3. §§. 4—8.

3) Ein Taubstummer, welcher auf Grund der Fähigkeit, seinen Angelegenheiten vorzustehen, aus der Vormundschaft entlassen ist, wird aus einem blos schriftlichen Wechselakcept dennoch nicht verpflichtet.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. März 1856, weil der §. 171. h. t. und die §§. 4. ff. A. G. O. II. 3. auch auf Wechselverpflichtungen anzuwenden.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 269 Nr. 67.)

Vergl. über die Bedenken hiergegen die Anm. der Redaktion des Archivs a. a. O. S. 271.

§. 172. 1) Suarez Bemerk. über die bei der Bestimmung des §. 172. obwaltenden rationes legis. (Jahrb. Bd. 41. S. 4.)

2) Welche Personen sind im Sinne des §. 172. für Analphabeten zu erachten?

a) Derjenige, welcher einen Vertrag unterschrieben hat, und Geschriebenes lesen kann, ist als schriftlich verpflichtet anzusehen, und es findet, wenn er auch ein Mehreres nicht, als seinen Namen schreiben kann, die Einrede, daß die schriftliche Form nicht beobachtet sei, nicht statt.

So erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1848; denn der Wortlaut der §§. 172—184. h. t., des Anh. §. 5. und der §§. 68. ff. des Anh. zur A. G. O. ergebe schon, daß darin nur von Personen die Rede sei, welchen die Fähigkeit zu lesen und zu schreiben kumulativ mangele. Außerdem spreche für diese Ansicht die Entstehungsgeschichte des §. 172. (Entsch. Bd. 16. S. 108.)

Ebenso hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Dec. 1850 erkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 5 Nr. 2.)

Bornemann, welcher derselben Ansicht ist, führt hierfür an:

α) es sei kein Grund vorhanden, denjenigen, welcher sich durch eigene Sinneswahrnehmung von dem Inhalte eines niedergeschriebenen Vertrages habe überzeugen können, in Schutz zu nehmen;

β) es sprächen für diese Ansicht die analogen Vorschriften der A. G. O. von Parteien, die bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können (I. 10. Anh. §§. 68., 72.), und

γ) die Entstehungsgeschichte des §. 172. gebe hierfür ein Argument ab.

Ueber letztere wird bemerkt:

Im Entw. (II. 2. §. 126.) war nur von Personen, die des Schreibens unkundig sind, die Rede. Ein Monent bemerkte hierzu: »Da es Personen giebt, die ihren Namen ziemlich leserlich zeichnen, aber doch nicht Geschriebenes lesen können, so dürfte die Vorschrift dieser Paragraphen auch von solchen Personen gelten, und es daher heißen müssen: »die des Schreibens und Lesens unkundig u. s. w.« Der §. 172. wurde in Folge dieses Monitums, wie er jetzt vorliegt, gefaßt, und scheint daher nur das eben Bemerkte bestimmen zu wollen.

(System Ausg. 2. Bd. 2. S. 291.)

Dagegen nimmt Paul an:

daß eine Person, um zu den des Lesens und Schreibens Kundigen gezählt werden zu können, nicht nur ihren Namen zu schreiben, sondern überhaupt ihren Willen schriftlich auszudrücken im Stande sein müsse, und daß Analphabeten alle diejenigen sind, welche zwar ihren Namen schreiben, sonst aber nicht lesen und schreiben können. (Paul's Verträge S. 71.)

b) Auf Personen, die zwar von fremder Hand Geschriebenes vorgeblich nicht lesen, jedoch etwas mehr, als ihren Namen schreiben können, findet die Vorschrift des §. 172. h. t. wegen der Ungültigkeit außergerichtlicher Verträge der Analphabeten keine Anwendung.

So erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1853.

Das Gesetz rechnet im §. 172. und §. 5. des Anh. zum A. L. R. nur die, welche gar nicht oder nur ihren Namen schreiben können, zu den Personen, welche ihre Verträge gerichtlich aufnehmen lassen müssen und macht keinen Unterschied in Betreff des sonstigen größeren oder geringeren Maßes dieser Fertigkeiten. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 261 Nr. 54.)

c) Ist derjenige einem Analphabeten gleich zu achten, der zwar lesen und schreiben kann, dessen Schrift aber ganz unleserlich ist?

Es bejahen Siewert (Material. Hft. 7. S. 171) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 622).

3) Hat derjenige, welcher gegen eine mit seinem Namen unterschriebene Schrift den Einwand erhebt, daß er nicht lesen oder schreiben können, den Beweis hierfür, oder der Produzent den Beweis des Gegentheils zu führen?

a) Bielitz bemerkt, die Frage lasse sich nicht im Allgemeinen beantworten. Für die letztere Alternative spreche zwar theils, daß keine Thatsache vermuthet werde, theils die Bestimmung im §. 380. d. A. L. R. II. 2.; allein auf der andern Seite beruhe jede Vermuthung auf Gründen der Wahrscheinlichkeit und diese müßten daher auch in dem Falle, wenn Jemand seine Unkunde zu schreiben oder zu lesen behaupte, berücksichtiget werden, wie im §. 380. c. A. L. R. II. 2. geschehen sei. Somit komme es darauf an, ob mehr Gründe für die Unkunde des Schreibens und Lesens oder gegen dieselbe vorliegen, namentlich also, ob an dem Wohnorte des angeblich Unkundigen der Schulunterricht sich noch nicht auf das Schreiben erstrecke, oder dieses nur erst kürzlich angeordnet sei. Dann werde dem Gegner der Beweis des Gegentheils obliegen. (Bielitz's Nachtr. Hft. 1. S. 51.)

b) Pape ist dagegen der Ansicht, daß der unfähige Kontrahent den Beweis dieses Einwandes wie jedes anderen zu führen habe. Dies sei um so weniger bedenklich, als der Unfähige den Beweis leicht durch den Eid führen könne; indem dem anderen Kontrahenten die Ableistung des Eides de ignorantia nichts helfen würde, weil er sich nicht bei dem Nichtwissen habe beruhigen dürfen, sondern nach §§. 31. u. 32. h. t. nach der Fähigkeit des andern Theils sich habe gehörig erkundigen müssen. (J. W. 1840 S. 485.)

c) Leue [1]) führt aus:

Der Verklagte muß seine Unterschrift sofort entweder anerkennen, oder ableugnen (A. G. O. I. 10. §. 134.). Erkennt er sie an, bestreitet aber hinterher, lesen und schreiben zu können, so ist dies eine ungereimte Erklärung. Erkennt er die Unterschrift nicht an, so leistet er entweder den Diffessionseid, womit die Sache erledigt ist, oder der Produzent muß einen förmlichen Beweis über die Richtigkeit der Urkunde liefern (A. G. O. I. 10. §§. 145. ff.); der Beweis aber, daß der Gegner lesen und schreiben könne, ist unnütz, und ebenso die Frage, wem solcher obliege. Fügt der Verklagte bei der Nichtanerkennung der Urkunde hinzu, er könne gar nicht schreiben, und wird später durch zwei Zeugen festgestellt, daß sie ihn eigenhändig haben unterschreiben sehen, so muß er allerdings seine Behauptung bewahrheiten. Dies ist aber nur ein Gegenbeweis eines schon vorhandenen Hauptbeweises, kein Beweis als Folge aus der Regel über die Beweispflicht. Außer diesem Beweise der Negative, als Gegenbeweise giebt es aber keinen Fall, wo der Beweis nöthig sein sollte, daß Jemand lesen und schreiben könne. (Theorie des Beweises S. 211 ff.)

d) Hinschius theilt mit, daß das St. Ger. zu Berlin annehme, daß derjenige, welcher einen Vertrag unterzeichnet habe und hinterher behaupte, nur seinen Namen schreiben zu können, dies beweisen müsse. (J. W. 1840 S. 458 Anm. 4.)

e) Koch spricht sich dahin aus:

Es läßt sich darüber nur in jedem einzelnen Falle nach Beschaffenheit der behaupteten Thatsachen urtheilen. Muß z. B. Jemand seine Unterschrift unter einer Urkunde anerkennen, oder wird sonst bewiesen, daß er eigenhändig unterschrieben habe, und er behauptet, daß er Geschriebenes nicht lesen und mehr als seinen Namen nicht schreiben könne, so wird er dies zu beweisen haben; denn er hat geschrieben und wenn Jemand schreibt, so hat er eine Anzeige gegen sich, daß er auch schreiben kann.

(Landr. Bd. 1. Anm. 59. zum §. 172. h. t.)

f) Das Ob. Trib. bemerkt in dem Erk. v. 28. Okt. 1851:

Die Ansicht, daß derjenige, welcher eine Urkunde mit seinem Namen eigenhändig unterschreibt, den Beweis der Behauptung führen muß, daß er Analphabet sei, ist vollkommen begründet. Denn wer eine Urkunde vollzieht, erhebt dieselbe dadurch zu einem seiner äußeren Form nach gültigen Beweisdokumente. Wer die Beweiskraft desselben durch eine die Gültigkeit der Urkunde direkt aufhebende Behauptung vernichten will, hat den Gegenbeweis zu führen, und der direkte Gegenbeweis hat in der Regel ein Negation zum Gegenstande. Der Rechtsgrund, daß Thatsachen nicht vermuthet werden, findet also hier keine Anwendung.

(Gruchot, Beitr. Bd. 1. S. 364.)

4) Die von Verwaltungsbeamten mit Analphabeten aufgenommenen Protokolle haben für Analphabeten keine verbindende Kraft.

Dies nehmen an:

a) Das Justizmin. in dem Schreiben v. 9. Dec. 1837.

Der §. 172. A. L. R. I. 5. schreibt vor, daß Verträge der Analphabeten in allen Fällen, wo ein schriftlicher Kontrakt nöthig ist, gerichtlich oder vor einem Justiz-Kommissarius errichtet werden müssen. Der Kommissarius der Regierung kann nie die Stelle eines Richters oder eines Justiz-Kommissarius vertreten, und der §. 412. Anh. zur A. G. O., wonach Kontrakte über Domainen-Pertinenzen, welche von der Finanzbehörde aufgenommen und bestätiget worden, in der Regel der gerichtlichen Verlautbarung nicht bedürfen, bezieht sich bloß auf den allgemeinen Grundsatz, daß Verträge über Grundstücke gerichtlich aufgenommen werden müssen. Die aus einem anderen Grunde entstehende Nothwendigkeit der gerichtlichen Aufnahme eines Vertrages ist dadurch auch für solche Verträge, welche vor Reg.-Kommissarien abgeschlossen werden, nicht aufgehoben.

(Centralbl. 1837 S. 759.)

b) Die Gesetzrevisoren:

Der Justizmin. v. Kircheisen hat in allen Fällen den Grundsatz aufrecht erhalten, daß nur eine Gerichtsperson oder ein Notar die Verträge der Analphabeten mit verbindender Kraft für den Schreibens unerfahrenen Theil aufnehmen könne. Für die gerade entgegengesetzte Ansicht hat sich der mit der Gesetzrev. früher beauftragte Staatsmin. v. Beyme ausgesprochen. Es soll nämlich durch §. 129. A. G. O. I. 10., — insbesondere Nr. 3. daselbst, — eine Ausnahme von dem §. 172. h. t. gemacht worden sein; eine Bestätigung dieser Ansicht wird in §. 10. A. G. O. II. 1. gefunden, indem dort sub Nr. 1. u. 6. die Fälle der §§. 172 — 184. h. t. und der §§. 127 — 130. A. G. O. I. 10. ausdrücklich nebeneinander gestellt sind. Der Min. v. Beyme hielt nach diesen Gesetzstellen die Befugniß der Verwaltungsbeamten, vermöge des Auftrages eines Landeskollegii, Erklärungen der Analphabeten mit verbindender Kraft für letztere aufzunehmen, für so ausgemacht, daß es gar nicht einmal einer Deklaration bedürfe, und zwar um so weniger, als kein spezieller Fall einer entgegengesetzten Entscheidung vorliege rc. rc. — U. E. verdient die Meinung den Vorzug, welche annimmt, daß nur eine richterliche Person oder ein Notar die Erklärungen der Analphabeten mit verbindender Kraft für letztere aufnehmen könne; indem die Verwaltungsbeamten, wenn sie in die Lage kommen, derartige Erklärungen aufnehmen zu müssen, meistens das Interesse des andern kontrahirenden Theils wahrzunehmen haben, und nicht füglich Richter und Partei zugleich repräsentiren können. Auch ist es eben nicht schwierig, in solchen Fällen, wo die Konkurrenz Schreibens unerfahrener Personen zu erwarten steht,

[1]) Derselbe allegirt irrthümlich Grävell's Komm. Bd. 6. Nachtr. S. 51 statt Bielitz a. a. O.

eine Gerichtsperson zuzuziehen; endlich aber ist, wenn den Verwaltungsbeamten in solchen Fällen der gerichtliche Glaube gegeben werden soll, die Grenze gar nicht mehr zu ziehen, über welche hinaus ihnen die Befugniß, gerichtliche Verhandlungen aufzunehmen, nicht mehr zustehen soll.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 164—169. des Entw. S. 101 u. 102.)

Dagegen sind den zufolge des §. 9. des Ed. v. 27. Juni 1811 über die Veräußerung von Domainen und deren Pertinenzien (G. S. 1811 S. 208) von den Reg. oder deren Kommissarien aufgenommenen Lizitations-Verhandlungen ebendieselben rechtlichen Wirkungen beizulegen, als dergleichen gerichtlichen Verhandlungen, solche also auch rücksichtlich der meistbietend gebliebenen Analphabeten für vollkommen rechtsverbindlich anzusehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. im J. 1832 (Präj. Nr. 3.). (Präj. Samml. S. 319.)

In Betreff der Vollziehung der Auseinandersetzungs-Rezesse bestimmt der §. 108. des G. v. 2. März 1850 wegen Ablösung der Reallasten rc.:

Die Vollziehung der Auseinandersetzungs-Rezesse kann mit der nämlichen Wirkung, wie vor einem als Richter befähigten Justizbeamten oder vor einem Notar, auch vor einem jeden von der General-Kommission oder der landwirthschaftlichen Reg. Abtheilung mit diesem Geschäfte beauftragten Staats- oder Gemeindebeamten erfolgen. Die beschränkende Vorschrift des §. 43. der V. v. 30. Juni 1834 wird aufgehoben. (G. S. 1850 S. 109.)

5) Haben schreibensunkundige Personen einen Vertrag, der schriftlich zu errichten gewesen, von einem Andern aufsetzen lassen, und genehmigen sie demnächst vor dem Richter nach vorheriger Vorlesung diesen Aufsatz seinem Inhalte nach, findet ihn auch der Richter deutlich und dem Willen der Parteien entsprechend abgefaßt, so bedarf es keiner nochmaligen vollständigen Niederschreibung desselben zum Protokoll; der Aufsatz kann vielmehr mit dem Protokolle über die erfolgte Vernehmung der Parteien ausgefertigt werden, um als ein gerichtlicher Vertrag zu gelten.

So erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1845. (Präj. Nr. 1558.)

Es ist zwar der Skriptur für sich keine rechtliche Wirksamkeit beizulegen, andererseits liegt aber hier auch keine bloße Rekognition im Sinne der A. G. O. II. 3. §§. 1., 22—26. vor, sondern es ist die Skriptur zu einem Theile des gerichtlichen Vertrages gemacht worden. Der §. 43. Nr. 6. A. G. O. II. 2. steht nicht entgegen; denn hierbei ist das entscheidende Gewicht auf die vollständige, getreue und klare Abfassung zu legen. Die Bezugnahme auf angelegte und mit auszufertigende, vorgelesene und genehmigte Anlagen und Spezifikationen, die hierdurch, beziehungsweise durch die Ausfertigung, die Natur der gerichtlichen Abschließung annehmen und in der Praxis so häufig vorkommen, ist nicht untersagt, vielmehr gestattet in dieser Beziehung der §. 22. A. G. O. II. 3. dem Ermessen der Gerichte so viel Spielraum, daß eine solche Urkunde als genügend angesehen werden kann.

(Präj. Samml. S. 270, Entsch. Bd. 11. S. 186.)

Vergl. die Erk. des L. u. St. Gerichts zu Essen v. 23. Dec. 1834 und des O. L. G. zu Hamm v. 9. Sept. 1835, welche denselben Grundsatz annehmen. (J. W. 1840 S. 122 ff.)

6) Verträge, zu deren Gültigkeit das Gesetz schriftliche Abfassung erfordert, müssen von Personen, die Lesens und Schreibens unkundig sind, gerichtlich oder notariell errichtet werden, und es genügt nicht, wenn sie bloß gerichtlich oder notariell rekognoszirt sind. Denn der §. 172. h. t. schreibt ausdrücklich die Errichtung vor.

(Erk. des O. L. G. zu Hamm v. 9. Sept. 1835, J. W. 1840 S. 124.)

Derselben Ansicht sind Siewert (Hft. 2. S. 157) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 623 Nr. 5.).

7) Ueber die Unzulässigkeit des Einwandes der Schreibensunkunde zur Entkräftung einer Wechselurkunde im Wechselprozesse vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Febr. 1851 (Präj. Nr. 2269.) zur Wechs. O. v. 6. Jan. 1849 Art. 82.

§§. 172. 179. 1) Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 11. Febr. 1837 angenommen, daß Personen, welche die Schrift, in welcher das Instrument abgefaßt ist, weder lesen noch schreiben können, den Analphabeten gleich stehen, wenn sie auch andere Schrift lesen und schreiben können, und daß daher Juden, welche nur in jüdischen Schriftzügen zu schreiben verstehen, Deutsch aber weder lesen noch schreiben können, in Beziehung auf einen in Deutscher Sprache abgefaßten, von ihnen unterschriebenen Vertrag denjenigen gleichzustellen, welche des Lesens und Schreibens unkundig sind. Denn es komme lediglich auf die Schrift des Instrumentes an, weil deren Kenntniß allein die Gewähr giebt, daß der Kontrahent im Stande sei, sich von der Uebereinstimmung des Niedergeschriebenen mit dem Verabredeten zu überzeugen. In diesem Sinne sei der §. 179. zu verstehen. (Entsch. Bd. 2. S. 161 ff.)

Als späterhin die Richtigkeit dieses Grundsatzes in Frage gestellt wurde, ist derselbe durch den Plen. Beschl. v. 2. Juli 1855 (Präj. Nr. 2635.) dahin aufrecht erhalten worden:

Juden, welche in jüdischen Schriftzügen zu schreiben und zu lesen verstehen, Deutsch aber außer ihrem Namen nicht schreiben noch Geschriebenes lesen können, sind in Beziehung auf einen, in Deutscher Sprache abgefaßten, von ihnen unterschriebenen Vertrag, als Analphabeten zu erachten.

In den Gründen wird ausgeführt:

Der Grund des §. 179. h. t. ist der, daß das gerechte und billige Verlangen befriedigt werden soll, daß die Partei vergewissert werde, zu verstehen, was sie zu unterschreiben hat. Der Kontrahent, welcher in einer anderen Sprache zwar, nicht aber in der Deutschen, schreiben und Geschriebenes lesen kann, ist in derselben Lage, wie der Deutsche, welcher nicht Deutsch und überhaupt nicht schreiben und Geschriebenes lesen, also aus eigener Wissenschaft nicht ermessen kann, was die Deutschen Schriftzüge bedeuten, in denen das Instrument abgefaßt ist, welches er vollziehen soll. Denn daß der Kontrahent im Uebrigen der Deutschen Sprache mächtig, ist ein Umstand, welcher eben so wenig bei dem Einen, wie bei dem Andern von Gewicht sein kann, weil es sich hier gerade nur um das Verständniß der Schrift des Instruments, und um keine andere Kundgebung der Sprache handelt. Der Sprache des Instruments unkundig, kann daher im §. 179. nichts Anderes heißen sollen, als: der Schrift des Instruments unkundig. Hiernach kann es auch kein Bedenken haben, den §. 72. Anh. zur A. G. O. ebenso auf denjenigen Kontrahenten anzuwenden, welcher in einer anderen Sprache schreiben und Geschriebenes lesen, in der Sprache des Instruments aber nur seinen Namen schreiben kann, als auf den, welcher außer seinem Namen in keiner Sprache etwas zu schreiben und zu lesen vermag. Folglich kann ebenfalls für einen Juden, welcher der Jüdischen Schrift mächtig, Deutsch aber nur seinen Namen zu schreiben im Stande ist, der in Deutscher Schrift außergerichtlich abgefaßte Vertrag, unter welchen er in Deutschen Schriftzügen seinen Namen gesetzt hat, als schriftlicher Vertrag nach §. 174. A. L. R. I. 5. nicht verbindlich erachtet werden. Die für die entgegengesetzte Meinung geltend gemachten Gründe sind nicht durchgreifend. Es wird die Ansicht aufgestellt, daß der §. 72. Anh. zur A. G. O., und die Vorschriften wegen Zuziehung eines Beistandes bei der Unterschrift im §. 5. Anh. zum A. L. R., §. 68. Anh. zur A. G. O. und in der K. O. v. 20. Juni 1816 sich nur auf solche Parteien beziehen lassen, welche überhaupt gar nicht lesen und schreiben, oder nur ihren Namen schreiben können. Es wird ausgeführt:

1) Nur bei solchen Personen treffe die namentlich im §. 5. Anh. zum A. L. R. und §. 68. Anh. zur A. G. O. zum Grunde liegende Voraussetzung zu, daß sie auf einer zu niedrigen Stufe der Bildung stehen und in den Geschäften des bürgerlichen Lebens zu wenig erfahren seien, um nicht des durch jene Förmlichkeiten ihnen gewährten Schutzes zu bedürfen. Allein die genannten Vorschriften bezwecken, daß der, welcher den Vertrag oder die Verhandlung vollzieht, entweder selbst verstehen soll, welche Worte in der Schrift enthalten, durch deren Unterzeichnung er sich verpflichten will, oder beziehungsweise durch Zuziehung eines Beistandes oder Protokollführers, versichert werde, daß es diejenige sei, welche er vollziehen will, da keine andere Bildung oder Erfahrung die mangelnde Fähigkeit schreiben und Geschriebenes lesen zu können und deren mögliche Folgen aufhebt. Es gehört daher auch der gebildete Ausländer, welcher nicht die Sprache des Instruments schreiben und lesen kann, unter die Vorschrift des §. 179. h. t. Die zur Ausführung der Vorschrift im §. 5. Anh. zum A. L. R. ertheilte Anweisung aber ist nur eine Instruktion für den Richter.

Es wird

2) angeführt, daß die erwähnten Vorschriften nicht die Unfähigkeit, Deutsch zu schreiben und Deutsch Geschriebenes zu lesen, voraussetzen, sondern bloß eine Unfähigkeit zu schreiben und Geschriebenes im Allgemeinen. Dieser Annahme steht jedoch der §. 179. h. t. entgegen.

Endlich wird

3) noch argumentirt, im §. 2. des Ed. v. 11. März 1812 über die bürgerlichen Verhältnisse der Juden sei bloß verordnet, daß sie sich bei ihren Namens-Unterschriften keiner anderen als Deutscher oder Lateinischer Schriftzüge bedienen sollen. Diese Vorschrift sei in den §. 67. Anh. zur A. G. O. übergegangen, und wenn der Gesetzgeber Juden, die ihren Namen Deutsch oder Lateinisch schreiben, sonst aber nur Jüdisch schreiben und lesen können, bei gerichtlichen Verhandlungen den Analphabeten hätte gleichgestellt wissen wollen, so würde dies von ihm bestimmt ausgesprochen worden sein.

Hierauf ist zu entgegnen, daß, wenn der Gesetzgeber die Juden von einer Vorschrift der allgemeinen Gesetzgebung, vom §. 72. Anh. zur A. G. O. hätte ausnehmen wollen, er deshalb eine Bestimmung getroffen haben würde und hätte treffen müssen. Daß übrigens im §. 2. des Ed. v. 11. März 1812 eine solche Ausnahme-Bestimmung sich nirgends finden lässet, stellen dessen Worte außer Zweifel:

Die Fortdauer dieser ihnen beigelegten Eigenschaft als Einländer und Staatsbürger wird aber nur unter der Verpflichtung gestattet, daß sie festbestimmte Familien-Namen führen, und:

daß sie nicht nur bei Führung ihrer Handelsbücher, sondern auch bei Abfassung ihrer Verträge und rechtlichen Willenserklärungen der Deutschen oder einer anderen lebenden Sprache, und bei ihren Namens-Unterschriften keiner anderen, als Deutscher oder Lateinischer Schriftzüge sich bedienen sollen.

Es ist also nicht bloß von der Namens-Unterschrift die Rede, sondern es wird den Juden geboten, sich den christlichen Einwohnern des Landes auch in ihrem schriftlichen Verkehr gleich zu stellen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 5, Entsch. Bd. 31. S. 1, J. M. Bl. 1855 S. 302, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 365 Nr. 74.)

2) Ueber den vermeintlichen Widerspruch zwischen den §§. 172. u. 179. h. t. und dem §. 134. A. G. O. I. 10. vergl. die Erört. von Pape in der J. W. 1840 S. 463 ff. und dagegen Koch's Lehrb. des Preuß. Civilproz. Bd. 1. S. 418.

§. 173. 1) Bedarf es zur Gültigkeit der Erklärungen der Analphabeten vor Dorfgerichten der nachträglichen Wiederholung vor Gericht?

Es verneinen:

a) das Just. Min. in einem Votum v. 20. Sept. 1824.

Die Vorschriften §. 83. A. L. R. II. 7. und §. 8. A. G. O. II. 2. sind allgemeine auf die Verhandlungen der Dorfgerichte überhaupt sich beziehende Bestimmungen. Von der Befugniß der Dorfgerichte, Verträge zwischen Landleuten, die des Schreibens und Lesens unkundig sind, aufzunehmen, handelt der §. 173. h. t. ganz speziell; er verlangt nicht, daß nach Aufnehmung solcher Verträge vor den Dorfgerichten noch etwas Weiteres geschehen, insbesondere die Wiederholung des Aktes vor dem Richter erfolgen solle; er sagt vielmehr ausdrücklich:

»die Aufnehmung vor den Dorfgerichten unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers sei hinreichend.«

Es kann also bei dieser speziellen Art von Verträgen weder auf den §. 83. A. L. R. II. 7., noch auf §. 8. A. G. O. II. 2. zurückgegangen werden, auf letzteren um so weniger, als derselbe am Schluß auf die Vorschrift des §. 173. h. t. verweist und also nicht will, daß die vorhergehenden Bestimmungen auch bei den in dem §. 173. erwähnten Verträgen zur Anwendung gebracht werden sollen.

(Ges. Rev. a. a. O., Motive zu §§. 164—169. des Entw. S. 102.)

b) Bornemann, welcher bemerkt:

Der §. 173. fehlte im gedr. Entw. Ein Monent hatte bei gemeinen Landleuten die Beglaubigung der Dorfgerichte für hinreichend gehalten und die Redaktoren sind dieser Meinung, unter Hinweisung auf §. 62. des Entw. I. 2. beigetreten. Dort war den Dorfgerichten gestattet, Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welchen es auf eine bloße Beglaubigung ankommt, gültig aufzunehmen; doch sollten sie dergleichen Verhandlungen zur Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit oder näheren Berichtigung dem ordentlichen Gerichtshalter ohne Zeitverlust vorlegen. Dies ist nun zwar auch in der A. G. O. vorgeschrieben und den Dorfgerichten die Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur im Falle einer Gefahr im Verzuge gestattet; dennoch aber muß man, da §. 173. h. t. davon nichts erwähnt, ihn als eine Ausnahme von der Regel betrachten. (System Bd. 2. S. 516, 2. Ausg. Bd. 2. S. 293.)

c) Koch ist gleichfalls der Meinung, daß die Wiederholung vor Gericht zur formellen Gültigkeit nicht erforderlich sei, wo es nicht besonders vorgeschrieben ist. (A. L. R. Bd. 1. zum §. 173. h. t.)

Dagegen bejahen die Gesetzrevisoren, indem sie bemerken:

Es geht durch die Auslegung des Just. Min. die Bedeutung des §. 8. A. G. O. II. 2. verloren. Die Dorfgerichte sollen nur solche Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufnehmen, die keine Rechtskenntnisse, sondern bloß eine Beglaubigung erfordern, und müssen der Regel nach den Gerichtshalter zuziehen. Um nichts Anderes, als eine solche Beglaubigung aber ist es eben bei den schriftlich abzufassenden Verträgen der gemeinen Landleute zu thun; die meisten anderen Fälle erfordern Rechtskenntnisse. (Ges. Rev. a. a. O.)

2) Ueber die ordnungsmäßige Besetzung der Dorfgerichte vgl. §. 79. A. L. R. II. 7. und die Erg. dazu.

§. 174. 1) Wenn ein Vertrag, welcher zu seiner Rechtsgültigkeit der schriftlichen Abfassung bedarf, nur von dem einen Kontrahenten gehörig unterschrieben, von dem anderen des Schreibens und Lesens unkundigen Kontrahenten dagegen bloß mit Kreuzen unterzeichnet ist, und deshalb für den Letzteren keine verbindliche Kraft hat, so kann der Erstere sich auf diese mangelhafte Vollziehung des Vertrages nicht berufen, und von demselben nicht ohne Weiteres zurücktreten. Er hat nur das Recht, von dem anderen Kontrahenten zu verlangen, daß dieser entweder ebenfalls den Vertrag in rechtsgültiger Form vollziehe, oder sich die gänzliche Aufhebung gefallen lasse.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1838 (Präj. Nr. 495.).

Ein mangelhafter Vertrag dieser Art (pactum claudicans) ist nicht unbedingt nichtig, sondern erlangt rechtliche Gültigkeit, sobald derjenige Theil, welcher den Vertrag mangelhaft abgeschlossen hat, diesem Mangel von seiner Seite abhilft. Dies ergiebt der §. 185. h. t., mit welchem es unvereinbar wäre, wenn derjenige, welcher sich seinerseits rechtsgültig verpflichtet hat, wider den Willen des anderen Kontrahenten zurücktreten dürfte. Jedes Bedenken hierüber entfernen die analogen Vorschriften der §§. 11—13. h. t.

(Präj. Samml. S. 12, Entsch. Bd. 4. S. 214 ff.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Nov. 1839 an. (Centralbl. 1840. S. 272.)

Dieser Ansicht sind auch:

a) Bornemann, welcher ausführt:

Das Gesetz ist nur zum Besten des Unfähigen gegeben und verordnet nicht, daß Verträge, welche mit Analphabeten geschlossen worden, gerichtlich oder vor einem Just. Komm. errichtet werden sollen, sondern nur, daß jene Personen ihre Verträge dergestalt errichten müssen. Dem fähigen Kontrahenten steht jedenfalls seine in dem von ihm unterschriebenen Aufsatze abgegebene Erklärung als ein Anerkenntniß entgegen; auch ist nicht abzusehen, weshalb der fähige Kontrahent hier besser daran sein sollte, als wenn sein Mitkontrahent auch fähig wäre.

(System Bd. 2. S. 510, 2. Ausg. Bd. 2. S. 292, und Rechtsgesch. S. 297—299.)

b) Grävell, welcher bemerkt, daß ein Vertrag, bei welchem die Vorschrift des §. 175. h. t. nicht beobachtet worden, hinkend sei, indem er für die andere Partei verpflichtend bleibe, welche des Schreibens erfahren ist. (Generaltheorie der Verträge S. 171. Note *)

c) Bielitz, welcher sich auf §. 5. des Anh. zum A. L. R. stützt. (Komm. Bd. I. S. 625.)

d) Koch. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 187 und 155, Lehrb. der Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 178, Beurtheil. der Entsch. S. 249.)

2) Ein Kontrahent, welcher bloß seinen Namen schreiben kann, muß den von ihm unterschriebenen und von der andern Seite erfüllten Vertrag, sofern er nicht, wie ihm freisteht, von demselben zurücktreten will, — den Fall des Betruges ausgenommen, — seinem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen, und kann mit dem Einwande, daß mündlich andere Bedingungen verabredet worden, nicht gehört werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1837; denn es müsse angenommen werden, daß der Analphabet den Inhalt des Vertrages gekannt habe, oder doch ohne grobes Versehen nicht darüber in Unwissenheit sein konnte, weil er sich den Kontrakt vorlesen lassen und sich überzeugen konnte, ob die Schrift das enthielt, was mündlich verabredet worden. (Entsch. Bd. 2. S. 164 ff.)

3) So lange der Analphabet die privatschriftliche Punktation über ein Grundstück oder einen andern Gegenstand, worüber schriftlich kontrahirt werden muß, noch nicht in rechtsgültiger Form als verbindlich anerkannt hat, kann er auch in jeder Form, wofern es nur ausdrücklich geschieht, von dem Geschäfte wieder zurücktreten. Ist dies aber geschehen, so ist auch der andere Kontrahent nicht weiter gebunden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1845 (Präj. Nr. 1636.).

Erst mit der rechtsgültigen Verpflichtung des Analphabeten gelangt das Geschäft zur vollständigen Perfektion, und tritt es in die Reihe vollgültiger Verträge, deren Wesen bei lästigen Geschäften immer auf Gegenseitigkeit der Verbindlichkeit dringt, und da, wo hieran auf der einen Seite noch etwas fehlt, nach Ergänzung strebt. (§. 13. A. L. R. I. 5. cf. §. 120. ib.) Bis dahin, wo der Analphabet seine Einwilligung noch nicht in gültiger Weise erklärt hat, liegt kein eigentlicher, förmlicher Vertrag vor; es fehlt noch an seiner Einwilligung, die doch zu ihrer Gültigkeit eben der Erklärung vor Gericht oder Notar bedarf (cf. §. 109. a. a. O.). Bis zu dieser Erklärung ist ihm also auch noch gar kein unbedingtes Recht auf die Leistung selbst, die ihm der andere Kontrahent versprochen, zuzuschreiben, eben weil man noch gar nicht weiß, ob er dieselbe unter Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit will.

Giebt er daher in diesem Stadium, wo noch Alles **unentschieden** und die Erhebung des Verhältnisses zu einem wahren **Vertrage** in suspenso ist, in ganz gleicher Weise, wie er das Verhältniß eingegangen, die Erklärung ab: »daß er sich für die **Verwerfung** des Geschäftes entscheide und **Perfektion** desselben gar **nicht** wolle«, so ist dies weder eine Entsagung auf ein jus purum, auf ein bereits erworbenes, direkt auf die Gegenleistung des anderen Kontrahenten gerichtetes Recht, noch kann hier die Vorschrift im §. 389. A. L. R. I. 5. eintreten. Denn diese Vorschrift setzt voraus, daß es sich um einen vorangegangenen völlig gültigen und perfekten Vertrag handle, nicht aber um die bloße Erklärung darüber: ob man einen schon an **sich verbindlichen** Vertrag halten und vollziehen, oder nunmehr definitiv seine Richtigkeit und völlige Beseitigung aussprechen wolle. (Präj. Samml. S.12, Entsch. Bd. 12. S. 163.)

4) In wiefern ist ein Kaufvertrag gültig, den zwei Personen über einen ihnen gemeinschaftlich gehöriges Grundstück außergerichtlich, aber schriftlich, mit einem Dritten abschließen, und den eine von jenen, weil sie nicht schreiben kann, nur unterkreuzt?

Bielitz ist der Ansicht, der **ganze** Vertrag sei nicht ungültig, weil nach §. 4. A. L. R. I. 17. das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zu seinem besonderen Eigenthume gehöre, und der Schreibens kundige Mitkontrahent, da er sein Anrecht einem Dritten überlassen dürfe, in soweit gebunden sei. Derselbe sei aber nicht verpflichtet, die Einwilligung des unfähigen Kontrahenten zu beschaffen, da durch den Verkauf der gemeinschaftlichen Sache, weil jeder sein Anrecht veräußern könne, eine solidarische Verbindlichkeit der Verkäufer durch das Geschäft nicht begründet werde.

(Nachtr. Hft. 1. S. 64.)

5) Kann Derjenige, welcher nur seinen Namen schreiben kann, einen schriftlich zu errichtenden, von ihm unterschriebenen Vertrag **anfechten**, wenn er seine sonstige Schreibensunkunde in böslicher Absicht verschwiegen hat?

Grävell und **Bornemann** nehmen zwar Beide an, daß der Analphabet sich eines Betruges gegen den anderen Kontrahenten schuldig gemacht habe; **Bornemann** aber hält wegen §. 35. A. L. R. I. 3. den Analphabeten **zur Entschädigung** des anderen Kontrahenten für verpflichtet, während **Grävell** annimmt, daß der Paragraph cit., welcher nur von Personen, die zur Schließung von Verträgen ganz unfähig sind, rede, nicht auf Personen angewandt werden könne, deren Verträge nur an eine bestimmte Form gebunden sind. Es stehe vielmehr nach §. 350. h. t. dem anderen Theile die Wahl frei, ob er bei dem Vertrage stehen bleiben oder Entschädigung fordern wolle.

(Bornemann's Rechtsgesch. S. 299, Grävell's Generaltheorie S. 171 Anm. *)

§. 175. Vergl. Notariats-Ordn. v. 11. Juli 1845 §. 13. und die Erg. dazu zur A. G. O. II. 7. §§. 45. ff.

§. 177. Vergl. Anh. §. 70. zur A. G. O. I. 10. §. 19. und die Erg. dazu.

§§. 177. u. **178.** u. **Anh.** §. 5. 1) Der §. 5. des Anh. ist wörtlich aus dem §. 3. Abschn. V. der C. V. v. 30. Dec. 1798 entnommen. Vergl. diesen Abschn. der gedachten C. V. nebst den dazu ergangenen, auch auf die §§. 177. u. 178. h. t. und den Anh. §. 5. bezüglichen Erg. und Erl. zur A. G. O. I. 10. §. 19. und Anh. §§. 66—75.

2) Dr. **Löwenberg**'s Material. des Anh. S. 23. u. 114.

§. 179. 1) Auch bei gemeinen Landleuten, die der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, ist die Aufnahme desselben vor den Dorfgerichten mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers nicht hinreichend.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 24. Mai 1854.

Aus den Vorschriften der §§. 172., 173. u. 179. h. t. kann nicht gefolgert werden, daß die im §. 173. für schreibensunkundige gemeine Landleute gegebene Bestimmung auch auf die im §. 179. bezeichneten Personen Anwendung finde. Der §. 179. allegirt nur den §. 172. Durch diese Bezugnahme wird die Tragweite der Vorschrift näher bestimmt; es wird dadurch aber der Schlußfolgerung entgegengetreten, daß die Gleichstellung nicht bloß auf die Regel des §. 172. sich beziehe, sondern daß sie auch die Ausnahmebestimmungen des §. 173. umfasse. Als Ausnahmegesetz kann der §. 173. nur für den Fall Geltung haben, für welchen er ausdrücklich gegeben ist, so wie die singulären Vorschriften der §§. 180. ff. analoge Anwendung nicht zulassen. — Gegen die entgegengesetzte Annahme spricht ferner die beschränkte Thätigkeit, die den Dorfgerichten in gerichtlichen Angelegenheiten zugewiesen ist. (Vergl. J. M. Bl. Jahrg. IV. S. 115, XII. S. 94, XVI. S. 206.) Es erfordert die Aufnahme von Verträgen solcher Personen, die der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, eine größere Gewandtheit und Geschäftskenntniß, als die Gesetze bei den Dorfgerichten voraussetzen. — Auch die dem §. 173 zum Grunde liegende Voraussetzung, daß zumeist gemeine Landleute von der Bestimmung des §. 172. betroffen werden, trifft bezüglich des §. 179. im Allgemeinen nicht zu. Endlich aber stehen dem ausgesprochenen Rechtsgrundsatze auch der §. 8. Tit. 2. und §. 10. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O. zur Seite. Daraus, daß in jenem §. 8. unter den Rechtshandlungen, deren Aufnahme von den Dorfgerichten genügend ist, nur die Verträge der des Schreibens und Lesens unkundigen gemeinen Landleute erwähnt, im §. 10. Thl. II. Tit. 1. aber, welcher die notariell oder gerichtlich abzufassenden Rechtsgeschäfte aufzählt, ausdrücklich die Verträge der Analphabeten und der Sachunkundigen hervorgehoben werden, geht hervor, daß der §. 179. A. L. R. I. 5. nicht auf den §. 173. a. a. O. zu beziehen ist.

(Entsch. Bd. 28. S. 53, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 136 Nr. 33.)

2) Das Erk. des III. Sen. des **Ob. Trib.** v. 9. Mai 1848 erachtet es für gerechtfertiget, einen Deutschen im Großherzogthum Posen, welcher seine Unkenntniß der Polnischen Sprache behauptet und sich auf den §. 179. beruft, zum Eide hierüber zu verstatten.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 77 Nr. 38.)

§. 181. R. v. 16. April 1840. Die Vorschrift des §. 181., wonach Parteien, welche der Sprache, worin ein Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, sich über einen dabei zuzuziehenden unvereideten Dollmetscher vereinigen können, und dies nur im Protokoll bemerkt werden muß, findet auch auf einseitige Verhandlungen Anwendung. (J. M. Bl. 1840 S. 153.)

§§. 182. u. **184.** 1) Die durch die G. S. nicht bekannt gemachte K. O. v. 5. Mai 1839, betr. die Geschäftssprachen im Großherzogthum Posen, bestimmt, daß in Rücksicht auf die Festsetzungen der §§. 75. und 422. Anh. zur A. G. O. der Verzicht auf ein Polnisches Nebenprotokoll oder auf eine Polnische Uebersetzung der in Deutscher Sprache aufgenommenen Verhandlung stattfindet, und es genügt zu diesem Zwecke die in der Verhandlung enthaltene, in **Polnischer** und **Deutscher** Sprache aufgenommene Erklärung der Partei, daß sie auf das Recht, die Uebersetzung zu verlangen, Verzicht leiste, oder sich des von dem Dollmetscher zu führenden Nebenprotokolls begebe.

(J. M. Bl. 1839 S. 178 u. 179.)

2) R. v. 16. April 1840. Auf die nach §. 182. erforderliche besondere Uebersetzung und deren Vorlegung zur Unterschrift darf ebenso wie im Falle des §. 75. Anh. zur A. G. O. Verzicht geleistet werden, dieser Verzicht muß aber auch in der dem Erklärenden verständlichen Sprache in der Verhandlung aufgenommen werden, weil derselbe nur in diesem Falle außer allen Zweifel gestellt erscheint; es kann indeß hierüber hinweggegangen werden, wenn der Verzichtende die Sprache des Protokolls, wenn auch nicht spricht, doch **versteht**, und wenn ferner dessen rechtlicher Beistand dieser Sprache vollkommen mächtig ist, zumal aus diesem Mangel an sich keine Nichtigkeit folgt.

(J. M. Bl. 1840 S. 153.)

3) Der Vermerk in einer öffentlichen Urkunde, daß dem der Sprache, in welcher dieselbe abgefaßt ist, unkundigen Kontrahenten deren Inhalt verdollmetscht worden, ist nicht hinreichend, und derselbe kann die Vorlegung einer Uebersetzung des Haupt-Instrumentes und deren Unterschrift von Seiten des unkundigen Kontrahenten, oder eines Nebenprotokolls nicht ersetzen. Vielmehr tritt, im Mangel einer gehörigen Verzichtleistung, die gesetzliche Folge ein, daß die Verhandlung gegen den der Sprache unkundigen Kontrahenten nicht beweisend ist und der Vertrag nur gültig bleibt, **wenn dessen Richtigkeit sonst nachgewiesen werden kann.**

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 9. Okt. 1851 (Präj. Nr. 2316.), auf Grund des §. 184. h. t. in Verbindung mit §. 75. des Anh. zur A. G. O. und der K. O. v. 5. Mai 1839[1]). (Präj. Samml. Bd. 2. S. 5, Entsch. Bd. 21. S. 184.)

4) Zur gehörigen Verzichtleistung des Sprachunkundigen auf Vorlegung einer Uebersetzung des Haupt-Instrumentes oder eines Nebenprotokolls ist erforderlich, daß der Vermerk über die Verdollmetschung

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

oder Verzichtleistung in der dem Erklärenden verständlichen Sprache aufgenommen worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1856.

Der Verzicht selbst ist eine Aeußerung des Erklärenden, die ebenso, wie der anderweitige Inhalt der Verhandlung, der Art in derselben enthalten sein muß, daß daraus die Ueberzeugung zu entnehmen ist, der Kontrahent habe die abgegebene Erklärung verstanden und mit dem Bewußtsein, daß dieselbe seinem Willen entspreche, vollzogen. (Entsch. Bd. 34. S. 54.)

§§. 185—225. Von Verstärkung der Verträge.

Siewert, von der Verstärkung der Verträge. (Materialien Hft. 6. S. 3 ff.) Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 483—497.

§§. 185—192. Verstärkung durch Anerkenntniß.

Reinhardt, Studien zur Lehre vom Zugeständnisse und Anerkenntnisse nach Preuß. Rechten. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 600 ff.)

§. 185. 1) Ueber die Entstehungsgeschichte des §. 185. vergl. Zus. 7. sub e. zum §. 116. h. t. und Bornemann's System Bd. 2. S. 464 Anm. ***, 2. Ausg. Bd. 2. S. 256 Anm. 3.

2) Das schriftliche Anerkenntniß eines mündlich geschlossenen Vertrages kann auch in dem mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrage abgegeben sein, dem der andere Kontrahent des Ersteren nicht förmlich beigetreten ist, wenn jenes Anerkenntniß nur in der nicht zu verkennenden Absicht abgegeben worden, die durch den mündlichen Vertrag begründete Verbindlichkeit auch zum Besten des anderen mündlichen Kontrahenten auszusprechen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1837. (Präj. Nr. 269.) (Präj. Samml. S. 10.)

3) Wie muß das Anerkenntniß beschaffen sein, um die im §. 185. bezeichnete rechtliche Wirkung zu haben, daß der Mangel der gesetzlich erforderlichen schriftlichen Abfassung des Vertrages nicht vorgeschützt werden könne?

a) Damit derjenige, welcher sich schriftlich oder zum Protokoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekennt, des Einwandes der mangelnden schriftlichen Abfassung verlustig erachtet werden könne, genügt es nicht, daß er den mündlichen Abschluß des Vertrages als bloße Thatsache einräume. Das Anerkenntniß muß auch in der Absicht erfolgen, die verbindende Kraft des Vertrages einzuräumen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Nov. 1844. (Präj. Nr. 1510.)

Der §. 185. erfordert nicht bloß das Anerkenntniß der Thatsache, daß ein mündlicher Vertrag abgeschlossen worden, sondern der Anerkennende soll sich zu dem Vertrage bekennen, d. h. er solle den Vertrag als obligatorisch für sich anerkennen, dergestalt, daß das Anerkenntniß die Stelle des vollständigen Vertrages vertritt. Es ist sonst die Erklärung nur ebenso anzusehen, als diejenige, welche im Prozesse Seitens eines Verklagten abgegeben wird, welcher die Thatsache des mündlichen Abschlusses eines Vertrages einräumt, die Verbindlichkeit aber bestreitet. (Präj. Samml. S. 13, Entsch. Bd. 10. S. 361.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Juni 1852 an. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 488.)

b) Aus diesem Grundsatze folgt insbesondere, daß derjenige Kontrahent, welcher im Prozesse »zu Protokoll« zugesteht, mit dem Gegentheil einen Vertrag in der von diesem behaupteten Art mündlich geschlossen zu haben, hierdurch des Einwandes der mangelnden schriftlichen Abfassung nicht verlustig wird.

Dies hat auch der II. Sen. des Ob. Trib. ausdrücklich anerkannt in dem Erk. v. 13. Jan. 1854, welches ausspricht, daß die §§. 185. u. 190. h. t. nicht von dem Zugeständnisse der in der Klage vorgebrachten Thatsachen und der darauf gegründeten Forderungen sprechen, sondern daß für solche der §. 82. A. G. O. I. 10. maßgebend ist. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 172 Nr. 42.)

Derselben Ansicht sind:

α) Die Gesetzrevisoren; denn sonst würde die ganze Theorie von den schriftlichen Verträgen zusammenfallen, und es würde dahin kommen, daß jeder mündliche Vertrag, den Jemand nicht ableugnen könne, für rechtsbeständig erklärt werden müßte; auch widerspreche es der Grundidee vom gerichtlichen Verfahren, daß ein Anspruch, den Jemand geltend machen will, erst im Laufe des Prozesses entstehen solle.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. zu §§. 170—181. des Entw. S. 106.)

β) Bornemann, welcher bemerkt, daß das bloße Zugeständniß der Thatsache, daß ein mündlicher Vertrag geschlossen worden, nur dann ein Anerkenntniß involvire, wenn damit zugleich die Genehmigung des Inhaltes des Vertrages verbunden ist, was bei dem im Prozesse Zugestehenden nicht der Fall sei. Zugleich theilt derselbe aus den Materialien hierüber Folgendes mit:

Die Redaktoren haben ihre Ansicht über diesen Punkt deutlich in den Materialien ausgesprochen. Ein Monent bemerkt zum Entw.: Damit nicht durch unrichtige Auslegung des §. 185. (135. Entw.) der Schluß gemacht werden könne, daß aus einem mündlichen Vertrage jede Erfüllungsklage anzunehmen und abzuwarten sei, ob nicht während des Prozesses ein Anerkenntniß erfolge, so werde die Einschränkung nöthig sein, daß ein solches Anerkenntniß schon vor Anstellung der Klage geschehen sein müsse. Der Geh. Rath G. erwiderte hierauf: Kein vernünftiger Richter wird eine solche Erklärung machen, und der Gesetzgeber würde sehr schlimm daran sein, wenn er allem Unsinn vorbeugen sollte. Suarez fügte bloß ein cessat hinzu.

(System Bd. 2. S. 466 und Anm.** ebendas., 2. Ausg. Bd. 2. S. 257 u. S. 258 Anm.)

γ) Koch; denn ein Geständniß sei kein »Anerkenntniß«, welches ein »Schuldbekenntniß« voraussetze.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 154.)

δ) Dr. Arndts; denn der Ausdruck: »Anerkenntniß« und der ganze Zusammenhang des §. 185. zeige, daß daselbst nur von nachfolgender schriftlicher oder protokollarischer Genehmigung oder Bestätigung des mündlichen Vertrages die Rede sei, welche indeß von dem zum Protokoll gegebenen Zugeständniß, mündlich einen Vertrag geschlossen zu haben, ganz verschieden sei, indem mit letzterem zugleich die Weigerung verbunden sei, den ungültigen Vertrag anzuerkennen.

(Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 139.)

ε) Siewert. (Mat. Hft. 6. S. 10.)

Auch Reinhard hebt den Unterschied zwischen Zugeständniß, als eines bloßen Beweismittels, und Anerkenntniß, als eines Rechtsgrundes, hervor, und führt aus:

a) daß das in Bezug auf einen bestimmten Klageanspruch abgegebene gerichtliche Anerkenntniß als ein vollkommener wirksamer Rechtsgrund zu betrachten, wogegen

b) anderweitigen Anerkenntnissen eine solche Kraft nicht beiwohne, vielmehr ihre Funktion darin zu setzen sei, daß sie bestehende Rechte wahren oder unvollkommene Rechtsgründe ihrer rechtlichen Vollendung oder Perfektion entgegenführen; als ein selbstständiger vollkommen wirksamer Rechtsgrund könne aber ein Anerkenntniß (abgesehen von letztwilligen Verordnungen [A. L. R. I. 12. §. 432.] und den Fällen zu a.) nur in sofern betrachtet werden, als es selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden könne (A. L. R. I. 5. §. 37., I. 9. §. 646., I. 20. §§. 18., 19.). Demnach könne eine Urkunde, worin bloß eine Verpflichtung aus einem zweiseitigen Geschäfte einseitig anerkannt werde, dem andern Theile kein Klagerecht gewähren und den Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht ersetzen.

(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 600 ff.)

c) Das Anerkenntniß eines mündlichen Vertrages setzt den Willensausdruck der Verpflichtung zu seiner Verbindlichkeit voraus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1849, weil der §. 185. ein schriftliches Bekenntniß zu einem mündlichen Vertrage verlangt, mithin die Erklärung, daß man sich der wechselseitigen Verabredung als einer verbindlichen unterwerfe, sie bindend machen wolle. (Entsch. Bd. 18. S. 242.)

d) Das im §. 185. erwähnte Anerkenntniß setzt voraus, erstlich: auf Seiten des Erklärenden den animus sese obligandi als noch gegenwärtig vorhanden und gerade jetzt zu beurkunden, und zweitens: daß ein mündlicher Vertrag über einen bloß der schriftlichen Abfassung bedürfenden Gegenstand vorliege.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Febr. 1846. (Entsch. Bd. 13. S. 188.)

e) Ein Anerkenntniß kann den Mangel der gesetzlich nothwendigen Form eines Vertrages nur dann ersetzen, wenn dasselbe in dieser Form abgegeben ist und daraus zugleich der wesentliche Inhalt der Verabredung erhellt.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 12. Aug. 1836. (Entsch. Bd. 1. S. 363.)

Derselben Ansicht ist Koch, welcher bemerkt, daß bei dem §. 185. vorausgesetzt werde, daß wenigstens alles Wesentliche des Rechtsgeschäftes aus dem Anerkenntnisse zu entnehmen sei, und daß das »so weit« sich auf Nebenabreden beziehe. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 154.) Vergl. dessen Beurtheil. der Entsch. S. 70.

Bornemann ist gleicher Meinung und bemerkt, daß im §. 185. statt der Worte: »so weit« das Wort: »falls« hätte gebraucht werden müssen; denn wenn aus dem Anerkenntnisse nicht alle wesentliche Bedingungen der Verabredung erhellten, so sei dasselbe wirkungslos.

(System Bd. 2. S. 464 Anm. ***, 2. Ausg. Bd. 2. S. 256 Anm. 3.)

4) Der §. 185. setzt eine von beiden Theilen vorher getroffene mündliche Vereinbarung voraus.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 37 Nr. 8.)

5) Die über Handelsgeschäfte ausgestellten Schlußscheine sind mindestens als schriftliche Anerkenntnisse des mündlich abgeschlossenen Vertrages anzusehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 63 Nr. 15.)

6) Die Wirkung des einseitigen Anerkenntnisses eines formlosen Vertrages ist nicht die völlige Gleichstellung desselben mit dem Vertrage selbst, sondern nur die Ausschließung des Einwandes der mangelnden Form. Es ist mit dem §. 185. beabsichtigt worden, »daß ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich defectum scripturae habe, sondern daß es nur dem agnoscenti obstire, wenn dieser sich auf den Mangel der Schriftlichkeit berufen wollte«[1]). Deshalb bedarf es z. B. nicht noch der Kassation des Anerkenntnisses nach §. 387. h. t. zur Aufhebung des Vertrages außer der wechselseitigen Einwilligung.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Juni 1850. (Entsch. Bd. 20. S. 93, 95.)

Vergl. die Erg. zum §. 387. h. t.

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in den Motiven des Pl. Beschl. v. 4. Dec. 1854 (Präj. Nr. 2585.) ausgesprochen.

Vergl. Zus. 3. zum §. 116. h. t.

7) Ueber den von dem im §. 185. vorausgesetzten, ganz verschiedenen Fall, wenn der eine Kontrahent seinen Antrag vollständig in Schriften gemacht und der andere seinerseits nur mündlich angenommen hat, vergl. die Präj. des Ob. Trib. Nr. 495. u. 1636. zum §. 174. h. t. Zus. 1. u. 3.

8) Eine bloß mündliche Erbschaftsentsagung erlangt auch durch nachheriges schriftliches Anerkenntniß keine Gültigkeit.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 274 Nr. 58.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 398 — 400.

9) Der Sukcessor muß das gegen sich gelten lassen, was der Autor in Betreff der veräußerten Sache nach geschehener Veräußerung anerkannt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 268 Nr. 56.)

10) Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Febr. 1857 findet ein verbindliches Anerkenntniß darin, wenn in einem Schuldscheine ein bestimmter, von dem Aussteller desselben akzeptirter, obgleich bedingter Verzicht des Gläubigers als Aequivalent angegeben ist, und nimmt an, daß alsdann die Art und Weise der Ausstellung dieses Verzichtes nicht mehr als ein Moment zur Entbindung des Schuldners von der in dem Schuldscheine übernommenen Verbindlichkeit herangezogen werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 77 Nr. 19.)

§§. 185. u. 188. Das schriftliche Anerkenntniß eines mündlich abgeschlossenen Vertrages macht denselben von Anfang, und nicht erst von dem Zeitpunkte des Anerkenntnisses an, rechtsverbindlich.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. April 1840.

Der §. 185. bezeichnet den Vertrag selbst als verbindlich, woraus folgt, daß das Anerkenntniß auf den Zeitpunkt des geschlossenen Vertrages zurückwirkt und diesen von Anfang an rechtsverbindlich macht. Dies bestätigen die folgenden Paragraphen, nach welchen diese Zurückerstreckung sogar bei den in der Form gültigen, aber wegen Mangels der Form oder ernstlichen Einwilligung ungültigen Verträgen stattfindet (§. 188.), und nur bei Anerkenntnissen, die von unfähigen Personen nach gehobener Unfähigkeit erfolgen, in der Regel ausgeschlossen ist. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 524.)

[1]) Vergl. die Bemerkung von Suarez zum §. 135. des gedr. Entw. (s. ob. Zus. 7. sub c zum §. 116. h. t.).

Derselben Ansicht ist Bornemann, welcher ausführt:

In diesem Falle enthält das Anerkenntniß nicht wie in den Fällen, wo der Vertrag wegen persönlicher Unfähigkeit oder wegen Unzulässigkeit des Gegenstandes ungültig ist, die Setzung eines neuen, sondern die Bekräftigung eines alten Vertrages. Hiervon kann nur dann eine Ausnahme stattfinden, wenn das Gesetz die absolute Nullität auf den Mangel der Form setzt, weil dann wirklich ein neuer Vertrag geschlossen werden muß. Aus gleichem Grunde ist auch in dem Falle eine rückwirkende Kraft des Anerkenntnisses anzunehmen, wenn Unfreiheit des Willens eines Kontrahenten der Grund der Ungültigkeit ist.

(Rechtsgesch. S. 203 ff., System Bd. 2. S. 521, 2. Ausg. Bd. 2. S. 296.)

Entgegengesetzter Meinung ist Siewert (Mat. Hft. 6. S. 8) auf Grund der Analogie des §. 192. h. t.

Auch Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 179) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 630 — 631) vertheidigen die entgegengesetzte Ansicht auf Grund der §§. 42 — 44. Tit. 4. Thl. I. A. L. R., wogegen §. 13. Tit. 20. nicht eingewandt werden könne, weil diese Vorschrift sich nur darauf beziehe, daß akcessorische Verpflichtungen mit der Hauptverpflichtung stehen und fallen.

Gruchot bemerkt:

Es handelt sich hier wohl nur um eine Thatfrage, nämlich um die Absicht des Anerkennenden. Liegt diese nicht ausgesprochen vor, ist jedoch der Wille kundgegeben, dem formlosen Vertrage durch das Anerkenntniß Rechtsbestand zu verleihen, so kann nichts entgegenstehen, die Wirkung des ohne Einschränkung abgegebenen Anerkenntnisses auf den Zeitpunkt des früheren Vertrages zurückzuerstrecken, weil eben die Absicht dahin ging, den früheren Vertrag zu einem den Anerkennenden bindenden zu machen. (Beiträge Bd. 1. S. 489.)

§§. 185. sqq. 1) Die Bestimmungen der §§. 185. ff. beziehen sich nur auf die Frage: in wiefern ein mündlich geschlossener Vertrag durch ein schriftliches Anerkenntniß verbindlich werden kann; ganz andere Rücksichten treten aber bei der Frage über die Verbindlichkeit des Anerkenntnisses einer Schuld ein. In letzterer Beziehung gilt der Grundsatz, daß das Anerkenntniß einer Verpflichtung, ohne Angabe des Entstehungsgrundes, diese selbst noch nicht begründet.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. März 1845.

Dies folgt zwar noch nicht aus den §§. 185. ff. h. t., weil diese nur von dem Anerkenntnisse eines Vertrages sprechen; allein der Satz ist deshalb wichtig, weil die Gesetze nirgends das Anerkenntniß als einen Entstehungsgrund von Rechten bezeichnen, sondern denselben nur in bestimmten Fällen, z. B. bei Anerkennung von Verträgen, gewisse Wirkungen beilegen (§§. 185. ff. h. t.). Nur insofern kann ein Anerkenntniß zur Begründung eines Rechtes dienen, als sich daraus die rechtsgültige Entstehung desselben herleiten läßt.

(Entsch. Bd. 11. S. 345 ff.)

Ebenso hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 14. Aug. 1840, 21. Mai 1841, 1. Dec. 1843, 27. Okt. u. 1. Nov. 1847 und v. 13. Jan. 1853 den Grundsatz ausgesprochen, daß ein Anerkenntniß, welchem es an der Angabe einer gültigen causa debendi mangelt, abgesehen von dem im Prozesse abgegebenen Zugeständnisse, für unverbindlich zu erachten sei.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 23 u. Bd. 5. S. 9 u. 294, Rechtsf. Bd. 3. S. 47 Nr. 24. u. Bd. 3. S. 30 Nr. 16., Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 196 Nr. 43.)

Die Schriftsteller sind indeß über die Frage abweichender Meinung und haben theils die Ausführung des Ob. Trib. angegriffen, theils dieselbe vertheidiget.

Gegen die Meinung des Ob. Trib. erklären sich insbesondere:

α) Koch, welcher behauptet, daß von einer causa debendi bei Anerkenntnissen gar nicht die Rede sein könne. Denn ein Anerkenntniß sei nichts als eine in Worten ausgedrückte Erklärung dessen, was in der Observanz durch Handlungen ausgedrückt werde. Der Rechtsgrund seiner Gültigkeit und Wirksamkeit (causa debendi) liege in ihm selbst; es sei ein Beweis für das Dasein des anerkannten Verhältnisses, nicht aber an sich der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses. Daher sei es stets zu berücksichtigen, sobald dabei die formellen Erfordernisse einer gültigen Willenserklärung vorhanden und das Bewußtsein des Erklärenden konstire, daß durch die Erklärung etwas Unbestimmtes oder Zweifelhaftes in dem bestehenden Verhältnisse näher bestimmt werden sollte.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 147 und Bd. 5. S. 25 u. 296.)

β) Kuh, welcher der Meinung ist, daß bei dem Anerkenntnisse eines dinglichen Rechtsverhältnisses gar nicht nach einer, nur dem Obligationenrechte bekannten, hier aber für den Rechtserwerb wesentlichen causa debendi gefragt werden könne. Es solle auch durch das Anerkenntniß gar kein neues Recht erworben werden, vielmehr habe es lediglich das Bekenntniß des Bewußtseins von dem Bestehen eines vorhandenen Rechtsverhältnisses, als dem rechtlichen Erfolge einer Thatsache, oder einer ganzen Reihe von Thatsachen, und der Unterwerfung unter diesen Erfolg, zum Zwecke. Es sei das Anerkenntniß nur der wörtliche Ausdruck des Bewußtseins. Die Ansicht des Ob. Trib. gehe dagegen von der irrigen Idee aus, daß durch das Anerkenntniß ein Recht neu begründet werden solle, und es beruhe somit das Erforderniß einer causa debendi hierbei theils auf diesem Irrthum, theils auf der ungenügenden Realisirung einer für obligatorische Verhältnisse vorhandenen und hier in ihrer Natur gegründeten Rechtsregel. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 129.)

Dagegen hat Burchardi die Entsch. des Ob. Trib. gegen die erhobenen Angriffe zu vertheidigen gesucht. (J. W. 1846 S. 221 ff.)

Gegen seine Auffassungsweise ist Arndts mit einer Replik aufgetreten. (J. W. 1846 S. 236.)

Dr. Kahle greift sowohl die Ausführung des Ob. Trib., als die Burchardi's an, und gelangt zu dem Resultate, daß die Beantwortung der Frage so zweifelhaft sei, daß es darüber einer gesetzlichen Deklaration bedürfe. (J. W. 1846 S. 441 ff.)

Roloff giebt eine Kritik aller dieser Ansichten und sucht auszuführen, daß dem einfachen Anerkenntnisse, um dasselbe wirksam zu machen, nothwendig noch etwas hinzutreten müsse, daß nämlich das anerkannte dingliche Recht rechtsverjährte Zeit fortgesetzt, oder daß das Anerkenntniß mit einer wirklichen Willenserklärung verbunden sein müsse. Im letzteren Falle müsse nämlich die Erklärung außer dem Anerkenntnisse zugleich die Uebernahme der Verbindlichkeit enthalten, bei dem Anerkenntnisse auch in Zukunft stehen bleiben zu wollen. Trete dem Anerkenntnisse ein wirklicher Vertrag, wodurch sich der Eigenthümer zur fortdauernden Anerkennung des bestehenden oder als bestehend vorausgesetzten Rechts verpflichte, hinzu, so falle ein solches Rechtsgeschäft unter den Begriff der Novation. Diese Novation könne aber außer der konventionellen auch in einem Judikate bestehen.
(J. W. 1847 S. 185 ff.)

Die Ansicht des Ob. Trib. ist neuerdings angefochten von Kräwel. (J. W. 1849 S. 129 ff.)

2) Vergl. übrigens: a) in Betreff des Anerkenntnisses der Verpflichtung eines Grundstückes zu Besitzveränderungs-Abgaben den §. 49. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §§. 714—746;

b) in Betreff der Anerkenntnisse in Urbarial-Verhandlungen die Erg. zum A. L. R. II. 7. §§. 141. sqq.

c) in Betreff der im Prozesse abgegebenen Anerkenntnisse die Erg. zur A. G. O. I. 8. §§. 14., 15.

§§. 186. 187. Wenn ein Vertrag wegen Zwanges ungültig ist und behauptet wird, daß derselbe durch Anerkenntniß konvaleszirt worden, so liegt dem Behauptenden der Beweis ob, daß zur Zeit der Abgabe des Anerkenntnisses das bei der ersten Schließung des Vertrages entgegengestandene Hinderniß behoben war.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Mai 1856. (Entsch. Bd. 33. S. 8 ff.

§. 189. 1) Enthalten Abschlagungszahlungen oder Partialleistungen ein stillschweigendes Anerkenntniß in Ansehung des Restbetrages der Schuld?

a) Siewert bemerkt, daß, wenn nicht ein bei der Zahlung oder Prästation zu Grunde liegender Irrthum nachgewiesen werden könne, solche stets den Anfang der Erfüllung enthalte, zu welcher der Zahlende oder Leistende sich verpflichtet glaube, ohne jedoch den Umfang der Verpflichtung selbst anzugeben. (Mat. Hft. 6. S. 17.)

b) Grävell theilt diese Ansicht und bemerkt, daß schon deshalb aus der Zahlung allein kein Schluß auf die Anerkennung des nicht Bezahlten gemacht werden könne (§. 191.), wogegen die Zahlung, wenn sie unter den im §. 187. angegebenen Verhältnissen erfolge, aus dem Grunde allein nicht zurückgefordert werden könne, daß der Vertrag, aus dem sie entsprungen, an einem formellen Fehler der Willenserklärung leide; andere Einwendungen gegen den Vertrag aber würden durch eine abschlägliche Zahlung nicht gehoben (§. 170. Tit. 16., §. 754. Tit. 11. u. §. 1247. A. L. R. II. 8.), namentlich nicht die aus der unverbindlichen äußeren Form des Vertrages in Gemäßheit der Bestimmungen §§. 155. ff.
(Generaltheorie S. 181 Anm. ***)

c) Bornemann ist der Ansicht, daß Abschlagszahlungen, wenn sie als solche, unter Kenntniß und Voraussetzung der übernommenen Verpflichtung, in einem freien Zustande entrichtet werden, ein Anerkenntniß enthalten.
(Rechtsgesch. S. 204, Syst. Bd. 2. S. 521, 2. Ausg. Bd. 2. S. 296.)

d) Koch nimmt an, daß eine Theilzahlung keine das Ganze genehmigende Handlung (§. 191.) sei. (Landr. Bd. 1. zum §. 191.)

e) Vergl. Gruchot's Beiträge Bd. 1. S. 489.

2) Wenn ein Kontrahent, der sich bei Abschließung eines Vertrages in einem wesentlichen Irrthume befand, nach dessen Aufklärung dennoch gegen den anderen Kontrahenten aus dem Vertrage auf Erfüllung klagt, so ist hierin ein gültiges stillschweigendes Anerkenntniß des Vertrages enthalten.

Angenommen von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht).
(Centralbl. 1843 S. 363.)

Koch ist gleicher Ansicht.
(Landr. Bd. 1. S. 259 zum §. 191. h. t.)

3) Ueber die Anwendbarkeit des Grundsatzes des §. 189. auf den Fall, wenn ein nur mündlich Bevollmächtigter in Fällen, wo es einer schriftlichen Vollmacht bedurfte, in der gesetzlichen Form gehandelt, und der Vertrag die mündliche, oder auch nur die stillschweigende Genehmigung des Machtgebers erhalten hat, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 22. April 1850 in den Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 142—146.

§. 190. Das Anerkenntniß einer Mühlenabgabe von Seiten des Verpflichteten im Auseinandersetzungsverfahren ist auch auf die Eigenschaft derselben als Grundabgabe zu beziehen und steht dem Verpflichteten auch in dieser Beziehung entgegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1848.

Der §. 190. h. t. steht nicht entgegen; denn das Auseinandersetzungs-Verfahren ist ein prozessualisches; im Prozesse aber ist die Gültigkeit eines Zugeständnisses, durch welches der Verklagte die Forderung einräumt, nicht davon abhängig zu machen, daß aus der Erklärung des Zugestehenden der Entstehungsgrund der Forderung hervorgehe, weshalb der §. 190. nicht paßt. Auch steht der §. 65. A. G. O. I. 25. nicht entgegen; denn die darin vorgeschriebene Belehrung ist niemals nothwendig, wenn sich ergiebt, daß Verbindlichkeiten anerkannt worden, welche nach ihren Wirkungen und Folgen von der Partei vollständig übersehen werden können.
(Zeitschr. des Rev. Koll. Bd. 3. S. 83 Nr. 3.)

§§. 193—199. Verstärkung der Verträge durch Entsagung der Einwendungen.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. Abschn. 7.

§. 194. Vergl. die Erg. zu den §§. 37. u. 38. h. t.

§. 197. 1) Wie ist der Ausdruck: »ausdrücklich« im §. 197. zu verstehen?

a) Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 187) und Bielitz Komm. Bd. 1. S. 634) meinen, daß auch Einwendungen, welchen im Kontrakte stillschweigend entsagt worden, nicht mehr vorgeschützt werden können. Denn das Wort »ausdrücklich« im §. 197. sei nicht in dem Sinne zu nehmen, in welchem es im §. 60. Tit. 4 gebraucht ist und den Gegensatz von stillschweigend ausmacht; es würde sonst der §. 197. mit §. 382. Tit. 16. und §. 168. h. t. nicht zu vereinigen sein. Ausdrücklich könne vielmehr nur so viel heißen, als gewiß, bestimmt, unbezweifelt (§. 193. h. t.)

b) Hiergegen bemerkt Koch:

Der Ausdruck ist nach seinem gewöhnlichen Wortsinne, als Gegensatz von »stillschweigend«, zu nehmen. Es können daher keineswegs Einwendungen, welchen vermeintlich stillschweigend im Vertrage entsagt worden, zurückgewiesen werden. Der §. 382. A. L. R. I. 16. bezieht sich gar nicht auf die Abschließung eines Vertrages. (Landr. Bd. 1. Anm. 83. zum §. 197. h. t.)

2) Die Entsagung aller ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel mit der Wirkung, daß die Entscheidung des kompetenten Ge-

richts erster Instanz zu Gunsten des andern Theils, gegen den Entsagenden ohne Weiteres als ein rechtskräftiges Urtheil vollstreckbar wird, ist als eine vertragsmäßige Festsetzung für gültig zu erachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Febr. 1845.

(Entsch. Bd. 12. S. 473.)

§. 199. 1) Die Bezugnahme des §. 199. auf Thl. II. Tit. 20. fällt weg. Das Strafgesetzbuch v. 14. April 1851 enthält keine entsprechende Bestimmung.

Koch nimmt an, daß damit die Strafbarkeit der außergerichtlichen Eide (A. L. R. II. 20. §§. 1425—1430.) wegfalle, wenn die Handlung nicht sonst als strafbar qualifizirt werden kann [1]).

(Landr. Bd. 1. zum §. 199. h. t.)

2) Das R. v. 14. Mai 1821 spricht aus, daß Privatpersonen nicht berechtigt sind, ihre Haus- und Wirthschaftsbeamten vereidigen zu lassen; denn im §. 1426. A. L. R. II. 20., womit die Parallelstellen des A. L. R. I. 5. §. 199. und der A G. O. I. 10. §§. 227. ff. übereinstimmen, seien alle außergerichtlichen Versprechungseide verboten. Gerichtliche Eide aber seien nicht solche, die der Richter abnimmt, sondern die er abnehmen darf, und über die Gesetze hinaus sei er dazu nicht befugt. (Jahrb. Bd. 17. S. 249, Gräff Bd. 1. S. 387.)

Vergl.:

a) Meditation über die Frage: ob Privatpersonen ihre Haus- und Wirthschaftspersonen bei Antretung des Dienstes gerichtlich vereidigen lassen dürfen?

(Centralbl. 1838 S. 229.)

b) Bornemann's Mittheilungen über die Entstehungsgeschichte des R. v. 14. Mai 1821 und die abweichenden Ansichten des Kammergerichts darüber.

(System Bd. 2. S. 523 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 297.)

§§. 200—204. Bestärkung der Verträge durch gerichtliche Bestätigung.

§. 200. Die Rechtsgeschäfte, welche zu ihrer Gültigkeit eine causae cognitio und die richterliche Bestätigung erfordern, machen eine Ausnahme von der Regel des §. 200. Außer solchen Ausnahmefällen ist durch den §. 2. des Ges. v. 23. April 1821 (G. S. S. 43) die Bestätigung auch insofern aufgehoben, als sie auf Provinzialrechten beruhte.

Vergl. die Erg. zur A. G. O. II. 1. §. 3.

§. 203. Findet ein Widerspruch zwischen dem §. 203. h. t. und dem §. 126. A. G. O. I. 10. statt?

Koch verneint; denn in jeder dieser Stellen sei von einem anderen Gegenstande die Rede. Der §. 203. bestimme, es solle auf Einwendungen nicht gehört werden, welche nicht sogleich klar gemacht werden können; dadurch sei aber die Ausführung der illiquiden Einwendungen in einem Separatverfahren nicht genommen, und im §. 126. A. G. O. I. 10. werde die Thatsache bezeichnet, wodurch die Urkunde ihre Beweiskraft verlieren könne. Hier sei lediglich die Rede von dem Gegenbeweise gegen die Urkunde in Beziehung auf die Thatsache, daß die Erklärung übereinstimmend mit der Schrift verlautbart worden, über die Einwendungen gegen das Rechtsgeschäft werde hier nichts bestimmt. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 326.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 10. §. 226.

§§. 205—225. Verstärkung der Verträge durch Draufgabe.

Zur Erläuterung der Begriffe von Wandelpön, Konventionalstrafe u. Vadium. (Mathis Bd. 2. S. 469.)

§. 206. Wenn in einem zweiseitigen Vertrage, dessen Erfüllung zukünftig ist, ein Angeld gegeben, und über dieses Angeld ein Wechsel ausgestellt worden ist, so enthält dessen Einziehung nicht die Rücknahme des Angeldes als solchen, beziehungsweise nicht die Wiederaufhebung der angefangenen Erfüllung des Kontrakts.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Juni 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 243 Nr. 55.)

§. 209. Im §. 209. Z. 4. ist statt: »Tit. 5. Abschn. I.« zu setzen »Tit. 5.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 216. Bornemann nimmt, auf Grund der Materialien und der Worte des Gesetzes, an, daß das Eigenthum der arrha confirmatoria und poenitentialis nach §. 216. mit der Uebergabe auf den Empfänger übergeht, welcher sie sich aber, wenn sie ein Angeld ist, auf die Leistung des Gebers anrechnen muß (§§. 206., 207.), während er sie sonst neben dieser Leistung behält (§. 208.) [1]).

(System Bd. 2. S. 527 Anm.**, 2. Ausg Bd. 2. S. 300.)

Koch bemerkt in dieser Beziehung: es sei zwar nicht ausgedrückt, folge aber aus dem Gegensatze, daß die Draufgabe nicht zurückgegeben werde. Nach Röm. Rechte sei es kontrovers, ob das Eigenthum der Arrha auf den Empfänger übergegangen sei oder nicht, wobei man den Unterschied zwischen der Natur der Arrha und der Zugabe nicht berücksichtigt habe. Diese Kontroverse entscheide der §. 216. dahin, daß in allen Fällen das Eigenthum der Draufgabe auf den Empfänger übergehe. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 331.)

Temme nimmt an, daß die Draufgabe, wenn sie keine Wandelpön ist, der Regel nach dem Empfänger verbleibe, welcher sie, falls sie nicht Angeld ist, neben der eigentlich kontraktlichen Erfüllung behalte. Dies folge aus §. 216., und weil das Gesetz von einer Rückgabe nicht spreche. (Lehrb. Bd. 1. S. 181.)

§§. 219. sqq. Nach welchem Werthe ist dem Geber in den Fällen der §§. 219. ff. die Draufgabe anzurechnen?

a) Siewert nimmt nach §. 162. in Verbindung mit §§. 220—223. an, daß der Werth, den sie zur Zeit des erklärten Rücktrittes hatte, maßgebend sei, weil der Geber nach der Voraussetzung selbst Schuld an dem Rückgange des Vertrages und an seinem etwanigen Verluste hierbei sein solle. (Siewert Hft. 6. S. 57.)

b) Die Gesetzrevisoren glauben dagegen, daß der Werth zur Zeit der Uebergabe angenommen werden müsse; denn, da das Eigenthum durch die Uebergabe auf den Empfänger übergegangen sei, so könne von keinem anderen Werthe die Rede sein, als welchen sie in jenem Zeitpunkte gehabt habe.

(Ges. Rev. a. a. O. Motive zu §§. 189., 209. des Entw. S. 112.)

§§. 220. u. 221. In beiden Fällen (§§. 220. u. 221.) findet die condictio sine causa auf Rückgabe des Gegebenen und noch Vorhandenen statt.

Anerkannt von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Dec. 1847.

(Entsch. Bd. 16. S. 172.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 262. ff.

§§. 220—223. Vergl. Suarez in der Revision der Mon. der Gesetzkomm. (Jahrb. Bd. 52. S. 7.)

§. 224. Welche Folgen treten ein, wenn der Empfänger der Draufgabe eine Unfähiger ist?

a) Grävell (Generaltheorie S. 202) und die Gesetzrevisoren (Motive zu §§. 189—209. des Entw. S. 112) nehmen an, daß der Unfähige selbst durch den Empfang der Draufgabe, den Fall des §. 33. h. t. ausgenommen, nur soweit verhaftet werde, als eine nützliche Verwendung dargethan werden könne, oder die Vindikation Platz greife.

b) Bornemann bemerkt:

Es kommt darauf an, ob er auch unfähig gewesen, Sachen, wie die Arrha, gegen Entgelt zu übernehmen oder nicht; im ersteren Falle wird er, wenn die Draufgabe nicht in Natur zurückgegeben werden kann, in soweit verpflichtet, als er durch den Empfang reicher geworden, im anderen nur soweit, als er zur Zeit des gerechten Anspruches sich noch im Besitze eines Vortheiles befindet (§§. 265—267., 273. und 274. A. L. R. I. 13.).

(Rechtsgesch. S. 311.)

c) Siewert meint, es solle dann wahrscheinlich die Regel des §. 221. h. t. eintreten. (Materialien Hft. 6. S. 53.)

d) Bielitz ist der Ansicht, daß die Draufgabe nach §. 220., wie sie sei, zurückgenommen werden müsse. (Komm. Bd. 1. S. 648.)

---

[1]) Die Richtigkeit dieser Ansicht ist nach den Worten des Art. II. des Einführgeſ. zum Strafgesetzb.: »alle Strafbestimmungen, die Materien betreffen, auf welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch sich bezieht«, keineswegs ohne Bedenken.

[1]) Früher hatte Bornemann angenommen, daß das Draufgeld, wenn es nicht als Angeld gegeben worden, nach Erfüllung des Vertrages zurückgegeben werden müsse, weil nun der Zweck desselben wegfalle, und daß daher der §. 216. h. t. in einem beschränkteren Sinne zu verstehen sei.

(Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 307, 312, 314.)

Vergl. übrigens auch Siewert, Hft. 6. S. 47. — Grävell, Generaltheorie S. 199 Anm.* und Klein's System 2. Ausg. Bd. 1. S. 133 Nr. 1.

e) Koch nimmt an, daß in solchen Fällen nur die Bereicherungsklage stattfinde, wogegen von dem Institute der »nützlichen Verwendung« in juristischer Bedeutung hier keine Rede sein könne.

(Landr. Bd. 1. zum §. 224. h. t.)

§§. 226—251. Nebenbestimmungen bei Verträgen.

Gruchot's Beiträge Bd. 1. S. 497—521.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §§. 99—169.

§§. 226—229. Bedingung, Zweck, Bewegungsgrund.

§§. 227. u. 228. Hat eine im Vertrage festgesetzte unverbindliche Stipulation die Ungültigkeit des ganzen Vertrages auch in seinen übrigen, an sich gültigen Bestimmungen zur Folge?

Bejahet von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. März 1847 für den Fall, wenn der Vertrag ein zusammenhängendes Ganze bildet und derselbe in seinen wesentlichen Theilen nicht bestehen kann. (Rechtsfälle Bd. I. S. 20 Nr. 11.)

Vogler ficht die faktische Grundlage dieser Entsch. an, und will in dergl. Fällen genau unterschieden wissen, ob die verschiedenen Vertragsbestimmungen wirklich in innerem Zusammenhange stehen, oder ob nur ein äußerer Zusammenhang verschiedener, in einer Urkunde zusammengefaßten Rechtsgeschäfte vorliege.

(J. W. 1847 S. 572.)

§. 229. Vergl. die Erört. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 497 ff.

§§. 230—246. Zeit.

§§. 230. u. 231. 1) Ueber die Art und Weise der Ergänzung der fehlenden Zeitbestimmung durch den Richter bemerken die Gesetzrevisoren:

Die richterliche Thätigkeit in Ergänzung der fehlenden Zeitbestimmung kann nicht anders als durch Urtheil und Recht sich äußern, wie der Zusatz: bei entstehendem Streite, deutlich ergiebt. Auch sind die Ausdrücke: es tritt richterliche Bestimmung ein, — der Richter kann den einen Theil dazu anhalten, kann die Unterschrift ergänzen, — die unnütze Bedingung aufheben u. s. w., in unserem G. ganz gewöhnlich und beziehen sich immer auf eine richterliche Thätigkeit, die sich durch einen Urtheilsspruch äußern soll. Bei der scharfen Scheidung, die unsere Pr. O., abweichend vom gem. Deutschen Prozesse, zwischen Erk. und anderen richterl. Verf. gezogen hat, und bei der genauen Bezeichnung aller derjenigen Verfügungen, die ohne Erk. auf bloßes Anrufen eines oder beider Theile erlassen werden können, ist in dieser Hinsicht kein Mißverständniß zu befürchten. (Gesetzrev. a. a. O. S. 112.)

Vergl. Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 552 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 307 und Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 512—514.

2) Wenn der Tag, aber nicht die Stunde bestimmt ist, so kommt bei fortdauernden wiederkehrenden Leistungen nicht der §. 230. h. t., sondern der Grundsatz des §. 47. A. L. R. I. 3. zur Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Aug. 1841.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 372 ff.)

3) Koch führt aus, daß, wenn die Partei, welche die Zeit für gekommen hält, schlechtweg klagt, und der Beklagte die Einrede der Vorzeitigkeit macht, der Richter zur Leistung auf diejenige Zeit, welche er für geeignet hält, zu verurtheilen habe. Eine Abweisung zur Zeit sei in diesem Falle nicht sachgemäß, vielmehr könne die plus petitio tempore nur auf den Kostenpunkt Einfluß haben.

(Landr. Bd. 1. S. 264 Anm. 1.)

§§. 233. u. 235. Das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Dec. 1851 betrifft die Fragen:

a) ob der §. 233. auch auf belohnende Schenkungen Anwendung findet? und

b) ob der §. 235 auch auf bloß wohlthätige Verträge anwendbar ist?

Der Richter zweiter Instanz hatte angenommen, der §. 233. sei auf belohnende Schenkungen nicht anwendbar, sondern es sei dabei nach Maßgabe der Bestimmungen in den §§. 236. u. 237. zu entscheiden.

Das Ob. Trib. führt aus:

Der §. 230. stelle als Regel auf, daß, wenn die Erfüllungszeit in dem Vertrage gar nicht bestimmt sei, bei entstehendem Zweifel die richterliche Bestimmung eintreten solle. Die §§. 232 — 235. h. t. enthielten die Normen zur Leitung dieser richterlichen Bestimmung. Der §. 235. bilde zu den §§. 230. ff., insbesondere zu den §§. 232. u. 233. eben so einen Gegensatz, wie in anderer Beziehung der §. 233. zu dem §. 232. Während nämlich die §§. 230—234. sich mit dem Falle der völlig unbestimmt gebliebenen Erfüllungszeit beschäftigten, handle der §. 235. von dem Falle, wo durch unbestimmte Ausdrücke eine nahe Zeit der Erfüllung angedeutet, wo also, wenn auch nicht klar, eine nahe Zeit als Erfüllungszeit von den Paciszenten gesetzt worden ist. In Bezug auf einen solchen Fall werde ein Unterschied zwischen lästigen und wohlthätigen Verträgen nicht gemacht; dieser Unterschied könne in ihm auch keine Berechtigung finden, weil vertragsmäßig, wenn auch nicht auf Tag und Stunde, doch eine nahe Zahlungszeit bestimmt sei, mithin immer der im Vertrage, gleichviel, ob es ein lästiger oder ein wohlthätiger ist, angedeutete Wille des Promittenten entscheide. Wenn also ein solcher Fall thatsächlich vorliege, so könne nicht der sich von dem Falle der ganz unbestimmt gebliebenen Erfüllungszeit verhaltende §. 232., sondern es müsse der diesen Fall ausdrücklich behandelnde §. 235. zur Anwendung kommen, und es könne dahingestellt bleiben, ob der §. 233. auch von remuneratorischen Schenkungen zu verstehen sei oder nicht.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 174 Nr. 37.)

§. 236. 1) Wenn der Schuldner versprochen hat, nach Möglichkeit und sobald er ohne seinen Ruin Zahlung leisten könne, zu zahlen, so ist Erhaltung des Schuldners als der Zweck der Nachsicht anzunehmen. Eine erhöhte Einnahme gewährt aber noch nicht die Ueberzeugung, daß der Schuldner ohne seinen Ruin zahlen könne; es sind vielmehr neben derselben auch die nothwendigen (vermehrten) Ausgaben zu veranschlagen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Sept. 1848.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 304 Nr. 150.)

Koch bezeichnet den Ausgangspunkt der Motivirung dieses Präjudikats als uneigentlich. Nicht von der Nachsicht des Gläubigers, sondern von der Willkühr des Schuldners sei auszugehen. Denn von einer Nachsicht könne in allen den Fällen nicht die Rede sein, wo die kontraktliche Zeitbestimmung in Betracht kommen soll; der Schuldner sei nicht schuldig, früher zu zahlen, als er versprochen habe. Aber es sei deutlich, daß der Promittent seine Willkühr in der Zeit der Erfüllung durch den Eintritt solcher Vermögensverhältnisse beschränkt habe, welche ihm die Erfüllung neben der Aufrechthaltung seines Nahrungsstandes gestatten; und diese Veränderung in seinen Umständen sei es auch allein, welche seiner Willkühr ein Ende mache. (Landr. Bd. 1. S. 265 Anm. 2.)

2) Zur Erläuterung des in einem Schuldreverse gegebenen Versprechens der Zahlung, »sobald der Schuldner zu besseren Vermögensverhältnissen kommen würde«, und in Bezug auf die Frage: ob in diesem Falle dem klagenden Gläubiger der Beweis dieser besseren Vermögensverhältnisse obliege? hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Sept. 1851 Folgendes ausgeführt:

Wenn zur Zeit der Ausstellung eines Reverses, worin der Schuldner sich verpflichtete, seine Schuld in Terminen abzutragen, »sobald er in bessere Vermögensverhältnisse kommen würde«, der Konkurs über sein Vermögen schwebte, und demnächst dieses Verfahren wieder aufgehoben und er in die freie Verfügung über sein Vermögen getreten ist, sich auch aus dem Reverse ergiebt, daß der Gläubiger durch Bewilligung der Terminalzahlungen ein Mittel für die Aufhebung des Konkurses abgegeben hat, und wenn ferner die erste Abschlagszahlung in eine nicht ferne Zukunft gesetzt worden ist, wo es dem Aussteller des Reverses möglich sein mußte, seine Vermögensverhältnisse und die Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu übersehen, so stellt sich die bezeichnete Klausel des Reverses mehr als ein im Ganzen unbestimmter Vorbehalt für das an sich unbedingte Zahlungsversprechen, denn als eine wirkliche Bedingung dar, gleich als wenn die Zahlung »nach Möglichkeit« versprochen wäre. Die so zugesagte Erfüllung unterliegt aber nach §. 236. h. t. der richterlichen Bestimmung, und wenn der Schuldner überdies selbst den Anfang seiner Abschlagszahlungen in sehr naher Zukunft versprochen hat, hierin aber die eigene Ueberzeugung von der Möglichkeit ihrer Erfüllung zur stipulirten Zeit sich ausspricht, so muß die Verurtheilung zur Zahlung nach Maßgabe des Reverses um so mehr erfolgen, als schon in der Aufhebung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners die Möglichkeit zu erkennen ist, daß derselbe seine Verbindlichkeiten erfüllen könne. Sollte sich diese Möglichkeit aber auch nicht herausstellen, sondern die Exekution fruchtlos bleiben, so muß der Schuldner es sich selbst beimessen, daß er sein Zahlungsversprechen an so unbestimmte Ausdrücke geknüpft hat, die sich anders, als durch eine faktische Untersuchung seiner Vermögensverhältnisse im Wege der Exekution nicht füglich zur Aufklärung bringen ließen; denn jedenfalls befindet sich der

Gläubiger außer Stande, dem Schuldner die eingetretene Verbesserung seiner Vermögensverhältnisse nachzuweisen, zumal der Begriff der Verbesserung an sich ein schwankender und nur relativer ist.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 270 Nr. 57.)

3) Das Versprechen des Schuldners, Zahlung zu leisten, sobald er zu besseren Vermögensumständen gelangt sein würde, bildet eine, der aufschiebenden Bedingung gleich zu achtende ungewisse Zeitbestimmung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juli 1853.

Von den in den §§. 230., 235. und 236. h. t. gedachten Fällen verschieden ist der (hier in Rede stehende) Fall, wenn die Erfüllung in an sich bestimmten Ausdrücken von dem obschon ungewissen Eintritte irgend eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht worden. Alsdann findet der §. 163. A. L. R. I. 4. Anwendung, und es muß daher der die Erfüllung fordernde Berechtigte nachweisen, daß jenes Ereigniß wirklich eingetreten sei; andererseits aber ist der erkennende Richter dergestalt an die jenen Zeitpunkt feststellende Willenserklärung gebunden, daß er den Termin der Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit nicht anders bestimmen, sondern nur beurtheilen darf, ob der dem Berechtigten obliegende Beweis geführt ist.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 355 Nr. 72.)

§. 237. Die Vorschrift des §. 237. findet auf den Fall keine Anwendung, wenn der Darlehensschuldner die Rückzahlung des Kapitals, »sofern seine Vermögensverhältnisse es ihm möglich machen sollten,« verspricht.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm (Datum des Urtels konstirt nicht).

Die §§. 236. u. 237. setzen eine Unbestimmtheit in den Ausdrücken voraus, welche darauf hindeutet, daß die Zeit der Erfüllung lediglich der Willkühr der Verpflichteten anheim gegeben sein soll. Dies ergiebt der damit in unmittelbarer Verbindung stehende §. 238., welcher jenem Falle den gleichstellt, wo die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten ausdrücklich überlassen ist, und daher in beiden Fällen die Anstellung der Klage erst nach dem Tode des Verpflichteten für zulässig erklärt. Wenn aber der Eintritt der Zahlungsverbindlichkeit davon abhängig gemacht ist, daß der Schuldner nach seinen Vermögens-Umständen Zahlung leisten kann, so läßt sich nicht behaupten, daß die Zeitbestimmung in seine Willkühr gestellt ist, da eine Verbesserung seiner Vermögenslage auch ohne sein Zuthun eintreten kann. Es liegt alsdann einfach der Fall einer bedingten Zahlungsverpflichtung vor, weshalb es sich nur fragen kann, ob diese Bedingung wirklich eingetreten sei? (Gruchot, Beiträge Bd. 1. S. 64.)

Gruchot tritt dieser Ansicht bei. (a. a. O. S. 65—66.)

§. 238. Die Erklärung des Eigenthümers eines Grundstückes, solches seinem Sohne für einen bestimmten Preis verschreiben lassen zu wollen, jedoch mit dem Vorbehalte, die Zeit der Uebergabe zu bestimmen, berechtigt den Sohn, welcher diese Erklärung akceptirt hat, bei Lebzeiten des Vaters nicht, die förmliche Kontraktserrichtung zu fordern.

So erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1847, auf Grund des §. 238. (Rechtsf. Bd. 3. S. 177 Nr. 90.)

§§. 247—251. Ort.

Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen vergl. Bornemann's Mittheilungen aus den Materialien.
(Syst. Bd. 2. S. 580, 2. Ausg. Bd. 2. S. 311).

§§. 247. 248. Wenn durch die Schuld des zur Gewährung eines Altentheils Verpflichteten die ursprüngliche Erfüllungsart unmöglich wird, so muß er der Regel nach die zu leistende Entschädigung an dem demnächstigen Wohnorte des ausgetriebenen Altsitzers prästiren. Der Letztere ist jedoch dieserhalb nicht befugt, sich seinen künftigen Wohnort nach Belieben zu wählen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. April 1855.

Die §§. 247. und 248. h. t. setzen den Fall voraus, daß über den Ort der Erfüllung des Vertrages überhaupt nichts bestimmt worden, und passen daher nicht auf den Fall des am Orte des mit dem Altentheil belasteten Grundstücks zu erfüllenden Vertrages, sondern es müssen da, wo die Erfüllung durch Schuld des Altentheils-Verpflichteten unmöglich geworden, die Bestimmungen der §§. 369. und 370. h. t. zur Anwendung kommen, wobei alsdann das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, an welchem Orte die Erfüllung zu leisten ist. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 344 Nr. 75.)

§. 248. 1) Der im §. 248. gebrauchte Ausdruck: »Geben« ist auch auf Zahlungen zu beziehen. Auch die Zahlung des Pachtgeldes ist gesetzlich in dem Wohnorte des Verpächters zur Zeit des geschlossenen Vertrages zu leisten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1854.

Die Leistung in einem Geben ist der Leistung einer Handlung gegenübergestellt, und unter dem Geben auch eine Zahlung, oder die Erfüllung durch Hingabe von baarem Gelde oder geldwerthen Papieren begriffen. (§. 28. A. L. R. I. 16.) Für den Ort der Zahlung von Pachtgeldern entscheidet der §. 263. A. L. R. I. 21. nicht; denn obgleich derselbe auf die Vorschriften vom Kaufgelde verweist, so enthalten doch die in Bezug genommenen §§. 46. ff. A. L. R. I. 11. keine Bestimmung über den Ort der Zahlung derselben, und der §. 93. a. a. O. ist nur eine Konsequenz des §. 221. a. a. O., welche für Pachtkontrakte keine passende Analogie bildet.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 108 Nr. 25.)

2) Der Ausdruck: »gewohnt hat« im §. 248. ist so allgemein, daß darunter ebensowohl die Wohnung resp. Behausung des Gläubigers, als auch der Wohnort — die Stadt oder das Dorf, wo derselbe seinen Wohnsitz hat, — verstanden werden muß. Hierfür spricht auch die auf den Immediatbericht v. 26. Mai 1840 über die Auslegung des §. 52. A. L. R. I. 16. ergangene K. O. v. 13. Juni 1840[1]).

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 200 Nr. 41.)

§§. 252—269. Auslegungsregeln.

Gruchot's Beiträge Bd. 1. S. 522—527.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §§. 65—74.

§§. 254 u. 255. Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen vergl. Bornemann's System Bd. 2. S. 443, 2. Ausg. Bd. 2. S. 246.

§§. 254—262. Ueber die Frage: ob die in einem älteren Vertrage enthaltene Bestimmung, daß demselben ein unter denselben Parteien zu schließender jüngerer Vertrag nicht entgegenstehen soll, rechtliche Wirkung hat? vergl. das (nur auf thatsächliche Motive gestützte) Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Juli 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 6 Nr. 4.)

§. 256. Vergl. die Maß- und Gewichts-Ordn. v. 16. März 1856 nebst deren Erg. und Erl. zum A. L. R. II. 13. §. 12.

§§. 257—259. 1) K. O. v. 25. Okt. 1825, daß bei künftigen Verträgen und Rechnungen unter der Bezeichnung vom Groschen nur Silbergroschen verstanden sein sollen.

Da der Umlauf der alten Scheidemünze nunmehr nicht weiter stattfindet, so setze Ich fest, daß bei jeder Art von Verträgen, so wie bei Rechnungen, unter der Bezeichnung von Groschen jedesmal Silbergroschen als Dreißigtheile eines Thalers, so wie unter Pfennigen zwölf Theile eines Silbergroschens oder dreihundertsechszig Theile eines Thalers zu verstehen sind[2]). Der Preissteller ist verbunden, die Zahlung hiernach anzunehmen, so daß fernerhin eine Rechnung auch nicht in ihren einzelnen Positionen in Groschen nach der Eintheilung von $\frac{1}{24}$ Thaler gestellt, und etwa nur die Hauptsumme auf Silbergroschen reduzirt sein darf, vielmehr der Zahlungspflichtige berechtigt sein soll, jede in Kourant aufgeführte Untereintheilung eines Thalers als Silbergroschen oder $\frac{1}{30}$ und diese a 12 Pfennige zu rechnen und zu zahlen.
(G. S. 1825. S. 227.)

2) K. O. v. 25. Nov. 1826 (G. S. S. 115) und K. O. v. 30. Nov. 1829 (G. S. S. 3) §§. 3. u. 4.[3])

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 52.

[2]) Diese Bestimmung findet nur dann Anwendung, wenn die Parteien über eine Zahlung in Groschen ohne nähere Bestimmung kontrahirt haben.
Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1838.
(Präj. Nr. 470., Präj. Samml. S. 358, Entsch. Bd. 4. S. 68.)

[3]) a) Die K. O. v. 25. Nov. 1826 ist für die westlichen Landestheile, die K. O. v. 30. Nov. 1829 für die östlichen Provinzen erlassen. Beide sind gleichlautend.

b) Zur Erläuterung der K. O. v. 30. Nov. 1829 bemerkt das R. v. 10. Sept. 1830, daß in derselben nur von der Berechnungsart des Preuß. Geldes und, mit Ausnahme der fremden Scheidemünze, nicht von der Außer-Kourssetzung anderer fremder Münzsorten die Rede ist, hinsichts welcher letzteren es bei den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften bewendet.
(Jahrb. Bd. 36. S. 146, Gräff Bd. 6 S. 10.)

c) Die in Betreff Neu-Vorpommerns und Rügens noch vorbehaltene Bestimmung erging vermittelst der K. O. v. 28. Febr. 1830 (G. S. S. 22), wodurch ein Präklusivtermin von 6 Monaten zum Umsatz der alten Schwedisch-Pommerschen Münze gestellt, und bei polizeilicher Strafe die Berechnungsart

§. 3. Im Handel und Verkehr im Innern soll keine andere Rechnungsart, als in Preuß. Gelde, den Thaler zu 30 Silbergroschen und den Silbergroschen zu 12 Pfennigen stattfinden und jede dagegen entdeckte Kontravention polizeilich bestraft werden.

Die Bestimmung im §. 14. des Ges. über die Münzverfassung v. 30. Sept. 1821, wonach im Privatverkehr jede bisher erlaubte Berechnungsart ferner gestattet ist, hört daher auf.

Kaufleute und Gewerbtreibende, welche kaufmännische Rechte haben, sollen ihre Bücher nach dieser Eintheilung führen, widrigenfalls sie, wenn bei einer nach den gesetzlichen Bestimmungen eintretenden Vorlegung der Bücher oder daraus zu fertigender Auszüge eine Kontravention gegen diese Bestimmung sich ergiebt, in eine Strafe von 20 bis 100 Thlrn. verfallen.

Wird bei öffentlichen Verhandlungen der Verwaltungs- und Justizbehörden, Notarien und Auktions-Kommissarien u. s. w. die neue Münzeintheilung nicht zur Anwendung gebracht, so verfällt der Beamte, welcher die Verhandlung aufnimmt, in eine Strafe von 2 bis 25 Thlrn. Nur der Wechselverkehr bleibt von dieser Vorschrift ausgeschlossen.

§. 4. Wegen der untersagten Annahme fremder Gold- und Silbermünzen bei den öffentlichen Kassen bleiben die bisher erlassenen Bestimmungen[1]) in Kraft.

Im Handel und gemeinen Verkehr sollen die fremden Silbermünzen nur zu dem Werthe ausgegeben werden dürfen, welcher ihnen in der der Bekanntmachung v. 28. Nov. 1821 (G. S. S. 190 ff.) beigefügten Vergleichungstabelle[2]) gegen Preuß. Geld beigelegt ist, und dürfen sie zu einem höheren Werthe bei Zahlungen nicht aufgedrungen werden.

Zur Annahme dieser Münzen ist übrigens Niemand verpflichtet[3]).

3) K. O. v. 4. Aug. 1832, betr. die Anwendung der neueren Münzbestimmungen auf Zahlungen, die in fremden Münzsorten stipulirt worden sind[4]).

Es beruht auf einem Irrthume, wenn, in Bezug auf die Verpflichtung des Schuldners zur Zurückzahlung eines Darlehns, von einzelnen Gerichtshöfen angenommen wird, daß durch das Münzges. v. 30. Sept. 1821 in Verbindung mit der am 27. Nov. desselben Jahres bekannt gemachten Vergleichstabelle über den Werth einiger fremden Geldsorten gegen Preuß. Geld, und durch Meinen Befehl v. 25. Nov. 1826 in denjenigen Provinzen, in welchen das Konventionsgeld üblich gewesen ist, eine Veränderung des Münzfußes erfolgt, oder das fremde Geld außer Kours gesetzt sei. Zur Erledigung der hierüber, und insbesondere über die Auslegung Meines Befehls v. 25 Nov. 1826 Nr. 4. entstandenen Zweifel, setze Ich auf die Ber. des Staatsmin. v. 20. Okt. v. J. und 17. v. M. hierdurch fest: daß, wenn eine Zahlung in Konventionsgeld oder in einer anderen, gegenwärtig noch koursirenden fremden Münzsorte zwischen den Interessenten verabredet worden, der Schuldner die Wahl haben soll, ob er die Zahlung in der bedungenen Münzsorte oder in Preuß. Gelde, mit Erstattung des Tageskourses, leisten will. Was die Verausgabung fremder Silbermünzen im Handel und gemeinen Verkehr betrifft, so hat es bei Meiner Bestimmung v. 25. Nov. 1826 Nr 4, nach welcher solche Münzen, mit Ausnahme der besonders verbotenen fremden Scheidemünzen, im Handel und gemeinen Verkehr gangbar sein dürfen, Niemand aber in diesen Verkehr sie anzunehmen verpflichtet ist, sein Bewenden. (G. S. 1832 S. 207.)

§. 261. Zufolge des §. 261. sind Feuerversicherungsanstalten auch die durch Krieg verursachten Brandschäden zu vergüten verpflichtet, insofern solche nicht ausdrücklich bei der Versicherung von der Vergütigung ausgenommen sind.

(Erk. des Ob. Trib. v. 5. Jan. 1810, Mathis Bd. 10. S. 500.)

§. 262. Der IV. Sen. des Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 13. Juli 1852 aus:

Wenn über dieselbe Dahrlehnsschuld von demselben Schuldner zwei verschiedene Schuldurkunden ausgestellt, zu verschiedenen Zeiten dem Gläubiger behändigt und ohne Erinnerung von demselben angenommen worden, so gilt die jüngere Urkunde so weit, als aus ihr die Abänderung der älteren Urkunde mit Sicherheit zu entnehmen ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 231 Nr. 55.)

§§. 263. 264. u. 265. Vergl. Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Aug. 1847, betr. die Abweichung der Privat-Punktation von dem nachfolgenden Notariats-Protokolle.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 227 Nr. 114.)

§§. 270—348. Erfüllung der Verträge.

Siewert, von Erfüllung der Verträge. (Materialien Hft. 7. S. 3 ff.)
Müller, über Erfüllung der Verträge. (Jahrb. Bd. 31. S. 12.)
Gruchot, von Erfüllung der Verträge. (Beiträge Bd. 1. S. 527 ff.)

§. 270. In einer Nichtigkeitsbeschwerde wurde behauptet, daß das kontraktmäßige Recht des Vermiethers, im Falle nicht pünktlicher Miethszahlung den Vertrag sofort aufzulösen, noch keineswegs das Recht enthalte, denselben erst noch für ein Vierteljahr fortzusetzen und erst zum nächsten Quartal zu kündigen. Denn nach §. 270. müßten Verträge ihrem ganzen Inhalte nach, und weder in etwas Mehrerem, noch in etwas Geringerem, noch in etwas Anderem erfüllt werden, als eben der Kontrakt besage. Wenn also der Kontrakt dem Vermiether nicht das Recht gebe, denselben halb oder zeitweise aufzulösen, so könne ihm dasselbe auch nicht zugesprochen werden.

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 7. Jan. 1852 diese Ansicht verworfen und ausgeführt, daß in dem erwähnten Falle dem Vermiether allerdings das Recht zustehe, den Vertrag entweder sofort aufzulösen oder auch denselben zum nächsten Quartal zu kündigen. Denn die Wahl des letzterwähnten Rechtes überschreite nicht die kontraktlichen Rechte des Vermiethers, sondern übe solche nur nicht in ihrem vollen Umfange aus. Es sei dem Miether eine Nachsicht zu Theil geworden, von der keinen Gebrauch zu machen ihm unbenommen geblieben sei, die er aber durch sein Verbleiben in der Wohnung benutzt habe. Das Rechtsprinzip des §. 270. sei daher nicht verletzt. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 234 Nr. 51.)

§. 271. 1) Es ist streitig, ob es zur Begründung der Klage gehöre, die Erfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers zu behaupten oder anzubieten, oder ob dieser Umstand ganz mit Stillschweigen übergangen werden könne, die Klage schlechtweg und an sich durch den Vertrag begründet werde und der Mangel der Erfüllung nur eine Einrede begründe?

a) Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 224) und Siewert (Materialien Hft. 7. S. 10 ff.) nehmen Ersteres an, indem sie sich auf die §§. 4. u. 10. A. G. O. I. 5. und auf den Ausdruck »nachweisen« im §. 271. h. t. beziehen.

b) Die Gesetzrevisoren äußern sich dahin:

Durch die §§. 271. u. 272. ist die exceptio non ad impleti contractus, und nichts Anderes, als diese, gegeben. Was als Einwand dem einen Kontrahenten gegen den anderen zu statten kommt, daß nämlich von Seiten des Letzteren dem Vertrage nach kein Genüge geleistet worden, davon ist hier das Gegentheil, daß nämlich dem Vertrage Genüge geleistet worden, als wesentliches Erforderniß zur Begründung des Anspruchs aufgestellt. Weil aber die Frage, ob der, welcher die Erfüllung fordert, seinerseits Genüge geleistet, nicht füglich anders, als nach Anhörung des anderen Theiles zur Sprache kommen kann, während es eine zu weit getriebene amtliche Fürsorge sein würde, dies schon im Voraus bei Anbringung der Klage der richterl. Prüfung zu unterwerfen, so ist die Fassung des G. nicht ganz angemessen. Man kann dem, der die Erfüllung eines Vertrages fordert, keinen Nachweis, als zur Begründung des Anspruchs gehörig, auferlegen, auf welchen es nach der Natur der Sache erst dann ankommt, wenn der Gegner einen durch diesen Nachweis zu beseitigenden Einwand macht. Wahrscheinlich hat auch, wiewohl die Materialien des A. L. R. hierüber nichts mit einiger Bestimmtheit ergeben — durch die Fassung des §. 271. nur angedeutet werden sollen, daß bei der exceptio non adimpleti contractus die Beweislast nicht auf den, der den Einwand vorbringt, sondern auf den falle, dem dieser Einwand gemacht wird. Dieses bekannten gemeinrechtlichen Satzes bedürfen wir aber nach der Beweistheorie unserer Prozeß-

---

nach Preuß. Gelde befohlen wurde. In Verfolg dessen bestimmte ferner die K. O. v. 23. Aug. 1831 (G. S. S. 174), daß alle privatrechtlichen Verpflichtungen, bei denen die Zahlung in Pommerschem Kurant oder in $\frac{2}{3}$ Stücken bedungen worden, von dem Schuldner, in Preuß. Kourant mit $13\frac{1}{4}$ Prozent Aufgeld abgelöst werden dürfen, und, daß »dieser Normal-Kours auch für Verbindlichkeiten stattfinden soll, die aus Judikaten, letztwilligen V. und anderen Rechtstiteln mittelst baarer Zahlung zu erfüllen sind.«

[1]) Nämlich die K. O. v. 25. Okt. 1821 (G. S. S. 184). Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 13. §. 12.

[2]) Vergl. die Vergleichungstabelle v. 15. Okt. 1821 auch in den Jahrb. Bd. 18. S. 18 und in Gräff Bd. 4. S. 275.

[3]) Vergl. §. 785. A. L. R. I. 11. und die Erg. dazu.

[4]) Mit Bezugnahme auf diese K. O. wurde das Justizmin. durch die mittelst R. v. 9. Aug. 1832 bekannt gemachte K. O. v. 4. ej. m. noch besonders angewiesen, die Ger. zu belehren, daß unter dem Ausdruck »Münzfuß« nicht »die Einrichtung des inneren Werthes und Gehalts der Münze bei ihrer Ausprägung und das Verhältniß des inneren Werthes gegen den äußeren«, sondern: »die gesetzliche Feststellung des Gewichts und Feingehalts (Schrot und Korns) der Münze«, wobei von dem Verhältniß des inneren Werthes gegen den äußeren gar nicht die Rede ist, verstanden werde.

(Jahrb. Bd. 40. S. 162, Gräff Bd. 6. S. 11.)

ordnung nicht mehr, da nach §. 28. A. G. O. §. 13. keine Thatsache, mithin auch nicht die Erfüllung eines Vertrages vermuthet wird, und wenn diese unerwiesen geblieben, so trifft der Nachtheil denjenigen, dessen Anspruch ohne solchen Nachweis nicht begründet ist; gleichviel übrigens, ob es des Nachweises auf Vorbringen des Klägers oder des Beklagten bedürfte.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 254—261. des Entw. S. 116.)

c) Bornemann führt aus: das A. L. R. betrachte (nach der Fassung des §. 271.) den Nachweis der stattgefundenen oder später erst schuldigen Erfüllung, mit den meisten neueren Lehrern des gem. Rechtes, als nothwendig zur Substantiirung der Klage, und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht als eine wahre Einrede, sondern als eine Ableugnung des Klagegrundes. Diese Ansicht sei auch mit gewissen Einschränkungen die richtige[1]). In dieser Beziehung wird Folgendes ausgeführt:

Die Obligation aus einem zweiseitigen Vertrage wird zwar schon durch den Abschluß desselben begründet, die Klagbarkeit dessen, was der Eine zu fordern hat, wird aber durch die seinerseits erfolgte Erfüllung bedingt, außer wenn diese erst in der Folge verlangt werden kann oder andere Gründe der Ausnahme eintreten. 1) In Ermangelung solcher Gründe muß daher der, welcher aus einem zweiseitigen Vertrage klagt, behaupten und nachweisen, daß er seinerseits bereits erfüllt habe. In der Praxis wird zwar, Behufs Einleitung der Klage, nur die allgemeine Angabe der Erfüllung gefordert, und dem Verklagten die Ableugnung der klägerischen Behauptung überlassen, weil der Kläger, wenn er bei der angeblich bereits stattgefundenen Erfüllung alle denkbaren Widersprüche gegen deren Vollständigkeit beseitigen müßte, zu vielen präsumtiv nutzlosen Auslassungen gezwungen wäre. Wenn der Verklagte indessen die Erfüllung bestreitet, so muß der Kläger solche beweisen, widrigenfalls er wegen mangelnden Klagegrundes abgewiesen wird. Diese Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahme. Es kommt darauf an, ob die Erfüllung gänzlich abgeleugnet, oder nur die vollständige Erfüllung bestritten wird. Im ersten Falle muß der Kläger den Beweis der Erfüllung unbedingt übernehmen. In dem zweiten Falle ist weiter zu unterscheiden, ob der Verklagte behauptet, daß ein Theil der zu gewährenden Leistung (die Quantität) vorenthalten, oder in den Eigenschaften der übergebenen Sachen ein Mangel sei. Ersten Falls muß der Kläger den Beweis der vollständigen Erfüllung führen. Zweiten Falls muß dagegen der Verklagte den Beweis aus dem Grunde übernehmen, weil nach §. 332. h. t. angenommen wird, daß ein bei Uebernahme der Sache nicht gerügter Fehler erst nach derselben entstanden sei. Die Behauptung des Verklagten ist in diesem Falle nicht als Ableugnung des Klagegrundes, sondern als eine wahre Exzeption oder vielmehr Duplik anzusehen. Denn auf die Behauptung des Verklagten, daß der übergebenen Sache eine gewisse ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft fehle, kann der Kläger erwidern, daß dies nicht der Fall sei, event. aber bis zum Beweise des Gegentheils die spätere Entstehung des Fehlers angenommen werden müsse, und diese in dem Gesetze begründete Replik kann der Verklagte nur durch die Behauptung und den Beweis des früheren Vorhandenseins des Fehlers beseitigen. Dem Kläger liegt aber der Beweis des Vorhandenseins der zu gewährenden Qualität ausnahmsweise in allen Fällen ob, in denen die in dem §. 332. h. t. aufgestellte Vermuthung von dem Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen ist (A. L. R. I. 11. §§. 199. ff.). 2) Wer seinerseits noch nicht erfüllt hat, dennoch aber auf Erfüllung der Gegenleistung klagt, muß nachweisen, daß und warum er dazu gegenwärtig schon befugt sei. Diese Befugniß kann entweder in der Natur des Vertrages oder einer kontraktlichen Bestimmung, kraft deren der Verklagte mit der Erfüllung den Anfang machen muß, oder aber darin beruhen, daß die von dem Kläger angebotene Erfüllung Seitens des Verklagten abgelehnt worden. In beiden Fällen muß der Kläger die näheren Umstände, aus denen seine Befugniß folgt, in der Klage mindestens so weit angeben und durch Beweismittel unterstützen, daß der Richter vorläufig von der Richtigkeit des Klagegrundes überzeugt wird. In dem ersten Falle hat der Kläger nur seine Verpflichtung zur späteren Erfüllung nachzuweisen, der Verklagte muß dagegen für die von ihm etwa aufgestellte Behauptung, daß der Andere seinerseits vertragsmäßig zu erfüllen nicht bereit und im Stande sei, den Beweis übernehmen, da diese Behauptung eine wahre Einrede ist, und demgemäß der §. 271. nur den Nachweis der späteren Verpflichtung zur Erfüllung fordert. In dem zweiten Falle muß der Kläger behaupten, daß er seine Leistung zur gehörigen Zeit und an dem gehörigen Orte vollständig angeboten, oder wenn der Verklagte dies bestreitet, insbesondere auch nur das Anbieten oder Bereithalten in der gehörigen Qualität leugnet, der Nachweis des dem Vertrage gemäßen vollständigen Anerbietens ob, widrigenfalls wiederum seine Abweisung wegen mangelnden Klagegrundes erfolgen muß.

(System [2. Ausg.] Bd. 2. S. 225.)

[1]) In der 1. Ausg. des Syst. Bd. 2. S. 406 ff. hatte Bornemann zwar das Gegentheil angenommen, in der Sache selbst war er indeß gleichfalls zu den jetzt aufgestellten Resultaten gelangt.

d) Koch sucht zu zeigen, daß die Redaktoren des A. L. R. sich im §. 271. derjenigen Meinung der gemeinrechtlichen Juristen angeschlossen haben, welche annehmen, daß in der Klage die Erfüllung ausdrücklich als geschehen oder vergeblich angeboten behauptet, und in diesem Falle noch angeboten werden muß.

Er führt aus:

Die Redaktoren hätten durch den §. 271. die gemeinrechtliche Kontroverse entscheiden wollen, ob das Verlangen der Vorleistung eine wahre Exzeption sei, deren Beweis dem Verklagten obliege, oder ob es ad fundandam intentionem gehöre, daß der Kläger behaupte, er habe seiner Seits erfüllt, oder er sei zu erfüllen bereit, oder dazu aus einem besonderen Grunde nicht verpflichtet. Die Revisoren übersähen den Zweck des Paragraphen cit., die erwähnte Kontroverse zu entscheiden, dessen sich hiernach die Redaktoren klar bewußt gewesen seien. Die nach der Ansicht der Revisoren zu weit getriebene amtliche Fürsorge des Richters, schon bei Anbringung der Klage zu prüfen, ob der Kläger dem Vertrage Genüge geleistet habe, finde sich bei allen Klagen aus einer bedingten Obligation. So wie es nun nicht in Zweifel gezogen werde, daß der Kläger den Eintritt der Bedingung behaupten müsse, wenn gleich der Streit darüber alsdann erst beginne, wenn der Gegentheil gehört worden sei und die Thatsache bestritten habe, ebenso verstehe es sich, wenn der Anspruch auf Erfüllung durch die Vorleistung wirklich bedingt sei, nach den Regeln von Klagen und Einreden ganz von selbst, daß der Kläger nur durch die Behauptung der Vorleistung seine Klage begründen könne. Bei der Ansicht der Revisoren, daß dem Kläger ein Nachweis nur auferlegt werden könne, wenn der Gegner einen durch diesen Nachweis zu beseitigenden Einwand mache, werde die Beweisführung mit der Antretung verwechselt, denn freilich brauche der Kläger nicht eher zu beweisen, als bis der Gegner seine Behauptung bestritten; außerdem aber habe der Gegner einen Einwand gar nicht zu machen, sondern nur die Thatsache, auf die der Kläger sich stütze, zu bestreiten. Gegen die Ansicht Bornemann's sei einzuwenden, daß die Obligation aus einem zweiseitigen Vertrage zwar durch den Vertrag bewirkt werde, woraus aber nicht folge, daß es zur Substantiirung der Klage nur des Beweises bedürfe, daß der Vertrag abgeschlossen sei; denn man müsse erst die Art der Obligation kennen, ehe man über die Erfordernisse der Klage urtheilen könne. Die Obligation aus einem zweiseitigen Vertrage sei nur durch das Versprechen einer Gegenleistung als Aequivalent bedingt, also eine bedingte Obligation; bei Klagen aus solchen aber müsse der Kläger immer den Eintritt der Bedingung behaupten. Auch sei es nicht richtig, daß, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine bloße Ableugnung des Klagegrundes wäre, es genügen würde, wenn der Verklagte ganz im Allgemeinen behauptete, daß der Kläger zuvörderst die stattgefundene Erfüllung beweisen müsse. Es komme vielmehr darauf an, was der Verklagte leugnen wolle. Leugne der Verklagte die Erfüllung ganz, so genüge es allerdings, die Erfüllung schlechtweg zu leugnen; wolle der Verklagte aber nur das antworten, daß der Kläger unvollständig erfüllt habe, so müsse er speziell erklären, was er erhalten zu haben leugne: wenn er dies nicht thue, so lasse er sich nicht aus.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 551—355, Arch. Bd. 4. S. 529, Landr. Bd. 1. Anm. zum §. 271. h. t. zu I.)

e) Der II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor hat sich in dem Erk. v. 10. Dec. 1836, ohne dies indeß näher zu motiviren, für die Ansicht entschieden, daß es nach den Grundsätzen des A. L. R. zur Begründung der Klage gehöre, zu behaupten, daß der Kläger schon erfüllt habe, oder warum er vorzuleisten nicht schuldig sei. Dabei ist zugleich angenommen, daß es in dieser Hinsicht keinen Unterschied mache, ob die Vorleistung ganz oder nur theilweise rückständig sei.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 536).

2) Die Vorschrift des §. 271. findet in ihrem ganzen Umfange nur auf Verträge Anwendung, deren Erfüllung noch geschehen soll. Ist aber der Vertrag seinem Hauptinhalte nach erfüllt, und es werden nur wechselseitige und fällige von einander unabhängige Nebenleistungen oder fortlaufende Verbindlichkeiten gefordert, so berechtigt die gedachte Vorschrift bei gleichartigen Leistungen nur zur Kompensation, bei ungleichartigen zu dem Antrage auf Erfüllung derselben Zug um Zug, folglich nicht zu einer gänzlichen Verweigerung, sondern nur zur Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theils der eingeklagten Leistung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. März 1840[1]). (Präj. Nr. 857.)

[1]) In den Entsch. Bd. 6. S. 56 wird dies Präj. v. 18. März 1840 datirt. Der Fall betraf Forderungen aus einem längst vollzogenen Erbpachtskontrakte.

Daß die Weigerung zur Erfüllung des Vertrages wegen mangelnder Erfüllung von Seiten des anderen Kontrahenten überhaupt nicht weiter gehen darf, als das Interesse der Kontrahenten sich erstreckt, folgt bei Anwendung des §. 271. auf einen in den Hauptpunkten bereits erfüllten Vertrag daraus, daß bei späteren, bereits fälligen, aber unerfüllt gelassenen gegenseitigen kontraktlichen Leistungen dieselben jedenfalls Zug um Zug geschehen müssen, da keiner von beiden Theilen behaupten kann, daß er dazu erst in der Folge verbunden sei. Es würde sonst derjenige, dessen Interesse das größere ist, und der deshalb den anderen Kontrahenten im Wege der Klage zur Erfüllung anzuhalten genöthigt ist, gezwungen sein, gegen die ausdrückliche Bestimmung des §. 271., früher, als der andere seiner Verbindlichkeit zu genügen, weil ihm anderen Falles der Einwand würde entgegengestellt werden, daß er den Kontrakt nicht erfüllt habe und daher zur Zeit gar nichts fordern könne.

(Präj. Samml. Bd. S. 14, Entsch. Bd. 6. S. 53.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Febr. 1837 (Centralbl. 1837 S. 680) angenommen, und neuerdings ist derselbe wiederholt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Mai 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 140 Nr. 36.), sowie von dem III. Sen. desselben in dem Erk. v. 13 Febr. 1854 (a. a. O. Bd. 12. S. 125 Nr. 27.) als richtig anerkannt worden.

Auch in den Erk. v. 27. April 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 161 Nr. 76.) und v. 21. Mai 1847 (a. a. O. S. 213 Nr. 100.) haben der III. und IV. Sen. des Ob. Trib. den Grundsatz angenommen, daß nicht wegen jedes Mangels in Erfüllung des Vertrages die Verwirklichung desselben überhaupt auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben, oder gar die Rechtsverfolgung ganz aufgehoben werden könne, sondern daß vielmehr zwischen dem Hauptinhalte und den Nebenbestimmungen eines Vertrages zu unterscheiden sei, und wegen bloß fehlender Nebenleistungen bei einem in allen Hauptstücken erfüllten Vertrage der Einwand ex §. 271. nicht statthaft sei.

Koch hat indeß die Richtigkeit dieser Entscheidung in Zweifel gezogen. Er bemerkt, daß nicht ersichtlich sei, weshalb der Einwand aus §. 271. nicht sollte entgegengesetzt werden können? Eine rechtliche Nothwendigkeit, welche dies verhindere, werde von dem Ob. Trib. nicht gezeigt. Es wird Folgendes gegen die Deduktion des Ob. Trib. ausgeführt:

Ganz ebenso läßt sich raisonniren bei Verträgen, welche noch nicht in den Hauptpunkten erfüllt sind. Denn es werden viele Fälle vorkommen, wo das materielle Interesse des Einen nachweislich sehr viel größer ist, als das des Andern; es müßte also in allen diesen Fällen der Eine auf Erfüllung klagen dürfen, ohne selbst erfüllt zu haben oder rechtlichen Grund zu haben, erst später zu erfüllen. Durch die Erwägung und Betrachtung des Geh. Ob. Trib. wird mithin jener Satz nicht bewiesen, er ist auch unecht, wenigstens nicht so ausgedrückt, daß sich erkennen ließe, was daran Wahres sei. Denn eine wirklich zweiseitige Obligation hat zu allen Zeiten immer dieselbe Wirkung und Eigenschaft, mag sie vor Erfüllung des Vertrages in dessen Hauptpunkten oder erst nachher entstanden sein. Es kommt daher, um den Fall mit Sicherheit rechtlich zu beurtheilen, lediglich auf die Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen Obligationen an; auch aus zweiseitigen Vertragsverhältnissen können einseitige Obligationen entstehen. Die Verbindlichkeit des Erbverpächters zur Reparirung des Wasserlaufes war wesentlich eine einseitige, d. h. eine nicht erst durch unmittelbare Gegenleistung bedingte; und die Verbindlichkeit des Müllers zur Entrichtung des Mortuariums war gleichfalls eine einseitige, in der Erfüllung durch keine Gegenleistung bedingte. Es begegneten sich zufällig zwei, aus dem nämlichen dauernden Rechtsverhältnisse entsprungene, einseitige Obligationen, die sich gegenseitig in ihrer Erfüllung durchaus nicht bedingten; der Fall der exceptio non impleti contractus war mithin nicht gegeben, der Einwand also an sich unbegründet. (Beurtheil. S. 408.)

3) Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, der eine Gegenleistung einklagt, in der Hauptsache erfüllt, und die Erfüllung von dem anderen Kontrahenten angenommen worden, dieser aber behauptet, daß der Kläger allen seinen kontraktlichen Verbindlichkeiten noch nicht nachgekommen sei, und über den Sinn und den Umfang der gedachten Verbindlichkeiten unter den Parteien Streit entsteht, kann die Vorschrift des §. 271. nicht Veranlassung geben, den Kläger zur Zeit abzuweisen; vielmehr muß der obwaltende Streit im Urtel entschieden und bestimmt werden, was der Kläger noch zu erfüllen und der Verklagte noch zu leisten hat.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Aug. 1842 (Präj. Nr. 1174.), weil dies aus den dem Richter in den §§. 395., 396. u. 399. h. t. ertheilten Vorschriften folge.

(Präj. Samml. S. 14, Entsch. Bd. 8. S. 229).

Koch tritt dieser Entsch. bei. Da der Kläger die Uebergabe angenommen habe, so müsse er erklären, welchen Ersatz er für den Abgang verlange; aber die exceptio non impl. contr. sei nicht zulässig. Die Forderung des Klägers sei eine einseitige geworden, und der Beklagte könne nur abrechnen. (Beurtheil. S. 553.)

4) Wenn der Vertrag von Seiten desjenigen, welcher die Gegenleistung fordert, in der Hauptsache erfüllt, und diese Erfüllung von der anderen Seite angenommen worden, so kann von dieser Seite der Anspruch durch die Behauptung, daß der übergebenen Sache die vorbedungenen Eigenschaften gefehlt, und durch Berufung auf den §. 271. nicht abgelehnt, es muß vielmehr der aus dem Mangel vorbedungener Eigenschaften abgeleitete Entschädigungsanspruch besonders begründet und nachgewiesen werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1841. (Präj. Nr. 978.) (Präj. Samml. S. 14.)

Von demselben Grundsatze geht der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Mai 1847 aus, welches ausführt:

Durch den §. 271. ist nicht angeordnet worden, daß derjenige, der seinerseits in gewisser Beziehung an der vollständigen Erfüllung des Vertrages habe fehlen lassen, überhaupt keinen Anspruch an den Gegner habe. Daß dies der Sinn des Gesetzes nicht ist, ergiebt schon der §. 272., und daraus folgt nur, wie dies auch die §§. 317. ff., 377. ff. und 393. h. t. erhellt, daß vom Gegner wegen der etwa fehlenden Eigenschaften des streitigen Objekts Gewähr gefordert werden kann. Der §. 271. enthält daher nur einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der den nachfolgenden Vorschriften über die Leistung der Gewähr zur Grundlage dient. (Rechtsf. Bd. 1. S. 154 Nr. 72.)

Unter Bezugnahme auf diese beiden Präjudikate hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Mai 1856 ausgeführt, daß demjenigen, welcher die Erfüllung eines Vertrages angenommen hat, wenn er den Einwand nicht gehöriger Erfüllung macht, der Beweis dieses Einwandes obliege. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 200 Nr. 53.)

5) Muß ein verkauftes Gut dem Käufer frei von Hypotheken übergeben werden, so gehört der Nachweis, daß das Gut frei von solchen Schulden sei, zur Vollständigkeit der Uebergabe, und der Verkäufer kann vor Führung dieses Nachweises die an ihn bedungene baare Zahlung des Kaufgeldes nicht fordern.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1051.) (Präj. Samml. S. 15.)

Dies Präj. ist indeß nur anwendbar, wenn die Naturalübergabe des verkauften Grundstückes noch nicht erfolgt ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1845. (Präj. Nr. 1592.) (Präj. Samml. S. 14.)

6) Die Vorschriften des §. 319. h. t., die von der Verpflichtung zur Gewährleistung bei lästigen Verträgen wegen fehlender Eigenschaften einer Sache handeln, setzen in der Anwendung den Fall der schon stattgefundenen Uebergabe der Sache von Seiten des Gebers an den Empfänger voraus.

Hat noch keine Uebergabe stattgefunden, und wird von demjenigen, der die Sache übernehmen, dagegen aber seinerseits den Kontrakt durch Zahlung oder andere Leistung erfüllen soll, der Einwand gemacht, daß er die Sache nicht anzunehmen, resp. den Vertrag nicht zu erfüllen schuldig sei, weil es der Sache an den vertragsmäßigen, vorbedungenen, oder gesetzlichen Eigenschaften fehle, so ist der Streit nach den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung der Verträge (§. 271. ff.) zu beurtheilen und zu entscheiden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1844. (Präj. Nr. 1442.)

Der Unterschied »je nachdem die Uebergabe der Sache (an den Käufer) schon stattgefunden hat, oder noch erst bewirkt werden soll«, ist für das Rechtsverhältniß durchgreifend. Die Vorschriften über die Befugnisse eines Käufers, Gewährleistung vom Verkäufer wegen der fehlerhaften Beschaffenheit der schon übergebenen Sache zu fordern (§§. 319. ff. h. t.), und die Vorschriften über die Rechte des Käufers, der vom Verkäufer auf Erfüllung des Vertrages durch Zahlung des Kaufgeldes gegen Uebernahme der noch nicht übergebenen Sache in Anspruch genommen wird, die gegenseitige Erfüllung durch vertragsmäßige Uebergabe der Sache in der vorbedungenen, oder gesetzlichen Beschaffenheit zu verlangen (§§. 271. ff.) und hiervon die eigene Erfüllung abhängig zu machen, müssen genau auseinander gehalten werden. Sie führen in der Anwendung auf ganz verschiedene Folgen. Die Vorschriften über den Anspruch eines Käufers auf Gewährleistung resp. Entschädigung wegen fehlerhafter Be-

schaffenheit der verkauften Sache sind auf den Fall der schon stattgehabten Uebergabe zu beziehen und zu beschränken. Der Empfänger der Sache, der diese zwar bereits erhalten, jedoch fehlerhaft überliefert empfangen hat, will die fehlende Eigenschaft gewährt haben. Ein solcher Anspruch ist, mit Rücksicht auf die schon mittelst der Uebergabe der Sache eingetretene Erfüllung des Vertrages Seitens des Verkäufers, und mit Rücksicht auf die Art des Mangels an der Sache so beschaffen, daß bald Gewähr gefordert werden kann, bald nicht; und im ersten Fall der Empfänger der Sache, wenn der Geber die fehlende Eigenschaft nicht zu gewähren vermag, bald vom Vertrage unter Rückgabe der Sache abgehen darf, bald diese behalten, und mit einer dem Mangel angemessenen Entschädigung sich begnügen muß. Diese verschiedenen Folgen bei dem Anspruch auf Gewährleistung haben gerade in der schon geschehenen Uebergabe der Sache an den Käufer, als der schon erfolgten Erfüllung des Vertrages Seitens des andern Theils, ihre gesetzliche Grundlage. Ganz anders erscheint die rechtliche Stellung der Kontrahenten gegen einander, wenn eine solche Erfüllung mittelst der Uebergabe der Sache durch den Verkäufer noch nicht vor sich gegangen ist, und es sich um die Rechte und Pflichten beider Theile in Beziehung auf die gegenseitig erst zu leistende Erfüllung handelt. Hier tritt der allgemeine Grundsatz in Beziehung auf die Erfüllung aller lästigen Verträge überhaupt ein: »jeder Theil muß vertragsmäßig erfüllen, bei Käufen also der Verkäufer die Sache vertragsmäßig übergeben und der Käufer sie vertragsmäßig übernehmen, dagegen aber seiner Seits erfüllen, also den Kaufpreis zahlen.« Die Rechte und Verpflichtungen beider Kontrahenten werden, als gegenseitige, in der Erfüllung durch einander bedingt und bestimmt. (A. L. R. I. 5. §§. 7., 271. sqq., 393. sqq., I. 11. §. 215. sqq., 221. sqq.) Wer Erfüllung fordert, muß bereits erfüllt haben, oder gleichzeitig erfüllen, oder nachweisen, daß er dazu erst in der Folge verbunden sei.

(Präj. Samml. S. 15, Entsch. Bd. 11. S. 190.)

7) Der Vertrag gilt aber nicht als in der Hauptsache erfüllt, wenn der Uebernehmer aus einem Mangel in dem Rechte des Leistenden rechtlich gehindert ist, sich der Sache der Verabredung gemäß zu bedienen.

Anwendungen dieses Grundsatzes sind:

a) Beim Verkaufe eines Lehngutes stehen die Rechte vorhandener Lehnsinteressenten der Umschreibung des Besitztitels für den Käufer entgegen. Die Hinwegräumung derselben gehört nicht zur Eviktionsleistung des Verkäufers, sondern zu der diesem obliegenden Uebergabe, und kann daher derselbe auch nach geleisteter Naturaltradition, vor Beseitigung der Rechte jener Interessenten, weder die Zahlung, noch die Deposition des rückständigen pretii fordern.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Mai 1839. (Präj. Nr. 659.) (Präj. Samml. S. 13.)

b) Bei Kaufkontrakten über Grundstücke gehört es zu den wesentlichsten Theilen der Erfüllung, daß der Verkäufer Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um den Käufer in den Stand zu setzen, die gerichtliche Zuschreibung auf seinen Namen zu bewirken. Hat daher der Verkäufer unterlassen, die Berichtigung des Besitztitels auf seinen Namen zu bewirken, so ist der Käufer befugt, auf Grund des §. 271. h. t. die Bezahlung der Kaufgelder zu verweigern, sofern nicht der Kontrakt etwas anderes bestimmt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1848. (Präj. Nr. 2002.)

(Präj. Samml. S. 50, Entsch. Bd. 16. S. 501, Rechtsf. Bd. 4. S. 56 Nr. 27.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Mai 1848 an. (Rechtsf. Bd. 4. S. 92 Nr. 45.)

c) Wenn mehrere Gegenstände für einen ungetheilten Preis verkauft sind, und der Hauptgegenstand nicht gewährt wird, so findet gegen den Käufer auch wegen der übrigen verkauften Gegenstände die Klage auf Erfüllung nicht Statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1851, mit Rücksicht auf §. 271. in Verbindung mit §. 326. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 65 Nr. 14.)

8) Derjenige Kontrahent, welcher auf Grund einer rechtsgültigen Punktation von dem Andern auf Errichtung eines förmlichen Instrumentes in Anspruch genommen wird, kann nicht vorschützen, daß der Andere mit der Erfüllung des Vertrages ganz oder theilweise im Rückstande sei.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2069.) (Präj. Samml. S. 15, Entsch. Bd. 16. S. 523.)

Denselben Rechtssatz spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1850 aus, indem dasselbe bemerkt:

Wenn auch die Errichtung eines förmlichen Instrumentes zu den Leistungen gehört, zu welchen die Punktation verpflichtet (§. 121. A. L. R. I. 5.), und im §. 62. Tit. II. der Hyp.-Ordnung als ein Theil der Erfüllung der Kontrahenten bezeichnet wird, so bildet sie doch einen vollständigen Akt und ist unabhängig von dem materiellen Inhalte der durch den Vertrag begründeten Verbindlichkeiten. Das im §. 271. A. L. R. I. 5. jedem Kontrahenten gegebene Recht darf deshalb auf die Abschließung des formellen Vertrages nicht bezogen werden. Es soll hierdurch das Interesse desjenigen Theils, von dem die Erfüllung verlangt wird, geschützt werden; dasselbe geht aber nicht so weit, selbst die Kontraktverrichtung von sich abzulehnen. Um diese Ablehnung zu rechtfertigen, würde er zugleich die Ungültigkeit des Vertrages ausführen müssen.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 75 Nr. 16.)

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 12. Juli 1852 in den Erg. zum §. 122. h. t. Zus. 3.

9) Betreffend den Fall, vergeblich angebotener oder von dem Anderen vereitelter Erfüllung.

a) Es ist zur Erfüllung eines Lieferungsgeschäftes, bei welchem der Verkäufer oder Lieferant die Waare anbieten oder zuwiegen soll, die Anmeldung von Seiten desselben, daß er zur Lieferung bereit sei, und die Aufforderung an den andern Theil, die Waare in Empfang zu nehmen, genügend.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. April 1848, auf Grund des §. 271. (Entsch. Bd. 17. S. 184.)

b) Unterläßt der zur Pferchnutzung Berechtigte die ihm vertragsmäßig obliegende Abholung der Heerde, so kann der Eigenthümer dieser Heerde dieselbe durch einen andern Hirten austreiben und hüten lassen, ohne für die dem Ersteren hierdurch entzogene Pferchnutzung aufkommen zu brauchen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1854, auf Grund des §. 271.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 347 Nr. 74.)

c) Wenn Jemand vertragsmäßig Asche gegen Raff- und Leseholz (Vergeltung) liefern soll und wegen Gewährung des letzteren klagt, so muß der Einwand des nicht erfüllten Vertrages von dem Gegner durch den Nachweis, daß er das Holz zur Asche geliefert habe, begründet werden.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor v. 23. März 1839, Koch's Arch. Bd. 5. S. 404.)

10) Auch dem Dritten, welcher aus einem Vertrage Rechte herleitet, kann von dem in Anspruch genommenen Kontrahenten der Einwand entgegengesetzt werden, daß der andere Kontrahent den Vertrag nicht vollständig erfüllt habe. Denn nach der Natur zweiseitiger Verträge ist die Leistung die Bedingung der Gegenleistung, und die letztere Bedingung der ersteren, und es kann daher, von wem es immer sei, keine der beiden gefordert werden, bis die Befriedigung des in Anspruch Genommenen auch rücksichtlich der anderen bereits erfolgt ist, oder auf Erfordern sofort erfolgen kann.

(Erk. II. Inst. [Gerichtshof u. Datum konstiren nicht], J. W. 1842 S. 87.)

11) Ueber den Fall, wenn die Leistung des Einen auf einen früheren Termin als die des Anderen verabredet ist und beide Termine abgelaufen sind, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 15. Aug. 1846 (Präj. Nr. 1771.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 221. u. 222.

§§. 271. 272. 393. 394. Müller führt aus, daß die aus diesen Paragraphen zu entnehmende Einrede des nicht erfüllten Vertrages, je nach der Beschaffenheit des die Einrede begründenden Sachbestandes, eine verschiedene Wirkung habe, und zwar:

a) eine zerstörende, wenn das, was der Kläger zu geben oder zu leisten unterlassen hat, zur Kompensation geeignet ist (§. 343. Tit. 16.),

b) eine prozeßhindernde, wenn der Verklagte wegen Nichterfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers berechtiget ist, vom Vertrage zurückzutreten (§§. 309., 408., 316. u. 329. h. t.),

c) eine verzögerliche, wenn das, was der Kläger noch zu leisten hat, zur Kompensation nicht geeignet, der Verklagte wegen der desfallsigen Nichterfüllung des Vertrages von diesem wieder abzugehen auch nicht berechtigt ist, aber Sicherstellung wegen dessen, was der Kläger zu leisten hat, fordern kann, und Kläger zur Deponirung seiner Leistung gelassen werden muß.

(Müller, sieben Abhandlungen über Einreden nach der Theorie des Pr. Rechtes und Prozesses Nr. IV. Vergl. Hinschius Rec. J. W. 1836 S. 755.)

Koch bemerkt, daß die Untersuchung, in wiefern die Einrede des nicht erfüllten Vertrages die eine oder andere Wirkung habe, eine unfruchtbare sei, weil der von dem Beklagten hervorgehobene Mangel der Vorleistung gar nicht die Natur einer Exception habe, sondern eine verneinende Klagebeantwortung sei[1]).

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 354.)

§. 274. 1) Wenn bei Konstituirung eines Altentheils bedungen worden ist, daß der Auszügler eine festgesetzte Geldentschädigung für den Fall nicht gehöriger Naturalleistung fordern dürfe, so ist das Wahlrecht auf Seiten des Auszüglers, nicht aber des Verpflichteten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1848. Denn der §. 274. enthalte nicht die durchgreifende Regel des A. L. R. Es fänden hier die §§. 527. ff., 595. ff. A. L. R. I. 11. Anwendung, und nach §. 38. a. a. O. stehe im Zweifel die Wahl dem Käufer (mithin hier dem Käufer des Auszuges) zu.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 197 Nr. 96.)

2) Ueber die Anwendung des §. 274. in Bezug auf die alternative Verbindlichkeit hinsichts des Ablieferungsortes gutsherrlicher Gefälle nach §. 85. der Münster'schen Erbpachts-Ordn. und nach §. 6. Thl. II. Tit. 6. der Münster'schen Eigenthums-Ordn., vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Okt. 1852. (Präj. Nr. 2410.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 118, Entsch. Bd. 25. S. 60.)

§. 275. Ueber die Frage: was unter der Bezeichnung einer vertragsmäßigen Mühlenabgabe als: »untadelhaftes Mehl« zu verstehen ist? vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 7. Jan. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 164 Nr. 33.)

§§. 277—284. Versehen.

Abhandl. in der jur. Zeitung Themis 1837 S. 902 und 1838 S. 156 ff.

§. 277. Fiskus als Kontrahent kann nicht wegen Vertretung der aus einem Akte der Gesetzgebung hervorgehenden, von ihm angeblich verschuldeten, Unmöglichkeit der Erfüllung des Kontraktes in Anspruch genommen werden. Von einem Versehen — einer Handlung wider die Gesetze aus Mangel der Aufmerksamkeit in den Geschäften des bürgerlichen Lebens (§§. 16., 17. A. L. R. I. 3.) — kann bei Ausübung des Majestätsrechtes der Gesetzgebung nicht die Rede sein, und die Vertretung einer Verschuldung im Sinne des bürgerlichen Rechts (vergl. §§. 284., 322., 362. h. t.) ist bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, die kein Geschäft des bürgerlichen Lebens ist, gänzlich ausgeschlossen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1839. (Präj. Nr. 628.) (Präj. Samml. S. 15.)

§. 277. 285. Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Juli 1839 Nr. 703. in den Erg. zum A. L. R. I. 3. §. 18.

§. 278. Auch in dem Falle des §. 278. sind beide Theile bei einem mäßigen Versehen zum Ersatze des mittelbaren Schadens und entgangenen Gewinnes verpflichtet, indem diese Verpflichtung nach §. 21. Tit. 6. nur dann wegfällt, wenn der andere Theil den Nachtheil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit hätte vermeiden können.

(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 13. Febr. 1834. Simon R. Bd. 4. S. 448.)

§. 284.

Plathner, der Anspruch auf Entschädigung aus nichtigem Vertrage. (Eine Kritik des §. 284. h. t.) (J. W. 1848 S. 123 ff.)

Vergl. Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 535.

§§. 285—291. Interesse.

Dr. B. W. Pfeifer, was ist Interesse und in wiefern kann eine, wegen besonderer von einem Geschäfte abhangenden Vortheile erhaltene Warnung die Verbindlichkeit des ganzen Interesses bewirken? mit Hinsicht auf §§. 285. bis 290. Tit. 5. Thl. I. des Preuß. Gesetzbuches. (In seinen vermischten Aufsätzen über Gegenstände des Deutschen und Röm. Privatrechts. Naumburg 1803 S. 227—245.)

Arndts, über Evictionsleistung und namentlich über das Interesse. (J. W. 1838 S. 305 ff., 321 ff., 524 ff., 745 ff., 761 ff.)

[1]) Vergl. Zus. 1. sub d. zum §. 271. h. t.

§. 285. Müssen die ex mora rückständigen Präſtationen eines Altentheils in Natur, oder können sie auch in ihrem Geldwerthe nachgefordert werden?

Letzteres nimmt der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Nov. 1851 an.

Der §. 285. besagt zwar nicht, daß das Interesse für eine nicht geleistete vertragsmäßig stipulirte Naturalpräſtation in einem äquivalenten Geldbetrage bestehe; aber indem das Gesetz an die schuldvolle Nichterfüllung des Vertrages die Verbindlichkeit zur Vergütung des Interesses, also eine von der vertragsmäßigen Verpflichtung verschiedene Leistung knüpft, gewährt es dem Berechtigten die volle Befugniß, diese in einem Geldwerthe in Anspruch zu nehmen.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 325 Nr. 71.)

§§. 285. sqq. 1) Wenn ein auf Lieferung fungibler Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, für einen bestimmten Preis gerichteter Kaufvertrag von dem Verkäufer nicht durch Lieferung zur verabredeten Zeit erfüllt, und der Verkäufer demnächst verurtheilt wird, ohne daß die deshalb wider ihn vollstreckte Exekution Erfolg hat, so kann der Käufer als sein Interesse nur den Preis der zu liefern gewesenen Sachen, welcher zu der im Vertrage bestimmten Zeit marktgängig war, fordern; insofern er nicht besondere Umstände nachzuweisen vermag, aus denen sich entnehmen läßt, daß er, wenn ihm die Sachen an dem bedungenen Lieferungstage verabreicht worden wären, einen höheren Gewinn davon hätte ziehen können, oder daß er sie zu einem höheren Preise habe anschaffen müssen, oder daß ihm sonst durch die verzögerte Lieferung ein den Betrag des obigen Preises übersteigender Schaden entstanden sei; und er wird durch das wider den Verkäufer erstrittene, diesen letzteren zur Lieferung verurtheilende Judikat allein noch nicht berechtigt, einen nach ergangenem Judikate marktgängig gewesenen Preis als Entschädigung dafür, daß ihm die Sachen nicht gewährt worden, zu verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1848 (Präj. Nr. 2082.), mit Rücksicht auf die Vorschriften des §. 287. h. t. und des §. 6. A. L. R. I. 6.

(Präj. Samml. S. 16, Entsch. Bd. 17. S. 176.)

2) Das (vorstehende) Präj. Nr. 2082. findet keine Anwendung auf den Fall, wenn die von einem Dienstknechte gegen den Dienstherrn auf Entrichtung des an einem bestimmten Tage fällig gewesenen, in einer bestimmten Quantität Getreide bestehenden Dienstlohnes auf den Grund des hierauf gerichteten rechtskräftigen Erkenntnisses nachgesuchte Exekution ohne Erfolg geblieben ist, sondern der Dienstknecht kann den Geldwerth dieser Präſtationen nach dem Marktpreise am Tage der Einreichung des Exekutionsgesuchs fordern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 135 Nr. 32.)

Vergl. die Erg. zu §§. 360. ff. h. t.

3) Ueber die Bestimmung des Interesse bei Zeitkäufen und Lieferungsgeschäften über koursirende öffentliche Papiere, namentlich Eisenbahnaktien und Staatspapiere, vergl. die Note zum §. 2. der V. v. 24. Mai 1841 in den Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 6.

4) Ueber die Feststellung des Interesse des Cessionars durch das juramentum in litem bei Nichtverschaffung der nöthigen Dokumente vergl. Erk. des Ob. Trib. v. 6. Aug. 1845 (Koch's Arch. Bd. 6. S. 469) in den Erg. zur A. G. O. I. 22. §§. 20—23.

§. 287. Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Sept. 1849 führt aus, daß bei Liquidirung des Interesses stets nur der Zeitpunkt maßgebend sein könne, wo die Erfüllung des Vertrages hätte erfolgen müssen, wobei indeß, nach §. 287. h. t., die Vorschrift des §. 6. A. L. R. I. 6. zu berücksichtigen und der §. 85. a. a. O. nicht anwendbar sei. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 577.)

§. 290. Der §. 290. h. t. lautet im gedruckten Entw. Thl. II. Tit. 2. §. 209.:

»Wegen besonderer Vortheile, die Jemand aus der von einem Anderen übernommenen Handlung erwarte, könne er nur alsdann Schadloshaltung fordern, wenn er dem Mitkontrahenten diese seine Erwartung bei Schließung des Vertrages ausdrücklich bekannt gemacht habe.«

Da mehrere Monenten über die Bedeutung dieser Vorschrift in Zweifel waren, so bemerkte Suarez in der rev. mon., daß hier ein Vortheil gemeint sei, der nicht in der Handlung an und für sich,

sondern in besonderen Umständen und Verhältnissen dessen, dem solche geleistet werden, ihren Grund habe. Dies habe durch den §. 290. h. t. ausgedrückt werden sollen. Der Sinn desselben ist also der, daß für dergl. Vortheile in der Regel kein Ersatz gefordert werden kann, daß derselbe aber auch im Falle eines geringen Versehens geleistet werden muß, wenn der Verpflichtete, nachdem ihm die Sachlage bekannt gemacht worden, die Handlung übernommen hat.

(Bornemann, Syst. Bd. 2. S. 539 Anm. ***, 2. Ausg. Bd. 2. S. 316 Anm. 6.)

§. 291. Steht der §. 291. h. t. in Widerspruch mit dem §. 890. A. L. R. I. 11.?

Dies nehmen an:

a) Gräbell (Generaltheorie S. 236) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 678), weil der Handelnde nach §. 291. h. t. ohne allen Unterschied des Grades der Verschuldung, nach §. 890. Tit. 11. aber ausdrücklich nach dem Grade der ihm zur Last fallenden Verschuldung haften solle.

b) Bornemann[1]), welcher bemerkt:

Dem §. 291. liegt die Aeußerung von Suarez zum Grunde, daß es sich nicht denken lasse, daß Jemand eine Handlung, deren Unterlassung er versprochen habe, begehe, ohne vorsätzlich seine übernommene Pflicht zu übertreten; bei der Aufstellung des §. 890. Tit. 11. aber scheint man an diese Aeußerung und die darauf gegründete Festsetzung nicht mehr gedacht, vielmehr nur die allgemeinen Grundsätze vor Augen gehabt zu haben, und zwar mit Recht, indem es sich sehr wohl denken läßt, daß Handlungen, zu deren Unterlassung sich Jemand verpflichtet hat, ohne Vorsatz oder grobes Versehen dennoch begangen werden, wie auch die §§. 340. ff. Tit. 9. voraussetzen. Man muß jedenfalls annehmen, daß die Redaktoren bei Abfassung des §. 291. h. t. nur an Handlungen gedacht haben, welche von der verpflichteten Person selbst vorgenommen werden, da nur auf diese das von Suarez angegebene Prinzip paßt.

(System Bd. 2. S. 540 und Bd. 3. S. 333, 2. Ausg. Bd. 2. S. 317.)

Dagegen findet Koch keine Antinomie. Der §. 291. setze Vorsatz oder grobes Versehen voraus; ob der von Suarez gedachte Fall vorliege, das gehöre zur Beweisführung und bestätige eben die Voraussetzung. Im Rechtsprinzip sei nichts geändert, sondern dies sei in der speziellen Lehre von Verträgen über Handlungen (§. 890. A. L. R. I. 11.) ausdrücklich aufrecht erhalten. Zwischen beiden Stellen sei kein Widerspruch, denn der §. 291. h. t. verordne für den Fall des bloßen Versehens nicht das Gegentheil.

(Landr. Bd. I. zum §. 291. h. t., Recht der Ford. Bd. 1. S. 306.)

Die Gesetzrevisoren bemerken, daß es auf den Grad der Verschuldung in dem in Rede stehenden Falle nicht ankommen könne, weil der, welcher gegen die ausdrückliche Verpflichtung, etwas nicht zu thun, solches dennoch thue, jedesmal ein grobes Versehen begehe.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 163.)

§§. 292—316. Konventionalstrafen.

§. 292. 1) Die Verabredung in einem Erbpachtvertrage, daß, wenn der Kanon über gewisse Termine hinaus rückständig bleibe, nicht bloß der Vertrag aufgehoben sein und das Erbpachtgrundstück zurückgewährt werden solle, sondern auch die vom Erbpächter darauf errichteten Gebäude, mit Anlagen und Früchten unentgeltlich zurückgegeben werden sollen, unterliegt in ihrer letzten Bestimmung, als Konventionalstrafe, der Beschränkung, daß sie den doppelten Betrag des dem Erbverpächter durch die Auflösung des Vertrages erwachsenen Interesse nicht übersteigen darf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Aug. 1847.

Die Natur der Konventionalstrafe haben alle Nachtheile, welche der Verpflichtete leiden, und alle Vortheile, welche er dem Berechtigten für den Fall der Auflösung oder Nichterfüllung des Vertrages gewähren soll. Darauf, ob das Wort »Strafe« gebraucht sei, kommt es nicht an, sondern auf die Beschaffenheit der Stipulation. Nachtheile, welche außerhalb der bloßen Auflösung des Vertrages und außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen über die Folgen dieser Auflösung liegen, gehören nicht mehr zur Resolutivbedingung, sondern nehmen, wenn sie als Folgen einer nicht vertragsmäßig geleisteten Erfüllung des Vertrages bedungen sind, die Natur der Konventionalstrafe an, da sie nur durch den Anspruch des anderen Kontrahenten auf Vergütung des Interesse, welches im Voraus fixirt wird, gerechtfertigt erscheinen, und es gleichgültig ist, ob ausdrücklich im Vertrage gesagt worden, daß damit das Interesse ausgeglichen werden solle, wenn es nur aus der Stipulation von selbst folgt.

(Entsch. Bd. 15. S. 264.)

2) Die kontraktliche Festsetzung, durch welche die Nichterfüllung eines Vertrages mit dem Verluste der erworbenen Vertragsrechte bedroht wird, ist als Konventionalstrafe und nicht als Resolutiv-Bedingung anzusehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Jan. 1847.

Denn eine solche Festsetzung hat nur den Zweck, die Erfüllung des Vertrages zu sichern, welche zum Wesen des Geschäftes, also zum Hauptinhalte der Stipulation gehört. So wenig man also sagen kann, daß die stipulirte Erfüllung Seitens der Kontrahenten eine Bedingung im rechtlichen Sinne sei, so wenig läßt sich eine kontraktliche Festsetzung, durch welche an die Nichterfüllung der Verlust der erworbenen Vertragsrechte geknüpft wird, als eine auflösende Bedingung bezeichnen.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 178.)

3) Das in einem Gesellschaftsvertrage vorbehaltene Recht, socii bei Vertragsverletzungen aus der Gesellschaft auszustoßen, ist unter den Gesichtspunkt einer Konventionalstrafe zu subsumiren.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Jan. 1847.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 176 ff.)

4) Ist die in Frachtverträgen vorkommende Bestimmung, das Frachtgut innerhalb der festgesetzten Zeit »bei Verlust der Fracht und Schadensersatz« an den Bestimmungsort zu schaffen, als Verabredung einer Konventionalstrafe anzusehen?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. April 1850.

Aus §. 292. erhellt, daß die Konventionalstrafe einen in sich abgeschlossenen Hauptvertrag, auf dessen nicht gehörige Erfüllung sie gesetzt ist, voraussetzt. Die Verabredung einer Konventionalstrafe ohne einen solchen Hauptvertrag hat keinen Gegenstand und ist rechtlich nicht denkbar; in gleicher Weise kann aber auch da keine Konventionalstrafe vorhanden sein, wo das, was als Verabredung der Konventionalstrafe ausgegeben wird, in Wirklichkeit nur der Inhalt der durch den Hauptvertrag begründeten Obligation ist. Mag sich die Verabredung der Konventionalstrafe äußerlich und formell in dem Hauptvertrag selbst, oder mögen sich beide gesondert darstellen, — immer ist es wesentlich, daß sich die gegenseitige Beziehung beider in dem Verhältnisse des Primären oder Sekundären oder, was gleichbedeutend ist, des Prinzipalen und Akcessorischen, erkennbar macht. Wo aber dieses Verhältniß nicht stattfindet, wo das Sekundäre oder Akcessorische das Primäre oder Prinzipale selbst ist, da kann auch von einer Konventionalstrafe nicht die Rede sein. (Entsch. Bd. 19. S. 90.)

Anh. §. 6. (zum §. 292.). 1) Der §. 6. des Anh. ist aus der K. O. v. 14. Sept. 1802 und dem R. v. 15. ej. m. (N. C. C. Tom. XI. p. 1005, Stengel Bd. 16. S. 142, Rabe Bd. 7. S. 241) entnommen.

Vergl. Dr. Löwenberg's Mat. des Anh. S. 23 u. 114.

2) Wegen der nach §. 1. des Ed. v. 9. Okt. 1807 jetzt stattfindenden Freiheit des Güterverkehrs kann eine Anwendung des §. 6. des Anh. nicht mehr vorkommen.

(Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 620 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 355 Anm. 3.)

Koch bemerkt indeß, daß der Rechtssatz selbst deshalb nicht obsolet geworden sei und daß noch ganz gleiche Fälle für seine Anwendung vorkommen, z. B. die Veräußerung von Grundbesitz an Soldaten, die Veräußerung von Rittergütern an Dorfgemeinden.

(Landr. Bd. 1. zum §. 6. des Anh.)

§§. 292—296. 307. Die Konventionalstrafe schließt jeden anderweitigen Entschädigungsanspruch, der lediglich auf das Gesetz sich gründet, aus, und durch die ohne Vorbehalt geschehene Annahme der nachträglichen Erfüllung geht mit dem Anspruche auf die Konventionalstrafe auch jeder gesetzliche Anspruch auf Schadensersatz unter.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1856, auf Grund der §§. 292—295. u. 307. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 131 Nr. 33.)

§. 297. 1) Ein schriftlicher Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet hat, einen Ort zu meiden und im Nichtbefolgungs-

---

[1]) Früher hatte Bornemann auszuführen gesucht, daß der §. 291. auf Handlungen gehe, zu deren Unterlassung der Promittent schon ex lege verbunden war, und der §. 890. Tit. 11. auf solche sich beziehe, zu denen der Promittent vor dem Vertrage nicht verbunden war. (Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 428.) Jetzt bemerkt er selbst, daß, wenn auch dieser Unterschied an sich Vieles für sich habe, solcher doch durch die Materialien nicht bestätigt werde.

(System Bd. 2. S. 541 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 2. S. 317 Anm. 2.)

falle eine Konventionalstrafe zu bezahlen, ist nicht zu Recht beständig.

(Erk. der Reg. zu Königsberg v. 10. Sept. 1799, Stengel Bd. 16. S. 220.)

2) Ueber die Frage: ob man sich vertragsmäßig auf den Fall der Nichterfüllung eines Versprechens dem sofortigen Personalarreste unterwerfen könne? vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 29. §. 10. Nr. 1.

§. 299. Ueber die Frage: ob als Konventionalstrafe ein ferneres Zinsprozent für den Fall, daß die sonst zu entrichtenden niedrigeren Prozente zur bestimmten Zeit nicht gezahlt werden möchten, vorbedungen und gefordert werden darf? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 825. u. 826.

§§. 300. 301. Darf die Konventionalstrafe bei Kaufverträgen 10 Prozent des Kaufpreises betragen?

Das O. L. G. zu Arnsberg bejahet in dem Erk. v. 16. Mai 1838.

In den §§. 64. u. 65. A. L. R. I. 16. wird auf §§. 827—834., §§. 111., 116., 227. A. L. R. I. 11. verwiesen, von welchen §. 833. verbietet, daß der Gläubiger außer den Zögerungszinsen für den durch den Bezug des Schuldners ihm entstandenen Schaden keine weitere Vergütigung fordern könne, und §. 227. bestimmt, daß der Käufer das Kaufgeld nach der Uebergabe verzinsen solle. Aus dieser Zusammenstellung folgt, daß bei verzögerter Zahlung der Kaufgelder das gesetzliche Zinsmaß nicht überschritten werden dürfe, und wenn dies der Fall ist, darf die Konventionalstrafe nach §. 301. h. t. den doppelten Betrag dieses gesetzlich beschränkten Interesse nicht übersteigen. Wenn auch nach §. 825. A. L. R. I. 11. bei Darlehen nur 6 Proz. Konventionalstrafe stipulirt werden dürfen, so kann doch diese Bestimmung auf eine bei einem Kaufkontrakte verabredete Konventionalstrafe nicht ausgedehnt werden, weil auf dieselbe nicht mit verwiesen ist. Hierfür spricht auch, daß in §§. 299. und 300 h. t. alle übrigen Verträge dem Darlehns-Kontrakte bei der Arbitrirung der Konventionalstrafe entgegengesetzt werden. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 540.)

Sommer bemerkt hiergegen: der §. 301. h. t. spreche von dem doppelten Betrage des wirklich auszumittelnden Interesses, woraus also nicht zu folgern, daß das Duplum des nach §. 830. A. L. R. I. 11. zu 5 Proz. vermutheten Interesses gefordert werden könne und darauf beschränkt werden müsse. Es werde vielmehr die nur bei Zögerungszinsen in der Regel (A. L. R. I. 11. §§. 833., 834.) ausgeschlossene Beweisführung über das wirkliche Interesse geschehen müssen, um das Doppelte, als Maximum des Interesses, zu finden. (a. a. O. S. 544.)

§. 301. Wer muß den Beweis führen, daß die Konventionalstrafe den doppelten Betrag des wirklichen Interesse übersteige?

a) Bornemann nimmt an, daß dieser Beweis demjenigen obliege, welcher die Konventionalstrafe versprochen hat; denn auf diese Thatsache gründe sich die Exception, welche der Promittent dem an sich begründeten Anspruche des Akceptanten entgegensetzen müsse, um von der Strafe loszukommen. Die Redaktoren hätten indessen das Gegentheil angenommen. Gegen den mit dem §. 301. h. t. übereinstimmenden §. 219. des gedr. Entw. II. 2. sei monirt:

»Diese Vorschrift sollte auf den Fall eingeschränkt werden, wenn außer dem Darlehn eine bestimmte Geldsumme verschuldet wird. Sonst hat die Konventionalstrafe den eigentlichen Zweck, daß dadurch die höchst schwierige Ausmittelung des Interesses vermieden werde, welche aber nach diesem Paragraphen jederzeit vorgenommen werden müßte, so lange das Interesse noch irgend einer Schätzung fähig ist.»

Gegen dies von dem Geh. R. Gosler für erheblich erachtete mon. habe Suarez bemerkt:

»Dissentio. Die Furcht vor den Schwierigkeiten bei der Ausmittelung kann den Gesetzgeber nicht bewegen, solche offenbare Unbilligkeit und versteckte usurariam pravitatem zu dulden, als vorhanden sein würde, wenn die Konventionalstrafe mit dem Interesse in gar keinem Verhältnisse stände. Chikanen sind so leicht nicht zu fürchten, denn wenn bei Bestimmung der Konventionalstrafe nur einigermaßen auf Billigkeit gesehen wird, so kann es so schwer nicht sein, ein Interesse, das wenigstens der halben Konventionalstrafe gleich ist, zu bescheinigen. Der, welcher die Strafe entrichten soll, kann auch keinen erheblichen Vortheil dabei haben, auf die Ausmittelung des Interesses ohne Grund zu provoziren, da er doch immer das Doppelte des ausgemittelten Betrages zahlen muß.«

Nach Suarez Meinung also habe der, welcher die Konventionalstrafe fordere, wenigstens bescheinigen müssen, daß sein Interesse den halben Betrag der Strafe erreiche. Auch würden die §§. 302. u. 303. unnöthig gewesen sein, wenn man angenommen hätte, daß dem Versprechenden der Beweis obliege.

(Bornemann's System Bd. 2. S. 621, 2. Ausg. Bd. 2. S. 356.)

b) Das Ob. Trib. hat indeß durch den Pl. Beschl. v. 23. Jan. 1846 (Präj. Nr. 1676.) ausgesprochen:

Wenn der auf Zahlung der Konventionalstrafe in Anspruch Genommene die Behauptung aufstellt, daß dieselbe den doppelten Betrag des Interesses des Berechtigten übersteige, so ist dies eine Einrede, welche der Erstere beweisen muß.

Die Gründe bemerken:

Wenn es auch (nach dem von Bornemann mitgetheilten Inhalte der Materialien) die Meinung Suarez's gewesen sein möchte, die Beweislast dem Kläger aufzulegen, so ist doch diese Meinung jedenfalls nicht angenommen. Die Gesetze sprechen sie nicht aus und nach allgemeinen Rechtsregeln ist sie nicht zu rechtfertigen. Das A. L. R. erklärt die Verabredung einer Konventionalstrafe allgemein für gültig. Wer also eine solche Strafe einklagt, klagt aus einem gesetzl. gebilligten Geschäfte, und wenn namentlich das, was der Kontrahent leisten soll, eben dasjenige ist, was die Gesetze den Parteien nach Belieben im Voraus festzusetzen erlauben, so ist gerade auch diese festgesetzte Leistung das Objekt, worauf der Klageantrag zu richten ist. Diese Festsetzung ist ohne weiteres klagbar und bindend für beide Parteien, und es bedarf nicht erst noch einer anderweitigen Begründung des Anspruchs, so wenig nach seiner Art, als nach seinem Betrage. — Genügt aber die vertragsmäßige Festsetzung der Strafe ganz für sich allein als selbstständiger Klagegrund, so muß der Richter ihn auch zulassen, ohne erst noch irgend eine Liquidation oder Nachweisung des eigentlich erlittenen Schadens vom Kläger zu fordern. Es ist Sache des Verklagten, diejenigen faktischen Materialien und Beweise beizubringen, welche gesetzlich nöthig sind, um die seinerseits erbetene Reduktion der Konventionalstrafe zu begründen. Dies folgt aus der Grundregel der Beweistheorie. Bis dahin steht ihm sein eignes Anerkenntniß oder Versprechen entgegen, bei welchem noch in Betracht kommt, daß es zugleich ein Bestärkungsmittel beziehungsweise die Unterwerfung unter eine Privatstrafe für den Vertragsbruch ist, die das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Die Regel: pacta sunt servanda, findet daher auch hier Anwendung. Es lastet auf den Konventionalstrafen auch durchaus kein gesetzliches Odium, und wenn auch nicht eine Rechtsvermuthung gegen sie in Betreff der Betragsermittelung des wahren Interesses etablirt ist, so fehlt es an allem Grunde, bei ihnen gegen alle Regel dem Kläger den Beweis für eine Thatsache aufzulegen, die nicht zur Begründung seines Anspruchs, sondern des Einwandes des Gegners dient. Die Schwierigkeit des Beweises für den Beklagten darf hierbei nicht in Betracht kommen, denn solche entbindet nie von der Last der Beweisführung.

Der §. 825. A. L. R. I. 11. ist übrigens nicht auf alle Verbindlichkeiten zur Zahlung einer bestimmten Summe anzuwenden. Aus §. 65. A. L. R. I. 16. kann dies nicht gefolgert werden, da dieser Paragraph nur von Verzögerungszinsen spricht. Ueberdies sind hier die §§. 299. und 300 h. t. entscheidend, wonach die Festsetzung der Konventionalstrafe bei allen Verträgen, außer beim Darlehn, der Verabredung der Parteien überlassen ist.

(Präj. Samml. S. 16, Entsch. Bd. 12. S. 1, J. M. Bl. 1846 S. 50.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 4. Juni 1847, betr. die Konventionalstrafe bei unschätzbarem Interesse, angenommen. (Rechtsf. Bd. 1. S. 241 Nr. 112.)

c) Koch bemerkt, daß (wie Bornemann's Mittheilungen aus den Mater. zeigten) die Redaktoren sich dabei anfänglich Geldschulden außer dem Falle eines Darlehns gedacht hätten, und davon ausgegangen seien, daß der Promissar sein Interesse nachweisen und dadurch die Gesetzmäßigkeit der Koventionalstrafe darthun müsse. Wenn also das Interesse an sich einer Schätzung nach Gelde fähig sei, und der Promittent leugne, daß dasselbe die Hälfte der Strafe erreiche, so müsse der Kreditor den Beweis führen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 339.)

§. 304. 1) Im §. 304. Z. 2. ist statt: »Kontraventional« zu setzen: »Konventional.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Die in einem Vortrage stipulirte Wandelpön hat den Charakter einer Konventionalstrafe dergestalt, daß auf den Fall der nicht gehörig erfolgenden Entrichtung derselben keine fernere Konventionalstrafe oder Wandelpön vorbedungen werden darf.

So erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1849 (Präj. Nr. 2146.), da die Wandelpön nur eine Art der Konventionalstrafe sei, auf welche daher auch der §. 304. Anwendung finde. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 5, Entsch. Bd. 19. S. 94.)

3) Die Bestimmung eines Vertrages, daß ein Kontrahent bei verzögerter Zahlung stipulirter Beiträge diese doppelt zu zahlen gehalten, im Falle der verweigerten Doppelzahlung aber aller Vertragsrechte verlustig sein solle, enthält nicht die Festsetzung einer doppelten, sondern einer alternativen Konventionalstrafe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Jan. 1847.

Es hängt ganz von der Wahl des Säumigen ab, ob er in jenem Falle den doppelten Betrag entrichten, oder sich der Exklusion aus der Gesellschaft unterwerfen wolle, und es ist also nicht eine doppelte, sondern eine alternative Konv. Strafe festgesetzt worden. Der §. 304. handelt nur von ersterer und setzt voraus, daß eine fernere Konv. Strafe auf den Fall der nicht gehörigen Entrichtung der ersteren festgesetzt worden, daß also beide entrichtet werden sollen. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 183.)

Vergl. dagegen die Bemerk. von Windhorst.
(a. a. O. S. 184 Anm.*)

4) Ist die das Maaß der Koventionalstrafe normirende Vorschrift des §. 304. auch auf Gesellschaftsverträge anwendbar?

In einer Nichtigkeitsbeschwerde (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 182) wird für die Verneinung angeführt, daß für Privatgesellschaften, welche sich zu erlaubten Zwecken gebildet haben, das, was dieserhalb im A. L. R. I. 17. u. II. 6. vorgeschrieben ist, die lex specialis bilde, daß der §. 304. h. t. den Zweck habe, zu verhüten, daß nicht, unter der Form von Konventionalstrafen, Wucher getrieben werde, daß aber jede Vermuthung desselben bei einem für alle Gesellschaftsmitglieder gleiche Vortheile und Nachtheile festsetzenden Statute einer gemeinnützigen Gesellschaft wegfalle, und daß daher auch in Bezug auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaftsmitglieder unter sich der §. 187. A. L. R. I. 17. es gestatte, in den Gesellschaftsvertrag Bestimmungen aufzunehmen, welche von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen.

Das Ob. Trib. hat sich in dem hierauf ergangenen Erk. nicht direkt über die Frage ausgesprochen.

Windhorst bemerkt indeß (a. a. O. S. 183 Anm. 3), daß sich diese Ansicht nicht vertheidigen lasse; denn auch der auf dem Grundsatze der Gegenseitigkeit beruhende Wucher sei zu verdammen; der §. 304. sei als eine ex ratione salutis publicae hervorgegangene Prohibitivbestimmung unbedingt und für alle Arten von Verträgen gegeben, und müsse daher auch in dieser Allgemeinheit zur Anwendung gebracht werden.

5) Ist es zuläßig, von einer versprochenen Konventionalstrafe Zögerungszinsen zu fordern?

Es bejahen:

a) Siewert (Material. Hft. 7. S. 43) und Grävell (Generaltheorie S. 245), weil im §. 304. nur die Rede sei von vorbedungenen Zinsen, und weil dieser Ausdruck gerade gewählt sei, um diesen Zweifel zu beseitigen, indem es statt desselben im Entw. des A. G. B. §. 221. »gefordert werden« geheißen habe.

b) Der Gesetzrevisor, mit dem Bemerken, daß die Materialien (s. unten Zus. 6.) dies ausdrücklich bestätigen.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 122.)

c) Koch aus dem Ausdrucke des §. 304.: »vorbedungen«, und weil Verzugszinsen nicht verboten sind.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 340.)

6) Muß derjenige, welcher die Entrichtung der Konventionalstrafe verzögert, Zögerungszinsen von dem Tage des rechtskräftigen Urtheils oder schon von dem Tage der insinuirten Citation zahlen?

Letzteres behaupten:

a) Bornemann, welcher bemerkt: die Redaktoren hätten sich hierüber zu verschiedenen Zeiten verschieden ausgesprochen. In der rev. mon. zum ungedr. Entw. sage Suarez:

»Herr S. will beifügen, daß von einer Konventionalstrafe weder ex stipulatione, noch ex mora Zinsen gefordert werden könnten. Diese Zusätze könnten mit einem Paar Worten dem §. 167. (des ungedr. Entw.) inserirt werden.«

Im gedr. Entw. II. 2. §. 221. sei daher festgesetzt:

»Auf den Fall der nicht gehörig entrichteten Strafe dürfe weder eine weitere Konventionalstrafe festgesetzt, noch Verzinsung gefordert werden.«

Hiergegen sei monirt, daß die Zinsen ex mora zugelassen werden sollten, weil sonst der Straffällige oft die Exekution abwarten werde; wenigstens müßten sie alsdann stattfinden, wenn eine Interpellation geschehen sei. Der Geh. Rath G. sei diesem Monitum beigetreten, und Suarez habe ebenfalls erklärt:

»Accedo: usurae morae müssen auch von einer Konventionalstrafe a die insinuatae citationis bezahlt werden.«

Diese Ansicht sei approbirt und dem §. 304. eine veränderte Fassung gegeben worden. Nach der Analogie der Vorschriften über das Interesse §§. 18. u. 65. in Verbindung mit §. 231. Tit. 7. und §. 821. Tit. 11. würde man indeß annehmen müssen, daß der Tag der rechtskräftigen Verurtheilung der term. a quo der Verzinsung sei.
(System Bd. 2. S. 624, 2. Ausg. Bd. 2. S. 357, vergl. Rechtsgesch. S. 320.)

b) Siewert, welcher, ohne nähere Motivirung, bemerkt, daß die Zögerungszinsen vom Tage der insinuirten Klage, oder vielmehr vom Verfalltage eintreten müßten. (Material. Hft. 7. S. 44.)

Dagegen halten die erstere Meinung für richtig:

a) Grävell, unter Bezugnahme auf A. L. R. I. 16. §. 66.
(Generaltheorie der Vertr. S. 245 Anm.*)

b) Die Gesetzrevisoren:

Die angeführte Stelle der Materialien des A. L. R. spricht für das Erstere, allein in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung würden wir dennoch der Ansicht den Vorzug geben, welche nur eine Verzinsung vom Tage der rechtskräftigen Entscheidung gestattet, denn die Konventionalstrafe vertritt das Interesse, und wir nehmen an, daß der nach Gelde festgesetzte Betrag desselben zufolge §. 66. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. nur vom Tage des Judikats, zum höchsten nur vom Tage des ersten in den folgenden Instanzen bestätigten Urtheils an, verzinset werden dürfe.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. zu §§. 276—299. des Entw. S. 123.)

Koch endlich ist der Ansicht, daß hier, wie bei jeder anderen Geldobligation, der Anfangstermin der Zögerungszinsen durch den Eintritt der mora bestimmt werde.

Die Regeln von der Ausmittelung des Schadens und der Umwandelung der Nutzungen in eine Geldsumme können nicht analog angewendet werden, weil zwischen beiden Fällen die Aehnlichkeit fehlt. Denn die Konventionalstrafe ist von Anfang eine bestimmte Geldobligation; wenn aber ein Schade ersetzt, oder Nutzungen erstattet werden sollen, so muß eine Geldobligation erst durch das Urtel entstehen, und dies ist der Grund, weshalb hier die Verzugszinsen erst vom Tage der Rechtskraft des Urtels anfangen können. Die Konventionalstrafe ist ihrer Natur nach eine bedingte Obligation, mithin muß nach den Grundsätzen des A. L. R. (I. 16. §. 86.) die mora mit dem Eintritte der Bedingung entstehen. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 341.)

7) Können Zögerungszinsen neben der Konventionalstrafe gefordert werden?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1852.

Die Konventionalstrafe ist das im Voraus verabredete Interesse, welches der Verpflichtete in Folge der Zögerung zu leisten hat; die Zögerungszinsen schließen, wenngleich sie in der Höhe von jener Strafe verschieden sein können, eben dieses Interesse in sich (§§. 285. ff., 292. ff. h. t., A. L. R. I. 16. §§. 16. u. 64. ff.); wo dergleichen Konventionalstrafe festgesetzt worden, findet die Forderung eines höheren Interesses nicht statt (§§. 293., 294. h. t.). Diese Beschränkung muß zur Anwendung kommen, wo die Strafe und die Zögerungszinsen das Interesse aus einer und derselben Art des Verzuges vertreten. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 306 Nr. 65.)

§. 307. 1) Der an die ohne Vorbehalt geschehene Annahme einer nachherigen Zahlung in Gemäßheit des §. 307. geknüpfte Verlust der Konventionalstrafe tritt in dem Falle nicht ein, wenn die Zahlung nicht unmittelbar von dem Berechtigten, sondern von einer zur Empfangnahme derselben legitimirten dritten Person ohne Vorbehalt angenommen worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Jan. 1847.

Der Dritte kann nicht ermächtigt sein, durch Annahme von Zahlungen die bereits erworbenen Rechte des Berechtigten auf Konv. Strafe aufzugeben.
(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 169.)

Windhorst hält dies für unrichtig. Wolle der Berechtigte es verhüten, daß ihm nicht durch die Annahme seines Vertreters präjudizirt werde, so müsse er ihn anweisen, nicht anders, als unter Vorbehalt anzunehmen und zu quittiren. (a. a. O. Anm. 2.)

2) Soll die Annahme der späteren Erfüllung einer, mit der Konventionalstrafe bedroheten Leistung selbst, ganz oder theilweise, mit

einem Vorbehalt, die Wirkung haben, daß das Recht auf die Konventionalstrafe, der Erfüllung ungeachtet, in Kraft bleibt, so muß der Vorbehalt sofort bei der Annahme der Erfüllung erfolgen, und mit dieser zusammen fallen; eine Frist zur Erklärung des Vorbehalts findet weder überhaupt, noch insbesondere, wie bei der Erklärung über die Annahme eines Versprechens, bei der Eingehung eines Vertrages statt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1263. b.) (Präj. Samml. S. 8.)

3) Ist eine Konventionalstrafe auf die nicht gehörig geleistete Erfüllung eines Vertrages gesetzt worden und der Fall der Kontravention eingetreten, so bedarf es zur Erhaltung des Anspruches auf die Strafe nicht nothwendig der Wiederholung eines einmal ausdrücklich erklärten Vorbehaltes wegen der späteren Annahme der Erfüllung.

So erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Okt. 1850, indem der §. 307. die entgegengesetzte Annahme, daß es einer Wiederholung des Vorbehaltes bedürfe, keineswegs rechtfertige. (Entsch. Bd. 20. S. 89 ff.)

4) Der §. 307. setzt voraus, daß der Berechtigte bereits einen Anspruch auf die Konventionalstrafe erlangt hat. Es folgt hieraus, daß von ihm in Bezug auf eine solche Strafe erst dann ein Vorbehalt mit rechtlicher Wirkung gemacht werden kann, wenn der Verpflichtete der Strafe bereits verfallen ist. Es genügt daher, wenn der Vorbehalt nur nicht erst nach der Annahme der Erfüllung gemacht wird.

So erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Dec. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 203 Nr. 102.)

5) Entspringen aus einem lästigen Vertrage für einen Kontrahenten mehrere einzelne, jede für sich bestehende Leistungen, und ist nur die Nichterfüllung der einen oder andern derselben mit einer Konventionalstrafe bedroht worden, so geht durch die Annahme einer der einzelnen nicht der Strafe unterworfenen Leistungen ohne Vorbehalt das Recht auf Einforderung der in Betreff einer andern Leistung bestimmten, schon verfallenen Konventionalstrafe nicht verloren.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1263. a.) (Präj. Samml. S. 8.)

6) Bei Verträgen über terminliche Leistungen begründet die, ohne Vorbehalt geschehene Annahme späterer Terminalleistungen keinen Erlaß der durch Nichtleistung früherer Termine einmal verwirkten Konventionalstrafe.

So erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Aug. 1847.

Unter »nachheriger« Erfüllung (im §. 307.) ist die nachgeholte, nachgeleistete zu verstehen, nicht aber eine nachfolgende, fortgesetzte. Denn wo ein Vertrag zu mehrmaligen, fortgesetzten Leistungen eine Verpflichtung auflegt, muß jede Leistung für sich besonders aufgefaßt und hinsichtlich der Frage nach dem Verzuge beurtheilt werden. So wenig durch eine folgende Leistung eine frühere getilgt werden kann, eben so wenig können durch jene die Folgen des Verzuges bei dieser aufgehoben werden. Der §. 306. bestimmt, daß, wenn die Strafe einmal verwirkt ist (was nach §. 305. geschieht, sobald der Verpflichtete sich einer Zögerung schuldig macht), dieselbe durch spätere Erfüllung des Vertrages nicht mehr abgewendet werden kann. Diese spätere, oder wie es im §. 307. heißt, nachherige Erfüllung, kann demnach nur auf die speziell in Frage stehende, dem Verzuge unterworfene Leistung bezogen werden. (Entsch. Bd. 15. S. 265.)

7) Muß der Vorbehalt schriftlich erklärt werden?

a) Bornemann hält den mündlichen Vorbehalt für genügend und bemerkt:

Der §. 225. des gedr. Entw. II. 2. forderte einen schriftlichen Vorbehalt; bei der revis. mon. wurde indessen angenommen, daß es eines solchen nicht immer bedürfe.

(System Bd. 2. S. 625, 2. Ausg. Bd. 2. S. 358.)

b) Koch, welcher derselben Ansicht ist, motivirt dieselbe dadurch, daß der Mangel des Konsenses bei der Leistung die Erlöschung der Obligation hindere. (Landr. Bd. 1. zum §. 307. h. t.)

§§. 308. u. 309. Zum Verständniß der §§. 308. u. 309. dient das Präj. des Ob. Trib. v. 23. Jan. 1778 (Hymmen's Beitr. Bd. 3. S. 38 ff.), welches, nach Ausweis der revid. Mon. des gedr. Entw., dem §. 309. zum Grunde liegt.

Zwei geschiedene Eheleute machen mit einander aus, daß sie fortan einander nicht beleidigen wollen, bei 500 Thlrn. Konventionalstrafe, welche an die Armenhäuser verfallen sollten. Die Frau, behauptend, sie sei brieflich beleidigt worden, klagt gegen den geschiedenen Ehemann auf Entrichtung der Strafe an die Armendirektion. Es erfolgt Verurtheilung in erster Instanz. Der Bekl. appellirt und in dieser Instanz versöhnen sich die Parteien; die Kl. nimmt die Klage zurück. Nun klagt die Armendirektion auf jene Strafe, als ihr schon zuerkannt. Der Bekl. wurde in beiden Instanzen verurtheilt, weil es — nach gem. Rechten — der Akceptation gar nicht bedurft habe. Das Ob. Trib. änderte ab und wies die Klage zurück, weil — selbst wenn nach erfolgter Akceptation des Armendirektoriums die Promissaria nicht hatte zurücktreten können — man doch bei erwähntem Versprechen tacitam conditionem voraussetzen müsse, daß der eine Theil auf des Andern Bestrafung auch wirklich dringe und solche erstreite. Hieran mangle es in diesem Falle.

Koch bemerkt unter Bezugnahme hierauf, daß sich daraus ergebe, daß die Worte des §. 309.: »auch wenn er die Strafe akceptirt hätte«, nicht den Fall voraussetzen, daß der Dritte dem Vertrage wie ein Mitkontrahent beigetreten sei, sondern den speziellen Fall, daß bei einer vorgefallenen Kontravention der bedachte Dritte die Strafe als ihm gehörig verlangt und dadurch akceptirt habe. Denn das alleg. Präj. des Ob. Trib. habe nur den zuletzt angegebenen Fall, nicht den, wo der Dritte dem Vertrage beigetreten sei, in der im §. 309. ausgesprochenen Art entschieden. Die Versagung des Einforderungsrechtes der Konventionalstrafe für den dem Vertrage beigetretenen Dritten würde unerklärlich sein.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 344.)

Bornemann meint dagegen, daß auch der dem Vertrage beigetretene Dritte die zu seinen Gunsten stipulirte Konventionalstrafe nicht eigenmächtig einklagen könne; denn der Berechtigte könne bei nicht gehörig erfolgter Erfüllung immer noch nach seiner Willkühr die Einforderung der Konventionalstrafe unterlassen, und statt dessen auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit klagen.

(Rechtsgesch. S. 321, System Bd. 2. S. 625 Anm.***, 2. Ausg. Bd. 2. S. 358.)

§. 310. 1) Die Konventionalstrafe, welche sich der Käufer einer Handlung in einem nach Publikation des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 geschlossenen Vertrage für den Fall vom Verkäufer hat versprechen lassen, daß derselbe sein Angelöbniß, an demselben Orte ein gewisses Gewerbe nicht betreiben zu wollen, brechen sollte, ist unklagbar.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Febr. 1844.

Die K. O. v. 19. April 1813[1]) ist nicht bloß da anwendbar, wo auf Untersagung der Ausübung eines Gewerbes, sondern auch da, wo auf Zahlung einer Konventionalstrafe geklagt wird. Die nach §. 310. anzunehmende Unklagbarkeit der Konventionalstrafe ergiebt sich aus der nach der K. O. v. 19. April 1813 hervorgehenden Unklagbarkeit der Hauptstipulation.

(Entsch. Bd. 11. S. 197.)

Ebenso hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1854 erkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 238 Nr. 52.)

2) Die Forderung einer Konventionalstrafe, welche in einem Vertrage, dessen Rechtsgültigkeit durch die Zustimmung einer dritten Person bedingt ist, für den Fall bestimmt worden, daß einer der Kontrahenten die übernommene Verpflichtung, die Zustimmung des Dritten zu bewirken, nicht erfüllt, ist statthaft.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1856.

Es ist zwar anzuerkennen, daß, wenn dem Berechtigten wegen der den eigentlichen Gegenstand eines Vertrages bildenden Hauptobligation eine Klage nicht zusteht; sei es, weil dieselbe bereits getilgt, oder weil sie überhaupt nicht rechtsgültig konstituirt worden, auch wegen der Akcessionen und etwanigen Nebenabreden eine besondere actio nicht gewährt werde. Die in den §§. 307. und 310. h. t. gegebenen Vorschriften sind nothwendige Konsequenzen dieses Grundsatzes. Um aber denselben praktisch anzuwenden, muß dargethan werden, daß die Voraussetzungen, worauf er beruht, vorhanden sind, daß also die Verpflichtung, auf deren Nichterfüllung die Zahlung der Konventionalstrafe vorbedungen ist, ein Akcessorium, eine Nebenabrede darstelle. Dies ist hier nicht anzunehmen. Denn eben weil die Kontrahenten sich beim Abschlusse des Vertrages bewußt gewesen, daß derselbe ohne Einwilligung des Dritten keine rechtliche Gültigkeit habe, hat der die Konventionalstrafe versprechende Kontrahent die Beschaffung jener Einwilligung versprochen. Diese Bestimmung hatte also nur eine vorbereitende Handlung zum Gegenstande, die erforderlich war, um

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 6. Zus. I. 1.

dem beabsichtigten Geschäfte Gültigkeit zu verschaffen; es war dies lediglich ein Mittel zum Zwecke, um zur rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu gelangen. Die stipulirte Konventionalstrafe bezieht sich also nicht auf den unklagbaren Vertrag, sondern auf ein von demselben unabhängiges, an sich rechtsbeständiges Geschäft, daß die Stipulation in den Vertrag selbst aufgenommen ist, und zu dem Hauptgeschäfte in Beziehung steht, kann nicht zu der Folgerung berechtigen, daß, weil eine Klage auf Erfüllung des an sich nicht rechtsbeständigen Hauptgeschäftes nicht zulässig ist, deshalb auch die Klage auf Leistung der in Beziehung einer wesentlich hiervon verschiedenen Verbindlichkeit stipulirten Konventionalstrafe zurückgewiesen werden müsse. (Entsch. Bd. 34. S. 61.)

Koch, welcher dieser Entscheidung beitritt, bemängelt deren Motivirung. (Landr. Bd. 4. S. 1248.)

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 1 Nr. 1.)

3) Der Vermiether ist nicht verpflichtet, eine für den Fall des Verkaufs des Grundstückes und der Aufhebung des Miethsvertrages versprochene Entschädigung zu bezahlen, wenn der Miether durch Nichterfüllung seiner kontraktlichen Verpflichtungen zur Kündigung selbst Veranlassung gegeben hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1852, auf Grund der §§. 292., 310. u. 271. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 171 Nr. 34.)

§. 314. 1) Wenn in einer außergerichtlichen Punktation über die Veräußerung eines Grundstückes für den Fall des Rücktrittes des einen oder des anderen Kontrahenten eine Konventionalstrafe verabredet worden, und hiernächst der eine Kontrahent die Abschließung des förmlichen Kontraktes verweigert, und vorgiebt, Analphabet zu sein, so geht der andere Kontrahent hierdurch des ihm nach §. 314. h. t. zustehenden Rechts der **Wahl** der Konventionalstrafe, sofern der Vertrag dennoch aufrecht erhalten wird, nicht verlustig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 161 Nr. 79.)

2) Die für den Fall des Rücktrittes vom Vertrage vereinbarte Wandelpön kann der bei dem Vertrage stehen bleibende Kontrahent nur dann einklagen, wenn er seinerseits zur Erfüllung des Vertrages zur gehörigen Zeit bereit und im Stande gewesen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. u. 21. Juni 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 174 Nr. 42.)

§§. 314—316. Wenn die Erfüllung des Vertrages verweigert wird, so kann der andere Kontrahent ohne Weiteres lediglich auf Zahlung des Reugeldes klagen; er braucht nach solcher Weigerung seine Klage nicht alternativ auf Erfüllung des Vertrages **oder** auf Zahlung der Strafe zu richten, sondern kann es abwarten, ob derjenige, welcher die Erfüllung verweigert hat, sich dazu noch erbieten wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1856. (Entsch. Bd. 34. S. 65.)

§. 315. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 21. Mai 1847, betr. das Verhältniß zwischen Wandelpön und Reukauf.
(Rechtsf. Bd. 1. S. 215 Nr. 101.)

§. 316. Ist auch in dem Falle eine schriftliche Erklärung nöthig, wenn der Vertrag selbst gültiger Weise nur mündlich geschlossen worden?

Siewert (Material. Hft. 6. S. 45) und **Bielitz** (Kom. Bd. 1. S. 691) bejahen, indem der eine seine Behauptung auf die ratio legis, der andere auf die ganz unbedingte Vorschrift des §. 316. gründet.

Bornemann bemerkt, daß die Materialien das Gegentheil ergäben. Auch in den Monitis zum Entw. sei die Frage aufgeworfen und dabei bemerkt, daß, wenn ein mündlicher Vertrag vorliege, auch eine mündliche Erklärung hinreichen müsse. Der Geh. Rath G. sei damit einverstanden gewesen und habe eine Ergänzung des §. 316. h. t. anheimgestellt. **Suarez** habe dies aber für unnöthig erachtet, weil bei mündlichen Verträgen schwerlich eine Wandelpön stipulirt werden möchte. Hieraus und nach der Natur der Sache sei es klar, daß der §. 316. h. t. das Vorhandensein eines schriftlichen Vertrages voraussetze.
(System Bd. 2. S. 531 Anm.***, 2. Ausg. Bd. 2. S. 302 Anm. 3.)

Koch hält dafür, daß die Wahl, ob man erfüllen oder von dem Vertrage zurücktreten wolle, rechtsverbindlich **verbis**, mittelst mündlicher oder schriftlicher Erklärung geschehen könne, je nachdem ein gültiger mündlicher Vertrag oder ein schriftlicher vorhanden.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 334).

§§. 317—348. Gewährsleistung.

Roloff, über Gewährleistung für die vorausgesetzten Eigenschaften der gegebenen Sache nach dem A. L. R. (Eine Kritik der betr. Vorschriften.)
(J. W. 1848 S. 409 ff.)

Zu den Naturalien eines jeden lästigen Vertrages, durch welchen eine Sache veräußert wird, gehört es, daß der Veräußerer seinem Abnehmer für die Brauchbarkeit der Sache zu haften hat. (§. 318. h. t. und A. L. R. I. 11. §. 135.) Der Mangel der Brauchbarkeit kann entweder in einem **juristischen** oder in einem **physischen** Fehler liegen. Das **Röm.** Recht, welches die Fälle der **ersteren** Gattung als **Eviktion** bezeichnet, die der letzteren aber im **aedilitium edictum** abhandelt, stellt für **beide** besondere Regeln auf. Das **Deutsche** Recht faßt sie unter dem Ausdrucke: **Gewährsleistung** zusammen. Das A. L. R. behandelt ebenfalls beide Arten von Verbindlichkeiten unter dem Titel: **Gewährsleistung**, gemeinschaftlich, enthält jedoch über die Eviktionsleistung nur wenig und in zerrissener Darstellung. Die Verschiedenheit der Verbindlichkeiten für den einen und für den anderen Fall ist indeß wesentlich. (Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 362 §. 120.

Vergl. **Bornemann's** System Bd. 2. S. 589 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 341 ff.

§§. 318. 345. Das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Juli 1833 (Präj. Nr. 26.) spricht aus:

a) Die Vorschrift der §§. 318. und 345. wegen der bei lästigen Verträgen von dem einen Theile dem anderen zu leistenden Gewähr beschränkt sich bei Erbschafts- und anderen ähnlichen Verträgen, wo Rechte und Pflichten des einen oder anderen Theils fortdauernd sind, keinesweges auf die Zeit und den Zustand der Uebergabe, sondern dauert so lange an, als der Vertrag selbst; ausdrücklich vorbehaltene Eigenschaften müssen also während der ganzen Dauer der Erbpacht gewährt werden, daher auch:

b) eine von dem Mangel erlangte Kenntniß, des §. 345. ungeachtet, selbst nach Ablauf der Jahresfrist, den Erbpächter nicht hindert, gegen den Erbverpächter den ihm durch die Abwesenheit der vorbedungenen Eigenschaft entstehenden Schaden **für die Zukunft** einzuklagen, weil sein Recht auf Gewährleistung, alljährlich sich erneuernd, nicht schon vor der Entstehung durch Verjährung verloren gegangen sein konnte[1]).

(Präj. Samml. S. 16, Simon's R. Bd. 4. S. 29.)

§§. 318. 322. 325. 326. 328. 330. 1) Es sind die Fragen entstanden:

a) Was hat der Gutsherr, welcher eine Wassermühle gegen fortdauernde Abgaben veräußert hat, bezüglich der **Wasserkraft** dem Mühlenbesitzer zu gewähren? und

b) liegt in der **Natur** eines solchen Veräußerungs-Vertrages, bei dem mangelnden Ausdrucke des Gegentheils, die selbstverstandene, dauernde Verpflichtung des Gutsherrn, dem Mühlenbesitzer das Wasser auf die Mühle zu beschaffen?

Das Ob. Trib. hat in einem Erk. (Datum konstirt nicht), die Annahme des Richters zweiter Instanz, welcher die Gutsherrschaft verurtheilt hatte, dem Mühlenbesitzer einen Teich, aus welchem jener das Wasser für die Mühle erlangte, im Stande zu erhalten, weil es in der **Natur** des zwischen beiden bestehenden Kontraktsverhältnisses liege, daß der Gutsherr dem Mühlenbesitzer das Wasser auf die Mühle **schaffe**, als **unrichtig** bezeichnet, ohne dies indeß in den Entscheidungsgründen (weil es in dem speziellen Falle hierauf nicht ankam) näher zu motiviren.

Der **Aufsatz** in der **Zeitschr. des Revis. Kolleg.** Bd. 5. S. 137 ff. führt nun aus:

Allerdings müsse nach §. 318. der Verkäufer einer Wassermühle dem Käufer das Recht zur Benutzung des die Mühle bewegenden Wassers, insoweit ihm das Recht selbst zustand, und eben Wasser vorhanden ist, gewähren, und mithin dürfe der Verkäufer der Mühle, wenn er zugleich Eigenthümer der Wasserkraft ist, diese letztere dem Käufer nicht durch **eigene Handlungen** ent-

---

[1]) Diesen Grundsatz hat demnächst der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 27. Mai 1839 (Präj. Nr. 665.) aufrecht erhalten.
Vergl. die Erg. zu §§. 343. u. 344. h. t. Zus. 10. sub b.

ziehen, auch müsse er solche gegen Ansprüche eines Dritten vertreten, damit der Käufer sich derselben nach der Natur des Vertrages bedienen kann. Ganz verschieden hiervon sei aber die Verpflichtung, das Wasser auf die Mühle zu schaffen. Die dazu nöthigen Anlagen und Anstalten seien Pertinenzien der Mühle (§. 46. A. L. R. I. 2.), gingen also bei dem Verkauf als solche in das Eigenthum des Käufers mit über, und Gewähr dafür brauche der Verkäufer nur wegen ausdrücklich vorbedungener oder stillschweigend vorausgesetzter, nicht verborgener Fehler leisten. (§§. 325. 330. h. t.) Für den Zufall und höhere Gewalt brauche nach der Uebergabe keine Gewähr geleistet zu werden (§. 322. h. t.) und Ausnahmen hiervon fänden nur bei Rechtsinstituten statt, wo Proprietät und Nutzungsrecht getrennt sind, wie bei Miethe und Pacht, Erbzinsgütern und Erbpacht. (§§. 207., 299., 420., 478. A. L. R. I. 21., §§. 762., 763. A. L. R. I. 18.) Bei anderen fortdauernden gegenseitigen Verhältnissen, wie bei bloßen Zinsgütern (in deren Kategorie die mit bloßen Abgaben belasteten Mühlen gehören, welche das volle Eigenthum der Besitzer sind), greife jene Ausnahme nicht Platz (§. 817. A. L. R. I. 18.). Es seien für das fragliche Rechtsverhältniß außerdem nur die Vorschriften über Servituten maßgebend; denn das Verhältniß sei ein servitutähnliches. Nach §§. 35. u. 37. A. L. R. I. 22. sei der Belastete nur verpflichtet, das dienende Grundstück so weit in der bisherigen Fassung zu erhalten, als nicht Zufall oder höhere Gewalt es verändert. Die entgegengesetzte Annahme verwechsele mithin die Verpflichtung des Gutsherrn, dem Mühlenbesitzer die Benutzung des Wassers zu gestatten, mit der Verpflichtung, ihm das Wasser auf die Mühle zu beschaffen, oder sehe doch zu Unrecht beide Verpflichtungen für identisch an. Die Gewähr könne, ihrer Natur nach, nicht weiter gehen, als bis zur Aufhebung des Geschäftes, Forderung des Minderwerthes oder Nachforderung des Fehlenden, bei vorbedungener Quantität (§§. 326., 328. h. t., §§. 207., 210. A. L. R. I. 11., §. 30. des Ed. v. 2. Nov. 1810), niemals aber dem Gutsherrn eine Leistungspflicht auferlegen, welche in ihrem Umfange den Werth des ganzen Rittergutes übersteigen könne. Die Unhaltbarkeit des fraglichen Grundsatzes zeige sich übrigens klar bei dem Ablösungs-Verfahren (wie näher ausgeführt wird). Nur wenn kontraktlich ausdrücklich etwas Anderes bedungen worden, könnten die Verpflichtungen des Gutsherrn sich weiter erstrecken.

2) Das Revis. Kolleg. für L. K. S. hat in dem Erk. v. 18. Juni 1852 ausgeführt, daß eine Gutsherrschaft, welche eine Wassermühle, unter Vorbehalt fortdauernder Abgaben, verkauft hat, ohne ausdrückliche Uebernahme einer solchen Verpflichtung, nicht verbunden sei, dem Mühlenbesitzer dafür zu haften, daß er fortdauernd das zum Betriebe der Mühle erforderliche Wasser erhalte.

Die Vorschriften von der Gewährleistung ergeben nicht das Gegentheil, sondern die Gutsherrschaft ist dadurch, daß sie dem Käufer der Mühle das Recht zur Benutzung der Wasserkraft übertragen hatte, nur verpflichtet worden, selbst nichts zu thun, was die Ausübung jenes Rechts erschweren oder hindern möchte, und zu gestatten, daß der Müller diejenigen Vorkehrungen treffe, welche nothwendig sind, um ihm den nachhaltigen Zufluß des Wassers zur Mühle zu sichern, nicht aber dazu, Anstalten wiederherzustellen, die erforderlich sind, um das Recht auszuüben. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 231.)

§§. 319—322. Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften überhaupt.

1) Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Mai 1844 (Präj. Nr. 1442.) in den Erg. zum §. 271. h. t. Zus. 6.

2) Das Appell. Ger. zu Hamm nimmt (in dem Erk. v. 6. Sept. 1851) an, daß die §§. 319. ff. sich hauptsächlich auf lästige Veräußerungs-Verträge, also auf solche beziehen, welche die Hingabe einer Sache zum Gegenstande haben und durch diese Hingabe vollständig erfüllt werden. Dagegen seien die auf entgeltliche Ueberlassung des Gebrauches oder der Benutzung einer Sache gerichteten Verträge (Miethe- und Pachtverträge) nach den besonderen Grundsätzen (A. L. R. I. 21. §§. 272., 273., 291.) zu beurtheilen, weil hier ein dauerndes Obligations-Verhältniß begründet werde, wovon die Uebergabe nur den Anfang bilde, so daß die Pflicht zur Gewährleistung sich auf die ganze Dauer des Vertrags-Verhältnisses erstrecke, weshalb die §§. 319. ff., 215. u. 330. h. t. dabei nicht maßgebend sein könnten. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 414.)

§. 320. Der Verfasser des Aufsatzes in der Themis 1838 S. 156 bemerkt: im Falle des §. 320. sei ein geringes Versehen von Seiten des Gebers zu vertreten, wenn auch beide Theile aus dem Vertrage Vortheil hätten; dies folge aus der Natur der Gewährleistung, die sogar von jedem Versehen des Gebers unabhängig sei. (§. 317.)

§. 321. Kann die Vorschrift des §. 321. nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Empfänger allein in culpa ist, oder auch dann, wenn auch dem Geber eine Verschuldung zur Last fällt?

a) Bornemann bemerkt, daß, da der Geber, ohne Rücksicht auf seine Wissenschaft oder Schuld, zur Gewährleistung verbunden sei, es sich von selbst verstehe, daß der Anspruch des Empfängers wegfalle, wenn er selbst durch irgend eine positive Einwirkung oder Omission die Unmöglichkeit der gehörigen Erfüllung verschuldet habe; die ratio legis und die Worte des §. 321. brächten es aber auch mit sich, daß die darin enthaltene Vorschrift nur zur Anwendung kommen könne, wenn der Empfänger allein in culpa sei; habe der Geber sich eines nachtheilig gewordenen Versehens schuldig gemacht, und treffe den Empfänger etwa auch eine gewisse Schuld, so lasse sich nicht ohne Weiteres behaupten, daß die Unmöglichkeit, sich der Sache nach dem Inhalte des Vertrages zu bedienen, durch das Versehen des Empfängers entstanden sei, vielmehr müsse in diesem Falle untersucht werden, wer eigentlich causam damni gegeben, oder doch überwiegend dabei in culpa sei.

(System Bd. 2. S. 592, 2. Ausg. Bd. 2. S. 351.)

b) Siewert ist der Ansicht, daß die Forderung der Gewähr, des eigenen geringen Versehens des Empfängers ungeachtet, doch dann zulässig sei, wenn der Verlust durch eine unerlaubte Handlung (mithin durch Vorsatz, und nicht bloß durch Versehen und Fahrlässigkeit) veranlaßt worden, wie der §. 18. Tit. 6. Thl. I. A. L. R. ergebe.

(Material. Hft. 7. S. 57.)

c) Bielitz hält dies für unrichtig; denn der §. 18. cit. rede nur von Entschädigungen außerhalb des Vertrages, auch schreibe der §. 17. ib. ausdrücklich die Beurtheilung des Schadens bei Verträgen nach anderen Gesetzen vor, und überhaupt müsse jederzeit ein spezielles Gesetz, wie der §. 321. h. t., den Vorzug vor einem allgemeinen haben. Nach den klaren Worten des §. 321. cit. müsse die Forderung der Gewähr wegfallen, wenn dem, der sie fordert, ebenfalls eine Schuld, wenn auch nur eine geringere, zur Last falle, wofür auch §. 30. A. L. R. I. 4. spreche. (Komm. Bd. 1. S. 694.)

d) Grävell geht im Wesentlichen von denselben Ansichten aus: (Generaltheorie S. 256 Anm.*)

§§. 325—328. Gewährleistung wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften.

§§. 325—328. 334. Ist der Verkäufer eines Grundstückes zu der von ihm im Kontrakte übernommenen Liberation des verkauften Grundstückes von den darauf eingetragenen Hypotheken verurtheilt, so kann der Käufer nicht genöthigt werden, statt der Bewirkung der Liberation oder der Liquidirung des Interesses sich mit der Aufhebung des Vertrages oder dem Ersatze des Minderwerthes, eventuell des vollen Werthes des verkauften Gegenstandes zu begnügen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Febr. 1852[1]). (Präj. Nr. 2342.)

Die Motive des Beschl. erkennen an, daß die lex contractus erfüllt werden müsse. Selbst nach §§. 325—328. werde dem Geber nicht etwa die Befugniß ertheilt, sich von der kontraktlichen Verbindlichkeit durch Rücknahme der Sache oder durch Preisminderung loszusagen; vielmehr seien es die Befugnisse des Nehmers, welche die Paragraphen aussprechen, wenn der Geber nicht gewähren könne. Die Möglichkeit aber sei in dem Falle, wo eine Hypothek weggeschafft werden solle, durch den erforderlichen Geldaufwand gegeben, da Zahlung auch von einem Dritten angenommen werden müsse.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 18, Entsch. Bd. 22. S. 145 ff., Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 328 Nr. 69., J. M. Bl. 1852 S. 82.)

---

[1]) Im Widerspruche hiermit hatte das Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Juni 1843 (Entsch. Bd. 9. S. 173) den Satz ausgesprochen: »Die von dem Verkäufer eines Grundstückes übernommene Verpflichtung, dasselbe von den darauf eingetragnen Lasten zu befreien, begründet für den Käufer, im Falle der unterbleibenden Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wenn er vom Vertrage nicht wieder abgehen will, nur die Befugniß, den Ersatz des Minderwerthes oder des vollen Werthes des Kaufgegenstandes zu fordern.« Die Unhaltbarkeit dieser Entscheidung hat Koch in der Beurtheil. der Entsch. S. 619 ff. gezeigt, und der Pl. Beschl. v. 2. Febr. 1852 hat dieselbe anerkannt.

§. 326. Wenn mehrere Gegenstände für einen ungetheilten Preis verkauft sind, und der Hauptgegenstand nicht gewährt wird, so findet gegen den Käufer auch wegen der übrigen verkauften Gegenstände die Klage auf Erfüllung nicht statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1851, mit Rücksicht auf §. 326. h. t. und §§. 124., 127., 135. A. L. R. I. 11.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 65 Nr. 14.)

§. 327. 1) Wie sind die Worte: »in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat« zu verstehen?

a) Koch nimmt an, daß die Sache wesentlich unverändert sein müsse; verbessert oder verschlechtert (§. 337. h. t.) könne sie sein.

(Landr. Bd. 1. zum §. 327. h. t.)

b) Bornemann führt aus:

Die Wandelklage ist nach gemeinrechtlicher Praxis nur ausgeschlossen, wenn der Empfänger die Substanz der Sache verändert hat, und schon deswegen ist anzunehmen, daß jene Worte nur dasselbe ausdrücken sollen, wofür auch sowohl die Aeußerung von Suarez in der rev. mon.[1]), als der §. 337. h. t. sprechen. Denn wenn Letzterer verordnet; daß in allen Fällen bei Rückgabe der Sache der Empfänger wegen Verbesserungen und Verschlimmerungen als redlicher Besitzer angesehen werden solle, so setzt dies eben voraus, daß auch eine deteriorirte Sache zurückgegeben werden dürfe. Die erwähnten Worte müssen hier daher eine andere Bedeutung; als im §. 157. h. t. haben, wie sie denn auch in mehreren Gesetzstellen (z. B. I. 9. §. 298., I. 11. §§. 250—253.) zur Bezeichnung einer Veränderung der Substanz gebraucht werden. Es lassen sich hiernach folgende Regeln aufstellen:

α) Wenn der Empfänger die Substanz der Sache dergestalt verändert hat, daß er dieselbe nicht in dem vorigen Zustande zurückgeben kann, so muß er sich mit einer Vergütung des Minderwerthes der gegebenen Sache begnügen.

β) Hat er dagegen eine solche Veränderung mit der Sache nicht vorgenommen, so ist er befugt, entweder Vergütung des Minderwerthes zu fordern, oder von dem Vertrage ganz abzugehen, mithin die Sache gegen Erstattung des dafür Entrichteten zurückzugeben. Wählt er die letztere Alternative, so ist er überall als redlicher Besitzer zu behandeln, darf sich aber dadurch nicht mit dem Schaden des Anderen bereichern. (§§. 337., 338. h. t.)

γ) Dies Alles gilt schon, wenn der Geber sich gar keines vertretbaren Versehens schuldig gemacht hat; hat derselbe sich aber durch ein solches verleiten lassen, ein nicht realisirbares Versprechen zu geben, oder hat er in der Folge durch ein solches Versehen die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache verschuldet, so muß er, neben der Restitution der Gegenleistung oder Vergütung der Werthdifferenz, dem Anderen, nach Maßgabe seiner Verschuldung, den sonst verursachten Schaden ersetzen, wie dies aus der Natur der Sache folgt und durch das Allegat ad §. 320. h. t. hinreichend angedeutet ist.

(System Bd. 2. S. 594 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 351 ff.; vergl. Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 376.)

c) Grävell (Generaltheorie S. 269) u. Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 701) sind der Ansicht, daß der Empfänger nur dann von der Befugniß der Rückgabe Gebrauch machen dürfe, wenn er selbst kein Hinderniß herbeigeführt, die Sache wieder in den vorigen Stand zu setzen, indem es sonst bei dem §. 328. h. t. bewende, falls nicht eine Einigung über die Rücklieferung stattfinde, wo dann, wenn über die Vergeltung nichts bestimmt worden, die Vorschrift des §. 337. h. t. zur Anwendung komme.

d) Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 30. Okt. 1849 Nr. 2152. in den Erg. zum §. 159. h. t.

2) Die Bestimmung des §. 327. kommt dann nicht zur Anwendung, wenn die Sache aus einer schon vor der Uebergabe vorhanden gewesenen Ursache verändert ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Sept. 1849.

Die §§. 327. und 328. setzen den Fall voraus, wenn, unabhängig von der Schuldigkeit des Gebers, die Sache zurückzunehmen, die Ursache, aus der der Empfänger die ihm übergebene Sache nicht in dem empfangenen Zustande zurückgeben kann, als eine solche anzusehen ist, die von dem Empfänger aus dessen Besitze sich herschreibt, insbesondere, wenn er über die Sache verfügt, ein ihn und nicht den Geber treffender Zufall sie ihm, als Eigenthümer, entzogen oder vernichtet hat. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 46 Nr. 11.)

3) Bei einer nach Quantität, z. B. nach Pfunden, verkauften fungiblen Sache macht die Verfügung des Käufers über eine geringe Quantität derselben die bei der Gewährleistung dem Empfänger nach §. 327. obliegende Rückgabe der Sache in dem Stande, wie er sie erhalten, nicht unmöglich, insofern der Empfänger erbötig ist, die verbrauchte Quantität zu ersetzen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 192 Nr. 43.)

§. 328. 1) Der Anspruch des Erbpächters an den Erbverpächter auf Vergütung des Minderwerthes des Erbpachtrechtes wegen einer fehlenden, ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft, kann nur auf Minderung oder Erlaß des Erbpachtzinses gerichtet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1839. (Präj. Nr. 629.) (Präj. Samml. S. 122.)

2) Ist die Minderungsklage zulässig, nachdem die Wandelungsklage rechtskräftig verworfen worden?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 17. Juni 1856 bedingt verneint.

Der Empfänger hat, unter der Voraussetzung, daß er die Sache in dem empfangenen Zustande zurückzugeben vermag, die Wahl zwischen Wandlungsklage und der Minderungsklage. Beide Klagen haben ein gemeinsames Fundament: den Vertrag und den Fehler; die Wahl und die Bedingung der Wahl gehören nicht zur Begründung des Klagerechtes. Wenn daher die Wandlungsklage rechtskräftig zurückgewiesen wird, nicht deshalb, weil es an der Bedingung der Wahl fehlt, sondern deshalb, weil das gemeinsame Erforderniß, nämlich der gerügte Fehler nicht vorhanden oder nicht erwiesen ist, so kann nicht mehr auf die Minderungsklage zurückgegangen werden, weil über deren Grund bereits rechtskräftig abgeurtheilt ist. Deshalb findet in dem gedachten Falle gegen die Minderungsklage die exceptio rei judicatae statt.

(Entsch. Bd. 34. S. 73.)

§§. 328—331. Wenn der Empfänger der Sache, welcher eine ausdrücklich vorbedungene Eigenschaft fehlt, oder welche einen nicht in die Augen fallenden Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft hat, dem Geber gegenüber einmal ausdrücklich erklärt hat, daß er demselben die Sache nicht gegen Rückempfang des Preises zurückgeben wolle, so ist er der Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage für immer verlustig. Diese Erklärung des Empfängers bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Mai 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 201 Nr. 45.)

§§. 329—332. Gewährleistung wegen fehlender, gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften.

§§. 329. sqq. Ist ein koursirender Pfandbrief, oder ein anderes, auf den Inhaber lautendes öffentliches Instrument der Art der Gegenstand des Kaufs, so ist die Koursfähigkeit des Papiers, die von der Echtheit und Richtigkeit des Instruments wesentlich abhängt, als eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft der Sache anzusehen, die der Geber nach den Vorschriften über die Gewährleistung zu vertreten hat.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Okt. 1847 (Präj. Nr. 1938.) auf Grund der §§. 45—47. A. L. R. I. 15. in Verbindung mit den §§. 329. ff. h. t. und den §§. 81. u. 82. A. L. R. I. 4.

(Präj. Samml. S. 17, Entsch. Bd. 16. S. 114.)

§. 330. 1) Die Vorschrift des §. 330. findet zwar keine Anwendung, wenn eine vorbedungene Eigenschaft fehlt, der Rücktritt ist jedoch nicht gestattet, wenn der Lauf der Natur den gerügten Mangel ersetzt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1853, weil nach §. 328. der Rücktritt dem gravirten Theile nur gestattet sei, wenn der andere Theil die fehlende Eigenschaft überhaupt nicht zu gewähren vermag. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 75 Nr. 19.)

2) Der §. 330. kann zwar nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn eine vorbedungene Eigenschaft fehlt, es ist aber eine solche nur dann vorhanden, wenn ein besonderes, der Sache nicht schon der Regel nach zukommendes Merkmal ausbedungen ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 4. Juni 1849 und 19. Juli 1850.

Wenn auch die Gefahr wegen fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften in dem Falle, wo die Fehler nicht in die Augen fallend sind, nach

---

[1]) Vergl. Bornemann's Mittheil. aus den Materialien über die §§. 325. bis 328. h. t. (System Bd. 2. S. 593 Anm. **, und 2. Ausg. Bd. 2. S. 351 Anm. 5.)

§. 331. in ihren Wirkungen mit der Gefahr wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften gleichgestellt ist, so sind doch beide in dem andern Falle, wo die Fehler in die Augen fallend sind, sehr verschieden. Die Gefahr wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften beruht auf der lex pacti; sie muß, wie jeder Vertrag, in dem ganzen verabredeten Umfange erfüllt werden; es ist Sache des Gebers, den Vertragsgegenstand in der bedungenen qualitativen Beschaffenheit zu übergeben, ohne daß er sich dabei auf ein Versehen des Empfängers berufen kann. Die Grundlage der Gewähr wegen fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften dagegen ist der Irrthum, auf welchen der §. 329. ausdrücklich verweist. Bei der Frage nach dem rechtlichen Einflusse des Irrthums kommt die culpa des Empfängers in Betracht. Der §. 330. hat hierin, aber allein auch nur hierin, seinen Grund. Daraus folgt, daß dieser §. 330. auch allein nur in dem Falle der Gewähr wegen fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften zur Anwendung gebracht werden kann. Es ist danach keineswegs gleichgültig, ob die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften auch ausdrücklich vorbedungen sind. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 16—20.)

3) Ob ein Fehler als ein in die Augen fallender zu erachten sei, beruht in jedem einzelnen Falle auf der Würdigung faktischer Verhältnisse. Wird in dem Umstande, daß der Käufer nicht Sachverständiger sei, Veranlassung gefunden, ihm ein Versehen nicht beizumessen, so liegt hierin kein Verstoß gegen den §. 330.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Febr. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 319 Nr. 74.)

In dieser Beziehung bemerkt auch Bornemann:

Bei der Frage, ob der Fehler ein in die Augen fallender gewesen, muß man auf die besonderen Umstände des Falles, so wie darauf sehen, ob der Unternehmer ein Sachverständiger gewesen ist, oder nicht. Ein Monent schlug vor, daß diese Frage jedesmal durch Sachverständige zu entscheiden sei. Suarez bemerkte aber, daß dies nur dann Anwendung finden könne, wenn der Uebernehmer selbst ein Sachverständiger gewesen sei.

(System Bd. 2. S. 591 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 350 Anm. 3.)

4) Der §. 330. ist nicht anwendbar, wenn die übersandte Waare verpackt und der Fehler nicht schon an der Verpackung äußerlich erkennbar ist. Denn die bloße Annahme der Fässer genügt nicht, um den im §. 330. vorausgesetzten Fall zu konstatiren.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Sept. 1851. (Striethorst's Arch. Bd 4. S. 15 Nr. 6.)

5) In welcher Form muß die ausdrückliche Rüge geschehen?

a) Siewert bemerkt, der Empfänger brauche sich nur ausdrücklich, nicht aber schriftlich, seine Entschädigungs-Ansprüche vorzubehalten. Wenn aber über den Empfang der Sache eine Quittung ausgestellt werde, so müsse der Vorbehalt schriftlich in oder auf demselben Papiere gemacht werden

(Mat. Hft. 7. S. 62.)

b) Grävell (Generaltheorie S. 264) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 703) halten in Betreff der Form des zu machenden Vorbehaltes die §§. 161. u. 162. A. L. R. I. 16. für maßgebend und verlangen demnach unter allen Umständen eine schriftliche Erklärung.

c) Bornemann ist der Ansicht, der Empfänger müsse sich durch eine ausdrückliche Protestation seine Rechte vorbehalten. Denn eine bloße rügende Aeußerung sei, wenn dennoch die Sache übernommen werde, unerheblich. Man müsse auch unterscheiden, ob beide Theile bei der Uebernahme gegenwärtig seien oder nicht. Im ersten Falle sei eine ausdrückliche Uebereinkunft der Parteien wegen der Gewährleistung nothwendig, im zweiten Falle genüge eine sofort erlassene briefliche Protestation.

(Syst. Bd. 2. S. 592, 2. Ausg. Bd. 2. S. 350.)

d) Koch führt dagegen aus:

Wenn der Vertrag in re praesenti abgeschlossen wird, wird der Fall einer solchen Rüge überhaupt nicht vorkommen, weil alsdann, wenn der Empfänger sich besondere Vorbehalte machen wollte, die der Geber nicht bewilligte, der wechselseitige Konsens fehlen würde, und wenn der Geber solche bewilligte, der Kontrakt sich darüber mit erstreckt. Nur in dem Falle, wo die Uebergabe zu einer späteren Zeit geschieht und darüber quittirt wird, ist eine solche Rüge praktisch. Dann muß der Vorbehalt, wie bei jeder Quittungsleistung, in dem Instrumente ausgedrückt, oder, wenn bloß der Kontrakt oder das Schuldbekenntniß statt Quittung zurückgegeben wird, der Mangel in der Erfüllung darauf vermerkt werden. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 431.)

6) Hat der Käufer die mit einem in die Augen fallenden Fehler behaftete Waare von dem abwesenden Verkäufer bloß durch einen Fuhrmann abholen lassen, so kann ihm, wenn er wegen jenes Fehlers Gewährleistung fordert, nicht auf Grund des §. 330. h. t. und beziehungsweise des §. 128. A. L. R. I. 11. entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Waare an den Fuhrmann gerügt worden sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1815.) (Präj. Samml. S. 17, Entsch. Bd. 14. S. 186.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 128.

§§. 339—343. Gewährleistung bei einem Inbegriff von Sachen.

§§. 339—341. Ist das ganze Kaufgeschäft nichtig, wenn Jemand einem Andern zwei Pferde auf öffentlichem Viehmarkte für einen gemeinschaftlich festgesetzten Preis verkauft hat, von welchen das eine fehlerhaft ist?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1848.

Nach §. 339. berechtigt die Fehlerhaftigkeit des einen oder des anderen Stückes selbst bei Verträgen über einen Inbegriff nicht zur Aufhebung des ganzen Geschäfts, sondern nach §. 340. nur zur Schadloshaltung, ausgenommen im Falle des §. 341., dessen Anwendbarkeit jedoch allein daraus, daß zwei Pferde zusammen und für einen gemeinschaftlichen Preis gekauft worden, noch nicht herzuleiten ist. (Rechtsf. Bd. 4. S. 122 Nr. 60.)

§§. 343—345. Zeit, binnen welcher die Gewährleistung gefordert werden muß.

1) Ueber die Entstehung der §§. 343—345. vergl. Bornemann's Mittheilung aus den Materialien.

(Syst. Bd. 2. S. 597, 2. Ausg. Bd. 2. S. 341 ff.)

2) Vergl. Suarez Schlußrevision zu §§. 343—345.

(Jahrb. Bd. 41. S. 5.)

§§. 343. u. 344. 1) Der §. 343. verhält sich lediglich über physische Fehler und physische Eigenschaften, also diejenigen Gewährsmängel, welche nach dem ädilitischen Edikte die actio redhibitoria oder quanti minoris (Verwandelungs- oder Minderungs-Klage) begründeten, wogegen der §. 344. sich auf die juristischen (sinnlich nicht wahrnehmbaren) Mängel oder die Fälle der eigentlichen Eviktionsleistung bezieht.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 2. Febr. 1835 (Entsch. Bd. 1. S. 127), v. 28. März 1835 (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 366), v. 2. Mai 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 134), v. 27. Okt. 1838 (J. W. 1839 S. 463), v. 28. Juni 1837 (J. W. 1838 S. 200) und v. 15. April 1839 (Centralbl. 1839 S. 829).

Die Gesetzrevisoren sind, auf Grund der Materialien, gleicher Ansicht.

(Gesetzrevis. a. a. O. Mot. zu §§. 300—308. des Entw. S. 123—126[1]).

Koch ist derselben Meinung, indem er bemerkt:

Dies ergebe sich: a) daraus, daß die Auslegung sachlich und juristisch sei; b) aus der Zusammenstellung der »äußeren Eigenschaften« mit den »Befugnissen und Lasten« im §. 344. h. t., woraus zu entnehmen, daß juristische Eigenschaften gemeint werden; c) aus dem Sprachgebrauche der Juristen zur Zeit der Redaktion des A. L. R., nach welchem man unter Mängeln in äußeren Eigenschaften einer Sache Mängel in rechtlichen Eigenschaften verstanden habe; d) aus Suarez Aeußerungen bei der Revision der gegen den Entw. eingegangenen monita. Der Entw. II. 2. §. 244. habe bloß eine Bestimmung über die Verjährung der Ansprüche wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache enthalten, über die Eviktionsleistung aber nichts verordnet, wogegen monirt sei, es sei möglich, daß ausdrücklich bedungene oder stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften erst nach Jahren als fehlend entdeckt würden. Suarez habe dazu bemerkt: er würde unterscheiden natürliche Fehler der Sache selbst, oder Mängel äußerer Eigenschaften, die nicht von Natur zur Sache gehörten, sondern nur als ein Zubehör derselben anzusehen seien. In Ansehung jener würde er es bei dem Texte lassen, daß solche innerhalb der bestimmten Frist nach dem Empfange gerügt werden müßten; sei aber die Rede von diesen, wohin alle von den Monenten angeführten Fälle gehörten, so glaube er, daß die Verjährung erst vom Tage der Entdeckung anfangen könne. Nun seien aber die von den Monenten gedachten Fälle sämmtlich solche, welche sich auf rechtliche Eigenschaften einer Sache beziehen. Uebrigens fehle die Bestimmung über die Verjährung der Ansprüche wegen ausdrücklich versprochener Eigenschaften, deren Abwesenheit sonst kein Fehler sei, da der Mangel in solchen Eigenschaften ausdrücklich von den Fehlern im ädilitischen Edikt unterschieden werde; aber auch diese müsse man

[1]) Abgedr. in den Entsch. Bd. 1. S. 121—124.

unter den §. 343. oder den §. 344. h. t. subsumiren, je nachdem die ausdrücklich versprochenen Eigenschaften physische oder juristische seien.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 404 ff.)

Ebenso Bornemann[1]) (Syst., 2. Ausg. Bd. 2. S. 346) Temme (Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 411) und Siewert (Mat. Hft. 7. S. 84).

Vergl. über die Frage auch: Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 711 und Nachtr. Bd. 2. S. 38) und Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 273).

2) Zu den natürlichen Fehlern (§. 343.) einer Sache gehört auch der, wenn der Sache und den Materialien, aus welchen sie gefertigt worden ist, die bedungene Eigenschaft und Tüchtigkeit ermangelt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1835.
(Entsch. Bd. 1. S. 120, 127.)

3) Welche Grundstücke sind »Landgüter« und welche »städtische Grundstücke« im Sinne der §§. 343. und 344., und was gilt von Grundstücken, die keines von beiden sind?

a) Bornemann führt aus:

Unter »Landgütern« sind solche Grundstücke zu verstehen, die ihrer Hauptbestimmung nach durch Bewirthschaftung der Oberfläche, unter städtischen Grundstücken dagegen solche, welche hauptsächlich durch Bewohnung der darauf gebauten Gebäude benutzt werden. Wenn ein Landgut Gegenstand des Vertrages ist, und der Fehler sich auch nur in einem Wohn- oder Wirthschaftsgebäude äußert, so darf die Klage auf Gewährleistung bis zum Ablauf von 1 und resp. 3 Jahren angestellt werden; wogegen, wenn ein städtisches Grundstück Gegenstand des Vertrages ist, und der Fehler sich in einer dazu gehörigen Weise äußert, die Klage nach Ablauf von 1 Jahr und resp. 6 Monaten nicht mehr zugelassen werden darf. Dem Grunde des Gesetzes, daß bei Gebäuden die Fehler leichter wahrgenommen werden können, scheint es indessen zu entsprechen, wenn man lediglich auf den Gegenstand sieht, bei welchem der Fehler sich äußert. Nach dem amtlichen Schlußberichte von Suarez ist bei Bestimmung der Frist für Landgüter auf die gewöhnliche Feldeintheilung Rücksicht genommen. Nach dem Grunde des Gesetzes wird die dreijährige Frist also nur dann zur Anwendung kommen können, wenn der Fehler in der Beschaffenheit des Grundes und Bodens liegt. Bei Grundstücken, die weder Landgüter noch städtische Grundstücke sind, als Windmühlen und Grundgerechtigkeiten, die den Immobilien gleich geachtet werden, sind in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften die für städtische Grundstücke geltenden Regeln anzuwenden.
(System Bd. 2. S. 606, 2. Ausg. Bd. 2. S. 346.)

b) Koch hält die Eintheilung in Landgüter und städtische Grundstücke nicht für erschöpfend, denn für eine Menge verschiedener Grundstücke, als Glashütten, Theeröfen, Schmelzhütten, Hammerwerke, Mühlen, sei keine Norm gegeben. Die ratio legis ergebe indeß, daß zwischen Grundstücken, welche Landgüter seien, und solchen, welche keine Landgüter seien, habe unterschieden werden sollen. Der Zweck sei nämlich gewesen, dem Uebernehmer so viel Zeit zu lassen, um von dem Fehler gehörig unterrichtet werden zu können, und dabei sei für Landgüter auf die gewöhnliche Feldereintheilung Rücksicht genommen. Auf alle Immobilien, welche keine Landgüter seien, beziehe sich also die für städtische Grundstücke gegebene Norm. Unter einem Landgute aber verstehe man den Inbegriff mehrerer zum Behuf des Ackerbaues und der Viehzucht vereinigter Grundstücke und Sachen. Einzelne in städtischen Fluren belegene Ackerstücke, Wiesen und Gärten, sowie einzelne Gebäude auf dem Lande, fielen daher nicht unter den Begriff von Landgütern.
(Recht der Ford. Bd. 2. S. 408, Landr. Bd. 1. zum §. 343. h. t.)

c) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 21. §§. 151 — 170.

4) Was wird unter den im §. 344. gedachten »äußeren Eigenschaften« verstanden?

a) Koch nimmt an, daß darunter physische Mängel nicht begriffen werden können, weil der §. 344. sich eben auf juristische Mängel beziehe. (Landr. Bd. 1. Anm. 80. zu. §. 344. h. t.)

b) Das Ob. Trib. bemerkt in den Gründen des Pl. Beschl. v. 21. Juni 1847:

Es kann dahingestellt bleiben, ob unter den »äußeren Eigenschaften« auch physische Mängel begriffen werden können; auch wenn man nur juristische Mängel darunter versteht, findet der Ausdruck: »äußere Eigenschaften« seinen guten Sinn. Im Deutschen Rechte haben sich häufig gewisse rechtliche Beziehungen der Besitzer dergestalt in dem Gute selbst befestigt, daß sie dessen Beschaffenheit bestimmen, ihm einen gewissen Charakter verleihen. Man spricht von der Lehnseigenschaft, Erbzinseigenschaft, Lasseneigenschaft, Allodialqualität eines Grundstückes &c. Wäre nun bei einer Veräußerung eine gewisse juristische Eigenschaft dieser Art vorbedungen, oder als eine gewöhnliche vorausgesetzt worden, so würde ein Mangel an derselben unbedenklich als der Mangel an einer äußeren Eigenschaft, im Gegensatze eines natürlichen Fehlers, bezeichnet werden dürfen.
(Entsch. Bd. 15. S. 9.)

5) Unter den im §. 344. gedachten »Befugnissen« sind nicht die Rechte zur oder auf die Sache gemeint, sondern dingliche Rechte im subjektiven Sinne (§. 125. A. L. R. I. 2.), deren Ausübung mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine Person, verbunden ist: Jagdgerechtigkeit, Patronat, Grundgerechtigkeit &c., oder, wie §. 164. A. L. R. I. 11. sich ausdrückt, eine mitübertragene Gerechtigkeit überhaupt.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 21. Juni 1847. (Entsch. Bd. 15. S. 9.)

6) Sind Hypothekenschulden und was dem ähnlich (z. B. Kautionen) unter den im §. 344. gedachten »Lasten« mitbegriffen?

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 29. Okt. 1847 verneint.

Die Hypothekenschuld konstituirt, wie keinen Fehler der Sache selbst im Sinne des §. 343., so auch keinen Mangel derselben im Sinne des §. 344.; sie schmälert das Grundstück weder in seinem Umfange, seinen Bestandtheilen, seinem inneren und seinem äußeren Verkaufswerthe, noch in seinem Ertrage, oder der Art und Ausdehnung seiner Benutzung; sie ist dem Besitzer lästig, nicht der Sache; letztere wird dadurch nicht mangelhaft. Der §. 344. bezieht sich auf Hypothekenschulden überhaupt nicht; das nach §. 184. A. L. R. I. 11. dem Käufer zustehende Recht, von dem Verkäufer die Vertretung solcher Schulden zu fordern, die er nicht ausdrücklich mit übernommen hat, wird von der Verjährung des §. 344. h. t. nicht betroffen. Die Verweisung des §. 185. A. L. R. I. 11. auf die §§. 180—184. beweist nicht, daß der Gesetzgeber die Privatschulden als Lasten des Grundstückes in diesem Sinne angesehen habe. Noch weniger geben die Gesetzstellen Marg. zum §. 175. A. L. R. I. 11. und §. 288. A. L. R. I. 21. einen Beweis dafür, daß der Gesetzgeber unter den »Lasten« auch Schulden verstanden habe.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 59. Nr. 29.)

Auch die Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Mai 1847 und des III. Sen. v. 9. Okt. 1852 nehmen an, daß der §. 344. auf die kontraktliche Verpflichtung zur Befreiung eines Grundstückes von darauf haftenden Reallasten und Verbindlichkeiten nicht anwendbar sei.
(Rechtsf. Bd. 1. S. 194 Nr. 91. und Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 298 Nr. 62.)

Ebenso das Erk. des Appell. Ger. zu Hamm v. 12. Okt. 1854.
(J. M. Schr. Bd. 1. S. 611.)

7) Mit welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung aus dem §. 344?

a) Siewert (Mat. Hft. 7. S. 69), Grävell (Generaltheorie S. 273) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 713) nehmen an, daß dieselbe erst dann anfangen könne, wenn der Dritte, gerichtlich oder außergerichtlich, die Anerkennung des Rechtes auf die Sache gefordert, oder die Befugniß des Uebernehmers bestritten habe.

b) Bornemann führt dagegen aus:

In einem von Suarez bei diesem Punkte genehmigten Monitum werde ausdrücklich bemerkt, daß eine angeblich vorhandene Befugniß oft erst nach Jahren bestritten und aberkannt werde, und daraus werde gefolgert, daß der Zeitpunkt für die Anstellung der Regreßklage erst vom Tage des entdeckten Fehlers festzustellen sei. Es könne daher die Verjährung erst mit dem Tage anfangen, an welchem der Dritte ein rechtskräftiges Urtheil erstritten habe, oder sein Anspruch von dem Uebernehmer anerkannt, oder aber durch Vergleich beseitiget sei. Bis dahin sei nur die Möglichkeit eines Gewährsmangels vorhanden; es könne also von einer früheren Kenntniß dieses Mangels nicht die Rede sein. Sei aber der Uebernehmer in den Besitz der bestrittenen Befugniß gar nicht gelangt, oder werde dieser ihm im Possessorium demnächst entzogen, so sei der Fehler so lange vorhanden, bis der Uebernehmer ihn durch Urtheil oder sonst beseitigt habe, und es müsse daher der Anfang der Verjährung mit dem Tage der erlangten Kenntniß von der Sachlage Seitens des Uebernehmers eintreten.
(System Bd. 2. S. 609, 2. Ausg. Bd. 2. S. 347, vergl. Rechtsgesch. S. 777.)

c) Koch bemerkt:

Die Verjährung solle nicht von der erlangten Kenntniß des Anspruches, sondern erst von der Kenntniß des Mangels anfangen. Dadurch, daß der

[1]) Ueber die frühere abweichende Ansicht desselben vergl. dessen System 1. Ausg. Bd. 2. S. 604 und Rechtsgesch. S. 384.

Uebernehmer von dem Anspruche eines Dritten Kenntniß erlange, lerne er noch keinen Mangel in den juristischen Eigenschaften der Sache (in dem Rechte seines Auktors) kennen, weil oft unbegründete Ansprüche gemacht würden. Von dem Mangel könne dem Uebernehmer eine Kenntniß nicht eher zugeschrieben werden, als bis der Anspruch durch ein rechtskräftiges Urtel, oder durch Anerkenntniß, oder durch Vergleich anerkannt worden sei. Es frage sich indeß: wann die Verjährung beginne, wenn der Uebernehmer nicht in den Besitz des ihm zugesicherten, aber von einem Dritten bestrittenen Rechtes gekommen ist? Es könne in diesem Falle von einer Evinktionsleistung nicht die Rede sein, da dem Uebernehmer nichts evincirt sei; vielmehr sei die Sache dann, wenn der Geber das Fehlende nicht leiste, fehlerhaft; es müsse wegen fehlender Eigenschaften nach dem ädilitischen Edikt, und zwar vom Tage der Entdeckung des Mangels in der Frist des §. 344. h. t. geklagt werden.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 412.)

d) Temme nimmt an, daß es, wie bei jeder erlöschenden Verjährung, so auch hier, nur auf den Zeitpunkt ankommen könne, wo die Klage angestellt werden konnte, also auf den Zeitpunkt der wirklich erfolgten Eviktion, mithin des rechtskräftigen Erk., des Vergleiches ꝛc. ꝛc.

(Lehrb. Bd. 1. S. 413.)

8) Die §§. 343 — 345. beziehen sich nicht bloß auf einzelne Fehler einer Sache, sondern finden auch dann Anwendung, wenn die übergebene Sache zu dem bestimmten Zwecke ganz unbrauchbar war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. März 1837. (Präj. Nr. 203.) (Präj. Samml. S. 17.)

9) Der Umstand, daß auf Aufhebung eines Kaufvertrages und Erstattung des Geleisteten geklagt worden, kann die kurze Verjährung der §§. 343. u. 344. nicht beseitigen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Jan. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 210 Nr. 53.)

10) Fälle der Unanwendbarkeit der Verjährung aus den §§. 343. und 344.

a) Die Verjährung aus §§. 343. u. 344. h. t. u. §§. 623 — 625. A. L. R. I. 21. findet nur bei Ansprüchen auf Gewährleistung wegen der an der übergebenen Sache befundenen Mängel, nicht bei Ansprüchen auf Erfüllung des Kontrakts durch vollständige Uebergabe Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Sept. 1837. (Präj. Nr. 345.) (Präj. Samml. S. 17.)

b) Die Vorschriften der §§. 344. u. 345. A. L. R. I. 5. über die Verjährung des Rechtes, Gewährleistung zu fordern, finden in dem Falle keine Anwendung, wenn eine in Erbpacht verliehene Sache zwar vollständig dem Vertrage gemäß übergeben ist, aber späterhin durch ein Ereigniß einen Nachtheil erleidet, für welchen der Erbpächter von dem Verleiher auf den Grund des Vertrages Entschädigung fordert [1]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839. (Präj. Nr. 665.)

Die Vorschriften der §§. 343. ff. haben nur den Fall zum Gegenstande, wo bei der Uebergabe einer Sache die zu gewährenden Eigenschaften dem Eigenthümer nicht prästirt worden sind; sie beziehen sich also nur auf die mangelhaft erfolgte Uebergabe. Wenn der Erbpächter aus dem Vertrage (vergl. A. L. R. I. 21. §. 207.) wegen späterhin eingetretener Nachtheile Ersatz fordert, so kann ihm, da das Gesetz hier keine Ausnahme macht und die §§. 344. und 345. keine ausdehnende Interpretation gestatten, nur die allgemeine Verjährungsfrist des §. 546. A. L. R. I. 9. entgegenstehen.

(Präj. Samml. S. 18, Entsch. Bd. 4. S. 295, J. M. Bl. 1839 S. 220.)

Vergl. dagegen Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 265 und Recht der Ford. Bd. 2. S. 411.

c) Auf die Eviktionsklage wegen Entwährung der Sache selbst.

In dieser Beziehung hat der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 21. Juni 1847 (Präj. Nr. 1885.) folgende Grundsätze angenommen:

α) Wird durch Eigenthumsansprüche eines Dritten dem Uebernehmer einer Sache die letztere ganz entzogen, so können dem Anspruche desselben an den Uebergeber von dem Letzteren die kurzen Verjährungsfristen des §. 344. nicht entgegengesetzt werden.

β) Ist nur ein Theil der Sache entwährt, so finden die vorgedachten kurzen Verjährungsfristen, nur in dem Falle Anwendung, wenn der Uebernehmer aus der Entwährung einen Mangel des Ganzen geltend macht und demgemäß von dem ganzen Vertrage zurücktreten will [1]).

(Präj. Samml. S. 18, Entsch. Bd. 15. S. 3, J. M. Bl. 1848 S. 50.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System Bd. 2. S. 615, 2. Ausg. Bd. 2. S. 343) und Temme (Lehrb. des Pr. Civilr. Bd. 1. S. 412.)

Vergl. dagegen: Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 409), Grävell (Generaltheorie S. 273), Siewert (Mat. Hft. 7. S. 60), Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 713) u. die Gesetzrevisoren (Mot. zu §§. 300—308. des Entw. S. 126).

d) Auf den Einwand des Uebernehmers aus dem §. 271. A. L. R. I. 5., daß der Geber seinerseits den Vertrag nicht erfüllt habe, findet die kurze Verjährung der §§. 343., 344. keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1837. (Präj. Nr. 266.) (Präj. Samml. S. 18.)

e) Wenn der eine Theil den Mangel gekannt, aber beim Vertrage verschwiegen hat, so findet die kurze Verjährung der §§. 343. und 344. nicht Statt.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 4. Sept. 1847, weil die actio doli, wie auch gemeinrechtlich, stets zum Ersatze des Schadens während der dreißigjährigen Verjährungsfrist berechtige.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 578.)

f) Die kurzen Verjährungsfristen der §§. 343. u. 344. können demjenigen Käufer einer Sache, welcher einen Theil des Kaufgeldes als Deckung für die Güte der verkauften Sache zurückbehalten hat, in soweit nicht entgegengesetzt werden, als die Gewährforderung diesen Theil des Kaufgeldes nicht übersteigt.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Jan. 1835, weil der Käufer durch die Zurückbehaltung eines Theiles des Kaufgeldes ein vertragsmäßiges, die Leistung der Gewähr auf Höhe der Kautionssumme bezweckendes Recht ausübe, und sich dadurch nach §. 570. A. L. R. I. 9. das ganze Recht, in soweit die Gewährforderung die Höhe des zurückbehaltenen Kaufgeldes nicht übersteige, sichere. (J. W. 1837 S. 45.)

Entgegengesetzter Ansicht sind:

α) Das Kammergericht (Data der Urtel konstiren nicht), weil die Lehre von der Verjährung der Ansprüche aus Gewährsmängeln in den §§. 343. u. 344. abgeschlossen sei. (J. W. 1837 S. 43.)

β) Temme, weil der Käufer durch Zurückbehaltung eines Theiles des Kaufgeldes als Kaution für die Güte der Sache sich nur die faktische, nicht die juristische Möglichkeit, die Erfüllung der Verbindlichkeit des Käufers zu erlangen, sichere, also auch das Recht,

---

[1]) Auf demselben Grundsatze beruht das Präj. des I. Senats des Ob. Trib. v. 15. Juli 1833 Nr. 26. (vergl. die Erg. zu §§. 318. u. 345. h. t.), dessen Richtigkeit durch den Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839 anerkannt worden ist.

[1]) Das Erk. des Ob. Trib. v. 28. März 1835 (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 363) hatte angenommen, daß die kurzen Verjährungsfristen der §§. 343., 344. sich auch auf die Eviktion wegen fehlender Rechte des Autors, also wegen Ansprüche Dritter, beziehen. Abweichend hiervon hatte das Ob. Trib. in einem Erk. v. 12. Jan. 1838 die aus dem §. 344. hergeleitete Verjährungseinrede verworfen, weil es sich um den Ersatz einer gar nicht übergebenen oder wieder entwährten Sache handle, welcher nur der gewöhnlichen Verjährung unterliege, und es wurde zugleich der Rechtsgrundsatz in das Präjudizienbuch eingetragen:

»Auch wenn die in dem Kontrakt versprochene Sache zwar übergeben, hier»nächst aber von einem Dritten entwährt ist, findet nicht die kurze, sondern »die gewöhnliche Verjährungsfrist Anwendung.«

Bereits unterm 27. Okt. 1838 erging indeß wieder eine entgegengesetzte Entscheidung und es wurde in das Präjudizienbuch der Rechtssatz vermerkt:

»daß unter den im §. 344. erwähnten Mängeln nicht die äußeren (physi»schen) Fehler der Sache begriffen seien, vielmehr dieser Paragraph sich auf »die eigentlichen Eviktionsmängel, welche auf hervorgetretenen Ansprüchen »dritter Personen an die übergebene Sache beruhen, beziehe; wogegen der »§. 343. alle die Sache selbst betr. Fehler zum Vorwurf habe, welche nach »Röm. Rechte mit der actio redhib. und quanti min. verfolgt werden »konnten.«

(J. W. 1839 S. 462, J. M. Bl. 1848 S. 51.)

In dem Erk. v. 7. Mai 1847 wurde dagegen wieder angenommen, daß auch bei der eigentlichen Eviktion die Verjährungsfristen des §. 344. gelten.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 343.)

Die Frage wurde hierauf zur Berathung des Plenums gestellt und durch den Pl. Beschl. v. 21. Juni 1847 entschieden.

welches nach §§. 343. u. 344. in der festgesetzten Frist verjähre, nicht ausübe. (Centralbl. 1839 S. 39.)

g) Der §. 343. bezieht sich nur auf die Gewährleistung für solche Fehler, welche bereits zur Zeit des Empfanges der Sache vorhanden waren; er ist daher auf Reparaturen, zu denen sich der Verkäufer für eine bestimmte Zeit kontraktlich verpflichtet hat, unanwendbar.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 368 Nr. 71.)

h) Wenn die Gewährung versprochen worden, so ist die desfallsige Erfüllungsklage nicht an die kurzen Fristen der §§. 344. u. 345. gebunden, sondern nur an die ordentliche Verjährungsfrist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1848.
(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 212.)

§. 345. 1) Die Verabsäumung der gesetzlichen Frist (der §§. 343. u. 344.) zieht nur den Verlust des Rechts nach sich, welches der Uebernehmer der Sache durch Klage verfolgen kann, nicht aber den Verlust der Rechte, die er im Wege der Einrede geltend machen darf.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1838. (Präj. Nr. 407.) (Präj. Samml. S. 17.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 2. Febr. 1835, 2. Mai und 30. Juni 1836, 11. Febr. und 15. April 1839, 28. Jan. 1848 und 15. Nov. 1853 angenommen.
(Entsch. Bd. 1. S. 129 u. 134, J. Z. 1836 S. 784, Centralbl. 1843 S. 470 u. 1840 S. 830, Rechtsf. Bd. 3. S. 323 Nr. 158., Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 48 Nr. 11.)

Derselben Ansicht sind: die Gesetzrevisoren (Mot. zu §§. 300—308. des Entw. S. 132), Bornemann (System Bd. 2. S. 159, 2. Ausg. Bd. 2. S. 88, Rechtsgesch. S. 390), Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 359) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 714, Nachtr. Hft. 1. S. 47.)

Die Vertheidiger dieser Ansicht führen aus:

Alle Einreden seien im vollsten Umfange unverjährbar; auch für die Verjährung des Rechtes auf Gewährleistung könne der Grund nur in der vom Gesetze fingirten Verzichtleistung liegen, eine solche lasse sich aber nicht fingiren, wenn der Berechtigte die Mittel zu seiner Deckung in Händen habe, was der Fall sei, wenn er das Recht im Wege der Einrede geltend mache; endlich treffe der Nachtheil, daß die Ausmittelung der Gewährsmängel nach längerer Zeit schwierig und oft unmöglich sei, nur den Berechtigten, der diesen Beweis zu führen habe.

Das Ob. Trib. insbesondere stützt seine Ansicht auf den auch für das Preuß. Recht als anwendbar bezeichneten Satz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, auf die Vorschrift des §. 271. h. t., welche dafür spreche, daß der Eviktionsanspruch des einen Kontrahenten dem anderen, welcher auf Erfüllung klagt, zu jeder Zeit als exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden könne, und auf §. 377. A. L. R. I. 16.

Die Gegner dieser Meinung, welche auch die Einreden der kürzeren Verjährung unterworfen wissen wollen, stützen sich auf die Wortfassung des §. 345., nach welcher durch den fruchtlosen Ablauf der Fristen das Recht aufgehoben werde, auf die ratio legis, die an sich schwierige Beweisführung für die Fehlerhaftigkeit einer Sache auf eine kurze Zeit zu beschränken und dem Geber bald die Gewißheit zu verschaffen, daß er nicht mehr chikanirt werden könne, und endlich auf den Ausdruck des Marginale zu §§. 343—345.: »Zeit, binnen welcher die Gewährleistung gefordert werden muß.«

Dieser Ansicht sind Grävell (Generaltheorie der Vertr. S. 274), Winkler (J. Z. 1836 S. 1100), L. S. (Centralbl. 1840 S. 177), der Verfasser des Aufsatzes im Centralblatt 1838 S. 256.

Vergl. auch die Urtel mehrerer Obergerichte in der J. Z. 1836 S. 782, J. W. 1837 S. 43 u. 44 und im Centralbl. 1839 S. 827.

Gegen die Ansicht des Ob. Trib. und insbesondere gegen deren Motivirung sind ferner aufgetreten:

a) Grünig, welcher auszuführen sucht, daß der von dem Ob. Trib. in Bezug genommene gemeinrechtliche Satz für das Preuß. Recht nicht anwendbar sei und daß die alleg. Vorschriften des §. 271. h. t. und des §. 377. A. L. R. I. 16. auf das in Rede stehende Verhältniß nicht paßten. (J. W. 1840 S. 693.)

b) Dr. Kuhne, welcher ausführt:

In den §§. 343—345. seien wahre Verjährungsfristen aufgestellt; mit der Extinktivverjährung aber gehe, der richtigen Ansicht nach und wie insbesondere die §§. 501. und 502. A. L. R. I. 9. ergäben, das Recht selbst, gegen welches sie eingetreten, zu Grunde, und der §. 345. spreche von nichts Anderem, als von der gewöhnlichen Wirkung der Extinktivverjährung nach dem ursprünglichen Grundprinzipe des A. L. R. und enthalte nur eine Wiederholung der §§. 501. ff. A. L. R. I. 9., weshalb der darin gebrauchte Ausdruck: »so geht sein Recht verloren«, nicht auf das vorhergebrauchte Wort »Klage« zu beziehen sei, sondern auf den Anspruch zur Gewährleistung, und worin der Zwischensatz: »ohne die Klage .... gerichtlich anzumelden« nichts Anderes, als die Unterbrechung der Verjährung bezeichne. Die Frage: ob nicht das durch Verjährung zerstörte Recht durch Zurückbehalten eines Theils der Gegenleistung aufrecht erhalten werden könne? sei im A. L. R. nicht näher erwähnt; im gemeinen Rechte seien die Ansichten darüber getheilt, indeß hätten die meisten Rechtslehrer sich für die Fortdauer der Exception entschieden, jedoch nur, weil angenommen werde, daß die obligatio naturalis fortdauere. Ein solches Fortbestehen erkenne indeß das Preuß. Recht nicht an, und deshalb sei der §: 345. dahin zu interpretiren, daß darin nicht bloß von der Verjährung des Klagerechtes, sondern von der des ganzen Rechtsanspruches und der daraus zu entnehmenden Einrede gesprochen werde. (J. W. 1843 S. 33 ff.)

c) Die Abhandlung in der J. W. 1844 S. 165 ff. führt aus, daß ein verjährter Anspruch auf Gewährleistung einem rechtlich gar nicht mehr existirenden gleichstehe und daher auch keine Einrede mehr daraus geschöpft werden könne, indem auch eine Einrede nichts Anderes sei, als die Geltendmachung eines Rechtes. Ueberdies gehe nach Preuß. Rechte durch Extinktivverjährung das Recht selbst, mit der obligatio naturalis, verloren und der Satz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, greife mithin hier nicht durch.

d) Temme, welcher sich auf die allgem. Grundsätze der Extinktivverjährung bezieht. (Lehrb. des Pr. Civ. R. Bd. 1. S. 413.)

Das Justizmin. hat sich veranlaßt gefunden, über die Kontroverse die gutachtlichen Berichte der Landes-Justiz-Kollegien und des Ob. Trib. zu erfordern, um die Sache im legislativen Wege weiter zu verfolgen. Die Gründe beider Meinungen sind ausführlich in dem Berichte des Ob. Trib. gewürdigt, welcher (auszugsweise) im J. M. Bl. 1847 S. 198 mitgetheilt wird, und welcher de lege lata zu dem Resultate gelangt,

daß, wenn die in §. 343. vorgeschriebenen Fristen verstrichen sind, der Uebernehmer der Sache zwar mit keinem Antrage mehr gehört werden kann, mit welchem er eine wirkliche Gewährleistung wegen Mängel der Sache fordert, mithin, daß er weder die Aufhebung des Kontrakts, noch die in §§. 328. u. 331. h. t. bezeichnete Vergütung unbedingt zu fordern berechtigt ist;

daß er jedoch mittelst des Einwandes der Fehlerhaftigkeit der Sache noch die Abweisung der von dem Geber angestellte Klage beantragen könne, wenn er entweder noch gar nicht, oder nicht vollständige Zahlung geleistet hat.

Es ist hiernächst von legislativer Einschreitung in einem von der Ansicht des Ob. Trib. abweichenden Wege abstrahirt worden.

§§. 349—423. Aufhebung der Verträge.

Siewert, von Aufhebung der Verträge. (Materialien Hft. 8. S. 49.)

§§. 349—359. Aufhebung wegen Betruges.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §§. 84—90.

§. 349. 1) Erk. des Stadtg. zu Berlin v. 23. Sept. 1803 und des Kammerg. v. 7. März 1805, zur Erläuterung des §. 349.
(Matthis Bd. 8. S. 601.)

2) Rechtsfall (mitgeth. von Hundrich), betr. die Wirkungen eines bedingt erkauften Geheimnisses einer angeblichen Erfindung, und die Folgen des dabei verübten Betruges. (J. W. 1840 S. 798 ff.)

3) Auch im Wege der Einrede oder Replik kann der Betrogene erklären, von dem Kontrakte, zu dessen Errichtung er verleitet worden, wieder abgehen zu wollen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1853.

Der §. 85. A. L. R. I. 4. erklärt, die durch Betrug veranlaßte Willenserklärung sei für den Betrogenen unverbindlich, was der Ansicht widerspricht, daß der Betrogene so lange gebunden sein solle, bis ein spezieller richterlicher Ausspruch seine Erklärung beseitigte. Noch weniger würde hierzu die Bestimmung des §. 84. a. a. O. passen. — Auch der 349. h. t. bestimmt nicht, der Betrogene solle nur die Aufhebung des Vertrages fordern können, sondern er dürfe von dem Vertrage wieder abgehen, was aber eine Handlung des

Kontrahenten selbst ist, und schon hieran knüpft der §. 352. h. t. die Vernichtung des Vertrages. Die Wortfassung der gedachten Bestimmungen ergiebt also, daß es lediglich die Erklärung des Betrogenen ist, von welcher die Existenz des betrügerisch hervorgerufenen Geschäfts abhängt, und daß dasselbe dem Betrogenen gegenüber sofort seine Wirkung verliert, wenn er erklärt, davon abgehen zu wollen. Für Letzteres muß er sich aber entscheiden können, so lange er das Geschäft noch nicht genehmigt hat, und also auch im Wege der Einrede oder Replik, falls von dieser Genehmigung der Betrüger im Prozesse für sich Rechte daraus herleiten will. Hierfür spricht auch die Analogie des §. 47. A. L. R. I. 4. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 326 Nr. 68.)

§§. 360—376. Aufhebung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung.

1) Bei Zeitkaufsverträgen über vertretbare marktgängige Waaren ist jeder Theil bei einem Verzuge des Andern in der Abnahme der Waaren und Zahlung des Kaufpreises berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten und die Zahlung der Differenz zwischen den vereinbarten und dem marktgängigen Preise am Lieferungstage zu verlangen.

Zur Begründung der desfallsigen Klage des Verkäufers bedarf es der mit Beweismitteln zu unterstützenden Behauptung nicht, daß er in dem Besitze der bedungenen Waaren, resp. den Vertrag seinerseits zu erfüllen im Stande gewesen und jene Waaren zu keinem höheren, als dem Marktpreise, anderweitig verkauft habe; es genügt vielmehr der Nachweis des Verzuges des Käufers und der Richtigkeit der geforderten Differenz.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1853, mit Rücksicht auf §§. 360. ff. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 348 Nr. 82.)

Den ersten Satz dieses Präj. spricht auch das Erk. desselben Sen. v. 29. Juni 1854 aus. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 243 Nr. 55.)

2) Die Verbindlichkeit zur Zahlung der Preis-Differenzsumme wegen Nichterfüllung eines Zeitkaufs-Vertrages über verbrauchbare marktgängige Waaren hängt von einer Absicht der Kontrahenten, durch Fallen oder Steigen der Preise einen Gewinn zu erzielen, nicht ab. Zur Begründung des desfallsigen Anspruchs des Verkäufers ist der Nachweis des vergeblich erfolgten Anbietens der zu liefern gewesenen einzelnen Quantitäten Waaren an den bestimmten Lieferungstagen erforderlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Juli 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 120 Nr. 32.)

3) Zur Begründung der Klage des Kommissionairs del credere auf Erstattung der Preisdifferenz am Stichtage wegen Nichtlieferung der kommitirten, dem Dritten verkauften verbrauchbaren börsengängigen Waaren ist der Nachweis der Erfüllung des von dem Dritten am Stichtage zur Anschaffung dieser Waaren abgeschlossenen anderweitigen Kaufvertrages nicht erforderlich; vielmehr genügt der Nachweis des Abschlusses des letzteren Geschäfts und der Seitens des Kommissionairs erfolgten Zahlung der Preisdifferenz.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 111 Nr. 26.)

4) Bei Zeitkaufsgeschäften über vertretbare Börsen- und marktgängige Waaren kann nach Ablauf des Stichtages, wenn das gezahlte Angeld in Folge Einklagung des dagegen ausgestellten Wechsels zurückbezahlt worden, nicht mehr die Erfüllung des Vertrages, sondern nur das Interesse gefordert werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 58 Nr. 20.)

5) Die Annahme der nachträglichen Erfüllung eines Lieferungs-Vertrages über verbrauchbare marktgängige Waaren schließt den Anspruch des zur Erfüllung am festgesetzten Lieferungstage bereit Gewesenen gegen den Säumigen auf Zahlung der Differenzsumme zwischen dem vereinbarten und dem marktgängigen Preise am festgesetzten Lieferungstage nicht aus; auf diese Differenzsumme ist jedoch die fernere Differenzsumme zwischen dem vereinbarten und dem marktgängigen Preise am Tage der wirklichen Lieferung in Abrechnung zu bringen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. März 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 17 S. 79 Nr. 20.)

6) Vergl. die Abhandlung von Gelpke über den Rücktritt von einem zweiseitigen Vertrage, und die Differenzklage in Handelssachen, in dessen Zeitschrift für Handelsrecht, Hft. 1. S. 1—33.

7) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 27. Okt. 1847 (Entsch. Bd. 15. S. 460) in den Erg. zum §. 2. der V. v. 24. Mai 1844 zum A. L. R. I. 4. §. 6. sub II. zu 3.

8) Wenn der Käufer einer dem Verkäufer nicht gehörenden Sache befugterweise von dem Vertrage zurücktritt, so kann er die Erstattung des gezahlten Kaufpreises und die Erlegung der für diesen Fall verabredeten Konventionalstrafe nur gegen Herausgabe der Sache mit den gezogenen Nutzungen beanspruchen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. April 1853, weil in diesem Falle nicht der §. 271. h. t. Anwendung finde, sondern der §. 199. A. L. R. I. 16. u. §§. 360. ff. h. t. Platz greifen. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 34 Nr. 11.)

§. 360. Muß der Verpflichtete den Berechtigten auch dann entschädigen, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung durch sein geringes Versehen herbeigeführt wird?

Es bejahen:

a) B...r: denn der §. 12. Tit. 16. verweise wegen desjenigen, was zu leisten sei, wenn eine Verbindlichkeit dem Verpflichteten auch nur durch ein geringes Versehen unmöglich geworden, ausdrücklich auf §. 360. (Themis 1837 S. 902.)

b) Der Verfasser des Auff. in der Themis 1838 S. 156 ff., ohne Anführung von Gründen.

§§. 364. sqq. Lebt eine wegen Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehobene Obligation wieder auf, wenn die Erfüllung wieder möglich wird?

Es bejahen:

a) Bornemann, nach der Analogie des Röm. Rechtes, aber nur dann, wenn der Wille der Partei als fortdauernd angesehen werden müsse, also namentlich, wenn die Disposition über die Sache nur gehindert gewesen und während dessen die Parteien den Vertrag nicht ausdrücklich aufgehoben haben. (§§. 960—964. Tit. 11.)
(Rechtsgesch. S. 398.)

b) Koch, mit Bezug auf §. 108. Einl. §§. 2. u. 3. Tit. 16. und §§. 299. ff. Tit. 21.; nur müsse die Sache in der Zwischenzeit nicht verschlechtert worden sein, indem die Gefahr der Verschlechterung dieselbe Wirkung habe, wie die Gefahr des Unterganges.
(Recht der Ford. Bd. 1. S. 210 u. Bd. 2. S. 459.)

§. 369. 1) Der §. 369. ist nicht dahin auszulegen, als wenn der Berechtigte für die Erfüllung des Vertrages auch eine andere Person an die Stelle des Verpflichteten wählen könnte.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Mai 1851. Nach §§. 369. u. 371. habe zwar, wenn die vertragsmäßige Art der Erfüllung durch Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden, der Berechtigte die Befugniß, eine andere Erfüllungsart zu wählen, und Ersterer den Letzteren wegen des ihm aus der veränderten Erfüllungsart entstehenden Nachtheils zu entschädigen; allein der §. 369. bestimme keinesweges, daß der Berechtigte auch selbst die ihm zusagende Person zur anderweitigen Erfüllung wählen dürfe, und es könne derselbe soweit (nach §. 46. der Einl.) nicht ausgedehnt werden. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 122 Nr. 24.)

2) Findet die Bestimmung des §. 369. auch auf den Fall einer moralischen Unmöglichkeit Anwendung?

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 3. März 1842 bejahet, und diesen Grundsatz (in dem Erk. v. 13. Dec. 1847) auch auf Alimentations-Verträge für anwendbar erachtet.
(Ulrich Bd. 14. S. 121 ff.)

3) Der §. 369. gilt besonders auch bei Vitalitien-Verträgen.

Erkannt in II. Inst. (Gerichtshof und Datum des Urtels konstiren nicht.) (J. M. Schr. Bd. 1. S. 656.)

4) Ein kontraktwidriges Verhalten des zur Gewährung eines Altentheils Verpflichteten (nämlich brutale Behandlung des Berechtigten) macht die Annahme der Erfüllung des Altentheils-Vertrages in der bedungenen Weise unmöglich, und berechtigt den Auszügler, eine andere Erfüllungsart zu wählen, und die Verabreichung des Auszugs außer dem Hause zu verlangen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. April 1852, weil in diesem Falle der §. 369. Anwendung finde.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 103 Nr. 26.)

§§. 377—384. Aufhebung wegen veränderter Umstände.

Ueber die Entstehung der §§. 377—384. vergl. Bornemann's Mittheilung aus den Materialien.

(System Bd. 2. S. 630, 2. Ausg. Bd. 2. S. 361.)

§§. 377. u. 378. Bei Aufhebung des Vertrages wegen veränderter Umstände ist bei der Frage, ob solche Umstände obwalten, lediglich auf den Zeitpunkt zu rücksichtigen, in welchem der Vertrag zu erfüllen, ob also zu dieser Zeit diejenige Veränderung eingetreten war, welche die Erreichung des beim Abschlusse des Vertrages obgewalteten Endzwecks unmöglich macht. Veränderte Verhältnisse, welche sich späterhin ereignet, kommen in so weit nicht in Betracht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1853.

Wollte man dies nicht annehmen, sondern auf jedes in dieser Beziehung eintretende Hinterher Gewicht legen, so würde man im Widerspruche mit allen Rechtsgrundsätzen, insbesondere den §§. 15. u. 16. A. L. R. I. 16., zu dem Resultate kommen, daß eine schuldbare Verzögerung in der Erfüllung des Vertrages denjenigen, welcher sich dieser Verzögerung schuldig macht, von der Erfüllung des Vertrages entbinden kann. (Entsch. Bd. 26. S. 239.)

§. 378. Kann derjenige, welcher die Leistung von dem Anderen schon angenommen hat, noch zurücktreten?

a) Bornemann verneint ohne Angabe von Gründen.

(System [1. Ausg.] Bd. 2. S. 631 Anm. **)

b) Koch bejahet: denn dieser Umstand sei nach dem Grunde und Zwecke des Rechtsmittels einflußlos; die Annahme der Leistung begründe für den Empfänger keine neue Verbindlichkeit und könne also denselben nicht kräftiger binden, als der Vertrag.

(Recht der Ford. B. 2. S. 462.)

§§. 380. 381. Hat der Verklagte durch seine eigene Handlung den Vertragszweck vereitelt, so ist er ohne gleichzeitige Anerkennung seiner Verbindlichkeit zum Schadensersatze zum Rücktritte nicht berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 302 Nr. 55.)

§§. 385—392. Aufhebung durch wechselseitige Einwilligung.

Ueber die Geschichte der §§. 385—392. vergl. Bornemann's Mittheilung aus den Materialien.

(System Bd. 2. S. 632, 2. Ausg. Bd. 2. S. 363.)

§. 385. Die Wechselseitigkeit ist bei solchen Verträgen, wo ein einseitiger Rücktritt gestattet ist, zur Aufhebung nicht erforderlich. Daher ist keinesweges nothwendig, daß ein zum Theil schon erfüllter Verwaltungsvertrag nur in der hier (§. 385.) vorgeschriebenen Form aufgehoben werden könne; vielmehr kann er vom Prinzipal, gleich einem Mandate, einseitig und mündlich gekündigt werden.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1708.)

(Präj. Samml. S. 80, Entsch. Bd. 15. S. 209.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 109. sqq.

§§. 386. u. 387. 1) Die mündliche Uebereinkunft über die Aufhebung eines schriftlichen noch unerfüllten Vertrages ist für sich allein, ohne Hinzutritt der Kassation des schriftlichen Instrumentes, unverbindlich, und schließt die Klage aus dem schriftlichen Vertrage nicht aus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1847. (Präj. Nr. 1839.)

Ist der Vertrag, der aufgehoben werden soll, auch noch unerfüllt, so besteht doch eben durch seine Perfektion bereits ein festes Rechtsverhältniß unter den Parteien; jedwede von ihnen hat schon Rechte daraus, die vor dem Gesetze ganz gleichen Werth mit schon erfüllten, realisirten Rechten haben. Sollen dieselben durch wechselseitige Einwilligung wieder beseitigt werden, so ist diese Einwilligung von beiden Seiten eben wiederum ein Vertrag; und wenn die Kassation des aufgehobenen schriftlichen Vertrages ausdrücklich als Form dabei vorgeschrieben ist, so folgt schon aus der allgemeinen Regel für alle Verträge im §. 109., daß der mündliche Aufhebungsvertrag ohne hinzugekommene Vernichtung des aufgehobenen schriftlichen Vertrages nicht gültig sein kann. Wer von den Kontrahenten nicht an sein Wort gebunden sein will, kann aus dem älteren, nicht wirklich kassirten Instrumente immer noch klagen, ganz eben so, wie das bloße Wort auch da nicht gilt, wo es zur Errichtung des Vertrages eines schriftlichen Instruments bedarf. Die Bestimmung in §. 387. ist in sich vollkommen begründet. Bei wohlthätigen Rechtsgeschäften hat nur Einer der Kontrahenten Rechte aus dem Vertrage; und von seiner Seite würde die Einwilligung in die Aufhebung desselben nur als eine Entsagung, als Erlaß erscheinen. Aber auch bei lästigen Verträgen haben beide Kontrahenten neben ihren Verbindlichkeiten auch Rechte aus dem Vertrage. In Bezug auf letztere nur stellt sich die nachherige Vereinigung über die Wiederaufhebung entweder ebenfalls als eine Entsagung dar, die aber nach §. 387. A. L. R. Thl. I. Tit. 16. und §. 134. cf. §. 117. Thl. I. Tit. 5. — der Schriftform zu ihrer Gültigkeit bedürfen würde, oder als ein Vergleich, und auch dieser eben so gut, wie der Vertrag selbst schriftlich abgefaßt sein müssen. Dieses Requisit der Schriftlichkeit soll eben durch die Kassation des über den mündlich wieder aufgehobenen Vertrag errichteten Instruments ersetzt werden, welche insofern gleichsam die thatsächliche Erfüllung, die vollständige Realisirung des neuen Vertrages ist. (Präj. Samml. S. 18, Entsch. Bd. 14. S. 194.)

2) Müssen alle Exemplare des aufzuhebenden Vertrages vernichtet werden, oder genügt die Kassation des Haupt-Exemplars?

Ersteres nehmen an:

α) Grävell (Generaltheorie S. 307) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 731).

β) Koch, weil die Vernichtung der Schrift zu einer wesentlichen Förmlichkeit erklärt worden. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 456.)

γ) Temme, da jeder mutuus dissensus ein neuer Vertrag sei, dessen Erfordernisse wenigstens hinsichtlich der Form die des aufzuhebenden sind; die abweichenden Vorschriften des A. L. R. also nur als singuläre Bestimmungen anzusehen, mithin strenge auszulegen seien.

(Lehrb. des Pr. Civ. R. Bd. 1. S. 414.)

Die letztere Meinung hält Bornemann für die richtige; denn die Kassation des Instrumentes müsse zwar als Essentiale angesehen werden, aber nicht weil die schriftlichen Beweismittel vernichtet werden sollen, sondern nur, weil neben der mündlichen Abrede eine bestätigende unzweideutige Handlung in Bezug auf die Urkunde vorgenommen werden solle.

(System Bd. 2. S. 633, 2. Ausg. Bd. 2. S. 363.)

3) Zur Aufhebung eines mündlichen, von dem einen Kontrahenten jedoch schriftlich anerkannten und noch von keiner Seite erfüllten Vertrages bedarf es außer der wechselseitigen Einwilligung nicht noch der Kassation des einseitigen schriftlichen Anerkenntnisses.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1850.

Für den Fall des Vorhandenseins eines von beiden Theilen vollzogenen schriftlichen und noch von keiner Seite erfüllten Vertrages (§. 386.) unterliegt die Anwendung des §. 387. keinem Bedenken; in einem solchen Falle ist der Hinzutritt der Kassation des schriftlichen Vertrages zu dessen Aufhebung wesentlich. (Präj. v. 2. Febr. 1847 Entsch. Bd. 14. S. 194.) Diesem Falle aber ist derjenige nicht gleich zu stellen, wo ein von beiden Theilen vollzogener Vertrag nicht vorliegt, wo vielmehr nur ein Theil sich schriftlich zu einem mündlichen Vertrage bekannt hat. Nach §. 185. A. L. R. I. 5. soll der sich zum mündlichen Vertrage schriftlich Bekennende so weit, als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen können. Damit ist das schriftliche Bekenntniß zum mündlichen Vertrage nicht vollständig mit einem von beiden Theilen vollzogenen schriftlichen Vertrage identifizirt. Es ist vielmehr nur der von Suarez hervorgehobene Gedanke ausgedrückt: »daß ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich effectum scripturae habe, sondern daß es nur dem agnoscenti obstire, wenn dieser sich auf den Mangel der Schriftlichkeit berufen wollte.« Es kann aber auch die Anwendung des §. 387. in dem Falle des §. 185. um deshalb nicht zuläßig erscheinen, weil der §. 387. nach seiner Fassung ein von beiden Theilen vollzogenes Instrument, also einen förmlichen schriftlichen Vertrag voraussetzt, und weil es an einem inneren Grunde fehlt, da, wo nur eine einseitige schriftliche Erklärung vorliegt, zur Aufhebung des an sich vorliegenden Vertrages noch die Kassation zu verlangen. Die Kassation des schriftlichen Instruments soll die Lösung des beide Theile gleichmäßig bindenden Vertrages manifestiren; das einseitige schriftliche Anerkenntniß zum mündlichen Vertrage bindet dagegen den anderen Theil noch nicht dergestalt, daß er sich nun nicht mehr auf den Mangel der Schriftlichkeit seinerseits berufen könne. Die Kassation des einseitigen Anerkenntnisses hat daher in Bezug auf ihn den beabsichtigten Zweck nicht; es ist insbesondere nicht abzusehen, warum nicht schon die bloße Rückgabe des einseitigen Anerkenntnisses denselben Erfolg haben soll, wie im anderen Falle die Kassation. In beiden Beziehungen ist eine thatsächliche Erfüllung des die Aufhebung des alten Verhältnisses zum Gegenstande habenden neuen mündlichen Abkommens zu erkennen. Es läßt sich auch für diese Auffassung der §§. 387. u. 185. a. a. O. ein Anhalt aus den §§. 97. ff. A. L. R. I. 16. entnehmen. Hier wird ausdrücklich ausgesprochen, daß, wenn erhellt, daß der Gläubiger selbst das Instrument dem Schuldner zurückgegeben habe, daß dafür, die Schuld getilgt sei, so

lange vermuthen wird, als nicht eine andere Ursache der Rückgabe ausgemittelt werden kann; und wenn §. 102. a. a. O. die Vermuthung der Aufhebung der Forderung auch daran knüpft, daß das Instrument zerrissen, zerschnitten oder sonst kassirt bei dem Gläubiger, oder in seinem Nachlasse gefunden wird, so beweist dies nur, daß bei einseitigen Instrumenten die Kassation, wie die Rückgabe eine gleiche Wirkung hat. (Entsch. Bd. 20. S. 93.)

§. 388. Muß die Aufhebung eines Vertrages auch in dem Falle schriftlich erfolgen, wenn die der Einwilligung in die Aufhebung hinzuzufügenden Nebenabreden einen Gegenstand unter funfzig Thaler betreffen?

Es bejahen:

a) Siewert (Mat. Hft. 8. S. 118) und **Grävell** (Generaltheorie S. 308), weil das: »in soweit« nicht auf das Vorhergehende, sondern auf die nachfolgenden Worte allein zu beziehen sei. Es solle also nicht heißen: so weit die neuen Bedingungen und Abreden von der Art sind, daß sie als Gegenstände eines neuen Vertrages dessen schriftliche Abfassung nothwendig machen würden; sondern es solle heißen: wenn der Vertrag seinem Gegenstande nach schriftlich errichtet werden mußte, so kann auch dessen Aufhebung nur schriftlich erfolgen, sobald dabei Nebenabreden beliebt werden oder zum Theil schon erfüllt ist. (A. L. R. I. 16. §. 387.) Dies folge nicht nur aus den Worten des §. 386., sondern auch aus §. 128. h. t.

b) Bornemann, weil der Gesetzgeber nur die für den aufzuhebenden Vertrag vorgeschriebene Form im Auge gehabt habe, und mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze über Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen. (System Bd. 2. S. 634, 2. Ausg. Bd. 2. S. 363.)

§§. 388. u. 390. Ein älterer schriftlicher Vertrag kann durch einen jüngeren mündlichen Vertrag aufgehoben werden, wenn der letztere von beiden Seiten in Erfüllung gegangen ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Mai 1853.

Der §. 390 kann in diesem Falle keine Anwendung finden, wo von einer bloßen durch wechselseitige Einwilligung erfolgten Aufhebung des älteren Vertrages nicht die Rede ist, sondern von einer durch Konstituirung eines neuen Abkommens bewirkten Aufhebung des ersteren, welche um so gewisser erfolgt ist und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, als das neue Abkommen und nicht das ältere bereits erfüllt worden, weshalb es auch darauf, daß es nicht schriftlich errichtet worden, nicht ankommen kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 203 Nr. 42.)

§. 389. 1) Die Vorschrift des §. 389. setzt voraus, daß es sich um einen vorangegangenen völlig gültigen und perfekten Vertrag handle, nicht aber um die bloße Erklärung eines Analphabeten darüber: ob er einen für ihn schon an sich unverbindlichen Vertrag halten und vollziehen oder nunmehr definitiv seine Nichtigkeit und völlige Beseitigung aussprechen wolle.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1845, unter Aufhebung des Erkenntnisses zweiter Instanz, welches die Vorschrift des §. 389. auf die Erklärung eines Analphabeten, daß er den privatschriftlichen Vertrag nicht halten wolle, angewendet hatte, weil die Erklärung eine Entsagung auf ein bereits erworbenes Recht — da der andere Theil gebunden wäre — enthalte.

(Entsch. Bd. 12. S. 166.)

2) Zur Aufhebung eines gerichtlich geschlossenen Vertrages bedarf es nur dann der gerichtlichen Form, wenn derselbe nach gesetzlicher Vorschrift gerichtlich geschlossen werden mußte.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 127 Nr. 34.)

3) Kann die Aufhebung eines gerichtlich abzuschließenden Vertrages auch durch mündliche Erklärung, verbunden mit der Kassation des Instruments, oder nur durch eine neue gerichtliche Erklärung erfolgen?

Siewert (Mat. Hft. 8. S. 115 u. 120) und **Bielitz** (Komm. Bd. 1. S. 732) nehmen Ersteres an; denn der §. 389. beziehe sich nur auf den §. 388., auf eine bedingte Aufhebung des Vertrages.

Die letztere Ansicht führen aus:

a) Die Gesetzrevisoren:

Daß die Aufhebung eines gerichtlich abzuschließenden Vertrages nur durch eine neue gerichtliche Erklärung erfolgen kann, dafür spricht sowohl die Entstehungsgeschichte, als die Fassung des §. 389. Suarez war nämlich bei Revision der Monita gegen den gedr. Entw. bloß auf die Erörterung gekommen, inwiefern zur Aufhebung eines Vertrages durch wechselseitige Einwilligung etwas Mehreres, als eine bloße mündliche Erklärung erfordert werde. Er hielt dies, so lange der Vertrag noch nicht erfüllt worden, nicht für nothwendig. Seiner Bemerkung sind die Worte eingeschaltet: »der Kontrakt wird kassirt«; und unten findet sich die Bemerkung: »Wo ein Kontrakt gerichtlich geschlossen werden muß, da muß er auch gerichtlich wieder aufgehoben werden.« Diese Notata, welche wahrscheinlich den auf erstatteten Vortrag gefaßten Beschluß bezeichnen, liegen sichtbar den §§. 387. u. 389. zum Grunde und stehen ein jedes für sich da. Hieraus folgt, daß man den §. 389. nicht auf den §. 388. beziehen kann, sondern ihm dem §. 387. gegenüberstellen muß. Auch der Ausdruck: »schriftliches Instrument«, und somit die Fassung des §. 387. deutet auf den im §. 389. zu findenden Gegensatz. Endlich aber spricht für diese Auslegung des Gesetzes die Natur der Sache. Die Nothwendigkeit der gerichtlichen Aufnahme setzt nämlich eine besondere Vorsorge des Staats für das verhandelte Geschäft, oder für die handelnden Personen voraus, und diese Vorsorge muß sich folgerecht eben sowohl auf den Fall erstrecken, wo erworbene Rechte aufgehoben werden, als auf die Eingehung neuer Verpflichtungen.

(Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §§. 365—372. des Entw. S. 138 u. 139.)

b) **Grävell** spricht ebenfalls aus, daß der §. 389. einen Gegensatz zu §§. 385—388. bilde, mithin auch bei der Aufhebung eines noch gar nicht erfüllten Vertrages zur Anwendung kommen müsse, wie dies sowohl aus der Stellung der §§. 386—390., als aus der Natur der Sache folge. (Generaltheorie S. 310.)

c) Bornemann theilt diese Ansicht und bemerkt, daß auch die Materialien dafür sprächen, daß die Vorschrift des §. 389. eine ganz allgemeine sein solle. Auch sei im §. 387. nur von der Kassation des schriftlichen Instrumentes die Rede, was darauf hindeute, daß sich die §§. 385—388. überhaupt nur auf schriftliche Verträge beziehen, und endlich sei der §. 389. so unbedingt gefaßt, daß er nicht als eine bloße Modifikation des §. 388., sondern als eine selbstständige Bestimmung zu betrachten sei.

(System Bd. 2. S. 635, 2. Ausg. Bd. 2. S. 364.)

d) **Koch** ist derselben Ansicht. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 455.)

§. 390. R. v. 14. April 1828.

Der §. 390. setzt erstlich voraus, daß der ursprüngliche Vertrag an sich gültig sei, und ferner, daß derselbe in seinen wesentlichen Theilen erfüllt sei. Der Verkäufer eines Grundstückes hat aber den Vertrag in seinen wesentlichen Theilen so lange noch nicht erfüllt, als er es nicht möglich gemacht hat, daß der Besitztitel auf den Käufer hat übertragen werden können; denn ohne die Berichtigung des Besitztitels hat der Käufer vor Gericht keine Verfügungen über das Grundstück treffen können (§. 6. Tit. 10. Thl. I. A. L. R.) und ist daher auch jetzt nicht einmal befugt, einen neuen Kaufkontrakt für das Gut abzuschließen. Wenn man folglich auf Errichtung eines neuen förmlichen Vertrages bestehen wollte, so müßten eigentlich die Mängel des vorigen erst behoben und der Besitztitel müßte auf den Käufer erst berichtiget werden, um ihn nur in den Stand zu setzen, einen neuen Vertrag errichten zu können. — Dessen bedarf es aber nicht, weil der frühere Vertrag noch nicht rechtsgültig und auch in seinen wesentlichen Theilen noch nicht erfüllt ist. Das Abkommen, wodurch der frühere Vertrag aufgehoben worden, genügt daher 2c.

(Justizmin. Akt., Landr. Nr. 13. Vol. 3. F. 242. B. 2080.)

§. 392. 1) Der Vater, welcher nach dem Tode seiner Ehefrau durch Vertrag das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen an eines der Kinder übertragen und in diesem Vertrage zugleich die Abfindungssummen der übrigen Kinder festgesetzt hat, ist nicht berechtigt, hiernächst diese Abfindungssummen auf einen geringeren Betrag herabzusetzen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1852, weil der §. 392. auf diesen Fall vollkommen passe.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 112 Nr. 27.)

2) **Koch** ist der Ansicht, daß der §. 392. sich nur auf frei gewählte Stellvertreter beziehe, nicht aber auf Vertreter der juristischen Persönlichkeit aus rechtlicher Nothwendigkeit, namentlich nicht auf Vormünder. Diese repräsentirten die juristische Persönlichkeit des Mündels in ihrer Totalität. (Landr. Bd. 1. zum §. 392. h. t.)

Bornemann nimmt gleichfalls an, daß der §. 392. nur von dem für eine selbstständige Person geschlossenen Vertrage spreche und daß daher ein für einen Pflegebefohlenen durch dessen Vormund abgeschlossener Vertrag durch Uebereinkunft des Vormundes mit dem anderen Kontrahenten aufgehoben werden kann. (Rechtsgesch. S. 69.)

Bielitz ist, auf Grund des §. 392., entgegengesetzter Ansicht. (Komm. Bd. 1. S. 525.)

§§. 393 — 413. Aufhebung wegen Mangels der Erfüllung von der anderen Seite.

Ueber die Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der anderen Seite. (Jahrb. Bd. 2. S. 85.).

Schlechtendal, noch etwas über die Lehre des Landrechts von Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der anderen Seite. (Jahrb. Bd. 4. S. 267.)

Pfützenreuter, theoretisch-praktischer Komm. über die §§. 293—412. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. (J. Z. 1836 S. 1147 ff.)

Strombeck, Bemerk. über die §§. 393—412. h. t. in den Erg. des A. L. R. ad h. l.

Zur Erläut. der §§. 393 — 413. vergl. die Mittheilung aus den Materialien in Bornemann's Syst. (2. Ausg.) Bd. 2. S. 365 und Suarez Schlußrev. (Jahrb. Bd. 41. S. 5—6.)

§§. 393. u. 394. Ueber die Anwendbarkeit der §§. 393., 394. u. 270. in Bezug auf die Ehegelöbnisse vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Juni 1852 (Entsch. Bd. 23. S. 176) in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 112.

§§. 395. 396. 399. Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Aug. 1842 Nr. 1174. in den Erg. zum §. 271. h. t. Zus. 3.

§. 406. 1) R. v. 18. Okt. 1836, daß über das Recht eines Kontrahenten, im Fall des §. 406. vom Vertrage zurückzutreten, im Fall des Widerspruches, nicht per decretum entschieden werden kann.

Die verehel. Kaufmann H. hat sich darüber beschwert, daß das Königl. O. L. G. in ihrer Prozeßsache wider den Kaufmann T. mittelst Verf. v. 13. d. M. das dortige Stadtgericht angewiesen hat, die Akten dieses Prozesses auf Grund der von dem Verklagten nach §. 406. Tit. 5. Thl. 1. des A. L. R. abgegebenen Erklärung, mit Aufhebung der von der Beschwerdeführerin angemeldeten Appellation zu reponiren.

Der Justizmin. muß diese Beschwerde für begründet erachten. Die Beschwerdeführerin bestreitet, daß der Fall des §. 406. a. a. O. hier vorhanden sei, und darum muß, da der Widerspruch durch ein bloßes Dekret nicht beseitigt werden kann, über das Recht des Verklagten »vom Vertrage zurücktreten zu dürfen«, nach der angeführten gesetzl. Vorschrift zuvörderst förmlich instruirt und in den zulässigen Inst. erkannt werden, bis dahin aber die Instruktion des Appellatoriums in der Hauptsache ausgesetzt bleiben.

(J. W. 1836 S. 832.)

2) Die Vorschrift des §. 406. findet nur alsdann Anwendung, wenn der erste Richter den für die Nichterfüllung des Vertrages angeführten Weigerungsgrund speziell für gerechtfertigt erklärt; nicht aber, wenn er aus einem anderen Grunde die Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, für begründet erachtet hat.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1850.

Der §. 406. findet sich unter dem Marginale von der Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung. Nachdem im §. 393. das. als Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Nichterfüllung von Seiten des einen Theils den anderen zum Rücktritt nicht berechtigen soll, läßt der §. 396. hiervon für die Fälle Ausnahmen zu, wo bei klarem Inhalte des Vertrages der eine Kontrahent die Erfüllung um deshalb verweigert, weil der andere nicht gehörig erfüllt habe oder nicht gehörig erfüllen könne, und verordnet: daß alsdann der Weigerungsgrund gerichtlich untersucht werden soll. In weiterer Festsetzung der rechtlichen Folgen der Ergebnisse dieser Untersuchung werden sodann die drei, sämmtlich unter die obige Bestimmung des §. 396. zu subsumirenden Fälle abgehandelt, wo die Weigerung 1) rechtskräftig, 2) nur in erster Instanz, 3) ganz oder nur theilweise resp. verworfen oder begründet gefunden wird; und in diesem Zusammenhange ist die Bestimmung des §. 406. aufzufassen. Wenn nun der §. 397., der von dem Fall einer rechtskräftigen Entscheidung gegen den Weigernden handelt, nach klarer Wortfassung nicht bloß eine Verwerfung der Weigerung überhaupt, sondern speziell des angegebenen Weigerungsgrundes erfordert, wenn ferner der §. 402. über den dritten der oben angegebenen Fälle berücksichtiget wird, so ergiebt sich hieraus mit Rücksicht auf die obwaltende paritas rationis und auf das angegebene Verhältniß des §. 406. zu dem §. 396., daß auch für des Ersteren Anwendbarkeit nicht bloß die richterliche Anerkennung der Weigerung überhaupt, sondern speziell des erklärten Weigerungsgrundes, und zwar um so mehr gefordert werden muß, als dieser Paragraph zu Gunsten des Weigernden eine ganz ungewöhnliche Ausnahme festsetzt und deshalb nicht ausdehnend zu interpretiren ist. (Entsch. Bd. 20. S. 97.)

3) Die Gesetzrevisoren theilen über die Anwendbarkeit des §. 406. Folgendes mit:

Bei dem Ob. Trib. war der Fall vorgekommen, daß auf Erfüllung eines Kaufkontraktes geklagt worden, welche der Beklagte verweigerte, und da man den Weigerungsgrund in erster Instanz für erheblich hielt, so war der Kläger abgewiesen. Nach geschlossener Instruktion der zweiten Instanz hatte der Verklagte erklärt, auf den Grund des §. 406. von dem Vertrage zurücktreten zu wollen. Das Ob. Trib., welches im Uebrigen das Erk. in erster Instanz für ganz unangemessen erachtete, ließ auch diese Erklärung unberücksichtiget, verurtheilte vielmehr den Beklagten zur Erfüllung, weil der Rücktritt sofort nach Eröffnung des ersten Erk. hätte erklärt werden müssen. Indeß zeigte das Trib. den Fall dem Justizmin. an, mit dem Bemerken, daß man bei sofort erklärtem Rücktritt nicht würde umhin gekonnt haben, den §. 406. in Anwendung zu bringen, auf solche Weise würde dann derjenige, der schon durch die Weigerung erklärt hatte, daß er bei dem Vertrage nicht stehen bleiben wolle, seinen Zweck durch das unangemessen befundene Erk. erster Instanz erreicht haben; man hätte also die folgenden Instanzen eben sowohl ganz abschneiden können. In den hierauf im Justizministerium ausgearbeiteten Votis, ist der gerügte Uebelstand, welcher durch die §§. 404—407. entsteht, vollkommen anerkannt, und es ward die Ansicht aufgestellt, daß wenigstens diese Bestimmungen aufgehoben werden müßten, wenn man es nicht vorziehen sollte, die Grundsätze des A. L. R., betr. die Aufhebung der Verträge, wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung ganz zu verlassen. Weil jedoch der vorliegende Text in das ganze System des Gesetzes eingreift, weil namentlich Thl. I. Tit. 11. §. 232. und Tit. 21. §. 391. darauf Bezug genommen wird, so hielt man es für bedenklich, die Aufhebung einzelner aus dem Zusammenhange gerissener Bestimmungen in Antrag zu bringen, und der Justizmin. erwiderte dem Ob. Trib., daß er den gerügten Mangel, so wie das Gewicht der angeführten Gründe anerkenne, und daß er davon seiner Zeit dienlichen Gebrauch machen wolle.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. zu Tit. 5. S. 143.)

Koch bemerkt hierbei, es sei nicht bestimmt, welche Rechte dem Beklagten wegen des von ihm bereits abschläglich dem Kläger Geleisteten zustehen sollen; man könne nicht sagen, welchen Gang die Sache in dieser Beziehung nehmen solle; denn rechtlicher Weise nach könne der Kläger, auf die nun gegen ihn von dem Beklagten auf Rückzahlung anzubringende Klage, zu einer Leistung nicht verurtheilt werden, weil noch nicht ausgemacht sei, daß er Unrecht habe. Der bei dem Ob. Trib. vorgekommene Fall zeige, daß in Folge der Bestimmungen des A. L. R. die Sache sich umkehren könne, indem nicht derjenige, dem gegenseits die Erfüllung verweigert werde, sondern gerade der Weigernde zurücktrete. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 467 ff.)

§§. 406. u. 407. Wenn die Weigerung des einen Kontrahenten, den Vertrag seinerseits zu erfüllen, weil der andere Kontrahent nicht gehörig erfüllt habe, resp. den Vertrag nicht erfüllen könne, durch das Erkenntniß erster Instanz für begründet erachtet ist, und dieser Kontrahent nach Insinuation dieses Erkenntnisses erklärt hat, auf Grund desselben von dem Vertrage wieder abgehen zu wollen, so hat es bei dieser Erklärung sein Bewenden, und die Erfüllung des Vertrages kann gegen den davon Zurückgetretenen auch dann nicht verlangt werden, wenn er nicht im Stande ist, die auf Rechnung des Vertrages bereits erhaltene Sache zurückzugeben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Mai 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 43 Nr. 13.)

§. 408. 1) Wenn bei einer Gutsüberlassung neben den übrigen Verpflichtungen des Uebernehmers zu Zahlungen, Gewährungen rc. auch dessen Verpflichtung ausgesprochen ist, den Ueberlasser stets anständig zu behandeln, so betrifft diese Verpflichtung Handlungen, welche zu den Hauptgegenständen des Vertrages zu rechnen sind, und findet der §. 408 h. t. Anwendung.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2066.)

Der §. 408. erfordert nicht, daß nur Handlungen der Hauptgegenstand des Vertrages seien; es genügt vielmehr, wenn neben einem anderen Hauptgegenstande Handlungen auch als solche zu betrachten sind. Daß der Beweis der Behauptungen des Zurücktretenden vollständig sei, ist nach §§. 409—411. h. t. nicht erforderlich, und ist derselbe, wenn sich das Vorgeben der nicht gehörigen Erfüllung demnächst als ungegründet herausstellen sollte, zur Entschädigung verpflichtet.

(Präj. Samml. S. 18, Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 182.)

Dr. Sommer hält diese Entscheidung für unrichtig und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil Handlungen nicht der Hauptgegenstand eines Vertrages seien, wenn sie nur neben einem anderen Hauptgegenstande vorkommen, welches sie vielmehr alsdann eben darum nicht seien. Ein so exorbitantes Gesetz, wie der §. 408., dürfe nicht über seinen Gegenstand ausgedehnt werden.

(a. a. O. S. 185.)

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat indeß den Grundsatz des Präj. Nr. 2066. in dem Erk. v. 22. Dec. 1851 aufrecht erhalten.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 4 Nr. 2.)

2) Unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 2066. führt das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Juli 1854 aus, daß die Frage, ob ein Gutsüberlassungs- und Leibzuchts-Vertrag zwischen Eltern und Kindern, nach welchem der Gutsübernehmer unter Andern auch seine Eltern für deren ganze Lebenszeit bei sich im Hause zu ernähren und zu verpflegen sich verpflichtet hat, für einen Vertrag über Handlungen im Sinne des §. 408. zu erachten, nach den besonderen thatsächlichen Umständen jedes einzelnen Falles zu beurtheilen sei.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 137 Nr. 36.)

In Bezug auf dergleichen Gutsüberlassungs-Verträge nimmt das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Febr. 1856 an, daß der §. 408. nicht erfordert, daß Handlungen die alleinige Hauptleistung des Vertrages bilden, sondern daß derselbe auch dann Anwendung findet, wenn unter mehreren in dem Vertrage vorbedungenen Hauptverbindlichkeiten nur eine auf Handlungen gerichtet ist. Daher berechtige auch die vor der Uebergabe des Gutes von dem Käufer verübte grobe Verletzung der dem Verkäufer zugesicherten guten Behandlung den Letzteren zum Rücktritte vom Vertrage.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 228 Nr. 56.)

3) Verträge, deren Gegenstand auf Seite des einen Kontrahenten in der Hauptsache aus Leistungen und in Nebenpunkten aus Handlungen besteht, sind keine Verträge über Handlungen im Sinne des §. 408.

Daher ist z. B. ein Vergleich, nach welchem der einen Dorfgemeinde Hütungsrechte und der andern die Pferchnutzung zugestanden, und zugleich bestimmt ist, daß die letztere Gemeinde allein die Annahme und Entlassung des Hirten, so wie die Regulirung des Hütelohns zu besorgen habe, kein Vertrag über Handlungen im gesetzlichen Sinne.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 347 Nr. 74.)

4) Die Vorschrift des §. 408. findet auf verdungene Werke nicht Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1850.

In den §§. 393—411. ist offenbar festgesetzt, was in den dabei vorausgesetzten Fällen Rechtens sein solle, und wenn hiernächst der §. 412. bezüglich der verdungenen Werke auf die Vorschriften, des Abschn. 8. Tit. 11. verweist, so kann nicht bezweifelt werden, daß hierdurch im weitern Gegensatze zu den §§. 408—411. rücksichtlich der Folgen der unterlassenen Erfüllung eines derartigen Vertrages die in der Lehre von verdungenen Werken und gedungenen Arbeitern enthaltenen speziellen Vorschriften für allein maßgebend haben erklärt werden sollen. Aus diesen Vorschriften geht indeß hervor, wie wenig, namentlich bei verdungenen Werken, die bloße Behauptung des Bestellers, »daß der Werkmeister seinen kontraktlichen Verbindlichkeiten nicht genügt habe, oder sie zu erfüllen außer Stande sei«, hinreichen kann, ihn zum Rücktritte vom Vertrage zu berechtigen. Unbedenklich gehört die Lieferung eines tüchtigen und der getroffenen Abrede entsprechenden Werks zu den dem Werkmeister obliegenden Verpflichtungen, und der Besteller müßte sich daher, wenn er überhaupt auf den §. 408. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. fußen dürfte, von der Annahme des Werks schon durch den bloßen Vorwand, daß es nicht kontraktmäßig gefertigt oder untüchtig sei, frei machen können. Doch ergeben die §§. 943—948. Tit. 11. gerade das Gegentheil. Denn hiernach muß der Besteller das Werk, wenn es von den zugezogenen Sachverständigen für kontraktmäßig angefertigt erklärt wird, allerdings annehmen und bezahlen, und es bleibt ihm alsdann nur die Ausführung seiner Einwendungen im Wege Rechtens vorbehalten; während er, bloß wenn das Werk untüchtig befunden ist, die Wahl hat, ob er von dem Kontrakte abgehen, oder wegen der bemerkten Fehler Schadloshaltung fordern will. Andererseits sind die Grenzen der dem Besteller bei verzögerter Ablieferung des Werkes zustehenden Befugnisse in den §§. 936. bis 938. Tit. 11. Thl. I. ebenfalls so scharf gezogen, daß auch hierbei von einer Berufung auf den §. 408. Tit. 5. nicht die Rede sein kann. Denn diesen Bestimmungen zufolge kann zwar allerdings der Besteller, wenn das Werk mit dem Ablauf der ausdrücklich bestimmten Zeit durch die Schuld des Werkmeisters, oder durch einen in dessen Person sich ereignenden Zufall nicht abgeliefert wird, von dem Vertrage zurücktreten und Schadloshaltung fordern, während der Werkmeister von dem bedungenen Ablieferungstage an die Gefahr zu tragen hat. Doch ist hier die Befugniß zum Rücktritt von der wirklichen, mithin im Bestreitungsfalle durch den Besteller nachzuweisenden Ueberschreitung des festgesetzten Termins abhängig gemacht. Die bloße Behauptung, »daß der Werkmeister in dieser Hinsicht seiner kontraktlichen Verbindlichkeit nicht genügt habe«, kann mithin keineswegs ausreichen, den Besteller zum Rücktritte von dem Vertrage, nur mit dem Vorbehalte der etwa von seiner Seite dem Werkmeister zu leistenden Entschädigung, zu berechtigen; und eine solche Berechtigung ist auch aus dem §. 878. Tit. 11. nicht abzuleiten. Denn einerseits läßt sich eine bloße Zögerung einer wirklichen Weigerung, den Kontrakt zu erfüllen, noch nicht gleichstellen; andererseits ist in dem §. 878. nicht gesagt, daß der zurücktretende Kontrahent sich mit der bloßen Behauptung einer stattgefundenen Weigerung von der Erfüllung des Vertrages losmachen könne; sondern es ist vielmehr dadurch nur bestimmt, daß er für seine Person nicht erst nach §. 394. Tit. 5. auf die ihm zu leistende Erfüllung zu klagen braucht, und zugleich darf der Unterschied nicht übersehen werden, der nach der Natur der Sache überhaupt namentlich zwischen einem verdungenen Werke und zwischen anderen Handlungen obwaltet, aus denen kein dergleichen Produkt der aufgewandten Thätigkeit als letztes Resultat hervorgeht. (Entsch. Bd. 19. S. 151.)

Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 4. März 1856 erkennt diesen Grundsatz wiederholt an.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 240 Nr. 58.)

5) Ueber das Recht zum Rücktritte eines Künstlers von einem Engagements-Vertrage vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Nov. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 225 Nr. 48.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 877., 878., 920.

§§. 408. u. 409. 1) Ein auf Lebenszeit angestellter Förster kann von der Gutsherrschaft, vorbehaltlich ihrer Pflicht zur Entschädigung, einseitig seines Dienstes entlassen und zur Räumung der Dienstwohnung gezwungen werden.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1851, auf Grund des §. 408. h. t. in Verbindung mit §. 409. h. t. und §. 894. A. L. R. I. 11.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 1 Nr. 1.)

2) Der einseitige Rücktritt von einem schriftlichen Vertrage über Handlungen berechtigt nicht zur Rückforderung der auf die zu leistenden Handlungen im Voraus geleisteten Zahlung.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. u. 31. Mai 1853.

Die §§. 408. u. 409. h. t. und der §. 889. A. L. R. I. 11. bestimmen für Verträge über Handlungen nur einestheils das Recht des einen Kontrahenten, von dem Vertrage sofort auf seine Gefahr wieder abzugehen, und anderntheils dessen event. Verbindlichkeit, den andern Kontrahenten dieserhalb vollständig zu entschädigen; diese Bestimmungen passen dagegen nicht auf den Fall, wenn der zurücktretende Kontrahent eine geleistete Zahlung zurückverlangt.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 221 Nr. 46.)

§§. 408. u. 410. Der bei Verträgen über Handlungen demjenigen Theile, welcher die nicht geschehene Leistung der Handlung Seitens des andern Theiles behauptet, gestattete Rücktritt von dem Vertrage erfordert eine ausdrückliche Willenserklärung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1851.

Zwar fordert der §. 408. keine ausdrückliche Rücktrittserklärung, sondern bestimmt nur, daß bei Verträgen über Handlungen derjenige, welcher behauptet, der andere Kontrahent habe nicht kontraktmäßig geleistet, auf seine Gefahr vom Vertrage abgehen könne. Allein schon aus den Worten des mit ihm in engster Verbindung stehenden §. 410.: »des erklärten Rücktritts« ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber eine ausdrückliche Erklärung, vom Vertrage zurücktreten zu wollen, für nöthig erachtet. Es sprechen dafür aber ferner die Bestimmungen der §§. 486. ff. ebendas., wonach zur Aufhebung eines Vertrages durch wechselseitige Einwilligung eine mündliche, unter Umständen sogar eine schriftliche Erklärung erfordert wird. Denn nach Analogie dieser Gesetzstellen ist anzunehmen, daß auch in denjenigen Fällen, in welchen die einseitige Erklärung eines Kontrahenten zur Aufhebung des Vertrages genügen soll, diese Erklärung mindestens eine mündliche, also jedenfalls eine ausdrückliche sein muß.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 375 Nr. 77.)

§. 409. Unter der »vollständigen Entschädigung« des §. 409. ist die Leistung des ganzen, dem Anderen aus der Nichterfüllung des Vertrages erwachsenden Interesses (§. 287.) zu verstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Pl. Beschl. v. 19. Sept. 1845. (Entsch. Bd. 11. S. 30.)

Derselben Ansicht ist Arndts. (J. W. 1838 S. 526.)

§. 410. 1) Der, welcher den Vertrag bisher nicht kontraktmäßig erfüllt und dadurch dem Anderen Veranlassung gegeben hat, vom Vertrage zurück zu treten, muß diesem den bis zum Zeitpunkte des erklärten Rücktritts wirklich entstandenen Schaden ersetzen, also nur den wirklichen Schaden, welcher in dem fruchtlosen Kraft-

aufwande liegt, den der Handelnde dann erleiden müßte, wenn ihm für seine Thätigkeit kein Ersatz geboten würde.

(Erk. [Gerichtshof u. Datum konst:ren nicht] im Centralbl. 1838. S. 834.)

2) Der §. 410. findet nicht Anwendung, wenn die Erfüllung des Vertrages nicht mehr bevorsteht, sondern der vertragswidrig handelnde Kontrahent die Handlung, welche den Gegenstand des Vertrages ausmacht, durch einen Andern schon hat verrichten lassen, und seinem Mitkontrahenten entzogen hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. März 1838.

Es wird in §§. 408. ff. vorausgesetzt, daß das kontraktwidrige Benehmen des einen Kontrahenten sich zu einer Zeit äußert, wo gegen ihn noch ein Antrag auf Erfüllung möglich, und der andere Kontrahent ein Interesse dabei haben kann, sich auch seinerseits von dem Vertrage zu entbinden; der §. 410. enthält also nur darüber Vorschriften, wenn der eine Kontrahent nicht leistet, wozu er sich dem anderen verpflichtet hat. (Centralbl. 1838 S. 923.)

Derselben Ansicht sind Grävell (Generaltheorie S. 331) und Bornemann (System Bd. 2. S. 644, 2. Ausg. Bd. 2. S. 372).

§§. 415—423. Aufhebung durch den Tod.

§. 416. Vergl. die Erg. zum §. 423. h. t.

§. 418. Ueber den Umfang des Anspruches des Berechtigten an den Nachlaß des Verpflichteten, der die Erfüllung verzögert hat, bemerken:

a) Siewert: die Schadloshaltung solle nur für den wirklich erlittenen Verlust, nicht also auch für den entgangenen Gewinn gegeben werden. (Mat. Hft. 8. S. 176.)

b) Grävell: daß nur der wirkliche Schade, nicht der entgangene Gewinn zu ersetzen sei, könne nicht angenommen werden, da das Gesetz, wo es den entgangenen Gewinn ausschließen wolle, sich sehr bestimmt darüber ausdrücke.

(Generaltheorie S. 337 Anm. ***)

c) Koch: der Berechtigte könne nach Verhältniß der obwaltenden Verschuldung des Verstorbenen, Schadloshaltung, folglich auch unter Umständen vollständige Genugthuung fordern, und es seien die allgemeinen Regeln über den Schadenersatz zur Anwendung zu bringen; denn der §. 418. verweise den Berechtigten nur überhaupt an den Nachlaß des Verpflichteten, ohne über den Umfang der Entschädigungspflicht etwas festzusetzen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 477.)

§. 423. Wie ist der §. 423. mit dem §. 416. zu vereinigen?

a) Siewert nimmt an, beim §. 423. komme nur die subjektive Ueberzeugung, die der andere Kontrahent gehabt zu haben behaupte, in Betracht, beim §. 416. setze der Gesetzgeber dagegen voraus, daß die Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten objektiv feststehe.

(Mat. Hft. 7. S. 178.)

b) Dagegen bemerkt Grävell, daß alsdann der §. 423. die Regel umstoßen würde, indem jeder Kontrahent eine subjektive Ueberzeugung vorschützen könne. Es sei anzunehmen, daß der §. 423. den §. 416. ergänze. Im Falle des §. 416. verliere der Vertrag nicht von selbst seine Kraft, sondern es werde nur dem Berechtigten die Befugniß eingeräumt, von dem Vertrage zurückzutreten. Wenn er hiervon keinen Gebrauch machen wolle, so trete der §. 423. ein.

(Generaltheorie S. 342.)

c) Bornemann hält beide Ansichten für unrichtig. Der §. 416. setze den Fall voraus, daß die versprochene Handlung nicht fungibel sei, und lasse die Aufhebung des Vertrages mit dem Tode des Verpflichteten für beide Theile ipso jure eintreten. Der §. 423. beziehe sich dagegen auf den Fall einer bedungenen fungibeln Leistung, für welche dem Verpflichteten, in Rücksicht auf seine persönlichen Fähigkeiten, und das besondere Vertrauen des Berechtigten, eine mehr als gewöhnliche Belohnung versprochen sei. In diesem Falle solle, falls die Erben des Verpflichteten nicht Sicherheit bestellen wollen, der ungewöhnliche Nebenvortheil wegfallen, im Uebrigen aber der Vertrag bei Kräften bleiben.

(System Bd. 2. S. 653, 2. Ausg. Bd. 2. S. 375.)

d) Die Gesetzrevisoren bemerken:

U. E. ist es eine viel einfachere Auslegung, wenn man den §. 423. als den Gegensatz sämmtlicher vorhergehenden Bestimmungen ansieht. Der §. 416. bezieht sich alsdann auf solche vertragsmäßige Handlungen, welche besondere Fähigkeiten oder Verhältnisse voraussetzen, der §. 423. auf die dem Erblasser aus besonderen Rücksichten gegen seine Person eingeräumten Vortheile. Auch finden wir es ganz angemessen, nicht bloß den Rücktritt zu gestatten, sondern solche Art von Verträgen, wie der §. 416. berührt, für aufgehoben zu erachten; wir würden aber dasselbe annehmen, wenn dem Erblasser in Rücksicht auf seine Person ungewöhnliche Vortheile eingeräumt worden. Sich durch Sicherheitsbestellung anderweit zu einigen, wie der §. 423. den Erben zur Pflicht macht, wenn sie sich der ihrem Erblasser bewilligten Vortheile nicht begeben wollen, kann füglich dem Ermessen der Kontrahenten überlassen bleiben.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 149.)

§§. 419—421. Bemerk. zu §§. 419—421. (Arithmetica forensis). (Mat. Hft. 7. S. 175.)

§§. 424—453. Von Korreal-Verträgen.

1) Ueber die Entstehung der Vorschriften der §§. 424—453. vergl. die Mittheilungen Bornemann's aus den Materialien.

(System Bd. 2. S. 655 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 376 ff.)

2) Ueber das Verhältniß der Vorschriften des A. L. R. von Korreal-Verbindlichkeiten zu den betr. Vorschriften des Röm. Rechts vergl. Suarez in der Schlußrevision zu §§. 424. ff. h. t.

(Jahrb. Bd. 41. S. 6.)

§§. 424. sqq. 1) Ein Korrealverhältniß ist in dem Falle nicht vorhanden, wenn die Landschaft als sequestrirende Behörde, und nicht für sich, als Mitgläubigerin, ein Gut verpachtet. Ihre Eigenschaft als Gläubigerin ist in diesem Falle nur sekundär, so daß sie als ein Theil der ganzen Körperschaft der Gläubiger, die als verpflichtete Person dem Pächter gegenübersteht, den Ansprüchen desselben nicht unterworfen ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Juni 1838.

(Forni's Zeitschr. Bd. 1. S. 93, Centralbl. 1839 S. 642.)

2) Auf die solidarische Verhaftung der Wechselverpflichteten finden die Grundsätze von Korreal-Obligationen keine Anwendung.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Okt. 1852.

Zwar besteht eine Verwandtschaft zwischen dem Verhältniß des Wechselberechtigten zu mehreren, nicht korrealisch verbundenen Wechselschuldnern, und dem Verhältniß des Gläubigers zu mehreren Korrealschuldnern, welche sich gegen ihre Verhaftung auf das Ganze nicht ausdrücklich verwahrt haben (§. 424. h. t.). In beiden Fällen ist Gegenstand der Obligation eine und dieselbe Leistung, welche von jedem Verpflichteten ganz, jedoch überhaupt nur einmal gefordert werden kann (§§. 430., 433. h. t. u. §§. 1122., 1125—1127., 1059—1062. A. L. R. II. 8.). Allein der Grund der solidarischen Haftung ist in beiden Fällen nicht derselbe. Die Solidarität beruht bei Korreal-Verpflichtungen in der Einheit des Vertrages; im wechselrechtlichen Verhältnisse dagegen in verschiedenen, sich an einander reihenden, selbstständigen, wechselmäßigen Verpflichtungen, die nach positiven Gesetzesvorschriften für jeden einzelnen, aus einer Wechselerklärung haftenden Wechselverbundenen sich auf das Ganze der Leistung erstrecken. Die Festsetzung des §. 435. h. t. ist eine Konsequenz davon, daß die mehreren Korrealschuldner dem Gläubiger durch eine und eben dieselbe Obligation verpflichtet sind. Dasjenige, was ein Korreal-Verpflichteter in Ansehung der schuldigen Leistung und nicht bloß für seine Person thut, kommt den übrigen lediglich deshalb zu statten, weil in dem Umfange, in welchem seine Handlung sich nach den Gesetzen wirksam erweiset, die Eine bestehende Obligation untergegangen ist. Auf die solidarische Verbindlichkeit mehrerer Wechselverbundenen dem Wechselgläubiger gegenüber kann, weil hier die Einheit des Vertrages fehlt, der §. 435. h. t. nicht angewendet werden. In diesem Verhältnisse hebt die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einer einzelnen der neben einander stehenden Wechselverpflichtungen die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten aus den von ihnen übernommenen, selbstständigen, sich nur stufenweise an einander anschließenden wechselmäßigen Verbindlichkeiten nicht nothwendig auf.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 273 Nr. 57.)

3) Vergl.: a) über die Solidar-Verbindlichkeit der Aussteller eines von mehreren Personen ausgestellten Schuldscheines in dem Falle, wenn die Valuta desselben nicht an sie gemeinschaftlich, sondern an einen oder einige von ihnen ohne Zuziehung der Uebrigen gezahlt ist, das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Jan. 1851 (Präj. Nr. 2271., Entsch. Bd. 21. S. 421) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 729. u. 733.;

b) über die solidarische Verhaftung mehrerer Darlehnsempfänger, welche das gegebene Darlehn gemeinschaftlich in ungetrennter Summe erhalten haben, das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Jan. 1856 (Entsch. Bd. 32. S. 349) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 727—729.;

c) über das Recht des Bevollmächtigten, nicht bloß alle, sondern auch einen oder einige der mehreren Machtgeber wegen seiner Gebühren und Auslagen für die Gesammtheit solidarisch in Anspruch zu nehmen, und in diesem Prozesse die Richtigkeit seiner Forderungen durchzuführen, das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Jan. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 28 Nr. 7.) in den Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 211.

§. 427. Die Materialien ergeben, daß bei dem §. 427. besonders an den Fall gedacht ist, wenn sich die Mitglieder einer Dorfgemeinde zum Baudienst verpflichten.

(Bornemann's System Bd. 2. S. 663 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 381 Anm. 2.)

§§. 431. 432. Sind die von mehreren Mitverpflichteten, gegen welche von den übrigen auf Erfüllung Verklagten eine Litisdenunciation angebracht worden, vorgebrachten Einreden zum besonderen Verfahren zu verweisen, und ist nichts desto weniger in der Hauptsache mit dem Erkenntniß und der Exekution zu verfahren, oder sollen nur bei der weiteren Verhandlung, in Folge der Litisdenunciation, ungebührliche Verzögerungen ausgeschlossen sein?

Ersteres nehmen Siewert (Material. Hft. 3. S. 152) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 754) an. Wenn der §. 432. h. t. für den Gläubiger von Wirkung sein, und der Berechtigte in Verfolgung seines Anspruches nicht aufgehalten werden solle, so müßten die Einwendungen der nicht mitverklagten Schuldner zum besonderen Verfahren verwiesen werden, und der Gläubiger müsse nicht verpflichtet sein, sich darauf einzulassen.

Die letztere Ansicht dagegen vertheidigen:

a) Grävell (Komm. zu den Kreditges. Bd. 3. S. 163), Strombeck (Erg. Bd. 1. S. 134), Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 659, 2. Ausg. Bd. 2. S. 379) und die Gesetzrevisoren (Motive zu §§. 389—419. des Entw. S. 149). Denn nach §. 17. A. G. O. I. 17. solle durch die Litisdenunciation der Prozeß überhaupt nicht aufgehalten werden; diese Vorschrift sei hier wiederholt.

b) Koch, welcher bemerkt:

Die entgegengesetzte Ansicht steht mit der Natur der Sache und dem Wortsinne im Widerspruche. Nach §. 431. soll der in Anspruch Genommene seine Mitverpflichteten zur gemeinschaftlichen Vertheidigung auffordern, und nach §. 432. der Berechtigte durch diese Aufforderung nicht aufgehalten werden dürfen; es ist aber nicht gesagt, daß der Kläger nicht durch die »Vertheidigung« aufgehalten werden solle. Der Litisdenunciant muß sich demnach zwar so einrichten, daß ohne Aufenthalt des Prozesses die Benachrichtigung des Litisdenunciaten geschehen kann; die Vertheidigung geht aber ebenso ihren Gang, als wenn der Beklagte selbst die ihm von dem Litisdenunciaten an die Hand gegebenen (wie er auch außergerichtlich hätte thun lassen können) Vertheidigungsmittel angewandt hätte. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 35.)

Vergl. gegen diese Ansichten Temme Lehrb. Bd. 1. S. 383 Anm. 3.

§. 437. Der für seine Person entlassene Mitschuldner wird dadurch zwar in Beziehung auf den Gläubiger frei; in dem Verhältnisse zu seinen Mitschuldnern wird aber nichts verändert, so daß möglicherweise das Paktum ohne Nutzen für ihn sein kann. Es fragt sich aber: ob in dem Falle, wenn die Absicht dahin gegangen ist, daß dem ex nexu gelassenen Korreus der ihn treffende Antheil erlassen oder geschenkt sein sollte, dies Paktum auch den Uebrigen zu statten kommt?

Dr. Rubo verneint ohne nähere Begründung.

(Jahrb. Bd. 20. S. 14.)

Dagegen bejahet Koch, weil in diesem Falle die Forderung selbst auf diesen Antheil für getilgt anzusehen sei. Da die Mitschuldner unter sich in keinem Korrealverhältnisse ständen, sondern vielmehr jeder nur pro rata beitrage, so könne der Liberirte von den übrigen Verpflichteten, welche den Ueberrest haben berichtigen müssen, nicht weiter in Anspruch genommen werden; denn seine Rate hätten sie nicht bezahlt, sondern auf seinen Antheil sei die Obligation gänzlich aufgehoben, als wenn er gezahlt hätte. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 24.)

§§. 438. u. 439. Wenn einer von mehreren Korrealschuldnern durch Zinsenzahlung die Schuld anerkennt, so wird dadurch die Verjährung der Forderung auch gegen die Uebrigen unterbrochen oder gehindert.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Aug. 1844.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 462.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 570.

§§. 443. sqq. 1) Muß ein Korrealverpflichteter, welcher den Gläubiger gegen jura cessa bezahlt hat, sich bei dem Regreß gegen seine Mitverpflichteten, der Cession ungeachtet, seinen eigenen Antheil in Abzug bringen lassen?

a) Bornemann nimmt die Negative ohne nähere Begründung an. (System Bd. 2. S. 662, 2. Ausg. Bd. 2. S. 380.)

b) Die Affirmative dagegen vertheidigen:

α) Das Trib. zu Königsberg in dem in revis. bestätigten Erk. de publ. d. 5. Juli 1826.

Durch die Cession des Gläubigers kann das Rechtsverhältniß zwischen den Mitschuldnern nicht geändert werden. Auch ohne ausdrückliche Cession tritt der für den Schuldner Zahlende gegen diesen in die Rechte des Kreditors (§§. 46. ff. I. 16.). Eine solche stillschweigende Cession hat das Gesetz schon berücksichtigt, indem es in den §§. 443—445. h. t. die Gerechtsame bestimmt, welche dem, der den Gläubiger befriedigt, gegen seine Mitverpflichteten zustehen. Eine ausdrückliche Cession, die nicht einmal erforderlich ist, kann mit Rücksicht auf §. 408. A. L. R. I. 11. nicht in Betracht kommen. Aber auch nach §§. 493. u. 494. Tit. 16. muß der Mitschuldner, welcher die Rechte des Gläubigers erworben hat, bei Geltendmachung dieser Rechte gegen die anderen Mitschuldner sich den Antheil anrechnen lassen, für welchen er demjenigen seiner Genossen, welcher den Gläubiger befriedigt hat, verhaftet sein würde. (Simon R. Bd. 3. S. 97.)

β) Koch, welcher ausführt:

Jeder Korreus, welcher den Gläubiger ganz, oder zu einem, seinen Beitrag übersteigenden Theile befriedigt, kann die Uebrigen auf die, seinen Theil übersteigende Summe pro rata, nicht in solidum, in Anspruch nehmen, weil sie eben unter sich eine Theilung verlangen können. Deshalb wird das Verhältniß auch nicht dadurch geändert, daß ein Korreus die Forderung des Gläubigers cedirt erhält oder erbt (A. L. R. I. 16. §§. 492—494.), und daraus erklärt es sich, daß dieser Korreus, wenn er, nach rechtskräftig zum Vortheil des Gläubigers entschiedener Sache, in dessen Rechte tritt, das Urtel gegen seine Mitschuldner nicht vollstrecken lassen kann.

Koch sucht nun darzuthun, daß der Grund hiervon nicht, wie das Trib. zu Königsberg annehme, darin liege, daß, wenn der Eine Zahlung leiste, er nur das Judikat erfülle, und daß die Kraft des Judikats mit der vollständigen Erfüllung desselben erlösche; er findet vielmehr den Grund in der Gemeinschaft. Der Korreus, welcher die Schuld an sich bringe, erwerbe solche der Gemeinschaft, und deshalb müsse er sich erst mit den Anderen auseinandersetzen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 33 ff.)

γ) Temme, welcher indeß bemerkt, daß Koch hier unrichtig davon spreche, daß der eine Korreus, der die Schuld an sich bringe, sie der »Gemeinschaft« erwerbe. (Lehrb. Bd. 1. S. 383. Anm. 3.)

2) Wenn bei der Existenz mehrerer für eine und dieselbe Forderung solidarisch verpfändeter Grundstücke der Besitzer des einen derselben den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt, und nun den Besitzer des anderen belangt, so kommt die Regel zur Anwendung, wonach mehrere Korrealverpflichtete unter sich auch ohne besonderen Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten haben. Diese Regel erleidet dadurch keine Aenderung, daß einer der Korrealverpflichteten den Gläubiger gegen jura cessa befriedigt hat; auch der Cession ungeachtet muß er sich, wenn er den Anderen in Anspruch nimmt, seinen eigenen Antheil in Abzug bringen lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1649.)

Der Hypothekengläubiger ist zwar nach §. 468. A. L. R. I. 20. an sich befugt, die volle Bezahlung seiner Hypothekenforderung, die auf mehreren selbstständigen Grundstücken conjunctim haftet, von dem Besitzer des einen derselben zu verlangen. Besitzt er aber selbst einen Theil der verpfändeten Grundstücke, so erleidet jene Regel eine Aenderung. Indem nämlich die Parzellen des Klägers und der Verklagten ein Pfandobjekt bildeten, und beide als Besitzer derselben, vermöge der Solidarverhaftung ihrer Grundstücke, in dem Verhältnisse von Mitverpflichteten stehen (A. G. O. I. 50. §§. 521. ff.), hat dies Verhältniß dadurch keine Aenderung erlitten, daß der eine der Mitverpflichteten (der Kläger) die Forderung des Gläubigers cedirt erhalten hat. Die Regel, wonach mehrere Verpflichtete unter sich, auch ohne besonderen Vertrag, zur Befriedigung des Gläubigers einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten haben (§§. 444. ff. h. t., §. 33. A. L. R. I. 6., §§. 203. u. 204. I. 13. und §. 373. I. 14.),

wird dadurch nicht alterirt, daß einer von ihnen den Gläubiger gegen jura cessa befriedigt hat, auch der Cession ungeachtet muß er sich, wenn er den anderen in Anspruch nehme, seinen eigenen Antheil in Abzug bringen lassen (A. L. R. I. 16. §§. 493. u. 494.).

(Präj. Samml. S. 19, Entsch. Bd. 12. S. 168.)

Denselben Grundsatz erkennt das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 27. Sept. 1850 an, welches zugleich folgenden Rechtssatz ausspricht:

Hat in dem in dem Präj. Nr. 1649. gedachten Falle jeder Besitzer der dem gemeinschaftlichen Hypothekengläubiger solidarisch verhafteten mehreren Grundstücke die Hypothekenschuld in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so ist der Besitzer des einen Grundstücks, welcher den gemeinschaftlichen Hypothekengläubiger befriedigt, und sich zugleich die Rechte des Verkäufers gegen die Käufer der übrigen Grundstücke cediren läßt, berechtigt, jeden Käufer der übrigen Grundstücke auf Zahlung des ganzen Betrages der getilgten Hypothekenschuld in Anspruch zu nehmen. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 342 Nr. 80.).

Vergl. die Abhandl. von **Roloff** in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 178—198 und von **Pape** a. a. O. S. 525—536, desgl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 468.

§§. 447. u. 448. Vergl. Suarez Revision der Monita der Ges. Komm. (Jahrb. Bd. 52. S. 8.)

§§. 450—453. Von mehreren Berechtigten.

§. 450. 1) Der §. 450. ist dahin zu verstehen, daß bei gemeinschaftlich geschlossenen Verträgen das gemeinschaftliche Recht in der Regel auch nur gemeinschaftlich von allen Theilnehmern im Wege der Klage verfolgt werden könne, und daher, so lange diese Gemeinschaft bestehe, und sofern der Vertrag selbst nicht etwa eine exceptionelle Bestimmung darüber enthalte, der einzelne Theilnehmer zur Verfolgung des gemeinschaftlichen Rechtes für sich *nicht* berechtigt sei.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Mai 1847. (Präj. Nr. 1870.)

(Präj. Samml. S. 19, Entsch. Bd. 14. S. 463.)

2) **Koch** spricht sich über die Auslegung des §. 450. in folgender Art aus:

Der §. 450. bestimmt, daß das Verhältniß der mehreren Mitberechtigten ein *gemeinschaftliches*, *ungetheiltes* sein, daß die Mitberechtigten in einer *Gesellschaft* stehen sollen; der §. 451. beugt der hieraus etwa zu entnehmenden Ansicht vor, daß *Jeder* als Faktor handeln dürfe, und hieraus folgt schon, daß das *gemeinschaftliche* Recht nur *gemeinschaftlich* ausgeübt werden darf. Der §. 450. bezieht sich nicht auf das Verhältniß der Gläubiger unter einander, denn hiervon handelt erst der §. 453. Demnach drückt der §. 450. den Grundsatz aus, daß eine, mehreren Gläubigern zustehende Obligation von den Einzelnen weder ganz, noch getheilt, sondern nur von Allen gemeinschaftlich eingezogen werden kann. Allein dieser Grundsatz veranlaßt in der Praxis viele Unbequemlichkeiten, ist sogar in vielen Verhältnissen nicht auszuführen. Die Praxis hat daher angenommen, daß eine einzelne, mehreren Gläubigern zustehende Forderung ipso jure getheilt sei, so daß jeder seinen Antheil fordern könne. Dieser vorlandrechtliche Grundsatz hat sich zufällig in der A. G. O. erhalten (§. 4. Nr. 7. I. 5.), und wird jetzt zur Beseitigung des ganz *unpraktischen* Satzes im §. 450. gebraucht, den man jetzt als beseitigt betrachten kann. Nur Forderungen, welche zu einem Inbegriffe von Rechten gehören, können vor geschehener Auseinandersetzung der Berechtigten nur von Allen gemeinschaftlich eingezogen werden. (§. 155. Tit. 17. Thl. I.)

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 15—19.)

Bornemann, welcher der Ansicht ist, daß mehrere Mitberechtigte ihr gemeinschaftliches Recht nur *gemeinschaftlich* ausüben können, bemerkt:

Es entsteht hierbei die Frage: was die übrigen Mitberechtigten anfangen, wenn einer oder mehrere der Klage beizutreten sich weigern? Sie könnten auf Aufhebung der Gemeinschaft unter einander dringen und sich den Antheil der renitenten Genossen überweisen lassen, oder sie könnten durch Stimmenmehrheit die Klage beschließen und dadurch dem Widersprechenden zum Beitritt zur Klage oder zum Austritt aus der Gemeinschaft zwingen; allein jenes ist bedenklich, wenn ein Aufschub bei Verfolgung des Anspruchs gefährlich, dieses nicht ausreichend, wenn die Mehrzahl gegen die Klage stimmt, oder der Verpflichtete nur zur Erfüllung an alle Mitgläubiger schuldig zu sein einwendet. Es scheint hier eine Lücke im Gesetze zu sein, und das Angemessenste wird sein, die Mitberechtigten, welche behaupten, daß die Anderen durch ihre Weigerung eine gemeinschaftliche Klage unmöglich machen, mit der Maßgabe zur Klage zuzulassen, daß sie theils die Adcitation der übrigen Gläubiger, theils die Leistung nur ad depositum verlangen, damit demnächst die Auseinandersetzung erfolge. Wenn aber *Handlungen* zu leisten sind, so bleibt nur übrig, nachzulassen, daß *Einer* Namens Aller die Leistung fordern dürfe.

(System Bd. 2. S. 665, 2. Ausz. Bd. 2. S. 382.)

Diese Betrachtung hat ein Schwanken der Praxis in der Zulassung von Klagen Einzelner wegen des gemeinschaftlichen Rechtes veranlaßt. Durch den (sub 3. gegebenen) Pl. Beschl des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1851 wird diese Unsicherheit theilweise beseitiget. Der leitende Grundsatz ist, daß die Sicherung und Feststellung des gemeinschaftlichen Rechtes und auf Vorbereitung der Theilung abzweckende Maßregeln als Ausfluß des besonderen Eigenthums der Einzelnen an ihren Antheilen anzusehen sind, und deshalb als ein Individualrecht jedem einzelnen Mitberechtigten zustehen.

3) In dem Falle, in welchem Mehreren das ihnen gemeinschaftliche Recht zusteht, von einem Dritten Rechnungslegung zu fordern, gehört es auch zu den Individualrechten des einzelnen Mitberechtigten, von dem Verpflichteten die Rechnungslegung an die Gesammtheit der Berechtigten zu verlangen [1]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2325.)

Obgleich das Rechtsverhältniß mehrerer Korrealberechtigten, nach §§. 450—453. h. t., nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume zu beurtheilen ist, und demgemäß das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden soll, so sind hiervon doch die Befugnisse zu unterscheiden, welche der einzelne Berechtigte in Bezug auf sein Anrecht an der Gemeinschaft in Anspruch nehmen darf. Dies eigene Recht jedes Theilnehmers gehört zu dessen besonderem Eigenthume (A. L. R. I. 17. §. 4.). Als ein Ausfluß dieses letzteren ist die Forderung der Rechnungslegung anzusehen, mit der Beschränkung allerdings, daß der Einzelne dieselbe nicht für sich allein verlangen darf, sondern nur dahin antragen kann, daß sie *allen Berechtigten* gelegt werde. Ein *solcher* Klageantrag ist statthaft, da keinem Theilnehmer verwehrt werden kann, selbstständig solche Schritte zu thun, welche nur die Erhaltung oder Klarmachung seines Antheils oder Anrechts bezwecken. Hierfür spricht auch die Analogie des §. 66. A. L. R. I. 14. u. des §. 7. A. G. O. I. 46., und es steht die spezielle Vorschrift des §. 210. A. L. R. I. 13. nicht entgegen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 6, Entsch. Bd. 22. S. 136, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 138 Nr. 30., J. M. Bl. 1852 S. 3.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 17. §§. 10 u. 151.

4) Haben die mehreren Machtgeber zur Besorgung des nämlichen Geschäftes mehrere Bevollmächtigte ernannt, so kann jeder Bevollmächtigte, welcher allein gehandelt hat, wegen seines Aufwandes zwar von den Mitbevollmächtigten auf ihre Antheile Vergütigung fordern; er ist aber auch berechtigt, ohne Zuziehung der Mitbevollmächtigten, seine Machtgeber und zwar solidarisch auf Vergütung seiner Gebühren und Auslagen in Anspruch zu nehmen. Die Bestimmung des §. 450. ist auf die Klage der Bevollmächtigten wegen ihres Aufwandes nicht anzuwenden.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 28 Nr. 7.)

Vergl. die Erg zum A. L. R. I. 13. §. 204.

5) Haben die mehreren zum Empfange einer Zahlung auf Grund eines Vertrages gemeinschaftlich Berechtigten die Zahlung gemeinschaftlich erhoben, so sind sie, wenn sich demnächst findet, daß sie eine Nichtschuld erhoben haben, zur Rückzahlung der empfangenen Summe solidarisch verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, wie sie das erhobene Geld später unter sich vertheilt haben.

So erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Mai 1857, auf Grund des §. 450. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 97 Nr. 27.)

§. 452. Ueber die Wirkung der an einen Mitberechtigten geleisteten Abschlagszahlungen sind verschiedene Ansichten aufgestellt.

---

[1]) Denselben Grundsatz spricht das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Febr. 1850 (Entsch. Bd. 19. S. 213) dahin aus: »Der Anspruch auf Ablegung der Rechenschaft über die Ausführung eines Auftrages kann auch von einem einzelnen Miterben des verstorbenen Machtgebers gegen dessen Bevollmächtigten geltend gemacht werden.« — Dagegen hatte der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 368. v. J. 1837 (Präj. Samml. S. 99) den Rechtssatz angenommen: »Mehrere Miterben können die Legung der Rechnung über das einem Dritten von dem Erblasser aufgetragene Geschäft nur gemeinschaftlich fordern; der einzelne Miterbe ist daher, ohne Zuziehung der übrigen Erben, die desfallsige Rechnungslegung zu fordern nicht legitimirt.«

a) Dr. Rubo nimmt an: eine gemeinschaftliche Aktivobligation werde nach §. 450. nur dadurch, daß die Leistung an alle Mitberechtigten zusammen erfolge, getilgt. Wenn nun bei einem theilbaren Schuldobjekte an einzelne Kreditoren Partialzahlungen geleistet seien, so könne man dem Debitor ein Rückforderungsrecht nicht zugestehen, da er an den befriedigten Mitberechtigten nur entrichtet habe, was diesem zukomme. Das Gesetz nehme daher, und weil jeder Mitberechtigte seinen Antheil weiter cediren könne, an, daß zwischen dem Verpflichteten und dem befriedigten Mitberechtigten das obligatorische Verhältniß zwar völlig erlösche, daß aber dessenungeachtet die Obligation selbst auch nicht theilweise aufgehoben werde, der Verpflichtete vielmehr nur als Cessionar des Abgefundenen an dessen Stelle trete, so daß beim Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners die Mitberechtigten von dem abgefundenen früheren Genossen verlangen könnten, daß er als Cedent seinem Cessionar, der Masse des Gemeinschuldners, Gewähr leiste, und alsdann mit den übrigen Gläubigern seine Gerechtsame als ursprünglicher Mitgläubiger wahrnehme. (Jahrb. Bd. 20. S. 24.)

b) Bornemann ist dagegen der Meinung: es erlösche zwar der eingelöste Theil der Schuld, die Verhältnisse der übrigen Mitberechtigten dürften aber dadurch nicht geändert werden (§. 492. Tit. 16.), und der Schuldner trete insofern an die Stelle des abgefundenen Gläubigers, so daß er zu den inzwischen aufgewendeten gemeinschaftlichen Kosten beitragen müsse. Deshalb sei er aber, auch in Beziehung auf die übrigen Berechtigten, als Cessionar des ausgeschiedenen Kreditors noch nicht anzusehen. Pro futuro sei vielmehr die Schuld auf Höhe der eingelöseten Summe für erloschen zu achten. Könnte aber auch der gemeinschaftliche Debitor, in Bezug auf die unabgefundenen Kreditoren, als Cessionar des Abgefundenen angesehen werden, so würde dennoch eine Klage auf Gewährleistung gegen letzteren nicht begründet sein; denn in Bezug auf diesen, der nur seinen Schuldantheil angenommen habe, sei der Schuldner nicht als Cessionar anzusehen, und überdies würde der Klage auf Gewährleistung der Einwand entgegenstehen, daß der Cessionar die Inexigibilität der Forderung selbst verschuldet habe. Höchstens würde den unabgefundenen Gläubigern gegen den abgefundenen ein selbstständiges Klagerecht darauf, daß er mit ihnen theilen müsse, zustehen, weil ihm nach der gegenwärtigen Sachlage ein geringerer Antheil, als die erhobene Summe gebühre. Dies würde aber nur dann anzunehmen sein, wenn die unabgefundenen Gläubiger an dem erlittenen Umstande nicht Schuld, namentlich also zu rechter Zeit gegen den Schuldner aufgetreten seien. (System Bd. 2. S. 667, 2. Ausg. Bd. 2. S. 383.)

c) Koch führt aus:

Wenn der Verpflichtete dem einen Berechtigten einen Antheil entrichtet habe, so könne dieser allein den Schuldner auf den erhaltenen Antheil nicht liberiren, da es nicht feststehe, daß sein Antheil so viel betrage, und er also möglicherweise die Rechte der Uebrigen würde schmälern können. Die Wirkung der Zahlung könne daher keine andere sein, als daß der Schuldner in die Stelle des Bezahlten trete, wobei seine Liberation bis zur Auseinandersetzung mit den Uebrigen pendent bleibe. Rücksichtlich der übrigen Gläubiger sei der Befriedigte nicht als Cedent anzusehen; das Verhältniß zwischen ihm und den Mitgläubigern sei gänzlich aufgehoben; er hafte dem Schuldner nur dafür, daß sein Antheil wirklich so viel betrage, als er sich habe zahlen lassen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 19.)

Vergl. hiergegen Temme Lehrb. Bd. 1. S. 385.

Sechster Titel.

Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen.

C. W. Ludwig, Erläut. der Rechtstheorie vom Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, vom Besitz ꝛc., nach den Grundsätzen des A. Pr. L. R. Breslau 1814.

1) Ueber die Stellung des sechsten Titels zum fünften Titel vergl. die Abhandl. von Löper in der J. W. 1838 S. 677 ff., in welcher auszuführen gesucht wird, daß nach den Grundsätzen des A. L. R. ein Unterschied zwischen Schadensersatz bei Verträgen und bei anderen Handlungen weder theoretisch, noch seinem Wesen nach existire, und daß der ganze sechste Titel in allen seinen allgem. Bestimmungen (also von den §§ 1 – 59. und von §§. 79 – 97.), bei allen Rechtsfällen, wo von Schadensersatz die Rede ist, zur Anwendung kommen müsse, und daß der §. 17. h. t. ebenso aus dem sechsten Titel, als die §§ 277. sqq. aus dem fünften Titel hätten wegbleiben sollen.

2) Ueber den Begriff von »unerlaubten Handlungen« vergl. die Erg. zum A. L. R. Einl. §. 87.

§§. 1 – 9. Begriffe.

§§. 1. 5. u. 6. Der Entschädigungs-Anspruch des Holzungsberechtigten gegen den Waldeigenthümer, der die Ausübung des Holzungsrechtes gehindert hat, ist nicht durch den Nachweis des wirklichen Verbrauchs bedingt; es genügt vielmehr der Nachweis des Bedarfs und der Möglichkeit der Befriedigung desselben aus dem verpflichteten Walde.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 224 Nr. 44.)

§§. 2. sqq. Wenn einem Theerschweler das ihm kontraktlich gegen Zahlung einer bestimmten Summe zustehende, zur Schwelerei erforderliche Zapf- und Leseholz verweigert wird, so besteht, in sofern anderweitig Holz zu haben ist, der dem Theerschweler aus der Entziehung des Holzes entstandene unmittelbare Schaden nur darin, daß derselbe das zum Schwelen nöthige Holz nicht für den stipulirten wohlfeilen Preis bezogen; denn nur dieser Nachtheil würde durch die verweigerte Lieferung unmittelbar und zunächst bewirkt. Dagegen ist der Schaden aus dem gänzlichen Liegenlassen der Schwelerei ein mittelbarer; denn derselbe hat zwar seinen Grund in der verweigerten Lieferung, jedoch nur in Verbindung mit einem anderen, von ihr verschiedenen Ereignisse, nämlich dem durch seine Weigerung nicht nothwendig gewordenen gänzlichen Aufgeben der Schwelerei.

(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 13. Febr. 1834, Simon's R. Bd. 4. S. 445.)

§§. 4. u. 16. Wenn Verwalter des Kirchenvermögens Kapitalien gegen vorschriftsmäßige Sicherheit, ohne den Konsens der geistlichen Oberen einzuholen, ausleihen, so ist dies nur ein geringes Versehen, weshalb sie dabei nur für die unmittelbaren, nicht auch für die rein zufälligen Folgen haften.

(Erk. der O. L. G. zu Hamm, Münster u. Halberstadt v. 1. Nov. 1823 und 24. Febr. u. 30. Dec. 1825, Simon's R. Bd. 4. S. 442.)

§§. 5. u. 6. 1) Ueber den Begriff des entgangenen Gewinns bemerken die Gesetzrevisoren:

Man hat zum §. 5. das Bedenken angeregt, ob nur diejenigen Vortheile zum entgangenen Gewinn zu rechnen, von denen es zur Zeit der richterlichen Entscheidung gewiß ist, daß sie bis dahin eingetreten sein würden, oder auch solche, die erst späterhin vernünftiger Weise zu erwarten gewesen wären, und man hat weiter gefragt, wenn das erstere anzunehmen, ob alsdann der Tag des eröffneten Urtels, der insinuirten Klage, oder welcher Zeitpunkt sonst entscheide. Das Monitum berührt indessen nicht die Frage, welcher Ersatz dem Beschädigten gebühre, sondern über welche Ersatzforderung der Richter erkennen könne. Kann der Richter über den nach angestellter Klage entgangenen Gewinn nicht erkennen, so muß dem Beschädigten der Weg einer neuen Klage offen stehen. Unseres Erachtens aber wird es keinem Bedenken unterliegen, daß der Richter, so wie er Zinsen bis zur Zahlung erkennen kann, so auch bis dahin über omnis causa erkennen könne. (Gesetzrev. a. a. O. S. 160.)

2) Den entgangenen Gewinn bildet bei einer marktgängigen Sache diejenige Differenz, welche zwischen dem Preise, der bei der kontraktlichen Erfüllung des Frachtvertrages an dem Ablieferungsorte zu erzielen gewesen sein würde, und demjenigen minderen Preise besteht, welcher in Folge der Nichterfüllung später erlangt worden ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Sept. 1850, auf Grund der §§. 5. u. 6.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 13 Nr. 2.)

Vergl. das Präj. Nr. 2082. v. 13. Dec. 1848 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 285.

3) Ueber den Entschädigungsanspruch gegen den Verleger eines Patentrechtes vergl. das Patent-Regul. v. 14. Okt. 1815 und das Präj. des Ob. Trib. v. 29. Jan. 1848 Nr. 1971. in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 225.

4) Ueber die Verhältnisse, welche beim Erweise des Schadens zum Grunde zu legen sind, insbesondere bei Schäden, welche aus der Störung eines Gewerbes erwachsen sind, vergl. die von Kayser mitgetheilten Rechtsfälle. (J. W. 1839 S. 185 ff.)

§§. 10—21. Grundsätze vom Schadensersatze überhaupt.

Hat der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem durch einen Zufall (casus merus) Steinmassen in einen angrenzenden öffentlichen Fluß stürzen, unbedingt die Verpflichtung, den durch diesen Bergsturz dem Fiskus entstehenden Schaden zu ersetzen?

Scheele will, da ein ausdrückliches Gesetz hierüber nicht existire, mit Rücksicht auf §. 49. der Einl. zum A. L. R., die analogen Vorschriften der §§. 122., 123., 178., 293—297. A. L. R. I. 9. angewandt wissen, und meint, daß Fiskus von seinem Nachbar nur dann Anerkennung der Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens fordern könne, wenn er nachzuweisen vermöge, entweder daß durch Wegschaffung der seinem Nachbar gehörigen Gegenstände für ihn ein Schaden entstanden, oder daß die Möglichkeit des Bergsturzes nur durch eine Seitens seines Nachbars zu vertretende Verschuldung veranlaßt worden. (J. W. 1848 S. 95.)

§. 10. Ueber die Frage, nach welchen Gesetzen sich die zu leistende Schadensvergütigung regulirt, vergl. die Erg. zum A. L. R. Einl. §. 33. Zus. III.

§§. 10—16. u. **25.** Ueber den Entschädigungsanspruch wegen Abhaltens der Bieter in öffentlichen Lizitationsterminen vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Dec. 1853 (Präj. Nr. 2494.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 340. sqq.

§. 13. Ueber die Entstehungsgeschichte des §. 13. vergl. Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 2. S. 179.

§. 15. Zur Erläut. des §. 15. bemerken:

a) Siewert:

Der §. 15. spricht nur von dem Falle, wenn Jemand, der auch ein geringes Versehen verantworten muß, wirklich nichts weiter als ein geringes Versehen begangen hat, was in der Regel nicht vertreten zu werden braucht, wofür er aber seiner besonderen Verpflichtungen wegen aufkommen muß. Alsdann soll er für dies Versehen, wenn es auch nur ein geringes ist, wenigstens den unmittelbaren Schaden ersetzen, während er, wenn ihm ein größeres Versehen zur Last fällt, mehr leisten muß, nämlich bei mäßigem Versehen den ganzen wirklichen Schaden, und bei grobem Versehen auch den entgangenen Gewinn. (Materialien Hft. 4. S. 107.)

b) Bornemann:

Der Inhalt des §. 15., wonach die Folgen eines geringen Versehens in der Regel nicht imputirt werden, widerspricht mehreren späteren Vorschriften (§§. 88., 93., 98., 110., 111. und 118. h. t.), denen zufolge auch der, welcher den Körper oder das Vermögen eines Anderen culpa levissima verletzt hat, in einem gewissen Umfange zum Schadensersatz verpflichtet ist. Diese Vorschriften sind gleich dem §. 15. erst bei der Umarbeitung des Entw. in das Gesetzbuch aufgenommen worden. Es ist daher klar, daß die Redaktoren bei der Darstellung des konkreteren einen anderen, als den von ihnen vorher selbst aufgestellten Grundsatz für den richtigen gehalten, und um diesen sich nicht weiter bekümmert haben, wie es denn auch keinem Zweifel unterliegt, daß der im §. 15. aufgestellte Grundsatz unhaltbar und umgekehrt anzunehmen ist, daß jede Beschädigung als unmittelbare Folge eines Versehens, oder überhaupt nur einer freien Handlung dem Thäter imputirt werden muß.

(System Bd. 2. S. 314 und 322, 2. Ausg. Bd. 2. S. 177 u. 180.)

Bornemann bemerkt ferner, daß sich aus den speziellen Anwendungen der allgemeinen Grundsätze ergebe, was im §. 15. unter dem Ausdrucke: »unmittelbarer Schade« zu verstehen sei. Es sei dies nämlich der gemeine Werth einer beschädigten Sache, der Verlust, den ein an seinem Körper beschädigtes Individuum durch den nothwendigen Aufwand an Kurkosten erleide, also überhaupt jeder Vermögensverlust, der, wenn man den beschädigten Gegenstand isolirt von allen besonderen Verhältnissen betrachte, durch das schädliche Ereigniß entstanden sei. (System Bd. 2. S. 322, 2. Ausg. Bd. 2. S. 180.)

§. 16. 1) Siewert führt aus:

Im §. 16. wird nicht von Verträgen und deren Erfüllung gehandelt, sondern nur davon, wenn aus irgend einer Handlung derjenigen Person, die in Anspruch genommen wird, ein Schade entstanden ist, der von ihr weder beabsichtiget wurde, noch vorausgesehen werden konnte. Im §. 364. A. L. R. I. 5. dagegen ist davon die Rede, wenn nicht durch unvermuthete Folgen der Handlungen der Kontrahenten, sondern durch ein davon unabhängiges Naturereigniß, oder durch die Handlung eines Dritten die Erfüllung unmöglich wird.

(Materialien Hft. 8. S. 87.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Was den zufälligen Schaden anbelangt, so hat man es getadelt, daß der §. 16. d. Tit. sich eines anderen Ausdruckes bediene, als der §. 13. Tit. 3. Thl. I. des A. L. R. — nämlich Handlungen wider ein Verbotsgesetz, statt in den Gesetzen gemißbilligte Handlung; und daran ist eine Betrachtung geknüpft, in wiefern ein Privatverbot den Verbotsgesetzen des Staates gleich stehe, da sich im §. 249. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. ein Fall finde, wo das Privatverbot ebenfalls eine Vertretungsverbindlichkeit für die zufälligen Folgen einer Handlung erzeuge. U. E. gehört der angezogene Fall, wenn Jemand wider ein ausdrückliches Verbot die Geschäfte eines Anderen übernimmt, gar nicht hierher; denn es ist hier nur von Beschädigungen und dem daraus entstehenden Rechtsverhältnisse die Rede. Es kann also wohl nur an die Verbotsgesetze des Staats gedacht sein.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 158.)

§§. 18—21. In wiefern die Schuld des Beschädigten den Beschädiger vom Ersatze befreie.

1) Ueber die Abweichung der §§. 18—21. von dem ersten Entw. und die absichtliche Aenderung der Bestimmungen des letztern vergl. die Mittheilungen Bornemann's aus den Materialien.

(System a. a. O. S. 324 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 180 ff.)

2) In welchen Fällen kann dem Beschädigten die Einrede des selbst verschuldeten Schadens vom Beschädiger mit Erfolg entgegengesetzt werden?

Müller sucht auszuführen, daß dies nur alsdann geschehen könne, wenn der Beschädigte

a) bei mittelbarem Schaden oder entgangenem Gewinne entweder durch ein grobes (§. 19.) oder durch ein mäßiges Versehen (§. 21.) die Verbindung der Handlung und Unterlassung des Beschädigers mit einem davon verschiedenen Ereignisse oder Umstande, aus welcher Verbindung der wirkliche Schaden entstand, oder die in Folge einer Handlung und Unterlassung des Beschädigers eingetretene Veränderung des Zustandes der Dinge, zwischen welchem und den entgangenen Vortheilen der enge Zusammenhang der Ursache mit ihrer nothwendigen Wirkung stattfindet; und

b) bei unmittelbarem Schaden (§. 20.) die Einwirkung der schädlichen Handlung oder Unterlassung des Beschädigers auf seine des Beschädigten Person oder Sache selbst verschuldete.

(Müller, sieben Abhandl. über Einreden nach der Theorie des Preuß. Rechts rc. Nr. III., vergl. auch J. W. 1836 S. 754 und Centr. Bl. 1837 S. 334.)

3) Die Gesetzrevisoren machen darauf aufmerksam, daß der §. 21. mit dem §. 15. im Widerspruche stehe, in sofern derselbe des aus einem geringen Versehen entstandenen mittelbaren Schadens erwähne, da der §. 15. im Falle eines geringen Versehens nur eine Verpflichtung zum Ersatze des unmittelbaren Schadens anerkenne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 159.)

Vergl. Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 327, 2. Ausg. Bd. 2. S. 182.

4) Anwendung der §§. 18—21.

a) Wenn ein Fußgänger auf einem Fahrwege einem daselbst sich regelmäßig fortbewegenden Gespanne nicht aus dem Wege geht, so kann derselbe den ihm durch das Nichtausbiegen des Gespannes zugefügten Schaden nicht ersetzt verlangen, da er allein in culpa ist.

(Erk. des Ob. Trib. v. 28. Nov. 1836, Themis 1837 S. 1217.)

b) Wenn ein Holzhändler auf die in der Zeitung enthaltene Bekanntmachung eines zum Holzverkaufe anberaumten Termines nach dem Orte des Verkaufes reist, und sich nun ergiebt, daß der Termin durch ein Versehen des Druckers falsch angezeigt worden, so ist der Redakteur der Zeitung zur Erstattung der Reisekosten verbunden, weil er die Druckfehler vertreten muß, dieser Schaden ein unmittelbarer ist, und es daher auf den Grund der Verschuldung deshalb nicht weiter ankommt, weil dem Beschädigten ein grobes Versehen nicht zur Last fällt.

(Erk. [Gerichtshof und Datum konstiren nicht], Themis 1838 S. 113.)

Der ungen. Mittheiler des Rechtsfalles sucht dagegen auszuführen, daß der Entschädigungs-Anspruch unbegründet sei. Denn der eingeklagte Schaden sei durch die falsche Anzeige nicht unmittelbar, sondern nur hierdurch in Verbindung mit der von dem Beschädigten unternommenen Reise bewirkt, also ein mittelbarer. Daher komme es auf

den Grad der Verschuldung des Redakteurs, und auf die etwa konkurrirende culpa des Beschädigten an. Hier seien beide Theile nach den obwaltenden Verhältnissen in mäßigem Versehen gewesen, weshalb nach §. 21. h. t. kein Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens stattfinde. Ueberdies habe der Beschädigte nur gegen denjenigen, der die Bekanntmachung des Termins bewirkt, einen Klagegrund, da dieser zunächst für den richtigen Abdruck der Bekanntmachung zu sorgen verpflichtet gewesen. (Themis a. a. O. S. 116.)

c) In dem in der J. S. 1834 S. 320 ff. u. 345 ff. mitgetheilten Rechtsfalle wird angenommen, daß bei einer, durch grobes Versehen zugefügten Beschädigung nach §§. 18—21. der mittelbare Schade, ungeachtet des konkurrirenden, geringen Versehens des Beschädigten ersetzt werden müsse.

d) Der Fiskus muß für die seinem beauftragten Beamten, Behufs der Umschreibung in Staatsschuldscheine von einem Dritten eingelieferten, und demnächst vom Beamten unterschlagenen Lieferungsscheine aufkommen, wenn diese Lieferungsscheine nicht auf den Namen des Einliefernden lauteten, sondern nur mit einer Cession in blanco versehen waren. (Zur Erläuterung des §. 20.)

(Erk. des Ob. Trib. v. 28. u. 7. Febr. 1827, Simon's R. Bd. 2. S. 221.)

§§. 22. u. 23. Von wechselseitigen Beschädigungen.

§. 22. 1) Koch bemerkt, daß derjenige, welcher in den Grenzen der Nothwehr beschädigt, nur sein Recht gebrauche. Ein in der Praxis oft wiederkehrender Fall seien wechselseitige Schlägereien, worauf der §. 22. bezogen werden könne. Denn wenn dabei der Fall so gedacht sei, daß der Eine dem Anderen jetzt, und hinterdrein der Andere Jenem zur Vergeltung Schaden zufüge, so erscheine der Satz müßig; denn das verstehe sich, daß jede dieser beiden schädlichen Handlungen unerlaubt sei und ihre Folgen für sich habe. Die Materialien ergäben jedoch, daß man allerdings bloß diesen Fall im Sinne gehabt habe. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 490.)

In dieser Beziehung äußern die Gesetzrevisoren Folgendes:

Bemerkenswerth ist es, daß der Anspruch auf Schadensersatz durch Retorsion der beschädigenden Handlung nicht verloren geht, wie es hinsichtlich der Privatgenugthuung für Injurien, so lange solche bestand, nach 661. Tit. 20. Thl. II. des A. L. R. der Fall war. Man hatte bei der Umarbeitung des gedr. Entw., wo die §§. 22. u. 23. des Textes entstanden sind, anfangs die Ansicht, etwas Aehnliches allgemein einzuführen; es war nämlich zwischen beiden Paragraphen eine Bestimmung eingeschaltet, des Inhaltes:

Wer seinen Beschädiger, um sich eigenmächtig Genugthuung zu verschaffen, wieder beschädiget, wird seines Rechts zum Schadensersatz verlustig.

Später ist diese Vorschrift weggelassen, zum sicheren Beweise, daß man den Satz für unrichtig hielt. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 169.)

Vergl. Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 328, 2. Ausg. Bd. 2. S. 182—183.

Koch bemerkt, daß es hiernach für das eigentlich praktische Bedürfniß an einer besonderen Bestimmung fehle.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 491.)

2) Vergl. Suarez in der Schluß-Rev. (Jahrb. Bd. 52. S. 69.)

3) Vergl. Siewert's Bemerk. zur Erläut. der §§. 22. sqq. in Verbindung mit den Vorschriften des A. L. R. II. 20. §§. 658. sqq.

§. 23. Die Gesetzrevisoren sprechen sich gegen die Verbindung des Falles der wechselseitigen Beschädigung (§. 23.) mit dem gegenseitigen Vergehen des Beschädigten und des Beschädigers aus. Sie meinen, daß beiderlei Verhältnisse nichts mit einander gemein hätten; die unterlaufende Verschuldung des Beschädigten könne nur von Einfluß sein, sofern es auf Bestimmung des Umfanges der Ersatzverbindlichkeit ankomme. Es sei bei der Vorschrift des §. 23. unzweifelhaft an eine Verbindung Mehrerer zu einer unerlaubten Handlung gegen einen Dritten gedacht worden. Nach dem Satze, daß unter mehreren Mitschuldigen kein Regreß stattfinde, komme es aber auf die wechselseitige Beschädigung gar nicht einmal an, sondern wenn von Mehreren, die an einer unerlaubten Handlung Theil nahmen, nur Einer oder der Andere verletzt worden sei, so bleibe der Entschädigungs-Anspruch ausgeschlossen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 160 u. 170.)

Koch bemerkt gegen diese Ansichten:

Die unterlaufende Verschuldung des Beschädigten schließt die Entstehung der Ersatzverbindlichkeit aus; der juristische Grund, worauf die Bestimmung des §. 23. beruht, ist der, daß der Beschädigte seinen eigenen strafbaren Unternehmungen den dabei erlittenen Schaden beizumessen habe, nicht aber der Satz, daß unter mehreren Mitschuldigen kein Regreß stattfinde; denn dieser Satz bezieht sich nicht auf die aus einer gemeinschaftlich unternommenen unerlaubten Handlung Mehrerer, gegen den Beschädigten Dritten entstehende Korrealverbindlichkeit, mit welcher die Beschädigung des einen Theilnehmers durch den Anderen juristisch durchaus nicht zusammenhängt. Uebrigens ist die Anwendung des §. 23. in der Praxis nicht gleichförmig. Man hat denselben auf wechselseitige Schlägereien bezogen und beide beschädigten Theile mit ihren wechselseitigen Ansprüchen auf Schadensersatz abgewiesen, weil sie als Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung zu betrachten. Andere finden, daß dabei an eine Verbindung Mehrerer zu einer unerlaubten Handlung zu denken. Liegt gleich diese Beziehung im Wortsinne, so ist dadurch doch nicht jene Anwendung ausgeschlossen, vielmehr ist dieselbe den Grundsätzen des A. L. R. über die gegenseitige Aufhebung der gleichzeitig oder in Beziehung auf das nämliche Geschäft von Mehreren gegeneinander unternommenen unerlaubten Handlungen durchaus gemäß.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 488.)

§§. 24—26. Rechtliche Vermuthung bei der Schadenszufügung.

1) Ist gegen den, welcher in Ausübung einer unerlaubten Handlung begriffen, und dabei einen Anderen durch eine positive Handlung beschädigt, zu vermuthen, daß er ein Versehen begangen, und bedarf es eines nachzuweisenden Versehens zur Begründung seiner Schadensersatz-Verpflichtung?

Das O. L. G. zu Arnsberg hat in dem Erk. v. 12. Juli 1845 Ersteres verneint und Letzteres bejahet.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 106.)

2) Haften die Diebeshehler und Theilnehmer an den Vortheilen eines Diebstahls dem Beschädigten solidarisch für den zugefügten Schaden?

Der I. Sen. des Ob. Trib. hat unterm 7. Sept. 1848 verneint.

Hehlerei und Theilnahme an den Vortheilen eines bereits vollführten Diebstahls sind für sich bestehende, in ihrem Charakter und ihren Wirkungen von dem Diebstahle selbst zu trennende Vergehen. Für solche Individuen, die als intellektuelle Urheber und Mitwisser bei dem Hauptverbrechen sich betheiligen, gelten die §§. 29., 32. h. t. (und §. 1218. A. L. R. II. 20.). Der §. 25. h. t. paßt hier nicht, weil hier nicht der Diebstahl, sondern die Beherbergung und Aneignung des gestohlenen Gutes die unerlaubte Handlung sei. Der §. 83. A. L. R. II. 20. spricht nur von der Strafe, nicht von den Civilfolgen, stellt übrigens auch fest, daß diejenigen Akte des Hauptverbrechens, an deren Vortheilen der Angeschuldigte keinen Antheil genommen, auch auf seine Strafe keinen Einfluß äußern sollen. (Rechtsf. Bd. 4. S. 320 Nr. 158.)

3) Die Frage: ob der Eigenthümer eines Hauses, welcher eine in der Remise befindliche Kalkgrube nicht gehörig verwahrt, für den hieraus erwachsenden Schaden verantwortlich ist? wird in dem Erk. des Stadtger. zu Berlin v. 30. Juni 1840 beurtheilt.

(Centralbl. 1841 S. 102.)

§. 25. 1) Hat ein Postbeamter bei Gelegenheit der Beförderung eines Geldpacketes seinen Dienstvorschriften zuwider den Schlüssel zur Briefbeutellade einem Dritten anvertraut, so ist bei eintretendem Verluste des Geldpacketes die Vermuthung begründet, daß derselbe durch seine Schuld veranlaßt sei, in sofern er nicht die richtige Ankunft des Geldpacketes auf der nächsten Station nachzuweisen vermag.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Nov. 1853 auf Grund des §. 25. (Striethorst's Arch. Bd. S. 8 Nr. 3.)

§. 26. Im Falle des §. 26., d. h. wenn der Beschädiger ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt hat, kömmt es auf den Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden nicht weiter an, vielmehr wird alsdann jeder Schaden, welcher durch Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, als unmittelbarer Schaden angesehen, so daß in einem solchen Falle stets die Vorschrift des §. 18. h. t. eintritt, der §. 19. h. t. aber von der Anwendung ausgeschlossen bleibt.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2589.)

In Betreff der civilrechtlichen Folgen einer solchen Uebertretung kommt es auf den Unterschied zwischen einem unmittelbaren und einen mittelbaren Schaden nicht an. Der §. 26. schreibt ausdrücklich das Gegentheil vor, und von der Vergütung eines

aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten unmittelbaren Schadens wird der Beleidiger durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit. Es ist an sich nicht anzunehmen, daß die bloß verweisenden §§. 35. und 36. etwas von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes haben aufstellen und namentlich den §. 26. hier haben ausschließen wollen. Im Falle des §. 26. wird jeder Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, so angesehen, als wenn derselbe aus der Handlung des Beschädigers unmittelbar entstanden wäre; derselbe muß daher für allen dergleichen Schaden haften, selbst wenn letzterer sonst auch nur ein mittelbarer (§. 3. h. t.) wäre, und eben deshalb wird er in diesem Falle von seiner Ersatzverbindlichkeit durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten niemals befreit (§. 18. h. t.). Die Worte der §§. 26. und 18. lassen eine andere Deutung nicht wohl zu (§. 46. Einl. zum A. L. R.); daß man aber bei der Red. des A. L. R. auch in der That diesen Sinn mit dem gedachten §. 26. verbunden hat, dürfte folgende Bemerkung außer Zweifel setzen, welche Suarez in der rev. mon. in Bezug auf denselben und zu dessen Rechtfertigung macht:

Wenn Jemand ein Polizeigesetz übertritt, und es entsteht Schaden, welcher vermieden worden wäre, wenn er das Gesetz beobachtet hätte, so ist das schon genug, um ihn zur Indemnisation zu verpflichten, ohne daß weiter gefragt werden darf, ob er in culpa gewesen oder nicht, z. B. wer in einer volkreichen Gegend stark reitet und dabei Jemand beschädigt, muß dafür Genugthuung leisten, wenn er auch sonst auf sein Pferd noch so sorgfältig Acht gegeben, und der Beschädigte sich einer noch so groben Unvorsichtigkeit schuldig gemacht hat. (System: Darstellung des Preuß. Civilrechts von Bornemann [1842] Bd. 2. S. 172 Anm. 1.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 6, Entsch. Bd. 29. S. 339.)

2) Ueber die Verhaftung der Stadtgemeinden wegen vernachlässigter Unterhaltung von Straßen, Brücken und Wegen vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 21. Juni 1847 (Präj. Nr. 1881.) in den Erg. zum A. L. R. II. 15. §§. 138—140.

§. 27. Woher der Ersatz zu leisten:

1) Regl. v. 18. Juli 1801, wodurch die bisherige Verpflichtung der jüdischen Gemeinden, den durch Vergehungen einzelner Mitglieder zugefügten Schaden zu ersetzen, aufgehoben wird.

(N. C. C. Tom. XI. p. 393 No. 43. de 1801, Rabe Bd. 6. S. 554.)

2) Vergl.:

a) R. v. 25. Jan. 1796, betr. die Verhaftung der Illata einer Ehefrau für deren Schulden ex facto illicito in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 320.;

b) wegen des Ersatzes des von einem filius familias angerichteten Schadens die Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 203.

3) G. v. 11. März 1850, betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatz des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, unter Zustimmung beider Kammern, was folgt:

§. 1. Finden bei einer Zusammenrottung oder einem Zusammenlaufe von Menschen durch offene Gewalt oder durch Anwendung der dagegen getroffenen gesetzlichen Maßregeln Beschädigungen des Eigenthums, oder Verletzungen von Personen statt, so haftet die Gemeinde, in deren Bezirk diese Handlungen geschehen sind, für den dadurch verursachten Schaden.

§. 2. Die im §. 1. festgestellte Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn die Beschädigung durch eine von außen her in den Gemeindebezirk eingedrungene Menschenmenge verursacht worden und in diesem Falle die Einwohner des letzteren zur Abwehr des Schadens erweislich außer Stande gewesen sind.

§. 3. Im Falle des §. 2. liegt die Entschädigungspflicht der Gemeinde oder den Gemeinden ob, auf deren Gebiet die Ansammlung oder von deren Bezirk aus der Ueberfall stattgehabt hat, es sei denn, daß auch diese Gemeinden erweislich nicht im Stande gewesen wären, den verursachten Schaden zu verhindern.

Mehrere nach den vorstehenden Bestimmungen verpflichtete Gemeinden (§§. 1. und 3.) haften, dem Beschädigten gegenüber, solidarisch.

§. 4. Hat in einer Gemeinde eine Beschädigung der im §. 1. gedachten Art stattgefunden, so ist der Vorstand der Gemeinde berechtigt und auf Ansuchen des Beschädigten verpflichtet, den angerichteten Schaden vorläufig zu ermitteln und festzustellen.

Bei dieser Ermittelung sind die Interessenten so weit als möglich zuzuziehen.

§. 5. Wer von der Gemeinde Schadenersatz fordern will, muß seine Forderung binnen 14 Tagen präklusivischer Frist, nachdem das Dasein des Schadens zu seiner Wissenschaft gelangt ist, bei dem Gemeindevorstande anmelden und binnen 4 Wochen präklusivischer Frist nach dem Tage, an welchem ihm der Bescheid des Gemeindevorstandes zugegangen ist, erforderlichen Falls gerichtlich geltend machen.

§. 6. Bezüglich der Entschädigungspflicht derjenigen Personen, welchen eine solche nach Maaßgabe der besonderen Gesetze obliegt, wird durch vorstehende Bestimmungen nichts geändert. Der Gemeinde, welche ihrer Entschädigungspflicht Genüge geleistet hat, steht der Regreß an die für den Schaden nach allgemeinen Grundsätzen Verhafteten zu.

§. 7. Bis zum Erlaß eines allgemeinen Gesetzes über eine Gemeinde-, Bürger- oder Schutzwehr sind die Bezirksregierungen ermächtigt, auf den Antrag der Gemeinden die Errichtung eines bewaffneten Sicherheitsvereins anzuordnen.

Urkundlich rc.

Gegeben Charlottenburg, den 11. März 1850.

Friedrich Wilhelm.

Gr. v. Brandenburg. v. Ladenberg. v. Manteuffel. v. d. Heydt. v. Rabe. Simons. v. Schleinitz. v. Stockhausen.

(G. S. 1850 S. 199.)

§§. 29 – 35. Von mehreren Beschädigern.

1) V. v. 17. Aug. 1835, zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung, bei Aufläufen und Tumulten, §. 11.:

Für Beschädigungen an Sachen, welche bei solchen Gelegenheiten vorfallen, haften nicht nur die Urheber derselben, sondern auch alle diejenigen solidarisch:

a) welche sich bei einem Auflaufe irgend eine gesetzwidrige Handlung haben zu Schulden kommen lassen, und

b) alle Zuschauer, welche sich an dem Orte des Auflaufs befunden und nach dem Einschreiten der Orts- oder Polizeibehörde nicht sofort entfernt haben. Keine Entschuldigung eines Zuschauers wird beachtet, wenn seine Anwesenheit noch bei[1]) dem Einschreiten der bewaffneten Macht stattgefunden hat.

Denen, die sich nur in dem letzteren Falle befunden haben, bleibt der Regreß an diejenigen vorbehalten, die sich mit ihnen in demselben Falle befinden, zu gleichen Theilen, an die Urheber und Theilnehmer des Verbrechens aber für den ganzen von ihnen gezahlten Betrag. (G. S. 1835 S. 170.)

Ueber die Nichtverbindlichkeit der Theilnehmer eines Vertrages, welcher gesetzlicher Vermuthung zufolge als zur Verkürzung des Gläubigers des Veräußernden errichtet angesehen wird, dem Berechtigten solidarisch für die Folgen der Abschließung dieses Vertrages zu haften, vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Dec. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 140 Nr. 25.) in den Erg. zum A. L. R. Einl. §. 87. Zus. 3.

§. 34. Ueber die Befugniß des Mitschuldigen in einer Criminalsache, welcher aus seiner solidarischen Verhaftung für die Gesammtkosten mehr als seinen Antheil gezahlt hat, sich an denjenigen Mitschuldigen zu regressiren, für den er gezahlt hat, vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Dec. 1842 (Präj. Nr. 1244.) in den Erg. zum A. L. R. I. 3. §§. 35. u. 36. Zus. 4.

§. 35. 1) Suarez, Bemerk. über die Gründe der Annahme des in §. 35. enthaltenen Rechtssatzes. (Jahrb. Bd. 41. S. 7.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken: man habe den Zweifel aufgeworfen, ob die Armenkasse den Anspruch fundiren könne, wenn der Beschädigte gar nicht klage. Eine Entscheidung dieser Frage geben sie nicht, indem sie sich gegen die Beibehaltung des §. 35. erklären. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 168.)

§§. 36 – 53. In wiefern Beschädigungen nicht ersetzt werden dürfen.

§§. 36 — 38. 1) Vergl.: a) über die Nichtverpflichtung des Staates zum Ersatze des Schadens, welcher dem Einzelnen durch eine zum Gemeinwohl bestimmte Einrichtung verursacht worden, in den Fällen, wenn die Befugniß zur Anlage schon aus den Bestimmungen der §§. 36 — 38. h. t. hergeleitet werden kann, den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 1. Juli 1850 (Präj. Nr. 2220.) in den Erg. zum A. L. R. Einl. §§. 73 — 75. Zus. II. zu 2.;

b) über die Nichtverpflichtung des Staates zur Entschädigung der Grundbesitzer in den Fällen, wo eine getroffene Maßregel nicht den

[1]) Die gesetzliche Verpflichtung zum Ersatze der in einem Auflaufe zugefügten Beschädigungen an Sachen, tritt bei den nur als Zuschauer anwesenden Personen schon dann ein, wenn sie sich nach dem Einschreiten der Orts- oder Polizeibehörde nicht sofort entfernt, vielmehr das Einschreiten der bewaffneten Macht dort abgewartet haben, gleichviel, ob vorher eine besondere Aufforderung der Civilbehörde, sich zu entfernen, an sie ergangen war oder nicht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1851.

(Entsch. Bd. 22. S. 126.)

Besitz des Eigenthums entzieht, sondern nur eine Eigenthums-Einschränkung zur Folge hat, z. B. bei Verlegung der Festungs-Rayons, das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Nov. 1850, in den Erg. zum A. L. R. Einl. §§. 73—75. Zus. II. zu 3.;

c) über die Verpflichtung des Eigenthümers zur Vergütigung des Schadens, welcher aus dem Betriebe von Gewerben entsteht, den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Juni 1852 (Präj. Nr. 2382.) in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 27. u. 28.

2) Wer eine Eisenbahn auf seinem erworbenen Eigenthume anlegt, ist zum Schadensersatze an Nachbarn, welche durch die Eisenbahn in ihren Gerechtsamen belästiget werden, nicht verbunden.

Erkannt von dem Civ. Sen. des Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 13. Sept. 1851, auf Grund der Vorschriften des A. L. R. §§. 36—38. 4. u. 16. h. t. in Verbindung mit §. 94. Einl. und §§. 9., 12., 13., 23., 27., 28., 32. I. 8.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 612.)

§§. 36. u. 37. 1) Bis zum Beweise des Gegentheils ist anzunehmen, daß die in einem Prozesse unterliegende Partei sich ihrer Befugniß zur Geltendmachung ihrer Rechte innerhalb der gehörigen Schranken bedient habe, und deshalb ist dieselbe der Gegenpartei für einen hierbei entstandenen Schaden nur nach Maßgabe des ihr zur Last fallenden und besonders zu erweisenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens verhaftet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 247 Nr. 51.)

2) Entbindet die in den Prozeßgesetzen beigelegte Befugniß, ein in erster Instanz ergangenes richterliches Urtel zur Vollstreckung zu bringen, von der Verpflichtung zur Leistung des Interesse, wenn jenes Urtel auf das von dem Gegner eingelegte Rechtsmittel zu dessen Gunsten abgeändert wird?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 12. Okt. 1855 [1]).

Rechte entstehen zwischen den Parteien nur durch rechtskräftige Erkenntnisse; ein Erkenntniß aber, gegen welches noch ein Rechtsmittel zulässig und eingewandt ist, mag dieses Rechtsmittel Appellation, Revision, Nichtigkeits-Beschwerde oder nur der Rekurs sein, kann aber nicht als rechtskräftig gelten, also nicht jene Wirkung äußern. Wenn die Prozeßgesetze in gewissen bestimmten Fällen gestatten, daß die Exekution aus Erkenntnissen nachgesucht und verfügt werden kann, wenn diese Erkenntnisse die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, so geschieht dies immer auf Gefahr dessen, welcher den Antrag stellt und kann diesen nicht von der Verpflichtung entbinden, dem Gegner das Interesse zu vergütigen, wenn sich aus den in den ferneren Instanzen ergehenden Entscheidungen ergiebt, daß der Antragsteller zu dem durch Exekution erzwungenen kein Recht gehabt hat. Dies folgt aus dem §. 8. Tit. 14. und aus dem §. 113. des Anh. zur Proz. Ordn. Insbesondere folgt dies aber auch (was die Vollstreckung eines Exmissions-Urtels betrifft) aus §. 63. Tit. 14. und §. 304. des Anh. zur Proz. Ordn.

(Entsch. Bd. 31. S. 9, Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 37 Nr. 12.)

Vergl. die Erg. zum §. 137. h. t.

§. 41. Diese Bestimmung ist eine Abweichung vom Röm. Recht, und durch die Bemerkungen v. Tevenar's gegen den ersten ungedr. Entw. zum Gesetzb. veranlaßt. (Mat. des A. L. R. Bd. 26. Fol. 191.) (Siewert's Mat. Hft. 1. S. 34.)

§. 46. Ueber die Frage, ob derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten und für denselben eine besitzstörende Handlung unternommen hat, sich von der gegen seine Person angestellten Besitzstörungsklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien kann, daß ein solcher Auftrag zum Grunde gelegen habe? vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 2. April 1849 (Präj. Nr. 2160.) in den Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 146—150.

§. 47. Soldaten sind zu den Personen zu rechnen, welche zur uneingeschränkten Befolgung der Befehle ihres Vorgesetzten verbunden sind. Rechtsfall zur Erläut. des §. 47. h. t.

(Klein Bd. 20. S. 246—250.)

§§. 50—53. Ueber die Frage: ob der Staat die Handlungen seiner Beamten gegen die durch dieselben Beschädigten vertreten müsse? vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 10. §§. 88—91.

[1]) Dies Präj. ist in den Entsch. Bd. 31. S. 9 v. 12. Okt. 1855, dagegen in Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 37 v. 12. Sept. 1855 datirt.

§. 53. Verhältniß des §. 53. h. t. zum §. 36. A. L. R. I. 13.

1) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Mit dem §. 53. d. T. muß der §. 36. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. verglichen werden. Dort ist nur der Haftbarkeit für die wissentliche Bestallung eines unfähigen Bevollmächtigten, hier schon eines bei der Auswahl begangenen groben oder mäßigen Versehens gedacht. Nun ist zwar dort von dem Geschäfte die Rede, welches ein Dritter mit der zur Annahme des Auftrages unfähigen Person abgeschlossen hat, — hier dagegen weder von einer zur Annahme des Auftrages unfähigen Person, noch von einem damit eingegangenen Geschäfte, sondern von dem Schaden, den der Bevollmächtigte bei Ausrichtung des Auftrages aus Ungeschicklichkeit anderweit angerichtet hat. Insofern läßt sich daher behaupten, die Gesetzesstellen ständen nicht geradezu mit einander in Widerspruch. Allein die Vertretung für den von dem Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Auftrages anderweit angerichteten Schaden liegt noch über die Schadloshaltung dessen, mit dem der Bevollmächtigte ein Geschäft abgeschlossen hat, hinaus; sie ist die entferntere Verpflichtung, und deswegen ist es zu tadeln, wenn sie schon durch ein mäßiges Versehen bei der Auswahl des Bevollmächtigten soll begründet werden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 167.)

2) Bielitz vereinigt den §. 53. h. t. und §. 36. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. durch die Annahme, die letztgenannte Gesetzstelle rede, wie sich aus §. 34. h. t. ergebe, nur von dem Falle, wenn das mit dem Bevollmächtigten verhandelte Geschäft deshalb nichtig sei, weil ihm bei Unternehmung desselben ein Verbotsgesetz entgegenstand. Die erstgedachte Gesetzstelle setze hingegen den Fall voraus, wenn das dem Bevollmächtigten aufgetragene Geschäft von demselben zwar gültiger Weise ausgerichtet werden konnte, ihm aber die hierzu erforderlichen Fähigkeiten und Eigenschaften mangeln, und dieser Mangel dem Machtgeber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht hätte unbekannt bleiben können. (Nachtr. Hft. 2. S. 111.)

3) Koch nimmt gleichfalls keinen Widerspruch zwischen den beiden Gesetzesstellen an. (Landr. Bd. 1. Anm. zum §. 53. h. t.)

§§. 54. u. 55. Wie lange der Schadensersatz gefordert werden könne.

1) Es sind hier die Ansprüche außer dem Falle eines vertragsmäßigen oder vertragsähnlichen Verhältnisses gemeint; denn man hat nicht beabsichtigt, für alle Klagen aus vertragsähnlichen Verhältnissen, ohne Rücksicht auf die Besonderheiten eines jeden derselben, eine kurze Verjährung ganz allgemein vorzuschreiben, sondern man hat an die actiones ex facto illicito gedacht.

(Vergl. Suarez in der Schlußrevision, in den Jahrb. Bd. 41. S. 7.)

2) Dekl. v. 31. März 1838 [1]).

[1]) Durch diese Dekl. ist a) die Kontroverse: ob der §. 54. auf Beschädigungen durch unerlaubte Handlungen zu beschränken, oder auch auf Fälle anzuwenden sei, da Jemand, ohne daß ein Vertragsverhältniß oder eine widerrechtliche Beeinträchtigung vorliegt, vermöge gesetzlicher Vorschrift, vom Staate oder einer Privatperson Entschädigung fordern könne?" entschieden worden.

Für die erstere Alternative hatte sich Bornemann ausgesprochen (System Bd. 2. S. 375). Dieselbe Ansicht war auch wiederholt von dem Ob. Trib. angenommen worden. (Vergl. Erk. des Ob. Trib. [Datum konstirt nicht] in Simon's R. Bd. 1. S. 73, Erk. desselben v. 20. April 1827 [Simon's R. Bd. 1. S. 77], Erk. desselben v. 24. Febr. 1837 [Entsch. Bd. 3. S. 254] und das im Centralbl. 1838 S. 466 mitgetheilte Erk. [ohne Datum]).

Die entgegengesetzte Ansicht dagegen war vom Justizmin. in dem R. v. 19. Jan. 1821 (Jahrb. Bd. 17. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 32) vertheidigt, und von verschiedenen Gerichten angenommen worden. Vergl. das Erk. des Berggerichts zu Bochum v. 11. Juli 1835 (Entsch. Bd. 2. S. 258), des O. L. G. zu Insterburg v. 19. Febr. 1823 und des Ostpreuß. Trib. v. 21. Okt. 1823 (Simon's R. Bd. 1. S. 77).

Ebenso ist b) die Frage: ob der §. 54. auch dann zur Anwendung komme, wenn der Beschädigte den Ersatz des Werthes einer Sache fordert, welche ihm durch die unerlaubte Handlung des Beschädigers entzogen worden und nicht mehr vindizirt werden kann? — insofern, wie in der Regel, eine Bereicherung von Seiten des Beschädigers stattgefunden hat, durch die Dekl. entschieden. Für die hier getroffene Entscheidung hatte sich Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 378) ausgesprochen, desgl. das Kammerger. und andere Gerichte. Vergl.:

α) die von Bornemann a. a. O. mitgetheilte Entscheidung des Kammerger. (das Datum ist nicht angegeben), so wie

β) das in der Themis 1837 S. 688 abgedr. Erk., in welchem ausgesprochen ist, daß der Anspruch gegen einen Dieb auf Ersatz des gestohlenen Gutes oder dessen Werthes der Verjährung ex §. 54. nicht unterworfen sei.

Wir Friedrich Wilhelm rc. erklären zur Beseitigung der Zweifel über die Auslegung des §. 54. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. auf den Antrag Unseres Staatsmin., und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, daß die Vorschrift dieses Paragraphen auf alle, außer dem Falle eines Kontraktes entstandene Beschädigungen, sie mögen durch eine erlaubte oder unerlaubte Handlung verursacht sein, zu beziehen ist.

1) Sie findet hiernach Anwendung auf Ansprüche wegen Beschädigungen, die bei Gelegenheit öffentlicher Anlagen [1]), so wie bei dem Bergbau zugefügt sind. Die Vergütung für das zu solchen Anlagen abzutretende Eigenthums- oder Nutzungsrecht [2]) ist hierunter nicht begriffen, sondern der ordentlichen Verjährung unterworfen.

2) Sie findet ferner Anwendung auf Entschädigungs-Ansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen [3]), nicht aber auf solche, welche von dem Staate oder demjenigen, in dessen Diensten der Beamte angestellt ist, erhoben werden.

Wenn der Beschädiger sich zugleich mit dem Schaden des Anderen einen Vortheil verschafft hat, so tritt die ordentliche Verjährung ein, so weit der Anspruch des Beschädigten die Höhe jenes Vortheils nicht übersteigt.

Urkundlich rc. (G. S. 1838 S. 252.)

3) Da die Dekl. v. 31. März 1838 (Zus. 2.) wieder kein Rechtsprinzip aufstellt, so sind neue Zweifel darüber entstanden, ob ein stattgefundener Schaden als ein »außer dem Falle eines Kontraktes entstandener« anzusehen sei oder nicht.

a) Die Verjährung des §. 54. findet bei Verletzung bestehender, nicht auf einen Kontrakt sich gründender Rechtsverhältnisse, insoweit keine Anwendung, als die Klage nur die Natur eines Anspruches auf Erfüllung oder Ersatz des Werthes wegen verweigerter Erfüllung hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Sept. 1852. (Präj. Nr. 2395.)

Der §. 54., mag er auch die ausgedehnteste Anwendung finden, kann nur in dem Falle die Entscheidungsnorm abgeben, wo der Schade in der Handlung oder Unterlassung des Beschädigers selbstständig seinen Ursprung hat; dagegen ist er nicht auf den Fall anwendbar, wo ein Anspruch auf Erfüllung, oder Leistung eines Aequivalents wegen nicht geleisteter Erfüllung aus einem nicht auf einen Kontrakt sich gründenden, aber unter den Parteien schon bestehenden, für sich verfolgbaren Rechtsverhältnisse gerichtet ist. Ein solcher Anspruch hat nicht die Natur einer Schadensklage, sondern bezweckt die Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem obligatorischen Verhältnisse von dem Verpflichteten zu erzwingen, und wo diese Erfüllung durch des Letzteren Schuld unmöglich geworden (cf. A. L. R. I. 16. §. 13.), den Werth der unterbliebenen Leistung zu erlangen [4]).

Die gemeinrechtliche Regel, daß der Schadenersatz wegen Verletzung eines Rechtsverhältnisses mit derjenigen Klage, die zum Schutze dieses Rechtsverhältnisses dient, gefordert werde, und dadurch sich auch die Verjährung bestimme, tritt im Preuß. Rechte nicht mehr so scharf hervor, nachdem die genera actionum geschwunden sind und die Verjährung nicht auf die Klage, sondern auf das dadurch zu schützende Recht selbst bezogen wird. Aber der Grund jener Regel, nämlich die Scheidung zwischen dem Falle, wo die Verletzung in ein unter den Parteien schon bestehendes Rechtsverhältniß eingreift, und nun die Aufrechthaltung desselben nach Maßgabe seines eigenthümlichen Charakters begehrt wird, und zwischen dem Falle, wo das besondere verpflichtende Verhältniß erst durch die Verletzung erzeugt und lediglich durch sie bestimmt wird, liegt in der allgemeinen Natur der Sache. — Auch in den §§. 38. u. 39. A. L. R. I. 3., welche von der Begründung der Pflicht zum Schadensersatz handeln, ist nach den Ausdrücken: »Erfüllen oder Genügen einer Verbindlichkeit« und »Berechtigter« der Fall, wo schon ein besonderes Rechtsverhältniß unter den Parteien besteht, mitbedacht. Dagegen ist bei der Vorschrift des §. 8. h. t. der Fall einer solchen »Nichterfüllung einer Verbindlichkeit« ausgeschlossen. — Für den ersten jener Hauptfälle nun, wo eine besondere Verbindlichkeit unter den Parteien schon vor der Verletzung besteht und von der Verletzung betroffen wird, giebt das A. L. R. eine Reihe von näheren auf die einzelnen Rechtsverhältnisse bezüglichen Vorschriften. (cf. I. 5. §§. 277. ff., I. 11. §§. 101. ff., 155. ff., I. 13. §§. 241. ff., II. 18. §§. 241. ff., 275. ff., I. 21. §§. 27., 102—105., I. 16. §§. 15—19.) — Wird auf Ersatz des Schadens in solchen Fällen gedrungen, so braucht die Klage zwar nicht mehr als actio emti, negotiorum gestorum, tutelae, confessoria u. s. w. bezeichnet zu werden; es wird aber doch immer aus einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse selbst und zwar nach dessen eigenthümlicher Beschaffenheit geklagt, immer wird die Aufrechthaltung desselben verlangt, wenn auch nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit selber, welche vielleicht unmöglich oder nutzlos geworden, sondern die Leistung ihres Vermögenswerthes gefordert wird. So lange also überhaupt noch aus dem Rechtsverhältnisse ein Klagerecht besteht, so lange kann es in dubio auch noch auf die Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung der darin liegenden Verbindlichkeit gerichtet werden. Auch für das Servitutrecht der hier fraglichen Art kann nichts anderes gelten. Zwar sagt der Titel von den Grundgerechtigkeiten nicht noch ausdrücklich, daß der »Verpflichtete« den »Berechtigten« überhaupt nicht von der Ausübung der Gerechtigkeit abhalten solle, aber er bestimmt doch §. 31. Tit. 22. Thl. I. noch des Mehreren, daß er in seinem Grundstücke nichts vornehmen dürfe, wodurch der Andere in der Ausübung gehindert oder ihm dieselbe vereitelt werde. Ferner wird zwar nicht besonders eingeschärft, daß der Verpflichtete bei solchen Verhinderungen oder Vereitelungen den Berechtigten zu entschädigen habe, aber es reicht hier doch schon die oben angeführte allgemeine Vorschrift der §§. 38., 39. Tit. 3. Thl. I. A. L. R. hin. Und es kann demnach im Preuß. Recht kein Bedenken leiden, die actio confessoria auf die Schadloshaltung, und zwar innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit, seitdem das Servitutrecht verletzt worden, zu richten, wobei es auch hier einflußlos bleiben muß, in welcher Art die Servitut begründet worden ist. — Auch die Dekl. v. 31. Mai 1838 hat die Anwendbarkeit des §. 54. auf Ansprüche aus dergleichen bestehenden Rechtsverhältnissen nicht ausgedehnt. Sie hat vielmehr von der dreijährigen Verjährung ausgeschlossen die Vergütigung für das zu öffentlichen Anlagen abzutretende Eigenthums- oder Nutzungsrecht, und den Anspruch auf Erstattung des Vortheils, den sich der Beschädiger mit dem Schaden des Anderen verschafft hat. Es ist also auch hier der Grundsatz anerkannt, daß der Ersatz des aus besonderen bestehenden Rechtsverhältnissen entspringenden Nachtheils dem Berechtigten zu Theil werden müsse, und daß ein solcher Anspruch der dreijährigen Verjährung nicht unterliege. Eine entgegengesetzte Auffassung des §. 54. würde auch zu der gewaltsamsten und irrationabelsten Zerreißung gleicher Institute führen. Es läßt sich dies an einigen Beispielen zeigen, deren sich leicht noch mehrere aufstellen ließen.

1) Der Eigenthümer und der Nießbraucher haben gegenseitig die Pflicht zur Schadloshaltung bei Verletzung gewisser Verbindlichkeiten (A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 27., 99). Beruht nun der Nießbrauch auf einem Kontrakt beider Theile, so dauert der Anspruch dreißig Jahre, ist er ein gesetzlicher, so müßte der Schade, nach der engen Deutung, »als ein außerhalb Kontrakts erlittener« binnen drei Jahren eingeklagt werden.

2) Rückständige Geldzehnten mag man binnen der ordentlichen Verjährungsfrist fordern; handelt es sich aber um eine Geldvergütigung für rückständige Naturalzehnten, und beruht die Zehntpflicht nicht auf einem Kontrakte, so müßte, weil die Vergütigung als Schadloshaltung zu betrachten, der §. 54. eintreten.

3) Eben so in allen Fällen, wenn irgend eine Verbindlichkeit, sei es Uebergabe einer Sache, Zahlung einer Summe, eine Servitut (Thl. I. Tit. 22. §. 27.), jährliche Präſtationen u. s. w. durch Testament einem Erben auferlegt worden ist, und dieser wegen Nichterfüllung, z. B. wegen Veräußerung der vermachten Sache (Thl. I. Tit. 12. §. 313.) Schadensersatz leisten soll.

4) Bei der Verfolgung des Eigenthums ist der Besitzer dem Rückforderer nach Verschiedenheit der Umstände auch für Nutzungen, Schäden und Kosten ver-

---

γ) Erk. des O. L. G. zu Frankfurt, de publ. den 16. Dec. 1835, daß der Anspruch eines in Ausübung seines Rechtes gestörten Weideberechtigten auf Schadensersatz nicht nach §. 54. h. t. verjähre.

(Themis 1837 S. 346.)

Wie die obige Frage zu beantworten sei, wenn der Beschädiger die dem Beschädigten entzogene Sache sofort zerstört, mithin sich nicht bereichert, läßt die Dekl. unentschieden.

Vergl. die Motive der Dekl. v. 31. März 1838 in Dr. Löwenberg's Beiträgen zur Kenntniß der Motive des Preuß. Rechts Bd. I. S. 139 ff.

[1]) Zu dieser Bestimmung haben die Fälle Anlaß gegeben, wo dafür Ersatz gefordert worden, daß bei Gelegenheit oder in Folge öffentlicher Anlagen Schäden entstanden waren. Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 33. von 1833 (Präj. Samml. S. 20) hatte den Grundsatz ausgesprochen: »Der Einwand der dreijährigen Verjährung des Entschädigungs-Anspruches wegen der in Folge einer fiskalischen Kanalanlage seit 1787 erfolgten Versandung eines Grundstücks ist zu verwerfen, und es steht nur die dreißigjährige Verjährung dem Anspruche entgegen.« Diese Auslegung des Gesetzes wird durch die Dekl. reprobirt.

[2]) Auch nicht die Vergütigung für die Schmälerung oder Einschränkung des Eigenthums- oder Nutzungsrechtes im öffentlichen Interesse, weil darin eine theilweise Abtretung zu solchen Anlagen liegt.

(Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Sept 1848, Rechtsf. Bd. 4. S. 401 Nr. 199.)

[3]) Der dem Regreßanspruche gegen einen Beamten entgegengesetzte Einwand der Verjährung kann nur dann für durchgreifend erachtet werden, wenn feststeht, daß durch die Pflichtwidrigkeit des Beamten ein wirklicher Schaden entstanden und zu dessen Deckung kein anderes gesetzmäßiges Mittel mehr übrig ist.

(Erk. des Ob. Trib. [Datum konstirt nicht] in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 47.)

[4]) Die Gründe des Pl. Beschl. verweisen in dieser Beziehung auch auf die Motive des Pl. Beschl. v. 20. März 1846 (s. unten) und auf das Präj. Nr. 1883. (s. unten).

haftet (Thl. I. Tit. 15. §§. 20., 38.). Soll nun diese Verhaftung, weil kein Vertrag zwischen beiden Theilen obwaltet, nur drei Jahre dauern? Und wenn man dies, wie billig, verneint, und dem Rückforderer, so lange er seine Sachen verlangen kann, auch den Anspruch auf omnis causa giebt, so geschieht es aus dem Grunde, weil die Forderung der causa mit zur rei vindicatio gehört. Dasselbe müßte aber auch für andere dingliche Klagen gelten. Bei der actio confessoria namentlich, oder wie die Römer sie auch nennen, der vindicatio servitutis, tritt ja eben das Interesse, oder commodum »servitute non prohibere« an die Stelle der fructus bei der vindicatio rei. Endlich

5) um dem hier vorliegenden Falle noch näher zu treten; wenn A. dem B. ein Weiderecht als ein persönliches Recht einräumt, so findet für den Anspruch auf Schadloshaltung, weil er aus einem Kontrakte entspringt, die ordentliche Verjährung statt. Eben so, wenn die Hütung als Grundgerechtigkeit durch Vertrag konstituirt worden ist, und jene Verletzung noch unter den Kontrahenten resp. ihren Erben vorkommt, wo also mit dem dinglichen Recht noch ein persönliches konkurrirt. Wie aber, wenn nach einer Besitzveränderung inter vivos nur das dingliche Recht übrig bleibt, wenn mithin der Besitzer der belasteten Sache nur als solcher, »nicht zugleich persönlich« (Thl. I. Tit. 19. §. 8.) verpflichtet ist? Nimmt man an:

a) daß dann die Schadenrersatzforderung nach §. 54. zu beurtheilen sei, so fällt es auf, daß ein dinglich Berechtigter sich schlechter stehen soll, als derjenige, der im ersten der gedachten Fälle nur ein persönliches Recht hat; es kommt auch dann nicht darauf an, ob die Servitut durch Vertrag oder durch Verjährung begründet worden, sondern darauf, ob der Vertrag noch durch die Parteien resp. deren Erblasser geschlossen worden oder nicht. Entscheidet man sich aber

b) dafür, daß bei ursprünglich durch Vertrag konstituirter Servitut der Anspruch des nur dinglich Berechtigten auf Schadensersatz wegen Verletzung des Rechts in der ordentlichen Frist verjähre, so liegt hierin theils eine entschiedene Abweichung von dem wörtlichen Sinne des §. 54., welcher doch voraussetzt, daß die Parteien im kontraktlichen Verhältnisse stehen, theils wäre, wenn sonach die Verletzung der dinglichen Verbindlichkeit der der persönlichen gleichgestellt wird, auch nicht die mindeste ratio vorhanden, noch weiter auf den Entstehungsgrund des dinglichen Rechts zurückzugehen, und hier zwischen Vertrag und letztwilliger Anordnung und Verjährung zu scheiden. Denn die rechtliche Wirkung, die Natur des begründeten Rechtsverhältnisses ist in allen diesen Fällen ganz dieselbe — vergl. Thl. I. Tit. 22. §. 13. — und es ist durchaus nicht zuläſſig, den Anspruch wegen Verletzung des Servitutrechts, je nach dessen Ursprung, an verschiedene Fristen zu binden.

Diese Beispiele werden geeignet sein, die Richtigkeit des Grundsatzes, daß der §. 54. dann außer Anwendung bleibe, wenn die schädliche Handlung ein unter den Parteien bestehendes, für sich verfolgbares Rechtsverhältniß verletzt, überall zu bestätigen, indem daraus hervorgeht, daß die entgegengesetzte Annahme zu den größten Widersprüchen führt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 7, Entsch. Bd. 23. S. 241, J. M. Bl. 1852 S. 354, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 276 Nr. 67.)

b) Die Anwendung des §. 54. setzt voraus, daß dem, dessen Vermögen durch die Handlung eines Anderen verschlimmert ist, eine andere Klage auf Ersatz wegen dieser Verschlimmerung nicht zustehe. Die dreijährige Verjährung findet also nicht bei solchen Entschädigungsforderungen statt, welche aus Handlungen abgeleitet werden, die durch Exekution abgenöthiget sind. Auf Kondiktionen ist diese kurze Verjährung ebenfalls nicht anzuwenden.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Mai. 1847. (Präj. Nr. 1883.)

Die Befugniß zur Erstattung der durch Exekution abgenöthigten Leistung folgt aus §§. 196., 197., 207. A. L. R. I. 16. Es besteht zwischen den Parteien in dieser Beziehung ein kontraktähnliches Verhältniß. So wie derjenige, welcher eine Geldsumme in debite annahm, wie aus einem Darlehn haftet (§. 193. a. a. O.), ebenso ist derjenige, der sich eine Handlung in debite leisten ließ, für deren Vergütigung wie aus einem Vertrage über Handlungen (§. 863. A. L. R. I. 11.) aufzukommen schuldig. Ein solches Rechtsverhältniß darf nicht als Beschädigung im technischen Sinne dieses Wortes aufgefaßt werden. Die Kondiktionen sind der Vindikation analoge, persönliche Anforderungen auf Herausgabe oder Erstattung, auf die der Begriff des damnum nicht anwendbar ist. (Präj. Samml. S. 20, Entsch. Bd. 15. S. 97.)

c) Ein auf Grund des §. 53. des Regl. v. 29. April 1838 für die Feuersocietät der Städte des Reg. Bez. Gumbinnen wider den Versicherten wegen Erstattung der ihm gezahlten Brandentschädigungsgelder erhobener Prozeß ist als eine das Rechtsmittel der Revision ausschließende Assekuranzstreitigkeit zu betrachten, ohne daß ein solcher Anspruch der Verjährung aus dem §. 54. h. t. unterliegt.

Wird dagegen auf Grund des §. 54. des gedachten Reglements der Ersatz der einem Dritten gezahlten Brandvergütigungssumme gefordert, so läßt sich der deshalb angestellte Prozeß nicht unter den Gesichtspunkt einer Assekuranzstreitigkeit bringen. Es findet daher in einem solchen Falle die Revision in sofern statt, als die sonstigen Bedingungen ihrer Zuläſſigkeit vorhanden sind, und eine Forderung dieser Art ist der Verjährung nach §. 54. h. t. allerdings unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1851. (Präj. Nr. 2356.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 7, Entsch. Bd. 22. S. 283, Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 328 Nr. 72.)

Dies Präj. Nr. 2356. findet indeß auf den Fall nicht Anwendung, wenn durch eine condictio indebiti auf Rückzahlung des geleisteten Feuerversicherungsquanti gegen den Versicherer geklagt wird, der nachher der vorsätzlichen Brandstiftung überführt wird.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1853. (Präj. Nr. 2483.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 142, Entsch. Bd. 27. S. 231.)

d) Die Vorschrift des §. 54. findet auch auf die Regreß-Ansprüche ehemaliger Pflegebefohlener an ihre gewesenen Vormünder Anwendung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Okt. 1837. (Präj. Nr. 356.)

Zwischen dem Pflegebefohlenen und dem Vormunde existirt kein Kontraktsverhältniß, weil jener vermöge seiner Unfähigkeit, sich selbst zu verpflichten, ein solches nicht eingehen kann, und ebensowenig von dem Vormundschaftsgerichte durch die dem Vormunde ertheilte Bestallung mit demselben ein Vertrag geschlossen wird. Es ist nicht dem freien Willen eines Jeden anheim gegeben, ob er eine Vormundschaft übernehmen will oder nicht. Das Gesetz legt vielmehr allen Bürgern des Staats die Verpflichtung auf, die ihnen aufgetragenen Vormundschaften zu übernehmen (§. 109. Tit. 18. Thl. II. A. L. R.) und nur die im Gesetze speziell bezeichneten Verhältnisse begründen eine Ausnahme von der Regel. Das Verhältniß des Vormundes zu seinem Pflegebefohlenen beruht daher lediglich im Gesetze, insofern der Staat die übernommene Aufsicht und Vorsorge für die Pflegebefohlenen den bestallten Vormündern überträgt (§. 7. a. a. O.) und letztere bei der Ausübung ihrer Pflichten dirigirt und unter Aufsicht hält (§. 237. ebendas.). Ein Kontrakt liegt daher nicht vor.

(Präj. Samml. S. 20, J. W. 1839 S. 1—10.)

Entgegengesetzter Ansicht ist Kähne.

Das Preuß. Recht betrachte die Sorge für den Pflegebefohlenen als eine Pflicht des Staates. Als Organ zur Ausübung dieser Pflicht bestelle derselbe Vormünder, denen er die Sorge für seine Pflegebefohlenen übertrage (§. 3. Tit. 18. Thl. II. A. L. R.). Die Vormünder seien nach den ausdrücklichen Worten des §. 235. a. a. O. als Bevollmächtigte des Staats, und da der Staat für seine Pflegebefohlenen und in ihrem Namen handle, auch als Bevollmächtigte der Mündel anzusehen. Die den Vormündern ertheilte schriftliche Bestallung vertrete die Stelle der schriftlichen Vollmacht, und das Verpflichtungs-Protokoll sei die schriftlich erklärte Annahme des Auftrags: Es komme hierbei nicht darauf an, daß die Uebernahme einer Vormundschaft Seitens des Vormundes eine unfreiwillige sein könne. In dieser Beziehung gelte dasselbe, was bei einem vielleicht auch unfreiwillig einer Partei bestellten Mandatarius ex officio stattfinde, wo die Existenz eines Vollmachtsvertrages nicht zweifelhaft sei. Das Verhältniß des Vormundes zum Mündel entspringe keinesweges ex lege. Es müsse vielmehr immer die Verpflichtung und Ertheilung der Vollmacht hinzukommen, um das Verhältniß perfekt zu machen (§. 207. a. a. O.). Sei aber hiernach das Verhältniß des Vormundes zu seinem Mündel ein Mandatsverhältniß, mithin ein rein kontraktliches, so könne der §. 54. h. t. auf Schäden, welche der Vormund seinem Mündel durch Vernachläſſigung seiner Pflichten zufüge, nicht zur Anwendung kommen, wie dies auch aus §. 866. Tit. 18. Thl. II. A. L. R. hervorgehe. Die Ansicht, daß der §. 54. h. t. nicht bloß bei wirklich geschlossenen Kontrakten, sondern auch bei jedem quasikontraktlichen Rechtsverhältnisse außer Anwendung bleiben müsse, finde in den in der Deklaration v. 31. März 1838 gemachten Ausnahmsfällen ihre Bestätigung, welche sich ebenfalls auf Rechtsverhältnisse bezögen, die das G. den kontraktlichen gleichgestellt habe.

(J. W. 1839 S. 1—10 und Centralbl. 1839 S. 44.)

Koch findet, daß das Präj. Nr. 356. im Widerspruche mit dem Präj. Nr. 2356.[1]) stehe und bemerkt:

Dergleichen Ansprüche der Pflegebefohlenen haben ihren Rechtsgrund in der Stellvertretung und ihre besonderen eigenthümlichen Rechtsmittel (Klagerechte) auf Ersatz des Werthes wegen unrichtiger oder mangelhafter Erfüllung.

(Landr. Bd. 1. zum §. 54. h. t.)

---

[1]) Vergl. ob. sub c.

e) Der Schade, welcher dem Gewerbetreibenden dadurch entsteht, daß er (in Folge der Steuergesetzgebung) die Geldstrafen wegen Defraudation seiner Gewerbsgehülfen im Fall ihres Unvermögens bezahlen muß, ist nicht als ein aus dem Dienstvertrag entspringender anzusehen, und die Klage auf Erstattung desselben unterliegt der dreijährigen Verjährung.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Mai 1837. (Präj. Nr. 254.) (Präj. Samml. S. 20.)

f) Der Schaden, welcher einem Darlehnsgeber, der mit einem nicht legitimirten Geschäftsbesorger verhandelt, hierdurch entsteht, ist als ein außerhalb dem Falle des Kontraktes erlittener anzusehen, welcher binnen drei Jahren verjährt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. April 1840.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 452.)

g) In dem Falle, wenn ein mündlicher Vertrag, welcher schriftlich hätte abgeschlossen werden müssen, von beiden Seiten erfüllt, bei der Erfüllung aber von einem Kontrahenten ein Versehen begangen ist, wodurch dem anderen Kontrahenten Schaden entstanden, ist dieser Schaden nicht als ein außerhalb dem Falle eines Kontraktes erlittener zu betrachten, und deshalb der Verjährung des §. 54. nicht unterworfen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Nov. 1845.

Selbst dann, wenn man annehmen wollte, daß, weil der mündliche Vertrag, der schriftlich hätte abgeschlossen werden sollen, ohne hinzutretende besondere Umstände keine verbindliche Kraft habe, vor der von beiden Seiten erfolgten Erfüllung ein Vertragsverhältniß zwischen den Kontrahenten gar nicht vorhanden sei; so entsteht doch ein solches jedenfalls durch den Hinzutritt der beiderseitigen Erfüllung. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 447.)

h) Wenn Jemand bestohlen worden ist, der Dieb ermittelt, überführt und bestraft wird, vom Bestohlenen jedoch wegen des aus dem Diebstahl herzuleitenden Civil-Anspruches erst nach dem Ablauf von drei Jahren in Anspruch genommen wird, so steht der §. 54. A. L. R. I. 6. nicht entgegen, denn dieser wird durch den §. 502. h. t. beschränkt und die in dem letzteren enthaltenen Worte: »in der Regel« deuten auf die Existenz von Ausnahmen hin.

(Erk. [Gerichtshof und Datum konstiren nicht] Themis 1837 S. 688 ff.)

i) Der Auseinandersetzungs-Rezeß (in einer Separationssache) ist ein Vertrag; alle in Folge der Ausführung desselben entstandenen Beschädigungen sind mithin als solche anzusehen, die aus einem Vertrage entstanden sind, und die Verjährungsfrist des §. 54. h. t. findet auf sie mithin keine Anwendung.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für Landeskultursachen (Datum konstirt nicht). (Zeitschr. des Rev. Kolleg., Bd. 4. S. 402.)

4) Die Verjährungsfrist des §. 54. beginnt in Beziehung auf den Hauptverpflichteten mit dem Zeitpunkte, wo die beschädigende Handlung zur Wissenschaft des Beschädigten gelangt; nicht etwa erst von da an, wo die Handlung durch Anerkenntniß oder Urtel für eine unerlaubte erklärt ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. April 1833.
(Simon's R. Bd. 4. S. 15.)

Dieser Rechtssatz ist zweifelhaft geworden; der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2197.) hat indeß, die Richtigkeit desselben anerkennend, folgenden Grundsatz angenommen:

Das Eintreten der Verjährung bei einem außerhalb des Kontrakts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Dasein und der Urheber desselben zur Wissenschaft des Beschädigten gelangt sind, wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß über die Rechtmäßigkeit der beschädigenden Handlung unter den Parteien in einem Prozesse gestritten wird.

Zur Begründung wird ausgeführt:

Das Gesetzt knüpft den Anfang der dreijährigen Verjährungsfrist an die Wissenschaft von dem Dasein des Schadens, und von der Person des Urhebers desselben, und zwar tritt selbstredend, wenn die Wissenschaft von einem dieser Zustände erst später beginnt, als die des anderen, der Anfang jener Verjährung erst von diesem späteren Zeitpunkte ein. Mit der näheren Charakterisirung der Wissenschaft von dem Dasein des Schadens hat sich der Pl. Beschl. v. 20. März 1846[1]) (Entsch. Bd. 13. S. 19 ff.) beschäftigt. Dabei ergeben die Motive, daß hier nur die Rede von solchen nachtheiligen Folgen habe sein sollen, die schon mit dem Eintritt solcher beschädigenden Handlung, oder doch innerhalb der nächsten drei Jahre sich kundgegeben haben, die Verjährung dagegen nicht Platz greife, wenn die Handlung überhaupt erst nach Ablauf dieses Zeitraums nachtheilig geworden ist, oder auch: wenn außer den anfänglichen nachtheiligen Folgen erst späterhin noch andere Nachtheile entspringen, deren Kausalzusammenhang mit der fraglichen Handlung sich gar nicht voraussehen, oder doch nur vielleicht befürchten ließ. Der Pl. Beschl. hat nur die außerhalb des dreijährigen Zeitraums liegenden Erneuerungen eines schon vorher bekannt gewordenen Schadens von derselben Gattung von der Rechtsverfolgung ausschließen wollen. — Die jetzt vorliegende Frage trifft nun nicht die Kenntniß des Schadens, sondern die des Urhebers. Muß derjenige, welcher in Erfahrung bringt, daß ein Dritter eine Handlung unternommen habe, welche ihm nachtheilig ist, oder doch werden kann, seine Entschädigungsklage bei Verlust derselben innerhalb dreier Jahre von solcher Kenntnißnahme ab, gerichtlich anmelden? oder steht ihm frei, eine Klage auf Verifizirung der benachtheiligenden Handlung und ihres Thäters, vielleicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, oder Behufs der Bestrafung oder zu sonstigen den Schadenersatz noch nicht umfassenden Zwecken vorauszuschicken? und läuft im letzteren Falle der Anfang der dreijährigen Verjährungsfrist für die Entschädigungsklage, auch ohne etwanigen in dem Prozesse gemachten Vorbehalt, erst von der Rechtskraft des in diesem Vorprozesse zu erstreitenden und, wie natürlich vorausgesetzt wird, obsieglichen Urtels? Man muß sich für die erste Alternative entscheiden.

Wenn die Gesetzgebung sich berufen fand, für die Geltendmachung von Schäden, wofern sie nicht zugleich eine Vertragsverletzung in sich schließen, eine ungewöhnliche und zwar kürzere Verjährung einzuführen, so liegen die Intentionen dabei zu Tage. — Es sollte die Erörterung des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Handlung und dem angeblich aus derselben entstandenen Schaden nicht in eine so lange Zeit hinausgerückt werden, daß solche Erörterung nicht mehr ohne Verdunkelung des wahren Sachbestandes vorgenommen werden könnte. Suarez äußert sich darüber in folgenden Worten (Amtliche Verträge bei der Schlußrevision des A. L. R. S. 7.):

»Die Absicht dieser Vorschrift ist, daß nicht durch zu langen Zeitraum das Faktum und die Aestimation des Schadens zu sehr verdunkelt werden möge. Es läßt sich auch kein erheblicher Grund denken, warum der, welcher den Schaden und dessen Urheber weiß, dreißig Jahre verstreichen lassen sollte, ohne seine Entschädigung allenfalls durch richterliche Hülfe zu suchen. Die Analogie stimmt damit überein; denn schon de jure Romano sind alle actiones ex facto illicito an eine weit kürzere Zeit gebunden, als andere Klagen; und die actiones Praetoriae sind sogar nur annales.«

Dieser Absicht gegenüber — welcher noch beizugesellen, daß wohl auch der Verpflichtete, dessen Entschädigungsverbindlichkeit nur in einem Rechtsirrthume, oder in einer nur fahrlässigen, nicht einmal von seiner Willkühr abhängigen Handlung beruhte, in angemessener Frist von dem Maß seiner Erstattungspflicht in Kenntniß gesetzt, und später nicht weiter behelligt werden sollte — regelt sich das Verhalten des Beschädigten. Das Gesetz hat demselben eine keinesweges unbeträchtliche Frist verstattet, um seinen Schaden geltend zu machen; es sind solches drei Jahre, gerechnet von da ab, wo der Beschädigte Wissenschaft von dem Dasein des Schadens und dessen Urheber erlangt. Von dem Ersteren ist hier die Rede nicht, sondern nur von dem Urheber. Daß dieser überhaupt dem Beschädigten bekannt sein, mit andern Worten, daß dieser wissen müsse, wem er den Nachtheil zu verdanken habe, bevor gegen denselben eine Verjährung zu laufen beginnen könne, versteht sich nach der Natur der Sache und nach dem Wortlaut des Gesetzes von selbst; dieses stellt eben die Kenntniß von der Person des Urhebers als den terminus a quo für die Komputation hin. Alle Zwischenstadien nun, nach denen gesucht wird, um die Frist der drei Jahre für den Beschädigten zu verlängern, erscheinen in Hinsicht auf den eben hervorgehobenen Zweck der kurzen Verjährung ungerechtfertigt. Es soll insbesondere, wenn noch ein anderes Verfahren vorausgegangen ist, um den Beschädiger seines Unrechts zu überführen, dieser Umstand ausreichend sein, um die Verjährungsfrist erst von da ab rechnen zu dürfen, wo dem Beschädigten das streitige Recht zuerkannt ist! dafür fehlt es an einem haltbaren Grunde. Daß der Beschädigte den Anderen für den Thäter erkenne, geht eben daraus hervor, daß er — durch den Vorprozeß — ihn in Anspruch nimmt, sich über ihn beschwert, gegen ihn denunzirt, Wiederherstellung von ihm fordert; dann wird aber auch nichts ihn abhalten dürfen, auch gleich — und doch jedenfalls noch innerhalb dreier Jahre seit erlangter Wissenschaft von der Person des Urhebers — gegen den Beleidiger auf Schadloshaltung zu klagen. Dadurch, daß der Beanspruchte sich aufs Leugnen legt, Einrede erhebt, in seinem guten Rechte zu sein behauptet, die Sache durch Instanzen treibt — wird die Stellung der Parteien zu einander nicht geändert. Dem Beschädigten bleibt nach wie vor bekannt, daß der Andere es sei, durch den er in Schaden versetzt worden; er mußte also innerhalb dreier Jahre von der hiervon erlangten Kenntniß seinen Schaden gegen den Beschädiger geltend machen, jedenfalls doch seine diesfällige Klage gegen ihn anmelden. Es darf dabei gar nicht zur Erwägung gestellt werden, daß doch der Beschädigte möglicher Weise in der Person des Urhebers geirrt haben oder doch darüber in Zweifel gewesen sein könne. Stellte sich solches durch den Vorprozeß wirklich heraus, so würde der ganze Anspruch, ganz abgesehen von der Verjährungsfrage, schon an und für sich hinfällig sein.

[1]) Vergl. unten Zus. 7.

Ergiebt aber das Resultat des Vorprozesses, daß der Kläger in Beziehung auf die Person des Urhebers dennoch nicht im Irrthum war, so tritt der Ungrund der Verzögerung einer Entschädigungsklage über die fraglichen drei Jahre hinaus nur um so mehr hervor; nichts durfte ihn abhalten, mit dem Vorprozesse auf Anerkennung des Rechts, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, oder worauf derselbe sonst gerichtet sein mochte, zugleich den Entschädigungsprozeß zu verbinden, oder doch den letzteren zur Bewahrung der gesetzlichen Nothfrist rechtzeitig nachzubringen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 7, Entsch. Bd. 19. S. 1, J. M. Bl. 1850 S. 189.)

5) Betreffs des Hülfsverpflichteten beginnt die Verjährung des §. 54. erst von da an, wo die Zahlungsunfähigkeit des Hauptverpflichteten dem Gläubiger bekannt geworden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Juni 1836.

(Entsch. Bd. 3. S. 43, Centralbl. 1839 S. 691.)

Die Verjährung gegen den subsidiarisch Verpflichteten beginnt übrigens von dem Zeitpunkte, wo die Prinzipalverpflichtung sich als ungültig beweist, wie in dem Falle, wo ein Beamter wegen seines Versehens, z. B. ein instrumentirender Richter oder Notar wegen Nichtigkeit der Urkunde, aufkommen soll.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 18. Jan. 1847.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 320.)

Koch ist mit beiden Entscheidungen aus dem Grunde einverstanden, weil in diesen Fällen früher keine Klage gegen den subsidiarisch Verpflichteten stattfinde, folglich die Verjährung der noch nicht gegebenen Klage nicht beginnen könne. (Landr. Bd. 1. zum §. 54. h. t.)

6) Die Anwendbarkeit des §. 54. setzt die zur Substantiirung einer Klage genügende, also vollständige Kenntniß des Beschädigten von dem Dasein und dem Urheber des Schadens voraus.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 236 Nr. 50.)

7) Die dreijährige Verjährung des Anspruches auf Ersatz eines außerhalb dem Falle eines Kontrakts erlittenen Schadens trifft auch in den Fällen das ganze Recht, wo der aus einer Handlung entstehende, dem Beschädigten bekannt gewordene Schaden so beschaffen ist, daß er, obwohl in wechselndem Umfange, sich auch in der Zukunft erneuert.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 20. März 1846. (Präj. Nr. 1717.)[1]

Die Vorschriften der §§. 79—84., 89., 90. u. 92. h. t., welche offenbar auch bei der Bestimmung des §. 54. h. t. vor Augen gehalten sind, ergeben, daß der Gesetzgeber dabei von dem Gesichtspunkte ausging, daß, sobald wirklich ein Schaden zugefügt worden, es immer auch sofort möglich sei, die Entschädigungsforderung den aufgestellten Grundsätzen gemäß zu substantiiren, und daß es in dieser Beziehung keinen Unterschied machen könne, ob die Folgen des entstandenen Schadens sich in die Zukunft hinaus erstrecken und sich also periodisch erneuern oder nicht. Denn entweder ist durch die beschädigende Handlung die Sache ganz unbrauchbar, oder in ihrem Werthe vermindert worden. Ersteren Falles muß der Werth des unbrauchbar gewordenen Gegenstandes — mochte er nun in einer jährlichen Revenüe bestanden haben, oder eine Sache gewesen sein, die durch ihren Gebrauch fortdauernden Nutzen gewährte — nach den im Gesetze aufgestellten Grundsätzen ermittelt und vergütet werden. Letzteren Falles aber ist der Minderwerth der Sache in ihrem jetzigen Zustande nach den gesetzlichen Grundsätzen festzustellen, und darnach der Schadensersatz zu leisten. In beiden Fällen kann und muß die daraus gegen den Beschädiger entstandene Forderung binnen drei Jahren nach erlangter Wissenschaft von der eingetretenen Unbrauchbarkeit oder Werthsverminderung gerichtlich geltend gemacht werden, widrigenfalls der ganze Anspruch auf Schadensersatz verloren geht; und kann von einem Ersatze des jegliches Jahr entstandenen Verlustes nicht die Rede sein, da das Gesetz diese Art der Berechnung des Schadensersatzes nicht billigt.

Allein auch selbst abgesehen davon, so sind doch die sich periodisch erneuernden Folgen der beschädigenden Handlung und daraus hergeleiteten Entschädigungsansprüche eben nur ein Ausfluß des aus der beschädigenden Handlung und ihrer Wirkung für den Beschädigten entstandenen gesetzlichen Rechts. — Nun schreibt aber das Gesetz ausdrücklich vor, daß dies Recht bei Verlust desselben binnen drei Jahren nach erlangter Wissenschaft ausgeübt werden müsse — und ist nun, nach Ablauf dieser Frist, das Recht aus der beschädigenden Handlung selbst verloren gegangen, so kann natürlich auch kein aus dieser Handlung entstandener Nachtheil, dessen Eintreffen aus der Natur des angerichteten Schadens von selbst schon folgte, später noch geltend gemacht werden. — Nur dann würde eine neue Beschädigung angenommen werden können, wenn die beschädigende Handlung selbst sich wiederholt hätte, dann wäre aber auch nicht mehr von den Folgen der Handlung die Rede, hinsichtlich welcher der Anspruch auf Schadensersatz verjährt war. Der Ungrund der Behauptung, daß die sich in der Zukunft periodisch erneuernden nachtheiligen Folgen einer und der nämlichen beschädigenden Handlung immer als eine sich erneuernde Schadenszufügung und als ein neuentstehender Schaden angesehen werden müsse, ergiebt sich aber auch außerdem noch aus der Erwägung, daß darnach auch angenommen werden müßte: es finde ein solcher Schadensersatz noch statt, wenngleich schon über 50 oder 100 Jahre seit der Schadenszufügung verflossen wären, da mit jedem Jahr sich immer der Anspruch von neuem bilde. Dies würde aber ganz augenscheinlich der Absicht des Gesetzgebers widerstreiten, der gerade, um Ansprüchen dieser Art möglichst ein Ziel zu setzen, die Klage auf Verfolgung derselben an eine noch viel kürzere, als die gewöhnliche Verjährungsfrist gebunden hat.

(Präj. Samml. S. 20, Entsch. Bd. 13. S. 19, J. M. Bl. 1846 S. 131.)

8) Wenn ein Rechtsmittel wegen verspäteter Präsentation der Anmeldung desselben für desert erklärt, dagegen aber behauptet wird, daß das Präsentatum falsch, und die Anmeldung des Rechtsmittels innerhalb der gesetzmäßigen Frist beim Richter eingereicht worden sei, so wird die Verjährung der Regreßklage gegen den präsentirenden Beamten dadurch nicht gehemmt, daß in einem Nullitätsprozesse die Unrichtigkeit des Präsentatums und die rechtzeitige Einreichung der Anmeldung des Rechtsmittels nachzuweisen gesucht wird.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 124 Nr. 30.)

9) Das C. R. v. 20. Febr. 1840 theilte sämmtlichen Ober-Gerichten den Entwurf zu einem Gesetze, wegen Aufhebung aller mit §. 54. und der Dekl. v. 31. März 1838 in Widerspruch stehenden provinziellen und statutarischen Vorschriften mit, um sich darüber gutachtlich zu äußern und zu berichten, ob und welche von dem A. L. R. abweichende provinzialrechtliche oder statutarische Vorschriften über die Klagverjährung oder deren Fristen in den betr. Departements existiren.

(J. M. Bl. 1840 S. 93.)

In Folge dessen erging die V. v. 15. April 1842 über die Aufhebung der dem G. v. 31. März 1838 wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen, so wie den §§. 54. und 55. und der Dekl. v. 31. März 1838 entgegenstehenden provinziellen und statutarischen Bestimmungen. (G. S. 1842 S. 114.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 546.

§§. 56—59. Vom Schaden, der durch andere Menschen verursacht worden.

§. 57. Die Gesetzrevisoren vergleichen hier die §§. 139—146., 167. u. 203. A. L. R. II. 2. und bemerken:

Der Ausdruck Kinder bezieht sich in jenen Gesetzesstellen nicht auf das Alter und die damit in Verbindung stehenden Rechte (§. 25. Tit. 1. Thl. I. des A. L. R.), sondern er bezeichnet das Verhältniß zu den Eltern. Es ist dort also nicht, wie hier, zwischen Kindern unter und über sieben Jahren unterschieden, und somit gehen die Bestimmungen weiter, wie der vorliegende §. 57. d. T., andererseits aber ist sonst nur von dem Vater und von der Mutter, nicht von anderen Personen, denen außer den Eltern die Aufsicht obliegt, die Rede. Außerdem lassen sich die in den §§. 140—142. Tit. 2. Thl. II. bezeichneten Fälle, — wenn der Vater die unerlaubte Handlung des Kindes veranlaßt, oder das Kind durch sein Beispiel dazu verleitet, oder wenn er den

---

[1]) Diese Frage war früher in der Praxis und Theorie streitig. Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 6. April 1833 (Simon's R. Bd. 4. S. 15) die jetzt festgestellte Meinung für die richtige erklärt, in einer späteren Entsch. (J. W. 1843 S. 309) dagegen angenommen, daß bei fortdauernden schädlichen Folgen der Beschädigte durch Verabsäumung der dreijährigen Frist nur sein Recht auf Ersatz desjenigen Theils des Schadens verliere, welchen er drei Jahre lang, nachdem derselbe ihn betroffen, einzuklagen versäumt hat. In einer späteren Entsch. v. 23. Aug. 1845 (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 78 ff.) wurde ausgeführt, daß die Verjährung des §. 54. bei Anlagen von schadenden Werken, wenn eine beschädigende Handlung vorwaltet, deren Folgen nur fortdauern, von Zeit der Kenntniß der Anlage beginne; wenn aber bei solchen Anlagen der Schaden jedesmal erst durch eine neue beschädigende Handlung, die auch hätte unterlassen werden können, entstehe, so laufe die Verjährungsfrist jedesmal nur von Kenntniß des durch diese Handlung bewirkten Schadens ab. In dem Auff. im Centralbl. 1839 S. 1191 und von Dieterici (J. W. 1843 S. 310) wird die Ansicht vertheidigt, daß sich die Verjährung nicht auf die fortdauernden schädlichen Folgen erstrecken könne.

Schaden nicht verhindert hat, da es doch in seinem Vermögen stand, — sämmtlich unter die §§. 56. und 57. d. T. subsumiren. Nimmt man endlich noch den §. 42. h. t. und die §§. 167., 203. Tit. 2. Thl. II. des A. L. R. hinzu, so wird es allerdings bedenklich, inwiefern das eigene Vermögen des Kindes nur in subsidium oder princip. angegriffen werden könne. Will man die verschiedenen Gesetzesstellen mit einander in Einklang bringen, so bleibt nichts weiter übrig, als anzunehmen, bei Kindern unter 7 Jahren komme es zunächst auf die Haftbarkeit des Vaters án, und das Vermögen des Kindes könne in subsidium angegriffen werden. (§§. 42., 42. h. t.) Bei Kindern über 7 Jahren aber hafte deren Vermögen principaliter, und der Vatrr nur in subsidium. (§§. 146., 187., 203. Tit. 2. Thl. II.) Etwas Aehnliches muß nach §. 42. h. t. in Verbindung mit §. 144. Tit. 2. Thl. II. des A. L. R. für die Mutter eintreten. Von der Verpflichtung anderer Personen, denen außer den Eltern die Aufsicht obliegt, ist dagegen in Beziehung auf Kinder über 7 Jahre nirgends die Rede. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 172.)

Bornemann ist der Meinung, daß in den Fällen der §§. 140., 142. Tit. 2. Thl. II. des A. L. R. die Eltern und Kinder als correi verpflichtet werden, wogegen in dem Falle des §. 143. a. a. O. nur eine subsidiarische Verbindlichkeit der Eltern eintreten könne, weil dieselben höchstens als entferntere Veranlasser des facti illiciti anzusehen seien. Dieser Meinung sei auch, wie aus den Materialien erhelle, einer der Redaktoren gewesen.

(System Bd. 2. S. 339, 2. Ausg. Bd. 2. S. 189 Anm. 5.)

§. 58. 1) Bezieht sich das Wort: »*hauptsächlich*« im §. 58. auf den Schaden, etwa im Gegensatze zu dem entgangenen Gewinne, oder auf die vorzugsweise Haftbarkeit des Befehlenden?

Die *Gesetzrevisoren* nehmen *Letzteres* an.

Wir nehmen die letztere Alternative für die richtigere an, weil der Gegensatz des entgangenen Gewinnes im Gesetze durch den Ausdruck? *wirklicher Schade* bezeichnet wird, — auch die Fassung des §. 68., welcher sich desselben Ausdruckes: *hauptsächlich haften*, bedient, offenbar ergiebt, daß dadurch eine vorzugsweise Haftbarkeit angedeutet werden soll. Dies vorausgeschickt, ist aber die Fassung des §. 58. zu tadeln, denn die vorzugsweise Haftbarkeit des Einen — hier des Befehlenden, deutet auf die subsidiarische Haftbarkeit eines Anderen — hier des Befehligten. Von der Art ist indeß das Verhältniß nicht; derjenige, welcher auf Befehl eines Anderen den Schaden zufügte, ist entweder gar nicht verhaftet, oder seine Haftbarkeit ist eine unbedingte, er kann in Anspruch genommen werden, ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, der den Befehl ertheilte, bereits vergebens in Anspruch genommen ist oder nicht.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 171.)

Koch ist derselben Ansicht. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 541.)

2) **Bornemann** bemerkt: das im §. 58. gebrauchte Wort: »*hauptsächlich*« sei nur richtig für den §. 47., nicht aber für den §. 46. gedachten Fall.

(System Bd. 2. S. 339 Anm.**, 2. Ausg. Bd. 2. S. 189 Anm. 4.)

§§. 60—64. Gelten die in den §§. 60—64. gegebenen Bestimmungen auch hinsichtlich der *Hausoffizianten*?

Die *Gesetzrevisoren bejahen*, wegen §§. 186. u. 187. Tit. 5. Thl. II. des A. L. R., mit dem Zusatze, daß Erzieher, Erzieherinnen, Privatsekretaire u. s. w. dem Gesinde nicht gleichstehen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 174.)

Bornemann ist derselben Ansicht aus gleichen Gründen und ob paritatem rationis.

(System Bd. 2. S. 341, 2. Ausg. Bd. 2. S. 190 Anm. 2.)

§. 63. Vergl. §. 126. der Gesinde-Ordnung.

Die *Gesetzrevisoren* nehmen hiernach an, daß nur dann der Herrschaft etwas zur Last falle, wenn sie die Warnung verabsäumt, und wenn sie das Gesinde entlassen konnte und nicht entlassen hat.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 174.)

Bornemann ist derselben Meinung.

(System. Bd. 2. S. 340, 2. Ausg Bd. 2. S. 190.)

Vergl. auch Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 546

§. 68. 1) Ueber die Entstehung des §. 68. theilen die *Gesetzrevisoren* Folgendes mit:

Diese Bestimmung ist bei der Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden; *Suarez* sagt darüber in der rev. mon.:

»Der Antrag einiger Monenten ad 56. des Entw. (jetzt 67.), daß die Herrschaft, der Meister und der Hauswirth principaliter, salvo regressu an den eigentlichen Beschädiger haften sollen, hat zwar die Theorie des Römischen Rechtes, aber weder die Natur der Sache, noch die Billigkeit für sich. Nur in dem einzelnen Falle, wenn zwar so viel konstirt, daß der Schade von Jemandes Gesinde oder Miethsleuten geschehen sei, wer es aber gewesen, nicht sogleich ausgemittelt werden kann, scheint mir eine Ausnahme stattfinden zu müssen. Einestheils ist es billig, daß eher der Dienstherr oder der Hauswirth, dem doch alle Mal in hypothesi ein gewisser Grad von Unvorsichtigkeit zur Last bleiben wird, als daß der ganz unschuldige Damnifikat darunter leide; anderntheils wird eine solche Disposition den Dienst- oder Hausherrn dahin bringen, den eigentlichen Thäter desto sorgfältiger auszuforschen, wozu er weit eher und leichter gelangen kann, als der Damnifikat; daher §. 68. der Umarbeitung.«

Hieran knüpfen die *Gesetzrevisoren* folgende Bemerkung:

Wahrscheinlich ist es die actio de effusis vel dejectis, woran der Verfasser des Gesetzes hier, insofern er des Röm. Rechts erwähnt, gedacht hat. Diese ging gegen den Bewohner eines Hauses, ohne daß es darauf ankam, die Person, von der die beschädigende Handlung ausging, zu bezeichnen, während die actio legis Aquiliae wohl über den Fall des *wissentlich geschehen Lassens* hinaus nicht zulässig war. l. 44. l. 55. D. ad legem Aquiliam (9. 2.); unbestritten war dagegen in solchem Falle die Prinzipal-Verhaftung des Herrn, der die beschädigende Handlung zuließ. Nach unserer Ansicht hat man indeß die actio de effusis vel dejectis zu weit ausgedehnt, wenn man gesagt hat, die Herrschaft oder der Meister solle verantwortlich sein, sobald erhelle, daß der Schade durch Jemandes Gesinde, Handwerksgesellen oder Lehrlinge verursacht worden. Man hat dabei wohl unbewußt an eine Beschädigung gedacht, die Jemanden in der Wohnung des Herrn oder Meisters oder doch in deren unmittelbaren Umgebung durch Auswerfen oder Ausgießen u. s. w. zugefügt worden, denn wenn das Gesinde, die Handwerksgesellen oder Lehrlinge an einem dritten Ort Jemand beschädigen, so kann unmöglich der Dienstherr oder Meister um deswillen verantwortlich sein, weil er den Thäter nicht nachzuweisen im Stande ist. Wir glauben daher die Rücksicht, welche der §. 68. d. T. auf das Verhältniß des Gesindes, der Handwerksgesellen oder Lehrlinge zu dem Dienstherrn oder Meister nimmt, ganz fallen lassen zu müssen, und uns auf den aus einer Wohnung durch Ausgießen, Auswerfen oder Herabstürzen eines unvorsichtig aufgestellten Gegenstandes angerichteten Schaden beschränken zu dürfen. Der Text gestattet die Klage wegen des durch die Bewohner eines Hauses verursachten Schadens gegen den Hauswirth; die Römische actio de effusis vel dejectis war indeß gegen den Bewohner ohne Rücksicht, ob derselbe als Eigenthümer, Miether oder nur aus Vergönnung die Wohnung unter hatte, zu richten (Voët Comm. ad Dig. lib. 9. tit. 3. §. 1.), und dies scheint uns auch jetzt noch das Angemessenste. Dabei kommt es auf die Person des Thäters gar nicht weiter an, der Bewohner muß für sein Gesinde, Handwerksgesellen, Lehrlinge u. s. w. haften und zwar princ.; kann er den Thäter ermitteln, so mag er seinerseits den Regreß an denselben nehmen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 176.)

2) **Koch** theilt diese Ansichten der *Gesetzrevisoren* und bemerkt, daß sich von selbst verstehe, daß die Bestimmung des §. 68. nicht auf solche Beschädigungen zu beziehen sei, welche außer dem Bereiche der Wohnung des Herrn oder Meisters zugefügt worden.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 548.)

3) **Bornemann** ist der Meinung, der Natur der Sache und seinem Zwecke nach könne der §. 68. nur auf alle Fälle gehen, da in oder von einem Hause oder einem den Hausgenossen allein zugänglichen Raume aus — durch Ausgießen, Auswerfen u. s. w. — oder auch, z. B. auf Reisen, in der Umgebung des Dienstherrn ein Schaden angerichtet worden sei. Den Worten nach scheine derselbe zwar auch Beschädigungen, welche von Haus- oder Familiengenossen an anderen Orten vorgenommen worden, zu umfassen; indessen näher betrachtet sei dem nicht so. Denn wenn Jemand behaupte, an solchen Orten von Jemandes Gesellen rc. beschädigt zu sein, so müsse er den Nachweis der Identität des Thäters mit jenen Personen führen, und dann cessire die Anwendbarkeit des §. 68. von selbst.

(System Bd. 2. S. 343, 2. Ausg. Bd. 2. S. 192.)

4) Wenn Jemand gute Freunde und Gäste beherberget, ohne als Gastwirth ein Gewerbe daraus zu machen, so ist er nicht für deren Handlungen verantwortlich. (Siewert Hft. 6. S. 77.)

§§. 70—78. *Vom Schaden, der durch Thiere verursacht worden.*

K., Abhandl. über die actio de pastu pecoris nach Preuß. Rechte. (J. Z. 1832 S. 1116 ff.)

1) Was den durch Thiere verursachten Schaden anbelangt, so kennt das A. L. R., mit Ausnahme des im §. 72. h. t. berührten Falles, eine Vertretung des Eigenthümers nur als Folge seiner Verschuldung. Die Verschuldung liegt entweder schon darin, daß gewisse Thiere ohne Erlaubniß, oder doch unter Verabsäumung der zur Ab-

wendung eines zu befürchtenden Schadens erforderlichen Maßregeln gehalten werden (§§. 70. u. 91. h. t.); oder sie liegt in der vernachlässigten Aufsicht über andere unschädliche Thiere, die man in der ländlichen oder städtischen Wirthschaft zu halten pflegt (§§. 73., 74. h. t.). Bei Thieren, die zwar an sich unschädlich sind, aber auch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung nicht gebraucht werden, soll der Eigenthümer ohne Rücksicht auf seine Verschuldung für den von ihnen verursachten unmittelbaren Schaden verhaftet sein (§. 72. h. t.). In dieser letzteren Vorschrift zeigt sich der einzige Ueberrest der Römischen actio de pauperie. Wegen der pauperies, — d. i. damnum, quod quadrupes proprio motu contra naturam dedit, — gestattete nämlich das Römische Recht eine Klage gegen den Eigenthümer, und dieser mußte aut noxam sarcire aut noxae dare. Der Schade, den ein Thier naturgemäß, z. B. durch Abweiden eines Ackers rc., angerichtet hatte, gehörte nicht zur pauperies, und wenn eines Menschen Verschuldung mit unterlief, so fand die Klage ex lege Aquilia Statt. Dagegen wurde die actio de pauperie sowohl bei natürlicher Wildheit, als auch bei anderen, als vierfüßigen Thieren utiliter zugelassen. Die Beschränkung der actio de pauperie auf den Fall des §. 72. h. t. erklärt sich aus den Materialien. Bei Revision der Monita gegen den ersten ungedruckten Entw. bemerkte Suarez auf die Erinnerung, daß die noxae datio in gewissem Betrachte beibehalten werden müsse, Folgendes:

Ich raisonnire so:

Die Thiere, welche Jemand hält, sind entweder ihrer Natur nach schädlich oder nicht.

Von denen, welche ihrer Natur nach schädlich sind, ist §. .... gehandelt. Thiere, die ihrer Natur nach unschädlich sind, werden entweder zum Gebrauch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung, oder bloß zum Vergnügen gehalten.

Werden sie zum Gebrauch gehalten, so haftet der Eigenthümer nur alsdann, wenn er die nöthige Aufsicht über dieselben überhaupt vernachlässiget (jetzt §. 73.), oder wenn er weiß, daß das Thier contra naturam sui generis schädlich sei, und nicht die erforderlichen Vorkehrungen zur Verhütung aller nachtheiligen Folgen trifft (jetzt §. 74.). Hält Jemand unschädliche Thiere bloß zum Vergnügen, so ist er zwar nicht verbunden, für den von selbigen ohne seine Schuld verursachten Schaden zu haften. Der Beschädigte aber kann sich an das Thier halten, und wenn der Eigenthümer solches nicht will, so muß er den Schaden ersetzen.

Hier ist in Betreff der Thiere, welche bloß zum Vergnügen gehalten werden, etwas der actio de pauperie mit der noxae datio Aehnliches angedeutet. In dem darauf ausgearbeiteten gedruckten Entw. ist aber die Haftbarkeit für den in Rede stehenden Fall unbedingt, und ohne Rücksicht auf den Besitz des Thieres ausgesprochen. Es heißt daselbst:

§. 59. Wer Thiere hält, die zwar ihrer Natur nach nicht schädlich sind, aber auch in der ländlichen oder städtischen Haushaltung nicht gebraucht werden, haftet für allen durch selbige auch ohne seine Schuld verursachten Schaden.

Diese Bestimmung hatte wiederum verschiedene Monita veranlaßt, und Suarez sagt darüber in der rev. mon.:

Der Ob. Appell. Sen. und einige andere Monenten halten den §. 59. für hart und für eine unnöthige Einschränkung der menschlichen Freiheit. Ich kann aber dieser Meinung nicht beitreten. Das Gesetz redet von Thieren, die in der Wirthschaft gar nicht gebraucht und also bloß zum Vergnügen gehalten werden. Hier ist es nun wohl in der natürlichen Billigkeit offenbar gegründet, daß Niemand seinem Vergnügen mit Gefahr und Nachtheil für seinen Mitbürger nachhängen könne, und daß, wenn ein solches Thier Schaden gethan hat, der Eigenthümer wenigstens diesen Schaden ersetzen müsse.

Bei den Römern war dies der eigentliche Fall, wo das Thier noxae gegeben werden mußte. Selbst nach gemeinem Sachsenrecht mußte der, welcher einen solchen Schaden nicht ersetzen wollte, das Thier selbst sofort dereliquiren. Das Gesetz (§. 59.) ist also der Analogie der bisherigen Gesetze sowohl, als der natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß. Durch den §. 62. (jetzt §. 75.) wird allen Mißbräuchen hinlänglich vorgebeugt. Inzwischen glaube ich doch, daß deficiente culpa die Pflicht zur Vergütung bloß auf das damnum immediatum einzuschränken sei.

Hierauf ist der §. 72. h. t., wie er vorliegt, entworfen worden: (Gesetzrev. Pens. XIV., Motive zum Entw. ad Tit. 6. S. 178.)

Vergl. auch Bornemann's System Bd. 2. S. 345, 2. Ausg. Bd. 2. S. 195.

2) Das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Aug. 1843 (Präj. Nr. 1321.) spricht folgende Grundsätze aus:

a) In die Stelle der §§. 70. ff. h. t. tritt in denjenigen Landestheilen, in denen das Preuß. Landrecht von 1721[1]) noch in Gültigkeit ist, die in dasselbe aufgenommene Theorie der actio de pauperie.

b) Die Einwirkung der §§. 18. ff. h. t. »wegen der Mitschuld des Beschädigten« findet bei Anwendung dieser Theorie nicht statt.

(Präj. Samml. S. 19, Entsch. Bd. 9. S. 381, Centralbl. 1843 S. 695.)

§. 73. 1) Wo nicht nach Provinzialverordnungen oder auch nach §. 185. A. L. R. I. 22. bei Schonungen eine Aenderung eintritt, da haftet für den durch Thiere auf fremden Grundstücken angerichteten Schaden der Eigenthümer der Thiere unmittelbar, und braucht sich der Beschädigte an den Hirten nicht verweisen zu lassen.

Angenommen von dem Ob. Trib. unterm 20. Mai 1843. (Präj. Nr. 1300.)

Die Frage: wann eine verabsäumte Aufsicht anzunehmen? liegt außer dem Bereiche des §. 73., und letzterer ist nur rein objektiv dahin zu verstehen, daß der Eigenthümer für den Schaden haften solle, welcher daraus entstanden, daß die Aufsicht für sein an sich unschädliches Thier verabsäumt worden ist. Hierfür muß der Eigenthümer haften, weil ein Jeder das Recht hat, in seinem Eigenthume nicht gekränkt zu werden, der gekränkte Dritte sich aber nicht an das willenlose Thier halten kann. Für den Beschädigten ist es gleichgültig, wem der Mangel an Aufsicht zur Last fällt; die bloße Vernachlässigung der Aufsicht überhaupt verpflichtet den Eigenthümer des Thieres zum Schadenersatz. Die §§. 60—64. h. t. sind nur dann anzuwenden, wenn der Schade aus des Dienstboten eigener Handlung unmittelbar hervorgegangen ist. Das Gesetz mußte zwischen dem durch Dienstboten und dem durch Thiere angerichteten Schaden unterscheiden, weil bei jenen eine bewußte Selbstthätigkeit konkurrirt, bei diesen nicht. Bei ersteren mußte die Frage: ob der Dienstherr dem Dritten hafte? nach dem Verhältnisse geregelt werden, in welches der Dienstherr sich zu dem Dienstboten gesetzt hatte; diese Rücksicht aber alsdann wegfallen, wenn von einem durch Thiere verursachten Schaden die Rede war. Die Willenlosigkeit dieser Thiere identifizirte sich vielmehr, dem Dritten gegenüber mit dem Eigenthümer, und ein von ihnen verübter Schade mußte so angesehen werden, als ob der Eigenthümer des Thieres selbst und unmittelbar ihn angerichtet hätte. Die Vorschrift des §. 185. A. L. R. I. 22. findet nur auf den Fall von »Schonungen bei der Waldhutung« Anwendung und kann außerdem nicht angewendet werden. Der §. 186. a. a. O. bezweckt, die Hirten und Schäfer zu besonderer Aufmerksamkeit hinzuführen, und dies hat wohl den Gesetzgeber veranlaßt, in diesem Falle ausnahmsweise den Eigenthümern des Viehes nur eine mittelbare und bedingte Vertretungs-Verbindlichkeit zuzuweisen. Dieselben Rücksichten haben vorgewaltet, wenn in Provinzial-Verordnungen für den Schaden nur der Hirte, und für das Pfandgeld der Eigenthümer des Viehes verantwortlich gemacht ist.

(Präj. Samml. S. 21, Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 411 ff.)

Rören sucht dies Präj. zu widerlegen und auszuführen, daß der §. 73. nur von einer solchen Verabsäumung rede, welche in der Schuld des Besitzers beruht.

In Bezug auf den Eigenthümer sei der aus der Vernachlässigung der Beaufsichtigung Seitens des Hirten entstandene Schaden ein Zufall, und nicht einmal dies, weil dabei weder eine Handlung, noch Unterlassung des Eigenthümers konkurrire, was stets erfordert werde, wenn Letzterer zu irgend einer Entschädigung verpflichtet werden solle. Dies ergebe der dritte Tit. des Thl. I. des A. L. R. und die Ueberschrift des Tit. 6. Wenn der Eigenthümer für die Folgen des Versehens seines Hirten haften sollte, so würde dies mit klaren Worten ausgesprochen sein, wie z. B. in Hinsicht der Fuhrleute bezüglich der Versehen ihrer Knechte im A. L. R. II. 15. §. 37. und 8. §§. 2454., 2459. Auch würde alsdann der Eigenthümer unschädlicher Hausthiere schlechter gestellt sein, als, nach §. 71. h. t., der Eigenthümer schädlicher Thiere. Ferner spreche hierfür der Gegensatz des §. 73. zum §. 72. h. t., und endlich bestätigten die Materialien[2]) die Ansicht. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 199.)

Koch bemerkt zu dem Präj. Nr. 1300.:

In der Absicht des Verf. scheint dies nicht gelegen zu haben, denn Suarez sagt in der rev. mon.[3]): »werden die Thiere zum Gebrauch gehalten, so haftet der Eigenthümer nur alsdann, wenn er die nöthige Aufsicht über dieselben überhaupt vernachlässigt.« Dabei ist auf den §. 73. verwiesen. Die Provinzial-Verordnungen über das Austreiben des Viehes enthalten gewöhnlich andere Vorschriften. Die Feldpoliz. O. v. 1. Nov. 1847 ändert in den landrechtlichen Bestimmungen nichts. (Landr. Bd. 1. zum §. 73. h. t.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 973.

[1]) Nach §. 3. des Pat. wegen Publikation des Provinzialrechts für Westpreußen v. 19. April 1844 (G. S. S. 103) ist das Preuß. Landr. v. 1721 seit dem 1. Juli 1844 aufgehoben. Dasselbe gilt indeß noch als Provinzialrecht in den Hinterpommerschen Kreisen Lauenburg und Bütow.

[2]) Vergl. Zus. 1. zu §§. 70—78. h. t.

[3]) Vergl. ob. zu §§. 70—78. h. t.

2) Der §. 73. setzt zu seiner Anwendung immer irgend eine **Verschuldung** des Eigenthümers desjenigen unschädlichen Haushaltungsthieres, welches den Schaden angerichtet hat, voraus.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 20. März 1857. (Präj. Nr. 2685.).

Das A. L. R. knüpft ganz allgemein die Verpflichtung zum Ersatze eines Schadens an die Bedingung, daß derselbe durch die Schuld, sei es durch Vorsatz oder irgend ein Versehen eines Anderen entstanden sein müsse (§§. 10. ff. h. t.). Ausnahmen von dieser Regel sind ausdrücklich festgesetzt. Zu solchen Ausnahmen gehört unter Anderem die Vorschrift des §. 72. h. t., obgleich auch diese Vorschrift keine eigentliche Ausnahme enthält, da schon in dem bloßen Halten der dort erwähnten Thiere ein Versehen gefunden werden kann. Der §. 73. bildet offenbar einen Gegensatz zu §. 72., wenn er den Eigenthümer eines an sich unschädlichen Thieres **nur** zum Ersatze des **aus der verabsäumten Aufsicht** über dasselbe entspringenden Schadens verpflichtet, während der §. 72. in dem hier bezeichneten Falle die Entschädigungs-Verbindlichkeit des Eigenthümers ganz unabhängig von dessen etwaniger **besonderen Schuld** festsetzt. Diese letztere erfordert aber zur Begründung der Entschädigungs-Verbindlichkeit der §. 73. in dem hier vorausgesetzten Falle; es muß also die Aufsicht **von ihm** (dem Eigenthümer) verabsäumt sein, wenn der §. 73. zur Anwendung kommen soll. Hat er einen tüchtigen Aufseher bestellt, so haftet er nicht für den Schaden aus der **von diesem** verabsäumten Aufsicht, sondern nur an diesen kann sich der Beschädigte halten. Das Präj. v. 20. Mai 1843 (Nr. 1300.) steht dem nicht entgegen, da es einen ganz anderen Fall betrifft.

(Entsch. Bd. 35. S. 378.)

Ebenso hat der I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 6. Juli 1857 erkannt, indem über das Präj. Nr. 1300. bemerkt wird, daß dasselbe sich nur auf **übergetretenes Weidevieh** beziehe. Die Motive, welche dem Gesetz zur Konservation der Waldschonungen vorgelegen haben, seien indeß von den allgemeinen Prinzipien beim Schadensersatze abweichend, und daher in anderen Fällen nicht maßgebend.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 323 Nr. 62.)

§. 74. Die Vorschrift des §. 74. findet nur gegen denjenigen Anwendung, in dessen Eigenthum oder Besitz das beschädigende Thier zur Zeit der Anrichtung des Schadens befindlich war.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 1. Okt. 1851. (Präj. Nr. 2317.)

Nach der Fassung der §§. 72—74. und der unmittelbaren Verbindung, in welche der §. 74. durch das Wort »aber« mit dem §. 73. gebracht worden ist, kann der §. 74. gleichfalls nur auf den Eigenthümer oder denjenigen bezogen werden, unter dessen Aufsicht das Thier, als es die Beschädigung anrichtete, stand. Er soll, wenn er weiß, daß das Thier wider die Natur seiner Art schädlich sei, nicht bloß aus der versäumten Aufsicht, sondern auch aus der Verabsäumung der zu Verhütung der Beschädigung gehörigen Maßregeln haften. Von der Haftbarkeit für die Beschädigung eines Thieres, das bereits in das Eigenthum und die Aufsicht eines Anderen übergegangen ist, spricht dieses Gesetz nicht. Es kann daher auch namentlich die unterlassene Benachrichtigung des neuen Besitzers Seitens des früheren von der dem Letzteren bekannten Schädlichkeit des demnächst Schaden anrichtenden Thieres, nicht als eine Verabsäumung der gehörigen Maßregeln zur Verhütung nachtheiliger Folgen im Sinne des §. 74. betrachtet und nach dieser gesetzlichen Vorschrift beurtheilt werden. Die Haftbarkeit für diese Unterlassung muß vielmehr auf andere Weise begründet werden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 7, Entsch. Bd. 21. S. 190.).

§§. 79—138. Wie der Schadensersatz zu leisten ist.

§§. 79—81. 1) Bei fortwirkenden Beschädigungen hat der Beschädigte die Wahl, ob er eine Kapitalabfindung oder eine Rente fordern will.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** im J. 1827.

(Simon's R. Bd. 1. S. 77.)

2) Zur Begründung des Anspruchs eines Grundeigenthümers gegen den Bergbautreibenden auf Wiederverschaffung des früheren Wasserstandes und auf Schadensersatz wegen Entziehung und resp. bewirkter Verminderung des Wassers in Quellen und Wasserbehältern ist der Nachweis, daß das noch vorhandene Wasser zu dem davon zu machenden bestimmten Gebrauche nicht ausreiche, so wie die Bezeichnung der Art des entstandenen Schadens erforderlich.

Der Bergbauende kann von dem Beeinträchtigten nicht unbedingt auf Wiederherstellung des entzogenen Wassers, sondern nur alternativ — entweder auf Wiederverschaffung dieses Wassers oder auf Entschädigung — in Anspruch genommen werden.

Angenommen von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 7. Okt. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 191 Nr. 44.)

3) Vergl. das Erk. des III. Sen. des **Ob. Trib.** v. 18. Juni 1852 in den Erg. zum A. L. R. I. 2. §. 139.

§§. 82—97. Bei Beschädigungen an Sachen.

§§. 82—88. Vergl. **Bornemann's** Mittheilungen aus den Materialien. (System Bd. 2. S. 353 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 199.)

§§. 89—91. Ueber die Entstehung des §. 91. vergl. **Bornemann's** System Bd 2. S. 356., 2. Ausg. Bd. 2. S. 199.

2) R. v. 5. Mai 1807, daß der Beschädiger einer beweglichen Sache nur gegen deren Herausgabe den ermittelten Werth zu bezahlen braucht.

Aus der Vorstellung v. 27. April d. J. erseht Ihr, was der Tischlermeister M. in Sachen wider die sep. Geheimsekretair K. anderweit bei Uns vorgetragen und gebeten hat. Da nun der Supplikant in Gemäßheit Unseres, auf die Vorschrift des A. L. R. Thl. I. Tit. 6. §. 91. und die Natur der Sache gegründeten R. v. 18. Jan. d. J. durch die Resolution v. 30. desselben Monats schuldig erkannt ist:

nur gegen die Herausgabe der zerbrochenen Spiegelgläser die nach Abzug des Konventions-Anspruches ex reconventione schuldigen 5 Rthlr. 12 Gr. nebst Verzugszinsen der K. zu bezahlen;

solchemnach aber der ꝛc. M. nicht verpflichtet werden kann, die Zahlung zu leisten und die Ansprüche wegen des Werthes der nach der Anweisung und der Konvenienz der ꝛc. K. geschnittenen Spiegelstücke in separato auszuführen, wie solches durch Eure Resol. v. 28. März d. J. bestimmt ist, so geben Wir Euch hierdurch auf: der ꝛc. K. einen Termin von 8 Tagen zur Herausgabe der Spiegelstücke in dem Zustande, wie dieselben gesprungen gewesen sind, an den ꝛc. M. abzuliefern, vorzuschreiben, und wenn binnen dieses Termines die Extradition nicht erfolgen sollte, die im Wege der Exekution ad depositum genommenen 5 Rthlr. 12 Gr. nebst den Exekutionsgebühren dem ꝛc. M. auf Kosten seiner Gegnerin zu restituiren.

(Mathis Bd. 4. S. 396, Rabe Bd. 9. S. 37—43.)

3) Das Recht des Beschädigten, den ganzen ausgemittelten, vormaligen Werth der beschädigten beweglichen Sache gegen deren Ueberlassung zu fordern, erstreckt sich bei solchen Sachen, die aus mehreren einzelnen für sich bestehenden Sachen zu einem Ganzen zusammengesetzt sind (z. B. bei einem Wagen), nicht darauf, die Annahme der ganzen Sache zu verlangen, sondern muß auf die einzelnen beschädigten Theile beschränkt werden.

(Erk. des Ostpreuß. Trib. v. 1. Sept. 1821, Simon's R. Bd. 1. S. 434.)

Bornemann hält die hier gemachte Unterscheidung zwischen Sachen, die zusammengesetzt sind oder nicht, für unbegründet, und meint, daß Alles davon abhänge, ob die beschädigte Sache in den vorigen Zustand völlig wieder hergestellt werden könne, oder ob dies unthunlich sei. Im ersteren Falle brauche der Beschädiger auch eine unzusammengesetzte Sache nicht abzunehmen; im letzteren Falle müsse er dagegen auch eine zusammengesetzte Sache, wenngleich die Beschädigung unmittelbar nur einen Theil derselben betroffen haben sollte, für den ausgemittelten vormaligen Werth annehmen. Der erste Satz folge aus §§. 79. bis 81., wonach von einer Vergütung des Schadens, mithin auch von der Befugniß zur Hingabe der Sache, erst dann die Rede sein könne, wenn die völlige Wiederherstellung derselben unmöglich sei. Der zweite Satz erhelle aus der ganz unbedingten Fassung des §. 91. Wenn nun auch in der Regel Beschädigungen einzelner Theile einer zusammengesetzten Sache zu repariren sein würden, so sei dies doch nicht immer der Fall, und dann dürfe der Beschädigte auch die Abnahme einer zusammengesetzten Sache verlangen. (System Bd. 2. S. 358, 2. Ausg. Bd. 2. S. 200.)

§. 92. Vergl. das Erk. des **Ob. Trib.** v. 18. Juni 1836, über die **Anwendung** des §. 92. (J. W. 1837 S. 732.)

§§. 98—110. Von Beschädigung an der Person durch Tödtung.

§§. 98—110. Zum Verständniß der §§. 98—110. vergl.:

a) die Mittheilungen **Bornemann's** aus den Materialien. (System Bd. 2. S. 359 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 201 ff.)

b) Suarez Bemerk. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41 S. 7.)

§§. 111—129. Von Beschädigung durch andere körperliche Verletzungen.

§. 111. Die Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 16, S. 63. bekämpft die (aus §. 111. hergeleitete) Ansicht, daß der Verwundete erst

dann Ersatz der Kurkosten verlangen könne, wenn er sie dem Arzt u. s. w. bezahlt hat, indem diese Interpretation des §. 111. zu eng sei und gegen §. 111. h. t. verstoße.

§. 112. 1) Ueber die Motive dieser Bestimmung vergl.:

a) Suarez, Bemerkungen zur Rechtfertigung des §. 112. h. t. (Jahrb. Bd. 41. S. 7.)

b) Anm. aus dem Entw. des Gesetzb. zu §§. 112—114. h. t. (Siewert Hft. 1. S. 35.)

2) Der §. 112. kommt auch dann zur Anwendung, wenn die vorsätzlich oder aus grobem Versehen unternommene beschädigende Handlung keine äußere Verletzung, sondern eine Krankheit zur Folge gehabt hat, selbst wenn diese nach der Bestimmung des §. 3. h. t. als ein mittelbarer Schade anzusehen wäre, und diese Art der Beschädigung nicht in der Absicht des Beschädigers gelegen hätte.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. u. 27. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1189.) (Präj. Samml. S. 21.)

§. 113. 1) Was ist im §. 113. unter »Kurkosten« zu verstehen?

Koch nimmt an, daß hier nur die Kurkosten im engeren Sinne, d. h. das Arztlohn und die Medizinkosten, nicht auch Wärterlohn, Pflegekosten u. dergl., verstanden werden, und theilt mit, daß dies auch der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (in dem Erk. v. 5. Juli 1836) ausgesprochen habe. Hiernach falle das Schmerzensgeld jedesmal weg, wenn keine Kurkosten entstanden, weil angenommen werde, daß die Verletzung so geringe gewesen, daß sie keine besondere Kur erfordert habe, daß mithin auch die Schmerzen nicht beträchtlich hätten sein können. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 950.)

2) Sind bei Arbitrirung des Schmerzensgeldes auch die Reisekosten der Aerzte mit in Anschlag zu bringen?

Verneint von dem O. L. Ger. zu Arnsberg unterm 19. Juni 1847, weil dergl. nicht zu den eigentlichen Kurkosten gehören, wovon im §. 113. die Rede. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 565.)

Sommer bemerkt, man könne hiergegen einwenden, daß der §. 113. schlechtweg von den »erforderlichen« Kurkosten spreche und daß für einen Verwundeten an einem Orte, wo kein Arzt wohnt, die Reisekosten des Arztes allerdings erforderlich seien. Inzwischen könnten doch dieselben Schmerzen nicht für den einen, der den Arzt am Orte habe, minder bedeutend sein, als die des anderen Verwundeten, der den Arzt erst von einem anderen Orte kommen lassen müsse. Die Reisekosten seien oft so bedeutend, daß die Schmerzensgelder, selbst nur nach der Hälfte der Kur- und Reisekosten gerechnet, bei weitem mehr, als das Doppelte der Kurkosten betragen würden. (a. a. O.)

§§. 115. u. 119. Wird Jemand, der sich bis dahin der Feldmeßkunst gewidmet hat, durch eine Beschädigung an Fortsetzung dieses Studiums verhindert, und befleißiget er sich in Folge dessen der Rechtswissenschaft, so kann er von dem Beschädiger nach §§. 115. u. 119. den Ersatz dessen fordern, was er in Folge dieses Wechsels bis zum juristischen zweiten Examen mehr ausgeben muß, — als ihm die Beendigung seines Studiums bis zum Kondukteur-Examen gekostet haben würde, weil er als Feldmesser in Hinsicht seines Einkommens einem Unterrichter gleichgestanden haben würde.

(Erk. des O. L. G. zu Frankfurt, de publ. den 30. März 1822, und des Ob. Trib., de publ. den 26. Mai 1824; Themis 1827 S. 951 sqq. u. S. 971 sqq.)

§. 123. Bornemann folgert aus den Worten: »und ihr dadurch die Gelegenheit sich zu verheirathen erschwert worden,«

a) daß der §. 123. auf wohlhabende, und solche Frauenzimmer, welche ohnedies keine Aussicht zur Heirath haben, nicht zu beziehen sei. Die Bestimmung, wann hiernach die Anwendung des Gesetzes cessire, gebühre dem richterlichen Ermessen;

b) daß der Beschädiger, wenn die Verunstaltete zur Zeit der Verunstaltung noch nicht mannbar gewesen, die Ausstattung nicht sofort zu zahlen, sondern nur bis zur Mannbarkeit sicher zu stellen brauche, da seine Verbindlichkeit wegfalle, wenn die Berechtigte vor der Mannbarkeit sterben sollte. Auch die Zinsen sei er bis dahin nicht zu zahlen verpflichtet.

(System Bd. 2. S. 371 u. 372, 2. Ausg. Bd. 2. S. 208.)

Koch nimmt ebenfalls an, daß die Frage: ob dem Frauenzimmer dadurch die Gelegenheit zu heirathen erschwert werde, keinen direkten Beweis zulasse und daß es keine allgemeinen Regeln dafür gebe, sondern lediglich das richterliche Ermessen hierbei entscheiden müsse. Dagegen bestreitet er die Ansicht Bornemann's, daß ein noch nicht mannbares Frauenzimmer erst von dem Augenblicke der Mannbarkeit die Entschädigung zu fordern berechtiget sei.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 948.)

§. 124. Muß die Ausstattung unbedingt so bestimmt werden, daß das Frauenzimmer von den Zinsen derselben leben könne, oder ist dabei auf das eigenthümliche Vermögen der Verunstalteten, sowie darauf, ob dieselbe durch ihre Händearbeit ganz oder zum Theil ihren Unterhalt gewinnen kann, Rücksicht zu nehmen?

Bornemann entscheidet sich für die letztere Alternative, weil der Zweck des Gesetzes der sei, daß die Frauensperson nicht schlechter stehen soll, als wenn sie eine standesmäßige Heirath, woran sie präsumtiv gehindert worden, geschlossen hätte. Habe sie also Vermögen, so müsse auf die Einkünfte desselben, weil diese auch in der Ehe verwandt worden wären, Rücksicht genommen werden. Habe sie nur eine Ehe zu erwarten, in welcher sie durch ihrer Hände Arbeit sich und ihre Familie ernähren helfen müsse, so werde auch darauf zu reflektiren und der mögliche eigene Verdienst in Anschlag zu bringen sein. (System Bd. 2. S. 371, 2. Ausg. Bd. 2. S. 209.)

Koch ist gleicher Meinung. (Landr. Bd. 1. zum §. 124.)

§. 137. 1) Der Arrestleger haftet dem Arrestaten für den demselben aus der Arrestlegung entstandenen Schaden, wenn auch der Arrest durch den Richter für nicht gerechtfertigt erachtet worden, nicht unbedingt, sondern nur nach Maßgabe des ihm zur Last fallenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Jan. 1850. (Präj. Nr. 2168.[1])

Nach allgemeinen Grundsätzen wird eine Kränkung oder Beleidigung alsdann angenommen, wenn Jemand einem Andern ohne Recht Schaden zufügt, oder eine Zwangspflicht gegen denselben unterläßt (A. L. R. Thl. I. Tit. 6. §§. 8—9.). In wiefern daraus die Verpflichtung hervorgehe, dem Gekränkten Genugthuung zu gewähren, so wie, ob solche Genugthuung mehr oder minder vollständig zu geben sei, hängt den gesetzlichen Bestimmungen zufolge von manchen begleitenden Umständen ab: ob die Beleidigung aus Vorsatz geschehen, oder aus Versehen, — wobei der Grad des Versehens gar verschiedenartige Wirkungen erzeugt, ob der Schade aus der Handlung nur zufällig entstanden, ob und welchen Versehens der Beschädigte selbst sich dabei schuldig gemacht habe (a. a. O. §§. 16., 18. ff.). Eine Abweichung von diesen allgemeinen Bestimmungen über den Schadensersatz für den Fall, wo die Kränkung durch eine mit richterlicher Hülfe bewirkte Beschlagnahme eines Eigenthums erfolgt ist, würde nur durch eine besonders darauf gerichtete gesetzliche Anordnung gerechtfertigt erscheinen. An und für sich ist der zur Sicherung einer Forderung gegen den Schuldner auszubringende Arrest eine gesetzlich gebilligte Handlung; und damit nicht ohne Noth der Schuldner belästigt werde, hat das Gesetz selbst die Ausbringung des Arrestes an mannichfach zu beobachtende Formen geknüpft. Wer sich aber seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf nach §. 36. a. a. O. den dem Anderen daraus entstehenden Schaden nicht ersetzen;

---

[1]) Ueber die Frage: in wiefern der Arrestanleger bei nicht justifizirtem Arreste für den Schaden verantwortlich ist, waren bei dem Ob. Trib. abweichende Entscheidungen ergangen. Der III. Sen. hatte unterm 2. Febr. 1837 angenommen, daß der Ausspruch des Richters, bei welchem der Arrest ausgebracht worden, bei der Frage entscheidend sei und daß die Erklärung der Nichtjustifikation des Arrestes schon die Verpflichtung des Arrestlegers zur Schadloshaltung mit sich führe. Ebenso hatte der I. Sen. unterm 30. Jan. 1846 erkannt. Dagegen waren andere Entscheidungen in einem entgegengesetzten Sinne ergangen. Der II. Sen. hatte unterm 4. Dec. 1833 angenommen, daß die Abweisung des Arrestanten mit der Arrestklage für sich allein nicht hinreiche, um den Regreß gegen den Arrestleger zu begründen, sondern daß der böse Vorsatz oder doch ein Versehen des Arrestanten bei Anstellung der Arrestklage nachgewiesen werden, und daß die Entschädigung nach Verschiedenheit des Grades des Versehens verschieden sein müsse. (Präj. Nr. 36., Präj. Samml. S. 21.) Dieselbe Ansicht vertheidigt das Erk. des I. Sen. v. 20. Mai 1847 (Entsch. Bd. 15. S. 103), welches den Rechtssatz an die Spitze stellt: »Wer Sachen mit Arrest belegt hat, haftet für den Schaden, den dieselben dadurch leiden, nicht unbedingt, wenn auch der Arrest nicht für gerechtfertigt erachtet wird; vielmehr ist die Verpflichtung des Arrestanlegers zum Schadensersatz nach den Vorschriften über die Beleidigung des Andern durch Vorsatz oder Versehen zu beurtheilen.« — Diese Differenz der Ansichten hat der Pl. Beschl. v. 7. Jan. 1850 zur Entscheidung gebracht, welcher die ältere Meinung aufrecht erhält.

es sei denn (§. 37.), daß er erweislich unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts eben die dem Anderen nachtheilige, und in der Absicht, um ihn zu beschädigen, erwählt hätte. Auf solche Weise wird man auch für solche Fälle möglicher Beschädigung wieder auf die allgemeinen Grundsätze hingeführt.

Die Gegner dieser Ansicht vermeinen nun zwar, daß allerdings besondere Gesetze dem Arrestaten eine von dem Arrestleger ihm zu gewährende Entschädigung für den Fall zubilligen, wenn der Richter des Arrestes denselben für nicht justifizirt erachtet; sie gehen aber dabei von Voraussetzungen aus, die erst zu erweisen sind. Dahin gehören vornehmlich die §§. 137., 138. a. a. O. Die enge Begrenzung, innerhalb welcher diese Vorschriften nur zur Anwendung gebracht werden können, ist schon oben angedeutet worden. Sie werden aber auch an und für sich unrichtig gedeutet und angewandt. Es ist ganz willkührlich, die Worte: »wer Sachen unrechtmäßiger Weise mit Arrest belegt«, mit jenen zu vertauschen: »wer mit seiner Arrestklage abgewiesen wird.« In dem §. 137. ist das angehängte Allegat »§§. 82. ff.« nicht ohne Bedeutung; es wird damit auf die allgemeinen Vorschriften: wie der Schadensersatz zu leisten, zurückgewiesen; und diese stehen wiederum mit den voraufgegangenen Bestimmungen über die Begründung der Schadensklage in dem innigsten Zusammenhange. Also nur unter Anwendung eben dieser Bestimmungen läßt sich beurtheilen: ob ein Arrest in solcher Art unrechtmäßig angelegt worden, daß eine Arrestklage gegen den Arrestleger zu begründen sei. Von der anderen Seite ist der Ausgang eines Arrestprozesses von einer Reihe von Eventualitäten abhängig, welche auf bösen Vorsatz oder ein Versehen des Arrestlegers bei Ausbringung des Arrestes nicht entfernt zurückschließen lassen. Der Tit. 29. der Pr. O. hat für den Arrestprozeß mannichfache Vorschriften aufgestellt, ebensowohl über die Personen, gegen welche, als über die Sachen, auf welche ein Arrest ausgebracht werden dürfe, oder nicht; nicht minder über die Förmlichkeiten, welche dabei eingehalten werden müssen, insbesondere auch über den Kautionspunkt. Die Zurückweisung der Arrestklage kann unter diesen Umständen aus den verschiedensten Gründen erfolgen. Sie ist aber auch abhängig von der Verifizirung des Anspruchs selbst, zu dessen Sicherstellung der Arrest gesucht wird; und dieser kann so zweifelhaft sein, daß er von den verschiedenen Instanzrichtern theils zu Gunsten der einen, theils zu Gunsten der andern Partei entschieden, vielleicht auch das Endresulat von Ableistung eines Eides abhängig gemacht wird. Es würde mit der Gerechtigkeit nicht verträglich gewesen sein, den Succumbenten nun dennoch schlechthin auch für die Folgen der Arrestlegung, als eines an sich erlaubten und von der Genehmigung des Antrags von dem Richter geprüften Schutzmittels verhaftet zu erklären; wie ja denn auch bei in den verschiedenen Instanzen ergangenen verschiedenen Urteln nicht der in letzter Instanz unterliegende Theil alle Kosten zu tragen hat, sondern eine Kompensation derselben eintritt. Wenn hiernach in vielen Fällen, namentlich wo gegen ausdrückliche Vorschriften der Gesetze ein Arrest ausgebracht und angelegt worden, oder wo wirklich dem Arrestleger böser Vorsatz oder ein schuldbares Versehen nachgewiesen werden kann, seiner Verurtheilung zur Schadloshaltung nichts entgegenstehen wird, so lassen sich doch auch sehr wohl Fälle des Gegentheils denken. — Wie mit dem §. 137. h. t., so verhält es sich auch mit anderen, namentlich aus der Pr. O. zur Vertheidigung der gegenseitigen Ansicht herangezogenen Gesetzstellen. Insbesondere sind die §§. 31. u. 37. Tit. 29. der Pr. O. in Beziehung auf die aus der Kaution zu entnehmende Genugthuung des Arrestaten keinesweges absolut, sondern nur hypothetisch für den Fall gegeben, daß dem Arrestleger eine Verschuldung wirklich zur Last fallen möchte; und der §. 34. a. a. O. hat, indem er die pia corpora von der Kautionsleistung entbindet, dem Arrestaten eine Schadloshaltung nur zugesichert, wenn den Vorstehern der Vorwurf der Chikane, oder eine aus Vorsatz oder grobem Versehen unternommene Kränkung zur Last fällt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 7, Entsch. Bd. 19. S. 11, J. M. Bl. 1850 S. 78.)

Unter Bezugnahme auf diesen Pl. Beschl. sind von dem Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen worden:

a) Der Arrestleger, welcher auf eine im Besitze seines Schuldners befindliche fremde Sache einen Arrest ausgebracht hat, ist dem Eigenthümer der letzteren zum Ersatze des aus der Arrestirung erwachsenen Schadens verpflichtet, auch wenn er die Sache für seinem Schuldner gehörig zu halten hinreichende Veranlassung hatte, und der Arrest diesem gegenüber für justifizirt erklärt ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1852; denn die Arrestirung einer fremden Sache sei eine Beeinträchtigung fremden Eigenthums und berechtige den Eigenthümer in jedem Stadium, deren Freigebung zu verlangen, woraus zugleich die Verbindlichkeit des Arrestlegers zum Ersatze des dadurch dem Eigenthümer erwachsenen Schadens folge. Der Fall des Pl. Beschl. v. 7. Jan. 1850 liege nicht vor. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 366 Nr. 70.)

b) Der Interventionskläger ist bei einem ungünstigen Ausfall des Interventionsprozesses zum Ersatze des dem Gegner durch die entbehrte vollständige Disposition über die streitige Sache während der Dauer des Rechtsstreits entstandenen Schadens nicht unbedingt, sondern nur nach Maßgabe eines bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens verhaftet.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Jan. 1853, welches ausführt, daß auf diesen Fall die Grundsätze des Pl. Beschl. v. 7. Jan. 1850 gleichfalls Anwendung finden.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 251 Nr. 55.)

2) Die Vorschrift des §. 137. enthält keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der §§. 10. ff. über den Schadensersatz, sondern erstreckt sich nur auf die Mitwirkung des Richters bei der Arreststellung und enthält nur den Grundsatz, daß der, nicht selbst und unmittelbar, sondern durch den Richter handelnde Arrestleger ebenso angesehen werden soll, als wenn er selbst und allein gehandelt hätte.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1837. (Präj. Nr. 391.)

(Präj. Samml. S. 21.)

Siebenter Titel.

Von Gewahrsam und Besitz.

Lange, philosophisch-juristische Abhandl. über die Natur des Besitzes. 2 Bde. 8. Erlangen 1813 u. 1817 (worin die landrechtliche Lehre neben der Berücksichtigung des Röm. Rechtes kritisch beurtheilt wird).

Grävell, die Lehre vom Besitz und von der Verjährung nach Preuß. Rechte, mit Hinweisung auf das Röm. und Kanon. 8. Halle 1820 S. 1—121.

Koch, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach Preuß. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen Rechte. 8. Berlin 1826. Zweite Ausgabe unter dem Titel: die Lehre vom Besitze nach Preuß. Rechte. Breslau 1839 [1]).

Simon und von Strampff, Materialien des A. L. R. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung. 8. Berlin 1836 S. 1—390, und Studien zur Lehre vom Besitz S. 603—634 (3. Bd. der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts [2]).

Korte, von der Prohibition der Besitzergreifung der operis novi nunciatio und der Protestation gegen den Besitz. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 74 ff.)

§§. 1 — 5. Begriffe.

§. 1. Der Nachbar, welcher die Luftsäule über der zwischen seinem und dem gegenüberliegenden Gebäude befindlichen Gasse benutzt, ist Mitbesitzer der Gasse.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Dec. 1851 auf Grund des §. 1. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 225 Nr. 48.)

§. 1. 2. 4. u. 138. 1) Ueber die Definition des Inhabers einer Sache, und den Satz, daß Jemand Inhaber sein kann, ohne es zu wissen, vergl. Simon, Mat. S. 603 u. 604.

2) Schröter unterscheidet zwischen einem Inhaber im grammatischen Sinne und einem juristischen Inhaber; letzterer sei nur der, welchem die Rechte des Besitzes zukommen; diese ständen aber nach §§. 137., 138. h. t. nur dem zu, welcher die Pflicht übernommen habe, für einen Anderen zu besitzen. Der unredliche Besitzer sei also nur im grammatischen Sinne als Inhaber anzusehen und könne auf die Rechte des Besitzes keinen Anspruch machen. Das A. L. R. unterscheide in dieser Weise in §§. 1. u. 2. h. t. auch zwischen der Innehabung, welche nur in dem physischen Vermögen bestehe, über eine Sache zu verfügen, und einer solchen, welche man in Folge einer übernommenen Pflicht, für einen Anderen zu besitzen, habe. (Civil. Vers. Hft. 1. S. 12 ff.)

---

[1]) Dieses Werk wird citirt werden: Koch, Besitz.

[2]) Dieses Werk wird citirt werden: Simon's Materialien. Aus diesen Materialien sind hier besonders die sog. Studien benutzt. An den hier in Bezug genommenen Stellen findet sich überall eine Hinweisung auf die Stellen in den eigentlichen Materialien (d. h. in den Entwürfen zum Gesetzbuche, in den dagegen eingegangenen Monitis und den Revisionen dieser Monita), so daß es überflüssig ist, diese noch besonders zu allegiren, zumal da anzunehmen ist, daß sich das erwähnte Werk in den Händen der meisten Preuß. Juristen befindet.

§. 3. 1) Der animus domini oder sibi habendi wird nicht verlangt. (Simon's Mat. S. 604.)

2) Der Ausdruck: »es werde der Mitbesitz eines Grundstückes Jemanden auf Lebenszeit eingeräumt,« ist als eine Verordnung zu betrachten, welche die Theilung in Rücksicht des Grundstückes bis zum Tode des zum Mitbesitz Berechtigten aussetzt.

(Erk. des Kammerger. u. Erk. des Ob. Trib. v. 17. Mai 1808, Mathis Bd. 9. S. 345.)

§. 4. 1) Zur Ausübung eines Rechtes gehört immer Wissenschaft, daher der Inhaber eines solchen Rechtes, dessen Innehaben oder Besitz nur durch Ausübung erlangt wird (§. 4.), sich dessen immer bewußt sein muß. (Simon's Mat. S. 604.)

2) Es kann nicht gesagt werden, daß der Inhaber des Rechtes dasselbe in seiner Gewahrsam habe. Diese ist daher auf körperliche Sachen eingeschränkt. (Simon's Mat. S. 604.)

§§. 6—9. Vollständiger und unvollständiger Besitz.

§. 9. Der Ausdruck: »dessen er sich darüber anmaßt,« ist gleichbedeutend mit: »welches er darüber ausübt.«

(Simon's Mat. S. 605.)

§§. 10—42. Redlicher, unredlicher und unrechtmäßiger Besitz.

§. 10. Das Marginale muß lauten: »redlicher, unredlicher und unrechtfertiger Besitz;« nicht wie in den neueren Ausgaben des A. L. R.: »redlicher, unredlicher und unrechtmäßiger Besitz.«

(Simon, Mat. S. 685.)

Dasselbe bemerken die Gesetzrevisoren.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 27.)

§. 11.

Evelt, über Unredlichkeit des Besitzes. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 666 ff.)

1) Zur Erläut. des Begriffs eines »unredlichen Besitzers« bemerkt Suarez in der rev. mon.:

Der Charakter der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes bleibt immer das Wissen. Freilich gehört dieses ad interna; dieses kann aber nicht hindern, daß der Richter auf diesen inneren Zustand der Seele nicht nach Umständen und Aeußerungen sollte schließen können. Damit inzwischen das Urtheil des Richters von diesem interni so wenig willkührlich als möglich sein möge, muß das Gesetz die Kennzeichen der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes näher bestimmen. Dies geschieht theils durch Etablirung gewisser Vermuthungen (§. 18.), theils durch Bestimmungen, inwiefern ein Irrthum die Redlichkeit des Besitzes vitiire oder nicht. Diese Bestimmungen reduziren sich auf die Sätze: einmal, daß error juris keinen redlichen Besitz in sensu juris wirken könne (wer von einem Kassenbedienten Geld aus der Kasse borgt, kann niemals für einen redlichen Besitzer des Geldes erachtet werden). Zweitens, daß error in facto in der Regel die Redlichkeit des Besitzes vitiire, den der Besitzer durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte, und daß also der, welcher zu einem Irrthume über Rechtmäßigkeit seines Besitzes culpa lata vel levi verleitet worden, einem unredlichen Besitzer gleich zu achten sei.

(Simon's Mat. S. 200.)

Vergl. ebendas. S. 171 u. 330 Nr. 10., ferner: Grävell Besitz S. 11 Anm. *, Koch Besitz S. 41, Evelt in Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 671.

2) Das O. L. G. zu Hamm führt (in dem Erk. v. 10. März 1827) aus, daß derjenige, welcher keinen Titel zum Besitz angeben könne, deshalb allein noch nicht als unredlicher Besitzer betrachtet werden könne. Aus §. 11. folge vielmehr, daß die bona fides nicht nothwendig die Ueberzeugung sei, daß man Eigenthümer geworden, sondern daß man nur nichts von einem fremden Eigenthum auf die Sache wissen müsse. Wer also gar nicht wisse, aus welchem Titel er besitze, sei darum noch nicht unredlicher Besitzer. Dies sei eine bloße Verneinung; die Unredlichkeit sei aber, nach §. 11., eine positive Eigenschaft, eine Anmaßung wider besseres Wissen. Das bloße Nichtwissen werde nur dann zur mala fides, wenn die Fälle der §§. 15. u. 17. vorhanden seien. (Simon's R. Bd. 1. S. 429.)

§§. 12—14.

Gans, Abhandl. vom unrechtfertigen Besitz. (Eine Kritik der betr. Vorschriften des A. L. R.) (Gans, Beitr. Bd. 1. Nr. II. S. 23.

M., über den Begriff des unrechtfertigen Besitzes (J. W. 1848 S. 146). Vergl. hierzu die Bemerkungen von Fürstenthal (a. a. O. S. 494).

Jeder gute Glaube beim unrechtmäßigen Besitze beruht auf einem Irrthume, welcher entweder ein error juris oder ein error facti ist. Jener wirkt keinen redlichen Besitz in sensu juris; ein solcher Besitzer heißt ein unrechtfertiger und wird in der Regel einem unredlichen gleich geachtet. Beim error facti kommt es darauf an, ob er auf einem groben oder mäßigen Versehen des Irrenden beruht oder auf keinem von beiden. In den beiden ersten Fällen wird der Besitzer für einen unredlichen geachtet, im letzten Falle schadet der Irrthum nicht. (Simon's Mat. S. 605.)

§. 14. Vergl.: a) das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1848 Nr. 2073. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 628.;

b) das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Juni 1857 in den Erg. zu den §§. 146., 147. u. 150. h. t. Zus. 1. sub 7.

§. 15. 1) Wird schon derjenige, welcher von der Ungültigkeit des Rechtstitels seines Verkäufers durch Einsicht desselben Wissenschaft erlangen konnte, sich aber den Besitz der ihm übertragenen Sache ohne weitere Prüfung aneignet, als malae fidei possessor angesehen, oder gehört die Bekanntschaft mit Verdachtsgründen gegen die Gültigkeit des Erwerbstitels des Autors zum Begriff der mala fides?

Windhorst sucht Ersteres zu zeigen.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 214.)

2) Das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Dec. 1852 führt aus, daß die Frage, ob in der Erwerbung eines gestohlenen Pfandbriefes ohne die dazu gehörigen Zinskoupons der im §. 15. bezeichnete, die Verpflichtung zur unentgeldlichen Herausgabe des Pfandbriefes an den Eigenthümer erzeugende Mangel an Aufmerksamkeit liegt? hauptsächlich thatsächlicher Natur sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 75. Nr. 18.)

Vergl. die Erg. zum §. 22. h. t.

§. 17. Ueber den Zeitpunkt, von welchem an die Unredlichkeit des Besitzers anzunehmen, vergl. die Erg. zum §. 222. h. t.

§. 19. Die Vorschrift des §. 19. bezieht sich nicht auf denjenigen, welcher eine so bezeichnete Sache tradirt erhält, kauft u. s. w., sondern auf denjenigen, der sie als eine derelinquirte in Besitz nimmt, für welchen Fall der §. 120. eintritt. (Simon's Mat. S. 606.)

Bornemann folgert ebenfalls aus dem Worte: »eigenmächtige«, daß die Vorschrift des §. 19. sich nur auf Sachen beziehe, welche der Besitznehmer als derelinquirt okkupirt habe, indem derjenige, welcher sich eine Sache tradiren läßt, niemals eigenmächtig den Besitz sich anmaße. Dies ergebe sich auch daraus, daß die §§. 19., 20. h. t. in dem Entw. unmittelbar hinter dem jetzigen §. 120. folgten (Entw. II. 4. §§. 86—88.); auch würde es ganz unangemessen sein, wenn man dasselbe für den Handel und Wandel gelten lassen wollte.

(System Bd. 1. S. 525, 2. Ausg. Bd. 1. S. 265.)

§§. 21. u. 22. 1) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 9. Jan. 1854 in Betreff der Redlichkeit des Besitzes bei dem Erwerb durch Stellvertreter folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Die Unredlichkeit des Handlungsdieners oder anderen Stellvertreters bei Ankauf eines gestohlenen Staatsschuldscheines von einem verdächtigen Verkäufer ist dem Prinzipal nicht nachtheilig.

b) Die Frage, ob die durch den Prinzipal geschehene Genehmigung des durch seinen Stellvertreter geschehenen Ankaufs eines gestohlenen Staatsschuldscheines von einem verdächtigen Verkäufer die Pflichten eines unredlichen Besitzers begründe, ist thatsächlicher Natur.

Die §§. 21. u. 22. sind nicht auf den Fall eines vorhandenen Bewußtseins von der Ungültigkeit des Titels zu beschränken, sondern handeln allgemein von den Folgen der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Stellvertreters; die Unredlichkeit begreift aber beide Fälle, des wirklichen bösen Glaubens und des Mangels an der erforderlichen Vorsicht bei dem Erwerbe des Besitzes in sich. Der §. 22. ist auch auf diesen letzteren Fall zu beziehen. Wenn, worüber der §. 22. keinen Zweifel läßt, der böse Glaube des Stellvertreters demjenigen, für welchen er den Besitz erwirbt, nicht nachtheilig ist, läßt sich nicht absehen, daß und weshalb der neue Besitzer für ein bloßes Versehen seines Stellvertreters verantwortlich gemacht und mit den Pflichten eines unredlichen Besitzers belastet sein sollte.

Die ad b. gedachte Frage ist nicht rechtlicher Natur, sondern in jedem einzelnen Falle nach dessen besonderen Umständen zu beantworten. Sie hängt

wesentlich davon ab, ob die Umstände, unter denen die Besitzergreifung Seitens des Stellvertreters erfolgt ist, und welche bei gehöriger Erkundigung zur Kenntniß des Prinzipals gekommen sind, geeignet waren, Zweifel gegen die Gültigkeit des Besitztitels bei ihm zu erregen. An sich wird durch die Genehmigung weder ein Versehen des Prinzipals im Sinne des §. 15. dargethan, noch die Anwendung des §. 22. ausgeschlossen.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 206 Nr. 45.)

2) Schadet dem Pupillen, für welchen der Besitz erworben wird, die Unredlichkeit seines Vormundes?

Thöne bemerkt: in der Praxis sei die Frage als zweifelhaft behandelt; man müsse indeß annehmen, daß der Vormund kein Dritter sei, sondern mit dem Mündel eine Person ausmache, weshalb in §§. 261—269. A. G. O. I. 10. dem Gegner eines Mündels auch das Recht eingeräumt sei, dem Vormunde über eine entscheidende Thatsache den Eid anzutragen. (Handb. Bd. 1. Abthl. 2. S. 296.)

Koch spricht sich dahin aus:

Die Vorschriften der §§. 21. u. 22. finden auf Willensunfähige, deren juristische Persönlichkeit ganz und gar durch ihren gesetzlichen Vertreter repräsentirt wird, keine Anwendung, weil bei dergleichen Personen nach dem animus in rechtlichen Dingen nicht gefragt wird. (Landr. Bd. 1. zum §. 22. h. t.)

§§. 24. u. 25. Zu diesen Paragraphen bemerken Simon und v. Strampff:

Zum richtigen Verständniß dieser Stellen könnte man unterscheiden:

I. ob der Erwerb lediglich in der Handlung des unredlichen Mitbesitzers, also lediglich in der Unredlichkeit desselben, seinen Grund hat?

II. oder ob der Erwerb sich mit auf die Handlungen der redlichen Mitbesitzer gründet?

Zu I. Dies ist in dem von Suarez angedeuteten Beispiele der Fall, wo von mehreren sociis einer ohne Auftrag der Sozietät, jedoch in Sozietäts-Angelegenheiten, mala fide ein Haus erwirbt, und solches bei gutem Glauben der übrigen Gesellschaft, dem Sozietätsvertrage gemäß, der Gesellschaft eigenthümlich überläßt. Der unredliche Mitbesitzer hat hier nicht bloß als Mittelsperson konkurrirt (vergl. A. L. R. Thl. I. Tit. 17. §§. 232., 233., 231.); die Vorschrift des §. 22. findet mithin keine Anwendung.

Hier tritt von der Regel des §. 24. die im §. 25. bestimmte Ausnahme ein. Auch der Erwerb der redlichen Mitbesitzer gründet sich lediglich auf die Handlung des unredlichen Theilnehmers. Sie können daher aus der Unredlichkeit desselben, zum Schaden eines Dritten, keinen Vortheil ziehen.

Hieraus folgt:

a) daß die Verjährung durch Besitz in diesem Falle ganz ausgeschlossen ist, daß es hier auf die Mehrheit der redlichen Besitzer nicht ankommt, und daß selbst die letzteren nicht einmal ihre Antheile verjähren können. »Auch die redlichen Mitglieder«, sagt Suarez, »können (in dem angeführten Beispiele) das Eigenthum des Hauses für die Sozietät per praescriptionem nicht erwerben. Darin unterscheidet sich eben eine bloße Privat-Sozietät von einer Korporation, die nur eine personam moralem ausmacht.«

b) Dasselbe gilt auch von dem Fruchtgenuß. Nur sollen, wie im §. 25. h. t. das Schlußallegat des §. 37. ergiebt, die redlichen Besitzer bloß in subsidium haften. Die im §. 37. ausgesprochene Subsidiar-Verbindlichkeit der redlichen Gemeinmitglieder gründet sich auf das spätere conclusum; wahrscheinlich ist erst im Gefolge dieses conclusi dem §. 25. das Schlußallegat hinzugefügt worden.

Zu II. Wenn dagegen in dem angeführten Beispiele die sämmtlichen Sozietäts-Mitglieder unmittelbar mit dem Verkäufer kontrahirt und von diesem den Besitz erworben hätten, so gründete sich dieser Erwerb nicht bloß auf die Handlung des unredlichen Besitzers, also lediglich auf die Unredlichkeit desselben, sondern ebenfalls auf die Handlungen der redlichen Mitgesellschafter.

Hier tritt die Regel des §. 24. ein, wonach von mehreren Mitbesitzern jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes für seinen Antheil zu vertreten hat. Mithin würde jeder redliche Besitzer

a) seinen intellektuellen Antheil durch Verjährung erwerben können,

b) die für seinen Theil gezogenen Früchte und Nutzungen selbst nicht subsidiarisch dem Eigenthümer zu erstatten verpflichtet sein.

Auf diesen Fall bezieht sich das Schlußallegat des §. 25. nicht.

(Simon's Mat. S. 606—608.)

Vergl. Grävell, Besitz S. 16, Bornemann's Syst. Bd. 1. S. 488, 2. Ausg. Bd. 1. S. 242, Koch, Besitz S. 68 ff. und Landr. Bd. 1. zu §§. 24. u. 25. h. t.

§. 26. Statt »redlich oder unrechtfertig zu Werke gegangen«, muß es heißen: »redlich oder unredlich zu Werke gegangen«. (Simon's Mat. S. 608.)

Dasselbe bemerkt das R. v. 29. Dec. 1837.

(Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 26—34.

Piners, der Erwerb des Besitzes für Korporationen. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 432 ff.)

1) Die Besitzerwerbung für eine Korporation kann nach dem A. L. R. entweder durch die Gesammtheit oder Mehrheit der (gehörig versammelten) Mitglieder selbst (§. 26.), oder durch Repräsentanten (§. 32.), oder durch Vorsteher und Beamte (§. 34.) geschehen. Ob die Erwerbung durch die Mitglieder selbst auch nach gem. Rechte erfolgen könne, war bei dem Ob. Trib. zweifelhaft geworden, in Folge dessen der Pl. Beschl. v. 2. Mai 1842 (Präj. Nr. 1126.) eine Uebereinstimmung des gem. Rechtes mit dem A. L. R. nur in Beziehung auf das patrimonium universitatis, nicht aber auch in Ansehung des res universitatis in specie und folgenden Rechtssatz aussprach:

Nach Sächsischem und beziehungsweise gemeinem Deutschen Rechte können solche Sachen und Rechte, die zur Benutzung von Seiten einzelner Gemeindemitglieder als solcher bestimmt sind, nicht bloß durch die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde (Repräsentanten und Beamte), sondern auch durch die Mitglieder selbst (alle oder doch die Mehrheit) mit der Wirkung der Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde in Besitz genommen werden.

(Präj. Samml. S. 22, Entsch. Bd. 8. S. 3, J. M. Bl. 1842 S. 299.)

Vergl. hierüber Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 524 ff., und Anwendungen des Grundsatzes in den Präj. des Ob. Trib. v. 2. März 1846 (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 259) und 28. Aug. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 94 Nr. 44.).

2) Vergl. die Erg. zu den §§. 43—49. h. t.

§§. 35—37. Die Materialien ergeben zum Verständniß dieser Paragraphen Folgendes:

Suarez sagt in der rev. mon. zu §§. 16—22. des gedr. Entw. Nr. 4.:

»Alles, was §§. 17—21. gesagt ist, kann nur von Sachen gelten, quae in patrimonio universitatis sunt, i. e., wo nicht nur das Eigenthum der Gemeine gehört, sondern wo auch die Nutzung ad sustinenda onera communitatis verwendet worden. Bei rebus universitatis in specie sic dictis, wo das Eigenthum zwar der Gemeine, die Nutzungen aber den einzelnen Mitgliedern gehören, ist ein Unterschied zu machen zwischen denjenigen Wirkungen des Besitzes, welche auf die Substanz der Sache, und denjenigen, welche bloß auf perceptionem fructuum Beziehung haben. In Ansehung der Substanz muß es freilich bei den §§. 17—21. bleiben, wonach die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes der Kommune überhaupt auf die Mehrheit ankommt. Quoad perceptionem fructuum aber kommt es auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit eines jeden einzelnen Theilnehmers an. Z. E. eine Kommune kauft einen Wald a non domino und vertheilt das daraus jährlich zu nehmende Holz unter die einzelnen Mitglieder. Hat die größere Hälfte die Ungültigkeit des Besitztitels gewußt, so ist freilich die ganze Kommune pro possessore malae fidei zu achten. Sie kann also gegen den Eigenthümer nicht präskribiren; sie kann bei der Rückgabe keine meliorationes fordern u. s. w. Aber diejenigen Mitglieder, die für ihre Personen redlich waren, dürfen das erhaltene Holz nicht zurückgeben, noch bezahlen. Ebenso auch umgekehrt. Hat der größere Theil der Kommune die Ungültigkeit des Besitztitels nicht gewußt, so ist allerdings die Kommune qua persona moralis pro possessore bonae fidei zu achten. Aber die darunter befindlichen einzelnen unredlichen Mitglieder können sich die Rechte redlicher Besitzer weder pro praeterito noch pro futuro anmaßen. Hierauf gründet sich der §. 35. der Umarbeitung.«

Darauf ist konkludirt:

»Wenn die Kommune die Substanz qua persona moralis redlich besessen hat, so dürfen die redlichen Mitglieder die fructus nicht restituiren, außer in subsidium.«

Hiergegen monirte Heidenreich; es sei wider das allgemeine Recht, daß der redliche Besitzer die Nutzungen erstatten solle. Suarez aber bemerkte dagegen zu §. 36. der Umarbeitung §. 37. h. t.:

»Der Fall ist möglich, daß der Besitz einer Gemeine, als eine moralische Person betrachtet, unredlich ist, und gleichwohl einige Mitglieder der Gemeine ihren Theil der Nutzungen von der solchergestalt besessenen Sache redlicherweise gezogen haben. Wenn nun dem Eigenthümer die Sache restituirt werden muß, so kann er zugleich fructus perceptos fordern, weil die Gemeine, qua talis, in mala fide gewesen ist. Wer soll ihm alsdann diejenigen fructus erstatten, welche die redlichen Mitglieder bona fide bezogen haben?

Der Text nimmt an, daß die unredlichen Mitglieder dafür principaliter haften müssen; in subsidium aber sollen ihm auch die redlichen Besitzer Ersatz leisten, so weit sie wirklich locupletiores geworden sind. Dies wird bezweifelt, weil ja ein redlicher Besitzer fructus perceptos et consumtos niemals restituiren dürfe; allein es ist hier der Fall einer Kollision vorhanden. Dem Eigenthümer wurde das Seinige von der Kommune mala fide vorent-

halten; er hat also unstreitig ein Recht, solches cum fructibus perceptis zurückzufordern.

Freilich hatten auch die reblichen Mitglieder ihren Theil der Nutzungen bona fide genossen, und insoweit haben sie den Schutz der Gesetze für sich. Bei dieser Kollision aber scheint es doch das Billigste, die Ausnahme zu Gunsten des Eigenthümers zu machen, mit dessen Schaden die Mitglieder der unredlichen Kommune reicher geworden sind.«

Darauf heißt es:

»Cessat (das monitum von Heidenreich).«

(Simon's Mat. S. 228 u. 335, vergl. Koch, Besitz S. 74 ff.)

Koch, welcher bemerkt, daß hierdurch der Sinn der §§. 35—37. völlig klar werde, knüpft daran die Ausführung, daß diese Bestimmungen, so verstanden, wie sie nach Absicht der Redaktoren verstanden werden sollen, drei Abnormitäten enthalten:

a) daß dadurch eine compossessio gesetzt werde, wo sie thatsächlich nicht sei;

b) daß im Widerspruche mit §. 189. h. t. die redlichen Mitglieder der Kommune kein Eigenthum haben, ungeachtet sie selbst für ihre Person Besitzer sein sollen, was sie in Beziehung auf den Fruchtgenuß freilich nicht sein können. Sie sollten in subsidium die bona fide erworbenen Gegenstände, soweit sie davon Vortheil gehabt haben, dem Eigenthümer herausgeben oder ersetzen;

c) daß der vindicirende Eigenthümer die Akcessorien von anderen Personen fordern soll, als von welchen er die Hauptsache zu fordern hat, nämlich letztere von der Kommune, und die von derselben veräußerten Früchte von den unredlichen Abnehmern in der Kommune, in subsidium auch von den redlichen; und daß nicht vielmehr der Ersatz der Akcessorien dem unredlichen Besitzer (der Kommune, als solcher) obliegen sollen.

Er kommt zu dem Resultate, daß durch die §§. 35—37. eine Ausnahme von der Regel in Beziehung auf den Fruchterwerb des redlichen Besitzers für einen Fall vorgeschrieben sei, wo eigentlich kein Mitbesitz und auch kein Fruchterwerb stattgefunden habe, wogegen eine derartige Ausnahme in den vom Mitbesitze handelnden §§. 24. u. 25. nicht enthalten sei. (Koch a. a. O. S. 76 ff.)

Vergl. Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 1. S. 241 und gegen die Ansichten Koch's die Ausführung Temme's, welcher der Ansicht ist, daß Suarez die Mitglieder nicht als Mitbesitzer, sondern nur als Erwerber der Früchte durch Konzession der Kommune und von dieser betrachtet habe, und daß auf ein solches Vertheilen von Seiten der Kommune auf den §. 35. selbst nur zu beziehen sei. (Lehrb. Bd. 1. S. 214.)

§. 37. Haften im Falle des §. 37. die redlichen Besitzer dem Eigenthümer nur in soweit, als sie sich noch wirklich im Besitze eines Vortheiles befinden, oder sollen sie sämmtliche, während des Besitzes gezogene Nutzungen und Vortheile erstatten, selbst dann, wenn solche nicht mehr vorhanden sind?

a) Gräbell nimmt die erstere Alternative an, weil der §. 37. zwischen den gezogenen Nutzungen und dem gezogenen Vortheile unterscheide, und aus dem Allegate im §. 25. erhelle, daß der §. 37. nur eine Anwendung jenes Paragraphen sei, welcher nur verbiete, zum Schaden des Dritten einen Vortheil zu ziehen. Die Unredlichkeit des Mitbesitzers könne den redlichen Besitzer nicht in Unredlichkeit für seine Person setzen. Wer selbst nicht unredlich sei, solle nur um des unredlichen Mitbesitzes willen sich nicht mit dem Schaden eines Anderen bereichern, und müsse also das herausgeben, was noch in Natur vorhanden sei, oder wofür er den Werth noch besitze. (§§. 189. und 190. h. t.) (Lehre vom Besitz S. 19 Anm. *)

b) Bornemann vertheidigt die letztere Alternative. Er führt aus:

Die Behauptungen Gräbell's über den Einfluß der Unredlichkeit des einen Mitbesitzers auf die Rechte des anderen paßten nicht auf Mitglieder einer Korporation, weil diese die Sache nicht im Mitbesitze haben, sondern solche sich lediglich im Mitbesitze der juristischen Person befinde. Abgesehen von der Qualität, in welcher die einzelnen redlichen Mitglieder einer Korporation die Früchte einer res universitatis beziehen, seien dieselben zwar als bonae fidei possessores der genossenen Früchte zu betrachten; aber sie könnten, da sie nur kraft des Besitzes der Korporation die Früchte beziehen, auch in Bezug auf den Fruchtgenuß einer res universitatis nur als integrirende Theile der Korporation in Betracht kommen, und als solche auf keinen anderen Glauben, als den der Korporation, sich stützen. Daher könnten auch die redlichen Mitglieder nicht behaupten, die Früchte einer unredlich besessenen res universitatis, wenngleich sie solche als Individuen redlich empfangen haben, bona fide zu besitzen, woraus folge, daß sie gleich den unredlichen Mitgliedern dem vindicirenden Eigenthümer für alle gezogenen Nutzungen, sie mögen sich jetzt noch im Besitz eines Vortheils daraus befinden oder nicht, verhaftet seien. Da sie aber nach §. 31. unter gewissen Umständen an die unredlichen Mitglieder ihren Regreß nehmen könnten, so müsse der Eigenthümer princip. an die unredlichen, und nur in subsidium an die redlichen Mitglieder verwiesen werden. Hieraus und aus den Worten des §. 37. scheine die zweite Alternative (s. oben) zu folgen.

(System Bd. 1. S. 485, 2. Ausg. Bd. 1. S. 241.)

c) Simon und v. Strampff sind derselben Ansicht, nur wollen sie, nach der Fassung des §. 37. und dem von Suarez angegebenen Motive, den redlichen Gemeinde-Mitgliedern den Beweis freilassen, daß die percipirten Früchte durch einen Zufall verloren gegangen, ehe sie wirklich Nutzen davon gezogen haben. (Simon's Mat. S. 609.)

d) Die Gesetzrevisoren halten dafür, daß sich die Streitfrage nicht mit Gewißheit entscheiden lasse.

(Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §§. 27—36. des Entw. S. 31.)

e) Thöne nimmt an, daß die redlichen Mitglieder sich auf die Herausgabe der Früchte beschränken sollen, aus welchen sie wirklich Vortheil gezogen haben. Ihre subsidiäre Verbindlichkeit gründe sich bloß auf die Billigkeit, in Betreff des Umfanges derselben wolle das Gesetz nur sagen, daß die Nutzungen durch die mit der Gewinnung derselben verbunden gewesenen Nachtheile nicht absorbirt sein dürften.

(Handbuch Bd. 1. Abthl. 2. S. 383 Anm. 4.)

§§. 43—49. Von Erwerbung des Besitzes überhaupt.

Ueber den Erwerb des Besitzes für Korporationen vergl. die Erg. zu den §§. 26—34. h. t.

1) Simon u. v. Strampff bemerken zu den §§. 43. sqq. h. t.:

Die Frage, wie der Besitz von Seiten einer Gemeine erworben werden könne, ist im Landr. nicht ausdrücklich beantwortet, wiewohl in dem Material. S. 263 Abth. 2. zu §. 71. des gedr. Entw. mon. 2. auf den Mangel einer solchen Bestimmnng hingewiesen und vorgeschlagen wurde, nach der Meinung des Voëtius Lib. 41. tit. 2. §. 6. festzusetzen, daß jedes einzelne Mitglied den Besitz eines Rechtes der ganzen Gemeinde erwerbe, wenn es als Mitglied gegen einen Anderen etwas unternommen, oder von ihm gefordert, oder zu thun untersagt habe. Goßler hielt indeß mit Unrecht dies mon. durch den §. 17. des gedr. Entw.[1] für beseitigt, und Suarez hat dasselbe nicht weiter beachtet. (Material. S. 609.)

2) Das Erk. des Ob. App. Sen. des Kammerger. v. 2. Aug. 1830, welches von dem Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1831 bestätiget ist, bemerkt:

Es steht gesetzlich fest, daß Korporationen und Gemeinden Besitz und Rechte nur durch Handlungen aller ihrer Mitglieder, oder doch der Majorität derselben, oder endlich durch gehörig bestellte Repräsentanten erwerben können, keinesweges aber durch Handlungen einzelner, nicht legitimirter Mitglieder. Das A. L. R. enthält zwar keine direkte Bestimmung darüber, wie der Besitz von Rechten und Sachen von einer Gemeinde erworben werde, daß solches aber nur in der eben erwähnten Weise geschehen kann, folgt aus §§. 26., 32. u. 34. h. t. Denn da die §§. 579. u. 625. A. L. R. I. 9. zur Verjährung redlichen Besitz erfordern, und nach den §§. 26., 32. u. 34. die Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde von der Redlichkeit aller Mitglieder, oder wenigstens der Majorität derselben oder deren Repräsentanten abhängt, so ist es hiernach klar, daß eine Gemeinde nur durch die Totalität oder Majorität ihrer Mitglieder, oder durch gehörig bestellte Repräsentanten Besitz erwerben kann.

Das Erk. folgert hieraus, daß, wenn einzelne Bürger einer Stadt sich eines Durchganges, in der Meinung, daß er ein öffentlicher sei, bedient haben, dadurch für die Stadtgemeinde nicht der Besitz dieses Rechtes erworben sein würde.

(Simon's R. Bd. 4. S. 297 ff.)

Dagegen wird in einem Erk. v. 3. Dec. 1835 (der Gerichtshof konstirt nicht) ausgeführt, daß eine Stadtgemeinde sich im zu schützenden Besitze eines Durchgangsrechtes befinde, welches bis dahin ungestört von dem Publikum der Stadt ausgeübt worden, indem eine Gemeinde auch durch Handlungen Einzelner (wenn sie auch nicht Repräsentanten oder Vorsteher sind) den Besitz eines Rechtes erlangen oder fortsetzen könne, wenn jene als Gemeindeglieder, und

[1] Dieser Paragraph lautet dahin: »Wenn eine Korporation oder Gemeinde einen Besitz erwirbt, so hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit desselben davon ab, je nachdem die Mehrheit der Mitglieder bei der Erwerbung die Unrechtmäßigkeit des Besitzes gewußt, oder an dessen Rechtmäßigkeit zu zweifeln Ursache gehabt hat oder nicht.« — Hieraus ist der §. 26. h. t. entstanden.

nicht vermöge eignen Rechtes, nicht in der Absicht, ein solches ihnen für ihre Person zustehendes Recht auszuüben, auch nicht etwa auf Grund einer ihnen persönlich zugestandenen Vergünstigung gehandelt haben. (J. Z. 1836 S. 469.)

Diese Ansicht erklärt indeß

3) Koch für irrig. Er geht davon aus, daß es auf einen Willen bei Erwerbung des Besitzes ankomme, woraus sich ergebe, daß solche Personen, die überhaupt nicht wollen, oder ihren Willen nicht erklären können, den Besitz durch sich selbst zu erwerben unfähig seien. Dies erkenne auch der §§. 44. an, und daher könnten juristische Personen, wenn sie nicht aus physischen bestehen, keinen Besitz erwerben (L. 1. §. 15. D. 47. 4.), was aber solche juristische Personen, welche durch physische konstituirt werden, also Korporationen, betreffe, so werde im A. L. R. die unmittelbare Erwerbung des Besitzes bei denselben vorausgesetzt, wie die §§. 26. u. 34. ergäben. Eine Gemeinde aber könne durch sich selbst den Besitz auf keine andere Weise erwerben, als wenn zuvor ein verfassungsmäßiger Beschluß darüber gefaßt werde, daß der Besitz ergriffen werden solle; denn außerdem fehle der animus der juristischen Person, als solcher. Durch ein zufälliges Zusammenkommen auch sämmtlicher Mitglieder, ohne eine verfassungsmäßige Beschlußnahme, werde die von ihnen etwa vorgenommene Handlung nicht die der juristischen Person, als solcher, sondern sei eine von mehreren Einzelnen gemeinschaftlich vollzogene Handlung. Durch einen verfassungsmäßigen Beschluß werde aber nur der animus der juristischen Person durch sie selbst gefaßt, die Besitzergreifung könne durch sie selbst nicht geschehen, in sofern nicht alle zugleich die nämliche Sache ergreifen könnten, sondern diejenigen, welche nach dem Beschlusse die Besitzhandlung vollziehen, seien Stellvertreter der juristischen Person.

(Lehre vom Besitz 2. Ausg. S. 159 ff.)

4) Bornemann ist ebenfalls der Ansicht, daß, wenn das A. L. R. auch keine besondere Bestimmung hierüber enthalte, sich doch von selbst verstehe, daß Korporationen nur durch physische Personen Rechte und Besitz erwerben könnten. Was aber die Frage betreffe, wann anzunehmen sei, daß eine Korporation durch Handlungen physischer Personen Besitz erworben habe, so sei es unzweifelhaft, daß die Korporation in dem Falle, wenn sämmtliche Gemeindeglieder oder Repräsentanten, die Befugniß der letzteren vorausgesetzt, die Besitzergreifung vorgenommen haben, oder wenn dieselbe in Folge eines gehörig abgefaßten Beschlusses durch einzelne Repräsentanten oder andere Personen erfolgt sei, zum Besitze der fraglichen Sache gelangt sei. In jedem anderen Falle, wenn also Repräsentanten oder andere Personen nicht auf Grund eines solchen Beschlusses, oder einer genügenden Vollmacht aufgetreten seien, komme es darauf an: α) ob jene Personen nicht für sich, sondern für die Gemeinde den Besitz ergriffen haben; β) ob die letztere durch einen gehörig abgefaßten Beschluß, oder das Organ der dazu befugten Repräsentanten, oder durch die Einmischung sämmtlicher Mitglieder die Erwerbung ausdrücklich oder stillschweigend gut geheißen habe? Beides sei eine quaestio facti, die nach der Beschaffenheit eines jeden einzelnen Falles zu beantworten sei.

(System [1. Ausg.] Bd. 1. S. 492, vergl. 2. Ausg. Bd. 1. S. 245.)

Vergl. hiergegen indeß Piners in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 456 ff. und Dr. Sommer a. a. O. Bd. 11. S. 239 ff.

5) Thöne spricht sich dahin aus, daß die Frage, ob und in wiefern eine Korporation einen Besitz ergriffen habe, lediglich nach dem für die Stellvertretung im Besitze geltenden allgemeinen Grundsatze des §. 45. zu entscheiden sei, weshalb es einer besonderen Bestimmung hierüber, die man vermißt habe, nicht bedurft habe.

(Handb. Bd. 1. Abthl. 2. S. 372.)

Vergl. auch die Meditationen in Bielitz Nachtr. Hft. 1. S. 86 und J. Z. 1835 S. 684.

6) Nach gemeinem Rechte bedarf es zur Erwerbung eines Hütungsrechtes für eine Gemeinde, durch Ausübung der Hütung von Seiten des Gemeindehirten, weder des Nachweises eines besonderen Auftrages, außer dem Gemeindehirtenamte, noch des Beweises, daß die Gemeinde von dieser Ausübung Wissenschaft gehabt, oder dieselbe ausdrücklich genehmiget habe.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. April 1852 [1]). (Präj. Nr. 2364.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 109, Entsch. Bd. 22. S. 321, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 156 Nr. 30., J. M. Bl. 1852 S. 183.)

Koch, welcher diese Entscheidung für richtig hält, bemerkt, daß deren Gründe auch für das Landrecht gelten.

(Landr. Bd. 1. zum §. 44. h. t.)

7) Muß vermuthet werden, daß ein während rechtsverjährter Zeit beharrlich von einer Gemeinde ausgeübter Besitz auch seiner Zeit von den Vorstehern, oder von der Gesammtheit, oder von der Majorität der Gemeinde ergriffen worden?

Bejahet von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 13. Juli 1850 in Bezug auf ein streitiges Hutungsrecht. Denn muthmaßlich übe der Gemeindehirt diejenigen Hutungsrechte aus, welche der Gemeinde zustehen, und es bedürfe nicht bei jeder einzelnen Anstellung eines Gemeindehirten einer jedesmaligen ausführlichen Anweisung der Hutungsdistrikte; vielmehr liege in seiner Anstellung die Verpflichtung, die Gemeinderechte und Vortheile in dem bisherigen Maße auszuüben und zu wahren; seine Besitzhandlungen berechtigten und verpflichteten die Gemeinde, und seien als von derselben stillschweigend genehmigt anzusehen. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 641.)

Dr. Sommer vertheidigt dieselbe Ansicht. (a. a. O. S. 642.)

§. 44. 1) Die Materialien ergeben zur Erläuterung des §. 44. Folgendes:

In dem gedr. Entw. fehlte dieser Paragraph noch. Dagegen wurde monirt:

1) Daß die Fassung unvollständig sei, welche dahin vorgeschlagen wurde:

»Zur Besitzergreifung gehört der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, und zugleich eine Handlung, die mit diesen Worten übereinstimmt.«

»Wer einen Willen haben kann, der kann auch einen Besitz ergreifen, wenn er auch sonst zu Verträgen unfähig war.«

Dazu bemerkte Goßler:

»Die vorgeschlagene Fassung hat wenig Verdienst. Zur Besitzergreifung gehört nicht der Vorsatz, Besitzer werden zu wollen, sondern der Vorsatz, die Sache eigen zu haben. Auch kann Niemand den Besitz ergreifen, der nicht die Fähigkeit hat, sich etwas zu erwerben.«

2) Ein anderer Monent bemerkte:

»Kinder unter 14 Jahren haben eigentlich noch keinen Willen im rechtlichen Verstande, sie können aber nach bisherigen Grundsätzen den Besitz erwerben, z. B. wenn ihnen etwas geschenkt und das Geschenkte gleich überreicht wird. Damit stimmt auch die Vorschrift Tit. I. §. 22. überein, und insoweit wird eine Ausnahme gemacht werden müssen.«

Dazu äußerte Goßler:

»Der Monent vermischt die Detention mit dem Besitz und die Fähigkeit zum Besitz mit der Fähigkeit zum Erwerb. Kinder sind der Detention und des Erwerbes fähig, aber nicht des Besitzes im rechtlichen Sinne.«

Suarez fand sich hierdurch veranlaßt, bei der Umarbeitung des Entw. den §. 44. h. t. einzuschalten, und motivirte denselben durch folgende Bemerkung:

»Der §. 44. ist eine bloße Frage zu §. 43. Ich habe inzwischen solchen hingesetzt, weil einige Monenten fragen: wie weit ein Kind, ein furiosus et mente captus, Besitz erlangen könne oder nicht.

(Simon's Mat. S. 230, 233; vergl. Koch a. a. O. S. 166 ff.)

2) Ist im §. 44. die bloß physische oder die juristische Unfähigkeit zur Willenserklärung gemeint?

Ersteres nehmen an:

a) Koch, auf Grund der (ad 1. mitgetheilten) Materialien, und weil das Röm. Recht, welches in der Lehre vom Besitz nur die physische Fähigkeit, einen Willen haben, begreifen und erklären zu können, weil der Besitz selbst ein bloß faktisches Verhältniß sei (L. 1. §. 3. D. de poss.), verlange, im §. 9. J. de inut. stip. dieselbe Verordnung wie das A. L. R. im §. 21. I. 4. enthalte, wenn von

---

[1]) Das Präj. des Ob. Trib. v. 5. Okt. 1846 hatte dagegen folgenden Rechtsgrundsatz angenommen: »Nach gemeinem und beziehungsweise Sächsischem Rechte kann eine Dorfgemeinde den Verjährungsbesitz eines Hütungsrechtes durch ihren Hirten nur dann erwerben, wenn die Ausübung des Hütungsrechtes zur Kenntniß der Gemeinde gekommen, und von ihr ausdrücklich genehmigt ist. Erst von dem Zeitpunkte der erfolgten Genehmigung an kann die Gemeinde zu verjähren anfangen. Die Grundsätze des Röm. Rechtes über die praescriptio longissimi temporis sind in dieser Bedingung des Erwerbes durch Verjährungsbesitz nicht abweichend.« (Entsch. Bd. 14. S. 199.)

Rechtsgeschäften die Rede sei; übrigens aber sei es unbedenklich, den §. 44. aus dem Röm. Rechte zu erklären, weil im A. L. R. derselbe Begriff des Besitzes vorausgesetzt werde. Jedenfalls folge die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht aber auch aus §. 21. A. L. R. I. 4., weil mit Erwerbung des Besitzes nur Vortheile verknüpft sein könnten; denn Nachtheile und Verpflichtungen existirten nicht, welche nicht schon mit der, auch bei unfähigen Personen nicht wegzudenkenden Gewahrsam verbunden wären, und erst wirklichen Besitz voraussetzten. (Koch a. a. O. S. 164 ff.)

b) Thöne, aus den Worten des Gesetzes, welches sage: »soweit Jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist,« und nicht: »soweit Jemand zu Willenserklärungen unfähig ist,« sowie aus der Natur der Sache, und weil das Gesetz, wo es das Besitzverhältniß dem korrespondirenden Rechtsverhältnisse adäquat behandelt wissen wolle, dies überall ausdrücklich hervorhebe. (Handb. Bd. 1. Abtheil. 2. S. 371.)

Dagegen nehmen Letzteres an:

a) Bornemann, weil das Gesetz überhaupt keine andere, als die juristische Unfähigkeit zu Willenserklärungen kenne.

(System Bd. 1. S. 492 Anm.**)

In der 2. Ausg. Bd. 1. S. 244 ff. bemerkt derselbe, daß es, nach Inhalt der Materialien (vergl. ob. Zus. 1.) allerdings nicht ohne Zweifel sei, ob auch Unmündige und Blödsinnige unfähig sind, Besitz zu erwerben. Indeß müsse der §. 21. A. L. R. I. 4. auch hier zur Anwendung kommen, da derselbe nicht bloß von Rechtsgeschäften, sondern von Willensäußerungen überhaupt handle, und zu diesen auch die Aeußerung des Willens, eine Sache für sich zu haben, gehöre. Indeß könnten Unmündige und Blödsinnige in der Regel nur ex lucrativa causa Besitz erwerben. Die Fähigkeit zur Erwerbung des Besitzes aber müsse ihnen auch zugestanden werden, wenn es nur noch auf die Apprehension ankomme, wenn also ein auf Uebernahme des Besitzes gerichtetes Geschäft bereits vorliege, und dadurch der animus sibi habendi für sie begründet sei.

b) Temme, welcher im Wesentlichen von gleicher Ansicht ausgeht, wie Bornemann, und die Ansicht Koch's als unrichtig darstellt. (Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 229.)

c) Dr. Kuhne, welcher (besonders aus den Materialien) zu zeigen sucht, daß das A. L. R. zum Besitzerwerb keine andere Willensfähigkeit, als die juristische erfordere. (J. W. 1844 S. 181 ff., 197 ff.)

§. 45. 1) Koch führt aus, daß der §. 45. voraussetze, daß eine wissentliche Beziehung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter stattgefunden habe, also daß Beide die Vertretung wollen. Wolle also der Vertreter den Besitz für sich erwerben, oder ergreife er zwar den Besitz für den Vertretenen, dieser aber habe dazu keinen Auftrag gegeben und genehmige es auch nicht nachher, so sei für den Vertretenen kein Besitz erworben. (Landr. Bd. 1. zum §. 45. h. t.)

Vergl. hierüber auch die Gründe des Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1848 (Entsch. Bd. 17. S. 23) in den Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 62. u. 63.

2) Ist zwar Auftrag zur Besitzhandlung gegeben, diese aber nicht als solche ausgeführt, z. B. wenn Jemand seinen Leuten aufträgt, über ein Grundstück eines Andern zu fahren, diese aber solches nicht ohne Weiteres, sondern erst auf angebrachte Bitte und erhaltene Erlaubniß ausführen, so hat der Auftraggeber keinen Besitz erworben, und dieser Einwand muß, bei Nichtigkeit des Urtheils, von dem Richter beachtet werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Mai 1852.

(J. M. Bl. 1854 S. 107 sub Nr. 29.)

3) Bei dem Erwerbe des Besitzes durch die Handlung eines Stellvertreters kommt diese Handlung in ihrer Totalität, sowohl für, als gegen den Prinzipal, in Betracht.

So erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1851; denn nach §. 45. sei anzunehmen, daß, wenn Jemand im ausdrücklichen Auftrage eines Andern oder auch ohne solchen handelt, der Prinzipal aber seine Handlungen ratihabirt, dieser in den Besitz des für ihn erworbenen Rechtes trete. Weil indeß gerade die Handlung des Stellvertretenden das den Besitzerwerb vermittelnde Hauptmoment abgebe, so müsse diese Handlung in ihrer Totalität, sowohl für, als gegen den Prinzipal, in Betracht kommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 353 Nr. 76.)

4) Kann der Pächter eines Grundstückes den Verjährungsbesitz zu Gunsten des Verpächters ergreifen?

Der II. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 22. Dec. 1847 aus, daß die Annahme, ein Pächter könne, sofern er die dem Pachtgute zustehenden Rechte ausübe, nie anders, als in der Eigenschaft eines Vertreters des Verpächters handeln, unrichtig sei. Der §. 45. verordne nur, daß, in sofern Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt werden können, auch der Besitz durch die Handlung eines Andern erworben werden könne. An der hier vorausgesetzten Bedingung fehle es aber. Wenn Jemand im ausdrücklichen Auftrage eines Andern oder auch ohne solchen handle, der Prinzipal aber seine Handlungen nachträglich genehmige, so möge der Beauftragende in den Besitz des für ihn erworbenen Rechtes treten. Ein solcher Auftrag oder nachträgliche Genehmigung müsse daher nachgewiesen werden. Es lasse sich eben so wenig behaupten, daß ein Pächter stets nur als Stellvertreter des Verpächters handle; vielmehr ergebe sich aus §. 521. A. L. R. I. 9. das Gegentheil.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 251 Nr. 124.)

Ueber die Fortsetzung und Erhaltung des Besitzes durch den Pächter vergl. indeß das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 7. März 1854 Nr. 2511. in den Erg. zu den §§. 112., 113. h. t.

5) Durch die Vermiethung eines vom Vermiether noch nicht besessenen Rechtes und dessen Ausübung durch den Miether wird der Besitz für den Vermiether ergriffen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1849. (Präj. Nr. 2125.)

Der Miether leitet seinen unvollständigen Besitz nur aus dem vollständigen Besitze des Vermiethers ab. Wenn daher der Vermiether ein Recht vermiethet, was er noch nicht besitzt, so liegt darin unzweideutig der Auftrag des Vermiethers an den Miether, den Besitz für ihn zu ergreifen. Der Miether nämlich, obgleich er miethet, um über das Miethstück für sich selbst zu verfügen, ergreift daran doch nur den unvollständigen Besitz als an einer fremden Sache, und zwar den seines Vermiethers, welcher durch den Miethvertrag auch darüber verfügt hat. Mit Rücksicht auf §§. 80., 81. I. b. 7. I. 7. A. L. R. kann hiernach die Richtigkeit des Satzes, daß der Vermiether dadurch, daß der Miether das ihm vermiethete Recht in Folge dieser Vermiethung ausübt, den Besitz dieses Rechtes erlangt, nicht bezweifelt werden.

(Präj. Sammnl. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 18. S. 157.)

§§. 48. u. **49.** Der Erbe hat nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung seines Rechtes zum Besitze zwar nach dem Anfall, aber vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1849 [1]). (Präj. Nr. 2161.)

Die Possessorienklage ist im Preuß. Rechte demjenigen gegeben, der sich unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen Besitze befunden hat (§§. 146., 150., 154. h. t., A. G. O. I. 31. §§. 1., 3.). Diese Voraussetzung ist nicht vorhanden, wenn die als Störung gerügte Handlung zu einer Zeit geschehen ist, wo der bisherige Besitzer verstorben war, und sein Erbe den Besitz der einzelnen Sache, oder der Erbschaft als ein Ganzes noch nicht ergriffen hat. Der Besitz und das Recht des richterlichen Schutzes gegen Störungen, welches er begründet, werden durch Vererbung nicht übertragen. Der bloße Anfall einer Erbschaft bewirkt noch nicht den Erwerb des Besitzes, den der Erblasser bei seinem Tode gehabt hat. Es ist dazu eine besondere Besitzergreifung erforderlich. Das A. L. R. ist in dieser Lehre nicht dem Röm. Rechte (L. 1. §. 15. D. 47. 4. u. L. 23. D. 41. 2.), sondern der altdeutschen Rechtsregel: »der Todte erbet den Lebendigen« in dem von den Rechtslehrern gegen Ende des vorigen Jahrhunderts (namentlich von Chr. L. Runde) damit verbundenen

[1]) Bereits das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Sept. 1842 Nr. 1190. (Präj. Samml. S. 252) hatte folgenden Rechtssatz aufgestellt:

»Die Besitzstörungsklage setzt voraus, daß der Erbe, wenngleich derselbe ohne besondere Besitzergreifung in alle Rechte des Erblassers tritt, sich selbst für seine Person faktisch in dem Besitze, in welchem er gestört sein will, befunden hat.«

Als späterhin der III. Sen. annahm, daß dem Erben die Klage auf Besitzschutz schon in Folge des bloßen Erbanfalles ohne hinzugetretene Besitzergreifung der Erbschaft zustehe, gelangte die Frage zur Entscheidung des Plenums, und der Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1849 gab der älteren Meinung den Vorzug.

Sinne gefolgt, daß zwar der Erwerb der Erbschaft mit dem Rechte der Transmission durch den bloßen Anfall ohne Nothwendigkeit einer Antretung bewirkt werde, daß aber der Uebergang des Besitzes an den Erben davon getrennt zu halten und zu dessen Erwerb eine besondere Besitzergreifung erforderlich sei. Dies folgt aus dem §. 48. h. t., von welchem eine Ausnahme zu Gunsten des Erben nicht gemacht worden; auch ist (wie aus den Materialien nachgewiesen wird) dem §. 49. h. t. nicht der Sinn beizulegen, daß es für den Erben einer Besitzergreifung der Erbschaft überhaupt nicht bedürfe. Das A. L. R. gedenkt auch an verschiedenen Stellen der Besitznahme der Erbschaft als eines von deren Anfall und Antritt verschiedenen Aktes, mit welchem besondere richterliche Wirkungen verknüpft sind, z. B. in §§. 245., 249., 243. I. 12., §. 160. I. 17. Der §. 350. A. L. R. I. 9. spricht nicht für die entgegengesetzte Ansicht, da der Besitz weder eine Sache, noch ein Recht einer Person, sondern das im §. 1. h. t. bezeichnete faktische Verhältniß ist. Durch den Tod der Person tritt von selbst eine Aufhebung des Besitzes ein und der Erbe muß einen neuen Besitz anfangen. Auch die Rechte aus dem Besitze gehören nicht zur Erbschaft, sie sind Wirkungen eines bestehenden Besitzes, von demselben nicht ablösbar, und nicht vererblich, weil es der Besitz nicht ist. Auch der §. 360. a. a. O. läßt nicht folgern, daß der Besitz durch den Erben fortgesetzt werde. Der Erbe überkommt nämlich durch den Erbanfall zwar das Eigenthum, und dadurch auch das darin liegende Recht zum Besitze, damit aber noch nicht den Besitz selbst und dessen Rechte. Wenn sich daher ein Nichterbe vor der Besitzergreifung des Erben Sachen aus einer liegenden Erbschaft angeeignet hat, so kann der Erbe gegen ihn sein durch die Erbschaftsantretung erworbenes Eigenthum petitorisch verfolgen, aber nicht wegen Verletzung seines Besitzes die possessorische Klage auf Herausgabe der Sachen anstellen.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 18. S. 1, J. M. Bl. 1850 S. 22.)

Gegen diese Ansicht des Ob. Trib. vergl. die Ausführung von v. Daniels in dessen Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 218 Anm. 1.

Vergl. die Erg. zu den §§. 148. u. 149. h. t.

§§. 50—57. Erwerbung des Besitzes von Sachen.

§. 52. Die Bestimmung des §. 52. muß der thatsächlichen Wirklichkeit weichen. Wenn daher der Eigenthümer des Grundes und Bodens wegen Störung des Besitzes an den darauf befindlichen Bäumen (§§. 199., 243. A. L. R. I. 21.) in poss. sum. belangt wird, und der Kläger nachweist, daß er sich vor der Störung im Besitze der Bäume befunden habe, so kann der Grundbesitzer sich auf den §. 52. nicht berufen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1852.
(J. M. Bl. 1854 S. 104 sub Nr. 15. ad c.)

§. 54. Unter dem im §. 54. erwähnten wirklichen Besitze eines Dritten ist der vollständige, nicht aber auch der unvollständige Besitz zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Mai 1852. (Präj. Nr. 2383.)

Der Ausdruck: »wirklicher Besitz, wirklicher Besitzer« findet sich außer in dem §. 54. noch zweimal im Gesetzbuche, nämlich im §. 646. A. L. R. I. 9. und im §. 43. h. t. Was insbesondere die letztgedachte Gesetzstelle betrifft, so ist der wirkliche Besitzer einer Sache demjenigen, in dessen Gewahrsam sich dieselbe befindet, also dem bloßen Inhaber gegenübergestellt, und es scheint also unter der Bezeichnung eines wirklichen Besitzers nicht nur der vollständige, sondern auch der unvollständige Besitzer, wie das Gesetz den Begriff desselben ausgeprägt hat (§§. 6., 7. h. t.), verstanden werden zu müssen. Dennoch kann im §. 54. der Ausdruck: »wirklicher Besitz« nicht in diesem weiteren, muß vielmehr in dem engeren Sinne von vollständigem Besitze genommen werden. Dies ergiebt der Zusammenhang des §. 54. mit den §§. 105., 107., 108., 60. h. t. So wie nach diesen Stellen eine vorübergehende Trennung des Pertinenzstückes von der Hauptsache das Band der Zubehörigkeit nicht auflöst und den Uebergang des Rechtes auf die Pertinenzstücke, auf den neuen Besitzer (der Hauptsache) nicht hindert, dazu vielmehr erforderlich sein würde, daß das angebliche Pertinenzstück einem anderen, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehöre, zuständig sei, so muß auch bei der Frage, ob der Besitz eines Pertinenzstückes mit der Hauptsache auf den neuen Besitzer der Letzteren übergegangen sei, nicht auf eine vorübergehende Trennung Gewicht gelegt werden. Wenn also bei der Frage nach dem Uebergange des Eigenthums eines Pertinenzstückes entscheidend ist, ob der Auktor Eigenthümer des Pertinenzstückes ist, so entscheidet bei der Frage nach dem Uebergange des Besitzes eines Pertinenzstückes, ob der Tradent der Hauptsache vollständiger Besitzer des Pertinenzstückes ist, und wenn dies der Fall, kann es den Uebergang des Besitzes nicht hindern, wenn auch ein Dritter auf eine Zeit lang unvollständiger Besitzer des Pertinenzstückes und dadurch eine vorübergehende faktische Trennung von der Hauptsache bewirkt sein sollte. In einem solchen Fall muß die Sache also so angesehen werden, als enthalte die Tradition der Hauptsache zugleich stillschweigend eine Uebergabe des Pertinenzstückes durch Anweisung, und einer ausdrücklichen Anweisung bedarf es demnach nur da, wo die zu tradirende, im unvollständigen Besitz eines Dritten befindliche Sache Hauptsache und nicht Pertinenzstück ist. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 23. S. 69.)

Denselben Grundsatz spricht das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Okt. 1851 aus. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 298 Nr. 62.)

Koch bemerkt, daß unter dem wirklichen Besitze hier nicht ein fehlerfrei erworbener Besitz verstanden werden könne; vielmehr sei darunter jede Gewahrsam verbunden mit der Absicht, die Sache für sich, zum eigenen Vortheile, zu haben, zu verstehen. Nur der bloße Gewahrsam sei kein Hinderniß in der Besitzergreifung der einzelnen Stücke durch das Ganze. (Landr. Bd. 1. zum §. 54. h. t.)

§. 55. Von welcher Art muß die Bezeichnung der Sache sein, damit daraus nach Maßgabe des §. 55. die Absicht des Bezeichnenden, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhelle?

Villaume bemerkt, daß sich spezielle Vorschriften hierüber nicht geben ließen, und daß daher das A. L. R. die Frage mit Stillschweigen übergangen habe; es sei in jedem einzelnen Falle nach den Umständen zu beurtheilen, ob die gewählte Art der Bezeichnung zur Besitzergreifung genüge. Daß aber die gewählten Zeichen nicht ganz willkührlich und ungewöhnlich sein dürften, folge aus §. 20. u. §. 18. h. t. (J. W. 1846 S. 108.)

§§. 58—73. Erwerbung des Besitzes durch Uebergabe.

Lenz, über den Begriff und die Art der Uebergabe nach Röm. und Preuß. Rechte. (In dessen Studien und Kritiken im Gebiet des Preuß., Röm. und Deutschen Rechts, Abhandl. III. S. 165 ff.)

Cappell, Beitrag zu der Lehre von der Tradition. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 491 ff.)

§§. 58 u. 59. 1) Der §. 59. spricht bloß von dem ersten der beiden nach §. 58. zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe gesetzlich erforderlichen Requisite, nämlich von der Entschlagung des Besitzes von Seiten des früheren Besitzers, und es reicht daher, außer den beiden in §§. 69. u. 71. bemerkten Fällen, zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe die im §. 59. bemerkte Willenserklärung des bisherigen Besitzers nicht hin, sondern es muß auch noch der Akt der Besitzergreifung von Seiten des neuen Besitzers hinzukommen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1835. (Präj. Nr. 528.) (Präj. Samml. S. 22.)

2) Außer dem Falle, daß der neue Erwerber einer Sache dieselbe bereits aus einem früheren Rechtsgrunde in seinem Besitze hat (brevi manu facta traditio), und dem, wo der bisherige Besitzer der Sache dieselbe für einen Andern besitzen zu wollen erklärt (constitutum possessorium), genügt die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers nicht, um den Besitz auf einen Andern zu übertragen, vielmehr muß von Seiten des Letzteren auch noch eine Handlung, die Besitzergreifung, hinzukommen, um ihn in den Stand zu setzen, über die Sache zu verfügen. Nur durch eine derartige Besitzergreifung wird bei einer Uebergabe durch bloße Willensäußerung das Eigenthum einer Sache erworben und die Klage auf Herausgabe der Sache gegen einen dritten Besitzer begründet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. April 1843.

Dem §. 58. zufolge kann eine Besitzübertragung ohne Besitzergreifung nicht gedacht werden, vielmehr wird nach §. 109. der Anfang des Besitzes von der ersten Handlung, wodurch derselbe ergriffen worden, gerechnet. Der §. 59. kann mithin nicht so verstanden werden, daß er die Besitzergreifung für unnöthig erkläre, sondern er enthält nur eine Modifikation in Betreff der Form der Besitzergreifung, indem es danach einer besonderen Handlung Seitens des Erwerbers der Sache nicht bedürfen soll, wenn sich derselbe schon durch die Willenserklärung des bisherigen Besitzers in den Fall gesetzt sieht, über die Sache zu verfügen. Diese Möglichkeit tritt aber nur ein bei der br. m. traditio und bei dem const. possess. In allen anderen Fällen muß die Besitzergreifung Seitens des Erwerbes hinzukommen, und der §. 59. ist daher nur dahin zu verstehen, daß derselbe nur von dem Ersten der beiden, nach §. 58. erforderlichen Requisite, nämlich von der Entschlagung des Besitzes Seitens des früheren Besitzers, spricht, und daß also, außer den beiden in §§. 69. u. 71. bemerkten Fällen, zur Erlangung des Besitzes durch Uebergabe die bloße

Willenserklärung des bisherigen Besitzers nicht hinreiche, sondern auch noch der Akt der Besitzergreifung von Seiten des neuen Besitzers hinzukommen müsse. (Entsch. Bd. 9. S. 179.)

Derselben Ansicht sind Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 624, Landr. zu §§. 58. u. 59. h. t.), Bornemann (Syst. Bd. 1. S. 506, 2. Ausg. Bd. 1. S. 251), Lenz (Studien S. 183), Temme (Lehrb. Bd. 1. S. 224) und Cappell (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 491 ff.).

Vergl. auch die Verf. des O. L. G. zu Naumburg v. 3. April 1842 und den Auff. von Liebmann in der J. W. 1842 S. 423 ff.

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat diese Ansicht auch in den Erk. v. 6. Okt. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 76 Nr. 17.) und v. 7. März 1856 (a. a. O. Bd. 20. S. 253 Nr. 52.) aufrecht erhalten und demgemäß insbesondere auch angenommen, daß die in einem Kauf- oder Tauschvertrage enthaltene Erklärung, daß die Uebergabe stattgefunden habe, für sich allein noch nicht genüge, um die Besitzübertragung für vollzogen zu erachten, weil das Gesetz nur gewissen, besonders geeigneten Erklärungen in zwei bestimmt hervorgehobenen Fällen, — der s. g. traditio br. m. und dem const. poss. (§§. 70., 71. h. t.) die Wirkung der Besitzentäußerung und Besitzergreifung beilege.

3) Zum Nachweise der Uebertragung des Besitzes der von dem Ehemanne an die Ehefrau verkauften Sachen genügt das in der Urkunde enthaltene bloße Bekenntniß, daß die Uebergabe bereits erfolgt sei und die Käuferin sich in dem Besitze der erkauften Sachen befinde, nicht.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 4. u. 11. März 1853.

In dem Verhältnisse der Eheleute läßt sich nicht, wie §. 58. erfordert, annehmen, daß in einem solchen Bekenntnisse ein Anerkenntniß der Thatsache enthalten sei, daß sich der eine Theil des Besitzes der Sache zum Vortheil des andern entschlagen und daß dieser den erledigten Besitz ergriffen habe; sondern in diesem Falle setzt eine Besitzübertragung von Seiten des Ehemanns an die Ehefrau besondere Einrichtungen voraus, vermöge deren Besitz und Gewahrsam (§. 1. h. t.) von dem Ehemanne auf die Ehefrau übergegangen.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 39 Nr. 10.)

4) Zum Beweise der erfolgten Uebergabe verkaufter, jedoch im Hause des Verkäufers verbliebener Gegenstände ist das im Vertrage abgegebene Anerkenntniß der Kontrahenten, daß die Uebergabe geschehen sei, nicht genügend.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852, weil ein solches Anerkenntniß nicht die Erklärung des Verkäufers, »daß er die Gegenstände fortan für den Käufer in seiner Gewahrsam halten wolle« (§. 71. h. t.), noch auch die Angabe irgend eines anderen bestimmten Aktes, wodurch der Besitz durch den Käufer physisch oder symbolisch ergriffen worden wäre, enthält.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 261 Nr. 62.)

5) Zum Beweise der erfolgten Uebergabe der verpfändeten Sache ist das in dem Vertrage abgegebene Anerkenntniß der Kontrahenten, daß die körperliche Uebergabe geschehen sei, dann nicht genügend, wenn die festgestellten faktischen Umstände mit jener Erklärung nicht zu vereinigen sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. März 1854.

Nach §. 58. in Verbindung mit §§. 1—3. h. t. ist es ein wesentliches Erforderniß der körperlichen Uebergabe, daß derjenige, auf welchen dadurch der Besitz übertragen werden soll, dadurch auch wirklich das physische Vermögen erlangt, über die Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, welche Bedeutung der bloßen Erklärung der Kontrahenten nicht beigemessen werden kann. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 281 Nr. 63.)

6) Ist das in einem Vertrage enthaltene Bekenntniß der geschehenen, wirklich aber nicht geschehenen Uebergabe der Sache für ein Versprechen der sofortigen Uebergabe anzusehen?

Verneint von dem Verfasser der Nichtigkeitsbeschwerde in dem dem Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Nov. 1851 zum Grunde liegenden Rechtsfalle; denn wenn beide Theile in dem Vertrage bereits anerkannt hätten, daß die Uebergabe geschehen sei, und beziehungsweise als geschehen gelten solle, so sei in diesem beiderseits stipulirten majus immer noch das minus, daß die Uebergabe sofort erfolgen solle, enthalten.

Die hierauf ergangene Entscheidung des Ob. Trib. beantwortet die Frage nicht direkt, sondern hat die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, weil angenommen worden ist, daß dem Imploranten die exceptio non impleti contractus (ex §. 271. A. L. R. I. 5.) entgegenstehe, da er die von ihm in dem Vertrage stipulirte Cession eines Aktivums nicht gehörig geleistet hatte. Die Entscheidungsgründe bemerken mit Rücksicht hierauf nur, daß die Nichtigkeitsbeschwerde sich schon dadurch erledige, daß die Uebergabe wirklich nicht stattgefunden habe, sondern nur fingirt worden, und keineswegs in dem Vertrage bestimmt sei, daß die wirkliche Uebergabe vor der (in Rede stehenden) Cession erfolgen sollte. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 176 Nr. 37.)

7) In Betreff der Frage: welche Wirkung das Bekenntniß der Uebergabe in Kaufverträgen eines Exequendus mit dem Intervenienten bezüglich des Interventen hat? vergl. die Abhandl. von Jesse in Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 84 ff.

Die Ausführung geht dahin, daß, abgesehen von den Fällen einer traditio br. m. oder des const. poss., die in dem Vertrage enthaltene Erklärung der Kontrahenten, daß die Uebergabe erfolgt sei (z. B. in der Weise: »es wird beiderseits anerkannt, daß die Uebergabe vollzogen sei«, oder: »die Uebergabe geschieht hiermit«), dem Käufer kein Eigenthum gebe und dem Interventen nicht entgegenstehe. Die wesentlichen Gründe sind:

a) daß die bloße Willenserklärung keine Uebergabe sei (Entsch. Bd. 9. S. 179); b) daß das s. g. Anerkenntniß, die Uebergabe sei erfolgt, kein Anerkenntniß, sondern ein Geständniß, mithin nicht das Einräumen eines Rechtsverhältnisses, sondern bloßer Thatsachen sei, und als solches nur inter partes, nicht aber dem Interventen (als Dritten) gegenüber, eine Wirkung habe, also gegen diesen die Uebergabe nicht beweisen könne. Sei daher in dem Interventionsprozesse kein weiterer Beweis für die bestrittene Uebergabe beigebracht, als der Kaufvertrag, so müsse die Abweisung des Intervenienten erfolgen.

§§. 59. 66 — 68. Muß in den Fällen dieser Paragraphen die Erklärung bei Objekten über 50 Thlr. schriftlich und in den geeigneten Fällen notariell oder gerichtlich abgegeben werden?

1) Simon und v. Strampff bemerken hierüber:

Suarez verlangte mit den Monenten bei Objekten über 50 Thlr. eine schriftliche Erklärung, seine Ansicht aber ward nicht genehmigt. Hiernach würde die aufgestellte Frage verneinend zu beantworten sein. Damit stehen aber die Worte: »auf eine rechtsbeständige Weise« im §. 70. und: »rechtsgültig« im §. 71. im Widerspruch. Sie fehlen im gedr. Entw. Mithin ist nach unserer Ansicht, wenigstens beim constitutum possessorium und bei der traditio brevi manu, bei Objekten über 50 Thlr. eine schriftliche Erklärung und in den geeigneten Fällen die notarielle oder gerichtliche Form erforderlich. Wahrscheinlich fügte Suarez, als er im Fall des §. 59. bei Objekten über 50 Thlr. die schriftliche Form erfordern, und demgemäß dem §. 33. des gedr. Entw. den §. 55. des Konzepts der Umarbeitung substituiren wollte, dem §. 47. des gedr. Entw. die Worte: »auf eine rechtsbeständige Weise« und dem §. 48. des gedr. Entw. das Wort: »rechtsgültig« hinzu, und unterließ aus Versehen, die Worte zu streichen, als sein Vorschlag auf Aenderung des §. 33. des gedr. Entw. verworfen worden war. (Simon's Mat. 610.)

2) Koch bemerkt:

Die Uebergabe hat die rechtliche Natur eines Vertrages, denn sie enthält eine auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes gerichtete Willenserklärung einander gegenüberstehender Personen zur Begründung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses derselben. Deshalb verlangte Suarez auch die Beobachtung der allgemeinen Form der Verträge; sein Vorschlag fiel indeß, und die Worte: »auf eine rechtsbeständige Weise« und »rechtsgültig« in den §§. 70. u. 71. blieben aus Versehen stehen [1]). Der schriftlichen Form bedarf es nicht, weil die Uebergabe an sich selbst die rechtsgültige Form — ein Realvertrag — und gewöhnlich die Erfüllung einer vorgängigen Verbindlichkeit ist, insofern also mit der Zahlung auf gleicher Linie steht. (Landr. Bd. 1. zum §. 58. h. t.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 70. u. 71. h. t.

§§. 61 — 65. Symbolische Uebergabe.

1) Eine symbolische Uebergabe durch bloße Zeichen, z. B. durch Uebergabe des Konnoissements über verkaufte Waaren unter Anwesenden, kann mit den rechtlichen Wirkungen der körperlichen Uebergabe auch dann geschehen, wenn der zu übergebende Gegenstand an einem dritten Orte oder noch auf dem Transporte sich befindet.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1839. (Präj. Nr. 698.) (Präj. Samml. S. 23.)

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

Auch in dem Erk. v. 23. Okt. 1843 nimmt das Ob. Trib. an, daß das Eigenthum von auf dem Transporte befindlichen Waaren durch Uebergabe der Konnoissements und darauf gesetztes Giro rechtsgültig an einen Dritten übertragen werden kann.

In einem solchen girirten Ladescheine ist eine nach §§. 63. u. 64. hinreichende Art der symbolischen Uebergabe vorhanden, weil jene Ausantwortung den Empfänger in den Stand setzt, bei Ankunft des Schiffers sich den körperlichen Besitz der Waaren zu verschaffen. (A. L. R. II. 8. §§. 1716. u. 1717.) Eine gleichzeitige Ausantwortung der Faktur, wie der §. 367. A. L. R. I. 20. bei Verpfändung der auf dem Transport befindlichen Waaren vorschreibt, ist bei der vollständigen Eigenthums-Uebertragung nicht nothwendig, da schon die allgemeinen Bestimmungen des A. L. R. I. 7. wegen symbolischer Uebergabe ausreichend sind. (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 3. S. 87.)

Denselben Grundsatz spricht der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. Jan. 1856 aus:

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 310 Nr. 77.)

Dieser Rechtssatz ist indeß bestritten.

a) Schmidt führt aus, daß die Motive des Ob. Trib. nicht zutreffend seien, sondern daß das Wahre nach dem A. L. R. darin bestehe, daß der Eigenthümer der versendeten Waare dieselbe verkaufe, jeder nachfolgende Inhaber des Konnoissements dagegen nur das Forderungsrecht wider den Verfrachter cedire, und in dieses alle späteren Inhaber des Ladescheines eintreten, bloß daß sie zugleich den Gewährsanspruch wegen Verität, jeder Hintermann gegen seinen Vormann und gegen den ersten Verkäufer der Waare als seines Eigenthums, haben. (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 3. S. 93.)

b) Dr. Kuhne hält auch dieses von Schmidt vorgeschlagene Auskunftsmittel nicht für erschöpfend, und sucht zu zeigen, daß solches durch die landrechtl. Bestimmungen nicht gerechtfertigt werde. Denn wenn der spätere Inhaber des Konnoissements nur ein Forderungsrecht an den Verfrachter auf Ablieferung der Waaren erworben haben solle, so frage es sich dann immer noch, welche Rechte er gegenüber dem wahren Eigenthümer der Waaren, und auf diese selbst erlangt habe, so wie auf welche Art er sie bei entstehendem Streite geltend machen, ev. sich gegen Vindikationsansprüche schützen solle? Er gelangt zu dem Resultate, daß das A. L. R. der Ansicht des gemeinen Handelsrechtes beigetreten sei, nach welcher das Konnoissement Symbol der Waare vorstelle, und daß Handlungen, die mit diesem vorgenommen werden, so zu betrachten, als erfolgten sie mit der Waare selbst. Auch sei der Verfrachter als negotiorum gestor des Adressaten zu betrachten, der für diesen nach §. 2. h. t. die physische Gewahrsam ergreife, wodurch mithin, wenn Seitens des Adressaten der animus possidendi vorhanden, der vollständige Besitz für resp. durch ihn erworben werde. Was für Rechte er dann auf die Waaren erhalten habe, komme, wie überhaupt, darauf an, welche er nach dem Inhalte des mit dem Absender geschlossenen Vertrages habe bekommen sollen. Liege vollständiger Eigenthumserwerb vor, so sei dieser auch eingetreten, nnd es könne derselbe durch Giro des Konnoissements weiter übertragen werden. (J. W. 1846 S. 165.)

2) Die zur Eigenthums-Uebertragung erforderliche symbolische Uebergabe von auf dem Transporte befindlichen Waaren setzt bei deren Verkauf Seitens des Bestellers zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit nothwendig die Aushändigung des über die Waare lautenden Konnoissements voraus.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. März 1839.

Dies folgt aus den Bestimmungen der §§. 63. u. 64. und daraus, daß der Inhaber des Konnoissements (A. L. R. II. 8. §§. 1668—1669.) berechtiget ist, die darin bezeichneten Sachen von dem Schiffer oder Fuhrmann in Empfang zu nehmen, und letzterer durch das Konnoissement (nach §§. 1671. ff. a. a. O.), die Pflicht überkommt, die Sachen gegen Aushändigung des Konnoissements abzuliefern. (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 1. S. 124.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 128—134.

3) Der Besitz von stehenden Bäumen kann durch symbolische Uebergabe, namentlich vermittelst Anschlages mit dem Forsthammer, selbstständig und mit Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten erlangt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1845. (Präj. Nr. 1570.)

Die Redaktoren des A. L. R. sind der damals herrschenden Theorie gefolgt, daß die Uebergabe sowohl körperlich als symbolisch geschehen könne. Mit Rücksicht auf §§. 51., 55., 56. u. 61. h. t. ist es zweifellos, daß die symbolische Uebergabe auch auf Bäume Anwendung leidet. Denn das A. L. R. hat diese Art der Tradition als eine allgemein zulässige, und speziell bei der symbolischen Verpfändung von Holzwaaren (§§. 356. ff. I. 20.) anerkannt. Hiernach würde jede geeignete Bezeichnung durch Anschlag mit dem Hammer, Beifügung einer Marke, Anschalung 2c. geeignet sein, den Besitz zu übertragen, wenn sie anders geeignet ist, dem Akquirenten die jederzeitige und ausschließliche Verfügung zu gewähren. Für diese Ansicht spricht auch der Inhalt der Materialien (Simon's Z. Bd. 3.). Das A. L. R gestattet aber auch namentlich an stehenden Bäumen die Erwerbung und Uebertragung eines besonderen selbstständigen Besitzes. Schon der §. 31. A. L. R. I. 2. ergiebt, daß Bäume wie andere natürliche Zuwüchse des Bodens anzusehen und, wie die Aussaat, zu den Pertinenzstücken zu rechnen sind (§. 50. a. a. O.), so daß die §§. 60. u. 108. a. a. O. auch auf sie anzuwenden. Dies geht aber auch (wie näher gezeigt wird) aus den Vorschriften des A. L. R. I. 7. §§. 189. ff., I. 11. §§. 582. ff., I. 22. §§. 199. u. 200. und aus §. 491. A. G. O. I. 50. hervor. Wenn somit durch symbolische Uebergabe veräußerter stehender Bäume deren Eigenthum selbst auf den Besitzergreifenden vollgültig übergehen kann, so kann es sich nur noch fragen, ob nicht sein Recht demjenigen nachstehen müsse, welcher mit dem Grund und Boden den Besitz der Bäume körperlich ergriffen hat? Denn in Ansehung der aus dem Besitze entspringenden Rechte hat der, welcher den körperlichen Besitz ergriffen, den Vorzug (§. 74. h. t.), und es ist nach §§. 23. u. 19. A. L. R. I. 10. anzunehmen, daß der körperliche Besitz auch auf das Eigenthum selbst einen besseren Anspruch giebt. In diesen Stellen ist indeß nur von derselben Sache in ihrer bestimmten Besonderheit die Rede. Es ist aber das Eigenthum eines Gutes wesentlich etwas Anderes, als das besondere Eigenthum eines bestimmten Baumes auf demselben, oder eine Mehrheit solcher Bäume, und da Bäume eine selbstständige Sache sein können, so können auch die §§. 74. ff. h. t. nur auf den Fall angewendet werden, wenn dieselben Bäume zweimal als besondere Gegenstände verkauft werden. Durch den Anschlag mit dem Hammer 2c. verlieren die Bäume juridisch ihr Pertinenzverhältniß zu dem Boden, und gehen also mit diesem nicht mehr auf den neuen Erwerber über. Das in §. 445. A. L. R. I. 20. anerkannte Recht des Pfandgläubigers auf die noch nicht von dem Immobile fortgeschafften Pertinenzstücke ist speziell im Pfandrechte begründet, und darf nicht analog auf einen neuen Gutskäufer übertragen werden, in Bezug auf welchen der allgemeine Grundsatz des A. L. R. Einl. §. 101. nicht modifizirt ist. Daher kommt es auch auf den bösen Glauben des Besitzergreifenden gar nicht an; der §. 25. A. L. R. I. 10. findet keine Anwendung. (Präj. Samml. S. 23, Entsch. Bd. 11. S. 201.)

Auch dieser Rechtssatz ist indeß bestritten.

a) Koch tritt der Ansicht des Ob. Trib. bei, bemerkt indeß, daß dieselbe sich nicht, wie das Ob. Trib. thue, aus der Kraft der symbolischen Uebergabe, sondern aus dem Wesen der br. m. traditio rechtfertige, welche die Erklärung des bisherigen Besitzers enthalte, daß er die bezeichneten Bäume bis zur Abholung für den neuen Erwerber in Gewahrsam und Obhut behalten wolle.

(Landr. Bd. 1. zum §. 46. h. t. und Lehre vom Besitz S. 143.)

Bornemann hält die Ansicht des Ob. Trib. gleichfalls für richtig.

(System Bd 1. S. 511, 2. Ausg. Bd. 1. S. 254.)

Derselben Meinung ist das Präj. eines nicht genannten Appell. Ger. im Centralbl. 1837 S. 345.

b) Dagegen führen Thöne (Fund. Lehren Bd. 2. S. 376) und Piners (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 459) aus, daß eine Uebergabe stehender Bäume, als von der Hauptsache noch nicht getrennter Bestandtheile, überhaupt rechtlich unzulässig sei[1]).

Diese Ansicht hat auch das O. L. G. zu Münster in dem Erk. v. 15. Okt. 1843 ausgesprochen. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 533.)

c) Dr. Kuhne nimmt an, daß nach den Prinzipien des A. L. R. ungeschlagenes Holz zwar durch bloße Bezeichnung nach vorheriger Anweisung übergeben werden könne, daß aber die rei vindicatio nur in dem Falle stattfinde, wenn nicht ein Anderer den körperlichen Besitz auf redliche Weise erworben habe.

(J. W. 1844 S. 664 ff.)

---

[1]) Piners beruft sich auch auf Suarez, welcher in der rev. mon. bemerkt: »Bei der Auseinandersetzung zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer wird die Frage aufgeworfen, ob verkauftes, noch ungeschlagenes, aber mit dem Forsthammer bezeichnetes Holz dem Käufer verabfolgt werden müsse? Puto, quod non. Denn es ist von der Substanz noch nicht abgesondert.«

(Bornemann's System 1. Ausg. Bd. 1. S. 511., 2. Ausg. Bd. 1. S. 254.)

Diese Aeußerung hält indeß das Ob. Trib. (in dem Erk. v. 9. Mai 1845) nicht für entscheidend.

d) Lenz stellt die Ansicht des Ob. Trib. als unzweifelhaft unrichtig dar, indem er insbesondere davon ausgeht, daß stehende Bäume nur mit dem Boden besessen werden können, wogegen sie, wenn sie davon losgelöst worden, nicht mehr Bäume seien, sondern Holz, und daß nach §. 64. jede symbolische Tradition so beschaffen sein müsse, daß der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe. Dies sei aber bei Holz im Walde, welches bloß mit dem Forsthammer angeschlagen worden, nicht der Fall; denn um die Bäume in den Besitz nehmen zu können, müßten sie zuvor gefällt sein und eher könne man nicht über sie verfügen. (Studien S. 198.)

§§. 66—69. Uebergabe durch Anweisung.

§§. 66—68. 1) Die Besitzübertragung bei einer in dem Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sache durch Ausstellung einer Anweisung ist vollendet, sobald diese Anweisung dem neuen Besitzer eingehändigt ist. Der Vorzeigung derselben bei dem dritten Inhaber oder sonstigen Benachrichtigung desselben bedarf es nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1846 (Präj. Nr. 1713.) auf Grund der Vorschriften der §§. 59. u. 66—68. h. t. (Präj. Samml. S. 22, Entsch. Bd. 12. S. 172.)

2) Die Erklärung des Käufers und Verkäufers in dem Kaufvertrage: »daß die verkauften und als Eigenthum überwiesenen Gegenstände sofort als wahres Eigenthum an den Käufer übergehen«, enthält keine Uebergabe durch Anweisung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 119 Nr. 30.)

3) Wenn ein Grundstück unter gerichtlicher Sequestration steht, so kann der Eigenthümer dasselbe einem neuen Erwerber durch eine Anweisung an den Sequester übergeben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Mai 1854 unter Bezugnahme auf §. 66. und weil der Sequester die Gewahrsam für den Eigenthümer ausübe. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 43 Nr. 13.)

§. 69. 1) Wer gegen eine jährliche Haide-Miethe zum Raff- und Leseholz berechtigt ist, kann aus diesem Titel keine Verjährung beginnen, denn tempus longum non mutat locationis conditionem et naturam, nec sibi quisquam causam possessionis mutare potest.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1803. (Simon's R. Bd. 1. S. 31.)

2) Der §. 69. ist nicht anwendbar auf den Fall, wo der Mann die Grundstücke seiner Frau, mit welcher er in Gütergemeinschaft oder Erwerbsgemeinschaft gelebt, inne gehabt hat.

Angenommen von dem III Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Jan. 1848; denn er habe die Grundstücke nicht, wie vorausgesetzt werde, nur für einen Anderen (hier für seine Frau), sondern auch für sich inne gehabt. (Rechtsf. Bd. 3. S. 313 Nr. 154.)

§§. 70—73. Uebergabe durch bloße Willenserklärung.

Es vertritt die Stelle der Uebergabe, wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache mit dem Käufer sich dahin einigt, daß ersterer die verkauften Sachen leihweise in seinem Gewahrsam behalte.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1839 (Präj. Nr. 701.) (Präj. Samml. S. 23.)

§§. 70. u. 71. 1) Zur Rechtsgültigkeit der in den §§. 70. u. 71. gedachten Erklärungen ist bei Gegenständen über 50 Thlr. die schriftliche Form erforderlich.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. April 1833 auf Grund der Ausdrücke: »auf eine rechtsständige Weise« und »rechtsgültig«, sowie des §. 133. A. L. R. I. 5. (Entsch. Bd. 2. S. 266.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 3. März 1854 in Bezug auf die im §. 71. gedachte Erklärung an. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 201 Nr. 45.)

2) Zur Gültigkeit eines constituti possessorii beim Kaufvertrage bedarf es, wenn der Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist, einer schriftlichen Erklärung des Konstituenten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 20. Nov. 1854[1]). (Präj. Nr. 2574.)

Wenn die Worte der §§. 70. u. 71. »rechtsgültige Erklärung« und »rechtsbeständige« nur auf die allgemeinen materiellen Erfordernisse der Dispositionsfähigkeit und des freien und ernsten Willens des Erklärenden nach §§. 2—4. A. L. R. I. 4. hindeuten sollten, so würden sie eine unnöthige Wiederholung enthalten. Dagegen behält der §. 94. a. a. O. für die Form der Willenserklärungen besondere gesetzliche Vorschriften geradehin vor, und nur, wenn eine solche besondere Formvorschrift nicht gegeben ist, soll jede Willensäußerung, bei der die allgemeinen Erfordernisse der §§. 2—4. a. a. O. anzutreffen sind, gültig sein. Schon aus diesem Grunde ist anzunehmen, daß in den §§. 70. und 71. h. t. die Nothwendigkeit einer in der gehörigen Form abgelegten Willenserklärung hat ausgedrückt werden sollen, und durch diese Forderung einer auch formellen Gültigkeit wird das const. poss. von solchen Erklärungen, für die eben gar keine besondere Form nöthig ist, ausgeschieden und den allgemeinen Grundsätzen über die Form der Rechtsgeschäfte untergeordnet. Dies ist auch bei der Redaktion des A. L. R. beabsichtigt worden, wie die veröffentlichten Materialien des A. L. R. zu der Lehre vom Besitze darthun (vergl. Simon und v. Strampff, Zeitschr. Bd. 3. S. 81, 82, 142, 143, 238, 244, 246), aus denen (wie näher gezeigt wird) hervorgeht, daß die jetzige Fassung der §§. 70. u. 71. bezweckt, eine bestimmte Form der zur traditio br. m., wie zum const. poss., erforderlichen Willenserklärung für nöthig zu erklären. Der §. 58. h. t. steht dem nicht entgegen; denn dieser handelt von der Entschlagung des Besitzes durch die That, der Uebergabe der Sache an den neuen Erwerber und der faktischen Besitzergreifung durch den letzteren. Ebenso wenig darf man sich darauf berufen, daß die Erledigung des Besitzes beim const. poss. aus der Sache selbst, aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, folge, zu dessen Erfüllung sie gehöre, da dies Argument überhaupt gegen alle Formvorschriften gerichtet ist, und durch dasselbe daher eine wirklich vorgeschriebene Form nicht beseitigt werden kann. Allerdings kann das Nebengeschäft, durch welches dem Käufer der unvollständige Besitz der verkauften Sache noch belassen ist, so geartet sein, daß in jenem Vertrage auch zugleich das const. poss. mit enthalten ist, (z. B. beim Kommodat). Abgesehen von solchen Fällen aber muß die hierauf gerichtete Willenserklärung in der für dies Nebengeschäft selbst gesetzlichen Form, mithin in der allgemeinen, für Verträge überhaupt vorgeschriebenen Form, also bei Gegenständen über 50 Thlr. schriftlich, abgegeben werden. Keinesweges aber ist es erforderlich, die Form des Hauptgeschäftes, also z. B. die gerichtliche, wenn das Hauptgeschäft eine Schenkung war (§. 1063. A. L. R. I. 11.), zu beobachten, da das hier in Betracht kommende Nebengeschäft, also solches, in Sebstständigkeit rechtlich besteht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 29. S. 1, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 329 Nr. 77., J. M. Bl. 1855 S. 23.)

---

[1]) Das oben Zus. 1. angeführte Erk. v. 9. April 1833 hatte angenommen, daß die Erklärung in den Fällen der §§. 70. u. 71. bei Gegenständen über 50 Thlr. schriftlich erfolgen müsse. Dagegen hatte das Präj. des III. Sen. v. 17. Juni 1839 Nr. 701. (s. Zus. zu §§. 70—73. h. t.) bei einem constitutum possess. in Bezug auf eine Sache von mehr als 50 Thlr. an Werth, wo die Erklärung nur mündlich abgegeben war, angenommen, daß es die Stelle der Uebergabe vertrete, wenn der Käufer einer beweglichen Sache mit dem Käufer sich dahin einigt, daß ersterer die verkaufte Sache leihweise in seinem Gewahrsam behalte. Daher wurde dem Plenum des Ob. Trib. die Frage zur Entscheidung vorgelegt: »ob zur Uebergabe durch die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers, die Sache nunmehr für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten, eine Erklärung in der für Verträge vorgeschriebenen rechtsgültigen Form erforderlich sei, oder ob dazu auch in denjenigen Fällen, in welchen für Verträge die schriftliche, resp. gerichtliche oder notarielle Form bestimmt ist, eine mündliche Erklärung ausreiche?« — Das Plenum hat sich bei seiner Entscheidung des Konflikts auf den Fall des Kaufs und Verkaufs, bei dem die Frage streitig geworden war, beschränkt, da es, wenngleich die Gründe der Entscheidung weiter greifen, allerdings Verträge geben könne, die ohne Rücksicht auf die Höhe des Gegenstandes, auch wenn sie mündlich errichtet worden, gültig seien, z. B. das Depositum (§. 144. A. L. R. I. 5.), und für welche daher, auch in der Gestalt des const. poss., Schriftlichkeit nicht verlangt werden könne. Deshalb hat der Pl. Beschl. auch die Unterstützung der Meinung, nach welcher die Frage entschieden worden ist, durch den §. 133. A. L. R. I. 5. fallen lassen. Der Pl. Beschl. erschöpft mithin die Frage nicht, sondern es bleibt zweifelhaft, ob die Uebergabe einer erkauften Sache für gehörig vollzogen anzusehen sei, wenn die Kontrahenten nach Abschließung des Kaufkontrakts mündlich übereinkommen, daß der Verkäufer die gekaufte Sache für den Käufer verwahren sollte (Deposition). Muß dies zugegeben werden, so hat die Verabredung eines Leihvertrages gleiche Wirkung, und auf diesen Fall der leihweisen Belassung bezieht sich das Präj. Nr. 701. (s. Zus. zu §§. 70. bis 73. h. t.), zu welchem der Pl. Beschl. v. 20. Nov. 1854 eingetragen ist. Das Präj. Nr. 701. wäre also unverändert stehen geblieben.

(Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 73. h. t.)

Bornemann folgert gleichfalls aus den in den §§. 70. u. 71. gebrauchten Worten: »auf rechtsbeständige Weise« und: »rechtsgültig«, daß die Erklärung bei Objekten über 50 Thlr. schriftlich und in den geeigneten Fällen gerichtlich oder notariell abgegeben werden müsse.
(Syst. 2. Ausg. Bd. 1. S. 251.)
Vergl. dagegen Temme's Lehrb. Bd. 1. S. 225.

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 59., 66—68. h. t.

§§. 71. u. 73. 1) Die Vertragsbestimmung: »daß die verkaufte Sache dem Verkäufer auf unbestimmte Zeit im miethweisen Besitze belassen worden«, genügt zur Bewirkung der Uebergabe, wenngleich ein Miethsvertrag unter den Parteien nicht zu Stande gekommen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1854; denn dies ergebe sich schon aus den in den §§. 72. u. 73. enthaltenen Beispielen für Anwendung des im §. 71. ausgesprochenen Grundsatzes.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 202 Nr. 45.)

2) Die beim Abschluß eines Kaufvertrages getroffene Verabredung, daß dem Verkäufer die verkauften Sachen auf unbestimmte Zeit im miethweisen Besitze belassen sein sollen, enthält auch ohne Festsetzung eines bestimmten Miethszinses ein gültiges constitutum possessorium.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm und dem Ob. Trib. in den Erk. v. 3. Sept. 1853 u. 3. März 1854.
(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 101 ff.)

3) Das bloße Pachten eines eigenen Rechtes oder einer eigenen Sache begründet keinen Uebergangstitel.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. April 1850 (Präj. Nr. 2205.); denn es wird vorausgesetzt, daß irgend ein zur Erwerbung des Eigenthums oder des Rechtes geschickter Titel konkurrire.
(Präj. Samml. S. 118, Entsch. Bd. 19. S. 365.)

4) Durch einen Vertrag, vermöge dessen ein Kolon von seinem ehemaligen Gutsherrn ein zu dem Kolonat gehöriges, und daher durch die neuere Agrargesetzgebung in das Eigenthum des Ersteren übergegangenes Grundstück in Zeitpacht erhält und annimmt, erlangt der Verpächter den vollständigen usukapionsfähigen Besitz dieses Grundstückes.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1856.

Obschon das Pachten des eigenen Grundstückes nicht für einen Uebertrags-Titel des Eigenthums auf den Verpächter zu erachten ist (Erk. des Ob. Trib. v. 9. April 1850 in den Entsch. Bd. 19. S. 365[1]), so folgt doch hieraus nicht, daß der Verpächter dadurch nicht zum vollständigen Besitze des Grundstückes gelangt sei. Das aus dem vollständigen und gültigen Titel erwachsende Recht und dasjenige, welches der nicht titulirte aber vollständige Besitz verleiht, sind verschiedene Begriffe. Der Letztere begründet die Verjährungsfähigkeit des Besitzes, weshalb durch denselben nach einer Dauer von 30 Jahren das besttitulirte Recht verloren geht. Auch setzt der §. 73. keinesweges voraus, daß es zur Begründung dieses Besitzrechtes eines zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titels bedürfe. Allerdings kann der, welcher eine Sache nur pacht- oder leihweise oder auf Grund eines Prekariums besitzt, keinen Verjährungsbesitz anfangen, was der Sinn des §. 591. A. L. R. I. 9. in Verbindung mit §. 527. ebendas. ist. Allein wenn man hieraus folgern wollte, daß neben dem Verjährungsbesitze der längsten Zeit die Vollendung der Verjährung erst durch den Nachweis eines zum Eigenthumserwerb geschickten Titels zu erzielen sei, so würde dies den Bestimmungen der §§. 625—628. a. a. O. widersprechen. Die §§. 71. u. 73. h. t. finden daher allerdings auf den Fall Anwendung.
(Entsch. Bd. 33. S. 34, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 262 Nr. 65.)

Vergl. hiergegen die Erört. in Koch's Landr. (3. Ausg.) Bd. 4. S. 1249—1250.

§§. 74—76. Was Rechtens, wenn mehrere den Besitz erworben haben.

Diese Vorschriften sind nothwendig, weil nicht mehrere gleichzeitig eine Sache in solidum besitzen können.

Vergl. Koch, vom Besitze S. 116 ff., Grävell, Besitz S. 30 Anm. *.

[1]) Vergl. ob. Zus. 3.

§§. 77—95. Erwerbung des Besitzes von Rechten.

§§. 78—87. 1) Vergl. zur Erläut. dieser Paragraphen die Mittheil. aus den Mat. bei Simon und v. Strampff.
(Simon's Mat. S. 611—614.)

2) Ueber den Schutz des Besitzes von Rechten durch die possessorischen Rechtsmittel vergl. die Erg. zu den §§. 146. sqq. h. t.

§. 80. Affirmatives Recht.

1) Ein affirmatives Recht kann auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitiv-Verjährung erworben werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Febr. 1840. (Präj. Nr. 2092.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 501. sqq.

2) Das negative Recht einer Wegegerechtigkeit wird dadurch nicht zu einem affirmativen, daß auf dem Wege sich ein Thorweg befindet, dessen Oeffnung dem Verpflichteten obliegt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1856.
(Entsch. Bd. 34. S. 81, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 163 Nr. 41.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 106—108. h. t.

§§. 80. u. 126. 1) Im possessorischen Rechtswege kann der Schutz im Besitze eines affirmativen Rechtes — gleichviel, ob solches dinglich oder persönlich, fortdauernd oder nur unter gewissen Verhältnissen wiederkehrend ausgeübt sein möge — nicht in Anspruch genommen werden [1]).

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. März 1844. (Präj. Nr. 1428.)

Denn: a) dem bloßen Unterlassen einer zeither zu regelmäßig wiederkehrenden Zeiten, oder bei der Wiederkehr derselben Verhältnisse, in dem Bewußtsein der Verpflichtung geleisteten Handlung kann der Charakter einer Besitzstörung, wie sie der §. 150. h. t., oder der Beunruhigung, wie sie der §. 1. A. G. O. I. 31. voraussetzt, nicht beigelegt werden, als welche vielmehr ein irgendwie aktiv sich äußerndes Einschreiten bedingen, eine auf den äußern Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde Handlung des Verpflichteten.

b) Einer solchen Unterlassung selbst in der pronunciirten Absicht, von der Fortsetzung der Leistung sich frei zu machen, kann eben so wenig der in dem A. L. R. und der Pr. O. für die Zulassung des Possessoriums erforderte Charakter der Gewalt oder der Eigenmächtigkeit beigelegt werden. Denn es darf zufolge des §. 126. h. t. solchem Unterlassen des Verpflichteten nur die Beruhigung von Seiten des Berechtigten hinzutreten, um Letzteren des Besitzes seines affirmativen Rechtes zu entsetzen, eine Folgerung, welche die Gesetzgebung nicht hingestellt haben könnte, wenn sie jene Unterlassung für einen vitiösen, insbesondere gewaltthätigen Akt anerkannte.

c) Die Berufung auf die Vorschriften des A. L. R. II. 7. §§. 463. u. 487. begründet für Fälle der vorliegenden Art keinesweges die Zulassung des Possessoriums. Denn in jenen Unterthanen-Prozessen hat der Tit. 41. der Pr. O. zwar ein dem Gegenstande angemessenes Instruktionsverfahren, dennoch aber in dem ordentlichen Prozesse angeordnet.
(Präj. Samml. S. 252, Entsch. Bd. 10. S. 97 ff.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. auch bereits in den Erk. v. 19. Nov. 1836 (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 217 ff.) und v. 2. März 1841 (J. W. 1841 S. 882) angenommen.

2) In Anerkennung dieses Grundsatzes spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Jan. 1849 (Präj. Nr. 2090.) insbesondere auch aus, daß einem Dienstboten oder Privatbeamten, insbesondere einem Privatförster, der als pars salarii die Benutzung

[1]) Die entgegengesetzte Ansicht ist früher mehrfach vertheidiget worden, so von dem O. L. G. in Paderborn in dem Erk. v. 29. Sept. 1823 (Simon's R. Bd. 2. S. 393 ff.), wogegen das Kammerger. bereits in dem Erk. v. 4. Mai 1827 (a. a. O. S. 409) die verneinende Ansicht des Ob. Trib. ausgesprochen hat. Die Schriftsteller sind abweichender Meinung. Merkel (Komm. zur A. G. O. I. 31. §. 1.) hält die Possessorienklage für statthaft, und Grävell (Besitz §. 253. u. Kreditges. Bd. 4. S. 190 u. Nachtr. S. 108 ff.) tritt dem bei. Bornemann (Syst. Bd. 1. S. 585 ff., 2. Ausg. Bd. 1. S. 296) ist gegen die Zulässigkeit, statuirt jedoch gewisse Ausnahmen. Koch spricht sich gleichfalls gegen die Zulässigkeit aus. (Besitz S. 136, 2. Ausg. S. 111, 115.) Vergl. über die Frage ferner: Abhandl. im Centralbl. 1840 S. 467 ff., Abhandl. von Schwark in der J. W. 1837 S. 657 ff. und von Schepers ebendas. 1839 S. 21 ff.

eines Stück Landes eingeräumt erhalten hat, gegen den Dienstherrn, welcher ihm den Genuß entzieht, eine Besitzklage nicht zusteht.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 81, Entsch. Bd. 17. S. 507.)

3) Ebenso hat das Ob. Trib in dem Erk. v. 18. Juni 1843 angenommen, daß ein Dienstbote, Privatbeamter oder Verwalter wegen Nichterfüllung des Dienstkontrakts gegen den Dienstherrn nicht possessorisch klagen kann, selbst dann nicht, wenn der Kontrakt im Hypothekenbuche eingetragen wäre [1]). (Koch's Arch. Bd. 5. S. 109.)

4) Dagegen kann der Patron auch für den Besitz des im Patronate einbegriffenen affirmativen Rechtes den possessorischen Schutz verlangen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 18. März 1857, weil dem Patronatrechte an sich unzweifelhaft der Besitzschutz gebühre und dieser aus dem Gesichtspunkte nicht versagt werden könne, weil einzelne Befugnisse des Patronats sich als affirmative Rechte darstellen.
(Entsch. Bd. 35. S. 384, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 125 Nr. 29.)

5) Wenn Jemanden ein Wechsel auf listige Weise entzogen worden ist, so kann im Possessorienprozesse auf dessen Rückgabe geklagt werden; denn der solchergestalt nachgesuchte possessorische Schutz bezieht sich nicht auf ein affirmatives Recht, sondern auf eine Urkunde, welche nicht blos Beweismittel, vielmehr zugleich selbstständiger Träger des Rechtsverhältnisses ist, und der Sachbesitz an einem solchen Dokumente hat ebenso wie jeder andere Anspruch auf den dafür in den Gesetzen gewährten Schutz.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1857.
(Entsch. Bd. 35. S. 17.)

§§. 81—85. Negatives Recht.

§. 81. Negative Rechte können nur auf fremde Sachen erworben werden, auf deren Beschränkung der Wille des Handelnden gerichtet ist. Der Besitz eines negativen Rechtes kann daher nicht erworben werden, wenn der Besitzer die den Gegenstand des Rechtes bildende Sache als Eigenthümer zu besitzen glaubt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1852.

Zur Substantiirung einer Klage wegen Besitzstörung gehört der Nachweis: 1) des Besitzes der Sache oder des Rechtes, auf welche die Störung sich erstrecken soll; 2) dieser Störung selbst und deren Urhebers; 3) daß der Kläger sich unmittelbar vor der erfolgten Störung im ruhigen Besitze der Sache oder des Rechtes befunden habe. — Zweierlei Arten von Rechten sind es, an denen ein Besitz stattfinden kann:

Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, und

Rechte, welche von dem Besitze einer körperlichen Sache nicht abhängen (§§. 77. u. 78. A. L. R. I. 7.)

Der Besitz jener wird mit der Sache zugleich erlangt und erhalten. — (§. 77. a. a. O.) Es muß daher Derjenige, welcher in dem Besitze eines solchen Rechtes gestört sein will, den Besitz der Sache darthun, weil er nur nach diesem Erweise für den Besitzer des Rechts zu erachten ist. — Der Besitz der zweiten Kategorie von Rechten aber wird nur durch ihre Ausübung erworben. (§. 78. a. a. O.) In diese Klasse von Rechten fallen die negativen Rechte, welche der §. 81. a. a. O. definirt.

Aus dieser Definition folgt schon, daß die Sache, an welcher ein negatives Recht erworben werden soll, eine fremde und der Wille des Handelnden auf deren Beschränkung gerichtet sein muß. Ließen die Worte des §. 81. noch einen Zweifel darüber, so wird dieser gehoben, wenn man erwägt, daß die negativen Rechte vollständig den affirmativen Servituten des Röm. Rechts entsprechen. — Bei der Besitzerwerbung dieser besteht nun aber der animus in der Absicht, das Recht sei als sein eigenes, und zwar um das Eigenthum eines Anderen dadurch einzuschränken, auszuüben. — Wenn also Jemand den Besitz des Rechtes, über einen Landstreifen zu gehen, dadurch, daß er in der Meinung, Eigenthümer desselben zu sein, frei, öffentlich und ungestört über ihn gegangen sei, motivirt, und nur diese Handlung unter Beweis stellt, so entbehrt solche Klage der Begründung. Wollte nämlich der Kläger im Besitze obigen Rechtes, als eines Ausflusses des ihm an dem Landstreifen zustehenden Eigenthums, geschützt sein, so hatte er seinen Besitz an diesem Grundstücke nachzuweisen. Wollte er aber jenes Recht, als ein negatives Recht geltend machen, so steht ihm entgegen, daß er den Besitz eines negativen Rechtes niemals erlangt hat, noch erlangen konnte, weil sein animus dominii eine solche Besitzergreifung hinderte. (Entsch. Bd. 22. S. 304, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 40 Nr. 11.)

[1]) Das Justizmin. hatte in dieser Sache durch R. v. 25. Dec. 1842 unter Annahme der entgegengesetzten Ansicht die Einleitung der possessorischen Klage angeordnet.

Denselben Grundsatz spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Jan. 1848 aus. (Rechtsf. Bd. 3. S. 306 Nr. 151.)

Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Juli 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 38 Nr. 8.) hat die entgegengesetzte Ansicht angenommen, daß nämlich die Ausübung eines negativen Rechts in der vorausgesetzten Meinung, dasselbe als Ausfluß des Eigenthums der Sache auszuüben, den Servitut-Besitz nicht ausschließe, weil die opinio hiernach weiter gehe, als zu diesem erforderlich sei, und mithin Letztern, als das minus, in sich fasse.

Die Redaktion des Archiv's (Bd. 6. S. 43) hält die neuere Ansicht des Präj. v. 9. Febr. 1852 für die richtige, weil die opinio des vermeintlichen Eigenthumsbesitzers nicht eine weitere, sondern eine durchaus andere, als die opinio desjenigen sei, der ein negatives Recht auf fremdes Eigenthum zu besitzen meint.

§§. 81. 82. 1) Das Gehen über einen städtischen öffentlichen Platz gewährt an und für sich keinen verjährungsfähigen Besitz zur Erwerbung einer Fußwegsgerechtigkeit.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1845 auf Grund der §§. 81. ff. (Entsch. Bd. 13. S. 161.)

2) Zum Erwerbe des Besitzes eines negativen Rechtes genügt nicht die Meinung des Handelnden, daß er als Mitglied des Publikums dazu berechtiget sei; vielmehr ist dazu die Meinung erforderlich, daß ihm selbst das Recht als ein fortdauerndes zustehe.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. 1852.

Das Publikum, als solches, hat keine juristische Persönlichkeit, und kann deshalb nicht Subjekt von Rechten sein [1]). Wer also sein Recht oder seinen Besitz darauf stützt, daß er dieselben deshalb erworben resp. ergriffen habe, weil das Publikum der Berechtigte, und er als Mitglied des Publikums ein Theil des berechtigten Subjekts sei, der irrt, weil er keine berechtigte Persönlichkeit darstellt; er hat weder Rechte, noch Besitz, kann keinen Anspruch auf das Possessorium machen, sondern muß, sobald er, abgesehen von seiner Mitgliedschaft des Publikums, für sich besonders den Rechten des Eigenthümers entgegentreten will, seiner Seits auch einen für sich besonders ergriffenen Besitz, d. h. einen solchen nachweisen, den er als rechtsfähiges Subjekt ergriffen habe. Dies liegt in der Bestimmung der §§. 81. u. 82.; denn es muß aus der Handlung desjenigen, der den Besitz eines negativen Rechts ergreift, die Meinung desselben hervorgehen, daß ihm ein fortdauerndes Recht zustehe.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 244 Nr. 54.)

3) Der Besitz eines subjektiv-dinglichen Rechtes, insbesondere einer Wegerechtigkeit, kann lediglich durch solche Besitzhandlungen, wie sie Jedermann ausgeübt hat, nicht erworben werden; vielmehr ist dazu Seitens des Besitzers des berechtigten Grundstücks die Kundgebung der Meinung erforderlich, daß dem Grundstücke das Recht als ein fortdauerndes wirklich zustehe oder daß das Recht als ein dem Grundstücke zustehendes in Besitz genommen sei.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1856 auf Grund des §. 82. h. t., des §. 14. A. L. R. I. 22. und der §§. 589., 625. u. 666. A. L. R. I. 9.
(Entsch. Bd. 32. S. 36, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 218 Nr. 54.)

4) Aus der Benutzung eines dem Publikum überhaupt zum Gebrauche geöffneten Privat-Fußweges ist auf einen dem §. 82. entsprechenden animus sibi habendi nicht zu schließen. Die bisherige Benutzung berechtigt daher nicht zu dem Anspruche auf Schutz im Possessorien-Prozeß.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. April 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 355 Nr. 85.)

5) Zum Erwerb einer Servitut Seitens eines Mitgliedes einer Dorfgemeinde an den Nutzungen, welche allen Gemeinde-Mitgliedern als solchen zustehen, ist der vollständige Beweis erforderlich, daß dasselbe die Berechtigung nicht aus dem Rechte der Gemeinde-Mitgliedschaft, sondern aus einem besonderen Rechte in Besitz genommen und besessen habe.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Febr. 1853 mit Bezug auf den §. 82. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 7 Nr. 3.)

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 1. §. 8.

§§. 81. 82. u. 107. 1) Zur Besitzergreifung eines negativen Rechtes braucht außer der Handlung selbst nicht auch noch der besondere Nachweis geführt zu werden, daß die Ausübung in der Meinung eines fortdauernden wirklichen Rechtes geschehen sei.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Okt. 1849.

Wenn man mit den §§. 106. u. 107. h. t. den §. 81. h. t. in Verbindung bringt, so ergiebt sich, daß, sobald eine Handlung vorliegt, die an sich zur Besitzergreifung geeignet gewesen ist, bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet werden muß, daß die Handlung in der Meinung eines wirklichen Rechts ausgeübt und resp. geduldet worden, und daß daher derjenige, der eine solche zur Einschränkung seiner Rechte gereichende Handlung ohne Widerspruch gestattet hat, den Gegenbeweis zu führen und nachzuweisen hat, daß die Handlung im vorliegenden Falle zur Besitzergreifung nicht geeignet gewesen ist, sei es, daß diese auf Seiten des Handelnden fehlerhaft war, oder nur eine prekäre Gestattung auf der anderen Seite stattgefunden hat. Es kann dem auch nicht die Vorschrift des §. 82. entgegengestellt werden, denn damit hat nur, wie im §. 14. Tit. 22. wiederholt nur noch schärfer ausgesprochen ist, angedeutet werden sollen, daß die Handlung als ein Recht und nicht als eine Begünstigung ausgeübt sein müsse, wenn dadurch eine Besitzergreifung hat stattfinden können; dadurch wird mithin keinesweges erfordert, daß stets außer der Besitzhandlung selbst noch ein besonderer Nachweis der geschehenen Ausübung derselben in der Meinung eines wirklichen Rechtes erbracht werde, vielmehr ist nur erforderlich, daß die ausgeübte Besitzhandlung selbst zur Einschränkung der Rechte des Dritten gereicht und an sich nach allgemeinen in casu concreto durch das Vorwalten besonderer Umstände nicht geschwächten Rechtsprinzipien zur Besitzergreifung geeignet ist; indem dann die Vermuthung, daß die Ausübung der Handlung in der Meinung eines Rechts und in der Absicht, die Rechte des Anderen einzuschränken, ausgeübt ist, von selbst in Wirksamkeit tritt, und nur durch das Vorhandensein und den Eintritt besonderer Umstände, die dem entgegenstehen, beseitigt werden kann. — Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht außerdem auch der §. 14. A. G. O. I. 31., indem dort ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß, wenn der vom Kläger behauptete jüngste Besitz nachgewiesen ist, der Verklagte hingegen behauptet, daß derselbe dazu auf eine unredliche oder fehlerhafte Weise gelangt sei, mit Aufnahme des Beweises über diese Fehler des Besitzes verfahren werden soll, wobei noch besonders auf §§. 19. u. 147. h. t. verwiesen wird. Denn der Gesetzgeber spricht hier das Prinzip, daß derjenige, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes behauptet, die Beweislast hinsichtlich des Vorhandenseins des Fehlers übernehmen müsse, ganz deutlich aus und erkennt sonach an, daß eine Besitzhandlung unter Umständen, die nicht auf einen fehlerhaften oder prekären Besitz hindeuten, an sich zur Besitzergreifung geeignet ist, wenn nicht der Gegenbeweis geführt wird.

(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 595.)

2) Aus den §§. 81. u. 107. folgt, daß eine Handlung, von welcher der Eigenthümer gar keine Kenntniß erhalten hat, den Erwerb des Besitzes eines negativen Rechtes nicht begründen kann, indem ohne solche Kenntniß der dem Eigenthümer zustehende Widerspruch nicht denkbar ist. Nun kann und muß zwar aus der freien und öffentlichen Ausübung auf die Kenntniß geschlossen werden (§§. 98. ff. h. t.). Wenn der Verklagte aber die Kenntniß der die Besitzergreifung begründenden Handlung ausdrücklich bestreitet und der Kläger nicht einmal das Gegentheil behauptet, so läßt sich dem Richter, der die Besitzergreifung nicht angenommen hat, die Verletzung des §. 81. nicht vorwerfen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1850.

(J. M. Bl. 1854 S. 103 Nr. 8.)

Dasselbe ist der Fall, wenn thatsächliche Umstände vorliegen, welche eine Behinderung des Eigenthümers, von der Beeinträchtigung Kenntniß zu erlangen, bedingen, und besondere Gründe nicht dafür sprechen, daß er dennoch von der Handlung Kenntniß erhalten habe.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Nov. 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 183 ff.)

Vergl. Zus. 1. zu den §§. 82. u. 107. h. t.

§§. 81. u. 87. Zur Begründung der Klage wegen Störung im Besitze des ausschließlichen Rechtes, Eisenerz zu graben, ist der Nachweis des erworbenen Besitzes eines Untersagungsrechtes nicht erforderlich.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. März 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 48 Nr. 10.)

§§. 82. u. 107. 1) Die Besitzergreifung eines negativen Rechtes gegen den Eigenthümer eines Grundstücks, dessen ganze Nutzung einem Servitutberechtigten zusteht (z. B. eines Weidereviers), ist in der Regel nur dann für vollzogen zu achten, wenn aus den Umständen erhellt, daß der Eigenthümer von der Handlung des Besitzergreifenden Kenntniß erlangt hat. Auch kommt dem Ersteren zur Ausschließung der Annahme, daß die Handlung in der Meinung eines zustehenden Rechtes vorgenommen worden, Alles zu statten, was zwischen dem, der den Besitz ergriffen haben will, und dem vorgedachten Servitutberechtigten verhandelt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1849 auf Grund der §§. 82. u. 107. h. t. (Entsch. Bd. 18. S. 183.)

Vergl. hierüber Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 65. zum §. 107. h. t.

2) Zur Besitzergreifung eines negativen Rechts ist nur die freie und öffentliche Vornahme der Besitzhandlung erforderlich, ohne daß es eines besondern Beweises bedarf, daß der Handelnde in der Meinung eines ihm zustehenden fortdauernden Rechts gewesen sei.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1852.

Der §. 82. verlangt auf Seiten des Apprehendirenden nur das Vorhandensein der Meinung eines Rechtes überhaupt bei dem Akte der Apprehension, legt demselben jedoch nicht die Verpflichtung auf, das Vorhandensein dieser Meinung nachzuweisen; vielmehr erhellt aus §. 82., in Verbindung mit §. 107. h. t., daß demjenigen, welcher eine an sich zur Besitzergreifung sich eignende Handlung frei und öffentlich unternimmt, die Vermuthung des Rechtes so lange zur Seite steht, bis der Andere, dessen Recht durch die Handlung eingeschränkt worden, das Gegentheil erwiesen hat. (Präj. v. 14. April 1837 Nr. 215. in der Präj. Samml. S. 251[1]). (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 37 Nr. 10.)

§. 82. Unter dem »fortdauernden Rechte« des §. 82. ist nicht ein immerwährendes, sondern ein wirkliches Recht zu verstehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. Jan. 1857.

(Entsch. Bd. 35. S. 14, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 268 Nr. 65.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 146., 147. u. 150. h. t., Zus. I. sub 5. ad c.

§§. 84. u. 85. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 19. Okt. 1846 Nr. 1790. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 599.

§§. 85. u. 86. Ueber Wirkung der Protestation in Bezug auf den Erwerb von negativen und Untersagungsrechten vergl. Villaume in der J. W. 1846 S. 109 ff.

§§. 86. u. 87. Untersagungsrecht.

§§. 86. 92. u. 93. Zur Erwerbung des Besitzes des Rechts zur ausschließlichen Benutzung einer Kirchenstelle, als eines Untersagungsrechtes, ist erforderlich, daß keines der Mitglieder der Kirchengemeinde widersprochen, oder daß alle Mitglieder dem Verbote Folge geleistet haben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1853 auf Grund der §§. 86., 92. u. 93. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 176 Nr. 38.)

§§. 86. 87. Aus dem bloß thatsächlich ausschließlichen Bau nicht regaler Fossilien auf einem fremden Grundstücke ist der Besitz des Rechts, mit Ausschluß des Grundeigenthümers den Bau zu betreiben, nicht zu folgern. Daher ist zum Beweise der Störung des Besitzes des ersteren durch Bergbau-Anlagen des letzteren der Nachweis eines besonders erworbenen Untersagungsrechtes oder des unmittelbaren Eingriffes in den Besitz des Berechtigten erforderlich.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 303 Nr. 72.)

§. 87. 1) Eine Willenserklärung, welche die Wirkung der Erwerbung des Besitzes eines Untersagungsrechtes in sich schließen soll, muß von demjenigen abgegeben worden sein, gegen den dieser Besitz geltend gemacht wird. Namentlich wird bei Exklusiv-Berechtigungen, die auf landesherrlichen Privilegien beruhen, der Besitz des Rechtes gegen jeden, der diesen Besitz als vorhanden anerkennen soll, noch nicht allein durch die Ertheilung des Privilegiums, ohne den Hinzutritt einer Handlung des Verpflichteten begründet.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1840. (Präj. Nr. 913.) (Präj. Samml. S. 23.)

2) Durch das ein negatives Recht absprechende Judikat gelangt der Sieger, wie durch eine Willenserklärung (§. 87. h. t.), in den

[1]) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 31. §. 1.

Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechts, und damit erlischt der Besitz des bis dahin von dem Andern ausgeübten negativen Rechts (§. 127. h. t.). Auch kann der, welchem das negative Recht rechtskräftig abgesprochen worden, für einen gegen das Judikat angeblich erworbenen neuen Besitz den possessorischen Schutz nicht in Anspruch nehmen, da dieser Besitz ein offenbar unredlicher sein würde.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. März 1851.

(J. M. Bl. 1854 S. 104 sub Nr. 12.)

Koch bezweifelt die Richtigkeit des letzten Satzes dieses Präjudizes. (Landr. Bd. 1. zum §. 87. h. t.)

§§. 96—108. Fehler, welche die Besitz-Ergreifung hindern.

Strohn, zur Lehre vom Besitze. (Abhandl. in Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 343. ff.)

§§. 96. sqq. 1) Die Vorschrift dieser Paragraphen, nach welcher durch Gewalt, List u. s. w. der Besitz niemals erworben werden kann, steht nur demjenigen entgegen, der den Besitz auf solche fehlerhafte Weise ergriffen hat, nicht seinem Nachfolger im Besitze. Der Letztere hat daher die possessorischen Rechtsmittel auch gegen den, welchen sein Besitzvorgänger des Besitzes vi, clam vel precario entsetzt hatte.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1842. (Präj. Nr. 1158.) (Präj. Samml. S. 23.)

2) Ein Dritter, gegen welchen der Besitz nicht vi, clam vel precario ergriffen worden, kann dem Besitzer den Einwand der fehlerhaften Besitzergreifung nicht entgegensetzen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1853.

(J. M. Bl. 1854 S. 106 sub Nr. 26., Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 89 Nr. 21.)

Vergl. dagegen: Strohn, in der Abhandlung in Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 356.

§§. 96—98. Simon und v. Strampff bemerken, daß sich aus der Entstehungsgeschichte der §§. 96—98. h. t. ergebe; daß rücksichtlich der durch Betrug veranlaßten Handlungen ein Unterschied zwischen der Besitzerwerbung von Rechten und von Sachen nicht beabsichtiget worden, und daß die Bestimmung des §. 68. des gedr. Entw. (§. 97. h. t.), wonach durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen nie den Besitz eines Rechtes wirken sollen, auch auf den Besitz körperlicher Sachen habe erstreckt werden sollen.

(Simon's Mat. S. 618.)

Derselben Ansicht sind: Bornemann (System Bd. 1. S. 475, 2. Ausg. Bd. 1. S. 232), Koch (Besitz S. 34), Grävell (Besitz S. 39) und Thöne (Fund. Lehren S. 301.)

§§. 99. 100. Bei der Frage, ob eine Besitzstörung oder Entsetzung für eine heimliche zu erachten sei, kommen die §§. 99., 100., weil sie sich nur auf die Besitzergreifung beziehen, nicht zur Anwendung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1369.) (Präj. Samml. S. 24.)

§§. 99. 104. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 24. März 1843 Nr. 1280. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 531.

§. 101. Daraus allein, daß der Vorbesitzer die Uebergabe nicht geleistet hat, folgt noch nicht, daß der jetzige Besitzer sich vi, clam oder precario in den Besitz gesetzt habe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Juli 1843.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 402.)

§§. 103—105. Finden diese Grundsätze auch bei negativen und Untersagungsrechten Anwendung?

a) Die Gesetzrevisoren verneinen.

Es würde sehr bedenklich sein, dasjenige, was von den Leistungen des Pächters gesagt ist, auf negative und Untersagungsrechte auszudehnen. Wenn z. B. der Nachbar eines verpachteten Grundstückes mehrere Jahre lang einen Weg über dasselbe benutzt hat, so ist gar nicht abzusehen, weshalb er nicht wenigstens im Besitz sollte geschützt werden, wenn er auch nicht augenblicklich nachweisen könnte, daß er diesen Weg schon vor der Verpachtung benutzt habe; — ebenso bei Untersagungsrechten: ganz anders aber verhält es sich mit den Leistungen des Pächters, und schon hier hat man die Sache bei der Redaktion des A. L. R. bedenklich gefunden. Suarez bemerkt nämlich in der revis. monit. zum §. 6. des Entw., den der §. 103. h. t. wiedergiebt, es müsse wohl eine Zeit bestimmt werden, nach welcher der Eigenthümer nicht mehr vorschützen könne, die Handlungen seines Pächters nicht gekannt zu haben. Wirklich findet sich auch in dem umgearbeiteten Entw. ein Paragraph, der dieses sagen soll; die Zahl der Jahre ist in demselben offen gelassen. Dieser Paragraph ist indessen durchstrichen, und am Rande die Bestimmung substituirt, welche sich jetzt §. 104. h. t. findet. Wir haben aus diesen Gründen keine Veranlassung finden können, von den Vorschriften des A. L. R. abzuweichen.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 92—100. des Entw. S. 34. u. 35.)

b) In demselben Sinne sprechen sich Simon und v. Strampff aus. (Simon's Mat. S. 618—620.)

c) Grävell ist wegen der allgemeinen Bestimmung des §. 521. Tit. 9. der Meinung, daß der Ausdruck des A. L. R. viel enger sei, als die Absicht des Gesetzgebers, und daß der §. 103. h. t. daher bei allen Arten von Rechten analogisch anzuwenden sei.

(Besitz S. 41 Anm. *)

d) Koch hält sowohl die Meinung der Gesetzrevisoren, als die Grävell's für unrichtig und nimmt an, daß überhaupt kein Besitz, mithin nicht bloß kein Besitz eines affirmativen Rechtes, sondern gar kein Rechtsbesitz durch Handlungen gegen den Pächter zum Nachtheile des vollständigen Besitzers erworben werden könne.

Daß des Pächters bloß in Beziehung auf ein affirmatives Recht ausdrücklich gedacht ist, beweist nichts für die Meinung der Revisoren. Die Fassung der §§. 102—105. h. t. erklärt sich daraus, daß man früher den Stellvertreter und den Pächter ganz gleich gestellt und in Rücksicht Beider eine Ausnahme bei den affirmativen Rechten gemacht hatte, worauf erst bei dem Vortrage des zweiten Entwurfs der Pächter und der Verwalter oder Stellvertreter getrennt, und der §. 521. Tit. 9. eingeschaltet ist, dessen Bestimmung die über den Besitz ergänzt. Auch würde es eine Sonderbarkeit sein, wenn während der Verpachtung zwar der Besitz erworben, aber gleichwohl nicht die Ersitzung sollte angefangen werden können. Mit §. 521. a. a. O. harmoniren auch die §§. 90., 91. Tit. 21., welche aber nur unter der Voraussetzung zu verstehen sind, daß der Eigenthümer selbst die unternommenen Handlungen, welche an sich den Anfang der Verjährung begründen, nicht erfahren habe, und ihm der Umstand, daß der Nießbraucher als Stellvertreter in Fortsetzung des vollständigen Besitzes solche kenne, seinen Auktor aber davon nicht unterrichtet habe, nicht nachtheilig sein solle. Hieraus ergiebt sich, daß auf solche Stellvertreter, die bloß in der Eigenschaft eines unvollständigen Besitzers den vollständigen Besitzer repräsentiren, die Regel des §. 99. h. t. keine Anwendung findet, sondern daß bei diesen nothwendig ist, daß die Handlungen, wenn sie wirksam sein sollten, zur Kenntniß des Besitzers selbst wirklich kommen, oder solches doch durch sein mäßiges Versehen verhindert werde. (Besitz S. 226 ff.)

e) Temme nimmt an, daß der §. 105. h. t. sich einfach auf den Fall beziehen solle, wenn der Pächter noch ein besonderes, in dem Pachtverhältnisse nicht schon liegendes Mandatsverhältniß in Betreff der verpachteten Sache übernommen hatte. Die §§. 103—105. sprächen zwar nur von affirmativen Rechten, nach ihrem Grunde, so wie nach §. 521. I. 9., müsse aber dasselbe auch von anderen Rechten gelten. (Lehrb. Bd. 1. S. 238 Anm. 3.)

§. 104. Die Vorschrift des §. 104., welcher nur von Erwerbung des Besitzes affirmativer Rechte spricht, ist auf die Erwerbung des Besitzes negativer Rechte (Servituten) nicht auszudehnen; der Besitz eines negativen Rechtes kann vielmehr nur gegen den Eigenthümer des dienenden Grundstückes ergriffen werden.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für Landeskultursachen durch das (von dem Ob. Trib. bestätigte) Erk. v. 9. Okt. 1849.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 66.)

§§. 106—108. Prekarium.

1) Ueber den Begriff, das Wesen und die Eigenthümlichkeit des Prekariums vergleiche die Abhandlungen von Böle und von Arndts. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 319 und Bd. 3. S. 177.)

2) Simon u. v. Strampff halten die hier gegebene Definition des Prekariums für unrichtig; es sei die unbeschränkte Widerruflichkeit des Rechtes nicht ausgedrückt; auch gehörten zu den Entstehungsgründen des Prekariums Unterlassungen. (A. L. R. I. 21. §§. 231—233., 22. §§. 136., 137.) (Mat. S. 621.)

3) Eine wenn gleich unbedingte und ohne Vorbehalt des Widerrufes ertheilte Konzession ist dennoch für widerruflich zu achten, wenn aus den Umständen erhellt, daß sie bloß prekärer Natur war. Dabei weichen allgemeine Vermuthungen den besonderen.

(Erk. des Ob. Trib. v. 23. April 1801, Mathis Bd. 4. S. 192.)

§. 107. 1) Wer den Besitz eines affirmativen Rechtes behauptet, hat nicht besonders zu beweisen, daß die Handlung als eine besondere Schuldigkeit gefordert worden. Daß der Andere die Handlungen nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern nur aus Freundschaft und Gefälligkeit vorgenommen oder gestattet habe, muß als Einwand einer fehlerhaften Besitzergreifung von dem Anderen bewiesen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1839.

Der §. 80. h. t. bestimmt nicht, daß der, welcher den Besitz eines affirmativen Rechtes behauptet, auch nachweisen müsse, daß die Handlung als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert worden, und daß dafür keine Vermuthungen stattfinden sollen. Aus dem §. 107. geht vielmehr hervor, daß dergleichen allerdings zuläßig, und die hier erwähnte Vermuthung, welche nach §. 108. h. t. nur durch entgegenstehende, aus gewöhnlichen Verhältnissen oder anderen Umständen des vorliegenden Falles sich ergebende besondere Vermuthungen wieder gehoben werden kann, ist allgemein und findet bei affirmativen Rechten Anwendung, deren Gegenstand fortdauernde Verpflichtungen zu Handlungen und Leistungen sind. Denn wenn nach §. 107. h. t. vermuthet wird, daß die Leistung auf Grund der Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung geschieht, so muß auch präsumirt werden, daß der Andere die Leistung als eine Schuldigkeit gefordert habe, und zwar als eine fortdauernde, wenn es feststeht, daß die Leistung zu gewissen Zeiten gleichmäßig wiederholt worden. Der §. 107. paßt also vollkommen auf den Fall und nach dem darin enthaltenen Rechtsgrundsatze muß der §. 80. ausgelegt werden.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 136.)

2) Als »nachtheilig« im Sinne des §. 107. ist alles das zu erachten, was das Eigenthumsrecht des Andern verkürzt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1848.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 478 Nr. 233.)

3) Bei gegenseitigen Duldungen benachbarter Grundbesitzer ist die im §. 107. aufgestellte Vermuthung ausgeschlossen und die Präsumtion für das Prekarium.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm (Datum des Erk. konstirt nicht). (J. M. Schr. Bd. 1. S. 628.)

4) Vergl. a) das Erk. des Ob. Trib. v. 11. Okt. 1849
(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 595),

b) das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 1. Nov. 1849
(Entsch. Bd. 18. S. 183),

betreffend den Nachweis des Erwerbes eines negativen Rechtes, in den Erg. zu den §§. 81. u. 82. h. t.

§§. 109. u. 110. Anfang des Besitzes.

§. 109. Bei affirmativen Rechten wird der Besitz nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches die Abgabe oder Leistung zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung gerechnet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1849. (Präj. Nr. 2093.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 625.

§§. 111—113. Fortsetzung und Verlust der Gewahrsam und des Besitzes.

§§. 111. sqq. 1) Hat der Tod des Besitzers die Aufhebung des Besitzes zur Folge?

Das Ob. Trib. hat in den Gründen des Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1849 (Präj. Nr. 2161.) bejahet. (Entsch. Bd. 18. S. 1 ff.)

Vergl. in den Erg. zu den §§. 48. u. 49. h. t.

2) Kann der Besitz durch Anstellung einer Klage gestört werden?

Verneint von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Febr. 1842.

Der Besitz, als etwas bloß Thatsächliches, kann durch Anstellung einer Klage nicht gestört werden, sondern hierzu sind Handlungen erforderlich, welche die Ausübung des Besitzes selbst hindern oder doch beeinträchtigen. Die prozessualische Erörterung des Rechts zum Besitze hat auf die Thatsache des Besitzes selbst gar keinen Einfluß, und wenn auch das Recht zum Besitze streitig wird, so kann doch der Besitz selbst ganz ruhig und unbestritten dem einen oder anderen der streitenden Theile zustehen. Dies folgt aus dem Begriffe des Besitzes und aus dem Grundsatze, daß bei Besitzstreitigkeiten das Recht zum Besitze gar nicht in Betracht kommt, so daß also auch ein unredlicher Besitzer nichtsdestoweniger als Besitzer vom Gesetze anerkannt wird und auf die possessorischen Rechtsmittel Anspruch hat (§§. 143., 146., 151., 161. h. t.).

(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 419.)

§§. 112. 113. 125. 137. Handlungen der Pächter von Grundstücken, welche sich auf Erhaltung oder Fortsetzung des Besitzes von Rechten der verpachteten Grundstücke beziehen, kommen bei der erwerbenden Verjährung dem Eigenthümer zu statten, ohne daß es dazu eines besonderen Auftrages oder einer Anweisung desselben bedarf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1854. (Präj. Nr. 2511.)

Darüber, daß das Recht des vollständigen Besitzes (possessio civilis) eines Gutes zugleich den Besitz der Pertinenzien desselben einschließt, und zu diesen auch der Besitz der subjektiv dinglichen Rechte, namentlich der Grundgerechtigkeiten des Gutes gehört (§. 52. A. L. R. I. 7.), waltet kein Streit. Wird ein solches Gut verpachtet, so erlangt der Pächter allerdings den Besitz seines Pachtrechts und die Gewahrsum (possessio naturalis) des Guts als unerläßliche Bedingung seiner Pachtnutzung, — den vollständigen Besitz aber, — den Civilbesitz, — der possessio ad usucapionem, — erlangt der Pächter nicht, dieser bleibt dem Verpächter.

Der Pächter ist zwar vollständiger Besitzer seines Pachtrechtes, aber unvollständiger Besitzer des verpachteten Grundstückes (§§. 1—5. A. L. R. I. 7.). Er besitzt dasselbe nur im Namen des Eigenthümers (§§. 66. ff. ebendas.), welcher dem Pächter nur die Gewahrsam eingeräumt hat. Daraus folgt aber nicht der Verlust des Besitzes. Dieser wird vielmehr so lange für fortgesetzt geachtet, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet (§§. 112. und 113. a. a. O.). Noch bestimmter ergeben dies die §§. 124., 125. und 137. a. a. O. und insbesondere der §. 434. A. L. R. I. 21. Nach diesen Rechtssätzen ist es unzweifelhaft, daß ein Pächter durch seine Handlungen den Besitz des Eigenthümers an dem Pachtgrundstücke, so wie den dazu gehörigen Pertinenzien fortsetzt und erhält, daß dessen vollständiger Besitz durch die Verpachtung niemals erledigt, vielmehr von dem Pächter nur für den Verpächter ausgeübt wird. Es folgt weiter, daß es zur Erhaltung und Fortsetzung des Besitzes Namens des Verpächters nicht eines speziellen Auftrages oder einer Anweisung bedarf, diese oder jene Besitzhandlung für ihn vorzunehmen, sondern daß der Pächter, kraft des durch den Pachtvertrag begründeten Rechtsverhältnisses, zum Verpächter und zu dem ihm verpachteten Grundstücke die Besitzhandlungen, welche die Rechte der Substanz derselben und der dazu gehörigen Pertinenzien betreffen, für den Verpächter und nur für denselben auszuüben verpflichtet und berechtigt ist; daß also solche Besitzhandlungen bei der erwerbenden Verjährung nur dem zu statten kommen können, welchem, der Verpachtung ungeachtet und durch dieselbe, die Rechte des vollständigen Besitzes der Substanz der Grundstücke und ihrer Pertinenzien ununterbrochen erhalten worden sind. — Dem steht auch der §. 45. A. L. R. I. 7. nicht entgegen, welcher lediglich über die Erwerbung des Besitzes durch einen Anderen statuirt, also nicht auf den vorliegenden Fall paßt, in dem von einer Erwerbung des Besitzes für den Verpächter gar nicht die Rede ist. Ebensowenig steht der §. 75. A. L. R. I. 5. entgegen, da der Verpächter in Bezug auf die von seinem Pächter hinsichtlich der verpachteten Sache ausgeübten Besitzhandlungen nicht als Dritter erscheint, vielmehr dabei ipso jure durch den Pächter repräsentirt wird. Derselbe bedarf dazu weder einer besonderen ausdrücklichen, noch einer vermutheten Vollmacht. Wenn daher der §. 122. A. L. R. I. 13. jeglicher Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall entbehrt, so ist der §. 98. A. L. R. I. 21. sogar als eine Bestätigung der vorstehenden Ausführung anzusehen, da die Rechte des Eigenthümers durch die Verpachtung keine größere Beeinträchtigung erleiden können, als durch die Einräumung des Nießbrauches.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 27. S. 310.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juni 1856 an, führt indeß aus, daß, wenn der Pächter des herrschenden zugleich Eigenthümer des dienenden Grundstückes ist, nicht ohne Weiteres anzunehmen sei, daß die von ihm vorgenommenen Handlungen in seiner Eigenschaft als Pächter, also für den Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, ausgeübt worden sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 17 Nr. 5.)

§§. 113. 130. 154. Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 6. Nov. 1848 (Präj. Nr. 2063.) in den Erg. zum §. 154. h. t.

§§. 116—125. Ueber die Entstehungsgeschichte und die Bedeutung dieser Paragraphen vergl. Simon's Material. S. 269, 270, 275 ff. und Koch, Besitz S. 194 ff.

§§. 126. sqq. In der Abhandlung in der J. Z. 1835 S. 684 wird ausgeführt, daß, da das A. L. R. über den Verlust des Besitzes eines Rechtes gegen Korporationen und Gemeinden keine speziellen Vorschriften enthalte, sondern sich damit begnüge, den Verlust des Besitzes von Rechten im Allgemeinen abzuhandeln, diese Lücke aus allgemeinen Grundsätzen und insbesondere nimmt mit Hülfe der Theorie von der Verjährung ergänzt werden müsse. Aus den §§. 590., 571—578. A. L. R. I. 9. lasse sich folgern, daß ein gegen eine ganze Gemeinde überhaupt ausgeübtes Recht bloß dann verloren gehe, wenn sämmtliche Mitglieder ihre Befreiung davon auf die im §. 577.

angegebene Art besonders erworben, der Besitz eines solchen Rechtes aber aufhöre, wenn sämmtliche Mitglieder ihn durch ein sogen. factum contrarium aufheben.

§. 126. 1) Die Bestimmung des §. 126. ist bei der Ersitzung nicht anwendbar.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. März 1851.

Bei dem Erwerbe eines affirmativen Rechtes durch Ersitzung ist es nicht Sache des Verpflichteten, den Verlust des erlangten Besitzes des Anderen nachzuweisen, wodurch allerdings eine Unterbrechung der Verjährung würde dargethan werden können; sondern es muß die Ausübung des Rechtes die ganze Verjährungszeit hindurch bewiesen werden. Dabei tritt jedoch die Vermuthung zu Gunsten des Besitzenden ex §. 599. A. L. R. I. 9. ein und nach §. 600. a. a. O. ist ein vollständig geführter oder erfüllter Beweis über den Anfang und das Ende des Besitzes erforderlich. Es kann daher von einer Vermuthung für die Fortsetzung des Besitzes über den Zeitpunkt der letzten nachgewiesenen Besitzhandlung hinaus dabei keine Rede sein, sondern eine solche nur innerhalb der ersten und letzten nachgewiesenen Besitzhandlung eintreten.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 205 Nr. 44.)

2) Die Vorschrift des §. 126. ist nicht auf den Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch anwendbar.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Jan. 1853.

Die Vorschrift des §. 126. ist eine ganz allgemeine; sie spricht sich darüber aus, in welcher Weise der Besitz des affirmativen Rechtes, gleichviel, worauf sich dieses Recht seinem Gegenstande nach bezieht, verloren geht. Wollte man daher diesen Grundsatz auf den Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch anwenden, so würde die erlöschende Verjährung in allen Fällen davon abhängig sein, daß der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert und der Andere sich dabei beruhigt. Ein solcher Grundsatz würde aber mit den über die Verjährung durch Nichtgebrauch gegebenen Vorschriften im Widerspruche stehen, da nach diesen vielmehr der Regel nach affirmative Rechte ohne eine solche den Besitz aufhebende Thatsache lediglich durch Nichtgebrauch während des verjährungsmäßigen Zeitraumes erlöschen. Die Verjährung durch Nichtgebrauch ist der Regel nach von dem Besitze ganz unabhängig, der §. 126. h. t. daher auf ein solches Verhältniß nicht anwendbar. Muß daher, als Ausnahme von dieser Regel, eine den Besitz aufhebende Thatsache hinzutreten, damit die Verjährung wirksam werde, so beruht dies auf einem besonderen Rechtsgrunde, welcher besonders dargethan werden muß, nicht aber durch Berufung auf §. 126. h. t. entbehrlich gefunden werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 269 Nr. 57.)

3) Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juni 1848 Nr. 882. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 502.

4) Vergl. die Erg. zu den §§. 80. u. 126. h. t.

§. 127. Kann der Besitz von negativen Rechten nur durch Erwerbung eines entgegenstehenden Untersagungsrechtes, oder umgekehrt, oder auch schon durch bloße Entsetzung aufgehoben werden?

a) Das Ob. Trib. erklärt sich in dem Erk. v. 19. Nov. 1836 — mit Rücksicht auf §. 130. h. t. — für die erstere Alternative.

(Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 103, Centralbl. 1837 S. 856.)

b) Sommer hält die letztere Alternative für richtig, indem er ausführt:

Sonst würde es kaum möglich sein, den Besitzer eines negativen Rechtes seines Besitzes zu entsetzen, da, wenn er sich auch nach der Verjagung beruhigt, und der Fall der §§. 86. und 127. h. t. scheinbar eingetreten sein könnte, dadurch doch nach §. 96. h. t. am Besitzstande nichts geändert werden kann. Der Irrthum des Ob. Trib. scheint seinen Grund in der Vorschrift des §. 127. zu haben. Der Eigenthümer einer Sache, auf welche Jemand ein Recht, etwas zu thun, erworben hat, erlangt, indem er die Aufhebung dieses bewirke, die ungeminderte natürliche Freiheit seines Eigenthums wieder, aber nicht gerade ein spezielles Untersagungsrecht. Wenn nun ein Untersagungsrecht im rechtlichen Sinne beim Eigenthümer nicht denkbar ist, so muß dasselbe auch vom Besitzer gelten. Da der Eigenthümer durch Aufhebung des negativen Rechtes auf seine Sache kein Untersagungsrecht als besonderes Recht erwirbt, so erwirbt er auch nicht den Besitz eines Untersagungsrechtes durch Aufhebung des Besitzes des negativen Rechtes, welche Aufhebung nothwendig erfolgt, indem durch eine faktische Störung die Duldung aufhört, welche nach §. 81. dem Begriffe des negativen Rechtes zum Grunde liegt. Auch würden, wenn der Besitz eines negativen Rechtes nur durch den erlangten Besitz eines entgegengesetzten Untersagungsrechtes aufgehoben werden könnte, die §§. 97. h. t. u. 612. u. 601. Tit. 9. im Widerspruche stehen. Deshalb darf der §. 97. h. t. mit den §§. 127. u. 128. h. t. nur in dem Falle in Verbindung gesetzt werden, wenn beide Besitzer eines negativen und eines Untersagungsrechtes sich auf der Sache eines Dritten begegnen, also beide als Servituten, als selbstständige Rechte, erscheinen. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 107—112.)

c) Temme hält die Ansicht Sommer's für unrichtig. Wenn derselbe sich auf den §. 96. beziehe, so sei dagegen einzuwenden, daß jede Eigenmacht, also auch unerlaubte Privatgewalt, den Verlust des Besitzes nicht herbeiführe. Wenn er anführe, der Eigenthümer könne wohl die natürliche Freiheit seines Eigenthums wiedererlangen, aber kein Untersagungsrecht, folglich auch keinen Besitz desselben erwerben, so übersehe er, daß es hier überall auf kein Eigenthum und überhaupt auf kein Recht weiter ankomme, als auf den Besitz selbst.

(Lehrb. Bd 1. S. 237.)

d) Koch hält die Streitfrage für gegenstandslos und bemerkt:

Es ist vollkommen wahr, daß der Eigenthümer, welcher dem bisherigen Servitutsberechtigten die Servitut dergestalt abgewinnt, daß derselbe nicht mehr über das Grundstück gehen darf, dadurch kein selbstständiges Untersagungsrecht auf sein eigenes Grundstück erwirbt, sondern nur sein Eigenthum frei macht; folglich ist es auch wahr, daß er nicht den Besitz eines solchen wesenlosen Untersagungsrechtes durch eine fehlerfreie Verhinderung der ferneren Ausübung des Wegerechtes erwerben kann. Das verlangt aber der §. 127. auch nicht; er deutet vielmehr nur an, unter welchen Voraussetzungen das Unterlassen der Ausübung der Servitut den Verlust des Rechtsbesitzes bewirke, nämlich wenn der Eigenthümer dem bisherigen Besitzer des Wegerechtes das fernere Gehen ꝛc. untersagt, und dieser in Folge dessen davon absteht. §§. 86. u. 130. h. t.

(Landr. Bd. 1. zum §. 127. h. t.)

§§. 131. u. 132. Der Grundsatz, daß mit der Beendigung des Rechts zum Besitze der Besitz an sich noch nicht aufhört, hindert den Verpächter nicht, einen Pächter, dessen Pachtzeit nach Inhalt des Vertrages abgelaufen ist, der Pacht zu entsetzen. Denn der Besitz einer Sache oder eines Rechtes, welches einem Andern auf eine gewisse Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden, hört mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte der Bedingung auf. Auch wird ein solcher Besitz durch die fortgesetzte Gewahrsam nicht fortgesetzt (§§. 131., 132.). Der frühere Besitzer ist alsdann bloßer Inhaber, und kann von dem, in dessen Namen er besitzt, nach §. 144. der Gewahrsam zu allen Zeiten entsetzt werden. Nur darf dies nicht mittelst einer dem §. 145. widerstreitenden Privatgewalt geschehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. April 1852, 23. Juni 1852 u. 11. Febr. 1853. (J. M. Bl. 1854 S. 107 sub Nr. 33.)

Koch erklärt dies für unrichtig, indem er bemerkt:

Der Pächter ist von Anfang an bloßer Inhaber der Sache, aber wirklicher Besitzer seines Pachtrechts (§§. 6. u. 9. h. t.); der Gegenstand der Gewahrsam und der Gegenstand des Besitzes des Pächters sind aber ganz verschiedene Dinge, weshalb die Eigenschaft des Pächters als Inhabers der Sache kein Rechtsgrund sein kann, ihn eigenmächtig aus dem Pachtgute werfen zu dürfen. Der Pachtbesitz als Rechtsbesitz ist Seitens des Pächters ursprünglich erworben, nicht aber von dem Verpächter im Sinne des §. 131. auf ihn übertragen und der Verpächter kann niemals Besitznachfolger des Pächters werden. Deshalb passen die §§. 131. u. 132. nicht auf den Pachtbesitz, sondern beziehen sich auf den Stellvertreter oder auf den (bedingten oder betagten) Nachfolger des Besitzers in ebendemselben Besitze.

(Landr. Bd. 1. zum §. 131. h. t.)

§§. 137—145. Rechte und Pflichten des Inhabers und Besitzers.

§. 140. Auch der bloße Inhaber ist zur Possessorienklage befugt, indem der §. 144. nur demjenigen gegenüber gilt, in dessen Namen der Inhaber besitzt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. März 1852.

(J. M. Bl. 1854 S. 101 Nr. 1.)

§. 142. 1) Ueber die Bedeutung des Ausdruckes »unersetzlicher Verlust« im §. 142. vergl. Simon, Mat. S. 622., Koch, Besitz S. 246 und Grävell, Besitz S. 56 Anm. **.

2) Ist die Selbsthülfe unter den Voraussetzungen des §. 142. auch gegen die Obrigkeit, welche ihr Ansehen und ihre Macht mißbraucht, zulässig?

a) Grävell bejahet, da nicht unterschieden sei, von wem die Gewalt ausgeübt werde. (Besitz S. 56 Anm. *)

b) Koch verneint; denn kein Unterthan habe die Befolgung der obrigkeitlichen Anordnungen von seiner Prüfung und seinem Gutachten abhängig zu machen; jeder müsse augenblicklich Folge leisten und

hinterher seine Beschwerde bei der höheren Behörde anbringen. Wer sich zum Gehorsam zwingen lasse, dem geschehe durch die gegen ihn gebrauchte Gewalt Recht. Eine unerlaubte Gewalt der Obrigkeit könne sonach nicht vorkommen, wohl aber sei jeder Widerstand gegen dieselbe an sich strafbar. (Besitz S. 248.)

§. 143. 1) Im §. 143. Z. 4. ist statt: »Einleit. §§. 84., 85.« zu setzen: »Einleit. §§. 77., 78.«

(R. v. 5. Mai 1834 und v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 und Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 3 und Bd. 12. S. 1.)

2) Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Juni 1842 Nr. 1158. in den Erg. zu den §§. 96. sqq. h. t.

§. 144. 1) Auf Grund des §. 144. hat das Min. des Inn. in dem R. v. 6. Dec. 1845 (M. Bl. d. i. V. 1846 S. 236), welchem der Justizmin. beigetreten ist (J. M. Bl. 1845 S. 236), angenommen, daß der Ehemann, dessen Ehefrau sich eigenmächtig von ihm entfernt und Wirthschaftssachen mitgenommen hat, berechtigt ist, derselben diese Sachen wieder abzunehmen, und daß der Polizeibehörde obliegt, ihn hierbei zu unterstützen. Zum Rechtswege sei die Sache erst dann zu verweisen, wenn die Ehefrau die Herausgabe der Sachen aus einem speziellen Rechtsgrunde verweigert.

2) Vergl. die Erg. zum §. 140. h. t.

§§. 146—154. Von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List heimlich oder bittweise entnommenen oder gestörten Besitzes.

§. 146. Außer den im §. 146. gedachten »obigen Vorschriften« kommen auch die polizeilichen, nämlich das Gesetz v. 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen (G. S. S. 192), so wie die Vorschriften über Expropriationen, und wegen des Exekutionsrechtes der Regierungen als Verwaltungs-Behörden (§. 42. der V. v. 26. Dec. 1808 und §. 11. der Reg. Instr. v. 23. Okt. 1817) in Betracht.

1) Gegen polizeiliche Maßregeln ist die Possessorienklage unzulässig.

a) In Fällen, wo gegen polizeiliche Verfügungen der Rechtsweg an sich zulässig ist, kann die Aufhebung der angeordneten Polizeimaßregel nicht im Wege des Possessorien-, sondern nur des Petitorien-Prozesses gefordert werden.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 12. Jan. und 11. März 1848. (J. M. Bl. 1848 S. 167 u. 199.)

Dieser Grundsatz ist von dem gedachten Gerichtshofe wiederholt ausgesprochen in dem Erk. v. 17. Dec. 1853 (J. M. Bl. 1854 S. 54 und M. Bl. d. i. V. 1854 S. 30), in dem Erk. v. 3. Mai 1856 in Bezug auf polizeiliche Verfügungen der städtischen Behörden (J. M. Bl. 1856 S. 161) und in dem Erk. v. 8. März 1856 in Bezug auf die im sicherheitspolizeil. Interesse getroffenen Anordnungen der Polizei-Behörden. (J. M. Bl. 1856 S. 127, M. Bl. d. i. V. 1856 S. 152—154.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Juli 1848 angenommen. (Rechtsf. Bd. 4. S. 227 Nr. 110.)

Auch spricht das Erk. desselben v. 9. Juni 1852 aus, daß es zur Ausschließung der Possessorienklage nicht einer schriftlichen Verfügung der Polizeibehörde bedürfe, sondern der Umstand allein entscheidend sei, daß eine Anordnung als Ausfluß der Polizeigewalt erlassen worden. (J. M. Bl. 1854 S. 111 sub Nr. 46.)

b) Auch gegen sanitätspolizeiliche Verfügungen der Behörde ist die Possessorienklage unzulässig.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 17. Febr. 1855 (J. M. Bl. 1855 S. 168) und speziell in Bezug auf Anordnungen über die Beerdigung von Leichnamen auf einem Begräbnißplatze unterm 3. Juni 1854. (J. M. Bl. 1854 S. 392.)

c) Auch gegen strompolizeiliche Anordnungen der Verwaltungs-Behörden findet die Possessorienklage nicht statt, insbesondere nicht zum Schutze im Besitze eines behaupteten Fischereirechtes.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 3. Juni 1854 (J. M. Bl. 1854 S. 375) und 4. Okt. 1856 (J. M. Bl. 1857 S. 47).

d) Die Possessorienklage gegen straßen- und wegepolizeiliche Anordnungen ist unzulässig.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 16 April 1853 (J. M. Bl. 1853 S. 232—233) und unterm 4. Febr. 1854 (J. M. Bl. 1854 S. 295—296).

Insbesondere ist gegen die im wegepolizeilichen Interesse getroffenen Anordnungen der Polizeibehörden eine Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes unstatthaft.

Erkannt von demselben Gerichtshofe unterm 8. März 1856. (J. M. Bl. 1856 S. 127.)

Auch ist die Possessorienklage unzulässig gegen eine polizeiliche Verfügung, durch welche ein streitiger Weg für einen öffentlichen erklärt und die Benutzung desselben Jedermann freigegeben wird, auch dann, wenn die Klage nicht gegen die Polizeibehörde, sondern gegen einen Dritten gerichtet wird.

Erkannt von demselben Gerichtshofe unterm 4. Okt. 1856. (J. M. Bl. 1857 S. 36.)

e) Gegen die Anordnung der Polizeibehörde, durch welche die Hinwegräumung der den Weg sperrenden Hecke angeordnet worden, ist die Possessorienklage und der Rechtsweg unstatthaft.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 22. Nov. 1851. (J. M. Bl. 1852 S. 60.)

Insbesondere auch gegen Anordnungen der Verwaltungsbehörden, durch welche die Sperrung eines öffentlichen Weges beseitigt wird.

Erkannt von demselben Gerichtshofe unterm 5. März 1853. (J. M. Bl. 1853 S. 179—180.)

f) Gegen Verfügungen der Bergbehörden, in ihrer Eigenschaft als Bergpolizei-Instanz, durch welche der eigenmächtige Betrieb des Bergbaues auf einem gewissen Punkte, dessen Muthung nicht als annehmbar befunden worden ist, untersagt wird, findet die Possessorienklage nicht statt.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 12. Jan. 1856. (J. M. Bl. 1856 S. 70.)

g) R. der Min. des Inn., der geistl. rc. Angel. und der Just. v. 31. Aug. 1844. Auch gegen polizeiliche Verfügungen in Landeshoheitssachen ist die Possessorienklage unstatthaft, insbesondere gegen ein von der Verwaltungsbehörde festgesetztes Interimistikum, auch in Angelegenheiten, welche die Verwaltung und Beaufsichtigung milder Stiftungen betreffen. (M. Bl. d. i. V. 1844 S. 282.)

h) Vergl. die Erg. zur A. G. O. Einl. §. 1.

2) Gegen unternommene Expropriationen findet keine possessorische Klage statt.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 28. Dec. 1850 und 3. Mai 1856. (J. M. Bl. 1850 S. 67 u. 1856 S. 161.)

3) Gegen Verfügungen der Regierungen, wodurch wegen Dienste die Administrativ-Exekution angeordnet ist, findet die Possessorienklage nicht statt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 18. Mai 1847, auf Grund des §. 42. der V. v. 26. Dec. 1808 und des §. 11. der Reg. Instr. v. 23. Okt. 1817. (Rechtsf. Bd. 1. S. 183 Nr. 86.)

4) Die Befugniß der Regierung, nach §. 42. Nr. 4. der V. v. 26. Dec. 1808 einen Pächter nach abgelaufener Pachtzeit zu exmittiren, setzt ein Zeitpachtsverhältniß voraus; wenn dagegen dieser Fall nicht vorliegt, so findet gegen die von der Regierung gegen Pächter fiskalischer Grundstücke (insbesondere Zeitemphyteuten) verfügten exekutivischen Maßregeln die Possessorienklage statt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 24 Okt. 1856 (Entsch. Bd. 34. S. 86) und von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 3. Febr. 1855. (J. M. Bl. 1855 S. 108.)

§§. 146. 147. 150. I. Betreffend die Frage: welchem Besitzer die Possessorienklage zusteht oder verfügt ist?

1) Ueber die Zulässigkeit der Possessorienklage Seitens des bloßen Inhabers vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 26. März 1852 in den Erg. zum §. 140. h. t.

2) Der Schutz im Besitze affirmativer Rechte kann im possessorischen Rechtswege nicht in Anspruch genommen werden.

Vergl. die Erg. zu den §§. 80. u. 126. h. t.

3) Aus Vertragsverhältnissen, in welchen der eine Theil sich verpflichtet hat, gewisse Handlungen zu unterlassen, findet, wenn der

Verpflichtete dieser Bestimmung zuwiderhandelt, eine Klage wegen Besitzstörung nicht statt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Aug. 1838 [1]). (Präj. Nr. 503.) (Präj. Samml. S. 252.)

4) Der Schutz durch die Besitzstörungsklage findet zwar nur bei solchen Rechten statt, bei welchen eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Entziehung oder Störung denkbar ist. Zu den Rechten, welche hiernach Anspruch auf Schutz durch die Besitzklage haben, gehört aber auch der Gewerbebetrieb. Der Gewerbetreibende kann daher die Besitzklage mit Erfolg anstellen, wenn derselbe durch Handlungen eines Andern, welche darauf berechnet sind, den zum Betriebe des Gewerbes erforderlichen Kredit zu zerstören, in dem Betriebe dieses Gewerbes gestört wird.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853.

Das Preuß. Recht unterscheidet wie das Röm., als Wirkungen des Besitzes: Usukapion und Interdikte. Nach §§. 146., 147., 150. h. t. u. §. 1. A. G. O. I. 31. können nur solche Rechte Gegenstand des Interdiktenbesitzes sein, bei welchen eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Entziehung oder Störung denkbar ist. (Bornemann's System Bd. 1. S. 584 ff., Koch's Priv. R. Thl. I. S. 308, 322.) Deshalb findet das possessorium zum Schutze im Besitze eines affirmativen Rechts nicht statt. (Präj. v. 22. März 1844, Entsch. Bd. 10. S. 97 [2]). Dies schließt indeß die Zulässigkeit der Besitzstörungsklage im vorliegenden Falle nicht aus. Das Recht zum Gewerbebetriebe kann unter keins der in den §§. 80—87. h. t. aufgeführten subsumirt werden; es ist weder ein affirmatives oder Untersagungsrecht, noch ein negatives. Die Beziehung auf einen bestimmten Verpflichteten, welche die Fälle der §§. 80—87. voraussetzen, ist nicht vorhanden. (Bornemann, a. a. O. S. 569., 571.) Die Materialien zum A. L. R. (vergl. Simon's und v. Strampff's Material. S. 140, 250) ergeben auch, daß bei der Klassifizirung der Rechte a. a. O. nicht sowohl an den Interdikten-, als vielmehr auf den Usukapionsbesitz Rücksicht genommen ist, daß also die §§. 80—87. h. t. bei der Untersuchung, an welcherlei Rechten ein Besitz im engeren Sinne möglich ist, nicht ausschließlich maßgebend sind. Derselbe ist vielmehr auf alle Rechte anzuwenden, welche ein dauerndes Rechtsverhältniß begründen, und einer gewaltsamen, heimlichen oder bittweisen Verletzung fähig sind. Dazu gehört eine Gattung von selbstständigen Vermögensrechten, nach welchen den Berechtigten, ohne Beziehung auf den Besitz einer Sache oder eine bestimmte verpflichtete Person, gewisse Handlungen oder Befreiungen zustehen, die s. g. Gerechtigkeiten oder Berechtigungen, von den Prädial-Servituten dadurch unterschieden, daß sie nicht nothwendig mit einem berechtigten Grundstücke verknüpft sind, auch nicht nach Art der Reallasten auf einem verpflichteten Grundstücke ruhen, sondern absolut, wie das Eigenthum, gegen Jedermann gelten und durch die denselben zustehenden petitorischen und possessorischen Rechtsmittel geschützt werden. — Eine Klasse dieser Gerechtsame bilden die Gewerbe-Gerechtsame, welche als absolute Vermögensrechte, die sich in einer wiederholten Thätigkeit des Berechtigten äußern, gewaltsam gestört, mithin durch die Possessorienklage geschützt werden können.

(Entsch. Bd. 24. S. 392.)

---

[1]) Der diesem Präj. zum Grunde liegende Rechtsfall wird im J. M. Bl. 1854 S. 101 sub Nr. 3. mitgetheilt. Einem Miether war im Miethsvertrage zur Bedingung gemacht, daß in dem vermietheten Lokale keine Schankwirthschaft betrieben werden dürfe. Der Vermiether behauptete, daß dies dennoch geschehe, und daß der Miether ihn hierdurch in Ausübung der ihm kontraktlich zustehenden Befugnisse störe. Er klagte daher auf Schutz in seinem Besitze und Verurtheilung des Verklagten, sich der ferneren Störung desselben durch Betreibung der Schankwirthschaft in dem vermietheten Lokale bei Strafe zu enthalten. Diese Klage erklärt das Präj. für unstatthaft. Denn der Miether, welcher der Bedingung des Vertrages entgegen handle, verletze den Vertrag und das durch diesen bestimmte Recht selbst. Werde dieses Recht ein Untersagungsrecht genannt, so habe der Verklagte den Kläger nicht in dessen Besitze gestört, da Kläger dessenungeachtet von der Ausübung seines Rechtes durch Widerspruch, Verbot und Bezeigung seines Mißfallens habe Gebrauch machen können. Verklagter habe vielmehr das Vertragsrecht gestört und die ihm dadurch gesteckten Grenzen überschritten. Der wahre Charakter seiner Handlungsweise sei daher nicht Besitzstörung, sondern Verletzung und Ueberschreitung des Vertragsrechtes, und eben deswegen könne nur aus dem Vertrage auf Unterlassung der kontraktwidrigen Handlung geklagt werden. — Der Verfasser des Aufsatzes im J. M. Bl. 1854 S. 102 bemerkt hierzu, daß das Präj. etwas zu weit gefaßt sei, indem man danach z. B. auch das Betreten eines Gartens, welcher von der Vermiethung ausgeschlossen, und dessen Betretung in dem Miethsvertrage ausdrücklich untersagt worden, als eine Handlung ansehen könnte, welche eine Klage wegen Besitzstörung unter den obwaltenden Verhältnissen nicht begründet.

[2]) Vergl. die Erg. zu den §§. 80. u. 126. h. t. Zus. 1.

5) Besitzstörungsklage in Bezug auf negative Rechte.

a) Gegen Störungen im Besitze negativer Rechte, wenn diese auch persönliche, nicht dingliche Rechte sind, sich aber auf den Besitz von Sachen beziehen, findet das possessorische Rechtsmittel statt.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1843 [1]). (Präj. Nr. 1358.) (Präj. Samml. S. 252.)

b) Dagegen ist der Possessorien-Prozeß auch in Betreff negativer Rechte (z. B. Hütungs- oder anderen Nutzungs-Berechtigungen) unzulässig, wenn über die Grenzen der Befugnisse des Eigenthümers einerseits und des Berechtigten andererseits Streit entsteht und der Berechtigte sich nicht im Besitze eines Untersagungsrechtes befindet. Es ist vielmehr die Zulässigkeit der Possessorienklage auf unmittelbare Entziehungen oder Störungen des Besitzes des Hütungs-Berechtigten zu beschränken, in allen anderen Fällen aber ein Streit über die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Eigenthümers in petitorio auszutragen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juli 1851.

Ein Weideberechtigter hatte bis in die neueste Zeit sein Recht in der Art ausgeübt, daß sein Vieh nach allen Richtungen der ungeschlossenen Waldreviere getrieben wurde. Der Waldeigenthümer hatte mitten durch den Forst einen Wildzaun setzen lassen, so daß dem Berechtigten zwar dadurch kein Terrain entzogen wurde, er aber mit seinem Vieh nur auf großen Umwegen zu den hinter dem Zaun belegenen Waldstrecken gelangen konnte. Er klagte in possessorio auf Wegnahme des Zauns. Das Gericht I. Instanz erkannte nach dem Antrage. Das Ob. Trib. vernichtete das Urtel und wies den Kläger ab, weil sonst der Eigenthümer zu jeder Handlung, die möglicherweise den Berechtigten irgendwie belästige oder den Zustand des Grundstückes ändere, die Erlaubniß des Berechtigten einholen oder sein Recht in petitorio erstreiten müßte und also insoweit aufhören würde, Besitzer des Grundstücks zu sein, vielmehr der Hütungs-Berechtigte ganz an seine Stelle treten würde. Eine solche Wirkung habe der Besitz des Hütungsrechts nicht; solcher erstrecke sich eben nur auf die Ausübung des Hütungsrechts, ohne den Besitz des Eigenthümers im Uebrigen aufzuheben oder zu verändern. (J. M. Bl. 1851 S. 383 Nr. 30.)

Mit Bezug hierauf bemerkt indeß Koch:

Die Sache läßt sich jedoch auch von einer andern Seite ansehen. Man kann ebenso gut sagen, der Rechtsbesitz reicht gerade soweit wie das Recht; soweit das Recht selbst mit der Petitiorenklage verfolgt werden kann, muß auch für den Besitz des Rechts Schutz gefordert werden können. Die Worte des Ob. Trib. drücken kein Prinzip aus. Dasselbe scheint sagen zu wollen, daß es ungewiß sei: ob das Hütungsrecht so weit gehe, daß es den Eigenthümer an der freien Handlung hindere; daß folglich dieses erst in petitorio erstritten werden müsse, daß folglich der Rechtsbesitz in der streitigen Ausdehnung nicht dargethan sei. Das ist richtig. Der Streit berührt nicht den Besitz des Hütungsrechts, auch nicht dessen räumliche (körperliche) Ausdehnung, sondern den innerlichen (qualitativen) Umfang des Rechtes. Und darüber kann, außer dem Falle eines Untersagungsrechts, bezüglich auf bestimmte Handlungen in possessorio nicht gestritten werden. (Landr. Bd. 1. zum §. 81. h. t.)

Das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Sept. 1853 nimmt zwar gleichfalls den in dem Präj. v. 9. Juli 1851 aufgestellten Grundsatz an, daß ein Streit über die Grenzen der Befugnisse, welche einerseits dem Eigenthümer eines Grundstückes, andererseits dem Hütungs- oder Nutzungs-Berechtigten zustehen, nicht im Possessorien-, sondern nur im Petitorien-Prozesse geschlichtet werden kann, bemerkt indeß, daß dieser Grundsatz bei Handlungen des Eigenthümers, welche in den Besitz des Nutzungs-Berechtigten eingreifen, keine Anwendung finde. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 21 Nr. 6.)

Vergl. auch den Rechtsfall und das Erk. des Ob. Trib. v. 18. Mai 1838 in Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 281 ff. und den Aufsatz im J. M. Bl. 1854 S. 102 sub Nr. 5.

c) Die Frage: ob der Eigenthümer die dem unvollständigen Besitzer gegenüber ihm verbliebenen Rechte überschritten hat, kann nur im Petitorien-Prozesse entschieden werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 323 Nr. 77.)

Insbesondere kann der Streit zwischen dem Miether uud Vermiether über die Auslegung des Miethsvertrages und über die Rechte,

---

[1]) Der Verfasser des Auff. im J. M. Bl. 1854 S. 102 (sub Nr. 4.) bemerkt hierzu, daß das Erk., aus welchem dies Präj. geschöpft ist, zu den Worten: »sich aber auf den Besitz von Sachen beziehen«, keinen Anlaß giebt.

welche aus demselben dem Miether zustehen, nicht im Possessorien-, sondern nur im Petitorien-Prozesse entschieden werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 22 Nr. 83.)

Handelt es sich dagegen nicht um die bloße Auslegung des Miethsvertrages, sondern um den Besitz eines Rechtes, welches neben demselben von dem Miether frei, öffentlich und ungestört als ein ihm für die Dauer seines Benutzungsrechtes gebührendes ausgeübt worden ist, so steht dem Miether gegen den ihn in dem Besitze dieses Rechtes störenden Vermiether die Possessorienklage zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1857, indem ausgeführt wird, daß das negative Recht, für dessen Besitz der possessorische Schutz verlangt wird, im Sinne des §. 82. h. t. nicht ein immerwährendes zu sein brauche, sondern daß es genüge, wenn die Befugniß als ein wirkliches Recht, also opinione juris, und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich geübt sei.

(Entsch. Bd. 35. S. 14, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 268 Nr. 65.)

d) Der possessorische Schutz für den Besitz eines negativen Rechtes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dabei sekundär eine Handlung des Verpflichteten in Betracht kommt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1846. (Entsch. Bd. 34. S. 81, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 163 Nr. 41.)

Vergl. die Erg. zum §. 80. h. t. Zus. 2.

6) Stehen die possessorischen Rechtsmittel auch dem unredlichen Besitzer, und namentlich demjenigen zu, welcher den Besitz gewaltsam, heimlich oder bittweise erlangt hat?

a) Es verneinen: Simon und v. Strampff (Mat. S. 618), Bornemann (System Bd. 1. S. 532 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 1. S. 267 Anm. 3) und Thöne (Lehrb. Bd. 1. Abthl. 2. S. 303—305), sich darauf stützend, daß derjenige, welcher auf die angegebene fehlerhafte Art zur Ausübung eines Rechtes gelange, nicht einmal bloßer Inhaber im rechtlichen Sinne werde, und daß nach §§. 14. u. 16. A. G. O. I. 31. schon, wenn der Besitz des Klägers vom Gegner nur bescheinigt werde, der possessorische Prozeß in das petitorium verwiesen werde. Derselben Meinung ist Schröter, welcher bemerkt, daß nach §. 137. h. t. die Rechte des Besitzes nur dem Inhaber zustehen, welcher die Pflicht übernommen habe, für einen Anderen zu besitzen; deshalb könne der unredliche Besitzer, welcher nicht nur keine Pflicht zu besitzen übernommen, sondern pflichtwidrig besitze, auf die Rechte des Besitzes keinen Anspruch machen. Insbesondere werde das Retentionsrecht dem unredlichen Besitzer im §. 538. A. L. R. I. 20. ausdrücklich abgesprochen; die Selbsthülfe setze einen abzuwendenden Schaden voraus, von dem im rechtlichen Sinne bei dem unredlichen Besitzer, welcher kein Recht habe, nicht die Rede sein könne; in Betreff des possess. summar. müsse nach §. 16. A. G. O. I. 31. der Streit schon dann in das petitorium verwiesen werden, wenn der fehlerhafte Besitz des Klägers nur bescheiniget werde; dasselbe müsse also um so mehr dann geschehen, wenn die Unredlichkeit des Klägers feststehe, zumal der unredliche Besitz dem vi, clam und precario erworbenen im § 14. A. G. O. I. 31. und §. 19. h. t. in dieser Beziehung ganz gleichgestellt sei.

(J. Z. 1832 S. 525, Civil. Verf. Hft. 1. S. 12—16.)

b) Dagegen bejahen: der Verf. des Auff. im Centralbl. 1839 S. 1149; weil jeder Inhaber den Besitzschutz beanspruchen könne; ferner: Koch (Besitz S. 34—35), v. Rönne (System des Pr. Civilr. Bd. 1. S. 119 Anm. 1), indem sie sich darauf stützen, daß sonst die in Besitz genommene Sache durch Gewalt und Betrug von Hand in Hand würde gehen können. Koch legt indessen dem fehlerhaft erworbenen Besitze gegen den, von welchem er auf die fehlerhafte Weise erworben ist, keine Wirkung bei.

Dieser Ansicht ist auch der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. Dec. 1853, welches annimmt, daß der, welcher sich auf fehlerhafte Weise in den Besitz einer Sache gesetzt hat, zwar den Schutz im Besitze beanspruchen kann, daß indeß demjenigen gegenüber, welchem der Besitz auf die in dem §§. 146. ff. h. t. bezeichnete unredliche oder sonst fehlerhafte Weise entzogen worden ist, die bloße Thatsache des neuesten Besitzes keinen Schutz im Possessorien-Prozesse finde, wie dies die Bezugnahme des §. 14. A. G. O. I. 31. auf die §§. 19. u. 146. ff. A. L. R. I. 7. ergebe.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 89 Nr. 21.)

c) Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung ferner folgende Grundsätze ausgesprochen:

α) Sind Besitzhandlungen vorgenommen worden, die nicht auf einen fehlerhaften Erwerb schließen lassen, so gehört der Nachweis des besonderen Fehlers zu den Einwendungen des Verklagten, wie auch im §. 14. A. G. O. I. 31. vorausgesetzt ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Juni 1852. (J. M. Bl. 1854 S. 106 Nr. 21.)

β) Handlungen, die gegen ein Verbotsgesetz laufen, begründen die Possessorienklage nicht. Denn nach §. 35. A. L. R. I. 3. kann aus unerlaubten Handlungen der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte, also auch kein Klagerecht erlangen, womit die §§. 67 ff. h. t. und die §§. 14. u. 16. A. G. O. I. 31. übereinstimmen. Demgemäß kann der Hütungs-Berechtigte, welcher gegen das mit Strafe bedrohte ausdrückliche Verbot einer Forstordnung, fremdes Schaafvieh aufgetrieben hat, bei erfolgter Pfändung das poss. summ. nicht anstellen, wenn er auch seit Jahren fremdes Vieh in die Forst getrieben haben sollte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 170 Bd. 80.)

Ebenso wenig kann der Raff- und Leseholz-Berechtigte, welcher wider den als Verbotsgesetz anzusehenden §. 219. A. L. R. I. 22. Aexte, Beile oder andere schneidende Instrumente, wodurch stehende Bäume oder Aeste herunter gebracht werden können, in den Wald genommen hat und deshalb gepfändet worden ist, aus der früheren ununterbrochenen Vornahme dieser Handlungen einen in poss. zu schützenden Besitz herleiten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. April 1852. (J. M. Bl. 1854 S. 106 Nr. 22.)

Desgl. kann der, welcher vor der nach der Feld-Polizei-Ordn. v. 7. Nov. 1847 zulässigen Zeit, Vieh aufgetrieben hat, bei erfolgter Pfändung nicht wegen Störung im Besitze klagen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. und 15. April 1853. (a. a. O.)

γ) Wer wegen Entnahme von Holz aus einem Walde als Dieb bestraft worden, kann aus späterer Holzfällung in demselben Walde keine Klage auf Schutz im Besitze herleiten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1850. (J. M. Bl. 1854 S. 106 Nr. 23.)

d) Vergl. über die Frage Strohn, Abhandl. in Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 352 ff.

7) Die bloße Unrechtfertigkeit des Besitzes schließt die Possessorienklage nicht aus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Jan. 1857.

Wenngleich der unrechtfertige Besitzer nicht usukopiren kann, obgleich auch dies nicht unbestritten ist, so afficirt dessen Irrthum in der Gültigkeit seines Besitztitels doch weder dessen Redlichkeit, noch die Eigenschaft des vollständigen Besitzes, zumal der böse Glaube, die Unredlichkeit, vom Begriffe des unrechtfertigen Besitzes ebenso verschieden ist, als Wissen und Irrthum, welche beiden Begriffe sich gegenseitig ausschließen. Daß aber nur der mala fides, dem offenbar unredlichen Besitze, der possessorische Schutz versagt sein soll, besagt ganz deutlich der §. 14. A. G. O. I. 31. Dazu kommt, daß die von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes verschiedene Frage, ob der Erwerb desselben ein rechtmäßiger sei, in das Possessorium nicht hineingezogen werden darf.

(Entsch. Bd. 34. S. 78, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 226 Nr. 55.)

8) Durch die auf Grund eines mündlichen Vertrages erfolgte Tradition eines Grundstückes gelangt der Erwerber in den Besitz dieses Grundstückes, und kann sich in diesem Besitze durch possessorische Rechtsmittel schützen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Juli 1840 (Entsch. Bd. 17. S. 276) und von dem III. Sen. desselben unterm 7. Nov. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 173 Nr. 36.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 233. und J. M. Bl. 1854 S. 104 Nr. 10.

Dasselbe gilt, wenn ein Grundstück auf Grund eines mündlichen Vertrages zum Nießbrauche übertragen worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 132 Nr. 28.)

9) Wenn ein nutzbares Recht, z. B. eine Fischereigerechtigkeit, verpachtet ist, und ein Dritter den Pächter in der Benutzung dieses Rechtes stört, so ist auch der Verpächter zur Anstellung der Possessorienklage gegen den Störenden berechtiget.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1854.

Der vollständige Besitz eines Gutes schließt zugleich den der Pertinenzen desselben ein, und dazu gehört auch der Besitz der subjektiv-dinglichen Rechte (§. 52. A. L. R. I. 7.). Wird ein solches Recht verpachtet, so erlangt der Pächter zwar den Besitz seines Pachtrechtes und dessen Gewahrsam (possessio naturalis), nicht aber den vollständigen, den Civilbesitz; dieser verbleibt vielmehr dem Verpächter (§§. 1—5., 124., 137. A. L. R. I. 7. und §. 434. A. L. R. I. 21.). Er ist daher auch zur Anstellung der Possessorienklage legitimirt.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 84 Nr. 26.)

10) Ueber die Frage: ob von mehreren Mitbesitzern auch ein Einzelner ohne Zuziehung der übrigen die Besitzstörungen eines Dritten mit der Possessorienklage verfolgen kann? vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Juni 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 180 Nr. 34.) in den Erg. zum A. L. R. I. 17. §§. 10—24.

II. Begriff der Turbation. 1) Ein jeder eigenmächtiger unbefugter Eingriff in das Eigenthum eines Anderen durch Ausübung der darin liegenden Befugnisse ist für eine gewaltsame Besitzstörung im Sinne der §§. 146. u. 150. h. t. zu achten.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. April 1845. (Präj. Nr. 1565.) (Präj. Samml. S. 24 u. 252.)

2) Ueberhaupt liegt in jeder freiwilligen, gegen den Besitz gerichteten unbefugten Disposition, welche sich ein Anderer ohne Erlaubniß des Besitzers anmaßt, eine Störung des Besitzes, insofern nicht besondere Ausnahmen eintreten müssen. Die Form der Störung ist dabei ganz gleichgültig [1]).

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 4. Mai 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 177 Nr. 83.) v. 18. Febr. 1848 (a. a. O. Bd. 3. S. 361 Nr. 177.), v. 31. März 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 346 Nr. 76.) und v. 30. Mai 1853 (a. a. O. Bd. 9. S. 217 Nr. 45.).

3) Dagegen ist eine Handlung, welche sich als der Ausfluß eines Rechtes darstellt, nicht als Besitzstörung anzusehen. Daher involvirt es keine Besitzstörung gegen die Eigenthümer von öffentlichen Flüssen, wenn die Schiffer sich des Leinpfades an selbigen bedienen, daran landen, die Schiffe befestigen und die Ladung eine Zeitlang in Nothfällen an das Ufer aussetzen (A. L. R. II. 15. §§. 47., 57., 58., 60.), und eben so wenig ist das zeitweise Anlegen von Flößen in öffentlichen Flüssen für sich allein als eine Störung der Fischereiberechtigten anzusehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850.
(J. M. Bl. 1854 S. 108 Nr. 36.)

4) Ebenso enthält auch der wider den Willen des Besitzers einer Kirchenbank vom Kirchenvorstande angeordnete Anstrich derselben keine Besitzstörung.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juli 1851.

Die in Rede stehende Handlung ist nur eine im Interesse der Konservation des Kirchengebäudes getroffene allgemeine Maßregel, welche auf die einen integrirenden Theil jenes Gebäudes bildende Bank ausgedehnt worden. Darin liegt eine Turbation im Sinne der §§. 146. sqq. h. t. um so weniger, als selbst erblich verliehene Kirchenstellen Eigenthum der Kirchengesellschaften bleiben [2]).
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 5 Nr. 3.)

5) Die Seitens des Pächters geschehene Untersagung und Verhinderung der von dem Verpächter Behufs Wiederherstellung eines abgebrannten Gebäudes beabsichtigten Betretung des verpachteten Grundstücks enthält eine Besitzstörung.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 95 Nr. 21.)

[1]) Vergl. auch das Erk. des O. L. G. zu Paderborn v. 29. Sept. 1823 (Simon's R. Bd. 2. S. 401—406).

[2]) Vergl. das R. v. 7. Dec. 1841 (J. M. Bl. 1842 S. 7) in den Erg. zum A. L. R. II. 11. §§. 681—683.

6) Die Verfügung des Eigenthümers über die vermiethete Sache enthält nur dann eine Störung des Besitzes des Miethers, wenn Ersterer in Bezug auf die Gebrauchs- und Nutzungsrechte des Letzteren unmittelbar in dessen Besitzstand eingegriffen hat.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 323 Nr. 77.)

7) Die Besitzstörungsklage findet auch dann statt, wenn die vom Grundbesitzer vorgenommene Handlung die Ausübung der Servitut zwar augenblicklich nicht hindert, solche aber erschwert.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 18. Mai 1838.
(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 286.)

8) Auch solche Handlungen sind für besitzstörende zu erachten, deren Einwirkungen erst in der Folge, dann aber, und zwar als nothwendige Folge der Handlung selbst, mit Sicherheit eintreten. Deshalb sind z. B. Anpflanzungen, die mit ihrer Anlage und naturgemäßen Entwickelung den bereits im Besitze eines Anderen befindlichen Anpflanzungen, wenn auch erst in späterer Zeit, nothwendig schädlich werden, als Besitzstörungen anzusehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Febr. 1856. (Striethorst's Arch. Bd 20. S. 145 Nr. 36.)

9) Die trotz der erfolgten Wiederaufhebung einer polizeilichen Verfügung auf Untersagung der Benutzung eines Weges von dem Grundbesitzer unterlassene Beseitigung der von ihm vorher geschehenen Sperrung dieses Weges enthält eine Störung des Besitzes des Wegeberechtigten.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Sept. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 164 Nr. 38.)

10) Die Verschließung eines auf dem zur Kommunikation mit dem Hofe des Berechtigten dienenden Wege befindlichen, bis dahin nicht verschließbar gewesenen Schlagbaumes Seitens des Eigenthümers enthält eine zum Possessorienprozesse berechtigende Störung des Besitzes des Ersteren auch dann, wenn demselben ein Schlüssel Behufs Oeffnung des Schlagbaumes übergeben worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 271 Nr. 66.)

11) Findet die Possessorienklage wegen bloßer vorübergehender Beunruhigung im Besitze, und insbesondere wegen bloßer Drohungen statt?

a) Das Justizmin. spricht in dem R. v. 8. Juni 1832 aus, daß die Possessorienklage eine schon erfolgte Beunruhigung im Besitze voraussetze, und daß mithin eine bloß mögliche, wenngleich vorauszusehende Beunruhigung nicht genüge, um in possessorio zu klagen.
(Just. Min. Gen. A. P. Nr. 48. fol. 74.)

In dem R. v. 10. Nov. 1837 nimmt dasselbe an, daß die Possessorienklage nicht bloß wegen dauernder, sondern auch wegen bloß vorübergehender Beunruhigung im Besitze zuläßig sei.
(Just. Min. Gen. Akt. III. 8180.)

b) Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 18. Sept. 1850 angenommen, daß nur die thatsächliche Alterirung des Besitzes eine Störung involvirt, und daß eine solche Alterirung nicht durch Klage und Denunciation bei dem Richter erfolgt.
(J. M. Bl. 1854 S. 110 Nr. 39.)

Unter Bezugnahme hierauf spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Febr. 1855 aus, daß die Denunciation wegen unbefugten Fischens keine Besitzstörung enthält.
(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 23. Nr. 6.)

Eben so wenig ist in der Denunciation wegen Jagdkontravention eine Störung des Jagdrechtes enthalten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Jan. 1848.

Die §§. 146—150. h. t. sind nur von einer thatsächlichen, nicht von einer rein intellektuellen Störung, worin sie in dem Bestreiten eines Rechtes in einer Klage oder Denunziation vielleicht liegen würde, zu verstehen. Wer den Richter antritt und ihn zur Entscheidung über streitig gewordene Rechtsverhältnisse auffordert, begeht keine Besitzstörung, keine Eigenmacht; er betritt nur den vom Gesetze vorgeschriebenen Weg, eine Entscheidung über das Recht zum Besitze herbeizuführen, alterirt aber nicht den thatsächlichen Besitzstand. (Rechtsf. Bd. 3. S. 271 Nr. 134.)

In dem Erk. v. 20. Febr. 1857 führt derselbe Sen. unter Bezugnahme auf die obigen aufrecht zu erhaltenden Präj. aus, daß

unter Umständen allerdings eine Besitzstörung in der Denunciation enthalten sein könne. Wenn nämlich die Denunciation so angethan ist, daß der Besitzer ohne Possessorienklage sich nicht in seinem Besitze zu behaupten vermag, so berühre die erhobene Denunciation seinen Besitzstand; sein ruhiger Besitzstand sei dann ein angefochtener und ein solcher geworden, daß dessen Ruhe erst durch richterlichen Schutz wiederherzustellen sei. Damit aber falle die Existenz einer Turbation nothwendig zusammen. (Entsch. Bd. 35. S. 21.)

c) Bloße mündliche Drohungen, eine Besitzstörung vornehmen zu wollen, enthalten für sich selbst noch nicht eine wirkliche Besitzstörung.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1252.) (Präj. Samml. S. 24.)

Denselben Grundsatz spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Febr. 1854 aus. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 164 Nr. 37.)

Das Erk. desselben Sen. v. 20. Febr. 1856 giebt indeß den vorstehenden Präjudikaten folgende einschränkende Auslegung:

Das Präj. 1252. stellt zwar den Grundsatz fest, daß bloße mündliche Drohungen, eine Besitzstörung vornehmen zu wollen, für sich selbst noch nicht eine wirkliche Besitzstörung enthalten, und nach der Entsch. v. 22. Febr. 1854 gehört zur Turbation ein thatsächliches, irgend wie aktiv sich äußerndes Einschreiten, eine auf den äußeren Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde Handlung, so daß das, wenn auch schriftlich und unter event. Drohung von Thätlichkeiten, erfolgte Bestreiten eines Rechts dahin nicht zu rechnen ist. Wenn indeß das Verbot an Ort und Stelle gegen die in der Ausübung des Rechts befindlichen Personen und unter Androhung von Mißhandlungen erfolgt ist, so muß der Bedrohte annehmen, daß, wenn er nicht von der Handlung abstehe, der Drohende unmittelbar zu Thätlichkeiten schreiten und ihn zwingen werde, dem Verbote Folge zu leisten. Der Drohende macht sich also in diesem Falle nicht bloß einer ein künftiges Ereigniß betreffenden Drohung, wie die obgedachten Entscheidungen voraussetzen, sondern eines thatsächlichen Einschreitens gegen die in der Ausübung begriffenen Personen schuldig. Ein solches Einschreiten aber muß als wirkliche Besitzstörung angesehen werden.

(Entsch. Bd. 32. S. 33, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 189. Nr. 46.)

Koch findet, daß die Präj. des Ob. Trib. v. 16. Jan. 1843 Nr. 1282, v. 22. Febr. 1854 und v. 20. Febr. 1856 nicht miteinander zu vereinigen sind, und ist der Ansicht, daß der §. 150. h. t. sich auf Besitzstörungen, welche nicht den Verlust des Besitzes zur Folge haben (das interdictum retinendae possessionis), bezieht. Dergleichen Störungen könnten nur durch Thätlichkeiten bewerkstelligt werden, jedoch genüge dazu schon die Androhung künftiger Thätlichkeiten, wie bei der Negatorienklage die bloße Behauptung eines Rechtes. Dagegen seien intellektuelle Störungen durch Behauptung eines Rechtes und Aeußerungen ohne Androhung von Gewalt niemals Besitzstörungen.

(Landr. Bd. 1. zum §. 150. und Nachtr. dazu in Bd. 4. S. 1251.)

Vergl. Koch's Lehre vom Besitz S. 265 — 267.

12) Wenn der angeblich Turbirte sich mit der als Störung bezeichneten Handlung im Voraus einverstanden erklärt, oder solche hinterher gutgeheißen, und dergestalt durch seine Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß ein vitium possessionis nicht vorhanden sei, so findet die Besitzstörungsklage nicht statt, und es genügt, wenn auch die Zustimmung nur mündlich erklärt worden ist.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Juni 1855.

(Entsch. Bd. 34. S. 84, Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 42 Nr. 9.)

13) Wenn über die Frage zu entscheiden ist, ob die Handlung, welche als besitzstörende bezeichnet wird, den Charakter einer Turbation darum nicht an sich trage, weil sie als Ausfluß eines Rechtes sich darstelle, so muß auch im Possessorienstreite das Recht zur Vornahme jener Handlung der Beurtheilung unterzogen werden.

So erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853 (Entsch. Bd. 25. S. 1). Ebenso unterm 21. Dec. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 176 Nr. 38.).

Es versteht sich aber von selbst, daß die Behauptungen nicht aus dem Rechte zum Besitze hergenommen sein dürfen, sondern aus dem Rechte des Besitzes entnommen werden müssen, weil das Recht zum Besitze dem Besitzstande gegenüber im Possessorium nicht in Betracht kommt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 312 Nr. 62.)

14) Die Besitzstörung hört nicht auf, eine Störung zu sein, wenn der Verklagte selbst einräumt, die Handlung ohne Befugniß vorgenommen zu haben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. April 1852; denn es sei eine Störung auch dann anzunehmen, wenn der Störende den Mangel jedes Rechtes selbst eingeräumt und deshalb auf Einräumung einer nothwendigen Servitut geklagt habe. Die Störung sei vielmehr in einem solchen Falle um so ungebührlicher.

(J. M. Bl. 1854 S. 109 Nr. 38.)

In dem Erk. v. 10. Sept. 1852 hat dagegen der III. Sen. des Ob. Trib. den Grundsatz ausgesprochen, daß eine Turbation nicht anzunehmen, und daher die Possessorienklage unzulässig sei, wenn der Störende die Handlung nicht in der Absicht vorgenommen habe, den Besitz der Sache oder eines sich auf dieselbe beziehenden Rechtes zu ergreifen. Die Gründe der Entscheidung bemerken in dieser Beziehung:

Der possessorische Anspruch kann, wie in den Motiven des Pl. Beschl. v. 2. April 1849 [1]) gezeigt worden, bei geschehenen Entsetzungen aus dem Besitze nur gegen denjenigen gerichtet werden, welcher sich selbst und für sich in den Besitz einer Sache oder eines Rechtes gesetzt hat und bei Anstellung der Klage noch in solchem Besitze befindet. In dem Falle bloßer Störung ist dagegen Bedingung der Besitzstörungsklage die eigene Handlung des Beklagten, um den Besitz des Gestörten sich anzueignen, oder doch seine Absicht, den Besitz des Andern zu stören. Ist eine solche Absicht gar nicht vorhanden, so kann von einer Turbation und darum von einem possessorium nicht die Rede sein. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 294 Nr. 70.)

III. Nur in dem Umfange, in welchem der Besitz vor der Störung stattgefunden hat, kann der possessorische Schutz desselben verlangt werden.

In diesem Sinne hat das Ob. Trib. folgende Fälle entschieden:

a) Wer ein gesetzlich oder vertragsmäßig in gewisse Grenzen eingeschränktes Nutzungsrecht hat, kann, wenn er dieselben überschreitet und daran verhindert wird, auf Grund der Ausübung des Rechtes innerhalb der gestatteten Grenzen eine Störung im Besitze außerhalb dieser Grenzen nicht behaupten; er muß die Ausübung des Rechtes außerhalb der Grenzen beweisen, wonächst immer noch die Fehlerfrage offen bleibt.

Erkannt unterm 27. Juni 1840.

(J. M. Bl. 1854 S. 105 Nr. 16. ad a.)

b) Wem ein Wald zum Holzfällen übergeben worden, kann andere Besitzhandlungen, z. B. das Lehmgraben, nicht ausschließen, da sich sein animus sibi habendi darauf nicht erstreckt.

Erkannt unterm 29. Nov. 1851 (a. a. O. ad c.).

c) Wenn aus den auf einzelnen Theilen eines Grundstückes vorgenommenen Handlungen zu schließen ist, daß der animus sibi habendi auf das Ganze gerichtet war, und wenn damit das physische Vermögen, über die ganze Sache ausschließlich zu verfügen, verbunden ist, so muß angenommen werden, daß der Besitz des ganzen Grundstückes ergriffen worden, z. B. wenn der Besitznehmer einzelne Theile des Grundstückes mit dem gedachten animus und physischen Vermögen bepflanzt hat.

Erkannt unterm 9. Dec. 1853 (a. a. O. ad d.).

d) Die gegen die Erstreckung des Besitzes eines Rechtes über dessen bisherige Grenzen hinaus gerichtete thätliche Abwehr ist nicht als Besitzstörung anzusehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Mai 1857, welches auf das (ob. zu a. angeführte) Präj. v. 27. Juni 1840 Bezug nimmt, und auf diesen Grundsatz gestützt, entscheidet, daß, wenn die thatsächliche Abwehr, z. B. durch Einrammen von Pfählen, — gegen die Existenz der auf das Gebiet des Nachbars sich öffnenden Fenster von diesem gerichtet wird, das Possessorium zulässig; wogegen in dem Falle, wenn die Fenster eigen-

[1]) Vergl. diesen Pl. Beschl. unten Zus. IV. — Die Redaktion des Striethorst'schen Arch. (Bd. 6. S. 297) bemerkt, daß dieser Pl. Beschl. eine ganz andere Frage betreffe und hier ohne Einfluß sei, was indeß in dem Auff. im J. M. Bl. 1854 S. 109 sub Nr. 38. widerlegt, indem zugleich gezeigt wird, daß die oben gegebenen beiden Präj. v. 30. April u. 10. Sept. 1852 sich keineswegs widersprechen.

mächtig und unter Widerspruch des Nachbars vergrößert worden, der Schutz im Besitze dieser vergrößerten Fenster als solcher nicht begehrt werden kann.

(Entsch. Bd. 36. S. 29, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 242 Nr. 45.)

IV. Derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten, und für denselben, eine besitzstörende Handlung unternommen hat, kann sich von der gegen seine Person angestellten Besitzklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien, daß ein solcher Auftrag zu Grunde gelegen habe.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. April 1849[1]). (Präj. Nr. 2160.)

Die Entscheidung geht davon aus, daß von einer eigentlichen Nomination im Sinne des §. 34. A. G. O. I. 17. bei den possessorischen Rechtsmitteln wegen Besitzstörung (den interdictis retinendae possessionis) nicht die Rede sein könne, sondern nur bei den interdictis recuperandae possessionis. Es liege vielmehr in dem gestelltem Falle ein Einwand mangelnder Passivlegitimation vor.

Sodann auf die Streitfrage selbst eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

Als der III. Sen. den Gegenstand zum Konflikt machte, ging er vornehmlich davon aus, daß die Klagen wegen ungebührlicher Entziehung oder Störung des Besitzes ihrem rechtlichen Grunde nach Deliktklagen seien, nicht allein wegen Ersatz des Schadens, sondern auch wegen Wiederherstellung des Besitzes und Aufhebung der Störung, so wie wegen Schutzes wegen künftiger Wiederkehr derselben. Der §. 148. h. t. lasse die Klage wegen Entsetzung aus dem Besitze, gegen den Entsetzenden »und seine Theilnehmer« stattfinden, und verweise auf §§. 28. ff. Tit. 6.; und der §. 150. h. t. lasse dasselbe auch wegen bloßer Besitzstörung gelten. In Uebereinstimmung hiermit verordne die Proz. O. Tit. 17. §. 40. daß, wenn Jemand, welcher nicht für sich, sondern im Namen eines Anderen besitzt, der Sache halber aus seinem eigenen Faktum, z. B. wegen eines spolii belangt werde, er sich mit der Nomination des wahren Besitzes nicht schützen könne. Hiernach sei die Possessorienklage auch gegen den statthaft, welcher die besitzstörende Handluug aus Auftrag eines Dritten und für denselben unternommen habe; es sei denn, daß die Grundsätze über die Haftbarkeit aus unerlaubten Handlungen überhaupt eine Ausnahme machten. In Beziehung auf Befehle eines Vorgesetzten z. B. mache das A. L. R. Thl. I. Tit. 6. §§. 45 — 47. in Verbindung mit dem §. 39. die Ausnahme, daß derjenige, welcher den Befehl dessen, welchem er zu gehorchen schuldig sei, vollziehe, nur alsdann frei ausgehe, wenn nicht eine ausdrücklich verbotene Handlung anbefohlen werde und wenn der Beauftragte von der sonstigen Ungebührlichkeit der Handlung kein Bewußtsein hatte. Wenn also z. B. ein Gutsherr seinem Knecht heiße, mit dem Wagen über ein Feldstück, welches, dem Knecht vielleicht unbewußt, einem Andern gehöre, zu fahren, so sei der Knecht ein willenloses Werkzeug, welchem die Handlung, wenn sie eine Besitzstörung enthält, nicht zugerechnet werden könne (§. 39. a. a. O.). Wo solche Ausnahmefälle aber nicht vorlägen, müsse auch der im Auftrage handelnde Störer, als Theilnehmer, unmittelbar in Anspruch genommen werden dürfen.

Von anderer Seite wird dagegen nun zwar in Abrede gestellt, daß die Klage wegen Störung des Besitzes, insbesondere wenn sie nicht — wie auch in das Possessorium gar nicht gehört — auf Ersatz des Schadens, sondern auf Wiederherstellung des Besitzes und auf Schutz gegen künftige Störung gerichtet ist, zu den Deliktsklagen gehöre, und es werden deshalb auch die daraus gezogenen Folgerungen geleugnet. Vielmehr wird die streitig gewordene Rechtsfrage aus der civilrechtlichen Theorie des A. L. R. »von Vollmachtsaufträgen« Thl. I. Tit. 13. zu lösen gesucht; dennoch aber, in Ermangelung direkter Vorschriften, welche hier maßgebend sein könnten, nur im Wege der Analogie, vermöge der im §. 152. Tit. 13. angezogenen Vorschriften des Tit. 6. §§. 50—53. ein Anhalt an dem §. 51. gefunden.

Der Possessorienkläger — so wird ausgeführt — finde sich in seinem Besitze gestört; der Zweck des eingeschrittenen gerichtlichen Verfahrens sei auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf Schutz vor künftiger Beeinträchtigung gerichtet. Der ganzen Natur der Sache nach könne diese Klage nur gegen die Person des Störers gerichtet sein. Trete dieser nun mit der Behauptung auf, daß er nicht in eigenem Interesse, sondern für einen Andern und sogar in dessen Auftrage die störende Handlung unternommen habe; gestelle er wohl gar seinen Machtgeber, und übernehme dieser den Prozeß statt des bisher nur belangten Beauftragten, so werde in den meisten Fällen sich erwarten lassen, daß der Possessorienkläger im wohlverstandenen eigenen Interesse sich damit einverstanden erklären werde. Denn ein obsiegliches Urtel gegen den Beauftragten könne den Kläger doch höchstens zur Erreichung des einen Zweckes führen, der Wiederherstellung des früheren Zustandes, wofern nämlich der Verklagte des Vermögens dazu sei; dagegen doch nur sehr kümmerlich zur Erreichung eines andern Zweckes des Schutzes für die Zukunft. Wenn gegen den Machtgeber das Urtel nicht mit ergangen sei, so werde dieser, in dessen alleinigem Interesse die frühere Störung erfolgte, durch nichts behindert sein, sie zu erneuern; und der Kläger werde, um zum beabsichtigten Schutze im Besitze zu gelangen, sich zuletzt doch genöthigt sehen, die Klage gegen den seinem Interesse allein doch nur feindlich gegenüberstehenden eigentlichen Störer, den bisherigen Machtgeber zu richten. Wenn aber dennoch der Possessorienkläger an diesen nach der Behauptung des Verklagten eigentlich bestehenden Störer sich nicht verweisen lassen wolle, — wie vorauszusetzen, wenn der Verklagte seinen Machtgeber nicht sogleich zum Termine gestellt, oder derselbe den Prozeß nicht übernehmen will, oder Einwendungen macht, wie z. B. in dem einen Falle die Sache vor sein eigenes Forum gezogen haben will — so könne doch auch der Possessorienklage nicht genöthigt werden, sich statt des eigentlichen Störers einen anderen Verklagten einschieben zu lassen. Wie der §. 51. Tit. 6. es in Ansehung des Schadenersatzes vorschreibe, so würden auch wegen der bloßen Wiederherstellung des gestörten Besitzes Machtgeber und Bevollmächtigter dem Beeinträchtigten solidarisch haften müssen; er werde also auch gegen den Letzteren allein klagen, und sich an Ersteren nicht verweisen lassen dürfen. Zur Unterstützung dieser Ansicht wird dann auch noch der §. 157. Tit. 13. a. a. O. angeführt.

Das Plenum hat diese für die neuere Meinung beigebrachten Argumente als Zweifelsgründe wohl erwogen, sich aber dennoch nicht veranlaßt gefunden, ihnen ein entscheidendes Gewicht beizulegen. Wenn es sich nicht um den Ersatz eines aus der Störung des Besitzes erwachsenen Schadens handelt, — als welcher, wie schon erwähnt und nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 17. Tit. 31. der Proz. O. dem Possessorienverfahren fern bleiben muß, — sondern um Wiederherstellung des entzogenen, oder um Schutz in dem gestörten Besitze, so läßt sich der possessorische Anspruch keineswegs unter allen Umständen gegen die individuelle Person des Turbanten richten; vielmehr im ersten Falle, bei geschehenen Entsetzungen aus dem Besitze, nur gegen denjenigen, welcher sich selbst und für sich in den Besitz einer Sache oder eines Rechtes gesetzt hat, und bei Anstellung der Klage sich noch in solchem Besitze befindet. In dem Falle bloßer Störung dagegen ist die Bedingung der Besitzstörungsklage, daß die Handlung des Verklagten seine eigene sei, es sei nun in seinem Interesse, um den Besitz des Gestörten sich anzueignen, oder doch seine eigene Absicht, den Besitz des Anderen zu stören. Eine solche Absicht zum Stören ist aber alsdann gar nicht vorhanden, wenn der Störer die Handlung nur im Auftrage eines Andern und in dessen Interesse unternimmt; er ist alsdann gar nicht der eigentliche Störer. Aus diesen Gründen darf also sehr wohl der possessorisch beanspruchte Verklagte sich durch den Beweis befreien, daß er die störende Handlung nicht aus eigenem Antriebe, sondern im Auftrage eines Dritten ausgeübt habe.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 9, Entsch. Bd. 18. S. 11, J. M. Bl. 1850 S. 19.)

Koch meint, daß der Satz des Pl. Beschl. viel zu weit gehe, indem er in Widerspruch trete mit dem allgemeinen Grundsatze, daß bei unerlaubten Handlungeu der physische, wie der intellektuelle Urheber haften.

(Landr. Bd. 1. Anm. 24. zum §. 46. Tit. 6. und Anm. 90. zum §. 148. h. t.)

Unter Bezugnahme auf den Pl. Beschl. v. 2. April 1849 hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen:

1) Für die Befreiung von der Klage reicht die einfache Benennung eines dritten Auftraggebers, und selbst dessen hinzukommende Anerkennung der Handlung des Verklagten nicht hin, weil Kläger durch die Erklärung des Verklagten, daß er sich kein Recht an der Sache beimesse, noch keineswegs klaglos gestellt wird, bei einer Besitzstörung vielmehr eine, namentlich in ihrer Wiederholung zu befürchtende persönliche Handlung in Frage ist. Der Verklagte kann sich nur durch den Einwand, daß er nicht für sich und in eigenem Interesse, sondern lediglich im Auftrage des Dritten gehandelt habe, befreien, und ihm liegt der Beweis der thatsächlichen Richtigkeit dieses Einwandes ob. Die Bereitwilligkeit des benannten Auktors zum Eintreten in die Klage ist für einen genügenden Beweis des stattgefundenen Auftrages nicht zu erachten. Höchstens kann daraus eine Vermuthung hergeleitet werden, und diese ist für sich allein nicht genügend zur Befreiung des Verklagten von der Klage.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1852.

(J. M. Bl. 1854 S. 110 Nr. 41.)

---

[1]) Denselben Grundsatz hatte der III. Sen. des Ob. Trib. bereits in den Entsch. v. 12. Nov. 1847 (Entsch. Bd. 18. S. 11), v. 18. Febr. 1848 (Rechtsf. Bd. 3. S. 362 Nr. 177.) und v. 26. Mai 1848 (a. a. O. Bd. 4. S. 110 Nr. 54.) angenommen, also die Zuläfsigkeit der Nomination in Possessoriensachen anerkannt. Später machte sich jedoch in demselben Sen. die entgegengesetzte Meinung geltend, weshalb die Sache zum Plenum verwiesen wurde, welches durch den obigen Beschl. die ältere Ansicht aufrecht erhielt.

2) Dieser (vorstehende) Grundsatz gilt auch gegen einen von der Landschaft oder dem Gerichte bestellten Sequester, wenn die Requisite des Präj. Nr. 2160. fehlen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 83 Nr. 21., J.-M.-Bl. 1854 S. 111 Nr. 41.)

3) Der durch den Pl. Beschl. v. 2. April 1849 festgestellte Grundsatz, daß bei geschehenen Entsetzungen die Besitzklage gegen denjenigen gerichtet werden muß, welcher sich selbst und für sich in den Besitz einer Sache oder eines Rechtes gesetzt hat, und bei Anstellung der Klage sich noch im Besitze befindet, unterliegt nicht der Beschränkung, daß der Besitzstörer nur den Einwand der fehlenden Passiv-Legitimation erheben könne, wenn er sich bei der Besitzstörung als Bevollmächtigter eines Dritten zu erkennen gegeben hat; auch greift hierbei die nur analoge Vermuthung des §. 154. A. L. R. I. 13. nicht Platz, sondern es handelt sich nur darum, ob der Entsetzende den Besitz für sich ergriffen und besitze, oder ob er nur als Werkzeug eines Dritten und für denselben gehandelt hat.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 4. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 50 Nr. 12.)

§. 147. Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1843 Nr. 1369. in den Erg. zu den §§. 99. u. 100 h. t.

§§. 147. u. 150. Im Possessorien-Prozesse steht es dem Verklagten frei, einen seinerseits stattfindenden neuesten alleinigen oder Mitbesitz, der indeß auf fehlerlose Weise erworben sein muß, als Einwand geltend zu machen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. (Datum der Entsch. konstirt nicht), auf Grund der §§. 147. u. 150. h. t. (J. M. Bl. 1851 S. 208 Nr. 13.)

§§. 148. u. 149. 1) Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Nov. 1849 (Präj. Nr. 2161.), betreffend die Frage: in wiefern dem Erben die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen zusteht, in den Erg. zu den §§. 48. u. 49. h. t.

2) Geyert, Abhandl. über die Vererblichkeit des possessor. summariss. (J. W. 1837 S. 809 ff.)

§. 151. In dem Possessorien-Urtheil sind dem verurtheilten Verklagten auch ohne Antrag des Klägers von Amtswegen Strafen für den Fall fernerer Beeinträchtigungen des Besitzes anzudrohen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1855, auf Grund des §. 151. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 164 Nr. 38.)

§. 153. Im §. 153. Z. 5 ist statt: »werden« zu setzen: »werde«. (R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 154. I. Bei Begründung der Klage in possess. summ. nach §. 154. findet die Vermuthung der Fortdauer des früher einmal erlangten Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben, zwar nicht als eine gesetzliche, den Richter unter allen Umständen bindende, wohl aber als eine sogenannte faktische, der freien Würdigung des Richters nach den Umständen des Falles unterliegende Präsumtion statt.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1848 [1]). (Präj. Nr. 2063.)

Die Meinung, welche dem Satze: »olim possessor, hodie possessor« die Kraft einer gesetzlichen den Richter bindenden Vermuthung beilegt, stützt sich auf die §§. 113. und 130. h. t., findet indeß in dem Preuß. Rechte manche Beschränkungen, z. B. Tit. 9. §§. 596., 597., 649. ff. Hiernach erscheint jener Satz, oder die Bestimmung des §. 113. h. t. nicht als eine praesumtio juris, als eine unumstößliche Rechtsvermuthung; wohl aber macht derselbe sich als eine faktische Vermuthung geltend, welche dem Richter, nach allgemeinen Denk- und Erfahrungssätzen, zur Leitung dienen wird; fragt es sich also, ob der durch eine frühere Besitzhandlung erwirkte Besitzstand auch für einen spätern Zeitpunkt, namentlich den Moment der Turbation, als gegenwärtig anzunehmen sei, so werden die seit der letzten Handlung verflossene Zeit, die von der Natur des Besitzobjektes und anderer Verhältnisse abhängige Thunlichkeit einer wiederholten Handlung, — die Aeußerungen, welche etwa das Nichtwahrnehmen einer Gelegenheit zur Uebung begleiteten, — vielleicht gar persönliche Umstände den Richter über die Fortdauer oder Nichtfortdauer des Willens in der Zwischenzeit zu belehren haben. Andererseits geht es zu weit, wenn man, um zur Kenntniß zu gelangen, daß zur Zeit der Störung der Possessorienkläger sich im ruhigen Besitze befunden habe, durch das Verlangen eines direkten Beweises alle Hülfe von Vermuthungen geradehin ausschließen wollte.

Wenn der Schutz des poss. summ. auch dem Besitzer eines solchen Rechtes zustehen muß, dessen Ausübung nur in längeren Zeiträumen möglich ist, so kann der Gestörte, der das Recht bei der letzten Gelegenheit, aber doch schon vor einigen Jahren, geübt hat, den Nachweis des bis zur Störung fortdauernden Besitzes nicht anders führen, als durch die Berufung auf die allgemeine Vermuthung, daß in seinem animus possidendi eine Veränderung nicht eingetreten sei, und auf solche Umstände, welche diese natürliche Vermuthung zu stützen geeignet sind. Man wird nicht einmal unter allen Umständen die Ausübung bei der letzten Gelegenheit festhalten dürfen, nämlich bei Rechten, die zwar täglich, ja stündlich geübt werden können, aber doch nicht in solcher Stetigkeit geübt zu werden pflegen, z. B. bei einem Wegerechte.

Die Natur der Dinge fordert hiernach, den §. 154. h. t. nicht zu strenge zu handhaben, sondern auch in dieser Beziehung denjenigen Vermuthungen Geltung zu gewähren, welche die individuellen Verhältnisse des betreff. Falles an die Hand geben.

(Präj. Samml. S. 253, Entsch. Bd. 17. S. 1, J. M. Bl. 1848 S. 452.)

In Bezug auf diesen Pl. Beschl. hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze angenommen:

1) Die Vermuthung für die Fortdauer des Besitzes ist im Possessorienstreite eine thatsächliche, welche der freien Würdigung des Richters unterliegt; deren Nichtbeachtung bildet daher keinen rechtsgrundsätzlichen Verstoß.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 259 Nr. 60.)

2) Von der Regel des Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1848 tritt auch bei Untersagungsrechten keine unbedingte Ausnahme ein.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Jan. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 257 Nr. 62.)

3) Zum Nachweise des zur Begründung der Besitzstörungsklage erforderlichen jüngsten Besitzes genügt der Nachweis des früher erlangten Besitzes des betreffenden Untersagungsrechtes nicht, sondern es muß der Nachweis geführt werden, daß der Kläger sich unmittelbar vor der erfolgten Störung im ruhigen Besitze befunden habe.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Jan. 1856, unter Bezugnahme auf §. 154. h. t. und den Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1848. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 82 Nr. 23.)

II. Nach §. 154. h. t. soll nur derjenige von den possessorischen Rechtsmitteln Gebrauch machen dürfen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen Besitze befunden habe. Die A. G. O. I. 31. §. 1. giebt nur demjenigen das possess. summ., welcher seines Besitzes erst neuerlich heimlich oder gewaltsamer Weise entsetzt worden, und, mit Rücksicht auf die in den §§. 3. u. 14. a. a. O. auch gebrauchten Ausdrücke: »zuletzt« und »neuester Besitz«, ist die Streitfrage entstanden: binnen welcher Frist die Klage in possess. summ. zulässig und ob dieselbe einer anderen, als der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sei?

---

[1]) Aus den Bestimmungen der §§. 113. u. 130. h. t. im Vergleiche mit §. 154. h. t. und §§. 3. und 12. A. G. O. I. 31 ist ein antinomistischer Zweifel über die Begründung der Possessorienklage entstanden. Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 19. Nov. 1836 (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 103) die Ansicht gebilligt, welche einen nur für die Jahre 1821—1823 nachgewiesenen Besitz mit Berufung auf die §§. 113. u. 130. a. a. O. für ausreichend annahm, um weiteren Schutz im Besitze zu gewähren, weil die Gegenpartei den Verlust des Besitzes nicht nachgewiesen hatte. Dagegen hatte später der III. Sen. sich einer strengeren Theorie zugewandt und mit Berufung auf den §. 154. h. t. von dem Possessorienkläger einen direkten Beweis gefordert, daß er unmittelbar vor der Störung sich im ruhigen Besitze befunden habe, der aus nachgewiesenem älteren Besitze beanspruchten Vermuthung aber gar keine Einwirkung eingeräumt. Dies gab Veranlassung, die Frage an das Plenum zu bringen: ob auch zur Begründung der Klage in possessorio summarissimo die Vermuthung der Fortdauer des einmal erlangten Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben stattfinde (A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 113. und 130.), oder ob der Kläger den direkten Beweis führen müsse, daß er unmittelbar vor der Störung im ruhigen Besitze war? (A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §. 154., Proz. O. Thl. I. Tit. 31. §§. 3—12.)

Das Plenum hat diese Frage durch den im Texte mitgetheilten Pl. Beschl. beantwortet.

1) Das Justizmin. hat in dem R. v. 28. Sept. 1821, gestützt auf die Analogie des §. 45. A. G. O. I. 44., eine sechsmonatliche [1]) Frist nach der Störung oder Beunruhigung als den äußersten Termin für die Zulässigkeit der Possessorienklage bezeichnet.

Den Besitzern der Mark N. wird auf ihre Eingabe v. 23. Juni c. zur Resolution ertheilt, daß ihr Antrag, zum poss. sum. verstattet zu werden, nicht stattfinden kann. Das Gesetz verlangt §. 1. Tit. 31. der A. G. O., daß der Kläger neuerlich des Besitzes heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden sei, und dafür kann eine vor 8 Monaten vorgefallene Besitzentsetzung nicht erachtet werden. Bei Ermangelung bestimmter Vorschriften über den eigentlichen Zeitpunkt muß auf den §. 45. Tit. 44. der A. G. O. zurückgegangen und mithin angenommen werden, daß nach Ablauf von 6 Monaten der Antrag auf Wiedereinräumung des Besitzes im Wege des poss. summ. nicht statthaft ist.

(J. M. Gen. A. L. R. No. 13. Vol. II. fol. 124, Mannkopf zur A. G. O. I. S. 697.)

Dieselbe Ansicht hat dasselbe in dem R. v. 30. April 1827 (Justizmin. Akt. Gen. A. B. 6912. de 1826 p. 48 fol. 42.) und v. 10. Nov. 1837 (Justizmin. Akt. Gen. III. 8180.) ausgesprochen.

2) Dieser Ansicht ist Bornemann entgegengetreten, welcher der Meinung ist, daß nach Inhalt der Materialien die gewöhnliche Verjährungsfrist Platz greife.

Schon in den Monitis zum Entw. drangen Mehrere auf Feststellung einer kurzen Verjährungsfrist. Suarez bemerkte dagegen in der rev. mon.:

Der Antrag scheine zwar Vieles für sich zu haben, indem dem gemeinen Besten an der Gewißheit des Besitzes fast mehr noch, als an der Gewißheit des Eigenthums gelegen sei. Wenn man indessen erwäge, daß die Spolienklage doch nur gegen den Spolianten und dessen Erben stattfinde, gegen einen dritten redlichen Besitzer aber nicht zuläßig sei, so verschwinde die scheinbare Nothwendigkeit einer kurzen Präskription, und es bleibe kein Grund mehr übrig, dem Spolianten durch einen geringen Zeitverlauf eine Schutzwehr zu verschaffen, welche ihm die bisherigen Gesetze nicht einräumen.

Die Redaktoren sind daher offenbar der Meinung gewesen, daß, so weit die Gesetze keine besondere Ausnahme machen, auch die Possessorienklage innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist noch zuläßig sei. Nach Ablauf einer gewissen Zeit wird indessen dem Kläger der ihm obliegende Nachweis in der Regel so schwer fallen, daß er schon deshalb wird zurückgewiesen werden müssen. In so weit neben der Wiederherstellung des Besitzes Schadensersatz gefordert wird, verjährt der Anspruch auf letzteren binnen 3 Jahren.

(System 1. Ausg. Bd. 1. S. 534, 2. Ausg. Bd. 1. S. 268.)

3) Diese letztgedachte Ansicht vertheidigt auch Bielitz.

(J. W. 1839 S. 485.)

4) Koch spricht sich dahin aus, daß, da die Possessorienklage für eine Klage aus unerlaubten Handlungen anzusehen sei, dieselbe, wenn sie auf Schadenersatz gerichtet ist, in drei Jahren, wenn sie aber auf Wiedererlangung der Sache gehe, in deren Gewahrsam sich noch der Beklagte befinde, in dreißig Jahren verjähre. Ausnahmen hiervon seien L. R. II. 14. §. 80. und G. O. I. 44. §. 44.

(Besitz 2. Ausg. S. 282 ff.)

5) Simon und v. Strampff bemerken, daß, da nur für den speziellen Fall, da ein Pächter von seinem Verpächter eigenmächtig exmittirt (Tit. 45. §. 44.), eine 6monatliche Frist für die Besitzklage festgesetzt, außer diesem Falle das Ermessen des Richters darüber entscheiden müsse, ob die Besitzstörung neuerlich geschehen. Sie weisen jedoch nach, daß Letzteres bei Redaktion des A. L. R. nicht beabsichtiget worden. (Material. S. 624.)

6) Das Ob. Trib. hat die Ansicht des Justizmin. von jeher reprobirt. Schon in einem Präj. v. 8. Dec. 1840 (Ulrich's Arch. Bd. 7 S. 657) hat der I. Sen. den Vorschriften des §. 154. h. t. und der §§. 1., 3. u. 14. A. G. O. I. 31. die Auslegung gegeben, daß:

die Ausdrücke: mündlich — zuletzt — neuester Besitz — sich auf den Zeitpunkt unmittelbar vor der Besitzstörung (§. 12. A. G. O. I. 31.) beziehen, nicht auf den der Besitzstörung selbst, und daß daher der bloße Ablauf einer Zeitfrist seit der Störung oder Entsetzung des Besitzes das possessorische Rechtsmittel nicht ausschließe, sondern daß dasselbe keiner kurzen Verjährung unterworfen sei, vielmehr Ereignisse hinzutreten müssen, durch welche der Besitzstand vor der Störung aufhört, der letzte ruhige zu sein.

[1]) Das Land- u. Stadt-Ger. in Brandenburg meint in dem Erk. v. 25. Febr. 1836 (Simon's R. Bd. 2. S. 393 ff.), daß die Praxis eine einjährige Frist zur Anwendung bringe.

Im Einklange hiermit hat derselbe Sen. in dem Erk. v. 25. April 1845 (Entsch. Bd. 11. S. 212.) den Grundsatz ausgeführt, daß die Klage über die Störung im Besitze einer Sache oder eines Rechtes keiner anderen, als der gewöhnlichen Verjährung unterworfen ist.

Der III. Sen. stellte indeß später die Richtigkeit dieser Ansicht in Zweifel und der Pl. Beschl. v. 29. März 1847 [1]) (Präj. Nr. 1851.) hat demnächst, der älteren Meinung den Vorzug gebend, folgenden Grundsatz ausgesprochen:

Die Klage in poss. summ. ist nur wegen solcher Besitzstörungen und Entsetzungen zuläßig, welche innerhalb einer der Bezeichnung »neuerlich« entsprechenden, in jedem einzelnen Falle nach den Umständen zu bestimmenden Zeitfrist, von Anstellung der Klage zurückgerechnet, vorgefallen sind.

Die sehr umfangreichen Gründe dieses Pl. Beschl. führen schließlich aus, daß es grammatikalisch unzuläßig sei, das im §. 1. A. G. O. I. 31. gebrauchte Wort: »neuerlich« als Adjektivum des Wortes: »Besitz« zu betrachten, da es doch mit dem Zeitworte »heimlich und gewaltsam« verbunden sei. Das Gesetz habe sich des unbestimmten Ausdruckes »neuerlich« bedient, um den Gerichten die Bestimmung der Zeitfrist zu überlassen. Hierbei habe sich auch bisher eine Schwierigkeit nicht herausgestellt und es sei kein Anlaß vorhanden, nach der Analogie des §. 45. A. G. O. I. 44., in allen Fällen eine 6monatliche Frist als maßgebend zu betrachten. Die Materialien stünden übrigens, — wie näher gezeigt wird, — dem aufgestellten Grundsatze nicht entgegen.

(Präj. Samml. S. 252, Entsch. Bd. 14. S. 159 ff., J. M. Bl. 1847 S. 225.)

III. Betreffend das Erforderniß des »ruhigen Besitzes« im Sinne des §. 154.

1) Der ruhige Besitz wird zwar durch Pfändung gestört; wenn aber der Gepfändete sich durch die Pfändung nicht hat abhalten lassen, das Recht ferner auszuüben, und der Andere nichts gethan hat, um die Sache zum Austrage zu bringen, so muß angenommen werden, daß der Erstere sich im Besitze erhalten habe.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 13. April 1847, 18. Mai 1849 und 9. Febr. 1852.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 71 Nr. 34., Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 30 Nr. 8., J. M. Bl. 1854 S. 105 Nr. 19.)

2) Ebensowenig ist der Widerspruch desjenigen, dessen Rechte durch den Besitz des Anderen beschränkt worden, von Erheblichkeit, wenn der Besitzer sich dadurch von der ferneren Ausübung nicht hat abhalten lassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1843.

(J. M. Bl. 1854 S. 105 Nr. 20.)

3) Wenn die ältere Besitzhandlung eine neuerliche ist, so müssen der Natur der Sache nach auch die späteren Besitzhandlungen als neuerliche angesehen und sie können daher Behufs Beseitigung der Klage nicht vorgenommen werden. Es ist nicht nöthig, daß derjenige, welcher wegen einer Besitzstörung eine Possessorienklage anstellen will und wirklich rechtzeitig anstellt, auch die während der Vorbereitung zur Klage vorfallende Besitzstörung zur Erhaltung des Klagerechtes untersagen muß.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. April 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 354 Nr. 79.)

4) Der zur Begründung der Besitzstörungsklage erforderliche Nachweis des jüngsten ruhigen Besitzes wird durch die Berufung des klagenden Eigenthümers auf die gesetzliche Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums und auf die Vermuthung für die Fortdauer des einmal erlangten Besitzes nicht erbracht; derselbe muß vielmehr die jüngste ruhige Ausübung seines Rechts darthun.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1853; denn nicht auf das Recht zum Besitze, sondern auf die erfolgte Ausübung des Besitzes komme es im Possessorienstreite an. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 257 Nr. 59.)

IV. Der zur Begründung einer Possessorienklage erforderliche jüngste Besitz ist nicht vorhanden, wenn statt der Naturalleistung

[1]) Von diesem Tage ist der Pl. Beschl. in der Präj. Samml. S. 252 und im J. M. Bl. 1847 S. 225, in den Entsch. Bd. 14. S. 161 dagegen vom 15. März 1847 datirt.

von Diensten ein Aequivalent dafür in letzter Zeit gegeben worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1841.

Sind gewisse Dienste gefordert und geleistet, so wird man den Besitz des Rechtes zu fernerer Leistung annehmen müssen, wenn sie auch geraume Zeit nicht gefordert und nicht geleistet sind; wenn aber in der Zwischenzeit statt der Dienste ein Aequivalent entrichtet worden, so läßt sich nicht behaupten, daß der Besitz des Rechtes, Naturalleistung zu fordern, fortgesetzt sei. Durch die Gestattung der Leistung eines Aequivalents habe der Berechtigte selbst sich aus dem Besitze des Rechts zur Forderung der Naturalleistung gesetzt, so daß man die Aufgebung des Besitzes dieses Rechts als deutlich erhellend annehmen muß. (L. R. I. 7. §. 113.) (Koch's Arch. Bd. 5. S. 83 ff.)

V. Aus dem Umstande, daß das Recht des Klägers im Hypothekenbuche eingetragen ist, lassen sich die Erfordernisse eines zum Schutze durch possessorische Rechtsmittel geeigneten Besitzes nicht entnehmen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 3. Sept. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 195 Nr. 98.), v. 11. Okt. 1852 und 7. Dec. 1853 (J. M. Bl. 1854 S. 104 Nr. 15. zu b.) und v. 21. Jan. 1857 (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 257 Nr. 62.).

§§. 155—161. Was Rechtens sei, wenn der Besitz streitig ist.

§. 156. Im §. 156. Zeile 4 ist statt: »§§. 102. sqq.« zu setzen: »§§. 95. sqq.«

(R. v. 14. Juli 1837 und v. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 586, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 158. 1) Die Schädenklage aus §. 158. gründet sich lediglich in der Besitzstörung und ist materiell die Besitzklage, welche nicht bloß die Wiederherstellung des ruhigen Besitzes, sondern auch die durch Entziehung oder Störung des Besitzes verursachten Schäden zum Gegenstande hat. Nur das Possessorium als eine besondere Prozeßform ist nicht anwendbar. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Besitzstand bloß vorläufig auf Grund des §. 158. regulirt ist, gegen den in dieser Sache unterliegenden Theil.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. April 1833.

(Simon R. Bd. 3. S. 243.)

2) Ueber die Frage, ob die im Besitze der Sache geschützte Partei, wenn sie hiernächst bei neuer Besitzstörung durch den Gegner gegen denselben auf Ersatz des ihr zugefügten Schadens klagen will, ihr Eigenthum an der Sache besonders nachweisen muß, oder ob die Schadensklage in dem voraufgegangenen Possessorienurtel allein schon ihre Begründung findet? vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 31. §§. 17. u. 19.

§. 161. 1) Derjenige, welcher den fehlerfreien Besitz einer Sache erlangt hat, ist nicht verpflichtet, dem auf Herausgabe dieser Sache klagenden Vorbesitzer seinen Besitztitel anzugeben, wenn der Vorbesitzer nicht einen rechtsgültigen Titel seines obgleich langjährigen Besitzes nachgewiesen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1851.

Nach §. 161. kann der vorige Besitzer gegen den, welcher den Besitz einer Sache weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List oder bittweise überkommen hat, auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitz nachzuweisen hat. Nach dieser Vorschrift würde mithin derjenige, welcher durch die fehlerfreie Besitznahme von Seiten des Gegentheils seinen Besitz und mit diesem dasjenige Recht zum Besitz, welches sich in dem Besitze selbst gründet, verloren hat, dem letzteren den von diesem ergriffenen Besitz nur dann entziehen können, wenn er ein besseres Recht zum Besitz nachweiset, als ihm selbst zur Seite steht. Der §. 161. legt mithin keineswegs dem Besitzer die Verpflichtung auf, sein besseres Recht zum Besitz nachzuweisen, da diese Verpflichtung vielmehr dem Vorbesitzer obliegt. Auch der §. 34. A. L. R. I. 15. verpflichtet den Inhaber einer Sache zur Angabe des Besitztitels nur dann, wenn der Kläger nachgewiesen hat, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkommen sei. Hier ist also ausdrücklich der rechtmäßige Besitz vorausgesetzt, und gerade hierauf kommt es in Berücksichtigung der §§. 179., 180. u. 184. des A. L. R. I. 7. an. Unter rechtmäßigem Besitze ist nach §. 10. a. a. O. nur ein solcher zu verstehen, welcher auf einem gültigen Titel beruht.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 150 Nr. 33.)

2) Der bloße frühere Besitz begründet die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes nur dann, wenn zugleich das bessere Recht zu besitzen oder die Fehlerhaftigkeit des anderseitigen Besitzes dargethan wird.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1852 auf Grund der §§. 161., 148. u. 184. h. t. in Verbindung mit §. 34. A. L. R. I. 15.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 8 Nr. 3.)

§§. 162—168. Verhältnisse zwischen dem Inhaber und dem, welcher ein Recht zum Besitze hat.

§. 162. Die Ansichten über die Auslegung des §. 162. sind abweichend.

1) Bornemann nimmt an, der bloße Inhaber habe als solcher gar kein Recht zur Detention. Er könne daher nicht aus eigenem Rechte auf Wiederherstellung der verlorenen Gewahrsam klagen. Aus seiner Absicht, für einen Anderen zu detiniren, entspringe aber für ihn eine Verpflichtung zur Verwahrung der Sache, und auf Grund dieser Verpflichtung könne er sie von demjenigen zurückfordern, der sie ohne allen Rechtsgrund detinire. (System 2. Ausg. Bd. 1. S. 272.)

Temme bemerkt indeß, daß gegen diese Ansicht spreche, daß aus seiner Verpflichtung Niemand eine Klage erwerben könne. Eine Klage setze immer ein Recht voraus, das dadurch geltend gemacht werden soll. (Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 243.)

2) Koch ist der Meinung, daß der Inhaber auf den Grund des Rechtsgeschäftes, vermöge dessen er die Detention hatte, auch die Klage zur Wiedererlangung derselben habe. Der Verwahrer müsse daher als Mandatar des Deponenten klagen und zugleich auch beweisen, daß dieser besitze. (Besitz S. 298.)

3) Temme hält diese Ansicht Koch's für unrichtig. Er bemerkt:

Die Unrichtigkeit der Ansicht Koch's ergiebt sich aus den klaren Worten des Gesetzes, es wird ausdrücklich nur verlangt, daß das Recht des Inhabers besser, als das des Beklagten sei. Auf das Recht dessen, für den er detinirt, wird eben gar keine Rücksicht genommen. Das Richtige ist, daß auch der Detentor ein Recht zur Gewahrsam hat, und daß er nur aus diesem klagt. Der bloße Inhaber hat diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen, die Sache oder das Recht zum Besten dessen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten. Zu dieser Pflicht gehört namentlich die Verbindlichkeit, die Sache nur demjenigen zurückzugeben, für den er detinirt, oder den das G. sonst ausdrücklich an dessen Stelle setzt. Hieraus folgt also sein Recht, die Sache jedem Anderen gegenüber, der kein besseres Recht hat, zu detiniren. Besser ist aber nothwendig das Recht eines Jeden, der ein Recht zum Besitze hat, eben weil das Recht zur Gewahrsam stets in dem Rechte zum Besitze aufgeht. Auf den Grund seines eigenen Rechtes zur Gewahrsam klagt er nun auch. Er hat mithin auch nur dieses zu erweisen. Der Depositar und der Kommodatar z. B., welcher gegen den Finder klagt, braucht daher nur zu erweisen, daß er die Sache durch einen Verwahrungs- oder Leihvertrag in seine Gewahrsam erhalten, keineswegs aber, daß sein Deponent oder Kommodant im Besitze seien. Er hat eine solche Klage Namens seines Autors allerdings gleichfalls, und das Gesetzt sieht ihn ausdrücklich als dessen stillschweigenden Mandatar zur Anstellung dieser Klage an. Allein diese Klage hat er natürlich gegen Jeden, der nur kein besseres Recht zum Besitze, als sein Autor hat. Hätte mithin das G. nur sie ihm gegeben, so würde die Vorschrift der §§. 162., 163., daß der bloße Inhaber (als solcher) nur gegen den ohne alles Recht zum Besitze Detinirenden klagen kann, widersinnig sein. (a. a. O.)

§§. 169—174. Verhältnisse zwischen dem vollständigen und unvollständigen Besitzer.

§§. 169 u. 170. Ist der unvollständige Besitzer zur Anstellung einer dinglichen Klage auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes berechtigt?

Die Affirmative vertheidigt Koch, weil das Recht eines jeden unvollständigen Besitzers ein dingliches sei. (Koch's Besitz S. 302.)

Die Negative behaupten:

a) Bornemann.

(Syst. Bd. 4. S. 261, 2. Ausg. Bd. 6. S. 160, 164.).

b) P. R. (J. Z. 1835 S. 1074 u. 1836 S. 806.)

c) C. S. (Centralbl. 1840 S. 417.)

Schon aus der Stellung der §§ 169. u. 170. gehe hervor, daß darin nur vom remedium spolii oder einem Analogon der actio publiciana, nicht aber von einer actio confessoria die Rede sei. Die Worte: »Besitzrecht« und »Wiederherstellung seines Besitzes« seien nur in der Bedeutung von Recht

des Besitzes und Wiederherstellung der Gewahrsam, für welche das A. L. R. sich häufig des Ausdruckes »Besitz« bediene, zu verstehen. Weil übrigens der unvollständige Besitzer nach §. 169., so lange sein Besitzrecht dauere, keinem, also auch nicht einem früheren Besitzer, wenn dieser den Besitz verloren oder aufgegeben, und jener solchen bona fide erworben habe, zu weichen brauche, so stehe dem Letzteren auch gegen den Ersteren keine actio in rem zu, und der §. 170. sei nur auf den Fall eines vitiösen oder unredlichen Erwerbes zu beschränken. Höchstens werde der §. 170. den Satz enthalten, daß auch gegen einen dritten Besitzer der unvollständige Besitzer, jedoch nur, wenn sein Recht zu besitzen noch fortdauere, klagen könne, und daß unter den mehreren, je nach der Modifikation des animus possidendi, verschiedenen Arten des unvollständigen Besitzes wenigstens eine sein müsse, welche auch gegen einen dritten Besitzer verfolgt werden könne; eine solche sei auch wirklich vorhanden, nämlich das Pfandrecht. Wenn aber der unvollständige Besitzer eine actio confessoria haben sollte, so würde er inkonsequenter Weise sogar den vollständigen Besitzer und den Eigenthümer zur Anerkennung seines Besitzes zwingen können.

§. 172. Ueber die Frage: ob das A. L. R. ein widerrufliches Eigenthum kenne, und in welchem Umfange? vergl.:

a) Grävell, Besitz S. 71. Anm.*.

b) Schröter in der J. Z. 1833 S. 30 u. Civil. Verf. Hft. 1. S. 191.

§§. 175 u. 176. Verhältnisse zwischen dem vollständigen Besitzer und Eigenthümer.

§§. 175. u. 176. 1) Der Negatorienkläger, welchem vom Servitutberechtigten das Eigenthum bestritten wird, hat diesem gegenüber nicht das Eigenthum zu beweisen; es genügt zu seiner Legitimation, daß er sich im vollständigen Besitze befindet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1848. (Präj. Nr. 2008.)

Nach §§. 175., 176. hat der vollständige Besitzer gegen jeden andern, außer dem wahren Eigenthümer, alle Rechte des Eigenthümers, und ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig. Zur negatorischen Klage gegen den, welcher das Grundeigenthum durch eine Servitut beschränken will, ist also nicht der Beweis des Eigenthums, wie ihn der wahre Eigenthümer fordern kann, nöthig; sondern schon der Beweis des vollständigen Besitzes ausreichend.

(Präj. Samml. S. 24, Entsch. Bd. 17. S. 110, Rechtsf. Bd. 4. S. 46 Nr. 23.)

Denselben Grundsatz sprechen die Erk. desselben Sen. v. 25. Sept. und 6. Okt. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 1 Nr. 1.) und v. 27. Nov. 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 326 Nr. 78.) aus, und zwar die erstgedachten in einem Falle, wo die Negatorienklage von dem Besitzer eines Grundstückes gegen Personen angestellt wurde, welche sich eines angeblich zum Gebrauche des Publikums bestimmten, über das Grundstück führenden Fußsteiges, der aber von dem Grundstücksbesitzer eingepflügt und von ihm seit längerer Zeit als Ackerboden benutzt worden, bedient hatten.

2) Der redliche Besitzer, als solcher, ist nicht zur Entschädigungsklage gegen einen dritten Beschädiger legitimirt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Okt. 1849.

Aus den §§. 162. ff., namentlich aus den §§. 175. u. 176. h. t. läßt sich zwar herleiten, daß dem vollständigen redlichen Besitzer ein der actio Publiciana entsprechendes Rückforderungsrecht zusteht, nicht aber, daß der bloße Besitz eines Rechts genüge, um eine Entschädigungsforderung wegen angeblicher Beeinträchtigung desselben geltend zu machen. Die Berufung auf den redlichen Besitz genügt da nicht, wo es sich um eine Klage wegen Störung oder Entziehung des Besitzes handelt, sondern vielmehr Beeinträchtigung in einem Rechte behauptet, und hierfür Schadensersatz verlangt wird.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 204.)

Vergl. dagegen das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Okt. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 197 Nr. 45.) in den Erg. zum §. 189. h. t. Zus. 2.

3) Der vollständige Besitzer kann gegen jeden Anderen, als den wahren Eigenthümer, auch die sogen. gesetzlichen Servituten geltend machen. Dies gilt namentlich hinsichtlich der gegen den Nachbar, welcher unter Nichtbeachtung der im Gesetze ihm auferlegten Einschränkungen baut und auf solche Weise den vollständigen Besitzer beeinträchtigt, in dieser Beziehung dem Eigenthümer gesetzlich zustehenden Servituten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. April 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 42 Nr. 10.)

§§. 177—221. Verhältnisse des redlichen und unredlichen Besitzers.

§. 179. Auch der unvollständige Besitzer hat die Vermuthung des §. 179. für sich.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juli 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 329 Nr. 69.)

§. 180. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 8. §. 23. und I. 19. §. 14.

§§. 181—183. 1) Auch bei der in Form einer uneigentlichen Rekonvention angestellten Negatorienklage, mittelst welcher Befreiung von Einschränkungen des Eigenthums, insbesondere von Reallasten in Anspruch genommen wird, hat der Widerkläger den Beweis der Freiheit seines Eigenthums nicht zu führen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Okt. 1847.

Bei einer Negatorienklage, welche dem Besitzer einer angeblich mit Reallasten behafteten Sache, wie dem Besitzer eines praedii servientis, zusteht (Eichhorn's Deutsches Priv. R. §. 166., A. G. O. I. 41. §. 5.), liegt der Beweis in der Hauptsache demjenigen, welcher sich eine Servitut oder Reallast zuschreibt, und nicht dem Kläger ob, wovon Einige nur alsdann eine Ausnahme machen, wenn jenes sich im ordentlichen Besitze befinden sollte. (Thibaut's Pandekt. Bd. 1. §. 319., Mühlenbruch's Pand. R. Bd. 2. §. 292.) Von diesem Grundsatz geht auch im Allgemeinen das Preuß. Recht in den §§. 181—183. h. t. aus. Es entbindet danach die praesumtio pro libertate dominii den Besitzer einer Sache, wenn ihm gegenüber ein Anderer das Recht, das Eigenthum einzuschränken, geltend macht, der Beweislast, ohne einen Unterschied zu machen: ob jener Verklagter oder Kläger ist; sie entbindet ihn von dieser Beweislast sogar selbst dann, wenn der Prätendent des einschränkenden Rechtes sich in dessen Besitz befindet, mit der alleinigen Ausnahme im letztgedachten Falle, welcher der §. 183. aufstellt. (Entsch. Bd. 15. S. 452.)

2) Auch bei einem gutsherrlichen Verbande überwiegt die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes des Rechtes zu Beschränkungen und Belastungen des Grundstückes, insoweit nicht feststeht, daß derartige Beschränkungen und Belastungen für diesen Distrikt und alle in demselben belegenen Grundstücke, oder doch für diese Klasse derselben nach gesetzlicher Vorschrift (Urbarien, Zinsregister, Ortsverfassung 2c.) an die Gutsherrschaften zu entrichten sind.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1851.

Denn selbst angenommen, der im §. 183. gedachte Ausnahmefall beziehe sich auch auf das Eigenthum und sei nicht bloß auf die Person zu beschränken, so kann doch nicht auf Grund desselben angenommen werden, daß, weil ein gutsherrlicher Verband besteht und eine Abgabe in den letzten Jahren geleistet worden, die rechtliche Existenz der Verpflichtung so lange vermuthet werden müsse, bis der angeblich Verpflichtete die Nichtexistenz der Verpflichtung nachgewiesen habe. Denn hiergegen sprechen die Vorschriften des A. L. R. II. 7. §§. 137., 143., 472. u. 473., aus deren Beschränkungen sich ergiebt, daß so wenig jene aus dem gutsherrlichen Verhältnisse zu entnehmende Vermuthung, als der neueste unstreitige Besitz so weit reichen könne, für jedwede von der Gutsherrschaft in Anspruch genommene Abgabe die Präsumtion der rechtlichen Existenz der Verpflichtung derselben zu begründen; vielmehr steht einer solchen die allgemeine Vorschrift des A. L. R. I. 19. §. 14. entgegen, und diese verliert erst dann ihre Kraft und giebt jener schwächeren Vermuthung Raum, wenn bereits feststeht, daß derartige Beschränkungen eine derartige Belastung für gewisse Distrikte und alle in demselben belegene Grundstücke, oder doch für gewisse Klassen derselben durch gesetzliche Vorschriften, also durch Urbarien, Zinsregister, Ortsverfassung u. s. w., an die Gutsherrschaften festsetzen, indem dann allerdings die Vermuthung Platz greift, daß auch das einzelne in einem solchen Distrikte belegene, zu jener Gattung gehörige Grundstück dieser ortsüblichen verfassungsmäßigen Verpflichtung gleichfalls unterworfen sei, und die Ausnahme der Befreiung erwiesen werden muß. Dem steht auch der §. 487. A. L. R. II. 7. nicht entgegen, da diese mit §. 484. a. a. O. in Verbindung stehende Bestimmung rein exceptioneller Art ist, nur die interimistische Fortleistung der Dienste anordnet und den neuesten Besitz schützt, keineswegs aber den angeblich Berechtigten von der Verpflichtung des Nachweises seines Rechtes auf die Belastung des Eigenthumes in petitorio befreien kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 295 Nr. 61.)

3) Zur Begründung der Negatorienklage gegen denjenigen, welcher im Besitze der Sache im Possessorien-Prozesse geschützt worden ist, bedarf es nicht des Beweises des besseren Rechtes.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1855.

Das obsiegliche Urtel im Possessorien-Prozesse entscheidet nach den §§. 4. u. 18. A. G. O. I. 31. nichts über das Recht zum Besitz, und hebt namentlich

die im §. 181. A. L. R. I. 7. ausgesprochene Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums, welche die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes überwiegt, ebenso wenig auf, als die demjenigen, welcher sich im Besitze, das Eigenthum eines Anderen zu beschränken, befindet, im §. 182. a. a. O. auferlegte Pflicht, sein Recht zu diesem Besitze nachzuweisen.
(Entsch. Bd. 30. S. 197 ff., Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 112 Nr. 35.)

4) Ueber die Voraussetzungen der Negatorienklage vergl. auch die Rechtsfälle in Gruchot's Beitr. Bd. I. S. 462 Nr. 8. u. S. 465 Nr. 9.

§. 183. Bornemann bemerkt, daß die im §. 183. gemachte Ausnahme nach Aufhebung der Unterthänigkeit nicht mehr zur Sprache kommen könne. (System 2. Ausg. Bd. 1. S. 264 Anm. 2.)

Dagegen ist v. d. Hagen der Ansicht, daß durch die §§. 11. u. 12. des Ed. v. 9. Okt. 1807, welche die Unterthänigkeit aufhoben, zwar die Bestimmung des §. 183, soweit sie die Freiheit der Person berührt, ihre Gültigkeit verloren habe, keinesweges aber in Betreff der Freiheit des Eigenthums in Bezug auf die einem Gutsherrn unterworfenen Stellen, in deren Verhältnissen nach §. 12. des Ed. etwas geändert sei. Die Nichtfreiheit des Eigenthums liege im Begriffe der Unterordnung einer Stelle unter einen Gutsherrn, der eben darin bestehe, und die Verbindlichkeit zu Diensten und Abgaben sei nach §. 134. A. L. R. II. 7. ein naturale dieses Verhältnisses. (J. W. 1846 S. 313.)

Arndts ist dagegen der Ansicht, daß die Bedeutung, welche v. d. Hagen dem §. 183. gebe, in dieser Allgemeinheit nicht zuzugeben sei. Die Ausnahme von der Regel des §. 182., daß ungeachtet des Besitzes das Recht zu einer Einschränkung der Freiheit oder des Eigenthums eines Anderen angegeben und nachgewiesen werden müsse, beschränke sich nach den nicht auszudehnenden Worten des §. 183 auf solche Einschränkungen gegen die Personen gewissen Standes, welche, wenigstens im Allgemeinen, in besonderen Gesetzen ausdrücklich begründet sind. Bei unterthänigen Landbewohnern gehörten dahin z. B. Dienste, nicht aber die Laudemien. (Vergl. A. L. R. II. 7. §§. 472., 473.)
(J. W. 1846 S. 313 Anm. 7.)

§§. 184—187. Genügt die Angabe des Titels von Seiten des Besitzers, oder ist der Nachweis desselben erforderlich?

Ersteres nehmen an: Grävell (Besitz S. 77); Thöne (Fund. Lehren Bd. 1. S. 429) und Simon und v. Strampff. (Material. S. 627).

Sie stützen sich auf die Fassung des §. 184., die Vermuthung des §. 187. und die Aeußerung von Suarez auf ein Monitum gegen den gedr. Entw.: »da bloß von der Angabe, nicht vom Erweise des Besitztitels die Rede sei, so falle die vermeintliche Unbilligkeit der Disposition weg.«

Dagegen entscheidet Koch sich für die letztere Meinung; denn im Fall des §. 182. solle der Besitzer seinen Titel nachweisen; es sei kein Grund vorhanden, weshalb das Gesetz den Fall des §. 184. und den des §. 182. so wesentlich verschieden hätte behandeln sollen, und es lasse sich nicht denken, daß der Gesetzgeber sich dieses Ausdrucks in einem Sinne habe bedienen wollen, der die ganze Verordnung eitel machen würde. Auch ergäben die §§. 34. u. 35. Tit. 15., daß der Gesetzgeber eine bewiesene Angabe erfordere. (Besitz S. 97.)

§§. 185 u. 186. Diese Vorschriften finden nur auf eine solche Partei Anwendung, die sich zur Zeit der angestellten Klage noch im Besitze der Sache wirklich befunden hat; keinesweges aber kann die richterliche Aufforderung zur Angabe des Besitztitels wider einen ehemaligen Besitzer der Sache mit der im §. 186. ausgesprochenen rechtlichen Wirkung erfolgen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1840. (Präj. Nr. 829.) (Präj. Samml. S. 24.)

§§. 188. sqq. Der Possessorienkläger kann sein Interesse wegen Nichtvollstreckbarkeit des Possessorien-Urtels in Betreff des ihm entzogenen Besitzes nur in denselben Grenzen, in welchen er aus diesem Urtel Exekution nachzusuchen befugt war, mithin weder den Werth der Sache selbst, noch die entbehrten Nutzungen liquidiren.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Dec. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 178 Nr. 42.)

§§. 189—203. Ueber die Abweichungen der Theorie von fructibus von dem bisherigen Rechte vergl. Suarez in der Schlußrevision (Jahrb. Bd. 51. S. 8), wonach es klar ist, daß der redliche Besitzer nicht bloß die genossenen (consumtos), sondern auch die gewonnenen (fructus perceptos) eigenthümlich erwirbt.

Vergl. Simon und v. Strampff Material. S. 628 und Koch's Besitz S. 67.

§. 189. 1) Diese Vorschrift findet auch auf das Verhältniß des Benefizialerben zu den Erbschaftsgläubigern keine Anwendung (A. L. R. I. 9. §§. 443., 444.). Dem Benefizialerben kommen mithin hinsichtlich der Nutzungen die Vortheile eines sonstigen redlichen Besitzers nicht zu statten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Nov. 1844.
(Entsch. Bd. 11. S. 471 ff.)

2) Die Vorschrift des §. 189. bezieht sich lediglich auf das Rechtsverhältniß des redlichen Besitzers zu dem wahren Eigenthümer und kann deshalb auf das Verhältniß des ersteren zu dem unberechtigten Dritten nicht angewendet werden. Der redliche Besitzer, insbesondere auch eines Nutzungsrechtes, ist vielmehr dem Nichteigenthümer und völlig unberechtigten Nutzungs-Prätendenten gegenüber als Besitzer im Sinne des §. 221. A. L. R. I. 9., und daher schon bei dem Entstehen der Früchte als deren Eigenthümer anzusehen und als solcher gegen den dritten Beschädiger der noch ungetrennten Früchte zur Klage auf Schadensersatz legitimirt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 197 Nr. 45.)

Vergl. jedoch das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Okt. 1849 (Striethorst a. a. O. S. 204) in den Erg. zu den §§. 175. u. 176. h. t. Zus. 2.

§§. 191. u. 192. Muß der redliche Besitzer die von ihm zum Voraus erhobenen, in Zukunft erst fälligen Nutzungen ganz und ungetheilt herausgeben, wenn der Verfalltag nach dem Ende der Redlichkeit seines Besitzes eintritt, oder soll die Herausgabe der Nutzungen nur für den Zeitraum erfolgen, in welchem der redliche Besitzer nicht mehr im redlichen Besitze war, so daß die Nutzungen zwischen dem Besitzer und Eigenthümer pro rata temporis zu theilen sind?

a) Die erstere Alternative nehmen an:

α) Grävell ohne nähere Begründung. (a. a. O. S. 86 Anm. **)

β) Bornemann, welcher ausführt:

Es ist im §. 192. nicht, wie im Falle der §§. 195. ff. der Tag bestimmt, von welchem das Jahr bei dergleichen Nutzungen an zu rechnen ist, auch geht aus den Aeußerungen von Suarez in der Revision der Monita der Gesetzkomm. und in dem Schlußberichte hervor, daß die Theilung der Früchte und Nutzungen des letzten Jahres pro rata temporis ausnahmsweise nur bei Grundstücken angenommen werden, dagegen rücksichtlich der Früchte und Nutzungen aller anderen Gegenstände der Tag der Perception oder vielmehr der Absonderung, also bei fortdauernden Präztationen der Verfalltag, entscheiden solle. Hiermit harmonirt auch der §. 191. Insbesondere aber würde nach dem Prinzipe der Theilung der redliche Besitzer, obgleich er durch das A. L. R. hat begünstigt werden sollen, unter Umständen schlechter zu stehen kommen, als dies nach dem gemeinen Rechte und dem Entwurfe der Fall sein würde; denn danach behielte er die zur Verfallzeit erhobenen Zinsen und Präztationen als fructus consumtos, nach dem A. L. R. muß er dagegen hiervon dem Eigenthümer diejenige Summe erstatten, welche auf den Theil des Jahres fiele, in welchem sein Besitz nicht mehr redlich gewesen. Die Redaktoren scheinen also bei dem §. 192. hauptsächlich den Fall im Auge gehabt zu haben, wenn wegen Streitigkeiten die Zinsen und Präztationen von dem Verpflichteten zurückbehalten oder ad depositum genommen worden.

(System Bd. 1. S. 555—557, 2. Ausg. Bd. 1. S. 284.)

b) Für die letztere Alternative erklären sich:

α) die Gesetzrevisoren; denn der §. 191. sei nur ungenau gefaßt, enthalte nur einen Gegensatz zu §§. 189. u. 190., und es sei überhaupt nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen, daß der Verfalltag etwas entscheiden solle, vielmehr solle die Theilung pro rata temporis durchgreifendes Prinzip sein.

(Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §§. 187—197. des Entw. S. 41.)

β) Koch, welcher der Ausführung der Gesetzrevisoren noch hinzufügt, daß schon der §. 192. die Unrichtigkeit der aus dem §. 191. gezogenen Folgerung zeige, wonach der Verfalltag allein entscheidend und maßgebend sein solle. (a. a. O. S. 88—90.)

Vergl. zur Widerlegung dieser Ansicht Koch's die Ausführung Bornemann's (Syst. [2. Ausg.] Bd. 1. S. 284) und Temme's (Lehrb. Bd. 1. S. 247).

c) Vergl. Simon und v. Strampff Mat. S. 628—631.

§§. 195—203. Beziehen diese Vorschriften sich auf Häuser überhaupt, oder nur auf solche städtische Grundstücke, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, so daß also andere städtische Grundstücke mit dem beweglichen Besitzthume gleich zu behandeln?

a) Grävell ist letzterer Ansicht; denn theils falle bei Wohnhäusern die ratio legis, Streitigkeiten zu verhüten, fort, theils seien Häuser als nutzbare Grundstücke, von denen das Gesetz bloß spreche, nicht zu betrachten, da sie an sich nur einen Gebrauch, nicht Nutzungen gewährten. (a. a. O. S. 80.)

b) Bornemann bemerkt indeß, daß Wohnhäuser, in sofern sie auch vermiethet werden können, allerdings zu den nutzbaren Grundstücken gehörten, und daß der Gesetzgeber an diesen Fall gedacht zu haben scheine. Wenn aber der Besitzer das Haus selbst bewohnt habe, so werde der Miethsertrag, welchen dasselbe in dem letzten Jahre hätte gewähren können, abzuschätzen, und als die Nutzung anzusehen sein. Grävell beziehe sich zwar auf I. 2. §§. 258—259., allein neben dieser speziellen Bestimmung gehe die generelle, daß Nutzungen die Vortheile seien, welche eine Sache ihrem Inhaber salva substantia gewähren könne, mithin bei Häusern der Gesammtbetrag der daraus zu ziehenden Miethen.

(System [1. Ausg.] Bd. 1. S. 358, 559.)

c) Die Gesetzrevisoren halten die Frage für zweifelhaft, und bemerken, daß wenn sich von der einen Seite kein Grund finde, weshalb die vorliegenden Bestimmungen nicht auf alle Häuser bezogen werden sollten, und da es, wenn man dies nicht thun wolle, für diese Gattung der Immobilien ganz an einer Vorschrift fehlen würde, für die entgegengesetzte Meinung doch der Zusammenhang des §. 195. h. t. mit den folgenden Bestimmungen und die Vergleichung mit Tit. 21. §§. 143., 144., 169., 170. ff. zu sprechen scheine.

(Gesetzrev. a. a. O. Motive zu §§. 181—197. des Entw. S. 42.)

d) Simon und v. Strampff bemerken:

Abgesehen von den erheblichen Gründen, welche für jede der beiden Meinungen aus den Bestimmungen des A. L. R. entnommen werden können, findet sich in den Materialien zur Lehre vom Besitz für die Entscheidung dieser Kontroverse Folgendes vor:

Für die Ansicht, daß die §§. 195. ff. h. t. auf Häuser überhaupt, nicht bloß auf solche, mit denen Landwirthschaft verbunden ist, Anwendung leiden, spricht, daß auch in den Materialien nutzbare Rechte (§. 192.), nutzbar bewegliche Sachen (§. 193.) und Landgüter, Häuser und andere nutzbare Grundstücke — also nutzbare unbewegliche Sachen (§. 195.) — zusammengestellt werden.

Die entgegenstehende Meinung könnte indeß in Suarez amtlichen Vorträgen zu §§. 188. sqq. h. t. einen Anhalt finden. Hier bemerkt Suarez zur Rechtfertigung der Vorschrift, wonach die fructus ultimi anni bei nutzbaren Grundstücken zwischen dem Besitzer und Eigenthümer pro rata temporis getheilt werden sollen, »daß sich bei Landwirthschaften Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunktes gar nicht gedenken lassen, sondern nur von einem ganzen Wirthschaftsjahre bestimmt werden könne, was das Gut in diesem Jahre getragen habe. (Simon's Mat. S. 631.)

e) Koch, welcher der Grävell'schen Ansicht den Vorzug giebt, bemerkt noch, daß der mehrmals wiederkehrende, in seiner Verbindung mit korrespondirenden Ausdrücken durchaus passende Ausdruck: »Wirthschaftsjahr« ergebe, daß nicht eine Ungenauigkeit in der Fassung an dem Gebrauche dieses Ausdruckes Schuld sei, und daß das Bedenken, daß es an einer Vorschrift für Wohnhäuser ganz fehlen würde, ohne Grund sei, indem die nöthige Bestimmung schon durch die Natur der fructus civiles gegeben und in der Vorschrift des §. 192. h. t. zu finden sei. (a. a. O. S. 91.)

Vergl. Koch's Landrecht Bd. 1. zum 195. h. t.

Die Auffassung Koch's sucht indeß Bornemann zu widerlegen. (System [2. Ausg.] Bd. 1. S. 285.)

Vergl. auch Temme's Lehrb. Bd. 1. S. 247 Anm. 1.

§. 199. Die Vorschrift des §. 199. ist für die Berechnung des Wirthschaftsjahres bei Aufkündigung der Pacht nicht maßgebend.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Nov. 1855.

Der §. 199. verhält sich über das Verhältniß des wahren Eigenthümers, entgegen dem redlichen Besitzer; die §§. 197. und 198. sprechen aus, daß die Nutzungen des letzten Jahres, also desjenigen, in welchem der Besitz redlich zu sein aufgehört hat, zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer getheilt werden. Der §. 199. fügt hinzu:

das Wirthschaftsjahr wird bei solchen Grundstücken (d. i. Landgütern, Häusern und anderen nutzbaren Grundstücken) vom 1. Juli an gerechnet.

Dieser Grundsatz bezieht sich sonach lediglich auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer und redlichem Besitzer, ist aber keineswegs geeignet, als allgemein geltend, auf andere ganz verschiedenartige Verhältnisse ohne Weiteres übertragen zu werden. Daß nun aber dieser Grundsatz auch auf Pachtverhältnisse anwendbar sein soll, davon ist in den, den Pachtvertrag betreffenden gesetzlichen Vorschriften nichts enthalten, so wie denn auch einleuchten muß, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, in so weit die autonomische Befugniß der Kontrahenten zu beschränken. Dies ist um so weniger zu bezweifeln, wenn berücksichtigt wird, daß die §§. 143. u. 144. Thl. I. Tit. 21. in dem Verhältnisse zwischen Nießbraucher und Eigenthümer ganz ausdrücklich auf die Grundsätze Bezug genommen haben, welche in den §§. 189. ff. Tit. 7. des A. L. R. hinsichtlich der Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und redlichen Besitzer aufgestellt sind. Wäre es daher die Absicht des Gesetzes gewesen, diese Grundzüge auch auf Pachtverhältnisse auszudehnen, so würde nicht unterblieben sein, auch in der Lehre vom Pachtvertrage hierauf zu verweisen. Aus dem Rechtsgrundsatze, daß, wenn der Verpächter wegen rückständig gebliebener zweier Termine von dem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch macht, nur die gesetzliche Kündigungsfrist, nicht aber die davon abweichende im Kontrakte stipulirte Frist, maßgebend ist, kann nicht abgeleitet werden, daß der Beginn des Wirthschaftsjahres stets und unter allen Umständen auf den 1. Juli gesetzt werden müsse. Eine solche Folgerung würde nur richtig sein, stände es gesetzlich fest, daß dem Kontrahenten nicht gestattet sei, vertragsmäßig das Wirthschaftsjahr anders zu bestimmen. Dies ist eben nicht der Fall, und also muß die vertragsmäßige Bestimmung insoweit allerdings maßgebend sein und hiernach berechnet werden, ob die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Monaten inne gehalten ist.

(Entsch. Bd. 31. S. 420.)

§. 216. Bei einem Arbeitspferde übersteigen die Nutzungen erfahrungsmäßig die Unterhaltungskosten, da Niemand sonst ein Pferd zum Zwecke des davon zu ziehenden Nutzens halten würde. Der Besitzer hat deshalb darzuthun, daß es ihm nicht möglich gewesen sei, eine solche Sache, so lange er sie besessen, zu benutzen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. März 1850. (Präj. Nr. 2189.) (Entsch. Bd. 19. S. 82.

§. 219. Ueber die Unmöglichkeit; daß der redliche Besitzer durch grobes Versehen Verschlimmerungen der besessenen Sache herbeiführe, und über die Unanwendbarkeit der Vorschrift des §. 219. vergl. a) die Meditation von Temme in der J. W. 1835 S. 433, b) die Abhandlung von Gans in den Beiträgen zur Revision rc. Bd. 1. S. 27, c) Bornemann, Syst. (2. Ausg) Bd. 2. S. 157.

§§. 222—244. Von einem vollständigen, aber unredlichen Besitzer.

§. 222. 1) Ueber den Zeitpunkt, mit welchem der Beginn der mala fides anzunehmen ist, bemerken:

a) Bornemann: der Satz §. 222. sei von den Redaktoren nicht sofort aufgestellt, sondern der Tag des ersten Urtels für entscheidend erachtet worden. Suarez habe indeß auf mehrere monita den Tag der insinuatio libelli substituirt, und dies auf fernere Einwendungen dadurch gerechtfertiget, weil die insinuirte Klage bei dem Besitzer immer Zweifel erregen müsse, mithin wenn derselbe demnächst zur Herausgabe der Sache verurtheilt werde, die Wirkung dieser Verurtheilung zurückzubeziehen sei. Dies Argument, bemerkt Bornemann, harmonire zwar nicht mit dem allgemeinen Grundsatze, wonach der Anfangs redliche Besitzer erst dann für einen unredlichen erachtet werden solle, wenn er von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überführt worden, indem die meisten Klagen nur von der Art seien, daß sie bei dem Besitzer Zweifel erregen konnten. Allein die aus diesem Argumente gezogene Folgerung sei ganz richtig, nicht sowohl, weil der verklagte Besitzer durch die Insinuation der Klage wirklich in mala fides komme, sondern weil der Gegenstand des Streites dadurch zu einer res litigiosa werde (§. 48. Litt. c. u. d. A. G. O. I. 7.)

(System Bd. 1. S. 481.)

b) Schröter meint, es werde aus §. 222. h. t. gefolgert, daß der Besitzer nach der litis contestatio unbedingt, selbst hinsichts des casus, als unredlicher Besitzer erachtet werden solle. Diese Annahme sei aber nicht nur unvereinbar mit dem das A. L. R. be-

herrschenden Geiste der Billigkeit, sondern auch mit anderen Gesetzstellen. Denn im §. 48. A. G. O. I. 7. sei von einer durch die lit. contest. entstehenden mala fides nicht die Rede, und nach Litt. d. l. c. entstehe aus der lit. contest. eine mora nur dann, wenn die Verbindlichkeit feststehe, und nur die Zeit der Erfüllung unbestimmt geblieben sei. Ferner sollten nach §. 16. h. t. bloße Zweifel den redlichen Besitz nicht aufheben; nach §. 16. A. L. R. I. 15. solle der, welcher die in Anspruch genommene Sache nach eingehändigter Vorladung veräußere, nur in sofern einem unredlichen Besitzer gleich geachtet werden; nach §§. 194. u. 195. A. L. R. I. 16. solle derjenige, welcher irrthümlich fremdes Geld indebite annehme, nur Verzögerungszinsen vom Tage der Klagebehänd. entrichten, während, wenn diese den Besitzer zum unredlichen machen sollte, auch in diesem Falle, wie bei der wissentlichen Annahme fremden Geldes, die höchsten Zinsen entrichtet werden müßten. Hiernach sei im §. 222. nicht von der Festsetzung der mala fides die Rede, vielmehr werde diese schon vorausgesetzt und nur eine Vorschrift über den dies a quo gegeben, wenn dieser nicht mit der mala fides zugleich ermittelt wäre.

(Civil. Versuche S. 187 ff.)

c) Schütz sucht ebenfalls zu zeigen, daß eine vollständige Identificirung des vom Tage der behändigten Klage an unredlichen und des von Anfang an unredlichen Besitzers bedenklich sei; insbesondere müsse jedenfalls bezüglich der fructus percipiend. der redliche, von der Klagebeantwortung an für unredlich zu erachtende Besitzer anders behandelt werden, als der vom Anfange an unredliche Besitzer. Dies wird namentlich aus den Materialien herzuleiten gesucht, sodann aber auch aus dem Zusammenhange der Vorschriften in §§. 222—244.

(J. W. 1847 S. 74.)

Vergl. Bornemann's Syst. (2. Ausg.) Bd. 2. S. 159 und Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 222. h. t.

2) Von welchem Zeitpunkte an ist die Unredlichkeit eines Besitzers anzunehmen, wenn in erster Instanz zu seinen Gunsten, in den beiden folgenden aber gegen ihn erkannt ist?

Siewert ist der Ansicht, daß, wenn das zweite Erk. und die Abweichung desselben von dem ersten sich auf anderweitige Ausmittelung von Thatsachen gründet, der Zeitpunkt der durch das Revisionserk. völlig geschehenen Ueberführung von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes auf den Publikationstag des Appellationserk. retrotrahirt werden müsse, weil bei allen Erk. auf Zögerungszinsen vom Tage der insinuirten Klage der nämliche Fall eintrete, und aus der Analogie des §. 770. A. L. R. II. 1.; wenn dagegen die Entscheidung nur von Rechtsfragen und von Auslegung von Urkunden abhänge, und die Erk. früherer Instanzen widersprechend ausfielen, so könne die Wirkung der Ueberführung von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes nicht auf den Publikationstag des zweiten Erk. retrotrahirt werden, weil bei difformen Erk. in höheren Instanzen die Kosten kompensirt zu werden pflegten, und hierdurch angedeutet werde, daß die Sache so zweifelhaft sei, daß keine sichere Ueberzeugung über dergl. Rechtsfälle erwartet werden könne. (Siewert Hft. 7. S. 79.)

3) Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffenen Zuschlags-Erkenntnisses begründet für den Adjudikatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeits-Beschwerde die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers. Derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1851. (Präj. Nr. 2274.)

Die Adjudicatoria bildet einen vollgültigen Titel des Besitzes. Als Regel gilt, daß derjenige, bei welchem erst nach erworbenem Besitze bloße Zweifel über die Rechtmäßigkeit desselben entstehen, dadurch noch nicht die Eigenschaft und Rechte eines redlichen Besitzers verliert (§. 16. A. L. R. I. 7.). Mit dieser Regel stimmt der §. 222. daselbst nicht überein. Die Kenntniß von dem Inhalt einer Klage begründet nicht nothwendig eine Ueberführung des Verklagten von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes. Schon bei der Redaktion des A. L. R. ist mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze §§. 15—18. a. a. O. dies Bedenken aufgestellt und erinnert worden: ob nicht der Tag des kondemnatorischen Urtels, des ersten Instruktionstermins oder der Vorlegung der Beweismittel als dies a quo der Unredlichkeit des sukkumbirenden Besitzers anzusehen sei? (Bornemann's System Bd. I. S. 237.) Man hat indeß, ohne darauf einzugehen, den Grundsatz des §. 222. adoptirt. Der Grund dieser Vorschrift ist darin zu setzen, daß bei einem Streit über eine Sache die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers Folge ihrer verzögerten Uebergabe sind. Dies wird in dem §. 18. A. L. R. I. 16. ausdrücklich bestimmt, und dabei auf die §§. 223. ff. des Tit. 7. hingewiesen. Der Verzug des Verpflichteten wird, wo nicht die Zeit der Leistung durch Willenserklärungen, richterlichen Ausspruch oder besondere Gesetze feststeht, durch die Aufforderung des Berechtigten begründet (§. 20. A. L. R. I. 16.); die gerichtliche Klagebehändigung vertritt die Stelle einer außergerichtlichen Aufforderung. Bei Zahlungen sollen von da ab Zögerungszinsen laufen. (§. 71. das.) Für alle Verbindlichkeiten ohne gewisse Frist der Erfüllung wird durch die Klage-Insinuation der in Anspruch Genommene in den Fall der Zögerung versetzt, und muß sich die daraus fließenden rechtlichen Folgen gefallen lassen. (§. 483. A. G. O. I. 7.) In dieser Wirkung der Insinuation für den Fall künftiger Sukkumbenz — dem Verzuge — die Nichtigkeitsbeschwerde der Klage gleich zu stellen, unterliegt an sich schon erheblichen Bedenken. Zwischen beiden waltet der wesentliche Unterschied ob, daß bei Ersterer der angefochtene Besitz auf einem richterlichen Ausspruche beruht, dessen Rechtskraft durch die Nichtigkeitsbeschwerde nur suspendirt, dessen Vollstreckbarkeit aber der Regel nach dadurch nicht aufgehalten wird. (§. 10. der V. v. 14. Dec. 1833, Art. 5. der Dekl. v. 6. April 1839.) Es kann eine Säumigkeit in der Herausgabe der erstrittenen Sache mit der Insinuation der von dem verurtheilten Gegner eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde nicht angenommen werden, weil das ergangene, durch kein ordentliches Rechtsmittel anzugreifende Urtel einen rechtmäßigen Anspruch auf den Besitz giebt, und nur dem Gegner nachgelassen ist, sich gegen die wirkliche Vollstreckung des Urtels durch gerichtliche Niederlegung des Streitgegenstandes oder Kautionsleistung zu schützen. Es fehlt daher an der wesentlichen Bedingung der mora: daß ein Verpflichteter es aus Vorsatz oder schuldbarem Versehen verabsäumt hat, seine Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit zu erfüllen (§. 15. A. L. R. I. 16.). Ohne ihre Voraussetzung können auch die Folgen des Verzuges nicht eintreten (§. 16. ebendas.). Vorzugsweise muß dies bei nothwendigen Subhastationen für den Adjudikatar gelten. Mit dem Zuschlage gehen das Eigenthum an dem Grundstücke, Nutzungen, Gefahr und Lasten von selbst auf den Adjudikatar über. (§. 342. A. L. R. I. 11.) Auf den Fall des gerichtlichen Verkaufs paßt die Bestimmung des §. 10. der V. v. 14. Dec. 1833 nicht. (Nr. 24. der Instr. v. 7. April 1839.) Die Kaufgelderbelegung wird durch die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gehemmt. Den Adjudikatar, der allen seinen Verpflichtungen nachkommen muß, dem ohne sein Zuthun vermöge des Gesetzes das Eigenthum an der adjudizirten Sache zufällt, trifft keine Schuld. Zufolge der allgemeinen Grundsätze von lästigen Verträgen könnte ohne Gewährung des adjudizirten Grundstückes die Zahlung der Kaufgelder von ihm nicht einmal verlangt werden. Es ist damit unvereinbar, daß er die Uebergabe verzögert, sein Besitz deshalb ein unredlicher sein, und er alle Lasten eines unredlichen Besitzers tragen soll. — Der §. 222. A. L. R. I. 7., welcher von der Klagebehändigung disponirt, giebt hiernach für die Wirkungen der insinuirten Nichtigkeitsbeschwerde keine passende Analogie ab. Eine richtige Analogie bildet für die Nichtigkeitsbeschwerde die im Tit. 16. der A. G. O. nachgelassene Nullitätsklage, und speziell, wenn sie gegen eine Adjudicatoria gerichtet ist, die in §. 347. ff. A. L. R. I. 11. gestattete Klage auf Widerruf des Zuschlages wegen verabsäumter wesentlicher Förmlichkeiten. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist dazu bestimmt, beide Klagen, welche — die Erstere für gewisse Fälle — wegfallen sollen, zu ersetzen. (§. 27. der V. v. 14. Dec. 1843, Art. 2. der Dekl. v. 6. April 1839.) Für die Nullitätsklage ist vorgeschrieben, daß, so lange die Nullität eines rechtskräftigen Erkenntnisses noch nicht rechtskräftig feststeht, dasselbe die Wirkungen eines gültigen Judikats haben soll. (A. G. O. I. 16. §. 10.) Für die Klage auf Aufhebung des Zuschlages verordnet der §. 353. A. L. R. I. 11. Durch diese Vorschriften wird die Anwendung des §. 222. A. L. R. I. 7. auf beide Arten von Klagen ausgeschlossen. Einer gleichen Beurtheilung unterliegt die Nichtigkeitsbeschwerde. Daher wird auch im §. 17. der V. v. 14. Dec. 1833 wohl die Erstattung des Geleisteten angeordnet, aber von dem Ersatz der Früchte und Nutzungen, so wie von den Lasten des unredlichen Besitzes nichts erwähnt. Es wird ferner in Nr. 39. der Instr. v. 7. April 1839 zwar die Rechtshängigkeit des Streitobjekts als Wirkung der Nichtigkeitsbeschwerde anerkannt; dagegen nicht bestimmt, daß durch deren Behändigung, wie durch Insinuation einer gewöhnlichen Klage (§. 48 d. A. G. O. I. 7.), der Fall der Zögerung mit ihren Folgen eintrete.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 20. S. 106 ff.)

Koch, welcher dem ausgesprochenen Präj. beitritt, bemerkt, daß in diesem Falle der Anfang der Unredlichkeit der Tag der Publikation der Adjudikatoria, wenn der Implorant dabei anwesend, sonst der Tag der Insinuation sei. (Landr. Bd. 1. zum §. 222. h. t.)

4) Die Vorschrift des §. 222. betrifft nicht lediglich den Fall der Vindikation einer einzelnen Sache; sie enthält vielmehr die ganz allgemeine Regel der Begründung der Unredlichkeit des Besitzes durch die Insinuation der Klage.

Auch durch die Insinuation der Klage auf Anerkennung des Erbrechtes des Klägers wird die Unredlichkeit des Erbschaftsbesitzes des Verklagten begründet.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Febr. 1854.

Bei Redaktion des §. 222. waren monita dagegen aufgestellt, insbesondere daß die bloße Klage nicht immer dem Beklagten von der Rechtmäßigkeit des Anspruchs Ueberzeugung gewähren könne, und daß besonders in dem Falle, wo dem Kläger durch das nachfolgende Urtheil noch ein Eid auferlegt worden, erst der Tag des abgeleisteten Eides als Anfangspunkt der Unredlichkeit des Besitzes angenommen werden müsse. Diese monita sind aber nicht beachtet, und es ist das Gesetz ohne alle Beschränkung so gefaßt, wie es lautet. (Vergl. Simon u. v. Strampff Mat. S. 322., Bornemann's System Bd. 1. S. 238.) — Es muß daher angenommen werden, daß durch den §. 222. eine allgemeine Regel gegeben ist, nach welcher die Unredlichkeit des Besitzes durch die Klage-Insinuation vermöge einer praesumtio juris et de jure festgestellt ist, was auch mit dem §. 48. Litt. c. u. d. A. G. O. I. 7. übereinstimmt. Hierdurch wird für den Fall der angestellten Klage und deren Insinuation der §. 17. h. t. von der Anwendung ausgeschlossen. Auch bildet der §. 243. A. L. R. I. 12. keine Ausnahme von der Regel des §. 222. h. t., dessen Vorschrift keineswegs bloß auf die Vindikation einer einzelnen Sache zu beschränken ist, wie sich auch daraus ergiebt, daß im §. 497. A. L. R. I. 9. auf die Vorschriften des Tit. 7. verwiesen wird. Der §. 243. A. L. R. I. 12. setzt zwar die Ausmittelung des besseren Rechtes des Erbschafts-Prätendenten voraus; allein er bestimmt nichts über die Art dieser Ausmittelung und hebt den §. 222. h. t. nicht auf, der daher im Falle einer angestellten Klage (hereditatis petitio) immer entscheidend bleibt. Auch ist a. a. O. nur von dem Schutze des Erbschafts-Inhabers, wenn er im redlichen Besitze ist, die Rede.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 157 Nr. 35.)

5) Die Unredlichkeit des Besitzes an verkauften Sachen wird durch die Ungültigkeit des Vertrages allein nicht begründet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 104 Nr. 25.)

§. 229. Die im §. 229. ausgesprochene Verpflichtung zur Vergütung der fructus percipiendi trifft nicht jeden, der einem unredlichen Besitzer gleich zu achten ist, sondern nur den, welcher es wirklich weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juli 1854.

Im §. 229. ist eine strengere Verpflichtung enthalten, als diejenige, welche das A. L. R. sonst dem unredlichen Besitzer auflegt, indem dieser nach §. 22. nur verpflichtet ist, die Früchte und Nutzungen zu vergüten, welche er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, also die fructus perceptos, nicht die fructus percipiendos. Schon hieraus ergiebt sich, daß die strengere Verpflichtung des §. 229. nicht jeden unredlichen Besitzer trifft. Hierüber geben indeß die Materialien zum A. L. R. (s. Bornemann's system. Darstellung Bd. 2. S. 278 ff. ält. Ausg.; 2. Aufl. S. 159) noch nähere Aufklärung. Nach dem Entwurfe sollte die gedachte strengere Verpflichtung nur denjenigen treffen, welcher betrüglicher Weise eine Sache besessen hat. Dagegen wurde monirt, daß Betrug und Unredlichkeit gleichbedeutende Ausdrücke seien, worauf Suarez in der rev. mon. bemerkte:

> Verschiedene Monenten wollen jeden unredlichen Besitzer zum Ersatz der fructus percipiendi verpflichten. Meo voto thun die Monenten zu viel und der Text zu wenig. Wenn man bedenkt, daß auch schon der, welcher aus einem verschuldeten errore facti seinen Besitz für rechtmäßig gehalten, daß schon der, welcher bei Erlangung des Besitzes an dessen Rechtmäßigkeit nur gezweifelt hat, ja selbst der possessor bonae fidei a die ins. cit. einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet werden, so wird es wohl offenbar zu hart sein, wenn man eben diesem auch fructus percipiendos zur Last legen wollte. Dagegen ist diese Verpflichtung zu sehr eingeschränkt, wenn man sie nur auf einen betrüglichen Besitzer richtet; es ist genug, wenn der Besitzer nur weiß, daß seine possessio unrechtmäßig sei, gesetzt auch, daß er nicht just dolose dazu gelangt wäre.

Nach dieser Erläuterung wird derjenige, welcher es weiß, daß die Sache einem Anderen gehöre, demjenigen entgegengesetzt, welcher ein solches Bewußtsein nicht hat, aber dennoch nach den Gesetzen einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird, dem fingirten unredlichen Besitzer. Denselben Unterschied macht auch von Savigny in seinem System Bd. 6. S. 183. Anm. aa. mit Bezug auf §. 241. A. L. R. I. 7.

(Entsch. Bd. 28. S. 58, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 261 Nr. 60.)

§§. 229. u. 230. Die Perzipienden sind nicht ein bloßer Mehrbetrag der Perzepten. Zur Aufstellung und Begründung des Perzipienden-Anspruches ist daher die Angabe und der Nachweis des Betrages der Perzepten nicht erforderlich; vielmehr genügt dazu eine von Sachverständigen ermittelte Ertragstaxe.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Mai 1852, auf Grund der §§. 229. u. 230.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 251 Nr. 45.)

§. 232. Wer einem Anderen auf den Grund eines in der Folge abgeänderten oder aufgehobenen Erkenntnisses im Wege der Exekution eine Zahlung abgenöthiget hat, muß dieselbe mit Verzugszinsen seit dem Tage des Empfanges erstatten. — Es ändert hieran nichts, wenngleich der Empfänger wegen eines Rechtsirrthums nur als unrechtfertiger Besitzer anzusehen ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 74 Nr. 16.)

§§. 233. sqq. Die Verpflichtung des unredlichen Besitzers, dem Eigenthümer Rechnung über die gezogenen Nutzungen zu legen, wird durch die §§. 233. sqq. nicht ausgeschlossen, sondern es folgt die Befugniß des Eigenthümers, diese Rechnungslegung zu verlangen, aus seinem Rechte, diese Nutzungen zu fordern.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Febr. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 307 Nr. 64.)

§. 235. 1) Der Besitzer kann auch durch Klage, nicht bloß durch Einrede, die Erstattung der von der Sache entrichteten Lasten und Abgaben, die der Eigenthümer hätte entrichten müssen, verlangen; denn schon die gemeinrechtliche Praxis hat einen solchen Anspruch zugelassen, und der §. 20. A. G. O. I. 5. verordnet, daß bei einer jeden Thatsache nur beurtheilt werden soll, in wiefern daraus ein rechtlicher Anspruch entstehen könnte.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Breslau v. 22. Nov. 1836, J. W. 1837 S. 465.)

2) Der Besitzer, welcher die Erstattung der nothwendigen Kosten von dem Eigenthümer verlangt, muß diesem Rechnung legen, da er nach §. 235. diese nur in sofern in Abzug bringen darf, als er nicht bereits durch die genossenen Früchte entschädigt ist.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Breslau v. 22. Nov. 1836, J. W. 1837 S. 467.)

Achter Titel.

Vom Eigenthume.

Th. E. Körner, das unbewegliche Eigenthum nach Preuß. Rechte. Eine systemat. Darstellung. Nach Lage der neuesten Gesetzgebung und mit Rücksicht auf deren Erörterung durch Praxis und Wissenschaft entworfen. Berlin 1843. 8. (Rec. von Koch, in den krit. Jahrb. von Richter und Schneider, Bd. 8. [1844] S. 223 ff.)

§. 1. 1) Ueber den Begriff des Eigenthums überhaupt.

Suarez, in der Abhandl. vom Inhalt der Preuß. Landesgesetze. (Siewert Hft 1. S. 5.)

Siewert, in der Abhandl.: Versuch einer Uebersicht der Lehre von den Rechten auf fremdes Eigenthum. (Hft. 3. S. 11.)

Dorguth, vermischte Bemerk. zu Thl. I. Tit. 8. des A. L. R. (Jahrb. Bd. 36. S. 246—247.)

Gans, Bemerk. zur Lehre vom Eigenthum und von den Sachen. (Gans Hft. 5. Nr. XXVI. S. 435.)

Ludwig, Erläuterung der Rechtstheorie vom Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, vom Besitz, vom Eigenthum ꝛc. Breslau 1814.

2) Ueber Grundeigenthum, vergl. die Abhandl. von O. Plathner. (J. W. 1847 S. 351 ff.)

3) Ueber den Begriff vom geistigen Eigenthum insbesondere.

a) G. v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst ꝛc. (G. S. S. 165).

b) Rechtsfall und Erk. des Stadtg. zu Berlin v. 30. Jan. 1835 und des Kammerg. v. 21. Juni 1836 über die Frage:

ob es eine Rechtsverletzung enthält, wenn Jemand eine Erfindung oder Verbesserung, deren Urheber ihm bekannt ist, sich selbst zuschreibt, und derselben sich öffentlich rühmt? (J. W. 1836 S. 821.)

c) Temme in der J. W. 1846 S. 37 ff.

§§. 6—8. Personen, welche Eigenthum erwerben können.

I. Ed. v. 9. Okt. 1807, betr. den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigenthumes, so wie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner [1].

Wir &c. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Nach eingetretenem Frieden hat Uns die Vorsorge für den gesunkenen Wohlstand Unserer getreuen Unterthanen, dessen baldige Wiederherstellung und möglichste Erhöhung vor Allem beschäftiget. Wir haben hierbei erwogen, daß es bei der allgemeinen Noth, die Uns zu Gebote stehenden Mittel übersteige, jedem Einzelnen Hülfe zu verschaffen, ohne den Zweck erfüllen zu können, und daß es eben sowohl den unerläßlichen Forderungen der Gerechtigkeit, als den Grundsätzen einer wohlgeordneten Staatswirthschaft gemäß sei, Alles zu entfernen, was den Einzelnen bisher hinderte, den Wohlstand zu erlangen, den er nach dem Maße seiner Kräfte zu erreichen fähig war; Wir haben ferner erwogen, daß die vorhandenen Beschränkungen theils im Besitze und Genuß des Grundeigenthums, theils in den persönlichen Verhältnissen des Landarbeiters Unserer wohlwollenden Absicht vorzüglich entgegenwirken und der Wiederherstellung der Kultur eine große Kraft seiner Thätigkeit entziehen, jene, indem sie auf den Werth des Grundeigenthums und den Kredit des Grundbesitzers einen höchst schädlichen Einfluß haben, diese, indem sie den Werth der Arbeit verringern. Wir wollen daher beides auf diejenigen Schranken zurückführen, welche das gemeinsame Wohl nöthig macht, und verordnen daher Folgendes:

§. 1. Freiheit des Güter-Verkehrs. Jeder Einwohner Unserer Staaten ist, ohne alle Einschränkung in Beziehung auf den Staat, zum eigenthümlichen und Pfandbesitz unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtiget [2]), der Edelmann also nicht nur zum Besitz bloß adelicher, sondern auch unadelicher, bürgerlicher und bäuerlicher Güter aller Art, und der Bürger und Bauer nicht bloß zum Besitz bürgerlicher, bäuerlicher und anderer unadelicher, sondern auch adelicher Grundstücke, ohne daß der eine oder der andere zu irgend einem Gütererwerb einer besonderen Erlaubniß bedarf, wenngleich, nach wie vor, jede Besitzveränderung den Behörden angezeigt werden muß. Alle Vorzüge, welche bei Güter-Erbschaften der adeliche vor dem bürgerlichen Erben hatte, und die bisher durch den persönlichen Stand des Besitzers begründete Einschränkung und Suspension gewisser gutsherrlicher Rechte fallen gänzlich weg [3]).

In Absicht der Erwerbsfähigkeit solcher Einwohner, welche den ganzen Umfang ihrer Bürgerpflichten zu erfüllen durch Religionsbegriffe verhindert werden, hat es bei den besonderen Gesetzen sein Verbleiben.

§. 2. Freie Wahl des Gewerbes. Jeder Edelmann ist, ohne allen Nachtheil seines Standes, befugt, bürgerliche Gewerbe zu betreiben; und jeder Bürger oder Bauer ist berechtigt, aus dem Bauer- in den Bürger- und aus dem Bürger- in den Bauerstand zu treten.

§. 3. In wiefern das gesetzliche Vorkaufs- und Näherrecht annoch stattfindet.

Ein gesetzliches Vorkaufs- und Näherrecht soll fernerhin nur bei Lehns-Ober-Eigenthümern, Erbzinsherren, Erbverpächtern, Mit-Eigenthümern und da eintreten, wo eine mit anderen Grundstücken vermischte oder von ihr umschlossene Besitzung veräußert wird.

§. 4. Theilung der Grundstücke. Die Besitzer an sich veräußerlicher städtischer und ländlicher Grundstücke und Güter aller Art sind nach erfolgter Anzeige bei der Landes-Polizei-Behörde, unter Vorbehalt der Rechte der Realgläubiger und der Vorkaufsberechtigten (§. 3.) zur Trennung der Radikalien und Pertinenzien, so wie überhaupt zur theilweisen Veräußerung, also auch die Miteigenthümer zur Theilung derselben unter sich berechtigt.

§. 5. Erbverpachtung der Privatgüter. Jeder Grundeigenthümer, auch der Lehns- und Fideikommiß-Besitzer, ist ohne alle Einschränkung, jedoch

[1]) Das Ed. v. 9. Okt. 1807 enthält zwar nur im §. 1. hierher bezügliche Bestimmungen, ist aber des Zusammenhanges wegen hier vollständig mitgetheilt, wogegen die nur auf einzelne Paragraphen des Ed. bezüglichen Verordnungen am betreffenden Orte mitgetheilt oder erwähnt werden.

[2]) In Gemäßheit dessen ist durch die K. O. v. 7. Febr. 1845 (G. S. S. 96) auch in den ehemals Königl. Sächsischen Landestheilen die Anordnung, daß Personen bäuerlichen Standes weder Lehnrittergüter erwerben, noch Mitbelehnschaften dazu erlangen können, außer Kraft gesetzt worden.

[3]) Das an die Schlesischen Landeskollegien erlassene R. der Min. des Inn. und der Just. v. 5. März 1809, welches größtentheils nur auf die Provinz Schlesien bezügliche, und mehrere antiquirte Bestimmungen enthält, disponirt sub Nr. 1. zu §. 1. des Ed. v. 9. Okt. 1807:

1) »Da der erste Paragraph des Ed. v. 9. Okt. 1807 allen Einwohnern bürgerlichen Standes eben die Rechte auf den Besitz adelicher Güter giebt, welche vormals nur der Adel hatte, so folgt von selbst, daß dieselben, insofern es Einländer sind, zum Ankauf adelicher Güter, nicht mehr wie sonst, eines Inkolats oder einer Konzession bedürfen, und daher auch weder Inkolatsgebühren, noch Chargengelder zu entrichten fernerhin verbunden sein können.« (Mathis Bd. 10. S. 65, Rabe Bd. 10. S 46.)

mit Vorwissen der Landespolizei-Behörde, befugt, nicht bloß einzelne Bauerhöfe, Krüge, Mühlen und andere Pertinenzien, sondern auch das Vorwerks-Land ganz oder zum Theil und in beliebigen Theilen zu vererbpachten, ohne daß dem Lehns-Ober-Eigenthümer, den Fideikommiß- und Lehnsfolgern und den ingrossirten Gläubigern aus irgend einem Grunde ein Widerspruch gestattet wird, wenn nur das Erbstands- oder Einkaufsgeld zur Tilgung des zuerst ingrossirten Kapitals, oder bei Lehnen und Fideikommissen, in etwaniger Ermangelung ingrossirter Schulden, zu Lehen oder Fideikommiß verwendet, und in Rücksicht auf die nicht abgelösten Realrechte der Hypotheken-Gläubiger von der Landschaftlichen Kredit-Direktion der Provinz, oder von der Landes-Polizei-Behörde attestirt wird, daß die Erbverpachtung ihnen unschädlich sei.

§. 6. Einziehung und Zusammenschlagung der Bauergüter. Wenn ein Gutsbesitzer vermeint, die auf einem Gute vorhandenen einzelnen Bauerhöfe oder ländlichen Besitzungen, welche nicht erblich, erbpacht- oder erbzinsweise ausgethan sind, nicht wieder herstellen oder erhalten zu können, so ist er verpflichtet, dies deshalb bei der Kammer der Provinz zu melden, mit deren Zustimmung die Zusammenziehung, sowohl mehrerer Höfe in eine bäuerliche Besitzung, als mit Vorwerksgrundstücken gestattet werden soll, sobald auf dem Gute keine Erbunterthänigkeit mehr stattfindet. Die einzelnen Kammern werden hierüber mit besonderen Instruktionen versehen werden.

§. 7. Werden die Bauerhöfe aber erblich, erbpacht- oder erbzinsweise besessen, so muß, bevor von deren Einziehung oder einer Veränderung in Absicht der dazu gehörigen Grundstücke die Rede sein kann, zuerst das Recht des bisherigen Besitzers, sei es durch die Veräußerung desselben an die Gutsherrschaft oder auf einem anderen gesetzlichen Wege, erloschen sein. In diesem Falle treten auch in Absicht solcher Güter die Bestimmungen des §. 6. ein.

§. 8. Verschuldung der Lehns- und Fideikommißgüter wegen der Kriegsschäden. Jeder Lehns- und Fideikommiß-Besitzer ist befugt, die zum Retablissement der Kriegsschäden erforderlichen Summen auf die Substanz der Güter selbst, und nicht bloß auf die Revenüen derselben hypothekarisch aufzunehmen, wenn nur die Verwendung des Geldes von dem Landrath des Kreises oder der Departements-Landschafts-Direktion attestirt wird. Nach Ablauf dreier Jahre seit der kontrahirten Schuld ist der Besitzer und sein Nachfolger schuldig, von dem Kapital selbst jährlich wenigstens den funfzehnten Theil abzutragen.

§. 9. Aufhebung der Lehne, Familienstiftungen und Fideikommisse durch Familienschlüsse. Auflösung der Gutsunterthänigkeit. Jede, keinem Ober-Eigenthümer unterworfene Lehnsverbindung, jede Familien- und Fideikommißstiftung kann durch einen Familienschluß beliebig abgeändert oder gänzlich aufgehoben werden, wie solches in Absicht der Ostpreuß. (mit Ausschluß der Ermeländischen) Lehne bereits im Ostpreuß. Prov. Recht Zus. 56. verordnet ist.

§. 10. Nach dem Datum dieser V. entsteht fernerhin kein Unterthänigkeits-Verhältniß weder durch Geburt, noch durch Heirath, noch durch Uebernehmung einer unterthänigen Stelle, noch durch Vertrag.

§. 11. Mit der Publikation der gegenwärtigen V. hört das bisherige Unterthänigkeits-Verhältniß derjenigen Personen und ihrer Weiber und Kinder, welche ihre Bauergüter erblich oder eigenthümlich, oder erbzinsweise, oder erbpachtlich besitzen, gänzlich auf.

§. 12. Mit dem Martinitage Ein Tausend Acht Hundert und Zehn (1810) hört alle Gutsunterthänigkeit in Unsern Staaten auf. Nach dem Martinitage 1810 giebt es nur freie Leute, so wie solches auf den Domainen in allen Unseren Provinzen schon der Fall ist, bei denen aber, wie sich von selbst versteht, alle Verbindlichkeiten, die ihnen als freie Leute vermöge eines Besitzes, eines Grundstückes oder vermöge eines besonderen Vertrages obliegen, in Kraft bleiben.

(G. S. 1807 S. 171, Mathis Bd. 5. S. 169, Rabe Bd. 9. S. 85.)

II. Verf.-Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 12.

Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse. Den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten darf durch die Ausübung der Religionsfreiheit kein Abbruch geschehen.

(G. S. 1850 S. 18.)

Vergl. die speziellen Gesetze über die Beschränkungen der Mitglieder tolerirter Religionsgesellschaften hinsichtlich des Erwerbs von Grundeigenthum im Anhange zu den Erg. zum A. L. R. II. 11.

III. K. O. v. 29. Febr. 1812 wegen Ausschließung der Mitglieder der Provinzial-Domainen-Verwaltungen von Erwerbung der Domainen-Grundstücke ihrer Provinz [1]).

[1]) Die K. O. v. 12. Mai 1798 (N. C. C. Tom. X. p. 1627 No. 33., Rabe Bd 5. S. 112) hatte bereits die Ausschließung der bei den Domainen-Aemtern angestellten Offizianten bei Domainen-Veräußerungen in der Form von Erbpachten angeordnet. — Die Bestimmung der K. O. v. 29. Febr. 1812 bezieht sich auch auf die Domainen-Rentbeamten. (C. R. des Haus-Min. v. 18. Jan. 1837 u. 4. Dec. 1837, v. Kamptz Ann. Bd. 21. S. 28 u. 891.)

Das Gesetz v. 18. April 1764, welches Kriegsräthe, so lange sie im Staatsdienste stehen, von allen Arten von Pachtungen ausschließt, darf seiner Absicht nach, um Mißbräuche zu verhüten, bei den Domainen-Veräußerungen nicht ohne Anwendung bleiben. Ich will diese jedoch, nach Ihrem Antrage, dahin hiermit bestimmen, daß Mitgliedern der Provinzial-Domainen-Verwaltungen zwar die Erwerbung von Domainen-Grundstücken in anderen Provinzen, als in welchen sie angestellt sind und arbeiten, ohne weiteres, in derselben Provinz aber nur nach vorgängiger Dispensation des Chefs der oberen Domainen-Verwaltung auf den Antrag des Präsidenten der Provinzial-Verwaltung, sowohl direkte als durch Cession nachgelassen sein soll. (G. S. 1812 S. 16.)

IV. K. O. v. 5. Sept. 1821, daß kein im Königl. Officio sich befindender Forstbediente in der Angrenzung der unter seiner Aufsicht stehenden Forst ein Grundstück erwerben darf [1]).

Ich bestimme hiermit auf Ihren Bericht v. 6. v. M., daß kein im Dienste des Staats stehender Forstbediente, ohne Unterschied seines Ranges, befugt sein soll, ein Grundstück zu erwerben, welches in den seiner Aufsicht und Verwaltung anvertrauten Forsten und Revieren ein Holzungs-, Hütungs- oder sonstiges Recht hat, oder mit demselben grenzet. Ausnahmen hiervon dürfen nur in besonders dazu geeigneten Fällen auf den Antrag der Prov. Reg. durch das Finanzmin. gestattet werden. (G. S. 1821 S. 158.)

V. K. O. v. 28. März 1809, wegen der von Ausländern zu erwerbenden adelichen Güter und Domainen-Vorwerke [2]).

Mein lieber Staatsmin. Graf zu Dohna! Ich genehmige auf Euren Ber. v. 21. d. M. als nothwendig und rathsam, daß nicht nur das Indolat in denjenigen Provinzen, wo es eingeführt ist, rücksichtlich der Ausländer, die in Meinen Staaten Güter erwerben wollen, ferner bestehen bleibe, sondern auch in den Provinzen, wo solches bisher nicht üblich war, ohne Spezial-Konzession des Min. des Inn. keinem Ausländer die Akquisition eines adelichen Gutes oder Domainenvorwerkes gestattet werde.

Die Konzessionen autorisire ich Euch, im Fall dergl. Akquirenten den Unterthaneneid ableisten, Chargengebühren frei, bloß gegen die gewöhnlichen Kanzleisporteln und Stempelgebühren zu ertheilen, nur bei etwanigen Bedenken habt Ihr meine Genehmigung einzuholen.

Fürstliche Personen, welche sich außerhalb Landes aufhalten, müssen fortdauernd einen Stellvertreter im Lande bestellen, und diesen in einer schriftlich auszufertigenden Urkunde zur Erfüllung aller gesetz- und verfassungsmäßigen Vasallen- und Unterthanenpflichten beauftragen; dahingegen soll von fürstlichen Personen, die in Meinen Staaten ihren Wohnsitz nehmen wollen, nur die schriftliche Vollziehung des Unterthaneneides gefordert werden.

(Mathis Bd. 8. S. 26, Rabe Bd. 10. S. 77.)

Dazu:

1) R. v. 13. Juni 1834. Ausländer dürfen ohne eine Spezial-Konzession des Min. des Inn. und der P. ein adeliches Gut in Preuß. Landen nicht erwerben.

(Jahrb. Bd. 43. S. 583, Gräff Bd. 9. S. 56.)

2) Die Deutsche Bundes-Akte bestimmt in dieser Beziehung in Art. 18. Nr. 1.:

Den Unterthanen der Deutschen Bundesstaaten wird das Recht zugesichert, Grundeigenthum außerhalb des Staats, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu sein, als dessen eigene Unterthanen.

(G. S. 1818 Anh. S. 153.)

3) R. des Justizmin. v. 12. Sept. 1836 nebst Schreiben des Min. des Inn. für Gewerbeangel. und der P. und der ausw. Angel. v. 18. Aug. ej. a. Die K. O. v. 28. März 1809 ist durch den Art. 18. der Deutschen Bundes-Akte nicht aufgehoben, sondern neben demselben als fernerhin gültig zu erachten.

(Jahrb. Bd. 48. S. 266—271, Gräff Bd. 11. S. 39, v. K. Ann. Bd. 21. S. 519.)

4) R. des Min. des Inn. Abtheil. I. v. 30. Juli 1840.

Die Königl. Reg. erhält in der Anlage eine Vorstellung des N. zu Dessau v. 12. d. M. mit dem Eröffnen, daß es für den Bittsteller, da derselbe die von ihm ererbten Rüttergüter N. und N. sofort wieder verkauft hat, einer Konzession Behufs der Berichtigung des Besitztitels nicht bedarf rc.

(M. Bl. d. i. V. 1840 S. 347.)

5) R. des Min. des Inn. v. 28. Nov. 1817. In Betreff solcher Ausländer, welche durch Heirath die Administration, nicht aber das Eigenthum von Grundstücken erhalten, findet die K. O. v. 28. März 1809 keine Anwendung. (v. K. Ann. Bd. 1. Hft. 4. S. 119.)

6) R. des Min. des Inn. v. 14. März 1837. Die Ableistung des Huldigungseides Seitens des Ausländers ist Bedingung der Ertheilung der Konzession zur Erwerbung von Rittergütern.

(v. K. Ann. Bd. 21. S. 21.)

7) R. des Justizmin. v. 23. Aug. 1852. Die Ableistung des Huldigungseides ist auch jetzt noch zu erfordern; ein Zwang oder gesetzliche Nachtheile können aber bei Verweigerung des Eides nicht eintreten. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 10. zum Tit. 8.)

8) Ueber die Berechtigung von Unterthanen anderer Deutscher Bundesstaaten zur Abgabe von Meistgeboten auf zur Subhastation gestellte Rittergüter und Domainenvorwerke im Preuß. Staate und zur Erlangung des Zuschlages vor Beibringung der Konzession zur Erwerbung vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1857 (Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 238 Nr. 39.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 19.

VI. G. v. 4. Mai 1846 über die Erwerbung von Grundeigenthum für Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen auf Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, was folgt:

§. 1. Ausländische Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes können Grundeigenthum innerhalb Unserer Staaten nur mit Unserer Genehmigung erwerben.

§. 2. So lange diese Genehmigung nicht ertheilt ist, sind die auf einen solchen Erwerb bezüglichen Verhandlungen nichtig. (G. S. 1846 S. 235.)

VII. K. O. v. 25. Jan. 1831, betr. den Erwerb von Rittergütern durch Dorfgemeinden oder Mitglieder derselben.

Um die großen Nachtheile abzuwenden, welche für mehrere Dorfgemeinden bei Erwerbung von Rittergütern, besonders durch Uebernahme von Korreal-Verpflichtungen entstanden sind, setze Ich auf den Ber. des Staatsmin. v. 29. v. M., und nach dessen Antrage fest: daß ein Kauf- oder Erbpachtsgeschäft, wodurch Dorfgemeinden, als moralische Person, oder einzelne Klassen oder mehrere Mitglieder derselben ein Rittergut ganz oder theilweise erwerben, ohne Unterschied, ob sie es in Gemeinschaft behalten oder unter sich vertheilen wollen, nur dann erst rechtsgültig sein und einen gerichtlichen Anspruch wider die Erwerber begründen soll, wenn solches von der Prov. Reg. zuvor geprüft und genehmigt worden. Das Min. des Inn. hat die Reg. mit näherer Anweisung wegen ihres Verfahrens zu versehen, damit in vorkommenden Fällen der Zweck nicht verfehlt oder das Geschäft nicht unnöthig erschwert werde.

(G. S. 1831 S. 5.)

Dazu:

1) C. R. des K. Min. des Inn. v. 18. Dec. 1832 nebst Instr. de eod. dat. für sämmtliche K. Reg., die von denselben zur Erwerbung von Rittergütern Seitens der Dorfgemeinden oder einzelner Klassen und Mitglieder derselben zu ertheilenden Genehmigung und die dabei zu befolgenden Grundsätze betreffend.

(v. K. Ann. Bd. 16. S. 913.)

2) Zus. zum A. L. R. II. 6. §. 83. u. II. 7. §. 33.

VIII. Betreffend den Erwerb von Grundstücken Seitens des Fiskus.

1) R. v. 4. April 1838. Der Finanzmin. kann für den Fiskus Grundstücke ohne Allerhöchste Ermächtigung kaufen.

(Jahrb. Bd. 51. S. 371, Gräff Bd. 12. S. 81.)

2) K. O. v. 21. Febr. 1845 (mitgeth. durch das C. R. v. 17. März 1845). Bei Ankäufen von Grundstücken Seitens des Fiskus genügt ein von dem betr. Verwaltungs-Chef in beweisender Form genehmigter Kaufkontrakt zur Berichtigung des Besitztitels, ohne daß es der Vorlegung einer, den Ankauf genehmigenden, besonderen Ordre bedarf. (J. M. Bl. 1845 S. 70.)

XI. Wegen Einschränkung der Berg-Offizianten in Erwerbung von Bergwerks-Antheilen vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 16. §§. 138—140.

---

[1]) Dies Verbot war bereits von dem Min. für Domainen und Forsten durch ein R. v. 10. Juli 1810 (Rabe Bd. 10. S. 377) erlassen, jedoch nur unter Androhung des Nachtheils der Versetzung des Akquirenten. Da die K. O. v. 5. Sept. 1821 dergl. Forstbeamten für nicht befugt zu solcher Erwerbung erklärt, so sind sie dazu unfähig und bedürfen der Erlaubniß des Ministeriums.

[2]) Diese K. O. ist den Gerichten durch das C. R. der Min. des Jnn. u. der Just. v. 4. April 1809 (Rabe Bd. 10. S. 77) mit der Anweisung mitgetheilt, für keinen Ausländer den Besitztitel eines adelichen Gutes oder Domainenvorwerkes eher zu berichtigen, als bis er dazu die Konzession des Min. des Inn. beigebracht haben werde.

§§. 9—13. Von den unter dem Eigenthume begriffenen Rechten.

§. 12. Vermöge des im §. 12. gedachten unbeschränkten Nutzungsrechtes haben z. B. diejenigen Miteigenthümer eines Grundstückes in einer Mark, welche außerhalb wohnen, gleichfalls das Recht zur Behütung, wenn die Einheimischen das Grundstück behüten; sie können deshalb, weil sie Ausmärker sind (außer der Mark wohnen), von der Mithut auf dem gemeinschaftlichen Privatgrundstücke nicht ausgeschlossen werden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Okt. 1847. (Entsch. Bd. 15. S. 421.)

§§. 21—32. Grundsätze von dem getheilten und eingeschränkten Eigenthume.

§. 26. 1) Welche Rechte sind im §. 26. unter den »wohlerworbenen« verstanden?

Das O. L. G. zu Hamm hat in dem Erk. v. 30. Juni 1846 angenommen, daß darunter nicht Rechte Anderer überhaupt, sondern wie der Inhalt und das Marginale der §§. 21—32. h. t. ergeben, nur solche zu verstehen seien, wodurch zu Gunsten eines Anderen das Eigenthum beschränkt ist, indem sonst der §. 26. h. t. mit dem Rechtsgrundsatze des §. 94. Einl. und §. 36. A. L. R. I. 6. im Widerspruch stände. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 612.)

Geck hält diese Schlußfolgerung aus dem Marginale auf den §. 26. h. t. nicht für richtig, sondern versteht unter den »wohlerworbenen Rechten« in ihrer wörtlichen Bedeutung sämmtliche Privatrechte. (a. a. O. S. 616.)

Gegen die Ansicht des O. L. G. zu Hamm vergl. auch die Abhandl. von Reinhard über das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Rechte auf Indemnisation, in der J. W. 1848 S. 473 ff.

Vergl. Zus. 2. zu den §§. 27. u. 28. h. t.

2) Der Nachbar ist berechtigt, den Grenzgraben nach seiner Seite hin zu verbreitern, zu vertiefen und in einen Kanal zu verwandeln.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Juli 1857 auf Grund des §. 26. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 354 Nr. 68.)

§§. 27. u. 28. 1) Gans Bemerk. über die §§. 27. u. 28. (Beitr. Hft. 5. S. 435—437.)

2) Der Eigenthümer einer Fabrikations-Anstalt ist vermöge seines Eigenthumsrechtes nicht unbedingt befugt, die durch den Betrieb einer solchen Anstalt entwickelten Dämpfe auf benachbarte Grundstücke zu verbreiten und kann den Ersatz eines hierdurch veranlaßten Schadens nicht schon durch die Behauptung abwenden, daß er sich nur eines aus dem Eigenthum folgenden Rechtes bedient habe. Ebensowenig schützt der Umstand, daß die Fabrikations-Anstalt mit polizeilicher Erlaubniß angelegt und betrieben worden ist, für sich allein schon gegen die Vertretung eines entstandenen Schadens.

Der Inhaber einer Fabrikations-Anstalt kann nach Umständen für den Schaden verantwortlich gemacht werden, welcher der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht, ohne daß es zur Begründung der Vertretungsverbindlichkeit des Nachweises einer besonderen Verschuldung bei der Anlage und bei dem Betriebe der Fabrik-Anstalt bedarf.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Juni 1852 [1]. (Präj. Nr. 2382.)

Es würde unausführbar sein, in Beziehung auf den vorliegenden Gegenstand Grundsätze aufzustellen, welche, alle möglichen Fälle umfassend, allgemeine Geltung in Anspruch nehmen, da es hierbei sehr auf die thatsächliche Lage und die besonderen Umstände des Falles ankommen muß. Dies hat dahin führen müssen, die aufzustellenden Grundsätze wesentlich negativ zu halten. Hiervon ausgehend, fragt sich:

a) ob der Eigenthümer oder Inhaber einer Fabrikations-Anlage schon vermöge seines Eigenthumsrechtes unbedingt berechtiget sei, den aus solcher Anlage sich entwickelnden Dampf oder Rauch zu verbreiten, wenn hierdurch auch dem Nachbar und Andern Schaden entsteht, ob also derselbe gegen den ihm angemutheten Schadensersatz schon dadurch gesichert sei, daß er sich nur seines aus dem Eigenthum folgenden Rechtes bediene? Dies ist zu verneinen; denn die Ausschließlichkeit und Willkührlichkeit des Gebrauchsrechtes des einen Eigenthümers (A. L. R. Einl. §§. 89. u. 94. und I. 8. §. 1.) finden ihre nothwendige Begrenzung in der jedem anderen Eigenthümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkührlichkeit, und eben deshalb überschreitet derjenige, welcher ihm überflüssige Stoffe auf ein fremdes Grundstück hinüberführt, die Schranken und Grenzen seines Rechtes.

b) Die fernere Frage: ob derjenige, welcher eine solche Fabrikations-Anstalt mit polizeilicher Erlaubniß anlegt und betreibt, schon durch diese Erlaubniß gegen jede Verantwortlichkeit geschützt werde? (cf. §. 27. der Gew. O. v. 17. Jan. 1845) ist gleichfalls zu verneinen; denn aus einer solchen Konzession folgt keine Beschränkung der Rechte Dritter, noch weniger eine Befreiung von der aus verletzten Eigenthumsrechten abgeleiteten Entschädigungsverbindlichkeit, wie dies in den Gründen des Pl. Beschl. v. 20. Okt. 1851 (Entsch. Bd. 21. S. 181, Pr. Nr. 2313.) [1] näher ausgeführt worden.

Betreffend ferner die Fragen:

c) ob es zur Begründung der Vertretungsverbindlichkeit des Nachweises einer besonderen Verschuldung bei der Anlage und bei dem Betriebe der Fabrikations-Anstalt bedürfe?

oder

d) ob ohne solche besondere Verschuldung der Inhaber der Fabrikations-Anstalt unter Umständen für den Schaden verantwortlich gemacht werden

---

[1] Der Pl. Beschl. ist durch abweichende Entscheidungen des I. und II. Sen. des Ob. Trib. herbeigeführt worden. Der I. Sen. hatte in dem Erk. v. 18. Sept. 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 363 Nr. 180.) den Entschädigungs-Anspruch eines Grundeigenthümers gegen den Errichter einer chemischen Fabrik zurückgewiesen, indem er ausführte, daß es zur Begründung einer Obligation auf Schadensersatz noch nicht hinreichend sei, daß menschliche Willkühr zu dem schädlichen Ereignisse mittelbar oder vorbereitend Anlaß gegeben habe; sondern daß vielmehr zwischen der Handlung und dem Schaden eine solche Kausalverbindung obwalten müsse, daß der schädliche Erfolg dem Handelnden als ein verschuldetes Unrecht wider den Beschädigten imputirt werden könne. — Diese Voraussetzung nahm indeß der I. Sen. nicht als vorhanden an, weil der Eigenthümer durch Anlegung einer Fabrik auf seinem Grund und Boden mit polizeilicher Genehmigung einen erlaubten und rechtmäßigen Gebrauch von seinem Eigenthume mache, folgerecht ihm der Betrieb derselben bloß darum, weil eine solche Nähe der Nachbarschaft lästig, selbst nachtheilig sei, nicht inhibirt, somit aber in dem Falle, wenn erwiesenermaßen nicht das Entsteigen der Dämpfe aus den Schornsteinen rc. für sich allein allemal, sondern erst der Niederschlag dieser Dämpfe, dessen Eintritt hinwiederum durch eine besondere Beschaffenheit der Luft und Witterung, so wie durch die Richtung des Windes bedingt werde, auf das benachbarte Grundstück nachtheilig einwirke, dem Besitzer der Fabrik auch keine verschuldete Immission der Dämpfe imputirt werden könne. — Von gleichen Grundsätzen ist der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. Febr. 1848 (Rechtsf. Bd. 3. S. 364 Nr. 178.) in einem Falle ausgegangen, wo Jemand auf eigenem Grunde einen Wasserlauf angelegt hatte, welcher dem Nachbar Schaden brachte. — In einem späteren Falle hatte indeß der II. Sen. Grundsätze angenommen, welche mit den Prinzipien des I. Sen. nicht im Einklange standen. Es wurde nämlich ausgeführt: »Das Recht des Fabrikbesitzers, seine Fabrik in Betrieb zu setzen, sei nicht zweifelhaft; die Ausübung desselben sei aber begrenzt durch das Recht der Nachbarn, zu fordern, daß ihr Eigenthum durch die Ausübung des Rechtes des Fabrikbesitzers nicht beschädiget werde. Diese Forderung erhalte noch eine besondere Berechtigung in dem Falle, wenn derjenige, welcher sie stelle, gegenüber dem, welcher durch Ausübung seines Rechtes einen Vortheil suche, nur seinen Schaden abzuwenden bedacht sei. Es walte eine Kollision der Rechte zwischen beiden Theilen ob, wobei der Fabrikbesitzer mit dem Nachtheile der Nachbarn einen Gewinn zu erzielen suche. Der Erstere habe kein Recht, seine Fabrik in der Weise zu betreiben, daß durch den Betrieb den benachbarten Grundstücken beschädigende Substanzen zugeführt würden; ein rechtswidriges Einbringen einer körperlichen Substanz durch die Fabrik-Anstalt auf die benachbarten Grundstücke überschreite die Schranken, welche dem Rechte des Fabrikbesitzers durch das Eigenthumsrecht der benachbarten Grundbesitzer gezogen werden. Auf den Nachweis einer besonderen Verschuldung komme es nicht an. Nur bei Beschädigungen aus unerlaubten Handlungen komme das subjektive Element des Verschuldens in Betracht. Wo aber Jemand nicht aus Versehen oder Vorsatz, sondern ohne Verschulden in die objektive Rechtssphäre eines Andern in der Absicht eingeschritten sei, um dadurch einen Gewinn zu erzielen, fließe die Verpflichtung zum Ersatze des Verlustes, den der Andere dadurch erlitten, aus der Rechtsregel, daß Niemand mit dem Schaden eines Andern sich bereichern, überhaupt Niemand zu seinem Vortheile in ein fremdes Rechtsgebiet eindringen dürfe.« — Den hiernach anzunehmenden Konflikt soll der Pl. Beschl. v. 7. Juni 1852 entscheiden.

[1] Vergl. diesen Pl. Beschl. in den Erg. zum A. L. R. II. 15. zum §. 14. des Gesetzes v. 3. Nov. 1843 über die Eisenbahn-Unternehmungen.

könne, welchen der durch den Gebrauch der Anlage entstehende und sich über andere Grundstücke verbreitende Dampf oder Rauch verursacht?

so ist die zu c. zu verneinen, dagegen die zu d. zu bejahen.

Bei der Berathung im Plenum wurde es nämlich für unzweifelhaft erachtet, daß, um den Anspruch auf Schadensersatz zu begründen, der Nachweis einer zwischen dem Betriebe der Fabrik-Anstalt und dem entstandenen Schaden, bestehenden Wechselwirkung, so daß sich also jener und dieser als Ursache und Wirkung verhalten müssen, nicht fehlen dürfe. Dagegen wurde von einer Seite angenommen, daß außerdem zur Begründung des Anspruches auf Schadensersatz ein von dem Handelnden verschuldeter Kausalnexus, eine besondere Verschuldung, hinzutreten müsse, welche dem Handelnden subjektiv zuzurechnen ist. Es sei also ein, wenn auch nicht ausdrücklich auf Zufügung des Schadens gerichteter dolus, so doch erforderlich, daß der Wille auf diejenige Handlung gerichtet gewesen sei, welche den Schaden zur Folge gehabt. Von der andern Seite wurde dagegen eine solche besondere Verschuldung für entbehrlich erachtet, und die Anlage und der Gebrauch der Fabrikations-Anstalt an sich schon ausreichend gefunden, weil gesetzlich, soweit die Handlung frei ist, die unmittelbaren Folgen derselben dem Handelnden allemal zugerechnet werden und nicht minder auch die mittelbaren Folgen vertreten werden mußten, in soweit er diese vorauszusehen habe. Ob aber Letzteres der Fall, darüber ließen sich keine allgemeine Regeln aufstellen, da dies vielmehr durch die besonderen Umstände des Falles bedingt sei.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 2, Entsch. Bd. 23. S. 252, J. M. Bl. 1852 S. 259.)

Der auf Grund dieses Pl. Beschl. demnächst entschiedene Rechtsfall mit dem Erk. des Plenums wird mitgetheilt in Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 282 Nr. 52.

Mit Bezug auf diesen Pl. Beschl. sind folgende Grundsätze angenommen:

a) Auf den dem Adjacenten einer Eisenbahn durch den Rauch und Dampf der Lokomotive entstehenden Nachtheil findet der Pl. Beschl. v. 7. Juni 1852 keine Anwendung.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1852, mit Hinweis auf die §§. 74. u. 75. Einl. zum A. L. R. und dem Pl. Beschl. dazu v. 1. Juli 1850.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 263 Nr. 55.)

b) Der Pl. Beschl. v. 7. Juni 1852 findet Anwendung in dem Falle, wenn auf den Grund und Boden des Nachbars schädliche Substanzen gebracht werden, sei es direkt oder vermittelst des Mediums der Luft oder des Wassers.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Dec. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 50 Nr. 17.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 15. Abschn. 2. zum §. 1. des Ges. v. 28. Febr. 1843 über die Benutzung der Privatflüsse.

§. 28. 1) Die Vorschrift des §. 28. enthält keine allgemeine, auch auf Vertragsverhältnisse anwendbare Begriffsbestimmung vom Mißbrauche einer Sache.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Aug. 1841.

Im Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. ist von den aus dem Gesetze entspringenden Rechten, nicht von vertragsmäßig bestimmten Befugnissen des Eigenthümers die Rede. Der §. 28. insbesondere spricht von dem Verhältnisse des Eigenthümers zu jedem Dritten, mit welchem er nicht in kontraktlichen Beziehungen steht, und giebt in Verbindung mit den vorhergehenden Bestimmungen die äußerste Grenze der im Eigenthum liegenden Befugnisse dahin an, daß dasselbe jeden Gebrauch gestattet, der nur nicht lediglich und allein die Kränkungen Anderer zur Absicht habe. (Entsch. Bd. 7. S. 153.)

2) Für einen Mißbrauch im Sinne des §. 28. ist die Anlegung von Oeffnungen in einer unmittelbar an den Hofraum des Nachbars stoßenden Mauer nicht zu erachten.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. März 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 109.)

Vergl. die Erg. zum §. 38. h. t.

§§. 29—32.

Meditation über die §§. 29. sqq. im Centralbl. 1838 S. 36.

1) Vergl. Art. 9. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 in den Erg. zum A. L. R. II. 13., und die Erg. zum A. L. R. Einl. §§. 74. u. 75. und §§. 94. u. 95.

2) R. des Min. des Inn. v. 5. Juni 1833. Die Privatgrundbesitzer sind verpflichtet, sich die Truppenübungen nach den Anordnungen der Militair-Befehlshaber gefallen zu lassen [1]).

(v. K. Ann. Bd. 17. S. 559.)

3) Wer in Berlin nach Erlaß der Buden-Reglements v. 20. Juli 1787 und 15. Aug. 1801 einen Scharrn erwirbt, kann, wenn auf Grund dieser Reglements das Abbrechen des Scharrns bewirkt worden, Entschädigung aus eigenem Rechte nicht verlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1856.

(Entsch. Bd. 32. S. 23, Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 336 Nr. 84.)

§§. 29—31. 66. ff. Die von der Polizei-Behörde verweigerte Erlaubniß zur Wiederbebauung einer Stelle, auf welcher bereits ein Gebäude mit polizeilicher Erlaubniß errichtet gewesen, ist nicht als eine der in den §§. 66. ff. h. t. vorgeschriebenen Einschränkungen des Eigenthümers bei dem Bauen, sondern als eine zum Wohle des gemeinen Wesens erfolgende Einschränkung des Privat-Eigenthums anzusehen, die für den betr. Besitzer der Baustelle einen Entschädigungs-Anspruch, gemäß §. 75. der Einl. und §. 31. h. t. begründet.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. April 1837. (Präj. Nr. 220.) (Präj. Samml. S. 24.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Okt. 1857 an. (Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 269 Nr. 44.)

§§. 31. u. **33.** sqq. Die Bestimmung des §. 31. ist nur dann anwendbar, wenn ein in seinen Eigenthumsrechten nicht eingeschränkter Besitzer einer Sache, nach den in jedem einzelnen Falle besonders zu treffenden Anordnungen des Staates, zum Wohle des Ganzen oder Einzelner sich Beschränkungen seines Eigenthums unterwerfen muß, welche ihm Nachtheile bringen. Sie ist aber nicht anwendbar, wenn das Eigenthum gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, von welchen in den §§. 33. sqq. h. t. die Rede ist. Dann treten vielmehr die Vorschriften der §§. 1. u. 2. A. L. R. I. 22. ein.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. März 1849. (Entsch. Bd. 17. S. 377.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 15. §§. 57. sqq.

§§. 33—101. Einschränkungen zum Besten des gemeinen Wesens.

§. 33. 1) Vergl. §§. 6. u. 7. des Ed. v. 9. Okt. 1807 in den Erg. zu den §§. 6—8. h. t. Zus. I. und §. 1. des Ed. v. 14. Sept. 1811 zu Beförderung der Landeskultur.

(G. S. S. 300.)

2) K. O. v. 20. Juni 1830, betr. die Erhaltung der Stadtmauern [2]).

Ich bin mit dem im Berichte des Staatsmin. v. 5. v. M. entwickelten Ansichten darin einverstanden, daß den Stadtgemeinden die willkührliche Abtra-

---

[1]) Vergl.:

a) R. des Min. des Inn., v. 14. Dec. 1816 und 3. Jan. 1817, daß diejenigen Offiziere, welche bei Truppen-Uebungen die Saatfelder ꝛc. nicht beobachten, selbst für den angerichteten Schaden aufkommen sollen, und die Erstattung der durch Kriegs-Uebungen den Saatfeldern zugefügten Schäden betr.

(v. K. Ann. Bd. 1. S. 68—71.)

b) R. d. Min. d. Kr. u. d. P. v. 10. Jan. 1832, K. O. v. 1. Mai 1820, u. R. des Kriegsmin. v. 1. Mai 1820 und 17. Mai 1826, wodurch das Verfahren der Reg. bei Anmeldung, Abschätzung und Feststellung der durch Militair-Manövers ꝛc. veranlaßten Flurschäden ꝛc. angeordnet ist.

(v. K. Ann. Bd. 16. S. 283—288.)

c) R. d. Min. d. Kr. u. d. P. v. 15. März 1832, wonach zu permanenten Civil-Kommissarien bei Ermittelung der durch Truppen-Uebungen verursachten Flurschäden die betr. Kreislandräthe bestimmt werden können.

(v. K. Ann. Bd. 16. S. 289.)

[2]) Wegen des Eigenthumes der Stadtgemeinden an den Stadtmauern, Thürmen und Gräben ꝛc., so wie wegen deren Erhaltung und Abtragung, enthalten bereits folgende R. Bestimmungen:

a) R. d. Min. d. Inn. v. 31. Mai 1822. (v. K. Ann. Bd. 6. S. 385.)

b) R. d. Min. d. Inn. u. d. Fin. v. 7. Aug. 1821. (v. K. Ann. Bd. 5. S. 642.)

c) R. d. Min. d. Inn. u. d. Kr. v. 26. Mai 1828. (v. K. Ann. Bd. 12. S. 420.)

d) R. d. Min. d. Inn. v. 18. Juni 1829. (v. K. Ann. Bd. 13. S. 317.)

Sie sind ihrem wesentlichen Inhalte nach in die K. O. v. 20. Juni 1830 aufgenommen.

gung ihrer Stadtmauern, Thore, Thürme, Wälle und anderer[1]), zum Verschlusse sowohl als zur Vertheidigung der Städte bestimmten Anlagen weder in polizeilicher, noch in militairischer, noch in finanzieller Rücksicht gestattet werden kann, und daß der §. 33. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. auf diesen Gegenstand allerdings zu beziehen ist[2]). Um allen ferneren Zweifeln hierüber vorzubeugen, verordne Ich Folgendes:

1) Wenn die Stadtbehörden die Stadtmauern und andere obenbenannte Anlagen ganz oder zum Theile abtragen oder damit Veränderungen[3]) vorzunehmen beabsichtigen; so haben sie die Absicht zuvörderst der Regierung anzuzeigen, und vor der Ausführung deren Entschließung zu erwarten. Die Regierungen sind von den Ministerien des Innern, des Krieges und der Finanzen wegen der anzustellenden weiteren Erörterungen mit Instruktion zu versehen[4]).

2) Dafern eine Anlage der gedachten Art von selbst durch die Zeit verfällt, und deren Erhaltung und Wiederherstellung in polizeilicher, militairischer und finanzieller Hinsicht für nothwendig erachtet wird, so soll das bestehende Sach- und Rechtsverhältniß untersucht, und hiernach nöthigenfalls im Rechtswege festgestellt werden, wem die Verbindlichkeit zur Tragung der diesfallsigen Kosten obliegt. Wenn aber die Wiederherstellung des schadhaften Beschlusses mahl- und schlachtsteuerpflichtiger Städte lediglich und ausschließlich zur Sicherung der Steuergefälle erforderlich ist, so sollen diejenigen Städte, welchen zur Deckung ihres Kommunal-Bedürfnisses ein Zuschlag zur Mahl- und Schlachtsteuer bewilligt ist, jedenfalls einen nach dem Verhältnisse dieses Zuschlages zur Hauptsteuer abzumessenden Beitrag zu den Kosten derjenigen Vorkehrungen leisten, welche die Steuerverwaltung zur Erreichung des obgedachten Zweckes für nothwendig erkennt[5]). (G. S. 1830 S. 113.)

---

[1]) Auch in Betreff der Erhaltung oder Zerstörung der Umfassungsgräben, als Befestigungswerke der Städte, ist hiernach zu verfahren.
(R. des Pol. Min. v. 30. Nov. 1831, v. K. Ann. Bd. 15. S. 774.)

[2]) Die Anwendbarkeit der Vorschriften der K. O. v. 20. Juni 1830 auf Thorthürme wird dadurch, daß solche und die Nebenhäuser früher Privateigenthum gewesen und erst durch Ankauf in den Besitz der Kommune gelangt sind, nicht ausgeschlossen.
(R. der Min. des Kr., der Fin. u. des Inn. v. 31. Juli 1844, Min. Bl. d. i. V. 1844 S. 219.)

[3]) Auch zum Umbau von Stadtmauern ist die Min. Genehmigung erforderlich. (R. der Min. des Kr. u. des Inn. v. 25. Sept. 1846, Min. Bl. d. i. V. 1846 S. 194.) Auch bedarf es dieser Genehmigung in den Fällen, wenn das Eigenthum der Stadtmauern nicht der Stadgemeinde, sondern einem Dritten zusteht. (R. derselben Min. v. 17. Jan. 1847, Min. Bl. d. i. V. 1847 S. 5.)

[4]) Diese Instr. ist durch das C. R. der Min. v. 31. Okt. 1830 (v. K. Ann. Bd. 14. S. 774) ertheilt. Vergl. dazu das C. R. der Min. v. 28. Aug. 1857 (Min. Bl. d. i. V. 1857 S. 144) und das C. R. der Min. v. 5. Nov. 1854 (Min. Bl. d. i. V. 1854 S. 2).

[5]) a) R. des Min. des Inn. v. 31. Mai 1822. Da die rechtliche Präsumtion dafür ist, daß den Stadtgemeinden das Eigenthum der Stadtmauern zustehe, so muß in den Fällen, wenn kein spezieller Titel ein anderes Rechtsverhältniß ergiebt, und übrigens die polizeil. und finanziellen Rücksichten das Niederreißen der Mauern gestatten, das Provenue aus den Materialien den Stadtgemeinden überlassen bleiben. (v. K. Ann. Bd. 6. S. 385.)

b) R. der Min. des Inn. u. der Poliz. u. der Fin. v. 30. Dez. 1838.
Die K. O. v. 20. Juni 1830 enthält in ihrem §. 2. die klare Bestimmung, daß da, wo wegen Unterhaltung des Verschlusses der Städte ein bestimmtes Rechtsverhältniß besteht, es bei solchem bewenden soll, daß aber auch da, wo ein solches Rechtsverhältniß nicht besteht, die Städte, welche Antheil an der Mahl- und Schlachtsteuer haben, jedenfalls einen verhältnißmäßigen Antheil an den Unterhaltungskosten des Verschlusses zu tragen gehalten sind. Diese letztere Bestimmung hebt also die erstere in mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Städten keineswegs auf, läßt es vielmehr auch in diesen, wenn sonst ein bestimmtes Rechtsverhältniß hinsichtlich dieses Gegenstandes darin besteht, bei solchem bewenden. In der Mark hat sich durch Observanz ein schon in vielen Fällen anerkanntes Rechtsverhältniß gebildet, nach welchem die Städte die Hälfte zur Unterhaltung ihrer Mauern, Thore rc. beitragen müssen. Da nun bei Erhaltung der städtischen Mauern rc. ein Staatsinteresse eintritt, so ist es nach Analogie dessen, was der Anhang zu der Reg. Instr. §. 42. vorschreibt, zulässig, daß die betreffende Reg. die zu jenem Zweck erforderlichen Vorkehrungen trifft und den dazu von der Stadt zu entrichtenden Beitrag im Wege der Exekution einzieht. (v. K. Ann. Bd. 22. S. 950.)

c) Auch in mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Städten ist die Verpflichtung zur Erhaltung und Herstellung der Stadtmauern, Thore und sonstigen zum Verschlusse der Stadt gereichenden Anlagen davon abhängig, in wessen Interesse diese Erhaltung und Herstellung nothwendig erscheint und, wenn Mehrere ein Interesse hierbei haben, in welchem Verhältnisse die dadurch herbeigeführten Vortheile zu einander stehen.

§§. 35—64. Pflichten des Eigenthümers von Gebäuden wegen deren Unterhaltung und Wiederherstellung.

§. 35. Gans, Bemerk. über den §. 35. (Beitr. Hft. 2. S. 438—442.)

1) K. O. v. 4. Okt. 1815, betr. die zur Veränderung an öffentlichen Gebäuden und Denkmälern einzuholende Genehmigung.

Auf Ihren Bericht v. 27. v. M. setze Ich hierdurch fest: daß bei jeder wesentlichen Veränderung an öffentlichen Gebäuden oder Denkmälern diejenige Staatsbehörde, welche solche vorzunehmen beabsichtigt, darüber zuvor mit der Ober-Baudeputation kommuniziren und, wenn diese nicht einwilliget, an den Staatskanzler Fürsten von Hardenberg zur Einholung Meines Befehles, ob die Veränderung vorzunehmen, berichten soll.
(G. S. 1815 S. 206.)

2) Vergl. St. O. v. 30. Mai 1853 §. 50. Nr. 2.
(G. S. 1853 S. 278.)

§. 36. R. des Min. des Inn. v. 27. Okt. 1820. Die Besitzer leerer Baustellen, insbesondere auch der erst nach Einführung des A. L. R. wüste gewordenen, können zu deren Bebauung angehalten werden. (v. K. Ann. Bd. 4. S. 746.)

Vergl. das R. desselben Min. v. 23. Sept. 1820. (a. a. O. Bd. 3. S. 606.)

§§. 36—40. Die obrigkeitliche Aufforderung zur Wiederherstellung eines durch Brand zerstörten Gebäudes mit Bestimmung einer angemessenen Frist muß an sämmtliche Miteigenthümer des Grundstückes erfolgen, und ist der Antrag der Polizeibehörde auf Einleitung der nothwendigen Subhastation vor Ablauf dieser Frist unzulässig. Die erst nachfolgende Aufforderung kann die fehlende Grundlage der bereits eingeleiteten Subhastation nicht ersetzen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. März 1853, auf Grund der §§. 36—40. und des §. 58.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 358 Nr. 76.)

§§. 37. u. 38. Vergl. Strafgesetzbuch v. 14. April 1851. §. 345. Nr. 10.

§§. 39 u. 40. 1) R. v. 11. Dec. 1810, betr. die kompetente Behörde für den Verkauf und Zuschlag eines verlassenen und verfallenen Hauses.

Das Kön. Ob. L. G. zu Stettin empfängt hierbei auf seinen Ber. v. 12. v. M., wegen des öffentlichen Verkaufes eines verfallenen und von dem Eigenthümer verlassenen Hauses, auszugsweise ein Schreiben des Chefs des allgemeinen Polizei-Dep. im Min. des Inn. v. 4. d. M., mit der Anweisung, nunmehr die anderweitige Subhastation des in Rede stehenden Hauses nach Vorschrift der Gesetze, jedoch mit der möglichsten Sparung der Kosten, zu bewerkstelligen.

Berlin, den 11. Dec. 1810.

Der Justizminister Kircheisen.

Extrakt v. 4. Dec. 1810, aus dem Schreiben des Geh. Staatsrathes und Chef des Dep. der allgem. Polizei im Min. des Inn.

Ich bin mit Ew. Excellenz völlig darüber einverstanden, daß die Subhastation eines verfallenen und von dem Eigenthümer verlassenen Grundstückes nur von dem Richter, unter welchem dasselbe belegen, bewerkstelligt werden könne, und daher das Ob. L. G. in Stettin berechtigt sei, in dem von demselben mittelst Ber. v. 12. v. M. angezeigte Falle, das Verfahren des dortigen Mag. wieder aufzuheben und das in Rede stehende Grundstück zur nochmaligen Subhastation, mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, bringen zu lassen.

Ich habe demgemäß der Pommerschen Reg. aufgetragen, den Mag. in Stettin darüber gehörig zu belehren, und ihn anzuweisen, künftig in dergl. Fällen, den Richter der belegenen Sache um die Bewirkung der Subhastation zu requiriren. (Mathis Bd. 10. S. 360, Rabe Bd. 10. S. 489. 492.)

2) R. v. 11. Juni 1829. Dem Antrage der Polizeibehörde auf Subhastation eines baufälligen Hauses braucht keine Klage darauf voranzugehen. (Act. Gen. des Justizmin. S. No. 40. Vol. I. fol. 291.)

3) R. v. 5. März 1838. Nach der Fassung des §. 39. ist nicht zu bezweifeln, daß der Obrigkeit nur ein Recht zur Ausführung des Baues ertheilt, nicht aber eine Verpflichtung dazu auferlegt wird. Nach der Verbindung des §. 40. mit dem §. 39. und bei

---

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 134 Nr. 28.)

Denselben Grundsatz spricht (unter Bezugnahme auf das obige Präj.) das R. des Generaldir. der Steuern v. 28. Nov. 1851 aus.
(Min. Bl. d. i. V. 1851 S. 8 Nr. 10.)

der Fassung des ersteren ist dagegen anzunehmen, daß von der Ausübung jenes Rechtes die Befugniß der Obrigkeit bedingt ist, die Subhastation des baufälligen Gebäudes zu veranlassen. Dies geben die Anfangsworte des 40.: »Kann oder will er die Kosten nicht herbeischaffen«, und die damit in Verbindung gebrachte Disposition: »so kann die Obrigkeit dergleichen Gebäude zum öffentlichen Verkaufe ausbieten«, zu erkennen. (J. M. Bl. 1839 S. 377.)

§§. 60—64. Die Gesetzrevisoren bemerken:

Diese Paragraphen sind durch das Landeskultur-Edikt v. 14. Sept. 1811 (G. S. 1811 S. 300) für aufgehoben zu erachten. Zwar gab das Ed. v. 14. Sept. 1811, die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse betr., §§. 32 und 33. (G. S. 1811 S. 291) dem Gutsherrn bis zur Auseinandersetzung nur dann die Befugniß, einzelne Stellen einzuziehen, wenn sich nach erfolgter Ausbietung kein Annehmer finde; allein auch diese Beschränkung ist durch die Dekl. v. 29. Mai 1816 Art. 76. und 77. (G. S. 1816 S. 172) aufgehoben. Nur für einzelne Provinzen besteht, nach dem G. v. 8. April 1823, betr. die Regulirung der gutsherrl. und bäuerl. Verhältnisse im Großherzogthume Posen, den mit Westpreußen wieder vereinigten Distrikten, dem Kulm- und Michelauschen Kreise und in dem Landgebiete der Stadt Thorn, §§. 99. sqq. (G. S. 1823 S. 89), eine Beschränkung der Gutsherrschaft in der Einziehung bäuerlicher Stellen.

(Motive zur Gesetzrev. Pensum XIII. S. 55.)

§§. 65—82. Einschränkungen des Eigenthümers beim Bauen.

v. Rönne, die Baupolizei des Preuß. Staates; eine syst. geordnete Sammlung aller auf dasselbe Bezug habenden gesetzl. Bestimmungen, insbes. der in der G. S. für die Preuß. Staaten, in den v. Kamptz'schen Annalen für die innere Staatsverwaltung, und in deren Fortsetzungen durch die Min. Blätter enthaltenen Verordnungen und Reskripte, in ihrem organischen Zusammenhange mit der früheren Gesetzgebung, dargestellt unter Benutzung der Min. Archive. Breslau 1854. 8.[1]).

I. Die V. v. 17. Juli 1846 bestimmt zur Verhütung der Feuersgefahr, daß, wo die feuer- und baupolizeilichen Vorschriften in den Städten und auf dem platten Lande von einander abweichen, und wo durch Anwendung der für das platte Land bestehenden feuer- und baupolizeilichen Vorschriften bei Gebäuden auf solchen zum platten Lande gehörigen Grundstücken, welche sich innerhalb der Städte oder im Gemenge mit städtischen bebauten Grundstücken befinden, die Feuersicherheit der Stadt erheblich gefährdet wird, diese Gebäude, zu denen auch die auf Vorwerken oder Rittergütern befindlichen Gebäude zu rechnen sind, durch Anordnung der Regierung den für die städtischen Gebäude geltenden bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften unterworfen werden können, und daß, wenn dieses in einzelnen Fällen ohne wesentliche Belästigung und Störung des ländlichen Gewerbebetriebes nicht ausführbar ist, die Reg. zu ermessen hat, in wiefern mit Rücksicht hierauf die Anwendung jener Vorschriften zu modifiziren oder eine Ausnahme davon zu gestatten sei. (G. S. 1846 S. 399.)

II. Betr. den Auseinanderbau und die Entfernung der Gebäude auf dem platten Lande.

1) Ueber den Auseinanderbau der Gebäude auf dem Lande in der Kurmark sind ergangen:

a) Ed. v. 15. Juni 1795, wegen des Auseinanderbauens der Unterthanen-Gehöfte und Gebäude in der Kurmark.

(N. C. C. Tom. IX. p. 2525 No. 19. de 1795, Rabe Bd. 3. S. 77—84.)

b) V. v. 28. Aug. 1796, gegen die Verbindung der Wohn- und Wirthschaftsgebäude auf dem platten Lande in der Kurmark.

(N. C. C. Tom. X. p. 621. No. 87. de 1796, Rabe Bd. 3. S. 502.)

c) Nachtrag v. 19. April 1804 zu dem Ed. v. 15. Juni 1795, wegen des Auseinanderbauens der Unterthanengehöfte und Gebäude in der Kurmark.

(N. C. C. Tom XI. No. 12 de 1804, Rabe Bd. 8. S. 34.)

2) Ueber die Anwendbarkeit dieser V. (sub 1.) für andere Provinzen (außer der Kurmark) sind ergangen:

a) R. des Min. des Jnn. v. 27. Jan. 1812 (bezüglich der Neumark). (v. Rönne, Baupol. S. 475.)

[1]) Dies Werk enthält in ausführlicher Darstellung die sämmtlichen gesetzlichen und administrativen Bestimmungen, sowohl über das gesammte Staats- u. öffentliche Bauwesen, als auch in Betreff der Baupolizei, in welcher Beziehung daher hier die Verweisung darauf genügt.

b) R. des Min. des Jnn. v. 20. Juli 1813. (a. a. O.)

c) R. desselben Min. v. 7. Juli 1815. (a. a. O. S. 476.)

d) R. desselben Min. v. 19. Aug. 1826. (v. K. Ann. Bd. 10. S. 802, Baupol. S. 476.)

e) R. des Min. des Jnn. u. der Pol. v. 1. März 1833. (v. K. Ann. Bd. 17. S. 207, Baupol. S. 476.)

3) Für die Neumark.

R. des Min. des Jnn. u. der Pol. v. 9. Jan. 1835. (v. K. Ann. Bd. 19. S. 281, Baupol. S. 477.)

4) Für die Provinz Preußen.

a) R. des Min. des Jnn. v. 22. Okt. 1824. (v. K. Ann. Bd. 8. S. 1176, Baupol. S. 479.)

b) R. des Min. des Jnn. u. der Pol. v. 21. Sept. 1838. (v. K. Ann. Bd. 22. S. 788, Baupol. S. 480.)

c) R. desselben Min. v. 4. Nov. 1838. (v. K. Ann. Bd. 22. S. 789, Baupol. S. 480.)

R. des Min. des Jnn. v. 15. April 1847. (Min. Bl. d. i. V. 1847 S. 131 Nr. 170., Baupol. S. 480.)

5) Für die Provinz Pommern.

R. des Min. des Jnn. u. der Pol. v. 10. Sept 1836. (v. K. Ann. Bd. 20. S. 722, Baupol. S. 482.)

6) Für die Provinz Westphalen.

R. des Min. des Jnn. v. 9. Febr. 1827. (v. K. Ann. Bd. 11. S. 228, Baupol. S. 486.)

III. Betr. die Schornsteinbauten.

1) Fortschaffung der hölzernen und geklebten Schornsteine.

Außer den Provinzial- und Lokal-Feuerordnungen enthalten folgende V. Anweisungen zur Beseitigung feuergefährlicher Schornsteine.

α) V. v. 1. Okt. 1708 wegen Abschaffung der engen steinernen und der hölzern Schornsteine.

(C. C. M. Tom V. Abth. 1. Kap. 2. S. 227, Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 290.)

β) Renov. Ed. v. 1. Okt. 1708 wegen Abwendung der Feuersgefahr, v. 14. Jan. 1716.

(C. C. M. Tom. V. Abth. 1. Kap. 2. S. 237, Rabe a. a. O. S. 423.)

γ) Ed. v. 21. Okt. 1777 wegen der Schornsteine.

(N. C. C. Tom. VI. p. 924 No. 46. de 1777, Rabe Bd. 1. Abth. 6. S. 258.)

Diese V. sind indeß nicht mit Strenge ausgeführt; die Central- und Provinzial-Polizeibehörden haben sich vielmehr meistens darauf beschränkt, die feuergefährlichsten Schornstein-Anlagen zu beseitigen, auch bei Ausführung der angeordneten Maßregeln auf den Vermögenszustand der Bauenden und auf Konservation des Nahrungsstandes derselben möglichste Rücksicht zu nehmen angeordnet.

Vergl. v. Rönne's Baupolizei S. 537. ff.

2) Vorschriften in Betreff der Anlegung enger Schornsteinröhren.

a) K. O. v. 4. Okt. 1821, betr. die Anlegung neuer Schornsteineröhren.

(G. S. 1822 S. 42.)

b) Allerh. Erl. v. 12. April 1853, betr. die Aufhebung der Bestimmungen über das engste Maß der Russischen Rauchröhren.

(G. S. 1853. S. 753.)

Vergl. diese V. nebst den darauf bezüglichen Min. Erl. in v. Rönne's Baupolizei S. 544 ff.

III. Betr. die Abschaffung feuergefährlicher Bedachungen.

1) Die meisten Provinzial- und Lokal-Feuer-Ordnungen ertheilen hierauf gerichtete Anweisungen; eine allgemeine V. hierüber für den ganzen damaligen Umfang der Monarchie enthält aber das Patent v. 12. Aug. 1720 wegen Abschaffung der Stroh- und Schindeldächer.

(C. C. M. Tom. V. Abth. 1. cap. 2. No. 36., Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 587.)

2) Die Verwaltungsbehörden haben ihrerseits, namentlich in neuerer Zeit, sich bemüht, dem Uebelstande der feuergefährlichen Bedachungen abzuhelfen; es sind hierüber an die meisten Provinzial-Regierungen Anweisungen ergangen, auch haben diese darüber größtentheils Jnstruktionen erlassen.

Vergl. v. Rönne's Baupolizei S. 517. ff.

IV. Betr. die Rayon-Bestimmungen.

K. O. v. 30. Sept. 1828 und Regulativ vom 10. desselben Mon. über das Verfahren bei baulichen Anlagen oder sonstigen Veränderungen der Erdoberfläche innerhalb der nächsten Umgebungen der Festungen.

(G. S. 1828 S. 119—130.)

§§. 66. sqq. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. Nr. 220. in den Erg. zu den §§. 29—31. h. t.

§. 70. Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851 §. 345. Nr. 11. u. 12.

§§. 71—73. 78—80. Bauliche Anlagen in den Städten vor den Häusern auf den Gassen und Plätzen, welche dem Publikum hinderlich sind, oder die Oertlichkeit verunstalten, müssen weggeräumt werden, wenn sie auch älter, als das A. L. R. sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Juni 1832 auf Grund der §§. 71—73. 78—80. h. t. und in Hinsicht des Einwandes der Verjährung auf Grund des §. 664. A. L. R. I. 9., so wie auf Grund der Bestimmungen der Breslauer Bau-Ordnung v. J. 1688. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 168.)

Koch führt aus, daß zwar die Breslauer Bau-Ordnung auf andere Schlesische Städte nicht angewendet werden könne, daß aber jene Entsch. sich rechtfertige, weil die §§. cit. des A. L. R. lediglich eine Anwendung des alten von der Glosse des Land- und Lehnrechts bezeugten Grundsatzes seien: was man in einer Stadt erbaut um des gemeinen Nutzens willen, solches ist Jedermann zu halten schuldig. Nach diesem Satze, der stets in Uebung gewesen, sei es unzweifelhaft, daß auch Anlagen, die älter als das A. L. R. sind, danach beurtheilt werden können. (a. a. O.)

§. 75. Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851 §. 344. Nr. 6. u. 7.

§. 76. R. des Min. des Inn. v. 11. Febr. 1846. Da das Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift des §. 76. nicht mit einer Strafe bedroht ist, so kann eine solche auch nicht deshalb festgesetzt, sondern nur die Wiederherstellung des früheren Zustandes erzwungen werden. (M. Bl. d. i. V. 1846 S. 59.)

§. 81. 1) Bobrik, über die rechtliche Natur des sog. Bürgersteiges mit besonderer Rücksicht auf die Bauwerke, welche von Privaten auf dem Bürgersteige errichtet werden. (Bobrik Z. Hft. 1. Nr. 6.)

2) Abhandlung, ob die Polizei befugt ist, Bauwerke, welche den Bürgersteig verengen, wegzunehmen. (J. Z. 1835 S. 272.)

3) Vorschriften über die Anlegung und Unterhaltung der Bürgersteige.

a) R. des Min. des Inn. u. der Pol. v. 17. Sept. 1836. Die Besitzer der Häuser müssen sich die im öffentl. Interesse nöthige Umpflasterung der Bürgersteige nach dem veränderten Niveau der Straße gefallen lassen, und können dazu auf ihre Kosten angehalten werden. (v. K. Ann. Bd. 20. S. 701.)

b) R. des Min. des Inn. u. der Pol. v. 25. Jan. 1840. Den Hauseigenthümern steht ein Eigenthumsrecht an den Bürgersteigen nicht zu, vielmehr gehören solche zur Straße, und es können daher die Hausbesitzer den in polizeilicher Hinsicht für nothwendig erachteten Veränderungen der Bürgersteige nicht widersprechen. (M. Bl. d. i. V. 1840 S. 52.)

4) Vorschriften über die Benutzung der Bürgersteige und Vorlauben.

a) R. des Min. der Pol. v. 28. Okt. 1825. Die Straßen sollen nicht verengt werden und die Benutzung des Bürgersteiges ist nur so weit nachgegeben, als sie ohne deren Verengnng geschehen kann; auch sind unter den von der Polizei-Obrigkeit bei Bauten nachzulassenden Gegenständen weder Podesten, noch Geländer, noch Freitreppen begriffen. (v. K. Ann. Bd. 9. S. 1059.)

b) R. desselb. Min. v. 28. April 1831. Die Frage: ob die Vorlauben als ein Theil des Hauses, bei welchem dieselben sich befinden, oder als ein Theil des öffentl. Bürgersteiges anzusehen, und hiernach deren Nutzungsart zu bestimmen, hängt von den Ortsgewohnheiten und den hiernach stattfindenden Eigenthumsberechtigungen ab. Befindet sich das Publikum im rechtsverjährten Besitze des Rechtes, sich dieser Vorlauben als Passage zu bedienen, dergestalt, daß dies Recht nicht durch Dispositionen der Hausbesitzer beschränkt werden darf, so liegt der Ortspolizeibehörde ob, solche Vorkehrungen zu treffen, daß dieser Zweck nicht beeinträchtigt werde. (v. K. Ann. Bd. 15. S. 398.)

c) R. desselb. Min. v. 28. Nov. 1831. Da nach §. 81. h. t. die Benutzung des Bürgersteiges von Seiten der Hauseigenthümer nur unter den Einschränkungen der §§. 77—80. h. t. gestattet, das Nähere in dieser Beziehung aber den Ortspolizeigesetzen vorbehalten ist, so hat die Ortspolizeibehörde das Recht, jede Benutzung der Bürgersteige zu untersagen, wodurch solche verengt, verunreinigt oder verunstaltet werden. (v. K. Ann. Bd. 15. S. 798.)

d) R. des Min. der Pol. v. 23. Juli 1835. Es ist nicht für unbedingt verboten zu erachten, den Bürgersteig zur Aufstellung von Waaren zu benutzen, vielmehr soll für die Polizeibehörde bei Beurtheilung diesfälliger Gesuche nur die Rücksicht auf die Passage und auf das Gewerbe des Nachsuchenden maßgebend sein. (v. K. Ann. Bd. 19. S. 790.)

e) R. v. 26. Juli 1839. Nach §§. 78—81. h. t. ist der Bürgersteig nicht Pertinenz der Häuser, vor welchen er liegt, sondern gehört, wie namentlich die Hinweisung auf §. 78. im §. 81. h. t. ergiebt, zu den anstoßenden Straßen und öffentlichen Plätzen, und die Eigenthümer der angrenzenden Häuser haben daran ein Nutzungsrecht. Die Beschränkungen, welchen letzteres hiernach unterworfen wird, sind nur im Interesse des Gemeinwesens hinzugefügt worden. Dies liegt in der Natur der Sache und folgt aus der Stellung jener Vorschriften, in denen die §§ 33—201. h. t. die zum Besten des »gemeinen Wesens« stattfindenden Einschränkungen abhandeln. Mithin unterliegt die Entscheidung darüber, wie weit in jedem einzelnen Falle diese Einschränkungen sich erstrecken, der polizeilichen Verfügung, und gegen eine solche findet der Regel nach nur der Rekurs an die vorgesetzte Polizeibehörde statt. (J. M. Bl. 1839 S. 279.)

f) R. der Min. der Fin. u. der Just. v. 22. Sept. 1846. Der Hausbesitzer darf den Bürgersteig nur in soweit benutzen, als das öffentl. (polizeil.) Interesse es gestattet. Sofern dies aber überhaupt für zuläßig erachtet wird, gebührt ihm vor jedem Dritten, der nicht einen speziellen Rechtstitel für sich hat, der Vorzug. (M. Bl. d. i. V. 1846 S. 61.)

§§. 83—95. Einschränkungen des Eigenthümers bei Wäldern.

Die §§. 83—95. sind durch die §§. 4—6. des Ed. zur Beförderung der Landkultur v. 14. Sept. 1811 (G. S. S. 303) beseitigt.

§§. 96—101. Einschränkungen des Eigenthümers bei Gräben und Wasserleitungen.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 15. Abschn. 2.

§. 99. 1) Die bloß temporaire Aufstauung eines Privatbaches auf eigenem Grunde, wodurch das Wasser den unterhalb gelegenen Grundbesitzern nicht gänzlich zurückgehalten, sondern nur unregelmäßiger zugeführt wird, ist für keine Hemmung des Ablaufs und für keine Entziehung des Wassers im Sinne der Vorschriften des §. 99. h. t. und des §. 246. A. L. R. II. 15. zu achten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1842 (Präj. Nr. 1092.); denn der Ausdruck: »Hemmung« bezeichne nur ein gänzliches und fortdauerndes Zurückhalten des Wasserlaufes. Dies bestätigten auch die Vorschriften des gemeinen Rechtes in L. 10. Cod. 3. 34., L. 21. D. 39. 3., L. 1. D. 13. D. 39. 3. u. L. 7. C. 3. 34. (Präj. Samml. S. 25, Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 296.)

2) Die Vorschrift des §. 99. ist nicht für ein Verbotsgesetz zu achten, wodurch nach §. 664. A. L. R. I. 9. die Verjährung ausgeschlossen wird.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. im J. 1846. (Präj. Nr. 1723.) (Präj. Samml. S. 25.)

3) Die Vorschrift des §. 99. wird durch die §§. 1., 13., 16. des Ges. über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. Febr. 1843 modificirt.

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Mai 1844 (Präj. Nr. 1458) in den Erg. zu den §§. 1., 13. u. 16. des Ges. v. 28. Febr. 1843 zum A. L. R. II. 15. Abschn. 2.

4) Das Recht des Adjacenten zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers eines Privatflusses mittelst Stauungsanlagen, welches ihm das G. v. 28. Febr. 1843 giebt, kann dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß ein Anderer diese Stauungsanlagen in seinem Interesse, ohne Widerspruch des Stauenden, auf Grund der älteren Gesetzgebung und namentlich des §. 99. h. t. durch die gewöhnliche Verjährungszeit beseitigte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1856. (Entsch. Bd. 34. S. 89.)

§. 100. 1) Die landrechtliche Bestimmung, daß in der Regel ein Jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle, wodurch das Wasser seinen Ablauf hat, zu unterhalten verbunden sei, findet auf natürliche Privatflüsse keine Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. April 1844. (Präj. Nr. 1425.)

Die §§. 99. u. 100. lassen sich nur dahin deuten, daß der §. 99. die Verbindlichkeiten des Grundeigenthümers in Beziehung auf die sein Eigenthum durchströmenden Privatflüsse hat bestimmen, und daß im §. 100. die besonderen Verpflichtungen haben festgesetzt werden sollen, welche ihm in Betreff

der künstlichen Gräben und Kanäle obliegen. Hätte sich der §. 100. mit auf die Privatflüsse im Allgemeinen beziehen sollen, so würde eine andere Fassung erfolgt sein. Es würde nicht zwischen natürlichem und künstlichem Wasserlauf distinguirt worden sein.

Dagegen ist jetzt ausdrücklich unterschieden:

a) im §. 99., was im Allgemeinen bei Privatflüssen Rechtens sein solle, und sodann

b) im §. 100., wie es in Ansehung der Gräben und Kanäle, durch welche das Wasser seinen ordentlichen Ablauf hat, gehalten werden solle. Wenngleich unter Kanälen nicht immer bloß eine durch Menschenhand angelegte Wasserleitung verstanden wird — sondern das A. L. R. sich auch des Wortes »Kanal« bedient, um damit im Allgemeinen das Bette eines Flusses zu bezeichnen (Thl. I. Tit. 9. §. 271., Thl. II. Tit. 15. §§. 69. ff.), so muß man doch den Worten zunächst die gewöhnliche Bedeutung beilegen, und darf dann hiervon nur abgehen, wenn aus dem Sinne und Zusammenhange und aus unzweifelhaften Gründen klar erhellt, daß man sich des Wortes in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne bedient habe. (A. L. R. Einl. §. 46.) Wenn im A. L. R. I. 9. u. II. 15. das Wort Kanal, in einer dem Sprachgebrauch gar nicht entsprechenden Weise, für »Lauf des Flusses« oder auch für »Flußbett« gebraucht worden, so darf deshalb doch nicht in andern Fällen von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche abgewichen, und namentlich nicht im §. 199. h. t. gegen den Zusammenhang Kanäle für »Privatflüsse« ausgelegt werden. Es liegt auch in der Natur der Sache, daß dem Grundeigenthümer in Beziehung auf die Unterhaltung der künstlich angelegten Gräben und Kanäle größere Verpflichtungen gegen die Nachbarn auferlegt worden, als bei natürlichen Wasserläufen. Denn bei letzteren ist der allgemeine Grundsatz festgehalten, daß in der Regel Niemand verpflichtet ist, etwas zu leisten, was nicht ihm selbst, sondern nur Andern Nutzen gewährt. Bei künstlichen Wasserläufen ist als Regel vorauszusetzen, daß der betreffende Grundeigenthümer selbst in seinem Interesse den Graben gezogen habe, und da es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß keine Veränderung des natürlichen Wasserlaufes vorgenommen werden dürfe, welche den Nachbarn zum Nachtheil gereicht, so verpflichtet auch die durch den Grundeigenthümer erfolgte Anlegung des neuen Grabens diesen zu einer solchen Erhaltung der Anlage, daß selbige den Nachbarn nicht nachtheilig werde.

Auch aus dem 3. Westphälischen Landtags-Abschiede v. 22. Juli 1832 folgt nichts für die Annahme, daß man dabei die Vorschrift des §. 100. h. t. nicht bloß auf künstliche Gräben und Kanäle, sondern auch auf natürliche Privatflüsse für anwendbar erachtet habe.

Denn daraus, daß darin nur auf den §. 99. und nicht zugleich auf den §. 100. verwiesen worden, folgt, daß nur der §. 99., nicht aber der §. 100. auf Privatflüsse für anwendbar erachtet ist, und daß man den §. 99. in Verbindung mit der allgemeinen Bestimmung im §. 10. des Vorfluths-Ed. für genügend gehalten hat, um das Interesse der Nachbarn vor Nachtheilen zu sichern. Noch deutlicher ergiebt sich dies aus dem §. 19. des Abschiedes v. 31. Dec. 1829, auf welchen ausdrücklich verwiesen wird.

Es wird hiernächst noch gezeigt, daß die §§. 99. und 100. im Wesentlichen die Grundsätze des gemeinen Rechtes beibehalten, und eben so, wie dieses, unter Privatflüssen und künstlich angelegten Gräben unterscheiden, und nur bei letzteren dem Grundeigenthümer der Regel nach die Verbindlichkeit auferlegt haben, die Reinigung derselben zu besorgen, um dem Wasser dadurch den gewöhnlichen Ablauf zu verschaffen.

(Präj. Samml. S. 25, Entsch. Bd. 10. S. 245, J. M. Bl. 1844 S. 199.)

Vergl. die auf dies Präj. gegründete Entsch. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 272 Nr. 61.)

2) Das vom Fiskus einem Privatflusse Behufs Meliorations-Anlagen, insbesondere zur Verbesserung des Laufes des Flusses und zur Flößbarkeit, unter Trockenlegung des bisherigen Flußbettes gegebene neue Flußbett ist kein Kanal im Sinne des §. 100.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 142 Nr. 37.)

3) Der §. 100. kann nicht aus den §§. 106—108., welche nur von Vorfluthsgräben, — den §§. 113—116., an deren Stelle wiederum der §. 23. des Vorfluths-Ed. v. 15. Nov. 1811 getreten ist, — handeln, interpretirt, und es kann aus diesen §§. noch weniger eine Ausnahme von der Regel des §. 100. bewiesen werden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 30. Sept. 1842 (Koch's Arch. Bd. 5. S. 133) und v. 13. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 85 Nr. 42.).

4) Der §. 100. schreibt nur die privatrechtliche Verpflichtung der Grundeigenthümer zur Unterhaltung der über ihre Grundstücke gehenden Wasserlaufsgräben und Kanäle vor; findet aber auf den Fall, wenn in Folge wegepolizeilicher Anordnungen der Verwaltungsbehörden Veränderungen in den Wasserlaufsgräben stattfinden, keine Anwendung. Gegen dergleichen Anordnungen ist der Rechtsweg versagt. Wenn jedoch von dem betheiligten Grundbesitzer behauptet wird, daß eine solche Anordnung einen Eingriff in sein Privatrecht enthalte, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften Entschädigung gewährt werden muß, so ist hierüber, so wie über die Art der Entschädigung im Rechtsverfahren von den Gerichten zu entscheiden.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 7. Juni 1856. (J. M. Bl. 1856 S. 243.)

5) Vgl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Febr. 1856 (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 213 Nr. 53.) in den Erg. zu den §§. 1. u. 13. des Ges. v. 28. Febr. 1843 zum A. L. R. II. 15. Abschn. 2.

§§. 102—117. Einschränkungen des Eigenthums zum Besten des Nachbarn in Ansehung der Vorfluth.

Suarez, Bemerk. über die in §§. 106—117. h. t. angenommenen Grundsätze in Vergleichung mit den Vorschriften des Vorfluths-Ed. v. 7. Okt. 1726. (Jahrb. Bd. 41. S. 10.)

Bielitz, Darstellung der Preuß. Gesetzgebung über die Vorfluth und das Verfahren dabei. (Kam. Zeit. 1838 S. 299 ff.)

Grundsätze der Preuß. Gesetzgebung über Vorfluthsachen in Ansehung der Ressortverhältnisse. (J. Z. 1832 S. 447.)

Lette u. v. Rönne, die Landeskultur-Gesetzgebung des Preuß. Staates. Berlin 1853—1854, Bd. 2. Abth. 2. S. 569—670.

I. Betr. die Frage: ob die älteren Vorfluths-Verordnungen noch in Gültigkeit stehen?

1) Auf die Anfrage der Kurmärk. Kr. und Domainenkammer v. 11. Dec. 1794, ob bei der Instruktion der Vorfluthsstreitigkeiten nach dem Vorfluths-Ed. von 1772, oder nach der Vorschrift des A. L. R. verfahren werden müsse? ist derselben unterm 13. Jan. 1795 durch das Generaldirekt. zur Resol. ertheilt worden:

daß in künftigen Vorfluthssachen nach dem A. L. R. zu verfahren sei, weil die älteren Vorfluths-Verordnungen nicht bloß für eine Provinz besonders ergangen, sondern in allen Provinzen als allgemeine Gesetze betrachtet worden.

(N. C. C. Tom. X. No. 6. des Nachtr. de 1798 p. 1857, Rabe Bd. 3. S. 1.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken:

So wie das A. L. R. alle älteren Vorfluths-Verordnungen aufhob, so ist späterhin wiederum an dessen Stelle in Betreff dieser Materie das Vorfluths-Ed. v. 15. Nov. 1811 getreten. Dies G. beschäftigt sich nur mit der Verpflichtung, das Wasser aufzunehmen, also mit den zur Entwässerung der oberhalb liegenden Grundstücke erforderlichen Anstalten; Bewässerungsanlagen, welche dem unterhalb liegenden Nachbar das Wasser entziehen, fallen mithin nicht unter das G.; es findet auf dieselben der §. 99. h. t. Anwendung, welches jedes Unternehmen, wodurch der freie Lauf des Wassers zum Nachtheile des tiefer liegenden Uferbesitzers gehemmt wird, untersagt.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zum Tit. 8. §§. 78—88. des Entw. S. 63.)

3) Das Vorfluths-Ed. für Schlesien v. 20. Dec. 1746 ist, als Provinzialgesetz, weder durch das allgemeine Vorfluths-Ed. v. 6. Juli 1773, noch auch durch die Einführung des A. L. R aufgehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Jan. 1850[1]. (Präj. Nr. 2173.)

Dazu:

Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 14. März 1850. (Präj. Nr. 2193.) Die in dem Schlesischen Vorfluths-Ed. v. 20. Dec. 1746 enthaltenen Vorschriften über die Verpflichtung zur Räumung von Gräben und Bächen sind auch durch das Ed. v. 15. Nov. 1811 nicht aufgehoben. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 113, Entsch. Bd. 20. S. 448.)

II. G. v. 15. Nov. 1811, wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth[2].

---

[1]) Das Präj. des II. Sen. v. 10. Jan. 1840 Nr. 798. (Präj. Samml. S. 295) und das Erk. des Ob. Trib. v. 30. Sept. 1842 (Koch's Arch. Bd. 5. S. 131) hatten das Gegentheil angenommen.

[2]) R. v. 21. Febr. 1818. Das Vorfluths-Ed. findet auch in den wieder- und neuerworbenen Provinzen, in welchen das A. L. R. gilt, Anwendung, da es, seiner ganzen Fassung nach, mit dem letzteren in genauer Verbindung steht,

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: Die Nachtheile, welche durch das Anstauen des Wassers bei den Mühlen und das zeitige Verfahren bei Anordnung der Vorfluth für die Landschaft entstehen, veranlassen Uns, folgende nähere Bestimmungen darüber zu erlassen:

§. 1. Bei den Mühlen oder andern durch Wehre oder Schleusen veranlaßten Störungen, wo der Wasserstand noch nicht durch einen unter polizeilicher Aufsicht gesetzten Merkpfahl bestimmt ist, muß jeder Besitzer derselben sich die Setzung eines Merkpfahles auf Antrag und Kosten derer, die dabei interessirt sind, gefallen lassen.

§. 2. Diese Setzung kann nur durch sachverständige Kommissarien der Provinzial-Polizeibehörden unter Zuziehung des Gerichts, welchem die Mühle unterworfen ist, vollzogen werden.

§. 3. An dem Merkpfahle muß sowohl der im Sommer als der im Winter zulässige höchste Wasserstand ganz deutlich kennbar bezeichnet, auch die Höhe davon mit dem Fachbaum der Mahl- und Freischleuse und mit einem nahe gelegenen unverrückbaren Gegenstande durch Nivellement verglichen und zu Protokoll verschrieben werden. Im umgekehrten Falle, wenn ein Müller die Verpflichtung hat, zur Erhaltung der Schiffbarkeit eines Gewässers das Oberwasser seiner Mühle auf einer bestimmten Höhe zu erhalten, soll in Absicht der Setzung der Merkpfähle für den niedrigsten zulässigsten Wasserstand auf eine ähnliche Weise verfahren werden.

§. 4. Ist die Höhe des Wasserstandes durch rechtskräftige Urtheile, oder nach dem Einverständnisse aller Interessenten auf eine andere Art deutlich bestimmt, so hat es dabei sein Bewenden und müssen die Kommissarien den Merkpfahl danach setzen.

§. 5. Sind aber die Interessenten darüber uneinig, ob die Höhe des Wasserstandes durch gültige Verträge, Verleihungen oder rechtsverjährten Besitz bestimmt sei, so muß die Sache zur gerichtlichen Erörterung verwiesen, das Verfahren jedoch nach Anleitung der A. G. O. Thl. I. Tit. 42. §. 35. ꝛc. vorzüglich beschleunigt werden. Findet es sich hierbei, daß keine klaren Bestimmungen des Wasserstandes vorgelegt werden können, so setzen die Kommissarien denselben dergestalt fest, daß dabei das gegenseitige Interesse der Bodenkultur und des Müllers oder sonstigen Stauberechtigten möglichst vereinigt werde, und gegen eine Festsetzung auf diesem Grunde finden keine Beschwerden bei den Gerichten, sondern Rekurs an die oberen Polizeibehörden statt.

§. 6. Der Provinzial-Polizeibehörde bleibt jedoch unbenommen, während der Dauer der erwähnten gerichtlichen Erörterung interimistisch einen Wasserstand festsetzen zu lassen, welchen der Müller oder sonstige Stauberechtigte so lange halten muß, bis ein Anderes durch die definitive Entscheidung festgesetzt ist.

§. 7. Von welchem Tage ab und bis zu welchem Tage hin bloß der niedrige Sommerwasserstand gehalten werden darf, bestimmen zunächst Verträge und rechtliche Erkenntnisse, wenn diese vorhanden sind, nächst diesen die Provinzialgesetze. Ist keine solche Bestimmung vorhanden, so liegt den Kommissarien ob, von wann ab und bis wohin nur der Sommerwasserstand gehalten werden dürfe, nach den örtlichen Verhältnissen festzusetzen. Auf jeden Fall muß in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokolle ausdrücklich vermerkt sein, von wann ab und bis wohin der Sommerwasserstand gehalten werden soll.

§. 8. Kein Besitzer von Mühlen oder anderen Stauungsanlagen darf den Wasserstand über die durch den Merkpfahl festgesetzte Höhe aufstauen. Sobald das Wasser über diese Höhe wächst, muß er durch Oeffnung der Schleusen, Gerinne und Grundstöcke, Abnehmung der beweglichen Auffätze auf den Fachbäumen oder Ueberfüllen, überhaupt Wegräumung aller bloß zeitlichen Hindernisse den Abfluß desselben unentgeltlich sogleich und unausgesetzt so lange befördern, bis das Wasser wieder auf die durch den Merkpfahl bestimmte Höhe herabgefallen ist.

§. 9. Versäumt er dies, so ist nicht allein die örtliche Polizeibehörde verpflichtet, auf Antrag der Interessenten die vorerwähnte Oeffnung, Abnehmung und Wegräumung auf Gefahr und Kosten des Mühlenbesitzers ohne Anstand vornehmen zu lassen, sondern er hat auch in jedem Falle, außer dem Ersatze alles durch die widerrechtliche Stauung verursachten Schadens, zwanzig bis funfzig Thaler Polizeistrafe verwirkt.

§. 10. Wem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzuges obliegt, der kann zu dessen Auskrautung oder Räumung polizeilich angehalten werden, sobald aus der Vernachlässigung derselben, oder aus Mangel an der erforderlichen Tiefe Nachtheil für die Besitzer anderer Grundstücke oder nutzbarer Anlagen, oder auch für die Gesundheit der Anwohner entsteht. Die Bestimmung, wann und wie die Auskrautung oder Räumung bewirkt werden soll, gehört bloß zur Kognition der Polizeibehörden, und jeder Unterhaltungspflichtige muß sich derselben unbedingt unterwerfen.

§. 11. Die Mühlenbesitzer und alle, welche sonst den Abfluß eines Gewässers anzuhalten berechtigt sind, sollen verpflichtet sein, den freien Lauf desselben, nach Bestimmung der Provinzial-Polizeibehörde, ganz oder zum Theil wieder herzustellen, sobald daraus ein offenbar überwiegender Vortheil für die Bodenkultur oder Schifffahrt entsteht, und diejenigen, welche für ihre Kultur oder Schifffahrtsanlagen des Wasserabflusses bedürfen, ihnen eine vollständige Entschädigung herzugeben bereit und vermögend sind.

§. 12. Diese Verpflichtung kann selbst bis auf gänzliche Wegräumung von Wassermühlen ausgedehnt werden, sobald nach polizeilichem Ermessen der Zweck anders nicht zu erreichen ist, der Müller aber vollständig entschädigt, auch der Gegend Ersatz für ihr Interesse bei Erhaltung der Mühle geleistet werden kann.

§. 13. Auch da, wo keine künstlichen Hindernisse des Abflusses vorhanden sind, kann jeder Grundbesitzer verlangen, daß ihm Abwässerungsgraben durch fremden Boden zu ziehen gestattet werde, sobald die vorerwähnten Bedingungen stattfinden.

§. 14. Selbst zu Ablassung von Teichen und stehenden Seen kann unter gedachten Bedingungen (§. 11.) die Gestattung der Vorfluth erfordert werden, und wird in soweit eine Ausnahme von dem entgegenstehenden Gesetz A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 117. nachgegeben.

§. 15. Besitzer von Grundstücken, welche sich des auf ihren Ländereien stehenden Wassers entledigen wollen und deshalb nicht gütlich mit den zur Stauung Berechtigten oder anderen Grundbesitzern einigen können, müssen von ihrem Vorhaben der Provinzial-Polizeibehörde Anzeige machen, nachweisen, welchen Vortheil sie von dem Ablassen des Wassers erwarten und darthun, daß sie bereits Mittel haben, die wahrscheinliche Entschädigung ohne Verzug zu bezahlen.

§. 16. Auf diesen Antrag wird sogleich eine Lokaluntersuchung durch sachkundige Kommissarien verfügt, welche ausmitteln:

a) wodurch der Zweck des Grundbesitzers am leichtesten erreicht werden könne?

b) ob durch die beabsichtigte Entwässerung nicht andere Grundbesitzer leiden, oder ein Nachtheil davon für die Schifffahrt oder öffentlichen Anlagen zu besorgen sei?

§. 17. Die letztere Untersuchung muß auch für den Fall stattfinden, wenn beide Theile über die Ablassung gütlich einverstanden sind.

§. 18. Auf den Grund dieser Untersuchung bestimmt die Provinzial-Polizeibehörde, ob die Ablassung des Wassers überhaupt stattfinden könne und unter welchen Modalitäten sie ausgeführt werden müsse.

§. 19. Wollen die Interessenten sich dieser Bestimmung nicht unterwerfen, so findet dagegen keine gerichtliche Klage, sondern nur Berufung auf die höhere Polizeibehörde statt.

§. 20. Jedoch kann über den Umfang der Rechte, welche jede Partei zur Ausgleichung bringt, durch diesen polizeilichen Entwässerungsplan niemals etwas bestimmt werden, sondern es muß, wenn der Wasserstand streitig ist, derselbe nach §§. 1—5. festgesetzt, jede andere streitige Befugniß aber zur richterlichen Entscheidung verwiesen werden.

§. 21. Wird die Ausführung des Entwässerungsplanes genehmigt, so wird durch schiedsrichterliches Ermessen sowohl der Betrag der Entschädigung ausgemittelt, als auch die Entwässerung selbst nach dem genehmigten Plane zur Vollziehung gebracht.

§. 22. Zu dem Ende wählen die Stauungsberechtigten oder die Inhaber der Grundstücke, die Vorfluth gewähren sollen, einen Schiedsrichter, der oder die Grundbesitzer, welche auf die Entwässerung antragen, auch einen, und die Provinzial-Polizeibehörde einen Obmann.

§. 23. Diese drei Personen werden von der Provinzial-Polizeibehörde autorisirt, auf den Grund der nach absoluter Stimmenmehrheit von ihnen gefaßten Beschlüsse, sowohl die Entschädigung zu bestimmen, als auch die Vollziehung der Entwässerung selbst anzuordnen. Zugleich haben sie die künftige Unterhaltung der neu angelegten Abzugsgraben näher zu bestimmen, wobei der Grundsatz anzuwenden ist, daß der oder diejenigen, welche in einem bestimmten Verhältnisse Vortheil von der neuen Anlage haben, auch in eben dem Verhältnisse zur Unterhaltung derselben verpflichtet sind.

§. 24. Von ihrer Entscheidung findet keine Appellation statt.

§. 25. In sofern ihnen jedoch klar nachgewiesen werden kann, daß sie ihre Befugnisse überschritten haben, ist die Provinzial-Polizeibehörde befugt und verpflichtet, ihr Verfahren zu kassiren, den Parteien ihre Ansprüche auf Schadensersatz an sie vorzubehalten und die Wahl von neuen Schiedsrichtern zu veranlassen.

§. 26. Eine solche Ueberschreitung der Befugnisse findet jedoch nur statt, wenn die Schiedsrichter entweder von dem durch die Reg. genehmigten Entwässerungsplane abweichen, oder für solche Rechte, welche noch unter den Parteien streitig sind, Entschädigungen aussetzen.

§. 27. Will der Stauungsberechtigte sich nicht dazu verstehen, einen Schiedsrichter zu wählen, oder verzögert er die Wahl über vier Wochen, nachdem ihm die Aufforderung dazu insinuirt worden ist, so ernennt der Landrath oder sonstige Polizeidirigent des Kreises den Schiedsrichter statt seiner.

§. 28. Zu Schiedsrichtern können nur unbescholtene dispositionsfähige sachkundige Männer gewählt werden.

indem dadurch Bestimmungen der Gesetzgebung, welche lediglich dem Privatrechte angehören, abgeändert worden sind.
(Jahrb. Bd. 11. S. 6, Gräff. Bd. 1. S. 34.)

§. 29. Auch nur solche, die als Zeugen für und wider die Parteien und übrigen Schiedsrichter mit voller Kraft vor Gericht könnten zugelassen werden.

§. 30. Wer zum Schiedsrichter gewählt ist, darf die Wahl nicht ablehnen; es sei denn, daß er solche Entschuldigungsgründe für sich anführen könnte, welche ihn von der Uebernahme einer mit Administration verbundenen Vormundschaft nach A. L. R. Thl. 2. Tit. 18. §§. 208., 209., 212., 213. befreien würden.

§. 31. Findet außer dem Interesse der Stauungsberechtigten oder der Inhaber der Grundstücke, die Vorfluth gewähren sollen, noch ein besonderes Interesse, z. B. wegen Fischerei, Viehtränke ꝛc., gegen die Entwässerung statt, so wählen diejenigen, welche ein besonderes Interesse haben, ebenfalls einen Schiedsrichter.

§. 32. Dieser verhandelt mit dem Schiedsrichter der Gegenpartei und dem Obmann besonders über das gedachte Interesse, und das Resultat ihrer Verhandlungen wird nachmals in den allgemeinen Rezeß über die ganze Verhandlung aufgenommen.

§. 33. Den Schiedsrichtern steht nicht nur die Vergütung ihrer baaren Auslagen, sondern auch ein Diätensatz zu, welche die Provinzial-Polizeibehörde den Umständen nach festsetzt.

§. 34. Sämmtliche Kosten tragen diejenigen, auf deren Antrag die Entwässerung erfolgt. (G. S. 1811 S. 352—356.)

III. Ergänzungen zu dem (vorstehenden) Ges. v. 15. Nov. 1811 wegen des Wasserstaues und Verschaffung der Vorfluth.

1) Zum §. 1. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 31. Juli 1840 (Präj. Nr. 906.) in den Erg. zum A. L. R. II. 15. §. 243.

2) Zu §§. 1—6. Die Vorschriften wegen Regulirung des Wasserstandes bei Mühlenanlagen nach dem Vorfl. Ed. v. 15. Nov. 1811 und die im §. 5. daselbst vorgeschriebene Ausschließung des Rechtsweges gegen die desfallsigen Festsetzungen der Kommissarien der Polizei-Behörde finden sowohl in Betreff bereits vorhandener, als in Betreff neu anzulegender Mühlen ꝛc. Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 25 Nr. 8.)

3) Zum §. 2. Verfahren bei Setzung der Merkpfähle.

a) R. des Min. des Inn. für Gew. Angeleg. und der Just. v. 12. Mai 1834.

Die Ausführung der Vorschrift des §. 2. des Ed. v. 15. Nov. 1811 hat zu irrigen Deutungen Veranlassung gegeben. Es ist nämlich angenommen worden, daß die Zuziehung des Gerichts bloß der Beglaubigung wegen erforderlich sei und der gerichtliche Kommissarius also bloß dasjenige wahrzunehmen habe, was den Gerichten in Beziehung auf diesen Zweck obliege.

Eine so beschränkte Deutung jener Vorschrift ist aber weder in den Worten derselben gegründet, noch entspricht sie den allgemeinen Grundsätzen von der Konkurrenz der Beamten verschiedener Ressorts zu einem und demselben Geschäfte, noch der Absicht des Gesetzes wegen einer solchen Regulirung. Die Letztere ist keine andere, als daß der von dem Stauberechtigten zu haltende Wasserstand durch diese Handlung außer Zweifel gesetzt werde, sei es, daß dies auf Grund des Einverständnisses der Interessenten, rechtskräftiger Entscheidungen u. s. w. oder auf Grund der nach §§. 5. und 6. des Ed. den Landes-Polizeibehörden zuständigen Befugnisse für immer oder provisorisch geschehe. Es kommt dabei eben so sehr auf Wahrnehmung der Rechtspunkte, als der administrativen Rücksichten an, auf erstere insbesondere Behufs Ermittelung der Interessenten, mit welchen über den Gegenstand zu verhandeln ist, dergestalt, daß unter denselben darüber mit Bestande abgeschlossen oder ein wirksames Anerkenntniß abgegeben werden kann, rücksichtiich der wohlerworbenen Rechte eines oder des anderen Theiles, und ob danach die Höhe des Wasserstandes bereits fest und deutlich bestimmt ist, und wenn dies nicht der Fall ist, ob die deshalb unter den Interessenten obwaltenden Streitigkeiten von der Art sind, daß sie in den ordentlichen Weg Rechtens verwiesen werden müssen, oder ob nach Lage der Sache die landespolizeiliche Festsetzung des Wasserstandes eintritt? nicht minder in dem Falle, wenn es sich von einer provisorischen Festsetzung handelt, wegen der hierbei auf die vorgeblichen mehr oder minder bescheinigten Rechtsansprüche eines oder des anderen Theiles zu nehmenden Rücksichten.

Endlich kommt es auch darauf an, daß die Resultate und die Wirkung des Regulativs in Beziehung auf alle Interessenten und alle dabei zu beobachtenden Fälle klar und bestimmt ausgedrückt und niedergeschrieben werden. Hieraus ergiebt sich von selbst, von welcher Erheblichkeit die volle Theilnahme des gerichtlichen Kommissarius an dem Wesentlichen des Geschäftes und die Aufrechthaltung des allgemeinen Grundsatzes von der Konkurrenz der Kommissarien verschiedener Behörden für die zweckmäßige Ausführung desselben ist.

Beide, die von der Regierung und von dem Gerichte ernannten Kommissarien haben sich also als Kommissarien zu betrachten, und die Angelegenheit im gegenseitigen Einverständnisse zu behandeln.

(Jahrb. Bd. 43. S. 483, Gräff Bd. 8. S. 105.)

b) C. R. des Justizmin. v. 20. Sept. 1856. Bei Setzung der Merkpfähle besorgen die Landräthe als Kommissarien der Verwaltungs-Behörden die Vorladung der Interessenten, ziehen einen Deputirten des Gerichts zu und bewirken demnächst die Ausfertigung der Verhandlung. Die betr. Gesuche und Verhandlungen sind stempelfrei und für die Mitwirkung des Gerichts kommen außer den baaren Auslagen keine Kosten zum Ansatz.

(J. M. Bl. 1856 S. 314 Nr. 105., Min. d. i. V. 1856 S. 260.)

4) Zum §. 5.

a) Das dreitägige Fatale für Rechtsmittel in Bausachen ist auf Prozesse, von denen der §. 5. des G. v. 15. Nov. 1811 handelt, nicht anzuwenden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1843. (Präj. Nr. 2056.) (Präj. Samml. S. 323.)

b) Auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigten unter einander über das Recht zur Benutzung des Wassers findet die Vorschrift des §. 5., wonach: »wenn keine klaren Bestimmungen des Wasserstandes vorgelegt werden können, dieselben durch Kommissarien festgestellt werden, und gegen deren Bestimmungen keine Beschwerde bei den Gerichten, sondern nur der Rekurs an die obere Polizeibehörde stattfinden soll«, keine Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1849 [1]). (Präj. Nr. 2088.)

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden. Es ist entweder Streit darüber, ob die Höhe des Wasserstandes durch einen der im §. 5. benannten speziellen Rechtstitel bestimmt sei, oder die beiderseitigen Rechte stehen fest, und es handelt sich nur um die Regulirung des Wasserstandes nach Maßgabe dieser feststehenden Rechte. Im ersteren Falle gehört die Sache unzweifelhaft vor die Gerichte, im anderen vor die Landespolizeibehörde. Dazwischen liegen aber diejenigen Fälle, in denen zwar nicht einer der genannten Rechtstitel geltend gemacht, aber doch ein einer Partei zustehendes Privatrecht behauptet wird. Diese Fälle gehören im Allgemeinen zum Rechtswege und müssen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Der §. 5. des Ed. macht aber hiervon eine spezielle Ausnahme. Für den Fall nämlich, daß sich bei einem Streite über das Vorhandensein gültiger Verträge, Verleihungen oder rechtsverjährten Besitzes findet, daß dem Richter keine klaren Bestimmungen des Wasserstandes vorgelegt werden können, soll die Festsetzung des Wasserstandes durch Kommissarien der Landespolizeibehörde dergestalt erfolgen, daß dabei das gegenseitige Interesse der Bodenkultur und des Müllers oder sonstiger Stauberechtigten möglichst vereinigt werde. Dies ist eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, wonach bei allen Privat-Rechtsstreitigkeiten der Rechtsweg stattfindet. Das Gesetz giebt aber zugleich den Grundsatz an, nach welchem die polizeiliche Regulirung stattfinden soll, daß nämlich das gegenseitige Interesse der Bodenkultur und des Stauberechtigten möglichst vereinigt werde. Dieser Grundsatz tritt an die Stelle dessen, was sonst der Richter nach allgemeinen Rechtsprinzipien über die beiderseitigen Privatrechte festsetzen müßte, und es sind dadurch ohne weitere richterliche Konkurrenz die Voraussetzungen gegeben, unter denen eine polizeiliche Regulirung des Wasserstandes erfolgen kann. Diese Ausnahme von der gesetzlichen Regel muß aber streng auf die im Gesetze bezeichneten Fälle beschränkt werden, auf welche der gesetzlich festgestellte, eine weitere Konkurrenz der Gerichte entbehrlich machende Grundsatz paßt. Dies sind aber nur die Fälle, in denen das Interesse der Bodenkultur mit dem des Stauungsberechtigten in Kollision tritt, wogegen auf alle anderen Fälle, namentlich auf diejenigen, worin Stauungsberechtigte mit einander über das Recht zur Benutzung des Wassers streiten, jene Ausnahme nicht Anwendung findet, mithin die für Zulassung des Rechtsweges sprechende allgemeine gesetzliche Regel eintritt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 194, Entsch. Bd. 17. S. 73, J. M. Bl. 1849 S. 211.)

Das R. des Min. für landwirthschaftl. Angeleg. v. 11. März 1850 schreibt vor, daß der Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1849 nicht als Richtschnur für die Verwaltung zu nehmen sei, und bemerkt in dieser Beziehung:

Der Pl. Beschluß widerspricht der bisherigen Praxis; er würde die angemessene Regulirung der Streitigkeiten über Stauwerke, bei denen selten klare Rechtstitel vorgelegt werden können, hindern und würde zu großen Schwierigkeiten führen in den zahlreichen Fällen, wo bei Setzung eines Merkpfahles gleichzeitig Landbesitzer und oberhalb liegende Mühlenbesitzer betheiligt sind. Nach

[1]) In dem Erk. v. 31. Aug. 1847 (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 614.) war die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Streitigkeiten zweier Triebwerksbesitzer über die Höhe des Wasserstandes angenommen. Von diesem Grundsatze wich eine spätere Entscheidung ab, weshalb die Frage an das Plenum gelangte.

§. 1. des Vorfluthsgesetzes kann jeder, welcher durch den Rückstau eines Stauwerkes leidet, auf Setzung des Merkpfahles antragen, also auch der oberhalb belegene Müller. Die Landespolizeibehörde allein ist nach §. 2. a. a. O. berechtigt, dergleichen Merkpfahlsetzungen durch sachverständige Kommissarien unter Zuziehung des Gerichts vollziehen zu lassen, und es läßt sich nicht annehmen, daß diese Befugniß beschränkt sei auf die Fälle, wo der Merkpfahl lediglich im Interesse der Bodenkultur gesetzt werden soll. Daß das Vorfluths-G. v. 15. Nov. 1811 nicht so beschränkend auszulegen ist, läßt sich insbesondere aus der Fassung der Geschäftsanweisung für die Behörden der Rheinprovinz v. 20. Juli 1818 §. 2. Nr. 3. u. 4. folgern. Das Min. wird daher die bisherige Praxis der Verwaltungsbehörden in dieser Beziehung aufrecht erhalten, so lange nicht durch den Kompetenzgerichtshof etwas anderes festgestellt worden.

(Min. Bl. d. i. V. 1850 S. 69 Nr. 83.)

c) Auch die Streitigkeiten unter den Stauungsberechtigten über die Höhe des Wasserstandes gehören vor die Gerichte, dergestalt, daß entweder der Beschwerdeführer sich mit Beiseitelassung des Rechtes, die Setzung des Merkpfahls durch die Polizei verlangen zu können, sogleich mit einer ordentlichen Klage an das Gericht wendet, oder, nach vorgängiger Setzung des Merkpfahls, der Streit an das Gericht gebracht wird. Die Polizei soll über die Höhe des Wasserstandes nicht endgültig entscheiden, wenn die Betheiligten nicht zum Einverständnisse zu bringen sind.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 14. Sept. 1848. (J. M. Bl. 1848 S. 439.)

d) Der Rechtsweg ist auch dann, wenn durch die ohne Genehmigung der Polizeibehörde unternommene Erhöhung des Gerinnes an einer Mühle eine Zurückstauung zum Nachtheile einer oberhalb liegenden Mühle bewirkt wird, und der unterhalb liegende Müller dem Anspruche des oberhalb liegenden auf Erniedrigung des Gerinnes den Einwand des Vergleichs und der Verjährung entgegensetzt, unzulässig, so lange nicht die Provinzial-Polizeibehörde die Sache zur gerichtlichen Erörterung verweiset.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2056.)

(Präj. Samml. S. 323, Entsch. Bd. 16. S. 518.)

5) Zu §§. 6. u. 10.

K. O. v. 25. Aug. 1832. Was im §. 6. des G. v. 15. Nov. 1811 speziell vom Wasserstau bei Mühlen verordnet ist, findet überhaupt für die Bestimmungen wegen der Vorfluth, z. B. auch bei Streitigkeiten über die Stauungskosten, Anwendung.

(J. M. Bl. 1840 S. 129.)

Dazu:

a) Die R. des Min. des Jnn. v. 28. Juni 1833 und der Just. v. 15. Juli 1833, wodurch diese K. O. den Reg. und Ger. zur Nachachtung mitgetheilt wird, bemerken, daß der §. 10. des Vorfl. Ed. bisher in der Einschränkung angewendet worden, daß die polizeiliche Veranstaltung der Auskrautung oder Räumung bestehender Graben- und Wasser-Abzüge nur in den Fällen stattfinde, wenn entweder die Verpflichtung dazu feststeht, oder besondere Umstände obwalten, unter welchen die Bestimmungen des §. 38. der V. v. 26. Dec. 1808 Anwendung finden. (Jahrb. Bd. 42. S. 83, Gräff Bd. 6. S. 7.)

b) Schreiben des Min. der P. v. 19. März 1840 an das Justizmin.

Der Rechtsweg hinsichtlich der in dem Ed. v. 15. Nov. 1811 berührten Gegenstände ist schon nach den gewöhnlichen Interpretationsregeln nur da für kompetent zu erachten, wo solches in dem Ed. selbst ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dies ist zwar der Fall hinsichtlich der Frage, wann und wie die Räumung eines Wasserabzuges bewirkt werden soll, keinesweges aber auch hinsichtlich der Frage: ob eine Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserabzuges besteht, und wem sie obliegt? Zur definitiven Entscheidung über Streitigkeiten in Beziehung auf diese Frage kann die Polizeibehörde um so weniger für kompetent erachtet werden, als auch dann, wenn es auf Regulirung des Wasserstandes und Gewährung der Vorfluth ankommt, die Entscheidung darüber, ob und welche Rechte ein Betheiligter in Beziehung hierauf schon früher gehabt hat, der richterlichen Kognition vorbehalten ist, sowie denn auch die K. O. v. 25. Aug. 1832 sich nur damit einverstanden erklärt, daß, wenn die Räumungspflicht streitig ist, die Polizeibehörde ein Interimistikum regulire, dieselbe aber keinesweges zu einer desfallsigen definitiven Entscheidung für kompetent erachtet hat. (J. M. Bl. 1840 S. 130.)

6) Zum §. 8. Wenn die Höhe des Wasserstaues einer Mühle durch polizeiliche Anordnungen der Regierung bestimmt ist, so kann der betheiligte Mühlenbesitzer, welcher sich dadurch in seinem Rechte verletzt glaubt, zwar die Anerkennung des Rechts zu einem anderen Wasserstau, nicht aber die Gewährung dieses Rechts im Wege des Prozesses verlangen.

Angenommen von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 8. März 1856. (J. M. Bl. 1856 S. 119 Nr. 54.)

7) Zu §§. 8. u. 9.

a) Die in den §§. 8. u. 9. angedrohte Strafe trifft den Mühlenbesitzer auch dann, wenn er den geschäftlichen Betrieb der Mühle durch Dienstleute bewirken läßt.

Erkannt von dem Sen. für Strafsachen des Ob. Trib. unterm 19. April 1855.

(J. M. Bl. 1855 S. 243 Nr. 99., Goltdammer's Arch. Bd. 3. S. 824.)

b) Die in den §§. 8. u. 9. enthaltene Bestimmung, wonach den Mühlenbesitzern bei 20 bis 50 Thlr. Strafe untersagt ist, den Wasserstand über die durch den Merkpfahl festgesetzte Höhe aufzustauen, findet auch dann Anwendung, wenn der Wasserstand auf Grund der allgem. Gewerbe-Ordnung im Verwaltungswege regulirt ist.

Erkannt von dem Sen. für Strafsachen des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1855. (J. M. Bl. 1855 S. 355 Nr. 135.)

8) Zum §. 10.

a) R. des Min. des Jnn. v. 12. Nov. 1829.

Die Polizei kann nach §. 10. des G. v. 15. Nov. 1811 nur denjenigen die Auskrautung befehlen, welchen die Verbindlichkeit dazu unstreitig obliegt. Wenn darüber aber Zweifel obwalten, so muß zuvörderst darüber rechtlich erkannt werden, und eine interimistische Verfügung der Polizei würde sich erst dann rechtfertigen lassen, wenn ein erhebliches gemeinsames Interesse durch den Aufschub gefährdet erscheine.

Ferner redet der §. 100. des A. L. R. Thl. I. Tit. 8. allerdings nur von Kanälen und Gräben. Rücksichtlich der natürlichen Gewässer müsse die §§. 106. und 107. sqq., desgleichen §§. 30. sqq. des 22. Tit. festgestellte Grundsatz,

daß die Kosten der Räumung von denen aufzubringen, welche davon Nutzen haben,

vorwalten, und wenn Streit obwaltet, wer Nutzen davon hat, darüber im Wege des Prozesses erkannt werden.

Falls daher nicht ein besonderes Rechtsverhältniß, etwa die spezielle Anordnung eines gesellschaftlichen Vertrages rc., vorliegt, wird diese Angelegenheit lediglich zum Wege Rechtens verwiesen werden müssen.

(v. K. Ann. Bd. 13. S. 72.)

Mit Bezug hierauf bemerkt das R. des Min. des Jnn. v. 29. Dec. 1829:

Da nach demjenigen, was die K. Reg. im Ber. v. 10. d. M. ausgeführt hat, das Faktum sich nicht anders verhält, als in dem R. v. 12. v. M. vorausgesetzt worden, übrigens aber die rechtlichen Fragen in jenem R. bereits entschieden sind, so wird sie angewiesen, diejenigen, welche die Räumung verlangen, zuvörderst zum Wege Rechtens zu verweisen, und erst dann, wenn die Verbindlichkeit und der Umfang der Räumung durch ein Judikat unbezweifelt feststeht, mit Gewährung der polizeil. Hülfe vorzuschreiten.

(v. K. Ann. Bd. 13. S. 874.)

b) R. des Justizmin. v. 28. März 1840.

Der §. 10. des Vorfluths-Ed. v. 15. Nov. 1811 ermächtigt die Polizeibehörde einerseits, denjenigen, dem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserzuges obliegt, zu dessen Auskrautung oder Räumung nöthigenfalls anzuhalten, und andererseits Bestimmungen zu treffen, wann und wie die Auskrautung oder Räumung bewirkt werden soll. Die Entscheidung über die Frage: wem die Verbindlichkeit zur Unterhaltung des Wasserzuges obliege, ist dagegen im §. 10. der Polizeibehörde nicht überlassen, und es bleibt daher bei der allgemeinen Regel, daß Privatrechtsstreitigkeiten zur Kognition der Gerichte gehören. Dies rechtfertigt sich auch dadurch, daß durch die K. O. v. 25. Aug. 1832[1]) den Reg. nach §. 6. des Vorfluths-Ed. nur die interimistische Entscheidung während der gerichtlichen Erörterung übertragen ist, überdies aber der §. 10. das. im letzten Satze nur die Bestimmung, wann und wie die Räumung bewirkt werden soll, bloß und ausschließlich der polizeilichen Kognition unterwirft, während der erste Satz des §. eine solche Beschränkung nicht enthält. Hiermit hat sich das Min. der Pol. einverstanden erklärt.

(J. M. Bl. 1840 S. 128.)

c) R. des Min. des Jnn. v. 29. Jan. 1847.

Der §. 10. des G. v. 15. Nov. 1811 bestimmt, daß derjenige, dem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzuges obliegt, zur Auskrautung oder Räumung polizeilich angehalten werden kann, sobald aus der Vernachlässigung

---

[1]) Vergl. ob. zum §. 6.

oder dem Mangel an Tiefe Nachtheil für Grundbesitzer, nutzbare Anlagen oder für die Gesundheit entsteht. Dabei gehört die Entscheidung, wenn die Frage, wer zur Unterhaltung verpflichtet ist, streitig geworden, lediglich zum Rechtswege.

Weil jedoch häufig der Fall vorkommt, daß die Verpflichtung streitig, die Räumung aber dringend nothwendig ist, dergestalt, daß der Ausfall des etwanigen Prozesses ohne wesentliche Nachtheile nicht abgewartet werden kann, so ist die Polizeibehörde ermächtigt, ein Interimistikum über die Räumung anzuordnen und bleibt dann den Interessenten die Ausführung ihrer Ansprüche im Rechtswege überlassen.

Es ist daher in diesem Falle des Interimistikums die nothwendige und unerläßliche Voraussetzung, daß ein sehr wesentlicher, die Räumungslast in der Regel erheblich überwiegender Nachtheil abgewendet werden soll und muß, denn außerdem hat die Polizeibehörde denjenigen, welcher die Räumung verlangt, lediglich zum Rechtswege über die Präjudizialfrage, ob der in Anspruch Genommene zur Räumung verpflichtet sei, zu verweisen.

Steht dagegen die Räumungspflicht an sich fest, so gehört es zur Kompetenz der Polizeibehörde, nach §. 10. des G. v. 15. Nov. 1811 zu entscheiden, ob nach den dort angegebenen Merkmalen die Räumung nothwendig sei. Hierbei kann nun nicht bloß, wie bei dem Interimistikum, eine dringende, unabweisliche Nothwendigkeit der Räumung maßgebend sein, vielmehr geht die Befugniß der Polizeibehörde weiter, und sie kann unbedingt denjenigen, der seiner feststehenden Verpflichtung nicht genügt, zur vollständigen Erfüllung derselben auf Grund des G. anhalten.

Dadurch ist indessen nicht ausgeschlossen, daß hier, wie bei jeder anderen polizeilichen Verf., die Behörde prüfe, inwiefern ein Antrag auf Räumung in dem speziellen Interesse zur Sache Seitens dessen, der ihn anbringt, oder in Rücksichten des öffentlichen Nutzens seine Begründung findet, und daß unbegründete Anträge keine Berücksichtigung finden.

Ganz nach dem zuletzt aufgestellten Grundsatze sind die Fälle des §. 7. des G. v. 28. Febr. 1843 zu behandeln. Hier hat das G. über die Räumungspflicht bei den Privatflüssen ausdrücklich disponirt, und die Polizeibehörde ist direkt autorisirt, die bezeichneten Verpflichteten zur Räumung anzuhalten; die Verpflichtung ist hier eine gesetzliche, welche nicht interimistisch, sondern aus dem Gesichtspunkte der Polizei definitiv eintritt, bis im Rechtswege ein Anderes festgestellt werden möchte. Hier findet niemals ein bloß interimistisches Einschreiten für besonders dringende Fälle statt, sondern die Polizeibehörde ist sofort in voller gesetzlicher Befugniß und hat daher jeden Antrag mit voller Kompetenz unter denselben Bedingungen zu prüfen, wie im Falle des §. 10. des G. v. 15. Nov. 1811, wenn die Räumungspflicht feststeht. Ob Veranlassung zur Räumung Behufs Verschaffung der Vorfluth vorliege und in welchem Umfange etwa eine nothwendige Räumung geschehen müsse, gehört zur Beurtheilung in jedem einzelnen Falle.

Daß die Polizeibehörde nicht jedem Antrage auf Räumung ohne nähere Prüfung im Falle des Widerspruchs deferiren muß, versteht sich von selbst, ist auch in beiden G. dadurch angedeutet, daß die Polizeibehörde ermächtigt ist, die Räumung zu veranlassen, mithin die Feststellung der Nothwendigkeit ihrer Beurtheilung anheimfällt.

Ueber die Frage, nach welchen Prinzipien die Nothwendigkeit der Räumung zu beurtheilen ist, kann aus ganz allgemeinem Gesichtspunkte vollständige Anweisung nicht ertheilt werden, indem selbst das Verhältniß des Kostenaufwandes zu dem zu erzielenden Vortheil nicht unbedingt entscheidet; es werden sogar bisweilen scheinbare Härten hinsichtlich der Kosten vorkommen können, welche jedoch hauptsächlich ihren Grund darin haben, daß die Räumung vieler Privatflüsse von jeher im höchsten Grade vernachlässigt gewesen, mithin die Einführung eines durch das G. v. 28. Febr. 1843 möglich gewordenen besseren Zustandes hin und wieder nicht unbedeutende Opfer fordern möchte. Die Ausführung des heilsamen G. kann indessen deshalb nicht unterbleiben, obwohl, wie bereits erwähnt, offenbar unerheblichen oder böswilligen Anträgen nicht zu deferiren sein wird, und bei den Räumungen selbst hinsichtlich einer etwa nur allmäligen Herstellung des als nothwendig anerkannten Zustandes auf die Verhältnisse der Verpflichteten billige Rücksicht zu nehmen ist.

(M. Bl. d. i. V. 1847 S. 18.)

d) Der §. 10. schließt nur über das Wie und Wann der Räumung eines Grabens den Rechtsweg absolut aus; dagegen ist solcher über die Verpflichtung zur Räumung an sich zulässig, die Polizei-Behörde hat aber in Streitfällen über die Verpflichtungsfrage interimistisch zu entscheiden, und es steht nach §. 5. des G. v. 11. Mai 1842 dem Grundbesitzer frei, gegen den Extrahenten der polizeilichen Verfügung auf gerichtliche Feststellung seiner Rechte anzutragen.

Angenommen von dem Kompetenz-Gerichtshofe in den Erk. v. 16. April 1853 und v. 10. März 1855.

(J. M. Bl. 1853 S. 220—222 u. 1855 S. 218 Nr. 94., Min. Bl. d. i. V. 1855 S. 170 Nr. 167.)

e) Gegen polizeiliche Anordnungen, welche die Räumung oder Erweiterung eines Abzugsgrabens betreffen (§. 10.), findet eine Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht statt, vielmehr kann in den geeigneten Fällen nur ein Entschädigungsanspruch im Rechtswege geltend gemacht werden. Eine Regreßklage gegen den Polizeibeamten, welcher die polizeilichen Anordnungen getroffen hat, ist nur dann zulässig, wenn die von ihm erlassene Verfügung demnächst von seiner vorgesetzten Behörde gemißbilligt worden ist.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 25. Okt. 1856. (J. M. Bl. 1857 S. 110.)

f) Die Vorfrage: ob ein Graben in rechtsverbindlicher Weise bestehe, d. h. ob ein Interessent berechtigt sei, das Fortbestehen zu verlangen, und wem in diesem Falle die Unterhaltungspflicht obliege, — ist kein Gegenstand der polizeilichen Anordnung nach §. 10. des Ed. v. 15. Nov. 1811, und wenn diese Frage früher oder später streitig wird, so ist kein Grund vorhanden, in Beziehung auf dieselbe den Rechtsweg auszuschließen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Jan. 1857.

(Entsch. Bd. 35. S. 180, Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 297 Nr. 70.)

g) In Schlesien müssen Gräben, Bäche und Flüsse, insofern es die Polizeibehörde für erforderlich achtet, von den Grundbesitzern, über deren Gründe sie laufen, geräumt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. März 1850. (Präj. Nr. 2193.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 113, Entsch. Bd. 20. S. 448.)

9) Zum §. 15.

a) Koch führt aus, daß der §. 15. sich wörtlich auf vorhandenes stehendes Gewässer beziehe, daß von Regenwasser darin keine Rede sei, im Gegentheil weiterhin die Trockenlegung einer bewässerten Fläche vorausgesetzt werde, und hiernach die Gestattung der Vorfluth für Regenwasser eben so, wie die Bestellung einer nothwendigen Servitut behandelt werden müsse. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 117.)

b) Das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1857 spricht sich über den Begriff von: »stehendem Wasser« im Sinne des §. 15. dahin aus:

Was im §. 15. unter dem Ausdrucke: »das auf ihren Ländereien stehende Wasser« zu verstehen sei, findet seine Erklärung in der Verbindung, in welcher der §. 15. mit dem §. 14. steht, der von Teichen und stehenden Seen handelt. Daß nur Teiche und Seen darunter zu verstehen sind, bestätigen auch die §§. 16. ff., in welchen die Bestimmungen gegeben sind, unter welchen die §§. 14. u. 15. zur Ausführung zu bringen sind. In diesen §§. ist überall von Entwässerung, von Ablassung des Wassers die Rede; eine Ausdrucksweise, die wenig geeignet sein würde, wenn lediglich die Rede davon wäre, in welcher Weise das auf einem Grundstücke sich ansammelnde Regenwasser abgeführt werden solle. (Entsch. Bd. 36. S. 39.)

10) Zu §§. 15—20.

Bei Streitigkeiten über Entwässerungsanlagen und die daraus hervorgehenden Entschädigungsansprüche ist der Rechtsweg zulässig und durch die §§. 15—20. nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 22. Mai 1852. (J. M. Bl. 1852 S. 252.)

11) Zu §§. 16. sqq.

R. des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 6. Aug. 1853. Die Polizeibehörde hat das in den §§. 16. ff. geregelte Verfahren nur auf den Antrag des Unternehmers anzuordnen; außerdem darf sie nur einschreiten aus allgemein polizeilichen Gründen (A. L. R. II. 17. §. 10.) oder wenn Nachtheil davon für die Schifffahrt oder öffentliche Anlagen zu besorgen ist. (Vorfl. G. §. 17.)

(Min. Bl. d. i. V. 1853 S. 168 Nr. 148.)

12) Zum §. 19.

Die Vorschrift des §. 19. kann nicht anders zur Anwendung kommen, als wenn das in den §§. 15. ff. angeordnete Provokations-Verfahren zum Zwecke einer Entwässerungs-Anlage vorhergegangen und darin von der Provinzial-Polizei-Behörde, dem §. 18. gemäß, Entscheidung getroffen ist.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 10. März 1855.

(J. M. Bl. 1855 S. 218 Nr. 94., Min. Bl. d. i. V. 1855 S. 170 Nr. 167.)

IV. G. v. 23. Jan. 1846, betr. das für Entwässerungsanlagen einzuführende Aufgebots- und Präklusionsverfahren.

Wir Fridrich Wilhelm rc. rc. Um den Schutz, welchen das G. v. 28. Febr. 1843 [1]) über die Benutzung der Privatflüsse in den §§. 19—22. den Bewässerungsanlagen durch Gestattung eines Aufgebots- und Präklusionsverfahrens gewährt, auch den Entwässerungsanlagen zu Theil werden zu lassen, verordnen Wir zur Ergänzung des G. wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. Nov. 1811 für diejenigen Landestheile, in welchen dieses letztere G. Anwendung findet auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths was folgt:

§. 1. Der Unternehmer einer Entwässerungsanlage ist befugt, die Vermittelung der Polizeibehörde in Anspruch zu nehmen, wenn er sich darüber Sicherheit verschaffen will, ob und welche privatrechtliche Widerspruchsrechte oder Entschädigungsansprüche stattfinden:

1) in Beziehung auf die von ihm beabsichtigten oder schon getroffenen Verfügungen:

a) über das abzuleitende Wasser,

b) über die zu entwässernden ihm zugehörigen Grundstücke,

c) über denjenigen Theil, sowohl eigener als fremder Grundstücke, welcher zu den Wasserleitungen dienen soll;

2) in Beziehung auf die in Folge der neuen Anlage zu erwartende oder schon eingetretene Senkung des Wasserstandes.

§. 2. Wer von dieser Befugniß (§. 1.) Gebrauch machen will, muß eine öffentliche Bekanntmachung über die Entwässerungsanlage unter Einreichung eines vollständigen Situationsplans und der etwa erforderlichen Nivellements, in welchen stets der höchste und der niedrigste Wasserstand angegeben ist, bei dem Landrath, in dessen Kreise das zu entwässernde Grundstück belegen ist, in Antrag zu bringen.

Ist das Grundstück in mehreren Kreisen gelegen, so bestimmt die vorgesetzte Behörde den Landrath, welcher das Verfahren leiten soll.

§. 3. Die Bekanntmachung erfolgt:

1) durch die Amtsblätter der Regierungsbezirke, durch welche die Entwässerungsanlage sich erstreckt und das abgeleitete Wasser seinen Lauf nimmt, zu drei verschiedenen Malen;

2) durch das Kreisblatt des Kreises, sofern ein solches Blatt vorhanden ist, ebenfalls zu dreien Malen;

3) in der Gemeine, in deren Bezirk das zu entwässernde Grundstück liegt, so wie in den zunächst angrenzenden Gemeinen, durch Anschlag an der Gemeinestätte oder in der örtlich sonst hergebrachten Publikationsweise.

Sie enthält, mit Hinweisung auf den im Geschäftslokal des Landraths zur Einsicht ausgelegten Plan, die Aufforderung:

etwanige Widerspruchsrechte oder Entschädigungsansprüche binnen 3 Monaten, vom Tage des Erscheinens des ersten Amtsblattes an gerechnet, bei dem Landrath anzumelden.

Die Aufforderung geschieht mit der Verwarnung, daß diejenigen, welche sich binnen der bestimmten Frist nicht gemeldet haben, in Betreff der Ableitung des Wassers und der davon zu erwartenden oder schon eingetretenen Senkung des Wasserstandes, sowohl ihres Widerspruchsrechts, als des Anspruchs auf Entschädigung verlustig gehen,

und

in Betreff des zu entwässernden, aber zu den Wasserleitungen zu benutzenden Terrains ihr Widerspruchsrecht gegen die Anklage verlieren und nur einen Anspruch auf Entschädigung behalten.

§. 4. Die Besitzer derjenigen Grundstücke, denen das Wasser zugeleitet wird, werden in Beziehung auf die Ansprüche wegen solcher Nachtheile, welche durch die neue Zuleitung des Wassers für die Grundstücke entstehen, von der Präklusion nicht betroffen.

§. 5. Nach Ablauf der Anmeldungsfrist (§. 3.) hat der Landrath die Verhandlungen der Reg. einzureichen. Diese faßt, wenn sie die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet findet, einen Bescheid ab, in welchem sie denjenigen, die sich gemeldet haben, ihre Rechte namentlich vorbehält, alle Andere aber mit ihren bei Erlaß des Bescheides bestehenden Rechten präkludirt.

§. 6. Von dem Präklusionsbescheid wird eine Ausfertigung dem Provokanten zugestellt, eine zweite aber in der Registratur der Reg., welche den Bescheid abgefaßt hat, zur Einsicht für Jedermann ausgelegt, und daß Letzteres geschehen, durch das Amtsblatt dieser Reg. einmal angezeigt.

Wenn die das Verfahren einleitende Bekanntmachung nach §. 3. Nr. 1. durch die Amtsblätter auch noch anderen Reg. publizirt worden war, so ist die Anzeige von der Abfassung und Auslegung des Präklusionsbescheides auch in diese Amtsblätter einmal einzurücken.

§. 7. Restitutionsgesuche gegen den Präklusionsbescheid müssen bei der Reg., die solchen abgefaßt hat, und zwar innerhalb derjenigen 6 Wochen angebracht werden, welche auf den Tag folgen, an dem das Amtsblatt dieser Reg., welches die Anzeige (§. 6.) enthält, ausgegeben wurde.

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zum A. L. R. II. 15. §§. 38—43.

§. 8. Der Provokant hat sämmtliche Kosten des Verfahrens zu tragen. Als solche sind indessen nur die entstandenen baaren Auslagen, nicht aber auch Gebühren und Stempel in Ansatz zu bringen.

Urkundlich rc. rc. (G. S. 1846 S. 26.)

§. 102. Wenn der Eigenthümer von der Befugniß des §. 102. Gebrauch macht, so hat der oberhalb liegende Besitzer, obgleich Jener das überlaufende Wasser bisher noch niemals gewehrt hat, gegen die Handlung desselben keine Besitzklage, weil dieselbe eine res merae facultatis ist, aus deren bisherigen Unterlassung der Andern keinen Besitz herleiten kann; vielmehr muß dazu der Besitz eines Untersagungsrechts erworben werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. Okt. 1849 und von dem III. Sen. unterm 31. Okt. 1856.

(J. M. Bl. 1854 S. 102 sub Nr. 6. a., Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 272 Nr. 61.)

§§. 103. u. 107. sqq. Kein unterhalb liegender Grundbesitzer ist schuldig, auf eigene Kosten dem oberhalb liegenden Grundbesitzer Vorfluth zu verschaffen. Denn wenn gleich der §. 103. an unterhalb liegende Grundbesitzer zur Verschaffung der Vorfluth verpflichtet, so ergeben doch die §§. 107. sqq., daß dies nur auf Kosten desjenigen, welcher die Vorfluth verlangt, zu geschehen braucht, und es folgt dies auch aus dem allgemeinen Grundsatze, daß Niemand auf Kosten eines Anderen oder mit dessen Schaden die Einräumung eines Vortheils verlangen kann.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1842.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 131.)

§. 107. Der Besitzer des praedium dominans wird bei der servitus aquae recipiendae von der Obliegenheit zur Grabenräumung selbst durch 30jährige Unterlassung nicht befreit.

(Erk. des Ob. Trib. v. 20. Sept. 1783, Stengel Bd. 11. S. 293.)

§. 108. Vergl. §§. 22., 23. des Vorfl. Gef. v. 15. Nov. 1811.

§§. 118—191.

F. E. A. Grein, die Rechtsverhältnisse der Nachbarn in Bauangelegenheiten, nach den Vorschriften des A. L. R., mit Hinweisung auf die nach der Bauordnung v. 30. Nov. 1641 und den Spezial-Bau-Observanzen in Berlin vorkommenden Abweichungen. 8. Berlin 1842.

Suarez in der Schlußrevision ad §§. 118. sqq. h. t. (Jahrb. Bd. 41. S. 10.)

§§. 118. u. 119. Von Rainen und Pflugrechten.

Ueber den Begriff derselben vergl. Herrmann's Fragmente und rechtliche Bemerk. Bd. 1. S. 85 (Siewert Hft. 3. S. 51 Nr. 18.), Grein a. a. O. S. 9. §. 7., Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 118. h. t.

§. 118. 1) Der Miteigenthümer des Grenzrains kann in Folge des Ausschließungsrechtes §. 1. auch ohne Zuziehung des andern Miteigenthümers jeden Dritten vom Gebrauche des Rains und des darüber führenden Weges ausschließen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1838. (Präj Nr. 541.) (Präj. Samml. S. 25.)

2) Leidet die Regel des §. 118. Anwendung, wenn eine andere Art der Scheide, als der willkührlich liegen gelassene Streifen Land, also eine natürliche Scheide, z. B. ein Bach, ein Weg, vorhanden ist?

a) Das Ob. Trib. hat in Beziehung auf Privatflüsse und Bäche, welche zwischen zwei Grundstücken fließen, in dem Beschl. des III. Sen. v. 15. Dec. 1848 (in Rechten des Fiskus w. Both) die Vermuthung für die Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums gelten lassen, obwohl dasselbe kurz vorher in einer anderen Sache das Gegentheil angenommen hatte. (Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 118. h. t.)

b) In Betreff der ein Grundstück durchschneidenden Privatwege hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Jan. 1844 auf Grund des §. 118. angenommen, daß die rechtliche Vermuthung dafür spreche, daß ein solcher Weg das Eigenthum desjenigen sei, welchem das Eigenthum dieses Grundstückes zusteht. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 55 ff.)

Dr. Sommer hält dies für unrichtig und nimmt an, daß über das Eigenthum solcher Wege das Ortsherkommen entscheiden müsse.

(a. a. O. S. 53.)

§§. 120—122. Von Winkeln.

§. 120. 1) Was ist unter: »offenen Fenstern« zu verstehen?

Die in der J. Z. 1833 S. 467 ff. mitgetheilten Erkenntnisse (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) nehmen an, daß damit offene,

nicht durch Gitter oder dergleichen Beschränkungen verschlossene, mit Scheiben versehene Fenster, welche so groß sind, daß sie gehöriges Licht gewähren, gemeint sind.

Derselben Ansicht sind Grein (Rechtsverh. der Nachbarn in Bauangelegenh. S. 14 Anm. 2.) und Koch (Landr. Bd. 1. zum §. 120.), weil sonst, nach §. 138., die Fenster gerade die entgegengesetzte Vermuthung begründen würden.

Dieser Meinung ist auch der Verf. des Aufs. in der J. Z. 1833 S. 968; denn da man in der Regel nicht die Fenster nach seinem eigenen Grundstücke bewehre, so spreche die Vermuthung dafür, daß Fenster, die vergittert und verstäbt sind, vermöge eines jus in re aliena angelegt seien.

Dagegen nimmt der Verf. des Aufs. a. a. O. S. 467 an, daß unter Fenster hier jede Lichtöffnung zu verstehen, und unter offenem Fenster jedes, welches den Zweck erfüllt, Aussicht und Licht zu gewähren.

2) Ein Hauseigenthümer ist nicht berechtigt, wider den Willen des anderen, auf Naturaltheilung des gemeinschaftlichen, zwischen den beiderseitigen Häusern belegenen Zwischenraumes, oder dessen öffentlichen Verkauf, Behufs Aufhebung der Gemeinschaft anzutragen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1846.

Der §. 75. A. L. R. I. 17. ist auf solche Zwischenräume nicht anwendbar. Der Zusammenhang des §. 120. h. t. mit den §§. 118. u. 119. h. t. und die ausdrückliche Vermittelung desselben mit dem §. 119. durch die copula: »auch« spricht vielmehr dafür, daß von Winkeln und Zwischenräumen zwischen zwei Häusern desselben gelten soll, was der §. 119. hinsichts der Raine und Pflugrechte disponirt, daß daher auch dergleichen Zwischenräume — ohne Einwilligung der Miteigenthümer — nicht verändert oder geschmälert werden dürfen. Ueberdies ist die Anwendbarkeit des §. 75. A. L. R. I. 17. auf Zwischenräume dadurch ausgeschlossen, daß die Bestimmung solcher Zwischenräume in der Aufnahme und Abführung der Feuchtigkeit, welche sich von und zwischen den benachbarten Häusern sammelt, und in dem über den ganzen Zwischenraum sich erstreckenden Nutzen jedes Grundstückes besteht. Das gemeinschaftliche Eigenthum an den Zwischenräumen ist somit keine selbstständige Gemeinschaft. Die aus demselben abzuleitenden Befugnisse des einen, und Einschränkungen des anderen Theils sind vielmehr mit jedem der benachbarten Häuser dergestalt verbunden, daß sie als ein Zubehör derselben betrachtet werden müssen, und eben deswegen von keinem Hause ohne Bewilligung des Eigenthümers von dem Nachbar getrennt werden können (§. 191. A. L. R. I. 8.). Durch die Realtheilung oder den öffentlichen Verkauf des Zwischenraumes würde aber nicht bloß das gemeinschaftliche Eigenthum an dem Grundstücke selbst aufgehoben, sondern auch Alles das beseitigt werden, was als dem benachbarten Hause zustehende Befugniß und gesetzlich begründete Einschränkung des anderen Theils anzusehen ist. Die Aufhebung der Gemeinschaft würde mithin Rechte vernichten, die der willkührlichen Einwirkung der Miteigenthümer entzogen sind.

(Entsch. Bd. 34. S. 142, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 318 Nr. 70., Gruchot Beitr. Bd. 1. S. 259.)

Das Appell. Ger. zu Hamm hat in dem Erk. v. 31. Jan. 1856 die entgegengesetzte Ansicht auf Grund des §. 75. A. L. R. I. 17. angenommen. (Gruchot a. a. O. S. 67.)

§§. 120. u. 121. 1) Die Anwendbarkeit der §§. 120. u. 121. ist nicht auf Winkel und Zwischenräume von nur drei Fuß oder geringerer Breite beschränkt.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Jan. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 171 Nr. 45.)

2) Das Recht zur einseitigen Benutzung eines gemeinschaftlichen Zwischenraumes zwischen benachbarten Gebäuden kann auch nicht durch Verjährung mittelst dreißigjährigen Besitzes erworben werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1851, auf Grund der §§. 120., 121. h. t. und der §§. 660., 663. A. L. R. I. 9. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 94 Nr. 21.)

§. 121. Begründet auch das Vorhandensein von Thüren (im Falle des §. 121.) eine Vermuthung für das Eigenthum?

Verneint in dem Aufs. in der J. Z. 1833 S. 971; denn wenn der eine Nachbar eine Thüre halte, der andere Nachbar nach demselben Zwischenraume die Traufe fallen lasse, darin eine Gosse oder Privete oder offene Fenster habe, aber keine Thüre, sondern hierzu nur durch des Ersteren Thüre gelangen könne, so würde der Erstere im Besitze des Eigenthums, der Zweite im Besitze von Grundgerechtigkeiten sein.

§§. 125—127. Von Schweineställen, Kloaken 2c.

§. 125. 1) Dorguth bemerkt: es sei nicht klar, was im §. 125. unter Kloak verstanden werde. Die Röm. Kloake seien hier nicht gemeint; sie fänden sich mit in den §§. 96—100. h. t. wieder. (Jahrb. Bd. 36. S. 247.)

Koch versteht unter den »Kloaken« sowohl Gruben zur Ansammlung von Unreinigkeiten, als auch verdeckte Kanäle zur Ableitung der Unreinigkeiten aus den Gebäuden, welche keineswegs schon in den §§. 99. und 100. mit gemeint seien; denn diese Bestimmungen bezögen sich auf ländliche Grundstücke. (Landr. Bd. 1. zum §. 125. h. t.)

2) Welche Anlagen sind als »schädliche« im Sinne des §. 125. h. t. zu erachten?

a) Zu den im §. 125. erwähnten schädlichen Anlagen sind auch bewegliche Anlagen (z. B. Mist- und feuchte Kalkhaufen, bewegliche Wasserbehälter) zu zählen, wenn sie zu dauernden Zwecken gemacht sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. April 1843.

Wenngleich der §. 125. nicht extensiv interpretirt werden darf, so ist doch die ratio legis, die Gebäude gegen jede Art solcher Beschädigungen zu schützen, welche ihnen aus der unbeschränkten Benutzung der Freiheit des Nachbars erwachsen können, wofür auch spricht, daß es beim Festhalten an dem bloßen Worte Anlagen, in der Bedeutung einer mit dem Boden verbundenen baulichen Vorrichtung, an einer Gesetzesvorschrift für Fälle der Art, wo bewegliche Anlagen gemacht werden, ganz fehlen würde. Mit Rücksicht auf §. 49. der Einl. zum A. L. R. ist daher auf letztere der §. 125. h. t. analogisch anzuwenden, welchem somit überhaupt jede schädliche Anlage unterliegt.

(Entsch. Bd. 9. S. 192.)

b) Unter den im §. 125. erwähnten schädlichen Anlagen sind nur Gruben und transportable, wenn schon bodenfeste Behältnisse, und zwar ohne Rücksicht auf deren Schädlichkeit im konkreten Falle, keineswegs aber eigentliche Gebäude, auch wenn sie nur als Stallungen dienen, zu verstehen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Juli 1856, auf Grund des Wortlautes des §. 125, des Zweckes des Gesetzes und der Verbindung desselben mit dem §. 126.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 133 Nr. 24.)

c) Der §. 125., und folglich auch der §. 126., findet nicht bloß auf Düngergruben, sondern auch auf Miststätten Anwendung, wobei der Dünger nur auf die Erdoberfläche gelagert wird, so daß also auch diese auf 3 Fuß rheinländ. Entfernung vom Hause des Nachbars zurückweichen, und so eingerichtet werden müssen, daß die Jauche und das sich dort ansammelnde Regenwasser nicht über den Vorraum des Nachbars abfließen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 21. Juli 1838.

Denn der §. 125. h. t. spricht zwar ausdrücklich nur von Düngergruben, stellt diesen indessen alle anderen den Gebäuden schädliche Anlagen gleich, und hierunter muß auch eine Miststätte gerechnet werden, wobei der Dünger nur auf die Erdoberfläche gelagert wird, da auch solche Miststätten in zu großer Nähe notorisch den Gebäuden nachtheilig sind. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 531.)

d) Der §. 5. Tit. 2. der Spezial-Bau-Observanzen für Berlin bezieht sich nur auf solche Privete, bei welchen die Exkremente in eine Grube abgeführt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. April 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 163 Nr. 35.)

3) Was ist im §. 125. unter dem Ausdrucke: »Gebäude« verstanden?

Grein folgert daraus, daß Scheunen und Mauern besonders aufgeführt worden, daß der Ausdruck in einer engeren Bedeutung genommen sei, und glaubt, daß zu den hier gemeinten Gebäuden Schweineställe, Kloaken und dergleichen Anlagen nicht zu rechnen seien, daß vielmehr solchen Anlagen andere des Nachbars gleicher Art ganz nahe treten dürfen. (Baurecht S. 71. Anm. 1.)

Koch dagegen nimmt an, daß hier Gebäude überhaupt gemeint sind, und nicht etwa einer gewissen Art, z. B. Häuser im Gegensatze zu Scheuern, Mauern, Ställen und dergleichen.

(Landr. Bd. 1. zum §. 125. h. t.)

4) Der Abschn. 5. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R. »von Grenzscheidungen« bezieht sich nicht auf Scheidemauern zwischen Gebäuden. Die aus dem Vorhandensein von Blenden in einer Scheidemauer

abgeleitete Vermuthung des Eigenthums derselben in den §§. 159—161. A. L. R. I. 8. findet indeß auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1843. (Präj. Nr. 1298.) (Präj. Samml. S. 25, Entsch. Bd. 9. S. 200.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 159—161. h. t. Zus. 1.

5) In Betreff des Eigenthums des zwischen der Düngergrube des einen und dem Gebäude des anderen Nachbars belegenen Streifen Landes besteht eine gesetzliche Vermuthung zum Besten des Eigenthümers des Gebäudes nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Nov. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 58 Nr. 14.)

6) Der §. 125. findet keine Anwendung, wo die schädliche und die benachtheiligte Anlage eine gemeinschaftliche Mauer haben; vielmehr sind dabei die speziellen Bestimmungen, über den Gebrauch einer solchen (§§. 133. ff. h. t.) und die allgemeinen Grundsätze über die Rechte und Pflichten von gemeinschaftlichem Eigenthum (§§. 10. ff. A. L. R. I. 17). maßgebend.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Juli 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 133 Nr. 24.)

§§. 125. u. 126. 1) Unter den in den §§. 125. u. 126. gedachten Anlagen sind nur solche gemeint, die der Nachbar schon vorhandener Gebäude, Mauern und Scheuern erst noch anlegen will, oder, nachdem jene Gebäude rc. schon existirten, unbefugter Weise angelegt hat.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Aug. 1848.

Die Wortfassung des §. 125., wonach Düngergruben und ähnliche Anlagen von den benachbarten Gebäuden drei Fuß entfernt bleiben sollen, deutet an, daß nur von einer im Werden begriffenen Anlage die Rede ist, und daß dagegen die nachbarlichen Gebäude zur Zeit der Anlegung von dergleichen Vorrichtungen schon vorhanden sind. Hätte der Gesetzgeber die Freiheit des Grundeigenthümers, sein Grundstück beliebig zu benutzen, auch in Beziehung auf solche Anlagen des Nachbars einschränken wollen, die dieser erst künftig möglicherweise vornehmen konnte, so hätte er sich ganz anderer Worte bedienen müssen. So wenig der Nachbar, der noch keine Gebäude an der Grenze errichtet hat, auf Grund der Vorschrift des §. 125. berechtigt erscheinen kann, die Zurückziehung ähnlicher Anlagen von der Grenze zu verlangen, so wenig kann er durch eine von ihm beliebte anderweitige Benutzungsart des eigenen Grundstücks dem Nachbar eine solche durch das Eigenthumsrecht sowohl als das erlangte Besitzrecht ausgeschlossene Beschränkung zumuthen. Es muß ihm vielmehr überlassen bleiben, bei seiner neuen Anlage innerhalb seiner Rechtssphäre solche Vorrichtungen zu treffen, wie sie ihm geeignet scheinen, die von der bereits vorhandenen Anlage des Nachbars etwa zu befürchtenden Nachtheile abzuwenden. Die ganze Reihe der Vorschriften im achten Titel von §§. 65. bis 189. zeigt den Zweck des Gesetzgebers bei neuen Anlagen, oder der Veränderung schon bestehender den Eigenthümer zu beschränken, daß dagegen die Aufrechthaltung eines bis dahin zu Recht bestehenden Besitzstandes überall leitendes Prinzip gewesen ist. Ganz hiermit im Einklange steht die Vorschrift des §. 8. A. L. R. I. 12. Anlangend die Vorschrift des §. 126. A. L. R. I. 8., so zeigen die Worte: »Auch müssen dergleichen Gruben« den genauen Zusammenhang mit dem §. 125., weshalb auch diese Anforderung nur von dem Eigenthümer eines schon bestehenden Gebäudes gegen den gemacht werden darf, der eine solche nachtheilige Anstalt erst anlegen will.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 246 Nr. 120., J. W. 1848 S. 411.)

Diesen Rechtssatz hat der II. Sen. des Ob. Trib. demnächst in dem Erk. v. 30. Jan. 1855 (Präj. Nr. 2604.) anerkannt, welches ausspricht, daß die Anwendung der §§. 125. u. 126. voraussetzt, daß die Gebäude, Mauern und Scheunen des Nachbars schon vor der Anlegung der Gruben und anderer den Gebäuden schädlichen Anstalten vorhanden gewesen.

Die §§. 125—127. setzen offenbar den Fall voraus, wo die Gebäude, Mauern, Scheunen und Bäume des Nachbars bereits vorhanden sind, denn sonst könnte das Maß der Entfernung und des Zurücktretens nicht von diesen Gegenständen ab berechnet sein. Daraus folgt, daß die den Gebäuden des Nachbars schädliche Anstalt, welche hier gemeint wird, in eine Beziehung zu den Gebäuden, Mauern, Scheunen oder Bäumen des anderen Anwohners erst gesetzt werden solle, also eine neue Anlage sein müsse. Wäre letzteres nicht, so müßte es im Gesetze für verboten erklärt sein, überhaupt innerhalb dreier Werkschuhe von der Grenze des Nachbars solche Anstalten auf eigenem Grund und Boden zu haben, weil der Nachbar möglicher Weise auf seiner Grenze dereinst bauen oder Bäume pflanzen könnte. Ein solches Gesetz aber giebt es nicht, und daß die angeführten Gesetzstellen ein solches Verbot nicht enthalten, zeigt schon die Wortfassung. Auch kann die Vorschrift des §. 126. nur als eine zu dem §. 125. gehörige angesehen werden, wie ebenfalls die Worte darthun, mithin also das Recht des Nachbarn, zu verlangen, daß dergleichen Gruben und Behältnisse von Grund aus aufgemauert werden, nur auf neue Anlagen dieser Art sich beziehen. Vor der Existenz der Gebäude, Mauern, Scheunen und Bäume des Nachbars ist eine hierauf bezügliche Einschränkung des Eigenthums dessen nicht vorhanden, welcher kraft seines Eigenthumsrechtes beliebig auf seinem Grundstücke eine Grube oder andere dergleichen Anstalt anlegte, und durch willkührliche Neubauten und Baumpflanznngen seines Nachbarn kann er folglich keine neue Beschränkung zu dessen alleinigem Vortheile mit rückwirkender Kraft überkommen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 9, Entsch. Bd. 30. S. 27.)

Dieselben Grundsätze hat auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Juni 1857 angenommen, welches, unter Bezugnahme auf die beiden vorgedachten Entscheidungen, bemerkt:

Das gemeinsame Prinzip dieser Präjudikate liegt darin, daß die Berechtigung zum Fortbestehen solcher Anlagen, wenn sie zu einer Zeit oder unter Verhältnissen zu Stande gekommen, wo ihrer Gründung ein gesetzliches oder rechtliches Hinderniß nicht entgegenstand, nicht auf Grund späterer einseitiger Handlungen und Anlagen des Nachbars in Anwendung des §. 125. angefochten werden können. Aus diesem Grunde genügt also das bloße Vorhandensein einer Düngerstätte keinesweges zur Anwendung des §. 125.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 291 Nr. 55.)

2) Jeder einzelne Miteigenthümer eines Gebäudes ist für sich allein zur Klage gegen denjenigen berechtigt, welcher gegen die Vorschriften der §§. 125. u. 126. dem Gebäude mit Anlagen zu nahe gekommen ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Nov. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 58 Nr. 14.)

3) Die §§. 125. u. 126. sind keine die Verjährung ausschließenden Verbotsgesetze, sondern es kann die Freiheit von Einschränkungen des Eigenthums nach den gedachten §§. auch durch Verjährung erworben werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Aug. 1848.

Unzweifelhaft sind die in den §§. 125. u. 126. verordneten Einschränkungen nur »zum Besten gewisser Personen«, nämlich der angrenzenden Besitzer von Häusern rc., festgesetzt. In solchem Falle können nach §. 191. die Berechtigten und Verpflichteten sich über anderweitige Grundsätze gütlich vereinigen. Der Regel nach kann in allen vom Gesetze nicht besonders ausgeschlossenen Fällen die Aenderung bestehender Rechte durch Verjährung überall da eintreten, wo vertragsmäßige Aenderung zuläßig ist. Der §. 664. A. L. R. I. 9. paßt daher nicht auf diesen Fall.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 246 Nr. 120., J. W. 1848 S. 411.)

Denselben Grundsatz hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Nov. 1853 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 58 Nr. 14.)

4) Die §§. 125. u. 126. finden auf Vertiefungen, welche mit Bewilligung des klagenden Theils zu Stande gekommen, oder von ihm selbst und in seinem eigenen Interesse vorgenommen worden sind, keine Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 291 Nr. 55.)

5) Bei der Messung der in den §§. 125. u. 126. vorgeschriebenen Entfernung einer Mistgrube von der Grenze des Nachbars wird die Stärke der Umfassungsmauer der Grube mitgemessen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22 Sept. 1843. (Präj. Nr. 1339.) (Präj. Samml. S. 14.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 9. Febr. 1849 in den Erg. zum §. 128. h. t.

§§. 125—127. Diese Bestimmungen bilden in sofern den Gegensatz des §. 128., als darin von solchen Anlagen die Rede ist, welche stehende Flüssigkeiten aufsammeln und wegen der Beschaffenheit der Flüssigkeiten zu den an sich schädlichen Anlagen gezählt werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Febr. 1849.

(Entsch. Bd. 17. S. 118.)

Vergl. die Erg. zum §. 187. h. t.

§. 126. 1) Ist die Polizeigewalt befugt, schon vorhandene Anlagen der in Rede stehenden Art abändern zu lassen, und in allen Fällen die Ausmauerung zu verlangen?

Das R. des Min. des Inn. und der Pol. v. 29. Febr. 1828 (v. K. Ann. Bd. 12. S. 183.) hatte verneint und angenommen, daß der §. 126. überall nur das Privatinteresse der nachbarlichen Grundstücke, keinesweges aber ein öffentliches Interesse im Auge haben, und daß dergleichen Privatinteressen nur vom Richter zu entscheiden seien.

Die in diesem R. ausgesprochene Ansicht nimmt indeß das R. des Min. des Inn. v. 8. März 1842 ausdrücklich zurück und spricht sich für die Bejahung der Frage aus.

Der §. 126. schreibt ganz allgemein vor, daß Dünger- und Kloakgruben von Grund aus aufgemauert werden müssen, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Vorschrift in dem vorliegenden Falle und überhaupt da nicht Anwendung finden sollte, wo eine solche Anlage in größerer als der vorgeschriebenen Entfernung von der Nachbarsgrenze errichtet wird. Auch liegt jener Vorschrift, in sofern dieselbe die Beförderung der Reinlichkeit und Gesundheit zum Zwecke hat, allerdings ein öffentliches Interesse zum Grunde, welches von Polizei wegen wahrgenommen werden muß.

(M. Bl. d. i. V. 1842 S. 68.)

Derselben Ansicht ist das R. desselben Min. v. 13. April 1842.

Der §. 126. bestimmt ganz unbedingt, daß Schweineställe, Kloake, Düngergruben 2c. von Grund aus aufgemauert werden müssen. Der Umstand, daß dergleichen Anlagen den benachbarten Gebäuden schädlich sind, ist nicht als Veranlassung zu dieser Bestimmung angeführt, sondern im §. 125. a. a. O. bei Ertheilung der anderweitigen Vorschrift, wonach solche Anlagen von benachbarten Gebäuden wenigstens 3 Fuß Rheinländisch entfernt bleiben sollen. Da nun auch nicht zugegeben werden kann, daß bei einer Verordnung, welche die Bewohner der Nachbarschaft vor Gestank verbreitenden Anlagen bewahrt, kein öffentliches Interesse obwalte, so muß es bei dem Inhalte des Erlasses v. 8. v. M. bewenden. (a. a. O. S. 69.)

Dieser letzteren Ansicht ist das Ob. Trib. beigetreten. Der II. Sen. desselben hat nämlich unterm 31. Okt. 1854 (Präj. Nr. 2559.) angenommen, daß die Vorschrift des §. 126. sich nicht auf den Schutz der Gebäude des Nachbars gegen den schädlichen Einfluß der im §. 125. bezeichneten Anlagen beschränkt, sondern sich vielmehr auch auf das öffentliche Interesse bezieht, und zwar unter Bezugnahme auf die Ausführung der Reskr. v. 8. März und 13. April 1842, und weil die Stelle, welche dem §. 126. im A. L. R. unter den Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn angewiesen ist, nicht entscheidend sein könne, da die Vorschrift ganz allgemein gegeben, auch anderweit nicht ersichtlich sei, daß der Schutz der nachbarlichen Gebäude die eigentliche und einzige Veranlassung dazu gegeben habe. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 9, Entsch. Bd. 29. S. 56.)

2) Muß die Ausmauerung auch bei Anlagen in größerer Entfernung als drei Fuß von des Nachbars Grunde geschehen?

a) Bornemann bejahet, sofern nicht die gänzliche Unschädlichkeit nachgewiesen werden könne.

(System Bd. 2. S. 242, 2. Ausg. Bd. 2. S. 137.)

b) Koch gleichfalls, wenn die Schädlichkeit nachgewiesen werde.

(Landr. Bd. 1. zum §. 126. h. t.)

c) Grein nimmt ebenfalls an, daß in diesem Falle die Ausmauerung nur dann zu erfolgen brauche, wenn der Nachbar erweisen kann, daß die Anlage seinem Gebäude 2c. auch in der größeren Entfernung noch schädlich werde. (Baurecht S. 73.)

§. 128. Von Rinnen und Kanälen.

1) Unter den Rinnen und Kanälen an der Erde sind nicht bloß solche oberhalb der Oberfläche zu verstehen, sondern auch solche, die in der Erde, unter der Oberfläche, verdeckt sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Febr. 1849.

(Entsch. Bd. 17. S. 119)

2) Auch bei der Messung der im §. 128. vorgeschriebenen Entfernung einer zur Abführung des Wassers angelegten Rinne (Kanals) von der Wand des Nachbars wird die Stärke der Einfassungsmauer mitgemessen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1849. (Präj. Nr. 2106.)

Die Umfassungsmauer bezweckt den Schutz des Nachbars und vermehrt diesen Schutz; die Ausmauerung der Wasserleitung kann daher keinen Grund enthalten, einen noch größeren Zwischenraum zwischen derselben und dem Gebäude zu gestatten, und ihre Entfernung um die Stärke der Mauer zu vergrößern. Die Entfernung darf daher nur von der inneren Wand der Rinne, in welcher das Wasser abfließt, gemessen werden, indem der Grund des Gesetzes nur der ist, die abfließende Flüssigkeit in dieser Entfernung von der Wand zu halten.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 9, Entsch. Bd. 17. S. 114.)

§§. 129—132. Von Brunnen.

§. 129. Der §. 129. findet keine Anwendung auf Anlagen, die lediglich eine Verminderung des Wassers in dem Brunnen des Nachbars bewirken.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 96 Nr. 30.)

§§. 133—136. Vom Gebrauche einer gemeinschaftlichen Mauer.

§. 135. 1) Jeder Nachbar ist berechtigt, die gemeinschaftliche Mauer an seiner Seite bis zur Hälfte ihrer Dicke zu erhöhen, insoweit dadurch dem Gebäude des Nachbars kein Schaden zugefügt wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Sept. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 191 Nr. 32.)

2) Auch über eine dem Nachbar allein gehörige Mauer, auf welche der Andere eine servitus oneris ferendi hat, darf der Eigenthümer nicht einseitig zum Nachtheile des darauf ruhenden fremden Grundstückes verfügen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1843. (Präj. Nr. 1298. c.)

(Präj. Samml. S. 25, Entsch. Bd. 9. S. 200.)

§§. 137—147. Vom Licht und von der Aussicht.

Jahne, das Fenster- und Lichtrecht nach Röm., gem. Deutschen, Preuß. und Franz. Rechte. Berlin 1835. Neue Ausg. 1840. (Auch in den Jahrb. Bd. 45. S. 387 im Auszuge abgedruckt.)

Dorguth, Bemerk. zu §§. 137. ff. h. t. (Jahrb. Bd. 36. S. 246.)

Desselben Aufsatz: die Mängel der Praxis bei Rechtsstreitigkeiten über Bauten. (J. W. 1841 S. 837 ff.)

Präjudik. wegen des Rechtes, sein Gebäude auch zum Nachtheil des Nachbars zu erhöhen. (Stengel Bd. 4. S. 123.)

Funk, zur Erläuterung der §§. 139—144. A. L. R. I. 8. (J. W. 1839 S. 109 ff.)

Jahn, Entscheidungen und Bemerkungen über Baustreitigkeiten. (Centralbl. 1837 S. 998 ff.)

Ueber das Zwischenraums- und Lichtrecht. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 74 ff.)

1) Ueber die Entstehung der §§. 137—147. vergl. die Mittheilungen aus den Materialien in Bornemann's System Bd. 2. S. 243, 2. Ausg. Bd. 2. S. 138.

2) Ueber die Frage: wie lange die Beschwerde über einen nachtheiligen Bau des Nachbars (§§. 137—144.) stattfindet? bemerkt Bielitz, daß es nur darauf ankomme, ob der Nachtheil gleich im Anfange des Baues, oder erst nach dessen Vollendung sich offenbare. Nur im letzteren Falle könne der Nachbar innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist durch Nichtgebrauch auf Wegnahme des Neubaues oder dessen Abänderung antragen (§. 44. A. L. R. I. 22.); im ersteren Falle müsse die Beschwerde gleich nach erhaltener Nachricht von dem Bau angebracht werden (§. 332. I. 9.); denn späterhin finde nur ein Schadensersatz-Anspruch statt, welcher nur drei Jahre (nach §. 54. I. 6.) daure. (Nachtr. Hft. 2. S. 117.)

3) Vergl. in Betreff der (nicht mehr gültigen) Bestimmungen des Suhler Bau-Regl. v. 19. Juni 1753 über das Licht- und Fensterrecht das Erk. des Ob. Trib. v. 10. Sept. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 203 Nr. 103.)

4) Zur Erläuterung der Berliner Bau-Ordn. v. 30. Nov. 1641 §§. 23. u. 27. und der Berliner Spezial-Bau-Observanzen Kap. 4. §. 1. hat der II. Sen. des Ob. Trib. (in dem Erk. v. 30. März 1854) folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Unter dem »Nachbar« in den §§. 23. u. 27. der Berliner Bau-O. v. 30. Nov. 1641 ist der Eigenthümer und Besitzer des benachbarten Grundstücks zu verstehen, auch wenn derselbe eine Korporation bildet.

b) Unter des Nachbars »Hof« in den gedachten §§. ist nicht ausschließlich der als Hof benutzte Theil des benachbarten Grundstücks, sondern überhaupt das Gehöft im Gegensatze des nicht mit Gebäuden besetzten Theiles dieses Grundstücks gemeint.

c) Hinsichtlich der Beschränkung in der Anlage neuer Fenster in dem an des Nachbars Hof stoßenden Gebäude nach der Berliner Bau-O. und den Berliner Bauobservanzen macht es keinen Unterschied, ob die Fenster in einem be-

reits vorhandenen Gebäude, oder gleich bei Errichtung eines neuen Gebäudes angelegt sind.

d) Auch nach der Berliner Bau-O. hat der unterlassene sofortige Widerspruch gegen die Anlage neuer Fenster in des Nachbars Gebäude den Verlust dieses Rechts nicht zur Folge.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 312 Nr. 71.)

§§. 137. u. 138. Der Einschränkung: die in einer unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stoßenden Wand oder Mauer anzubringende Oeffnung da, wo es die Umstände gestatten, sechs Fuß von dem Boden des Zimmers oder Behältnisses zu erhöhen, in allen Fällen aber mit eisernen, nur zwei Zoll von einander stehenden Stäben oder mit einem Drahtgitter zu versehen, — ist nicht allein die Anlage von Oeffnungen und Fenstern, welche die Einbringung von Licht in ein Gebäude bezwecken, sondern auch die Anlage von Oeffnungen zu sonstigen Zwecken, z. B. zur Beförderung des Luftzuges, unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. März 1850. (Präj. Nr. 2200.)

Das Marginale, unter welchem die §§. 137. u. 138. stehen, scheint für die entgegengesetzte Ansicht zu sprechen; es ließe sich folgern, die darunter enthaltenen Vorschriften seien schlechthin auf solche Oeffnungen zu beziehen, welche dem Gebäude Licht und dem Bewohner Aussicht gewähren, mithin auf solche Einwohner; welche L. 12. §. 2. C. de aedificiis privatis (VIII. 10.) in folgender Art bezeichnet: fenestrae, tam quae prospectivae, quam quae luciferae dicuntur. Dafür könnte man sich insbesondere auch auf die Worte des §. 137. berufen, welche einmal sagen: »um Licht in sein Gebäude zu bringen«, und zum Anderen »wenn dieselbe gleich eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren«, aus welchen letzteren insbesondere hervorgehe, daß der Gesetzgeber nur an das Lästige, was für den Nachbar damit verbunden ist, daß er sich den Blicken der nachbarlichen Bewohner aussetzen müsse, gedacht, und auch nur deshalb, um diesem Uebelstande eine gewisse Schranke zu setzen, im §. 138. bestimmte Maßregeln vorgeschrieben habe. Allein zunächst würde die Fassung des §. 137.: »um Licht in sein Gebäude zu bringen, kann Jeder Oeffnungen und Fenster in seine Mauer machen«, — an und für sich noch gar nicht zu der Folgerung berechtigen, daß, weil hier nur über Lichtöffnungen bestimmt sei, Alles, was der §. 138. Beschränkendes verordne, auch nur auf Lichtöffnungen sich beziehe, der Anlage sonstiger Oeffnungen dagegen nichts in den Weg gelegt sei. Denn aus der gestatteten Anlage von Fenstern und Lichtöffnungen unter gewissen Beschränkungen folgt die unbedingte Gestattung der Anlagen anderer Art nicht; vielmehr würde in Ansehung der letzteren, wenn die in Rede stehenden Bestimmungen darüber wirklich nichts enthielten, die Entscheidung aus anderweiten gesetzlichen Bestimmungen entnommen werden müssen. Nun streitet allerdings die Vermuthung für die Uneingeschränktheit des Eigenthums, und es ist jeder Gebrauch des Eigenthums erlaubt und rechtmäßig, durch welchen weder wohlerworbene Rechte eines Anderen gekränkt, noch die in den Gesetzen vorgeschriebenen Schranken überschritten werden. (A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §§. 23., 25., 26.) Sind nicht durch Natur, Gesetze oder Willenserklärungen bestimmte Einschränkungen des Eigenthums begründet, so läßt sich eine solche nur darin finden, daß Niemand sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen darf; und unter Mißbrauch wird ein solcher Gebrauch verstanden, der vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen zur Absicht haben kann, §§. 27., 28. a a. O. Es kommt also auf die Beantwortung der Frage an: ob in der Anlegung von Oeffnungen in einer unmittelbar an den Hofraum des Nachbars stoßenden Mauer entweder schon an sich ein Mißbrauch des Eigenthums, oder eine Ueberschreitung bestimmter gesetzlicher Vorschriften zu finden sei? Das Erste läßt sich nicht behaupten. Nur dann würde die Anlage zu einer mißbräuchlichen ausarten, wenn damit eine Immission in die Eigenthumssphäre des Nachbarn verbunden wäre, z. B. die Anbringung sich nach Außen öffnender Fensterflügel, Auswerfen oder Ausgießen von Substanzen oder Flüssigkeiten auf den nachbarlichen Grund, Hinabsteigen von Menschen durch solche Oeffnung auf diesen Grund und dergleichen.

Die im §. 138. vorgeschriebenen Maßregeln sind aber auf Fenster und Lichtöffnungen nicht zu beschränken, weil im §. 137. von der Anlage solcher Einrichtungen zum Zwecke der Einbringung des Lichts in das Gebäude die Rede ist. Allein, wenn auch im §. 137. dieses Zweckes Erwähnung geschieht, so ist es doch nicht zulässig, darum die Anlage sonstiger Oeffnungen für unbedingt freigegeben zu erachten. Es ergiebt sich dies schon aus dem §. 148. ebendaselbst, des Lichtbringens ist in der angeführten Gesetzesstelle nur darum besonders gedacht, um einzuschärfen, daß der Umstand, daß Fenster und Oeffnungen eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren, der Anlegung derselben kein Hinderniß in den Weg legen soll. Die Maßregeln aber, welche der §. 138. vorschreibt, sind allgemeiner Art, und haben mit dem Licht und der Aussicht nichts zu schaffen; sie wollen vielmehr Uebelstände, die aus der Anlage einer dem Nachbarn unmittelbar zugekehrten Oeffnung als einer solchen erwachsen, vorbeugen. Denn die Erhöhung von 6 Fuß über den Boden des Zimmers oder Behältnisses, die Verstäbung oder Vergitterung können nur bezwecken, gegen das Hindurchsteigen, gegen Ausgießen und Auswerfen Vorkehrungen zu treffen, nicht aber, bloß das Licht oder die Aussicht zu mäßigen. Dieser Zweck und diese Vorkehrungen passen also bei Oeffnungen aller Art. Aus der Rundaufschrift: »vom Licht und von der Aussicht«, worunter die fraglichen Bestimmungen stehen, kann kein Argument für die entgegengesetzte Ansicht abgeleitet werden, weil andere unter derselben Aufschrift stehende Bestimmungen, wie die §§. 139., 140., ebenfalls auf Licht und Aussicht zunächst sich nicht beziehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 9, Entsch. Bd. 19. S. 104.)

Vergl. Grein's Baurecht S. 81 Anm. 1., Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 2. S. 141 und Koch's Landr. Bd. 1. zum §. 137. h. t.

§§. 137. 138. 142. sqq. Zu den Behufs Verschaffung von Licht in der unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stoßenden Wand oder Mauer zu machenden »Oeffnungen«, so wie zu Fenstern überhaupt, sind die Fensterfutter und Zargen nicht zu rechnen.

Angenommen von den II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1853, auf Grund der von den Lexikographen (Adelung und Campe) gegebenen Begriffsbestimmungen.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 309 Nr. 73.)

§. 138. 1) Die Vorschriften des §. 138. über die Beschaffenheit der Oeffnungen, welche in einer unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stoßenden Wand oder Mauer gemacht werden sollen, finden keine Anwendung auf Oeffnungen und Fenster, welche über die Luftsäule eines unmittelbar anstoßenden Gebäudes des Nachbars angelegt werden.

Sie finden ferner keine Anwendung auf Oeffnungen und Fenster in neu errichteten Gebäuden, welche nicht unmittelbar auf der Grenze stehen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1841. (Präj. Nr. 975.) (Präj. Samml. S. 26.)

Vergl. das (nachstehende) Präj. Nr. 2471.

2) Die dem Eigenthümer bei Anlegung neuer Fenster nach dem Hofe oder Garten des Nachbars hinaus im §. 138. aufgelegte Beschränkung wegen Erhöhung und Vergitterung der Fenster erfordert, daß die Wand, in welcher die Fenster angelegt werden, unmittelbar an das Grundstück des Nachbars anstößt, findet also nicht Anwendung, wenn zwischen der Wand und der nachbarlichen Grenze ein, wenn auch noch so geringer Zwischenraum, vorhanden ist. Darauf, ob die bei Errichtung neuer Gebäude vorgeschriebene Baulinie inne gehalten ist, kommt es hierbei nicht an.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1853. (Präj. Nr. 2471.)

Der §. 138. enthält eine Ausnahme von der Regel des §. 137., eine Beschränkung derselben für den Fall, daß die Fenster und Oeffnungen in einer Wand oder Mauer gemacht werden sollen, welche, wie der §. 138. sagt, unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stößt, indem in diesem Falle die Fenster zwar auch angelegt werden dürfen, aber wo möglich 6 Fuß vom Erdboden des Zimmers entfernt, und jedenfalls verstäbt oder vergittert werden müssen. Dieser Fall der Beschränkung liegt hiernach nur dann vor, wenn jene Wand unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stößt, also zwischen ersterer und dem Grundstück des Nachbarn kein Zwischenraum befindlich ist, indem sonst kein unmittelbares Anstoßen stattfindet. Diese Vorschrift ist, als eine die Freiheit des Eigenthums beschränkende, strikte zu interpretiren. Das Wort »unmittelbar« läßt aber dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach keine andere Deutung zu, als daß die Wand dergestalt an das Grundstück des Nachbars anstößt, daß beide sich berühren und nicht durch einen Zwischenraum von einander getrennt werden. Wie breit dieser letztere ist, ist ohne Gewicht, da, sobald nur der geringste Zwischenraum vorhanden ist, kein unmittelbares Anstoßen stattfindet. Es ist aber auch hier, wenn von Hof und Garten des Nachbars die Rede ist, nur die Grenzlinie desselben gemeint, durch welche dieselbe von dem benachbarten Grundstücke geschieden wird; der Fall des §. 138. setzt mithin voraus, daß die Wand, in der das Fenster angelegt ist, hart an der Grenze steht. Der Einwand, daß der Zweck jener beschränkenden Vorschrift, die Aussicht über das nachbarliche Gehöft, und das Werfen und Gießen von Gegenständen auf dasselbe zu verhindern, vereitelt werde, wenn jeder auch noch so geringe Zwischenraum für genügend erachtet werden müßte, ist nicht zutreffend. Denn wenn auch durch jene Vorschrift die zuletzt gedachten Belästigungen und Unbequemlichkeiten des Nachbars, wenn schon nicht geradezu unmöglich gemacht, doch möglichst erschwert werden sollen, so ist dem Richter dennoch nicht gestattet, der klaren Vorschrift eines Gesetzes dieser muthmaßlichen Nützlichkeit

wegen einen seinem Wortlaute direkt widersprechenden Sinn unterzulegen; und eben so wenig dürfen die Bestimmungen der §§. 139. u. 140. hiermit in Betracht kommen, da dieselben sich auf einen wesentlich verschiedenen Fall, nämlich auf den der Errichtung neuer Gebäude, beziehen. Auch das Erk. des Ob. Trib. v. 26. März 1850[1]) steht dieser Ausführung nicht entgegen, da dasselbe, wie dessen Gründe ergeben, sich zum Vorwurf gemacht hat, zu zeigen, daß es nicht darauf ankomme, ob die Fenster ausschließlich des Lichts wegen angelegt sind, und die Ausführung die hier in Rede stehende Frage nicht berührt, und auf eine Auslegung des §. 138. in Betreff des Wortes »unmittelbar« nicht eingegangen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 10, Entsch. Bd. 27. S. 42.)

3) Die in dem vorstehenden Präj. des Ob. Trib. ausgesprochene Ansicht, daß der im §. 138. gebrauchte Ausdruck: »unmittelbar« dahin zu verstehen sei, daß die Wand oder Mauer, in welcher die Oeffnungen angelegt werden sollen, unmittelbar an der Grenze stehen und gar kein Zwischenraum vorhanden sein müsse, wird auch von dem O. L. G. zu Arnsberg (Datum des Erk. konstirt nicht) für die richtige erachtet, indem dasselbe bemerkt:

Die (von dem Land- u. Stadtger. zu Siegen angenommene) Ansicht, daß der Ausdruck: »unmittelbar« auf den Fall zu deuten, da zwischen dem Gebäude, worin das Fenster ist, und dem Grundstücke des Nachbars keine andere den Zugang hindernde Einrichtung vorhanden ist, geht von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus, da nach dieser Ansicht die Anwendung des §. 138. nicht von der Lage des Gebäudes, sondern von der ganz zufälligen Befriedigung des nachbarlichen Grundstücks abhangen würde. Wenn man dagegen den §. 138. mit den §§. 139. u. 140. in Verbindung bringt, scheint es allerdings, als wenn der Ausdruck: »unmittelbar« auch bei der gesetzlichen Entfernung von 1½ Werkschuhen anwendbar wäre, in welcher Neubauten von unbebauten Räumen des Nachbars zurückbleiben sollen, zumal der §. 138. bei Annahme des Gegentheils als eine rein transitorische Bestimmung dastehen würde. Indeß muß die Bestimmung des §. 138. nur von einer auf der Grenze stehenden Mauer verstanden werden, es giebt in Deutschland eine Menge Statute, welche die Anlegung von Fenstern in der Grenzmauer untersagen oder nur unter Modifikationen erlauben, und zwar aus dem Grunde, weil mit dieser Fensteranlage zugleich die Benutzung des Luftraumes des Nachbars und selbst des Bodens durch Auswerfen, Ausschütten u. s. w. verbunden ist. Das A. L. R. hat sich darauf beschränkt, die Fensteranlage in einer unmittelbar an der Grenze stehenden Mauer zu beschränken; der §. 138. hat in den Berliner Lokalobservanzen seinen Ursprung. (Mathis Bd. 2. S. 357 ff.) Da nach diesen bis auf die äußerste Grenze zu bauen nicht verboten war, so ergiebt sich auch hieraus, daß das Wort: »unmittelbar« im streng grammatischen Sinne zu nehmen ist. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 593—596.)

Dagegen nimmt das Ostpreuß. Trib. zu Königsberg in dem Erk. v. 3. Nov. 1841 an, daß Oeffnungen in einer von des Nachbars Hof oder Garten anderthalb Werkschuhe entfernten Mauer nicht der im §. 138. vorgeschriebenen Verwahrung bedürfen.

Zwar muß der §. 138. als eine Beschränkung der Grundfreiheit strenge interpretirt werden, aber doch so, daß die weise Absicht des Gesetzes nicht vereitelt wird. Diese geht offenbar dahin, daß der Bauende durch die Fensteranlage wenigstens nicht veranlaßt oder gezwungen werde, das Gebiet der Nachbarn durch Blicken, Werfen, Gießen rc. zu belästigen. Gesetzt nun, der Bauende bräche Fenster in eine Mauer, welche nur einen Zoll von der Grenze absteht, die also, strenge genommen, nicht Grenzmauer heißen kann, deren Fenster also dem §. 138. nicht unterworfen sein würde, so ist doch der Nachbar in diesem Falle eben so übel daran, als ob eine wirkliche Grenzmauer geöffnet wäre. Der §. 138. würde also bei dieser Deutung den Nachbar nicht zureichend schützen, also den Zweck des Gesetzes nicht erfüllen. Indeß spricht der §. 140. h. t. aus, daß die Baulinie des Grundbesitzers nicht die Grenze, sondern eine 1½ Fuß von ihr zurückweichende Parallele sein soll. Der 1½ Fuß breite Zwischenraum ist also das Mittel, welches der Gesetzgeber als das Geringste verlangt. Die auf der Baulinie errichtete Mauer ist im Sinne des Gesetzes eine vermittelte; eine näher an die Grenze gerückte ist nicht gesetzlich vermittelt oder, wie der §. 138. es ausdrückt, eine unmittelbar anstoßende. (J. W. 1842 S. 277.)

Grein legt das Wort: »unmittelbar« dahin aus, daß sich zwischen der Wand oder Mauer, in welcher das Fenster oder die Oeffnung befindlich, und dem nachbarlichen Grundstücke keine Anlage befinden dürfe, welche es unmöglich mache, aus dem Fenster auf das nachbarliche Grundstück zu gießen, zu werfen und zu steigen. Es solle also nicht so viel sagen, als: »hart an des Nachbars Hof oder Garten rc.«; wie theils aus der Bedeutung des Wortes: »unmittelbar«, theils daraus hervorgehe, daß auch Fenster in einer Wand, welche nicht über 1½ Fuß von des Nachbars Hof oder Garten entfernt liegt, vergittert oder verstäbt werden müssen.

(Baurecht S. 83—84.)

4) Was ist im §. 138. unter den Worten: »wo es die Umstände gestatten« zu verstehen?

a) Das Ostpreuß. Trib. zu Königsberg führt in dem Erk. v. 3. Nov. 1841 aus, daß dabei nicht an die absolute Möglichkeit gedacht sei; denn jedes Fenster lasse sich erhöhen, bis es ganz aus der Stube verschwinde, und noch weiter. Der §. 138. nehme vielmehr auf die jedesmaligen Umstände, d. h. auf die relative Möglichkeit, Rücksicht. (J. W. 1842 S. 280.)

b) Das Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) führt aus, daß der Sinn nicht dahin gehe, daß hiernach der Eigenthümer seinen Fenstern alsdann die vorgeschriebene Höhe geben solle, »wenn ihm die Umstände es gestatten«, d. h. wenn er es ohne Nachtheil für sich thun könne. Denn wenn der §. 138. diesen Sinn hätte, so würde die Vorschrift ganz ohne rechtliche Bedeutung und deren Befolgung lediglich von dem Belieben des Eigenthümers abhängig sein.

(Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 74.)

c) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Es kann der Fall sein, daß die geringe Höhe der Zimmer oder Behältnisse, worin die Oeffnungen gemacht werden sollen, eine vorschriftsmäßige Anlage — nämlich 6 Fuß vom Boden erhöht — unmöglich macht. Auf diesen Fall beziehen sich die im §. 138. eingeschalteten Worte: wo es die Umstände gestatten. Es muß alsdann durch Bauverständige anderweit bestimmt werden, um wieviel die Oeffnungen von dem Boden des Behältnisses zu erhöhen sind. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht können die Spezialobservanzen der Berliner Baukommission, woraus die vorliegende Bestimmung entnommen ist, angeführt werden. Dort ist namentlich mit Bezug auf Behmer Nov. jus contr. Observ. 86. angeführt, wenn das Zimmer nicht sechs Fuß hoch sei, so könne die Baukommission ex officio die Höhe des anzulegenden Fensters über dem Fußboden festsetzen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 8. §§. 107—117. des Ed. S. 69.)

d) Koch legt die in Rede stehenden Worte des §. 138. dahin aus: »wenn der Raum, in welchem die Oeffnung angelegt werden soll, hoch genug dazu ist.« Ist derselbe über sechs Fuß hoch, so müsse die Oeffnung so niedrig im Lichten, als es nach dem Zwecke möglich ist, gemacht werden, um sie so hoch wie möglich anzubringen.

(Landr. Bd. 1. Anm. 95. zum §. 138. h. t.)

e) Der II. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 11. Dec. 1856 an, daß, wenn nach dem Gutachten Sachverständiger die verlangte Erhöhung des Fensters eine unvollständige Beleuchtung selbst dann herbeiführt, wenn eine Veränderung des Daches vorgenommen würde, angenommen werden müsse, daß die Umstände die Erhöhung des Fensters nicht gestatten. Denn das Gesetz wolle dem Eigenthümer kein ungenügendes, sondern ein genügendes Licht sichern.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 142 Nr. 35.)

5) Begriff von »Hof und Garten« im Sinne des §. 138.

a) Unter diesem Ausdrucke ist jeder zu dem Hause des Nachbars gehörige offene Raum zu verstehen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Dec. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 162 Nr. 40.)

b) Ein Grundstück, welches durch Anlegung eines Eisenbahn-Schienenweges über dasselbe die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten hat, ist als Hof und Garten im Sinne des §. 138. nicht anzusehen; auch genügt dazu die bloße Umfriedigung des Platzes nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 32 Nr. 7.)

c) Das Ostpreuß. Trib. zu Königsberg versteht darunter, in dem Erk. v. 3. Nov. 1841, jeden befriedeten, nicht überbauten Platz neben Gebäuden, auch wenn derselbe unzugänglich gemacht ist.

(J. W. 1842 S. 278.)

6) In dem §. 138. ist nur von ganz neuen, bisher nicht vorhanden gewesenen Oeffnungen und Fenstern die Rede, zu welchen die in dem neuen Gebäude, welches an die Stelle eines alten mit diesen Fenstern schon versehenen Gebäudes errichtet worden, wiederangelegten Fenster nicht gehören.

Der Umstand, daß in dem neuen Gebäude die Fenster niedriger gelegen und größer sind, als die in dem alten Gebäude vorhanden

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zu den §§. 137. u. 138. h. t.

gewesenen, rechtfertigt die Anwendung des §. 138. nur dann, wenn durch die niedrigere Lage und den größeren Umfang jener Fenster des neuen Gebäudes dem Nachbar ein Nachtheil zugefügt worden ist oder erwachsen kann.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 300 Nr. 57.)

§§. 138. u. 148. 1) Unter dem »Nachbar« in den §§. 138. und 148. ist der Eigenthümer und Besitzer des benachbarten Grundstücks zu verstehen, auch wenn derselbe eine Korporation bildet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 312 Nr. 71.)

2) Die Vorschriften der §§. 138. u. 148. finden keine Anwendung, wenn der Zwischenraum beiden Nachbarn gemeinschaftlich gehört.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 159 Nr. 36.)

§§. 139. u. 140. 1) Das Recht des Zwischenraumes nachbarlicher Gebäude (§§. 139. u. 140.), jus interstitii, und das Recht auf Licht und Aussicht (§§. 142. u. 143.), prospectus coeli, sind zwei von einander völlig verschiedene Rechte.

Neu errichtete Gebäude im Sinne der §§. 139. u. 140. sind nur solche, welche auf einem Platze aufgeführt werden, worauf bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat.

Hat auf dem Platze bereits früher ein Gebäude gestanden, ist dasselbe abgebrochen worden, und hat der Platz eine neue Bestimmung erhalten, es soll darauf aber wiederum ein Gebäude aufgeführt werden, so ist in jedem einzelnen Falle nach den Umständen — je nachdem aus der dem Platze gegebenen neuen Bestimmung ein Aufgeben des Rechts zum Wiederaufbau in den Grenzen des früheren Gebäudes gefolgert werden kann, zu beurtheilen: ob dasselbe zu den neu zu errichtenden Gebäuden zu zählen ist, oder nicht.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 11. Mai 1846 [1]). (Präj. Nr. 1777.)

Die allgemeine Regel des §. 141. leidet zum Besten des Nachbars zwei gesetzl. Beschränkungen. Die erste (§§. 139., 140.) spricht von neuen Gebäuden; sie setzt nicht nothwendig ein nachbarliches Gebäude, geschweige ein mit Fenstern versehenes voraus, sie richtet sich gegen jedes zu nahe Gebäude ohne Rücksicht auf dessen Höhe, sie kennt endlich ein- für allemal gegebene Maße des Zurückweichens.

Die zweite Beschränkung aber (§§. 142. ff.) spricht vom neuen Bau, sie setzt eine ihm zugewendete Lichtseite eines Nachbars voraus, sie richtet sich wesentlich gegen ein beliebiges Hochbauen, sie will endlich nach dem Grade, in welchem der Bau dem Nachbar den Himmelsblick schmälert, das Zurückweichen bestimmt haben.

Es sind also zwei verschiedene Interessen des Nachbars, welche das G. schützen will. Dies ergiebt sich auch (wie näher gezeigt wird) aus den Materialien des A. L. R. und die Zusammenfassung der Vorschriften §§. 137—147. unter dem Marginal »vom Licht und von der Aussicht« kann hiergegen nicht angeführt werden, weil eine solche ungenaue Fassung des Marginals gegen den klaren Inhalt des G. selbst nicht in Betracht kommen kann.

Hieraus ergiebt sich zunächst, daß das Recht des Zwischenraumes nachbarlicher Gebäude (§§. 139. u. 140.) — jus interstitii — und das Recht auf Licht und Aussicht (§§. 142. u. 143.) — prospectus coeli — zwei von einander völlig verschiedene Rechte sind.

Es fragt sich daher, was unter den Ausdrücken: »neu errichtete Gebäude« und »neue Gebäude« in den §§. 139. u. 140. zu verstehen ist — ob dieselben nur neu errichtete Gebäude auf bisher unbebaut gewesenen Plätzen betreffen? — Dies ist anzunehmen.

Unter dem Ausdruck »das neue Gebäude« im §. 140. muß dasselbe verstanden werden, als unter den »neu errichtenden Gebäuden« im §. 139. Denn der Zusammenhang beider ergiebt, daß in ihnen von Bau-Unternehmungen derselben Art die Rede ist. Der Ausdruck »neu errichtete Gebäude« im §. 139. schließt bloße Aenderungen schon vorhandener Gebäude aus. Errichtung eines neuen Gebäudes und die Veränderung eines bereits bestehenden sind ganz verschiedene Dinge. Dies ergeben die Worte: »von älteren schon vorhandenen«, welche nicht gebraucht werden konnten, wenn der Gesetzgeber sich dachte, daß an der Stelle des neu zu errichtenden Gebäudes vorher schon ein anderes gestanden hatte, welches möglicherweise älter sein konnte, als das des Nachbars. Das in Rede stehende G. enthält eine nicht ausdehnend zu erklärende Einschränkung des Eigenthums. Auch durfte der Gesetzgeber beim Erlaß der neuen Vorschriften nicht verkennen, daß in vielen Fällen nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse die Gebäude jene Entfernung von der Grenze nicht inne hätten. Der Zweck des Gesetzgebers konnte nur dahin gehen,

da, wo künftig ein Platz, auf dem bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat, wo also ein wohlerworbener Gebäuderaum nicht beengt wird, mit einem Gebäude besetzt werden soll, jene Beschränkung eintreten zu lassen.

Hat auf dem Platze bereits früher ein Gebäude gestanden, welches abgebrochen worden, und hat der Platz eine neue Bestimmung erhalten, es soll darauf aber wiederum ein Gebäude aufgeführt werden, so ist in jedem einzelnen Falle in der oben erwähnten Art zu beurtheilen, ob dasselbe zu den neu zu errichtenden zu zählen oder nicht.

(Präj. Samml. S. 26, Entsch. Bd. 13. S. 27, J. M. Bl. 1847 S. 74.)

Dazu:

Wenn der Pl. Beschl. v. 11. Mai 1846 zu 2. bestimmt: »daß neu errichtete Gebäude im Sinne der §§. 139. u. 140. nur solche sind, welche auf einem Platze aufgeführt worden, worauf bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat«, so ist hierunter auch der Fall begriffen, wenn an Stelle eines bereits früher auf dem Platze gestandenen Gebäudes ein anderes dergestalt errichtet werden soll, daß nicht die bisher bebauten Grenzen eingehalten werden, vielmehr mit Ueberschreitung derselben das Gebäude einen dem Nachbar näheren Platz angewiesen erhält, als es zeither eingenommen hat.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Aug. 1848. (Präj. Nr. 2062.)

(Präj. Samml. S. 27, Entsch. Bd. 16. S. 520.)

2) Der Besitzer des älteren Gebäudes hat das Recht, zu verlangen, daß des Nachbars auf einem bisher unbebaut gewesenen Platz neu errichtetes Gebäude jedenfalls nach §. 140. $1\frac{1}{2}$ Werkschuh von der Grenze zurückbleibe. Steht das diesseitige ältere Gebäude auch mehr als $1\frac{1}{2}$ Werkschuh von der Grenze entfernt, so ist es doch nicht genügend, wenn der Neubauende ohne Ueberschreitung seiner eigenen Grenze nur 3 Werkschuh (§. 139.) von dem alten Gebäude zurückbleibt; vielmehr ist der Zwischenraum zwischen diesem und der Grenze, so weit er die Entfernung von $1\frac{1}{2}$ Werkschuh überschreitet, für einen unbebauten Platz zu achten, auf welchen die Bestimmung des §. 140. anwendbar ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1839. (Präj. Nr. 780. a.)

(Präj. Samml. S. 27, Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 459 ff.)

Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Okt. 1853 nimmt übrigens an, daß auch dann, wenn Jemand hart an der Grenze eines unbebauten Platzes ein Gebäude ohne Widerspruch des Nachbars errichtet hat, der Nachbar, wenn derselbe seinerseits neu bauen will, volle drei Werkschuhe von dem bereits vorhandenen Gebäude zurückbleiben muß.

Das Präj. Nr. 780. v. 21. Dec. 1839 steht dem nicht entgegen, da dasselbe keineswegs ausführt, daß, wenn der eine Nachbar bei Errichtung seines Gebäudes zum Nachtheile des andern die Vorschrift des §. 140. überschritten hat, dieser dann von der Innehaltung von drei Schuh von dessen Gebäude befreit sei, sondern von der Voraussetzung ausgeht, daß das alte Gebäude mehr als $1\frac{1}{2}$ Schuhe von der Grenze entfernt geblieben ist, und daraus nur folgert, daß dadurch der Nachbar nicht berechtigt wird, die $1\frac{1}{2}$ Schuh zu überschreiten, die das geringste Maß sind, welches er von der Grenze entfernt bleiben muß, wenn schon dann die Entfernung beider Häuser mehr als drei Schuh betragen werde. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 249 Nr. 57.)

3) Die in den §§. 139. u. 140. enthaltenen Vorschriften beziehen sich auf die Berechtigung beider Nachbarn, Licht durch Oeffnungen und Fenster in ihre Gebäude zu bringen. (§. 137.) Es ist daher nicht zureichend, wenn nur die Grundmauern des neuen Gebäudes in der bezeichneten Entfernung angelegt worden; vielmehr muß letztere in der ganzen Höhenausdehnung des Gebäudes inne gehalten werden. Das im §. 123. nur enthaltene Verbot über die Grenze ragender Bauwerke steht dem nicht entgegen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1839. (Präj. Nr. 780. b.)

Der Zweck der Vorschriften der §§. 139. u. 140. ist keineswegs ein polizeilicher, sondern die Beschränkungen des Eigenthums zum Besten des gemeinen Wesens sind in den §§. 33—101. h. t., besage der Marginalien, abgehandelt, und von §. 102. an folgen die zum Besten des Nachbars; die §§. 137—147.

[1]) Diesen Grundsatz hatte der II. Sen. des Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 9. Dec. 1839 (Koch's Arch. Bd. 4. S. 185 ff., J. W. 1840 S. 822, Centralbl. 1842 S. 109) angenommen.

handeln lediglich vom Licht und von der Aussicht, die §§. 139. u. 140. haben
den Zweck, das im §. 127. ausgesprochene Recht eines Jeden bei Neubauten
beider Nachbarn zu erhalten. Dies ergiebt auch der §. 144. Aus diesem
Zwecke des G. ergiebt sich aber, daß es bei Abmessung der Entfernung keines-
weges auf die **Grundmauern** ankommt. Denn aus der Erde kommt das
Licht nicht in die Oeffnungen und Fenster, sondern vom Himmel. Wollte man
dem Bauenden gestatten, sein Dach bis an die Grenze vorzuschieben, so wird,
wenn beide in gleicher Höhe davon Gebrauch machen, der Zwischenraum ganz
dunkel. Der §. 123. steht auch mit dem Recht des Nachbars auf Licht weder
in Verbindung, noch in Widerspruch; derselbe behandelt nur das Recht auf
die Luftsäule ohne Rücksicht auf bestehende Gebäude des Nachbars. Auch die
§§. 340—342. A. L. R. I. 9. stehen mit den Vorschriften wegen des Lichts
und der Aussicht nicht in Gemeinschaft, sondern es handelt sich dabei nur von
der Erwerbung des Eigenthums bei Bauten an der Grenze, wenn die Grenz-
linie abgeschnitten ist.

(Präj. Samml. S. 27, Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 462.)

Vergl. indeß den Zus. 4. ad h. l.

Derselben Ansicht sind:

a) Das O. L. G. zu **Arnsberg** in dem Erk. v. 7. April 1846,
welches bemerkt:

Weder aus den Worten, noch aus dem Zwecke des §. 140. läßt sich
folgern, daß der Bestimmung desselben genug gethan wird, wenn nur die erste
Etage des neuen Gebäudes zurücktritt. Die Bestimmung des §. 140. ist ge-
troffen, theils um die Grundstücke des Nachbars gegen den Tropfenfall des
nebenstehenden Hauses zu schützen, theils aus Rücksichten des feuerpolizeilichen
Schutzes und wegen des Lichts und der Aussicht, theils zur Verhütung von
Grenzstreitigkeiten. Diese Zwecke würden verfehlt, wenn angenommen würde,
daß nur mit dem ersten Stockwerke oder gar nur mit dem Fundamente des
Neubaues jene Baulinie inne gehalten werden müsse.

(Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 343.)

b) **Reinhard**, in der Abhandl. a. a. O. S. 445 ff.

Dagegen nimmt das O. L. G. zu **Hamm** in dem Erk. v. 9. April
1839 an, daß die Verpflichtung, nach §. 140. beim Bauen andert-
halb Werkschuhe von der Grenze zurückzuweichen, sich nur auf die
Grundmauern, nicht auch auf etwanige **Dachausladungen**
und andere Bauwerke bezieht. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 460.)

4) Zu dem (vorstehend gegebenen) Präj. des II. Sen. des **Ob.
Trib.** v. 21. Dec. 1839. Nr. 780. b.

a) Der Grundsatz des Präj. Nr. 780. b., daß es nicht zureichend
sei, wenn nur die Grundmauern des neuen Gebäudes in der bezeich-
neten Entfernung angelegt worden, vielmehr letztere in der ganzen
Höhenausdehnung inne gehalten werden müsse, hat durch den Pl.
Beschl. v. 11. Mai 1846 ad a.[1]) (Präj. Nr. 1777.) und die zu
dessen Rechtfertigung angeführten Gründe keine Veränderung erlitten.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v.
25. März 1852. ((Präj. Nr. 2366.)

Das im Eingange des Präj. Nr. 780. b. angeführte Motiv ist in dem
späteren Pl. Beschl. v. 11. Mai 1846 gemißbilligt, indem angenommen wor-
den ist, daß es zwei verschiedene Interessen seien, welche das Gesetz schützen will,
und daß dadurch nicht bloß das Recht des Nachbars auf Licht und Aussicht
geschützt werden soll. Wenngleich nun aber die Rücksicht auf die Berechtigung
der Nachbarn, Licht durch Oeffnungen und Fenster in die Gebäude zu bringen,
bei der Auslegung der Bestimmungen der §§. 139. u. 140. nicht maßgebend
sein kann, so ergiebt doch eine wörtliche Auslegung des §. 139. die Richtigkeit
des in dem Präj. 780. b. angenommenen Satzes. Denn zu dem Gebäude
gehören die Dachausladungen als integrirende Theile und der neue Bau würde
nicht drei Werkschuh von dem älteren vorhandenen zurücktreten, wenn einzelne
Theile dennoch in den gesetzlich festgestellten Zwischenraum hineinragen dürften.
Es läßt sich auch dafür kein Grund auffinden. Die Vorschrift geht ganz
positiv dahin, daß ein Zwischenraum von drei Fuß zwischen den Gebäuden frei
bleiben soll. Würden sich bei gleicher Höhe die Dachausladungen gegenüber-
stehen, so würde an dieser Stelle ein geringer oder gar kein Zwischenraum
bleiben. Außerdem würde jedem Nachbar nach demselben Grundsatz freistehen,
den gesetzlichen Zwischenraum durch andere vortretende Bauwerke zu verengen,
ja die gesetzliche Vorschrift ganz zu umgehen, wenn nur etwa im unteren Stock-
werk des neuen Baues die drei Werkschuh freigelassen und oberhalb das Ge-
bäude in der ganzen Linie vorgeschoben würde, welches bei nicht massiven
Bauwerken wohl ausführbar sein könnte. Es ist auch der Annahme nicht bei-
zutreten, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter den Grenzen eines
Gebäudes dessen Umfangsmauern und nicht weder das unter der Erdoberfläche
liegende Fundament, noch die Dachausladungen zu verstehen seien. Das Ge-
gentheil ergiebt sich daraus, daß kein Nachbar ein in sein Grundstück hinein-
tretendes unterirdisches Mauerwerk dulden wird, und daß nach §§. 139., 140.
vielmehr stets ein über das Fundament hinausgehender Raum gesetzlich als
Baugrenze bezeichnet ist. Das Hineinragen von Bauwerken über der Erde in
das nachbarliche Grundstück verbietet aber der §. 123., und die Vorschrift
desselben kann keinesweges zu Gunsten der entgegengesetzten Meinung herange-
zogen werden. Die hier in Rede stehende Befugniß ist eine allgemeine ohne
Rücksicht auf bestehende Gebäude des Nachbars gegebene. Es liegt derselben
aber gerade die Regel zum Grunde, daß keine Bauwerke des einen Nachbars
in die Luftsäule über dem Grundstücke des andern hervortreten sollen. Nach
der Vorschrift des §. 140. müßte doch angenommen werden, daß in der Regel
auch das ältere Gebäude schon $1\frac{1}{2}$ Werkschuh von der eigentlichen Grenze zurück-
getreten, der frei zu lassende Raum bei dem Neubau des anderen Nachbars
von drei Fuß also ein gemeinschaftlicher Zwischenraum sei; danach würde denn
ebenmäßig jeder der Nachbarn auf die Freiheit der ganzen Luftsäule des Zwischen-
raums Anspruch haben, wenn auch, wie nicht der Fall ist, der §. 123. bei
Neubauten an der Grenze maßgebend wäre.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 10, Entsch. Bd. 23. S. 46, Striethorst's
Arch. Bd. 5. S. 98 Nr. 21.)

b) In neuester Zeit ist indeß das **Ob. Trib.** von dem Grund-
satze des Präj. Nr. 780. b. und 2366. wieder abgegangen.

Der in den §§. 139. und 140. vorgeschriebene Abstand ist nicht
auf die Dachausladungen des neuen Gebäudes zu beziehen. Unter
Annahme dieses Rechtssatzes ist der II. Sen. von dem im Präj.
Nr. 780. ausgesprochenen und im Präj. Nr. 2366. anerkannten
Rechtsgrundsatze, »daß es nicht zureichend sei, wenn nur die Grund-
mauern des einen Gebäudes in der bezeichneten Entfernung angelegt
worden, vielmehr letztere in der ganzen Höhenausdehnung des Ge-
bäudes innegehalten werden müssen«, abgegangen.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 14. Mai
1857. (Präj. Nr. 2690.)

Das Präj. Nr. 780. b. ist zwar in dem Pl. Beschl. v. 11. Mai 1846
nicht unter denen aufgeführt, welche zu demselben den Anlaß gegeben haben,
aber es ist dort nachgewiesen, daß es für nothwendig erachtet worden, ohne
Rücksicht darauf, ob in dem Gebäude des angrenzenden Nachbars nach dem
Baue hin Fenster sind, oder nicht, für neu zu errichtende Gebäude einen Ab-
stand festzusetzen, daß durch die §§. 139. u. 140. nicht bloß das Recht des
Nachbars auf Licht und Aussicht geschützt werden solle und daß die zum Besten
des Nachbars in diesen Vorschriften gebotene Beschränkung nicht nothwendig
ein nachbarliches Gebäude, geschweige ein mit Fenstern versehenes voraussetze,
vielmehr gegen jedes zu nahe Gebäude ohne Rücksicht auf dessen Höhe sich richte,
und ein- für allemal gegebene Maße des Zurückweichens anerkenne. Deshalb
hat das Plenum in dem Präj. Nr. 1777. angenommen, daß das jus in-
terstitii und prospectus coeli zwei völlig verschiedene Rechte sind. Hiernach
war der Grund, welcher in dem Präj. Nr. 780. b. ausdrücklich als Unterlage
des Rechtssatzes angeführt worden, durch den Pl. Beschl. beseitigt. Das Präj.
Nr. 2366., welches dies anerkennt, macht nun lediglich die wirkliche Auslegung
des §. 139. als Argument geltend und behauptet, daß zu dem Gebäude auch
die Dachausladungen gehören, und daß der neue Bau nicht drei Werkschuhe
von dem älteren vorhanderen zurücktreten würde, wenn einzelne Theile dennoch
in den gesetzlich festgestellten Zwischenraum hineinragen dürften. Diese Aus-
legung der §§. 139., 140. kann indeß nicht aufrecht erhalten werden. Die
Streitfrage kann nicht ausschließlich aus den Worten der §§. 139., 140. ent-
schieden werden. Wenn auch zuzugeben ist, daß Alles, was mit einem Gebäude
durch Maurer-, Zimmer-, Schlosser- und Schmiedearbeit verbunden ist, zu dem
Gebäude gehöre, so pflegt doch andererseits in der Sprache des gemeinen Lebens,
wenn es sich von dem Abstande zweier Gebäude von einander handelt, nicht der
Zwischenraum gemeint zu werden, welcher sich etwa zwischen den Endpunkten
der Dachrinnen oder anderer hervorragender Anhängsel der Gebäude, sondern
der, welcher sich zwischen den Mauern der Gebäude befindet. Deshalb muß
hier, nach §. 46. Einl. zum A. L. R., die Auslegung nach dem Zusammen-
hange der Gesetze eintreten. Im sachlichen Zusammenhange mit den §§. 139.
bis 141. stehen aber die §§. 123. u. 189, mit welchen der allgemeine Grundsatz
des §. 141. nicht zu vereinigen sein würde, wenn man annehmen wollte, daß
auch für Vorbaue und Anhängsel des neuen Gebäudes die Beschränkung der
§§. 139. u. 140. gelten müsse. Unter dem hier vorgeschriebenen Zwischenraum
ist daher nur derjenige zu verstehen, welcher von der Mauer des neuen Ge-
bäudes bis zu der des vorhandenen Nachbarhauses, oder, nach Unterschied der
Fälle, bis zur Grenze eingehalten werden soll. (Entsch. Bd. 36. S. 32.)

5) Auf **Zäune, Planken und Scheidewände** sind die ge-
setzlichen Vorschriften über den Abstand neu errichteter Gebäude von
Gebäuden des Nachbars nicht auszudehnen.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 13. Mai
1852. (Präj. Nr. 2378.)

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. zu den §§. 139. u. 140.

Eine aus Zäunen, Planken und Mauern bestehende Scheidewand ist kein Gebäude im Sinne der §§. 139. u. 140. Im §. 139. wird durch dasselbe Wort Gebäude sowohl das neue Bauwerk als das bereits vorhandene ältere des Nachbars bezeichnet. Könnte also ein Plankenzaun darunter verstanden werden, so müßte man auch den Fall denken können, daß ein dem einen Nachbar gehöriger älterer Zaun vorhanden wäre, und der andere Nachbar, Behufs besserer Befriedigung seines Grundstücks etwa, auch seinerseits einen Zaun daneben hinführen wollte. Wäre also der neue Zaun ein Gebäude, so wäre auch der alte ein solches und der neue Zaun müßte von dem alten drei Werkschuh zurücktreten. Daß der Gesetzgeber einen solchen Zwischenraum zwischen zwei Zäunen habe anordnen wollen, ist nicht denkbar. Aber auch die Vorschrift des §. 140. ist durchaus unvereinbar mit der Annahme, daß unter dem neuen Gebäude ein Zaun, eine Bretterwand rc. verstanden werden könne. Das A. L. R. widmet den Vorschriften über Zäune, Planken und Scheidewände eine besondere Abtheilung in den §§. 149—184. einschließlich. Von einem Zurücktreten solcher Scheidungen, wenn sie neu oder an Stelle alter errichtet werden, ist darin keine Rede; der §. 150. verordnet nur, daß dergleichen Scheidungen die Grenzen gegen den Nachbar niemals überschreiten, noch demselben im Gebrauche seines Eigenthums hinderlich werden dürfen. Nur wenn Jemand gegen die Grenze seines Nachbars eine neue lebendige Hecke anlegen will, muß er nach §. 174. ohne Unterschied der Holzart, welche dazu gewählt wird, anderthalb Fuß von der Grenze des Nachbars zurücktreten. Selbst eine solche Hecke könnte daher Verklagte im vorliegenden Fall, da der Zaun 1½ Werkschuh vom Gebäude des Klägers entfernt ist, in beliebiger Höhe anlegen.

Unter den Gebäuden sind in den §§. 139. ff. nur mit Umfassungsmauern versehene Räume — Häuser — zu verstehen, wie das Wort auch lediglich in diesem Sinne in den §§. 65. ff., welche von den Einschränkungen des Eigenthums beim Bauen handeln, gebraucht ist. Namentlich verordnet §. 68., daß bei neuem Bau in Städten, welcher der Obrigkeit zur Beurtheilung anzuzeigen ist, dahin zu sehen sei, daß durch eine Beschreibung des abzutragenden Gebäudes rc. künftigen Streitigkeiten bei dem Wiederaufbau, in Ansehung des Winkelrechts und sonst, möglichst vorgebeugt werde. Der §. 69. spricht von Anlegung oder Verlegung einer Feuerstelle.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 10, Entsch. Bd. 23. S. 53.)

6) Muß der Bauende von einer **Gartenmauer** drei oder nur anderthalb Werkschuhe zurücktreten?

Die Erk. (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) in **Ulrich's** Arch. Bd. 10. S. 62 ff. bemerken, daß dies von der Auslegung des Ausdrucks »**Gebäude**« im §. 139. abhänge, worunter hier (wo der Ausdruck im engeren Sinne verstanden werde) nur solche Bauanlagen zu verstehen, die zur Wohnung oder Aufbewahrung von Gegenständen dienen.

§. 140. 1) Es gehört nicht zum Wesen eines unbebauten Platzes, daß derselbe noch **nie** bebaut gewesen.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 23. März 1838. (Präj. Nr. 448.) (Präj. Samml. S. 27.)

2) Wenn der Bauende die im §. 140. vorgeschriebene Baugrenze überschritten hat, so findet der Rechtsgrundsatz des §. 343. A. L. R. I. 22., unter Berücksichtigung des §. 191. h. t., auch auf diesen Fall Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 23. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1480.) (Präj. Samml. S. 28.)

3) Die Bestimmung des §. 140. wegen des Abstandes von 1½ Werkschuhen beim Neubau an der Grenze des Nachbars ist auf die Eigenthumsgrenze zu beziehen.

Erkannt von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 6. Jan. 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 194 Nr. 49.

§§. 142. u. 143. 1) Ueber den Begriff von »Fenstern« im Sinne der §§. 142. sqq. bemerkt **Dorguth**, daß aus dem Zusammenhange der §§. 137. sqq. und aus der Natur der Sache folge, daß hier nicht bloß **eigentliche** Fenster gemeint seien.

(Jahrb. Bd. 38. S. 246.)

Das Erk. eines nicht bezeichneten Obergerichts in der Themis 1838 S. 43 nimmt dagegen an, daß die §§. 142. u. 143. nicht von dem Falle sprechen, wo **Bodenfenster** im **Giebel** verbaut werden, und daß es in diesem Falle bei den allgemeinen Prinzipien der natürlichen Freiheit bleibe.

Vergl. auch J. Z. 1833 S. 467 u. 968, J. W. 1839 S. 116, **Bielitz** Nachtr. Hft 2. S. 40, **Grein** Baurecht S. 78.

2) Die §§. 142. u. 143. finden auch bei neuen Bauten auf bisher schon zum Bau benutzten Stellen und bei Erhöhungen alter Gebäude Anwendung.

Angenommen von dem **Ob. Trib.** durch den Pl. Beschl. v. 11. Mai 1846. (Präj. Nr. 1777. c.)

Die §§. 139., 140. sprechen von »neu errichteten« oder »neuen **Gebäuden**«; die §§. 142., 143. setzen dagegen nur einen neuen **Bau** voraus. Schon der gemeine Sprachgebrauch scheidet beide Ausdrücke. Die Errichtung eines neuen Gebäudes ist allerdings unter einem neuen Bau begriffen, aber letzterer umfaßt noch mehr; man wird keinen Anstand nehmen, von einem neuen Bau zu sprechen, wenn an der Stelle des alten Bauwerks ein völlig neues, oder auf dem alten Fundamente ein neuer Oberbau aufgeführt, oder, wenn ein neues Stockwerk aufgesetzt wird. Diesen Sprachgebrauch theilt das A. L. R. Dies ergeben besonders die §§. 65. ff. h. t. Der neue Bau begreift hiernach auch die Veränderung, oder einen Wiederaufbau des Gebäudes. Ein anderer Sinn kann auch diesem im §. 142. gebrauchten Ausdrucke nicht untergelegt werden, wie sich aus dem Zusammenhange mit dem Vorhergehenden ergiebt. Der Satz des §. 141. gestattet dem, der bauen will, also dem, der überhaupt **neue Bauten** unternimmt:

1) in beliebiger Nähe an den Nachbarn zu bauen, durch das »Uebrigens« auf die vorhin aufgestellte Beschränkung hinweisend;
2) in beliebiger Höhe zu bauen, wovon bisher noch nicht die Rede gewesen war.

Läßt nun der §. 142., um dem Nachbar, der zehn Jahre lang Fenster gehabt, einen gewissen prospectus coeli zu bewahren, eine Beschränkung des »neuen Baues« eintreten, — die nach der Wahl des Bauenden die Höhe oder Nähe seines Baues trifft — so ist unter dem neuen Bau **jedes bauliche Unternehmen mit Einschluß bloßer Erhöhung eines alten Gebäudes** zu verstehen:

1) nach dem entwickelten Wortsinn und sonstigem Sprachgebrauch des A. L. R.;
2) weil in dem §. 141., an welchem §. 142. mit einem »Jedoch« anknüpft, vom Baue überhaupt die Rede war;
3) weil eine bloße Erhöhung ebensowohl, wie ein neu errichtetes Gebäude im Sinne des §. 139. jenen Himmelsblick entziehen kann.

Der §. 144. besagt nur, daß dem Nachbar in Ermangelung des Fensterrechts noch die Bestimmung des §. 139. zu Gute komme; es versteht sich jedoch, daß dieses nur unter der Voraussetzung dieses §. geschehen kann, wenn nämlich wirklich von neu errichteten Gebäuden im Sinne desselben die Rede ist; und es läßt sich daraus nicht schließen, daß auch in den §§. 142. u. 143. lediglich von solchen neu errichteten Gebäuden die Rede sei. Der §. 147. verordnet nur, daß der unbebaute Zwischenraum, sofern ein solcher auf den Grund der vorhergehenden §§. gelassen worden ist, dem bisherigen Eigenthümer verbleibt, und aus dem §. 142. läßt sich zwar schließen, daß, wenn vorher schon auf dem Grunde des Bauenden ein Gebäude gestanden hat, dasselbe entweder sehr niedrig gewesen sein, oder nicht unmittelbar an dem Gebäude des Nachbars gestanden haben muß, nicht aber, daß der Grund und Boden des Bauenden bisher als unbebaut gedacht worden ist.

(Präj. Samml. S. 27, Entsch. Bd. 13. S. 27, J. M. Bl. 1847 S. 74.)

Derselben Ansicht sind auch die **Gesetzrevisoren** (Mot. zu §§. 107—117 des Entw. S. 73), **Funk** (J. W. 1839 S. 114), **Bielitz** (Nachtr. Hft. 2. S. 40), **Bornemann** (Syst., 2. Ausg., Bd. 2. S. 139 Anm. 1.) und **Temme** (Lehrb. Bd. 1. S. 274 Anm. 3.)

Dagegen will das Erk. eines nicht genannten Gerichtshofes v. 22. Mai 1827 in der Themis 1838 S. 41 die §§. 142. u. 143. nur auf **eigentliche Neubauten** auf bis dahin unbebaut gewesenen Räumen anwenden.

Dieser letzteren Ansicht ist auch **Grein**, welcher dafür bemerkt:

Der wahrscheinliche Grund der Bestimmung des §. 142. liegt in der Annahme, daß diese Einschränkung dem Eigenthümer, welcher es so lange unterlassen habe, seinen Grund und Boden zu baulichen Anlagen zu benutzen, weniger nachtheilig sei, als dem Nachbar das Verbauen der schon 10 Jahre oder länger vorhandenen Fenster. Ist dies richtig, so hat der Eigenthümer durch Errichtung eines Gebäudes zu erkennen gegeben, daß er seinen Grund und Boden zu baulichen Anlagen benutzen wolle, und es muß ihm auch gestattet werden, das Gebäude zu erhöhen, so wie ihm solches gleich gestattet gewesen war.

(Baurecht S. 89 und Anm. 2.)

Gegen diese Ausführung **Grein's** bemerkt indeß das **Ob. Trib.** (in dem erwähnten Plenarbeschl.), daß der von **Suarez** selbst in der rev. mon. angegebene Grund nicht der von **Grein** angenommene, sondern vielmehr der sei, daß die Rücksicht auf den Schaden des Nachbars hier die Rücksicht auf den neuen, jetzt erst zu erwerbenden Vortheil des Bauenden überwiege. **Dies** Motiv aber treffe gleichmäßig bei einem neu errichteten Gebäude, wie bei dem Umbau und und der Erhöhung eines alten zu. (Entsch. Bd. 13. S. 41.)

3) Wenn die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, schon seit zehn Jahren oder länger vorhanden sind, so genügt es, daß der neue Bau drei Werkschuhe zurücktritt, und es dem Nach-

bar auf irgend eine Weise und in irgend einer Stellung möglich ist, falls seine Behältnisse nur von dieser Seite her Licht haben, aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerkes, sonst aber aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerkes in vertikaler Richtung den Himmel zu sehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. Dec. 1839 [1]). (Präj. Nr. 756.)

Es ist unrichtig, anzunehmen, daß die in §§. 142. u. 143. gegebene Regel bezwecke, den bisherigen Zustand der Erhellung des nachbarlichen Gebäudes zu sichern. Denn der Nachtheil, den das neue Gebäude der Helligkeit der Behältnisse in dem berechtigten bringt, kann auch bei der Annahme des entgegengesetzten Grundsatzes sehr verschieden sein; überdieß lasse sich aus der Bestimmung des §. 146. folgern, wie das A. L. R. eine Verabredung, daß Alles untersagt werden dürfe, was den bisherigen Zustand zum Nachtheile des Berechtigten irgend verändert, als eine Ausdehnung der im §. 142. dem Berechtigten zugesprochenen Befugnisse betrachtet. Es folgt also aus dem §. 142., daß sich der Berechtigte nicht über eine bloße Veränderung der Helligkeit seiner Behältnisse, sondern nur dann beschweren kann, wenn die Veränderung über die gesetzlichen Grenzen hinausgeht. Da die in den §§. 142. und 143. vorgeschriebene Beschränkung nicht bloß als erworbene Grundgerechtigkeit, sondern auch als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eintreten kann, sobald nur die Fenster des Nachbarn schon 10 Jahre vorhanden sind, so erhellt aus der Natur des in Rede stehenden Verhältnisses, daß bei der gleichen Freiheit eines jeden Eigenthümers, auf seinem Grundstücke zu bauen, hier eine Anwendung des §. 97. der Einl. zum A. L. R. gemacht worden, womit die im §. 146. aufgestellte Präsumtion konsequent zusammenhängt, so daß die Annahme, daß der §. 142. nicht den bisherigen Zustand aufrecht erhalten, sondern nur bestimmen solle, wie weit derselbe zum Nachtheil eines bereits vorhandenen Gebäudes verändert werden dürfe, auch mit den leitenden Prinzipien des A. L. R. harmonirt. Auch die Materialien (wie näher gezeigt wird) bestätigen diese Interpretation, indem nach deren Inhalte bloß die Absicht zum Grunde liegt, zu verhindern, daß die Behältnisse, welche bisher Licht gehabt haben, durch einen Neubau ganz unbrauchbar gemacht werden. Daß übrigens erforderlich ist, daß der Himmel in vertikaler Richtung gesehen werden könne, und nicht genügt, wenn man denselben nur nach einer oder auch nach beiden Seiten zu erblicken vermöge, folgt theils daraus, daß die Vorschrift des §. 142. mehr gewähren soll, als die unbedingte Regel des §. 139., theils daraus, daß es nach den Worten des §. 142. darauf ankommt, wie weit das neue Gebäude, welches vor den berechtigten Fenstern aufgeführt wird, das Licht beschränken dürfe, das von dieser Richtung her in die Fenster früher eingefallen ist.

(Präj. Samml. S. 28, Entsch. Bd. 5. S. 166, J. M. Bl. 1839 S. 432.)

Gegen die Ausführung des Ob. Trib. vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 354 und Temme's Lehrb. Bd. 1. S. 274 Anm. 4., wogegen Grein (Baurecht S. 92) derselben beitritt.

Die Gesetzrevisoren bemerken über die Frage:

Die Bestimmung des §. 142. ist schwankend und undeutlich. Wenn man sie dahin auslegt, daß eine vor dem Fenster aufrecht stehende Person den Himmel müsse erblicken können, so kommt man auf Willkührlichkeit, weil die Größe und Dicke, mehr aber noch die Haltung der Person von dem erheblichsten Einflusse ist. Es ist daher zur Sprache gekommen, ob nicht die Gesichtslinie durch die innere Dossirung der unteren Fensterbank und die äußere Dossirung der oberen Fensterbank gegeben werden könne; allein bei dieser Auslegung bildet die Dicke der Mauern und die Breite der Fensterbänke wider die Natur der Sache einen entscheidenden Moment und außerdem ist auf diese Weise für das Bedürfniß des Lichts sehr wenig gesorgt, weil man noch bei einem sehr geringen Abstande des benachbarten Hauses den Himmel wird erblicken können.

(Ges. Rev. a. a. O. Mot. zu §§. 107 — 117. des Entw. S. 73.)

Dazu:

a) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1856, welches den Grundsatz des Pl. Beschl. Nr. 756. zum Grunde legt, nimmt zugleich an, daß der Umstand, daß in Folge des Neubaues aus einem der Fenster des oberen Stockwerkes der Himmel nicht mehr zu erblicken ist, nach dem Inhalte des §. 142. unerheblich sei. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 162 Nr. 31.)

b) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 3. April 1856 nimmt, in Anwendung des Pl. Beschl. Nr. 756., folgenden Grundsatz an:

Ist das neu errichtete Gebäude so nahe an das Gebäude des Nachbars herangerückt, daß aus dem ungeöffneten, im zweiten Stockwerke seit zehn Jahren oder länger befindlichen Fenster in vertikaler Richtung der Himmel nicht zu erblicken, dagegen aber aus dem ungeöffneten Fenster des unteren Stockwerks dieser Anblick des Himmels möglich geblieben ist, und wird dem betreffenden Behältnisse des zweiten Stockwerks noch von einer anderen Seite her Licht zugeführt, so kann das Zurückziehen des neu errichteten Gebäudes auf den Grund der §§. 142. u. 143. nicht verlangt werden.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 44 Nr. 10.)

4) Kann der Nachbar schon dann den Bau des neuen Gebäudes untersagen, wenn er nicht durch das ganze ungeöffnete Fenster den Himmel erblicken kann?

a) Das Justizamt zu Brilon hat in dem Erk. v. 15. Aug. 1829 bejahet.

Denn es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das dem Nachbar und Fensterbesitzer gewährte Recht dadurch wieder zu verkümmern, daß es schon hinreichend sein solle, wenn der Himmel auch nicht durch das ganze Fenster, sondern nur durch einzelne Scheiben oder Scheibenreihen erblickt werden könne. Eine solche Auslegung ist auch dem Wortverstande des §. 142. zuwider, da dieser §. nicht von einem einzelnen Theile der Fenster spricht, und da, was vom Ganzen Recht ist, auch von allen einzelnen Theilen des Ganzen gelten muß.

(Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 634.)

b) Dagegen verneint das Hofgericht zu Arnsberg in dem Erk. v. 2 März 1830, welchem das O. L. G. zu Münster in dem Rev. Erk. v. 6. März 1831 beigetreten ist, da der §. 142. nur verlange, daß man überhaupt aus dem ungeöffneten Fenster den Anblick des Himmels gewinnen könne, nicht aber, daß dieses aus allen Theilen desselben möglich sei. (a. a. O. S. 636.)

5) Bezieht sich der Ausdruck: »Licht haben« auf wirklich schon vorhandene Fenster, oder auf die Möglichkeit, solche anzulegen?

a) Koch ist der Ansicht, daß das »haben« ergebe, daß das Vorhandensein von Fenstern vorausgesetzt werde, nicht bloß die Möglichkeit, sich noch von einer anderen Seite her Licht zu verschaffen.

(Landr. Bd. 1. Anm. 6. zum §. 142. h. t.)

b) Bornemann nimmt, nach den Worten des Gesetzes und dem Inhalte der Materialien, gleichfalls an, daß nur darauf zu sehen sei, ob das Gebäude bisher von einer anderen Seite her Licht gehabt hat. Denn in der rev. mon. heiße es immer: »hat das Gebäude nur von dieser Seite Licht und Fenster«, so, daß auf das Vorhandensein der Lichtöffnungen das Gewicht gelegt worden; auch bringe die ratio legis dies mit sich, nach welcher der Fensterbesitzer in statu quo bleiben solle.

(Syst. Bd. 2. S. 247 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 140 Anm. 2.)

c) Entgegengesetzter Ansicht ist Grein, welcher ausführt:

Wenn z. B. ein Behältniß durch die ganze Tiefe eines Gebäudes geht, so daß es mit der einen Seitenwand an das nachbarliche Grundstück, mit der andern an den Hof des Eigenthümers stößt, so ist nicht abzusehen, weshalb der Nachbar mit neuen Gebäuden in der weitesten Entfernung bleiben soll, da sich der Eigenthümer des Gebäudes sehr leicht durch Fenster in der seinem Hofe zugewendeten Wand Licht verschaffen kann. Die hier in Rede stehende Einschränkung des Eigenthums führt dem eingeschränkten Eigenthümer oft die größten Nachtheile herbei; sie soll nur bezwecken, daß dem Eigenthümer eines Gebäudes die Möglichkeit, Verhältnisse desselben zu benutzen, nicht dadurch genommen werde, daß die Fenster in solchen Verhältnissen verbaut, und demselben das Licht genommen werde, welches der Eigenthümer anderweitig sich nicht verschaffen kann und sie muß auf die dem eingeschränkten Eigenthümer am wenigsten lästige Weise angewendet werden, sobald es dem Nachbar möglich ist, sich von seiner eigenen Seite her Licht zu holen. (Baurecht S. 91 Anm. 1.)

6) Das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, hat von einer anderen Seite her kein Licht, wenn nur aus einem vorliegenden Zimmer durch eine Glasthüre Licht fällt.

Angenommen von dem St. G. und O. L. G. zu Breslau in den Erk. v. 26. April 1836 u. 14. Febr. 1837, weil das Gesetz, wie der Sprachgebrauch, unter dem Lichte eines Zimmers nur dasjenige verstehe, welches durch Oeffnungen oder Fenster in der Wand oder Mauer hineingebracht wird. (§. 137.) (Kochs Arch. Bd. 1 S. 365 ff.)

[1]) Dagegen hatte das Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Juni 1835 (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 522) angenommen, daß es erforderlich sei, daß ein Mensch von gewöhnlicher Größe in gerader ungezwungener Stellung unmittelbar vor den ungeöffneten Fenstern, den Blick nach oben gekehrt, in der ganzen Breite der Fenster den Himmel sehen könne, welche Ansicht auch von dem O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 14. Febr. 1837 (Koch's Arch. Bd. 1. S. 366 und Centralbl. 1837 S. 1072), so wie von Böle (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 529) und Funk (J. W. 1839) für die richtige erachtet worden war. Dagegen hatte das Hofger. zu Arnsberg in dem Erk. v. 5. Aug. 1834 (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 520) die Ansicht des Pl. Beschl. v. 9. Dec. 1839 aufgestellt.

7) Das im §. 142. dem Nachbar gegen einen Neubau eingeräumte Widerspruchsrecht beschränkt sich keinesweges auf den Fall, daß der Streit zwischen den Nachbarn bei den ersten Vorbereitungen zum Bau entsteht, vielmehr kann das Zurücktreten auch eines schon vorgeschrittenen Baues durch Niederreißen oder theilweises Abtragen verlangt werden; dieses Recht bedarf auch keiner besonderen Besitzergreifung, und wird nicht erst durch Verbieten des Baues erworben.

Das Zurücktreten des Baues, wodurch das Licht benommen wird, kann jedoch der Berechtigte nur dann fordern, wenn er sogleich, nachdem er davon Kenntniß erhalten hat, oder es wissen mußte, daß der Bau seinen Behältnissen das Licht nehme, sein Recht ausübt und Widerspruch einlegt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Sept. 1839.

Zur Ausübung des im §. 142. eingeräumten Widerspruchsrechtes ist nicht eher Veranlassung vorhanden, als bis eine Beeinträchtigung des Lichtrechtes angenommen werden kann. Eine solche kann aber der berechtigte Nachbar dann, wenn die Vorbereitungen zum Neubau gemacht werden, noch nicht annehmen, weil es noch nicht feststeht, ob das Gebäude seinen Behältnissen das Licht rauben werde. Erst wenn er dies weiß oder wissen mußte, ist er veranlaßt und zugleich auch verpflichtet, sein Untersagungsrecht auszuüben. Vor Beginn des Baues ist daher eine Veranlassung zur Ausübung dieses Rechtes in der Regel nur dann vorhanden, wenn der Besitzer des Hauses von dem bauenden Nachbar in Betreff der Höhe des vorzunehmenden Baues dergestalt unterrichtet worden, daß das Vorhandensein des im §. 142. gedachten Falles angenommen werden kann. Hat er diese Kenntniß erst nach angefangenem Bau erhalten, so ist er dann bei Ausübung der ihm im §. 142. eingeräumten Befugniß berechtiget, das Zurücktreten des Gebäudes zu begehren, wenn dies auch nur durch Niederreißen oder Abtragen bewirkt werden kann, weil sonst das Widerspruchsrecht in vielen Fällen illusorisch gemacht werden würde. Das Recht aus §. 142. bedarf auch keiner besonderen Besitzergreifung, sondern ist ein Ausfluß des Eigenthums an der Sache, mit der es zugleich übergeht. (§. 77. A. L. R. I. 7.) — Wenn aber derjenige, welchem das Widerspruchsrecht aus §. 142. zusteht, dasselbe nicht ausübt, nachdem er Kenntniß von dem Bau erhalten hatte, oder es wissen mußte, daß der Bau seinen Behältnissen das Licht benehme, so liegt hierin eine stillschweigende Einwilligung, in deren Folge die Grundgerechtigkeit erlöschen muß. (A. L. R. I. 22. §. 43.) (Koch's Arch. Bd. 4. S. 179, J. W. 1840 S. 680.)

Gegen diese Ausführung vergl. Temme's Lehrb. Bd. 1. S. 275—276.

8) Muß der, nach dessen Grundstück die Fenster angelegt sind, nothwendig binnen zehn Jahren bauen, oder kann er sich sein Recht auch durch eine Protestation, die, dritter Besitzer wegen, in das Hypothekenbuch des benachbarten Grundstückes eingetragen werden müßte, erhalten?

Die letztere Alternative nehmen an:

a) Bornemann, weil die Entstehungsgeschichte der §§. 142. u. 143. ergebe, daß das Recht der Fensterbesitzer aus einer stillschweigenden Einwilligung des Anderen gefolgert werde, und weil es dem Rechtsprinzipe widersprechen würde, wenn das, was nicht kraft eines besonderen Rechtes, sondern ex libertate naturali geschieht, und daher von dem Anderen gar nicht gehindert werden kann, in der Folge ohne Rücksicht auf den Widerspruch und die Reservation dieses Anderen, dennoch ein Recht gegen denselben begründen sollte. Es sei daher anzunehmen, daß die §§. 142. und 143 nur Platz greifen können, wenn der Andere sich durch eine Protestation das Recht des Verbauens nicht reservirt habe.

(System Bd. 2. S. 244 und 245, 2. Ausg. Bd. 2. S. 139.)

b) Bielitz, weil durch eine bei Gericht eingelegte und dem anderen Theile bekannt gemachte Protestation nach §. 561. A. L. R. I. 9. der Lauf der Verjährung durch Nichtgebrauch unterbrochen und jedes Recht gegen die nachtheiligen Folgen der Handlungen eines Anderen nach §§. 413. und 466. A. L. R. I. 14. verwahrt werden könne.

(J. W. 1839 S. 122.)

Dagegen halten die erstere Alternative für richtig:

a) Funk, weil jede Protestation ein gewisses Recht bei dem Protestirenden voraussetze, in welches vor der Protestation eingegriffen, die Fensteranlage aber eine gesetzliche Befugniß des Nachbars sei, und weil ferner im Entw. die Zulässigkeit einer Protestation ausgesprochen gewesen, diese Vorschrift jedoch gestrichen und dagegen die auf drei Jahre anfänglich festgesetzte Frist in eine zehnjährige verlängert sei, was dafür zu sprechen scheine, daß man die Unzulässigkeit einer Protestation angenommen und es vorgezogen habe, zur Beseitigung der sonstigen Härte des Gesetzes die Frist des Baues selbst zu verlängern.

(J. W. 1839 S. 117 u. 118.)

b) Grein, welcher ausführt:

Das Recht, Fenster in einer dem Nachbar zugekehrten Wand auszubrechen, steht dem Eigenthümer als solchem zu, und braucht von ihm nicht erst durch Verjährung erworben zu werden. In Besitz des Rechtes, dem Nachbar das Verbauen vorhandener Fensten zu untersagen, kommt er aber nicht durch das bloße Ausbrechen der Fenster, sondern erst dann, wenn der Nachbar einen Gegenbau beginnt, auf die dagegen erhobene Protestation aber wieder davon absteht. Der auf zehnjähriges Vorhandensein der Fenster gegründete Erwerb des Rechtes, dem Nachbar das Verbauen der Fenster zu untersagen, kann daher nicht auf Grundsätzen der Verjährung beruhen, welche einen zehnjährigen Besitz dieses Rechtes voraussetzt, von welchem hier nicht die Rede ist, und Maßregeln, welche geeignet sind, die Verjährung zu unterbrechen, stören noch nicht den Lauf der hier erwähnten zehnjährigen Frist. Eine Klage gegen den Besitzer der Fenster, denselben für nicht befugt zu erachten, nach Ablauf der zehnjährigen Frist dem Nachbar das Verbauen zu untersagen, kann nach der Natur einer solchen Klage erst angestellt werden, wenn der Besitzer der Fenster sich eines solchen Rechtes berühmt hat; sie ist aber überhaupt nicht zulässig, weil der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben kann, durch ein zehnjähriges Vorhandensein der Fenster für den Eigenthümer ein Recht, dem Nachbar das Verbauen derselben zu untersagen, nur zu dem Behufe in Aussicht zu stellen, um den Nachbar zu veranlassen, den Eintritt eines solchen Rechtes durch eine vor Ablauf der zehnjährigen Frist anzustellende Klage zu verhindern. Kann dies aber durch eine Klage nicht erreicht werden, so reicht eine Protestation dazu nicht aus, und es bleibt somit dem Eigenthümer nur übrig, einen wirklichen Gegenbau zu beginnen, wenn er den Eintritt jener Beschränkung des Eigenthums verhindern will. (Baurecht S. 90 und Anm. 1.)

c) Temme, denn der Bauende sei unmittelbar durch das Gesetz in seinem Eigenthume beschränkt, und der Nachbar, zu dessen Gunsten das Gesetz diese Beschränkung aufstelle, müsse daher sein Recht hierauf durch eine Klage geltend machen. (Lehrb. Bd. 1. S. 275.)

9) In den im Centralbl. 1842 S. 539 mitgetheilten Entscheidungen (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) wird ausgeführt, daß es nicht zulässig ist, daß Jemand die Fenster seines Nachbars, der von einer anderen Seite her sich kein Licht verschaffen kann, durch Anlagen, die ihm keinen Nutzen gewähren (namentlich durch aufgerichtete Stangen, woran Bretter oder Latten befestiget sind) verdecke, weil dergleichen Anlagen lediglich dahin abzielten, den Nachbar in seinen Rechten zu kränken, wodurch gegen die Vorschriften der §§. 27. und 28. h. t. gehandelt werde.

Vergl. hierüber auch Grein's Baurecht S. 89.

§. 145. 1) Bei bereits vorhandenen, unmittelbar aneinanderstoßenden Gebäuden ist der Eigenthümer des größeren, mit einem Fenster versehenen Gebäudes nur dann berechtigt, dem Höherbauen des Nachbars, durch welches jenes, wenngleich schon seit länger als 10 und 30 Jahren vorhandene Fenster vermauert wird, zu widersprechen, wenn er ein Untersagungsrecht hierzu besonders erworben hat (§. 145.).

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Febr. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 55 Nr. 12.)

2) Kann der Fensterbesitzer gegen den, welcher dieselben zu verbauen anfängt, in possessorio sumariissimo auf Unterlassung des Baues klagen?

a) Bornemann theilt mit, daß das Stadtg. zu Berlin und das Kammerg., und zwar nach seiner Ansicht mit Recht, das Gegentheil angenommen haben.

Denn aus dem bloßen Dasein der Fenster lasse sich noch nicht auf den Besitz eines Fensterrechtes schließen. Bis zum Beweise, daß die Fenster seit mindestens 10 Jahren bestehen, oder ein Fensterrecht ausdrücklich konstituirt worden, sei anzunehmen, daß der Eine nicht vermöge eines besonderen Rechtes, sondern kraft seiner natürlichen Freiheit als Eigenthümer die Fenster habe, und der Andere durch den Bau nicht in ein besonderes Recht des Ersten eingreife, sondern sich ebenfalls nur seiner natürlichen Freiheit als Eigenthümer bediene. Wenn aber der Fensterbesitzer die zehnjährige Existenz der Fenster nachweise, so werde in die Possessorienklage ein fremdartiger Gegenstand, die Frage nach dem Fensterrechte selbst, hineingebracht, was durchaus unzulässig sei.

(System Bd. 2. S. 149, 2. Ausg. Bd. 2. S. 141.)

b) Temme verneint gleichfalls, denn so wenig (wie er annimmt) der Nachbar ein Recht durch Verjährung erworben habe, so

wenig sei er in dem Besitze eines Rechtes, in welchem er gestört wäre. (Lehrb. Bd. 1. S. 275.)

c) Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 1. Anm. 10. zum §. 145. h. t.)

§. 148. Von Thüren.

1) Eine »neue Thür« im Sinne des §. 148. ist nicht vorhanden, wenn das Gebäude an der Stelle eines Behufs Wiederaufbaues abgerissenen alten Gebäudes neu errichtet worden und in der betreffenden Wand des alten Gebäudes bereits eine Thür, wenn auch nicht gerade an der nämlichen Stelle und in den nämlichen Dimensionen, vorhanden war. Auch macht der §. 148. keinen Unterschied, ob die Thür nach Innen oder Außen aufgeht.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 95 Nr. 22.)

2) Der §. 148. setzt zu seiner Anwendung voraus, daß wider den Willen des Nachbars eine neue Thüre angelegt worden; derselbe muß also Widerspruch erhoben haben und dies darthun.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Dec. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 142 Nr. 35.)

3) Der Grundsatz des Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Juli 1853 Nr. 2471.[1]) findet auch auf den Fall des §. 148. Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1856, weil die Argumente des gedachten Präj. auch auf den §. 148. passen. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 142 Nr. 35.)

4) Vergl. die Erg. zu den §§. 138. u. 148. h. t.

§§. 149—184. Von Zäunen, Planken und Scheidewänden.

1) Durch die in Folge des Franz. Dekrets v. 10. Febr. 1811 in dem ganzen Umfange des Lippe-Departements und namentlich der darin gelegenen Fürstlich Salmschen Besitzungen mit dem 1. März 1811 erfolgte Einführung des Franz. Civilgesetzbuches sind daselbst alle früheren Provinzialrechte und Observanzen, welche in Beziehung auf die Unterhaltung der Scheidungen der Grundstücke in Kraft bestanden und hergebracht waren, aufgehoben, so daß zunächst die betreffenden Franz. Gesetze, und sodann nach dem §. 2. des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814 demnächst die Vorschriften des A. L. R. an deren Stelle getreten sind.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1842. (Präj. Nr. 1199.) (Präj. Samml. S. 28.)

2) Zur Erläuterung dieser §§. bemerken die Gesetzrevisoren auf Grund der Materialien Folgendes:

Das A. L. R. kommt vom §. 149. an auf die Scheidungen mehrerer benachbarten Grundstücke, und zwar, nachdem zuvörderst einige allgemeine Grundsätze vorausgeschickt sind, auf die Verbindlichkeit zur Unterhaltung (§§. 152. bis 168.), Hierbei entsteht die sehr wichtige Frage, in wiefern der Nachbar auf die Erhaltung der Scheidung zu bestehen befugt sei, wenn solche nicht sein, sondern des angrenzenden Besitzers Eigenthum ist. Man muß geneigt sein, es als einen Ausfluß der natürlichen Freiheit zu betrachten, daß der Eigenthümer die Scheidung, so wie die Anlage in seinem Belieben stand, eben so beliebig wieder wegnehmen könne. Mehrere Bestimmungen des A. L. R. deuten aber auf die entgegengesetzte Verpflichtung, die Scheidung zu erhalten, ohne daß der Grundsatz bestimmt ausgesprochen wäre; so die §§. 152., 153., 162., 164., 172. In dieser Unbestimmtheit haben die verschiedenen Bedenken ihren Grund, ob die Unterhaltung einer Scheidung eben so fakultativ sei, wie die erste Anlage nach §. 152. — ob die Grundsätze der §§. 162—167. auch auf andere Scheidungen, als Zäune, anwendbar seien, namentlich auf Wellerwände, deren nur im Eingange des §. 162., dann aber nicht weiter gedacht werde — ob der §. 164. nur dann Anwendung finde, wenn der Besitzer eines weggenommenen Gebäudes eine andere Art der Befriedigung erlangt, oder ob auch der Nachbar hierauf bestehen könne — was unter Gebäuden zu verstehen, und ob insbesondere die von einer Gemeine weggeräumte alte Stadtmauer mit anderen Einfriedigungen in eine Kategorie zu stellen. Es ist gar nicht zu verkennen, daß der Text diese und andere Bedenken zurückläßt. Die aufgestellten Vermuthungen für das Eigenthum sind zwar vollkommen ausreichend, und die Frage: wer zur Unterhaltung verpflichtet sei, ist beantwortet, unentschieden ist aber die Frage geblieben, ob eine Scheidung unterhalten werden müsse.

Der Sinn des Gesetzes wird indeß klar durch eine Vergleichung mit dem gedr. Entw. Dort waren nämlich im §. 105. die Einfriedigungen nur außerhalb der freien Feldflur gestattet. Dann kam der Entwurf auf die Vermuthungen, die wir jetzt §§. 154. sqq. des Textes finden, und an diese reihete sich der Satz (jetzt §. 162.), daß jeder Besitzer städtischer Grundstücke den Zaun zur rechten Hand bauen und unterhalten müsse. Es ist nicht zu verkennen, daß die letztere Bestimmung eine Verpflichtung, die Scheidung zu erhalten, aussprechen sollte; und der Gegensatz ergab sich von selbst, weil die Einfriedigungen in der freien Feldflur nicht gestattet waren. Bei der Umarbeitung des Entw. bemerkte nun Suarez:

ad §. 105. (des Entw.): Auch auf der Feldflur verdienen Befriedigungen favorem, und sind also einem Jeden zu gestatten, wo nicht jus compascui oder Servituten entgegenstehen.

Dieser Bemerkung verdankt der §. 151. des Textes seine Entstehung, welcher die Einfriedigungen auch in der Feldflur gestattet. Dadurch aber ging der Gegensatz, den die nachfolgenden Bestimmungen bilden, verloren, und diese müssen jetzt auf alle Einfriedigungen, ohne Unterschied, wo die Grundstücke belegen, bezogen werden:

Suarez fuhr alsdann fort:

Bei den §§. 107—116. (des Entw.) entsteht einige Dunkelheit aus der Stellung der Sätze. Die Meinung dabei ist eigentlich diese:

Der Bau und die Unterhaltung der Zäune, so wie aller anderen Arten von Scheidewänden, kommt demjenigen zu, welcher Eigenthümer derselben ist. Daraus folgt, daß, wenn Jemand einen neuen Zaun anlegt, wo bisher gar nichts gewesen ist, derselbe in jedem Falle für die Unterhaltung sorgen müsse.

Kann nicht ausgemittelt werden, wer der Eigenthümer des Zaunes ꝛc. sei, so finden die §§. 107., 109., 110., 112. (des Entw.) bestimmten praesumtiones Anwendung. Treten auch diese praesumtiones nicht ein, so ist das onus der Unterhaltung beiden Nachbarn gemeinschaftlich.

Wenn die Sache so auseinandergesetzt wird, so fallen verschiedene Monita weg.

Aus dieser Bemerkung ist die Darstellungsweise, wie wir sie im A. L. R. finden, hervorgegangen.

Vorangeschickt ist im §. 152. der Satz, daß derjenige, der eine neue Scheidung anlegen will, die Kosten der Anlage oder Unterhaltung übernehmen müsse, dann folgt im §. 153. der Satz, daß dem Eigenthümer die Unterhaltung obliege, und hieran reihen sich die Vermuthungen für das Eigenthum nach Anleitung der §§. 107., 109., 110. u. 112. des Entw., oder mit anderen Worten: nach den verschiedenen Rücksichten, welche durch die Beschaffenheit und die Lage der Scheidungen gegeben sind. Von den aus der Beschaffenheit hervorgehenden Vermuthungen handeln die §§. 154—161. des Textes — von der Lage die §§. 162—167. Finden diese Vermuthungen nicht Anwendung, so ist die Last der Unterhaltung gemeinschaftlich — §. 168. h. t. Der §. 162., dessen Auslegung wegen der Frage, ob er auf andere Arten von Scheidungen, als Zäune und Wellerwände, Anwendung finde, allerdings schwierig ist, wird auf diese Weise vollkommen klar. In den vorhergehenden §§. ist nämlich von Scheidungen die Rede, deren Beschaffenheit auf das Eigenthum schließen läßt, und nun soll ferner gesagt werden: Bei anderen Scheidungen, deren Beschaffenheit nicht auf das Eigenthum schließen läßt, als da sind Zäune und Wellerwände, ist, u. s. w. Der Entwurf ließ hierüber keinen Zweifel zurück, er sagt im §. 110., dem der §. 162. d. T. korrespondirt, nachdem vorher von der Beschaffenheit die Rede gewesen war: Bei anderen Zäunen ist u. s. w.

Nimmt man das Gesagte zusammen, so ist der Sinn des Gesetzes dieser: Befriedigungen in der freien Feldflur sind zwar gestattet, allein die Anlage und die Unterhaltung der Scheidung ist willkührlich, der Nachbar ist nicht auf deren Erhaltung gegen den angrenzenden Besitzer, dem die Scheidung eigenthümlich gehört, zu bestehen befugt. Im Gegensatze der freien Feldflur aber müssen die Scheidungen unterhalten werden, und zwar von dem Eigenthümer. Wer der Eigenthümer sei, ist zunächst nach der Beschaffenheit, und wenn diese keinen genügenden Anhalt giebt, nach der Lage zu ermessen. Läßt sich endlich hieraus die Entscheidung nicht entnehmen, so tritt die Vermuthung für eine Gemeinschaft ein.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu §§. 118—154. des Entw. S. 74 u. 75.)

§§. 152. u. 153. 1) Wer eine neue Grenzscheidung außerhalb der freien Feldflur in einer Gegend, wo bisher keine vorhanden gewesen ist, angelegt hat, ist verpflichtet, dieselbe auf seine Kosten zu erhalten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juli 1851.

Wenn der §. 152. bestimmt: »derselbe müsse die Anlage auf seine Kosten besorgen«, so kann darin keine Zwangsverbindlichkeit, sondern nur ausgedrückt sein, »daß der Anlegende keinen Beitrag zu den Anlagekosten von seinen Nachbarn verlangen könne.« Denn die Anlage einer neuen Scheidung ist an und für sich von der freien Willkühr eines Grundeigenthümers abhängig und kann durch kein Zwangsrecht erzwungen werden. Wenn aber der §. cit. weiter bestimmt: »daß der, welcher eine neue Scheidung anlegt, auch die

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zum §. 138. h. t. Zus. 2.

fernere Unterhaltung auf seine Kosten besorgen müsse«, so ließe zwar die Wortfassung auch hier, zumal nach der Art und Weise, wie Anlage und Unterhaltung hier in einem Satze durch dasselbe »muß« in Verbindung gebracht sind, die Auslegung zu, daß damit nur habe ausgesprochen werden sollen, der Anlegende könne auch wegen der Unterhaltungskosten keinen Ersatz verlangen, ohne daß die Unterhaltung von etwas Weiterem, als seinem Belieben abhänge. Diese wörtliche Auslegung würde aber die Absicht des Gesetzes verfehlen, wie klar aus dem gleich folgenden §. 153., so wie aus dem §. 154. hervorgeht. Daraus ergiebt sich, daß zwar die Anlage einer neuen Scheidung in einer Gegend, wo bisher noch keine vorhanden gewesen ist, allein von dem freien Entschlusse eines Grundeigenthümers abhängig erscheint, daß dagegen mit der Verwirklichung dieses Entschlusses, mit dem Vorhandensein einer Anlage, eine Beschränkung des Eigenthums dessen, der die Scheidung auf seinem Grund und Boden angelegt hat, zu Gunsten seines Nachbars in der Art eintritt, daß der Eigenthümer der Scheidung diese auch ferner auf seine Kosten unterhalten muß. Dies bedeutet aber, daß der Eigenthümer die Scheidung nicht eingehen lassen darf, und daß sein Nachbar ihn zu deren Unterhaltung anhalten kann. — Es ließe sich zwar noch behaupten, daß die Bestimmung des §. 151. keine Aenderung in dem herbeiführen könne, was oben über die Verbindlichkeit zur Unterhaltung einer bereits vorhandenen Scheidung, wie sie in den §§. 152. ff. normirt ist, gesagt worden, zumal im Hinblick auf die Vorschriften der §§. 149. u. 152. ff. Allein man muß annehmen, daß der §. 151. eine selbstständige Bedeutung hat, und daß die Vorschriften der §§. 152. ff. den Fall der in freier Feldflur angelegten Befriedigungen nicht mit unter sich begreifen. Jene §§. lauten zwar allgemein; es ist aber zu erwägen, daß der §. 151., welcher sich in dem Entwurfe noch nicht findet, erst auf den Vorschlag von Suarez in das Gesetzbuch eingeschoben ist, und nach seiner Fassung lediglich eine Begünstigung der Grundbesitzer bezweckt, nicht aber auf eine Begünstigung der Nachbarn es abgesehen hat. (Vergl. Gesetzrev. Mot. zu den §§. 118—154. des Entw. S. 74 ff., Bornemann's System Bd. 2. S. 253.) Man muß daher die Bestimmungen in den §§. 152. ff. zwar auf städtische und ländliche Grundstücke ohne Unterschied beziehen, jedoch auf solche beschränken, welche nicht in freier Feldflur gelegen sind, womit auch das Präj. v. 21. April 1837 Nr. 235.[1]) im Einklange steht.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 215 Nr. 45.)

2) Die §§. 152. u. 153. setzen voraus, daß der im freien Felde angelegte Zaun von dem Eigenthümer des Grundstückes zu dessen Begrenzung angelegt worden, und beziehen sich also nicht auf einen Zaun, welcher das Grundstück des Nachbars nicht berührt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 77 Nr. 17.)

Vergl. die Erg. zum §. 162. h. t.

3) Das Recht, von dem Eigenthümer eines Zaunes im freien Felde dessen Unterhaltung zu fordern, kann nicht durch Verjährung erworben werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 4. Nov. 1835, auf Grund der §§. 505. u. 506. A. L. R. I. 9., weil die Anlage und Unterhaltung einer Grenzscheide im freien Felde nach §§. 152. ff. h. t. eine res merae facultatis sei. (Ulrich's Arch. Bd 3. S. 65.)

4) Vergl. den Aufsatz in der J. Z. 1836 S. 560.

§. 153. Der Eigenthümer eines Walles mit einer Hecke, durch welche zwei benachbarte Grundstücke geschieden werden, kann von den Nachbarn nicht angehalten werden, dieselbe zu unterhalten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Juni 1835, weil die Vorschrift des §. 153. in ihrer Anwendung eine zur Trennung aneinander liegender Grundstücke gemachte Anlage und einen Streit über die Verbindlichkeit zur Unterhaltung einer solchen Anlage voraussetze. Der Besitzer eines Grundstückes sei nicht verbunden, in seinem Eigenthume etwas zum Besten eines Anderen und seines Nachbars vorzunehmen, namentlich also nicht seine Felder einzuzäunen, um dadurch einen Dritten gegen Nachtheile zu sichern oder demselben Vortheile zu verschaffen. Jenes sei eine Handlung der freien Willkühr. (§. 151. h. t.)

(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 58 ff., Centralbl. 1838 S. 862 u. 863.)

§. 155. Wenn in einem Gebäude ein Bau oder eine Reparatur erforderlich ist, welches so nahe an des Nachbars Grenze steht, daß kein Zwischenraum zwischen dem Gebäude und des Nachbars Grund und Boden vorhanden, so steht nach Germanischem Rechte dem Eigenthümer des Gebäudes das sogen. Hammerschlagsrecht

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zu den §§. 168. u. 169. h. t.

(die Befugniß, zum Zwecke des Baues oder der Besserung eines Gebäudes des Nachbars Grundstück zu betreten[1]) und das sogen. Leiterrecht (die Befugniß, Behufs des Baues oder der Reparatur auf des Nachbars Boden Baugerüste zu errichten) zu. Dies Institut erkennt das A. L. R. in Beziehung auf solche Bauwerke an, die gerade immer auf der Grenzlinie stehen, nämlich bei Scheidungen (im §. 155.). Es ist aber zweifelhaft gefunden: ob dasselbe auch bei anderen Bauwerken Anwendung findet?

Es bejahen:

a) Der II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor in dem Erk. v. 22. März 1834, weil die Qualität des Bauwerkes im Sinne des §. 135. ganz gleichgültig sei, da bei allen Gattungen von Bauwerken, welche die in Rede stehende Lage haben, ganz dieselbe Nothwendigkeit und dieselbe Art und Weise zur Inspizirung und Vornehmung der Reparaturen eintrete. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 199.)

b) Koch, indem er bemerkt, daß es ein im A. L. R. oft wiederkehrender Redaktionsfehler sei, daß ein gewisser Satz oder ein Institut nur in einer ganz speziellen Anwendung anerkannt sei, welcher Fehler sich auch hier finde, indem das sogen. Hammerschlags- und Leiterrecht nur bei solchen Scheidungen, welche aus Planken und Brettern bestehen, und sonst nicht wieder erwähnt werde. Es sei indeß nicht bei dem Buchstaben der gedruckten Rechtssätze stehen zu bleiben, und deshalb die Entscheidung des O. L. G. zu Ratibor vollkommen richtig.

(a. a. O. S. 196.)

§§. 159—161. 1) Die aus dem Vorhandensein von Blenden in einer Scheidemauer abgeleitete Vermuthung des Eigenthums derselben in den §§. 159—161. h. t. findet auch auf Scheidemauern zwischen Gebäuden Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1843. (Präj. Nr. 1298. b.)

Die §§. 159—161. handeln lediglich die beiden Fälle ab, daß entweder Blenden in der Scheidewand, es sei auf einer oder auf beiden Seiten, vorhanden sind, oder daß die Mauer gar keine Blenden habe. Nur dann ist dieselbe für gemeinschaftlich zu erachten, wenn Blenden auf beiden Seiten, oder wenn gar keine vorhanden sind, es sei denn, daß auch in diesem Falle die auf der Mauer liegenden Platten ein Anderes andeuteten. Eine allgemeine Präsumtion für die Gemeinschaftlichkeit einer Scheidemauer läßt sich aus jenen §§. nicht herleiten, vielmehr muß in jedem einzelnen Falle die spezielle Bauart und Beschaffenheit der Mauer in Betracht kommen. Wenngleich der §. 159., seiner Stellung und seinem Zusammenhange nach, von Scheidewänden im Freien handelt, so schließt dies doch dessen analoge Anwendung auf das ähnliche Verhältniß einer Scheidewand zweier aneinanderstoßenden Gebäude nicht aus, wofür auch noch die Bestimmung des §. 86. A. L. R. I. 2. spricht.

(Präj. Samml. S. 25—26, Entsch. Bd. 9. S. 200.)

2) Das in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 64 mitgetheilte Erk. eines nicht genannten Gerichtshofes nimmt an, daß keine Präsumtion dafür spreche, daß eine Mauer das Eigenthum desjenigen sei, nach dessen Seite hin die rauhe Seite derselben liegt. Denn der §. 159. lasse solches nur von Vertiefungen oder sogenannten Blenden gelten.

§. 162. 1) Der Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten hat nicht bloß den vorhandenen Zaun rechter Hand zu unterhalten, sondern auch in dem Falle, wenn bisher noch gar kein Zaun daselbst vorhanden gewesen ist, den Bau desselben zu bewerkstelligen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1848. (Präj. Nr. 2081.)

(Präj. Samml. S. 28, Entsch. Bd. 17. S. 506.)

2) Der Eigenthümer eines Zaunes im freien Felde ist nicht zu dessen Unterhaltung verpflichtet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Nov. 1845; denn aus der Zusammenstellung der §§. 152—168. h. t. gehe hervor, daß die Anlage und Unterhaltung von Befriedigungen in freier Feldflur willkührlich sei und dem Nachbar kein Zwangsrecht auf deren Unterhaltung gegen den angrenzenden Besitzer, dem die Scheidung eigenthümlich gehört, gebühre. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 64.)

Die Gesetzrevisoren (Mot. zu §§. 118—154. des Entw.) und Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 253, 2. Ausg. Bd. 2. S. 144) sind

[1]) Vergl. Hagemann's Landwirthschaftsrecht §. 166.; Engan, Decision. II. 81.; Klöntrupp, alphabet. Handbuch II. 135.

derselben Ansicht; denn wenn auch die §§. 152. ff. ganz allgemein lauteten, so sei doch zu erwägen, daß der §. 151., welcher sich im Entwurfe noch nicht vorfinde, erst auf den Vorschlag von Suarez eingeschoben, und dabei lediglich eine Begünstigung der Besitzer bezweckt worden. Derselbe stehe daher nur an einem unrechten Orte.

Grein ist gleicher Meinung, indem er sich ebenfalls auf den Inhalt der Materialien stützt. (Baurecht S. 52 u. 53 Anm. 1.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 152. u. 153. h. t.

§. 164. 1) Zur Anwendung des §. 164. genügt es, daß das weggenommene Gebäude dem Nachbar die Haltung eine Zaunes unnöthig gemacht hat, und es steht dieser Anwendung nicht entgegen, daß das weggenommene Gebäude nicht unmittelbar auf der Grenze gestanden hat, sondern in der im §. 140. h. t. vorgeschriebenen Entfernung von der Grenze aufgeführt worden ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1840. (Präj. Nr. 960.) (Präj. Samml. S. 28.)

2) Vergl. Dorguth, Bedenken bei dem Verständnisse des §. 164. (Jahrb. Bd. 36. S. 347 und Centralbl. 1842 S. 165. u. 179.)

§§. 168. u. 169. Befriedigungen in der freien Feldflur sind gestattet, aber deren Erhaltung ist, wenn der Nachbar nicht ein besonderes Recht darauf erworben hat, willkührlich. Scheidungen anderer Grundstücke aber, ohne dabei einen Unterschied zwischen städtischen und ländlichen zu machen, müssen erhalten werden, und zwar, wo nicht die Gesetze etwas Besonderes darüber verordnen, von dem Eigenthümer.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. April 1837. (Präj. Nr. 235.) (Präj. Samml. S. 29.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 152. u. 153. h. t.

§. 172. In dem Aufsatz in der J. Z. 1836 S. 560 wird ausgeführt, daß aus dem §. 172. zu entnehmen sei, daß die Scheidungen benachbarter Grundstücke nicht allein dem Zwecke der Grenzbestimmung, sondern auch dem der Sicherstellung des Eigenthums des Nachbars entsprechen sollten. Hierauf deute auch die Vorschrift des §. 169. Denn eine minder hohe Verzäunung bezeichne gleich genau die Grenzen, nicht aber sichere sie den Nachbar auf gleiche Weise.

§. 174. Die anderthalb Fuß, welche die Hecke von des Nachbars Grenze zurücktreten muß, werden nicht von der ideellen Mittellinie des Scheidlings, sondern von dem Stande des Scheidlings, wenn dieser gemeinschaftlich ist, gemessen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Nov. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 98 Nr. 49.)

Vergl. das Erk. desselben Sen. v. 7. Juni 1848. (a. a. O. Bd. 4. S. 150 Nr. 73.)

§§. 185—189. Von Erhöhungen und Erniedrigungen des Bodens.

§§. 185. u. 186. Wenn Jemand die Wegschaffung einer von seinem Nachbar in größerer, als der §. 185. gestatteten Nähe aufgeworfenen Erderhöhung verlangen will, so muß er in continenti gegen die Erhöhung seinen Widerspruch äußern, widrigenfalls ihm nach §. 186. nur ein Recht auf Entschädigung bleibt und er die Wegschaffung der Erhöhung nicht fordern kann. Wenn der Eigenthümer, während dessen Besitzzeit der Nachbar die Erderhöhung vorgenommen hat, sein Grundstück veräußert, so kann der Käufer des letzteren weder auf Wegschaffung, noch, außer im Fall eines erst während seiner Besitzzeit entstandenen Schadens, auf Schadensersatz klagen. Rechtsfall nebst Bemerkungen von Hinschius. (J. W. 1836 S. 729.)

§. 187. 1) Die Vorschrift des §. 187. ist auf ein von Menschenhänden angelegtes Werk, wodurch der Nachbar sein Grundstück befriedigt, zu beziehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1850.

Dies ergiebt sich nicht bloß aus der Wortfassung des §. 187., sondern auch aus der unmittelbar vorher im §. 185. für Erhöhungen des Grund und Bodens gegebenen Vorschrift, wo die einzelnen Arten solcher Verzäunung speziell angegeben worden. Diese gesetzlichen Anordnungen bildeten Einschränkungen des Eigenthums und gestatteten daher, als Ausnahme von der Regel der beliebigen Benutzung desselben, keine ausdehnende Erklärung.

(J. M. Bl. 1851 S. 172, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 91 Nr. 19.)

2) Eine Drumme, welche zur Abführung des Wassers in die Erde gelegt ist, ist keine Erniedrigung des Grund und Bodens, und daher der Entfernung vom benachbarten Grundstücke auf drei Fuß nicht unterworfen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1849.

Es ist nicht anzunehmen, daß ein Graben im Sinne des §. 187. gleichbedeutend ist mit einer Wasserleitung im Sinne des §. 128., wenn diese durch eine, in der Erde liegenden Drumme gebildet wird. Denn muß bei deren Anlage auch der Grund und Boden vertieft werden, so hindert die Drumme doch vermöge ihrer Konstruktion den Nachsturz des ihn einschließenden Erdreichs, während die Bestimmung des §. 187. allein den Zweck hat, den Besitzer des benachbarten Grundstücks gegen einen, bei Vertiefung des Grund und Bodens durch den Nachsturz des Erdreichs etwa zu besorgenden Nachtheil dadurch zu sichern, daß derjenige, welcher seinen Grund und Boden erniedrigt, einen Wall von drei Fuß breit gegen das Grundstück des Nachbars stehen läßt; wobei es gleichgültig ist, ob die Erniedrigung des Grund und Bodens durch Anlegung eines Grabens oder auf andere Weise erfolgt. Die Rücksicht, daß das in dem Graben sich sammelnde und abfließende Wasser dem benachbarten Grundstücke etwa Schaden bringen könnte, hat die Bestimmung des §. 187. nicht hervorgerufen. Der Grund und Zweck ist daher ein ganz anderer, als der der Vorschrift des §. 128.

Hier soll das Gebäude des Nachbars, bei der Leitung des Wassers in einer Rinne oder in einem Kanale durch die Bestimmung der Entfernung dieser Rinne oder des Kanals von dem Gebäude des Nachbars vor dem Nachtheile geschützt werden, welcher durch das Durchdringen des Wassers in die Wand etwa entstehen könnte. Dieser Zweck wird nach der Absicht des Gesetzgebers dadurch erreicht, daß zwischen der Rinne, in welcher das Wasser abläuft und der Wand des Nachbars ein Raum von einem Werkschuh freigelassen wird. Dies ergiebt sich aus der Bestimmung des §. 125., welche insofern den Gegensatz des §. 128. bildet, als darin von solchen Anlagen die Rede ist, welche stehende Flüssigkeiten aufsammeln und wegen der Beschaffenheit der Flüssigkeiten zu den an sich schädlichen Anlagen gezählt werden. Deshalb ist ihre Entfernung auf drei Fuß bestimmt und das Ausmauern der Gruben von Grund auf angeordnet.

(Entsch. Bd. 17. S. 115.)

Vergl. die Erg. zum §. 128. h. t. Zus. 1.

§. 188. Eine Anwendung der Regel des §. 188. vergl. in dem Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 7. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 151 Nr. 73.)

§§. 190. u. 191. Aufhebung der vorstehenden Einschränkungen.

§§. 190. 191. In wiefern insbesondere können die zum Besten der Nachbarn getroffenen Einschränkungen beim Bauen auch durch Verjährung aufgehoben werden?

Die Gesetzrevisoren bemerken:

So wie ein Servitut als eine Beschränkung des Eigenthums durch Verjährung erworben werden kann, so kann auch ein Recht auf eine Anlage erworben werden, welche vermöge der gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn untersagt sein würde. Es kommt nur darauf an, in wiefern die Rechtsverhältnisse überhaupt einer Abänderung durch Privatwillkühr unterliegen oder nicht. Dies aber ist in den §§. 190. und 191. gesagt, und die Verjährung ist von selbst, sofern Privatwillkühr eine Veränderung hervorbringen kann, an eben die Bedingungen geknüpft, wie jede Erwerbung von Servituten durch Verjährung.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. zu Tit. 8. §§. 155—159. des Entw. S. 79.

§. 191. Ein Vertrag, welcher dem Nachbar das Recht einräumt, von dem angrenzenden Grundstücke bis zu einer bestimmten Tiefe und Grenze und innerhalb einer bestimmten Zeit Erde fortzunehmen und allenfalls auf sein Grundstück zu schaffen, giebt jenem Nachbar nicht das Recht, auf seinem Grundstücke Anlagen zu errichten, die den §§. 185. ff. widersprechen.

Die Annahme des Gegentheils beruht nicht auf Auslegung des Vertrages, sondern verstößt gegen Rechtsgrundsätze.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Nov. 1853.

Zur Begebung des Widerspruchsrechts des Eigenthümers eines Grundstücks gegen solche Anlage, die den Vorschriften der §§. 185. ff. widerstreiten, bedarf es nach §. 191. einer in verbindlicher Form erfolgten Willenserklärung, welche nach §. 105. der Einl. zum A. L. R. nicht präsumirt werden kann und nach §. 106. a. a. O. als Entsagung eine ausdrückliche sein muß.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 276 Nr. 63.)

Neunter Titel.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt, und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

Suarez, in der Abhandl. vom Inhalt der Preuß. Landesgesetze. (Siewert
Hft. 1. S. 5 ff.)
Göschel, Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsakten eines Juristen.
Bd. 1. S. 297 ff.

§§. 2—6. 1) Dr. Sommer führt in der Abhandl. in Ul-
rich's Arch. Bd. 3. S. 560 ff. aus, daß daß Eigenthum auf den
mittelbaren Erwerber einer Sache erst durch Tradition übergeht; wenn
aber der Veräußerer nicht im Besitze ist, also nicht tradiren kann,
sondern wenn ein Dritter die Sache im eigenen Namen besitzt, so
könne der Erwerber dennoch gegen diesen auf Herausgabe klagen, in-
dem er zur Anstellung der Vindikationsklage dadurch legitimirt sei,
daß der Veräußerer ihm alle seine Eigenthumsrechte durch den Ver-
äußerungsvertrag abgetreten hat.
Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 11. Sept.
1849 angenommen, daß der Käufer, welchem keine Tradition ge-
schehen, zur Vindikationsklage gegen den dritten Besitzer nicht durch
die Kaufurkunde an sich, wohl aber durch die Cession der Vindikations-
(Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 163.)
klage legitimirt wird.
2) Vergl. Roloff, Abhandl. über den Erwerb des Eigenthums
durch Uebergabe (Tradition) nach dem A. L. R.
(J. W. 1846 S. 377 und 1847 S. 409 ff.)

Erster Abschnitt.

Von der ursprünglichen Besitznehmung.

§§. 9—13. Vergl. Bornemann's Mittheil. über die Ent-
stehung der §§. 11—13.
(System Bd. 2. S. 14 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 8 Anm. 4.)

Zweiter Abschnitt.

Von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 11.)
Suarez in der Schlußrevision ad h. l.

§§. 14—18. Von verlassenen Sachen.
Ueber den Unterschied zwischen verlassenen und verlore-
nen Sachen hat das Justizmin. sich in dem R. v. 28. Mai 1830
ausgesprochen.
Dem K. O. L. G. wird auf die Anfrage v. 19. März c. »wegen des
Verfahrens beim Aufgebote von verlassenen Sachen«, das vom Revisor des
XIII. Pensums erforderte Gutachten mitgetheilt.
Wenn auch zu berücksichtigen ist, daß die Occupatio originaria, im Falle
das Objekt eine verlassene Sache ist, für den Okkupanten eine andere Wirkung
hat, als der Zuschlag der bloß gefundenen und nicht für verlassen zu erachten-
den Sachen, und diese Rücksicht der in dem Gutachten des Revisors auf-
gestellten Ansicht:
daß man die §§. 14—18. u. 19. sqq. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. nicht
so wie vom K. O. L. G. geschehen, gegenüberstellen könne,
entgegen zu stehen scheint, so ist es doch unbedenklich, daß der bisherige Eigen-
thümer, von welchem die Sache derelinquirt ist, keine Ursache hat, sich zu be-
schweren, wenn der okkupirende sich bloß als Finder erachtet und die derelin-
quirte Sache bloß als eine gefundene ansieht, und daher das Aufgebot wie bei
gefundenen Sachen extrahirt. Aus diesen Gründen wird dem Gutachten des
Revisors über die Zuläßigkeit des Aufgebotes beigetreten.
Daß übrigens in den vorliegenden Fällen weder der §. 56. Tit. 35., noch
die §§. 179—181. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. und §. 394. des Anh.
anwendbar sind, ist unbedenklich.
(J. M. Act. gen. Steuersachen Nr. 9. Bd. 4. S. 20ᵇ.)

§. 16. Ueber den Begriff von »Dereliktion« vergl. den
Rechtsfall in Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 181 Nr. 40.

§§. 19—73. Von verlorenen Sachen.
(Gans Hft. 1. Nr. 1. S. 18.)
Gans, Abhandlung vom Finden.
(J. Z. 1835 S. 1063.)
Bdi, Beitrag zur Lehre vom Finden.
Rechtsfall nach Miguel Cer-
Köchling, Sancho Panza der ehrliche Finder.
vantes de Saavedra mitgetheilt. (Ulrich Bd. 11. S. 96.) (Eine Kritik
der Vorschriften des A. L. R. über das Finden.)

§§. 19—22. Pflichten des Finders.
K. O. v. 23. Juli 1833, betr. die widerrechtliche Zueignung der
bei den Uebungen der Artillerie verschossenen Munition.
Auf Ihren Bericht v. 19. Juli c. verordne ich hiermit:
1) Niemand ist befugt, die bei den Uebungen der Artillerie verschossene Eisen-
munition, welche er an den Schießplätzen oder deren Umgebung findet, sich an-
zueignen. Liefert er dieselbe aber an das Artilleriedepot oder die Militairbehörde
ab, so erhält er für die noch brauchbare Eisenmunition eine Vergütigung von
zwei Pfennigen für jedes Pfund.
2) Wer dergleichen gefundene Eisenmunition sich widerrechtlich zueignet, ist
der Unterschlagung fremden Eigenthums schuldig, und soll, wenn der Werth
des Unterschlagenen sich nicht über fünf Thaler beläuft, mit Geldbuße bis zu
zwanzig Thalern, oder im Unvermögensfalle mit Gefängniß bis zu einem Monat,
bei einem höheren Werthe aber mit Gefängniß von einem bis zu sechs Monaten
bestraft werden.
3) Die Absicht des Zueignens ist, in Ermangelung des Gegenbeweises, schon
gegen denjenigen anzunehmen, welcher die gefundene Eisenmunition länger als
acht Tage an sich behalten hat, ohne der Militairbehörde dieselbe abzuliefern,
oder wenigstens von der Auffindung Anzeige zu machen.
4) Wer wissentlich dergleichen gefundene Eisenmunition ankauft, hat ebenfalls
die Strafe des §. 2. zu gewärtigen.
5) Der unvorsichtige Ankauf solcher Eisenmunition hat Geldbuße bis zu
funfzehn Thalern oder, im Falle der Thäter unvermögend ist, Gefängniß bis
zu drei Wochen zur Folge[1]).
6) Mit eben diesen Strafen (§. 5.) soll auch derjenige belegt werden, wel-
cher sich erweislich länger als acht Tage im Besitze von Eisenmunition, wie sie
zu Geschützen der Preuß. Artillerie gebraucht wird, befindet, ohne über den
redlichen Erwerb sich ausweisen zu können[2]).
Außerdem soll der bei ihm gefundene Vorrath dieser Munition konfiszirt
werden.
7) Bei dem in §§. 5. und 6. bezeichneten Vergehen wird die Untersuchung,
nach Analogie des §. 1122. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R., nur polizeimäßig
geführt. (G. S. 1833 S. 86.)

§§. 23—30. Pflichten des Richters.
1) R. v. 16. Okt. 1812, nebst Schreiben des Polizei-Präsid.
zu Berlin v. 28. Sept. ej. a., betr. das bei dem St. G. zu Ber-
lin zu beobachtende Verfahren beim Aufgebote verlorener Sachen
von geringem Werthe. Es ist darnach zuläßig, dergleichen Gegen-
stände eine Zeitlang bei der Polizeibehörde zu asserviren, und erst
dann an das Gericht zum Aufgebote abzuliefern, wenn sich bei erste-
rer der Eigenthümer nicht meldet und legitimirt.
(Jahrb. Bd. 1. S. 260, Gräff Bd. 1. S. 34.)
2) R. der Min. der Fin. und des Inn. und der Pol. v. 6. Sept.
1841 (an die Schlesischen Reg. und O. L. G.).
Auf Antrag des sechsten Schlesischen Provinzial-Landtages wird bestimmt,
daß gefundene Sachen bis zum Werthe von 10 Thlr., welche von dem Finder
der Polizeibehörde des Ortes, wo der Fund geschehen ist, übergeben sind, falls
die Eigenthümer nicht sofort ausgemittelt werden können, auf ein am Eingange
des Geschäftslokals der Polizeibehörde aufzuhängendes schwarzes Brett Behufs
der Benachrichtigung der Interessenten zu verzeichnen, inzwischen bei der Poli-
zeibehörde aufzubewahren, und erst 8 bis 14 Tage darauf an das betreffende
Gericht zum Aufgebote, wobei mehrere Sachen der gedachten Art zusammenge-
nommen werden können, abzuliefern. Es kommt dabei auf eine ängstliche Prü-
fung des Werthes der Sache nicht an, da, falls der Eigenthümer derselben
auf den Aushang sich nicht meldet, das gerichtliche Aufgebot, den Gesetzen ge-
mäß, zu veranlassen ist. (Min. Bl. d. i. V. 1841 S. 223.)

§§. 31—42. Aufgebot gefundener Sachen.
1) K. O. v. 13. März 1814, betr. die Aufhebung des wegen
gestrandeter Sachen unterm 4. April 1743 ergangenen Edikts.

---

1) An Stelle dieser Strafvorschrift tritt die des §. 349. Nr. 5. des Straf-
gesetzb. v. 14. April 1851.
2) R. v. 22. Dec. 1838. Die Strafvorschrift unter Nr. 6. der K. O.
v. 23. Juli 1833 ist nicht allein auf Besitzer von Eisenmunition, die bei den
Artillerie-Uebungen verschossen ist, sondern allgemein auch auf solche Personen
zu beziehen, bei welchen anderweitig abhanden gekommene Eisenmunition ange-
troffen wird. Auch findet dieselbe stets Anwendung, wenn der Inhaber von
Munition, wie sie zu Geschützen der Preuß. Artillerie gebraucht wird, solche
schon länger als acht Tage im Besitze hat, ohne über den redlichen Besitz sich
ausweisen zu können, und es kommt also nicht darauf an, ob die Munition
bei einer Artillerie-Uebung verschossen, oder hierzu noch nicht gebraucht ist. Dies
ergiebt die Natur der Sache und der Inhalt der Vorverhandlungen über das
erwähnte Gesetz.
(Jahrb. Bd. 52. S. 627, Gräff Bd. 12. S. 107, J. M. Bl. 1839 S. 29.)

Da das Ed. v. 4. April 1743 die Zeit, nach deren Ablaufe die auf die Pommerschen Seeküsten gestrandeten Sachen für erledigtes und verfallenes Gut erklärt werden können, ohne Nothwendigkeit auf drei Jahre bestimmt, so will Ich, daß diese Bestimmung aufgehoben und abgeschafft sei, und dagegen das kürzere Verfahren, welches das A. L. R. Thl. II. Tit. 15. §. 84. u. Thl. I. Tit. 9. §§. 31–42. vorschreibt, auch in Pommern eingeführt werden soll. Ich beauftrage Sie, demgemäß das weiter Erforderliche zu verfügen.
(G. S. 1814 S. 28.)

2) R. v. 10. Juli 1812. Bei dem Aufgebote der auf Packhöfen befindlichen Sachen unbekannter Eigenthümer sind die Vorschriften der §§. 31. ff. h. t. ebenfalls zum Grunde zu legen, die aufgebotene Sache selbst aber ist, wenn dazu kein Eigenthümer sich meldet und legitimirt, dem Fiskus als herrenloses Gut zuzusprechen.
(Mannkopff Landr. I. Nachtr. 8, Centralbl. 1837 S. 1122.)

§§. 38. u. 39. R. v. 21. Jan. 1839. Der Finder, dem bei Sachen von zehn Thalern oder weniger an Werth vom Gerichte überlassen wird, die Bekanntmachung seines Fundes selbst zu veranstalten, hat weder nöthig, in seiner Bekanntmachung einen Termin anzuberaumen, noch auf die im Gesetze vorgeschriebene vierzehntägige Frist aufmerksam zu machen. Der Termin tritt vielmehr von selbst mit dem Ablaufe der Frist ein. (J. M. Bl. 1839 S. 64.)

§§. 49–56. Wirkung des Zuschlages.

1) Die Gesetzrevisoren theilen mit, daß das Bedenken erregt worden, wie weit der Richter mit der Nachforschung in den öffentlichen Blättern zurückgehen müsse, da zwischen dem Zeitpunkte des Verlustes und dem Augenblicke des Auffindens eine geraume Zeit in der Mitte liegen könne? Andererseits sei auf völlige Aufhebung des §. 50. und der Folgen desselben angetragen, da dem Richter nicht zugemuthet werden könne, die öffentlichen Blätter zu lesen, und vollends so genau zu lesen, daß das Uebersehen eines angekündigten Verlustes schon für ein grobes Versehen zu halten wäre. Das Justizmin. habe in einem nicht abgedr. R. v. 1. Aug. 1825 das Kammerg. angewiesen, von dem Finder, ev. von der Orts-Armenkasse die Herbeischaffung eines Zeugnisses der Intelligenzblätter-Expedition zu erfordern, daß keine öffentliche Bekanntmachung des Verlustes erfolgt sei. In einem R. v. 28. Okt. 1825 habe das Justizmin. sich wiederholt dahin ausgesprochen, daß der Finder von dem Nachweise einer nicht erfolgten öffentlichen Bekanntmachung des Verlustes nicht entbunden werden könne, und daß im schlimmsten Falle nichts übrig bleibe, als einen Beamten mit Durchsicht der Intelligenzblätter zu beauftragen.
(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 47–49. des Entw. S. 88–89.)

Ganz dasselbe bemerkt Bornemann.
(System Bd. 2. S. 28–29, 2. Ausg. Bd. 2. S. 16 Anm. 2.)

2) Das R. v. 31. Jan. 1839 bemerkt in dieser Beziehung über den Umfang dieser richterlichen Verpflichtung, daß in vielen Fällen die Einsicht weniger Blätter ausreichen werde, um der gesetzlichen Vorschrift zu genügen, da über die muthmaßliche Zeit des Verlustes nicht zurückgegangen zu werden brauche. Eine Frist von drei Monaten erscheine hierbei als die äußerste Grenze. Auch werde der Richter nach §. 54. nur wegen eines vorsätzlichen oder durch grobes Versehen verursachten Uebersehens einer solchen Bekanntmachung bestraft. Es sei indeß zweckmäßig, die gerichtlichen Aufgebote nicht allzulange auszusetzen, sondern nach Befinden alle drei Monate damit vorzuschreiten. (J. M. Bl. 1839 S. 64.)

§§. 57–60. Was Rechtens, wenn der Verlierer sich meldet.

Die Gesetzrevisoren bemerken zu diesen §§.:

Sollte sich zu der gefundenen Sache Jemand gemeldet haben, so kommt es darauf an, ob seine Legitimation zweifelhaft ist oder nicht. Der erstere Fall erfordert eine nähere Betrachtung, es verhalten sich darüber die §§. 57–60., welche voraussetzen, daß sich in Folge Aufgebotes, jedoch vor dem Zuschlage, Jemand zu der gefundenen Sache gemeldet habe. Der angebliche Verlierer kann sich indeß vor erlassenem Aufgebote ebensowohl, als während desselben, jedoch vor erfolgtem Zuschlage, melden. Wir müssen uns daher schon hier die Frage beantworten, was in solchem Falle Rechtens sei. Der Text sagt §§. 57. u. 58.: der angebliche Verlierer müsse nachweisen, daß er die Sache, welche er, als von ihm verloren, in Anspruch nimmt, vorher besessen habe; und wenn dieselbe, ihrer Natur nach, von anderen gleicher Art nicht unterschieden werden könne, so müsse der Ansprechende besonders nachweisen, daß die aufgebotene Sache eben dieselbe sei, welche er vorher besessen habe. Mit anderen Worten sagen diese beiden §§. zusammengenommen nichts weiter, als: der angebliche Verlierer einer gefundenen Sache müsse nachweisen, daß er eben dieselbe vorher besessen habe. Es kommt aber darauf an, wie dieser Nachweis geprüft werden solle, und was Rechtens sei, wenn er nicht vollkommen geführt wird. Unsere Ansicht hierüber ist folgende: Bei der Legitimation des angeblichen Verlierers sind zweierlei Rücksichten zu beachten: die Rechte des Finders und die Rechte dritter unbekannter Personen. Die Letzteren werden durch das Aufgebot beseitigt; wenn sich in Folge desselben Niemand meldet, so dürfen solche von Amtswegen nicht weiter in Erwägung gezogen werden, die Sache selbst alsdann zwischen dem Finder und dem angeblichen Verlierer. Widerspricht aber der Finder der Legitimation des angeblichen Verlierers, so muß der Anspruch auf die gefundene Sache unter diesen Beiden zur rechtlichen Entscheidung gebracht werden. Hieraus folgt, daß das Aufgebot nicht bloß zum Zwecke des Zuschlages an den Finder, sondern auch, um die Legitimation des angeblichen Verlierers herzustellen, eingeleitet werden kann, letzteres sowohl in dem Falle, wenn der Finder widerspricht, als auch dann, wenn der Finder keinen Anspruch auf die Sache macht, dem Richter aber, an den der Fund abgegeben ist, kein genügender Nachweis des früheren Besitzes geliefert werden kann. Hat sich aber auf erlassenes Aufgebot kein Anderer gemeldet, und der Finder macht keinen Anspruch auf die Sache, so bedarf es keiner weiteren Prüfung der Legitimation des angeblichen Verlierers, die gefundene Sache wird ihm ohne weiteres ausgehändigt. Von einem Zuschlage kann natürlicher Weise in solchem Falle nicht die Rede sein. Einem dritten unbekannten Eigenthümer bleibt sein Recht gegen denjenigen, dem die Sache ausgehändigt worden, weil sich kein Anderer zu derselben gemeldet hat, von selbst vorbehalten.
(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 23–26. des Entw. S. 85.)

§§. 61–66. Was der Verlierer dem Finder zu leisten habe.

§§. 61–63. Auch der Finder einer gestohlenen Sache ist den gesetzlichen Finderlohn zu fordern berechtigt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Jan. 1852. (Präj. Nr. 2341.)

Der §. 59. bestimmt: »Der Finder muß auch dem vorigen bloßen Inhaber die Sache verabfolgen.« Es wird aber dadurch nicht festgesetzt, daß der Finder der Sache nur dem letzten Inhaber, nicht dem Eigenthümer, wenn bloß dieser, nicht jener sich meldet, ausantworten müsse. Insbesondere kann in dem Falle, wenn eine gefundene Sache dem Eigenthümer entwendet war, nicht der Dieb als der Inhaber derselben im rechtlichen Sinne angesehen werden, da aus unerlaubten Handlungen nur Verbindlichkeiten, aber keine Rechte entstehen können (§. 35. A. L. R. I. 3.), der Dieb also auch nicht die Rechte, welche aus der Gewahrsam einer Sache entspringen, geltend machen kann. Das ergiebt auch die Vorschrift des dem §. 59. a. a. O. sich anschließenden §. 60. Die Ansicht, daß nur dem letzten Inhaber die gefundene Sache auszuantworten und von diesem der Finderlohn zu entrichten sei, würde zu der, den Eigenthumsrechten widersprechenden Annahme führen, daß, wenn bei einem nach §§. 32. u. ff. A. L. R. I. 8. zu veranlassenden Aufgebote der verlorenen Sache sich zwar der Eigenthümer, aber nicht der letzte Inhaber und Verlierer meldete, der Zuschlag nach §. 43. daselbst an den Finder erfolgen könnte, obwohl doch der Eigenthümer auf keine Weise aufgehört hatte, Eigenthümer zu sein. Aus dem ganzen Zusammenhange der §§. 19–63. a. a. O. geht unzweifelhaft hervor, daß das A. L. R. unter dem Worte »Verlierer« nicht bloß denjenigen versteht, welcher durch eigene Fahrlässigkeit die Gewahrsam der Sache verloren hat, sondern auch denjenigen, aus dessen Besitz sie ohne sein Wissen entfernt ist, wenn sie später in keines Anderen Gewahrsam mehr befindlich, von einem Dritten aufgefunden wird, und Jener durch die Anzeige des Fundes und durch die Auslieferung der Sache den Vortheil genießt, wieder in den Besitz derselben zu gelangen, es möge sich nun derselbe auf Eigenthum oder ein anderes Recht gründen. Die Absicht des Gesetzgebers ist auch offenbar nicht gewesen, durch die Auferlegung der Verpflichtung zur Entrichtung eines Finderlohnes eine Strafe der Nachlässigkeit des Verlierers auszusprechen, vielmehr hat für die Ehrlichkeit des Finders eine Belohnung festgesetzt werden sollen. Der Finder ist daher berechtigt, auch dann eine Belohnung zu fordern, wenn die Sache gestohlen oder von dem Diebe verloren war, oder doch außerhalb der Gewahrsam einer bestimmten Person vorgefunden und der Fund vorschriftsmäßig angezeigt wurde.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 10, Entsch. Bd. 22. S. 130.)

§§. 62–65. Hinschius bemerkt bei Mittheilung eines Falles, wo Jemand ein Hypothekendokument über 240 Thlr. gefunden und als Finderlohn 24 Thlr. in Anspruch genommen hatte, jedoch mit seiner Klage per decr. abgewiesen war, daß, wenn auch auf der einen Seite unter dem Werthe, den das A. L. R. dem Finder zubillige, nur der gemeine Werth verstanden werden könne (Tit. 9. §. 65. vergl. mit §§. 117., 118. Tit. 2.), und von einem solchen

bei einem Hypotheken-Instrumente nicht die Rede sein könne, doch an-
dererseits außer den sonstigen Unannehmlichkeiten namentlich auch die
Kosten des Aufgebotes und der Mortifikation in Erwägung zu ziehen
sein möchten, die dem Verlierer durch die Ablieferung des Dokumentes
Seitens des Finders erspart würden. Es scheine doch wohl ange-
messen, daß, wenn in einem solchen Falle Streit entstünde, der Rich-
ter das Finderlohn ex aequo et bono arbitriren dürfe.

(J. W. 1840 S. 536.)

§§. 70—73. Verlust des Fundrechts.

§. 70. Was ist im §. 70. unter dem Ausdrucke: »Beloh-
nung« zu verstehen?

a) Das Justizmin. bemerkt in dem R. v. 4. Juni 1819:

Dem K. O. L. G. wird der Ber. des L. u. St. G. zu Memel v. 11. Mai c.,
betr. die Auslegung der Vorschriften des A. L. R., wegen des dem Finder
einer verlorenen Sache zustehenden Rechtes auf Belohnung, mit dem Eröffnen
mitgetheilt, daß es dem Justizmin. nicht zweifelhaft ist, daß der Finder, welcher
nicht nach §. 70. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. den Fund angezeigt hat,
nichts von dem gefundenen Objekte verlangen kann, und daß unter dem Aus-
drucke Belohnung allgemein das zu verstehen ist, was der Finder aus irgend
einem Grunde als solcher in Anspruch nimmt, der Verlierer mag sich einfinden
oder nicht. Sollte der Finder sich dabei nicht beruhigen wollen, so versteht es
sich von selbst, daß ihm das rechtliche Gehör nicht versagt werden könne.

(Akten des J. M. A. 4150. Landr. 13. Vol. I. Fol. 306, Mann-
kopff Landr. I. Nachtr. S. 9, Centralbl. 1837 S. 760.)

b) Bornemann nimmt dagegen an, daß unter dem Ausdrucke
»Belohnung« nur das Fundgeld, welches der Verlierer zu entrichten
hat, zu verstehen sei, indem nur dieses eine Belohnung des Finders,
die Adjudikation der gefundenen Sache dagegen eine nothwendige Folge
der Okkupation und der Präklusion aller etwanigen Berechtigten sei.

(System Bd. 2. S. 31 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 18 Anm. 3.)

c) Temme ist gleicher Meinung. (Lehrb. Bd. 1. S. 258 Anm. 2.)

d) Koch will den Ausdruck nicht auf den Fall beschränken, daß
der Verlierer sich meldet und ausweiset, weil jeder überhaupt eine
verlorene Sache als eine fremde ansehen und entweder liegen lassen
oder abliefern müsse, weshalb das Röm. Recht (L. 43. §. 4. D. de
furtis) einen solchen, der eine verlorene Sache nimmt und heimlich
für sich behält, ganz richtig überhaupt als Dieb behandle. Das
Marginale laute auch allgemein: »Verlust des Fundrechts«, und
die §§. 102. u. 103. sprächen, in Anwendung derselben Bestimmung
auf Schätze, dem Verheimlicher ebenfalls das Recht auf den Schatz ab.

(Lehrb. Bd. 1. S. 417.)

§. 71. Statt »drei« ist zu setzen: »vier«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 73. 1) Vergl. die Erg. zum Strafgesetzb. v. 14. April 1851,
§. 226.

2) Was insbesondere die Frage betrifft: ob der als Dieb zu be-
strafen sei, der einen Fund gegen die Polizeibehörde, nicht gegen
den eigentlichen Richter abgeleugnet hat, so ist dieselbe in dem in
der J. Z. 1833 S. 1045 mitgetheilten Rechtsfalle in erster Instanz
(der Gerichtshof und das Datum des Erk. sind nicht angegeben) af-
firmativ, in zweiter Instanz negativ entschieden.

3) Welcher Richter ist im §. 73. gemeint?

Der Crim.- und II. Sen. des O. L. G. zu Glogau (Data
der Urtel konstiren nicht) nehmen an, daß der hier vorausgesetzte Rich-
ter nur der Civilrichter sein könne. Das Leugnen eines Fundes
bei der deshalb eingeleiteten Criminal-Untersuchung könne kein Ver-
brechen mehr konstituiren. Das Verbrechen bleibe nach eingeleitetem
Skrutinium was es war, und könne durch das Leugnen des Inkul-
paten seine Natur nicht verändern. Gestehe letzterer die Wahrheit
nicht, so treffe ihn nach der Ueberführung nur ein höheres Strafmaß.

(J. W. 1845 S. 431.)

Dritter Abschnitt.

Von gefundenen Schätzen.

Gans, Bemerk. zur Lehre vom Schatze. (Jahrb. Bd. 41. S. 3 ff.) (Eine
Kritik der landrechtl. Vorschriften.)

§§. 76. u. 77. Bedarf es in dem Falle, wenn sich auf das
Aufgebot Niemand meldet oder wenn Niemand sein Recht zu der
fraglichen Sache nachweisen kann, eines Zuschlagserkenntnisses
für den Finder resp. Eigenthümer des Fundortes, um diesen zum
Eigenthümer des Schatzes zu machen?

a) Bornemann verneint und folgert daraus, daß in der
Lehre vom Schatze nirgend auf die §§. 43. sqq. h. t., sondern nur
auf die §§. 23—42. h. t. zurückverwiesen werde, daß die Redaktoren
die Abfassung eines besonderen Zuschlagserkenntnisses nicht für nöthig
erachtet haben. Es walte auch zwischen einem Schatze und jeder an-
deren gefundenen Sache der Unterschied ob, daß diese erst für dere-
linquirt und dem ersten Okkupanten verfallen erklärt werden müsse,
ehe die Okkupation von Wirksamkeit sein könne, wogegen beim Schatze
die Verwischung aller vormals daran bestehenden Rechte und mithin
das Aneignungsrecht des Finders resp. Grundeigenthümers sich ohne
weiteres ergebe, sobald die Schatznatur festgestellt sei. Was bei ande-
ren gefundenen Sachen erst das richterliche Urtheil feststelle, das habe
beim Schatze schon der Zeitablauf (Immemorial-Präskription) bewirkt.

(System Bd. 2. S. 34—35, 2. Ausg. Bd. 2. S. 20.)

b) Die Gesetzrevisoren sind derselben Ansicht, indem sie sich
dahin äußern:

Sehr bemerkenswerth ist es, daß im §. 76. nur die §§. 23—42. h. t.,
also nur diejenigen Bestimmungen, welche das Aufgebot betreffen, nicht aber
diejenigen, welche sich über den Zuschlag verhalten, allegirt sind. Eines Zu-
schlagserkenntnisses nach erlassenem Aufgebote bedarf es mithin bei gefundenen
Schätzen nicht; genug, daß sich auf erfolgte Vorladung bis zum angesetzten Ter-
mine Niemand gemeldet hat; die Erwerbung erfolgt von selbst nach den unten
gegebenen Bestimmungen. Man muß diese Ansicht durchaus festhalten, um die
in den folgenden §§. herrschende Uebereinstimmung zu erkennen. Wenn der
Gegenstand seiner Beschaffenheit nach schon seit Einem oder mehreren Jahr-
hunderten verborgen gewesen sein muß, so bedarf es nach §§. 79. u. 80. keines
Aufgebotes; es würde aber hier sowohl, als in dem anderen Falle eines Erkennt-
nisses bedürfen, welches die Schatznatur ausspräche, wenn ein solches nach er-
folgtem Aufgebote, um die Erwerbung zu begründen, erforderlich sein sollte.
In der ganzen Folge des vorliegenden Abschnittes ist weiterhin nirgends von
einem Zuschlage, sondern nur von der theils jure occupationis, theils jure
accessionis vorsichgehenden Erwerbung die Rede; die Art des Verfahrens,
welches nach unserer Ansicht mit dem fruchtlosen Ablaufe des angesetzten Ter-
mines beschließt, ohne daß es eines Zuschlages bedarf, ist indeß im Texte mehr
angedeutet, als ausdrücklich ausgesprochen, und es würde uns deswegen sehr
erwünscht gewesen sein, eine Bestätigung unserer Ansicht in den Vorarbeiten
der Akten zu finden, allein diese geben keine vollkommen genügende Auskunft.
Der gedr. Entw. des allg. Gesetzb. trägt die Sache schon in derselben Weise
vor, wie das A. L. R. Der ungedr. Entw. hat für gefundene Sachen ent-
weder ein förmliches Aufgebot, oder nur eine Bekanntmachung ohne Präklusiv-
frist, es war aber nicht mit hinreichender Bestimmtheit gesagt, wann das Eine
oder das Andere eintreten soll. Bei Ausarbeitung des gedr. Entw. hielt Suarez
es für angemessener, ohne Unterschied der Fälle einen Präklusivtermin anzusetzen,
nach dessen Ablaufe mit dem Zuschlage verfahren werden solle. In dem Abschn.,
welcher der Erwerbung des Schatzes gewidmet ist, war schon im gedr. Entw.
auf die gefundenen Sachen, welche der Eigenthümer verloren hat, hingewiesen;
und dies ist in dem gedr. Entw. wiederum geschehen. Es sind jedoch nur die
betr. §§. bis dahin, wo von dem Zuschlage die Rede ist, allegirt worden.
Man muß annehmen, daß dies absichtlich geschehen ist, weil, wie gesagt,
sämmtliche folgende Bestimmungen eine Erwerbung des Schatzes ohne Zuschlag
voraussetzen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Motive zu Tit. 9. §§. 60—68. des Entw.
S. 93.)

§§. 83. u. 84. Wem kommen, wenn Entdecker und Okku-
pant des Schatzes verschiedene Personen sind, die Rechte des
Finders zu [1])?

a) Bielitz nimmt an, daß nur die Okkupation entscheidend
sei. Die Absicht und das bloße Bestreben, sich eine herrenlose Sache
zuzueignen, sei zur Erwerbung des Besitzes nicht hinreichend (§. 10.);
es müsse vielmehr die Besitznahme in der Art, wie das A. L. R. I.
7. §§. 55—57. solche vorschreibe, hinzukommen.

(Komm. Bd. 2. S. 169—171.)

b) Bornemann ist dagegen der Ansicht, daß dem Entdecker
der Vorzug gebühre. Verlorene Sachen dürfe Jeder okkupiren,

---

[1]) Ueber einen nach gemeinem Rechte beurtheilten Fall dieser Art vergl.
Kind, quaest. for. Ed. II. Tom. II. cap. 72. p. 415 sqq. Vergl. auch
Bornemann's System Bd. 2. S. 37 ff. u. Bielitz, Komm. Bd. 2.
S. 170, 2. Ausg. Bd. 2. S. 22.

und würden also dem Verlierer nur durch den erhalten, der sie wirk-
lich in Besitz nehme, weshalb nur der wirkliche Okkupant derselben
die Rechte des Finders habe. Einen Schatz dagegen dürfe nur der
Eigenthümer des Grund und Bodens okkupiren, in oder
über welchem der Schatz verborgen gewesen. Die Möglichkeit der
Okkupation werde aber für den Grundeigenthümer nicht erst durch die
Besitzergreifung des Entdeckers, die vielmehr für letzteren ein
gleichgültiges Faktum sei, sondern schon durch die Entdeckung her-
beigeführt. Deshalb müsse man beim Schatze schon dem Ent-
decker die Rechte des Finders einräumen. Hiervon gehe auch das
A. L. R. aus, wenn es bald demjenigen, der einen Schatz gefunden,
bald dem, welcher ihn entdeckt hat, die Hälfte desselben zubillige
(§§. 83., 84.), mithin den Finder und Entdecker gleichstelle.
(System Bd. 2. S. 37—40, 2. Ausg. Bd. 2. S. 22.)

§. 97. Das Ablös. Ges. v. 2. März 1850 §. 2. Nr. 2.
(G. S. 1850 S. 77) hat das Eigenthumsrecht des Erbverpächters ohne
Entschädigung aufgehoben und den Erbpächter zum vollen Eigenthümer
gemacht, nur mit Vorbehalt der aus dem Erbpachts-Verhältnisse ent-
springenden, aber zur Ablösung bestimmten Berechtigungen auf Ab-
gaben oder Leistungen. Alle übrigen Berechtigungen des Erbverpächters,
als bloße Ausflüsse des Ober-Eigenthums, sind weggefallen, wodurch
auch die Bestimmung des §. 97. h. t., hinsichtlich des Erbpächters,
außer Kraft gesetzt worden ist.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 97. h. t.)

§. 102. Wenn die dem Finder gebührende Hälfte eines auf frem-
dem Boden entdeckten Schatzes, wegen Unterlassung der im §. 102. vor-
geschriebenen Anzeige, dem Finder entzogen wird, so fällt dieselbe nicht an
den Grundeigenthümer, wird vielmehr zu Gunsten des Fiskus erledigt.
Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1855.
(Präj. Nr. 2625.)

Das A. L. R. läßt nicht deutlich den letzten Grund für die Erwerbung
des Eigenthums an einem aufgefundenen Schatze erkennen, und es ist daher be-
hauptet worden, daß der Schatz jure accessionis dem Grundeigenthümer ge-
höre und dieser nur durch das dem Finder beigelegte Recht beschränkt werde,
woraus abgeleitet wird, daß, wenn dieses Recht des Finders, welches durch
das Gesetz ebenfalls an Erfüllung gewisser Bedingungen geknüpft sei, wegen
Nichterfüllung derselben hinwegfalle, das ursprüngliche Recht des Grundeigen-
thümers ohne Beschränkung also auf den ganzen Schatz sich geltend mache.
Allein das Recht der Akcession, vermöge dessen der Eigenthümer der Hauptsache
auch das einer damit in eine wesentliche Verbindung gebrachten Nebensache
erwirbt, läßt sich nicht auf einen Schatz anwenden, der in gar keiner eigent-
lichen Verbindung mit dem Grundstücke, in dem er gefunden, jemals sich be-
funden, noch nach der Absicht dessen, der ihn ursprünglich dort verborgen hat,
in einer solchen Verbindung stehen, sondern eben nur dort aufbewahrt werden
sollte, oder auch nur durch einen Zufall an diese Stelle gelangt ist. Der Schatz
ist, wenn man ihn auch nicht geradehin eine herrenlose Sache nennen will,
wenigstens eine solche, die rechtlich als von ihrem Eigenthümer verlassen ange-
sehen werden muß, und die daher gemäß §§. 14., 16., 17. h. t. und §. 7.
Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. von Anderen in Besitz genommen werden darf,
selbst wenn, wie dies im §. 17. h. t. vorgesehen ist, der Eigenthümer ursprüng-
lich nur wider seinen Willen, durch äußere Umstände genöthigt, die Sache
aus seiner Gewahrsam gelassen, hinterher aber, vielleicht auch nur durch die
Fortdauer dieser nachtheiligen Umstände veranlaßt, den Besitz der Sache, wenn auch
nur stillschweigend, aufgegeben, und darum seines Eigenthums sich entschlagen hätte.
Man darf daher mit größerem Rechte den Grund der Eigenthumserwerbung an
einem Schatze in die Besitzergreifung (Okkupation) durch den Finder setzen. Dies
bestätigen noch mehr die weiteren, diesen Gegenstand betreffenden Vorschriften in
§§. 75., 76., 81—88., 102. u. 103. h. t., welche überall nicht erkennen
lassen, daß der Grundeigenthümer ein besseres Recht auf den Schatz, als der
Finder, ein ursprüngliches etwa, und der Finder nur ein davon abgeleitetes
habe. Das Gesetz spricht jedem von Beiden eine Hälfte des Schatzes zu —
§. 82. — und nur, wenn der Grundeigenthümer zugleich den Schatz gefunden
hat, erhält er das Ganze, die eine Hälfte davon daher als Finder. Er ist
übrigens denselben Vorschriften, wie jeder andere Schatzsucher und Finder, unter-
worfen, und mit ähnlichen Nachtheilen, wenn er jene Vorschriften unbefolgt
läßt, bedroht. Dies könnte nicht geschehen, wenn der Schatz ihm schon als
eine Akcession seines Grundeigenthums gebührte, und es würde, unter dieser
Voraussetzung, namentlich die auf das bloße Verschweigen des auf eigenem
Grunde gefundenen Schatzes gesetzte Strafe sich nicht rechtfertigen lassen. Ueber-
haupt aber wäre es eine eigene Sache mit dem Erwerbe des Schatzes jure
accessionis, wenn doch diese Akcession so lange als suspendirt gedacht werden
müßte, bis es sich herausgestellt hätte, daß kein Eigenthümer des Fundes zu
ermitteln sei, wie aus §§. 75. ff. folgen würde. Es ist zwar andererseits der
Grundsatz von der Erwerbung der Okkupation auch wieder beschränkt worden
durch das dem Grundeigenthümer ebenfalls beigelegte Anrecht an dem Schatze;
dies erklärt sich aber durch die Rücksicht, daß Niemand befugt ist, fremden
Grund und Boden zu betreten, am wenigsten dort Nachsuchungen zu veranstal-
ten, und wenn er hierzu, wie §. 84. es gestattet, die Genehmigung des Grund-
eigenthümers nachsucht, dieser sich dafür ohnehin eine Vergeltung ausbedingen
dürfte; diese Vergeltung spricht das Gesetz dem Grundeigenthümer auch dann
zu, wenn ein Dritter auf fremdem Grunde zufällig einen Schatz gefunden hat.
Die Hauptsache bleibt das Finden des Schatzes, und wenn für die selbststän-
dige Berechtigung des Finders an dem Schatze ein anderer Rechtsgrund, als die
Okkupation sich nicht darbietet, so muß dieser durchgreifen, wenn auch daneben
eine Beschränkung zu Gunsten des Grundeigenthümers eintritt. Es wird zwar
dem entgegen behauptet, der Finderantheil sei eine Belohnung, welche der Grund-
eigenthümer dem Finder von dem Schatze abgebe und hierbei sich auf den, in
den oben angeführten Gesetzstellen mehrmals vorkommenden Ausdruck »Beloh-
nung« bezogen. Es ist jedoch dort von einer Belohnung, welche der Grund-
eigenthümer dem Finder zu Theil werden läßt, nur im §. 84. die Rede. In
den folgenden Stellen ist das Wort »Belohnung« nur gleichbedeutend mit dem
»Anrechte« des Finders am Schatze gebraucht; im §. 85. wird zugleich von
Belohnung und von der dem Finder gebührenden Hälfte gesprochen, und die
Belohnung ist daher nur der, durch das Gesetz dem Finder zugesicherte Antheil am
Schatze. Der Grundeigenthümer hat, dem Finder gegenüber, niemals ein größeres
Anrecht, als auf die Hälfte des Schatzes, und da er jenem von dieser Hälfte nichts
gewährt, so kann auch von einer Belohnung, die von ihm ausginge, nicht die
Rede sein. Der Grundsatz von der Erwerbung des Schatzes durch Okkupation
ist auch der gemeinrechtliche, nach L. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom.
(XLI. 1.) u. L. un. C. de thes. (X. 15.) u. das A. L. R. ist den Vorschriften
des R. R. der Hauptsache nach gefolgt. Doch ist es auch in einigen Punkten
davon abgewichen; und während namentlich in der Konstitution de thes. der
Finder des Schatzes, der auf fremdem Boden ohne Bewilligung des Grund-
eigenthümers nachgegraben hat, für schuldig erklärt ist, den ganzen Schatz dem
Grundeigenthümer zu überlassen, spricht §. 85. h. t. die dem Finder gebührende
Hälfte dem Fiskus zu. Durch diese Bestimmung wird aber gerade der Grund-
satz von dem, dem Finder durch das Auffinden, die Okkupation, erworbenem
Eigenthume eben so scharf festgehalten, wie die Ausdehnung eines Rechtes des
Grundeigenthümers, über die andere Hälfte des Schatzes hinaus, abgelehnt,
was denn auch in den folgenden §§. 86—88. gleichmäßig geschehen ist. Obgleich
nun der §. 102. nur auf die §§. 70—73. verweist, so bedrohen doch diese
letzteren das Verschweigen des Auffindens und das Ableugnen der gefundenen
Sachen mit Nachtheilen. Zwar ist im §. 70. nicht ausgedrückt, wer die ver-
wirkte Belohnung, d. h. den Finderantheil, empfangen soll, und da nach §§. 43. ff.
die gefundene Sache, wenn ihr Verlierer nicht ausgemittelt wird, dem Finder
zugeschlagen werden soll, sobald sie nicht mehr als 100 Thlr. werth ist, bei
einem höheren Werthe aber dieser zwischen dem Finder und der Ortsarmenkasse
gleich (doch mit einem Voraus von 100 Thlr. für Ersteren) getheilt werden soll,
so läßt sich wieder darüber streiten, wem bei Anwendung des §. 70. der ver-
wirkte Antheil des Finders zufalle? Die Verweisung auf §. 70. giebt indeß
nur die Regel, daß der Finder des Schatzes seiner ihm sonst daran gebühren-
den Hälfte verlustig wird, wenn er davon innerhalb der im §. 102. bis auf
4 Wochen erweiterten Frist keine Anzeige gemacht hat. Ist aber die dem Fin-
der gebührende Hälfte des Schatzes diesem allein und ausschließlich zugesichert,
und die Erwerbung des Eigenthums daran nur durch die Beobachtung der ge-
setzlichen Vorschriften suspendirt, so stellt sich jener Finderantheil, wenn diese
Bedingung hinwegfällt, als herrenloses Gut dar, welches nach allgemeinen
Vorschriften dem Fiskus anheimfällt. (A. L. R. II. 16. §§. 1., 7.) Dem
Grundeigenthümer fehlt jedes Recht auf diesen Erwerb, da §. 82. ihm auch
nur eine Hälfte des Schatzes zubilligt. Dieselbe ratio legis, nach welcher in
den §§. 85—87. »die dem Finder sonst gebührende Hälfte des Schatzes« oder
dessen »Anrecht am Schatz« dem Fiskus anheimfällt, als herrenloses Gut, findet
auch im §. 102. ihre Anwendung. Zu demselben Resultate würde man übri-
gens auch nach der Meinung gelangen, welche diese Verluste des Finderrechtes
als eine eigentliche Strafe ansieht, da diese Strafe auch nur zur Staatskasse
fließen könnte. (A. L. R. Thl. II. Tit. 17. §§. 115. ff.) Die provinzial-
rechtlichen Bestimmungen des Ostpreuß. Provinzialr. im Zus. 13. zu §. 85.
Tit. 9. und des Westpreuß. Provinzialr. (G. S. 1844 S. 105 §. 1.) können
in einer anderen Provinz nicht zur Anwendung kommen, sie sind aber auch
keine Erläuterungen des Sinnes der landrechtlichen Vorschrift, da diese im §. 85.
das Gegentheil besagt, vielmehr nur aus dem Römischen Rechte beibehaltene,
vom A. L. R. abweichende und deshalb aufgezeichnete provinzielle Bestimmungen,
die eben deshalb auch für die Bedeutung des §. 102. nichts darbieten.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 10, Entsch. Bd. 30. S. 421.)

Derselben Ansicht sind:

a) Die Gesetzrevisoren:

Die Frage, wem der Finderantheil zufalle, — ob dem Fiskus oder dem
Grundeigenthümer, ist unentschieden geblieben. Die Vorarbeiten des A. L. R.

geben keine Auskunft über diese Frage. Man muß indeß aus dem Umstande, daß der Eigenthümer, welcher die gesetzlichen Vorschriften in Ansehung des auf eigenem Grund und Boden gefundenen Schatzes vernachlässiget, fiskalisch bestraft wird (§. 103.), den Schluß ziehen, daß der Fiskus auch im vorhergehenden Falle auf den Finderantheil Anspruch machen könne. Nur durch diese Annahme bleibt man ferner in Uebereinstimmung mit den §§. 85. u. 88. Sollte der durch Uebertretung gesetzlicher Vorschriften verwirkte Finderantheil dem Eigenthümer zuwachsen, so müßte dies in dem einen, wie in dem anderen Falle Rechtens sein. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 96.)

b) Koch ist gleicher Ansicht. Denn der Eigenthümer habe nicht mehr, als die Hälfte zu fordern, und kein Privatmann könne das erhalten, was ein Anderer zur Strafe verliere, sondern dies ziehe allemal der Fiskus. (Lehrb. Bd. 1. S. 419.)

Dagegen geben dem Grundeigenthümer den Vorzug:

a) der I. Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 2. Dec. 1840. (J. W. 1841 S. 75.)

b) Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 2. S. 20).

§. 106. Statt: »Tit. 16. Abschn. 4.« ist zu setzen: »Thl. II. Tit. 16. Abschn. 4.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

Vierter Abschnitt.

Vom Thierfange.

§§. 107—117. Vom Thierfange überhaupt.

§§. 111—113. Vergl. §. 40. der Feld-Pol.-O. v. 1. Nov. 1847 in den Erg. zum A. L. R. I. 14. Abschn. IV.

§§. 118—126. Von Bienen.

1) R. des Min. d. P. v. 28. Dec. 1820. Die Polizeibehörden sind nicht berechtigt, die Grundeigenthümer zur Entfernung der Bienenständer von Straßen und öffentlichen Wegen anzuhalten.

(v. K. Ann. Bd. 4. S. 869.)

2) Die Gesetzrevisoren theilen mit, daß der §. 124. h. t. im Entw. gesagt habe: »Wenn der Eigenthümer von der Verfolgung abläßt«. Die anderweitige Fassung sei gewählt, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, welches entstehen könnte, wenn etwa der Eigenthümer nur einstweilen von der Verfolgung abließe, vielleicht gar, um neue Anstalten zu treffen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 105—113. des Entw. S. 98.)

§§. 127—169. Von der Jagd.

C. W. Hahn, das Preuß. Jagdrecht, aus den Allg. Landesgesetzen, den Provinz.-Jagdordn., den Min.- u. Reg.-Verordn. systematisch entwickelt und mit Abdrücken der Provinz.-Jagdgesetze versehen. Breslau 1836, 2. Ausg. Breslau 1848.

L. v. Rönne, das Domainen-, Forst- und Jagdwesen des Preuß. Staates; eine systematisch geordnete Sammlung aller auf dasselbe Bezug habenden gesetzl. Bestimmungen 2c. Berlin 1854.

Reinhard, Beitrag zur Lehre von der Jagdgerechtigkeit. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 1 ff.)

Seibertz, das Westphäl. Jagdrecht. Rechtsgeschichtlich-dogmatische Abhandlung. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 525 ff. und Bd. 15. S. 1 ff., 171 ff., 341 ff., 527 ff.)

A. Willmar, die neuen Preuß. Jagdgesetze, nebst den älteren Gesetzen und Verordnungen in Betreff des Jagdwesens, welche in Kraft geblieben sind. Quedlinburg 1852. 8.

§. 127. I. Der §. 127. ist beseitigt durch das (nachfolgende) G. v. 31. Okt. 1848.

II. G. v. 31. Okt. 1848, betr. die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung der Jagd.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. 2c. verordnen auf den Antrag der zur Vereinbarung der Preuß. Staatsverfassung berufenen Versammlung nach Anhörung Unseres Staats-Ministeriums, was folgt:

§. 1. Jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist ohne Entschädigung aufgehoben.

Die bisherigen Abgaben und Gegenleistungen des Berechtigten fallen weg.

§. 2. Eine Trennung des Jagdrechtes vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden.

§. 3. Die Jagd steht jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zu. Er darf sie in jeder erlaubten Art, das Wild zu jagen und zu fangen, ausüben.

Den benachbarten Grundbesitzern bleibt überlassen, ihre Grundstücke zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zu vereinigen und die Jagd durch öffentliche Verpachtung, oder durch einen angenommenen Jäger ausüben, oder auch gänzlich ruhen zu lassen. Kein Grundbesitzer kann aber zu einer solchen Vereinbarung genöthigt werden.

§. 4. Die Grundbesitzer sind in der Ausübung der Jagd nur beschränkt durch die allgemeinen und die besonderen jagdpolizeilichen Vorschriften, welche den Schutz der öffentlichen Sicherheit und die Schonung der Feldfrüchte bezwecken.

Das Recht der Jagdfolge ist aufgehoben.

§. 5. In allen Festungswerken ist allein die Militairverwaltung befugt, die Jagd durch besonders dazu ermächtigte Personen ausüben zu lassen.

Außerhalb dieser Werke, desgleichen um die Pulvermagazine und ähnliche Anstalten, werden auf Kosten der Militairverwaltung Umkreise oder Rayons von zusammenhängender Fläche gebildet und bezeichnet, innerhalb welcher die Jagd mit Feuergewehren nicht ausgeübt werden darf, bei Vermeidung einer Polizeistrafe von fünf bis zwanzig Thalern, oder im Unvermögensfalle eines verhältnißmäßigen Gefängnisses.

Die weiteste Entfernung der Außenlinie von den ausspringenden Winkeln des Glacis der Pulvermagazine und ähnlicher Anstalten wird auf dreihundert Schritte festgesetzt. Die Abgrenzung erfolgt gemeinschaftlich von der Festungsbehörde, einem Deputirten des Stadtvorstandes und einem der Kreisverwaltung.

§. 6. Das gegenwärtige Gesetz tritt sofort in Kraft. In Ansehung der abgeschafften Jagdgerechtigkeit sind die bestehenden Pachtverträge aufgelöst. Der Pachtzins des laufenden Jahres ist zu berechnen nach Verhältniß der Zeit der diesjährigen Jagdnutzung.

§. 7. Alle schwebenden Untersuchungen über Jagdkontraventionen sind aufgehoben und die Kosten niedergeschlagen. Die bereits erkannten Strafen nebst Kosten werden hiermit erlassen und bei allen Jagdkontraventionen, so wie wegen solcher Wilddiebstähle, welche von Grundbesitzern auf eigenem Grund und Boden seit der letzten Jageröffnung verübt sind.

§. 8. Alle diesem Gesetze entgegenstehenden allgemeinen und besonderen Bestimmungen, namentlich die K. O. v. 21. Jan. 1812 und die V. v. 17. April 1830[1]) — desgl. die jagdpolizeilichen Vorschriften über die Schon-, Setz- und Hegezeit des Wildes werden hiermit aufgehoben[2]).

Urkundlich 2c. 2c.

Gegeben Sanssouci, den 31. Okt. 1848.

Friedrich Wilhelm.

v. Pfuel. Eichmann. v. Bonin. Kisker. Gr. Dönhof.

(G. S. 1848 S. 343.)

Dazu:

1) Zu §§. 1—3.

a) Die Aufhebung des Jagdrechtes auf fremdem Grund und Boden erstreckt sich auch auf die im Eigenthume des Staates befindlichen Gewässer und gilt ohne Rücksicht auf seine Entstehungsart.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1853.

Der Ausdruck »Grund und Boden« (in §§. 1., 2., 3. des G. v. 31. Okt. 1848) ist gleichbedeutend mit »Grundstücke«, »Grundeigenthum«. Dazu werden aber auch Gewässer gerechnet. Daß der Gesetzgeber auch Gewässer, und nicht bloß die feste Oberfläche der Erde als Grund und Boden angesehen hat, ergiebt sich klar aus dem Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850, in welchem der §. 2. festsetzt, daß der Grundbesitzer zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf seinem Grund und Boden befugt sein soll, auch auf Seen und zur Fischerei eingerichteten Teichen. Wenn nun aber hiernach Gewässer als Grund und Boden anzusehen, so entspricht es dem klaren Wortsinne des G., den §. 1. auf öffentliche, dem Staate gehörige Gewässer, auf denen die Ausübung der Jagd möglich und zuläßig ist, anzuwenden. Daß aber das Jagdrecht ohne Rücksicht auf die Entstehungsart desselben aufgehoben ist, ergiebt die ratio legis und der §. 2. des G. v. 31. Okt. 1848, so wie die Bestimmung des §. 1., welcher »jedes« Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufhebt. (Entsch. Bd. 25. S. 396.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 6. März 1855 in spezieller Beziehung auf die im Eigenthume des Staates befindlichen Flüsse an. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 360 Nr. 77.)

b) Der Erbpächter eines Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden kann seit Aufhebung dieses Rechtes durch das G. v. 31. Okt. 1848 auf den Erbpachtskanon nicht ferner Anspruch machen, wenngleich der Erbpächter als Eigenthümer des Grund und Bodens durch jenes Gesetz das Jagdrecht erlangt hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1851, auf Grund des A. L. R. Einl. §. 108., I. 8. §§. 1., 9., I. 18. §. 736., I. 19. §. 31., I. 21. §§. 187., 201., 211., des G. v. 31. Okt. 1848 §§. 1—3., 6., und des G. v. März 1850 §. 5.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 229 Nr. 49.)

---

[1]) Vergl. die K. O. v. 21. Jan. 1812 in v. K. Ann. Bd. 5. S. 698 und die V. v. 17. April 1830 in der G. S. 1830 S. 65.

[2]) Abgeändert durch die §§. 18. ff. des Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850.

c) Wird der Käufer einer Jagdgerechtigkeit, falls deren Uebergabe erfolgt ist, von der Verbindlichkeit zur Entrichtung des Kaufpreises dadurch befreit, daß dem Verkäufer die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung, die Berichtigung des Besitztitels für den Käufer zu erwirken, in Folge des G. v. 31. Okt. 1848 unmöglich geworden ist?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1851 auf Grund des §. 1. des G. v. 31. Okt. 1848 und der §§. 124—127. und des §. 322. A. L. R. I. 11.

(Strietborst's Arch. Bd. 2. S. 262 Nr. 55.)

Bei einer früheren Gelegenheit hat das Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) entgegengesetzt entschieden. (a. a. O. S. 266—271.)

d) Das in einem Erbpachtsvertrage dem Erbpächter vorbehaltene Jagdrecht ist mit dem nach §. 2. Nr. 2. des G. v. 2. März 1850 von dem Erbpächter erlangten vollen Eigenthum auf denselben übergegangen, und keine solche vorbehaltene Nutzung, welche nach §. 5. a. a. O. als fortbestehende Berechtigung von dem bisherigen Erbverpächter noch fernerhin ausgeübt werden darf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2336.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 173, Entsch. Bd. 22. S. 1.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 21. Abschn. II.

2) Zum §. 4. Vergl. die Erg. zum §. 18. des Jagdpolizeigesetzes v. 7. März 1850.

III. Jagdpolizei-Gesetz v. 7. März 1850.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. verordnen, mit Zustimmung beider Kammern, was folgt:

§. 1. Die Ausübung des einem jeden Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zustehenden Jagdrechts wird nachstehenden Bestimmungen unterworfen.

§. 2. Zur eigenen Ausübung des Jagdrechts auf seinem Grund und Boden ist der Besitzer nur befugt:

a) auf solchen Besitzungen, welche in einem oder mehreren an einander grenzenden Gemeindebezirken einen land- oder forstwirthschaftlich benutzten Flächenraum von wenigstens dreihundert Morgen einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen sind; die Trennung, welche Wege oder Gewässer bilden, wird als eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht angesehen;

b) auf allen dauernd und vollständig eingefriedeten Grundstücken.

Darüber, was für dauernd und vollständig eingefriedet zu erachten, entscheidet der Landrath;

c) auf Seen, auf zur Fischerei eingerichteten Teichen und auf solchen Inseln, welche ein Besitzthum bilden [1]).

§. 3. Wenn die im §. 2. bezeichneten Grundstücke mehr als dreien Besitzern gemeinschaftlich gehören, so ist die eigene Ausübung des Jagdrechts auf diesen Grundstücken nicht sämmtlichen Mitbesitzern gestattet.

Dieselben müssen vielmehr die Ausübung des Jagdrechts Einem bis höchstens Dreien unter ihnen übertragen. Doch steht ihnen auch frei, das Jagdrecht ruhen oder durch einen angestellten Jäger ausüben zu lassen oder zu verpachten.

Gemeinden oder Korporationen dürfen das Jagdrecht auf solchen ihnen gehörenden Grundstücken (§. 2.) nur durch Verpachtung oder durch einen angestellten Jäger ausüben.

§. 4. Alle übrigen Grundstücke eines Gemeindebezirks, welche nicht zu den im §. 2. gedachten gehören, bilden der Regel nach einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk. Es ist aber den Gemeindebehörden [1]) gestattet, nach freier Uebereinkunft mehrere ganze Gemeindebezirke oder einzelne Theile eines Gemeindebezirks mit einem anderen Gemeindebezirke zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zu vereinigen. Auch soll die Gemeindebehörde befugt sein, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde aus dem Bezirke Einer Gemeinde mehrere für sich bestehende Jagdbezirke zu bilden, deren jedoch keiner eine geringere Fläche als dreihundert Morgen umfassen darf [2]).

Den Besitzern der im §. 2. bezeichneten Grundstücke ist es gestattet, sich mit diesen Grundstücken dem Jagdbezirke ihrer Gemeinden anzuschließen.

Die Beschlüsse über alle dergleichen Abänderungen der gewöhnlichen Jagdbezirke dürfen sich auf keinen kürzeren Zeitraum als auf drei Jahre und auf keinen längeren Zeitraum als auf zwölf Jahre erstrecken.

§. 5. Die Besitzer isolirt belegener Höfe sind berechtigt, sich mit denjenigen Grundstücken, welche zusammenhängend den Hof ganz oder theilweise umgeben, also nicht mit fremden Grundstücken im Gemenge liegen, von dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke auszuschließen, wenngleich die Grundstücke nicht zu den im §. 2. gedachten gehören.

§. 6. Auf den nach §. 5. aus dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke ausgeschiedenen Grundstücken müssen die Grundbesitzer, so lange die Ausschließung dauert, die Ausübung des Jagdrechts gänzlich ruhen lassen.

Auch müssen die Grenzen solcher Grundstücke stets erkennbar bezeichnet werden.

§. 7. Grundstücke, welche von einem über dreitausend Morgen im Zusammenhange großen Walde, der eine einzige Besitzung bildet, ganz oder größtentheils eingeschlossen sind, werden, auch wenn sie nicht unter die Bestimmungen des §. 2. fallen, dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke der Gemeinde nicht zugeschlagen. Die Besitzer solcher Grundstücke sind verpflichtet, die Ausübung der Jagd auf denselben dem Eigenthümer des sie umschließenden Waldes auf dessen Verlangen gegen eine nach dem Jagdertrage zu bemessende Entschädigung zeitpachtweise zu übertragen, oder die Jagdausübung gänzlich ruhen zu lassen.

Die Festsetzung der Entschädigung erfolgt im Mangel einer Einigung durch den Landrath, vorbehaltlich der beiden Theilen zustehenden Berufung auf richterliche Entscheidung.

Macht der Waldeigenthümer von seiner Befugniß, die Jagd auf der Enklave zu erpachten, beim Anerbieten des Besitzers nicht Gebrauch, so steht dem Letzteren die Ausübung der Jagd auf dem enklavirten Grundstücke zu.

Stoßen mehrere derartige Grundstücke an einander, so daß sie eine ununterbrochene zusammenhängende Fläche von mindestens dreihundert Morgen umfassen, so bilden dieselben einen für sich bestehenden gemeinschaftlichen Jagdbezirk, für welchen die nämlichen Vorschriften gelten, wie für die gewöhnlichen Jagdbezirke.

§. 8. Die im §. 5. des G. v. 31. Okt. 1848 (G. S. 1848 S. 344) enthaltenen Vorschriften über die Ausübung der Jagd in den Festungswerken, in deren Umkreise, so wie in dem der Pulvermagazine und ähnlicher Anstalten, bleiben unverändert in Kraft [3]).

§. 9. Die Besitzer der einen Jagdbezirk bildenden Grundstücke werden in allen Jagdangelegenheiten durch die Gemeindebehörde vertreten [4]). Werden Grundstücke aus verschiedenen Gemeindebezirken zu einem Jagdbezirke vereinigt, so bestimmt die Aufsichtsbehörde diejenige Gemeindebehörde, welche die Vertretung zu übernehmen hat [5]).

§. 10. Nach Maßgabe der Beschlüsse der Gemeindebehörde kann auf dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke entweder:

---

[1]) a) R. der Min. des Inn. und für landwirthschaftl. Ang. v. 30. Juli 1852. Das G. v. 7. März 1850 regulirt nur die Modalitäten der Ausübung der Jagd, und wenn es rücksichtlich der öffentlichen Ströme keine ausdrücklichen Vorschriften enthält, so folgt daraus noch nicht, daß auf diesen die Jagd, die nebenbei aus allgemeinen polizeilichen Gründen nicht für zuläßig erachtet werden kann, verboten ist. Der §. 2. des G. paßt aber darauf nicht, insofern sub a. nur von land- und forstwirthschaftlich benutzten Grundstücken, sub c. nur von Seen ꝛc. die Rede ist; ebensowenig läßt sich §. 4. anwenden, da dessen Voraussetzung: die Bildung von Gemeindebezirken (in welche auch die Stromflächen zu ziehen sein würden), noch nicht eingetreten ist. Nach dem Wortlaute des G. würde demnach nichts im Wege stehen, mit der Jagd qu. willkührlich zu verfahren; es muß nach dessen Grundprinzipe doch aber für nothwendig erachtet werden, auf den Strömen selbstständige Jagdbezirke nicht unter einer zusammenhängenden Fläche von 300 Morgen zu bilden.

(M. Bl. d. i. V. 1852 S. 175.)

b) Streitigkeiten darüber: ob der Besitzer eines Sees, welcher innerhalb des Jagdbezirks einer Gemeinde gelegen ist, zur eigenen Ausübung des Jagdrechtes auf dem See berechtigt sei, sind dem Rechtswege unterworfen.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 3. Mai 1856.

(J. M. Bl. 1856 S. 187 Nr. 81.)

[1]) Ueber die Bedeutung dieses Ausdruckes vergl. die R. der Min. des Inn. und für landwirthschaftl. Ang. v. 1. Juni, 5. Sept. u. 29. Okt. 1850.

(M. Bl. d. i. V. 1850 S. 192, 255 u. 346.)

[2]) Vergl. das R. des Min. für die landwirthschaftl. Ang. v. 14. Nov. 1850 (M. Bl. d. i. V. S. 391) über die Regulirung der Jagdbezirke.

[3]) a) Ueber die Ausübung der Jagd um die Festungen vergl. das R. der Min. des Inn. u. der Fin. v. 2. Juni 1849. (M. Bl. d. i. V. S. 148.)

b) Betr. die Ausübung der Jagd auf Eisenbahnen und dazu erworbenen Ländereien, vergl. d. R. des Min. für Hand., Gew. u. öffentl. Arb. v. 22. April u. 24. Juni 1849 (a. a. O. S. 147 u. 185.)

[4]) Wenn die Aufsichtsbehörde einen von der Gemeindevertretung geschlossenen Jagdpachtungsvertrag mißbilligt, und die Abschließung eines neuen (durch einen anderen Vertreter als die Gemeindebehörde) veranlaßt hat, und die Gemeindebehörde selbst die Anordnung der Aufsichtsbehörde anfechten will, so ist der Rechtsweg unzuläßig. (Erk. des Kompetenz-Gerichtshofes v. 26. Nov. 1853, J. M. Bl. 1854 S. 21.) — Wenn dagegen der andere Kontrahent die Rechtsbeständigkeit des Pachtvertrages behauptet und seine vermeintlichen Rechte aus demselben verfolgen will, so ist ihm der Rechtsweg unverschränkt. (Erk. desselb. Gerichtshofes v. 18. Dec. 1852 u. v. 3. Juni 1854, J. M. Bl. 1853 S. 111 u. 1854 S. 399.)

[5]) Ueber die Ausübung des Aufsichtsrechtes in Betreff der Jagdpachtverträge vergl. die R. der Min. des Inn. u. für landwirthschaftl. Ang. v. 4. Aug. 1852 u. 19. Febr. 1853. (M. Bl. d. i. V. 1852 S. 175 u. 1853 S. 44.)

a) die Ausübung der Jagd gänzlich ruhen, oder
b) die Jagd für Rechnung der betheiligten Grundbesitzer durch einen angestellten Jäger beschossen werden, oder
c) dieselbe, sei es öffentlich im Wege des Meistgebots, oder aus freier Hand verpachtet werden[1]).

Die Pachtverträge dürfen sich auf keinen kürzeren Zeitraum als auf drei Jahre und auf keinen längeren Zeitraum als auf zwölf Jahre erstrecken.

§. 11. Die Pachtgelder und Einnahmen von der durch einen angestellten Jäger beschossenen Jagd werden in die Gemeindekassen gezahlt, und, nach Abzug der etwa entstehenden Verwaltungskosten, durch die Gemeindebehörde unter die Besitzer derjenigen Grundstücke, auf welchen die gemeinschaftliche Ausübung des Jagdrechts stattfindet, nach dem Verhältnisse des Flächeninhalts dieser Grundstücke vertheilt.

§. 12. Die Verpachtung der Jagd, sowohl auf den im §. 2. erwähnten Grundstücken, als auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken, darf bei Strafe der Nichtigkeit des Vertrages niemals an mehr als höchstens drei Personen gemeinschaftlich erfolgen.

Ausländer dürfen nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde als Jagdpächter angenommen werden.

Afterverpachtungen sind ohne Einwilligung des Verpächters nicht gestattet.

§. 13. Sowohl den Pächtern gemeinschaftlicher Jagdbezirke, als auch den Besitzern der im §. 2. bezeichneten Grundstücke, ist die Anstellung von Jägern für ihre Reviere gestattet.

§. 14. Ein Jeder, welcher die Jagd ausüben will[2]), muß sich einen für den ganzen Staat gültigen, zu seiner Legitimation dienenden, auf ein Jahr[3]) und auf die Person lautenden Jagdschein von dem Landrathe des Kreises seines Wohnsitzes ertheilen lassen, und selbigen bei der Ausübung der Jagd stets mit sich führen.

Auch Ausländern kann ein solcher Jagdschein, jedoch nur gegen die Bürgschaft eines Inländers, von dem Landrathe des Wohnortes des Bürgen ertheilt werden. Der Bürge haftet in Folge seines Antrages für Strafen, welche auf Grund der §§. 16., 17. u. 19. gegen den Ausländer verhängt werden, so wie für die Untersuchungskosten.

Für einen jeden Jagdschein wird auf das Jahr eine Abgabe von Einem Thaler zur Kreis-Kommunalkasse des Wohnorts des Extrahenten entrichtet. Die eingehenden Beträge werden nach den Beschlüssen der Kreisvertretung verwendet.

Die Ausfertigung der Jagdscheine erfolgt kosten- und stempelfrei.

Die im Königl. oder Kommunaldienste angestellten Forst- und Jagdbeamten, so wie die lebenslänglich angestellten Privatforst- und Jagdbedienten erhalten den Jagdschein unentgeltlich, soweit es sich um die Ausübung der Jagd in ihren Schutzbezirken handelt. In Jagdscheinen, welche unentgeltlich ertheilt sind, muß dies und für welchen Schutzbezirk sie gelten, angegeben werden[4]).

§. 15. Die Ertheilung des Jagdscheins muß folgenden Personen versagt werden:
a) solchen, von denen eine unvorsichtige Führung des Schießgewehrs oder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu besorgen ist;
b) denen, welche durch ein Urtheil des Rechts, Waffen zu führen, verlustig erklärt sind, so wie denen, welche unter Polizeiaufsicht stehen oder welchen die Nationalkokarde aberkannt ist.

Außerdem kann denjenigen, welche wegen eines Forst- oder Jagdfrevels oder wegen Mißbrauchs des Feuergewehrs bestraft sind, der Jagdschein, jedoch nur innerhalb fünf Jahre nach verbüßter Strafe, versagt werden[5]).

§. 16. Die Nichtbeachtung der vorstehenden Vorschriften über Lösung von Jagdscheinen wird bestraft, wie folgt:

Wer, ohne einen Jagdschein gelöst zu haben, die Jagd ausübt, wird für eine jede Uebertretung mit einer Geldstrafe von fünf bis zwanzig Thalern belegt.

Wer seinen Jagdschein bei Ausübung der Jagd nicht bei sich führt, den trifft eine Geldstrafe bis zu fünf Thalern.

Wer es versucht, sich durch einen nicht auf seinen Namen ausgestellten, fremden Jagdschein zu legitimiren, um sich dadurch der verwirkten Strafe zu entziehen, der wird mit einer Strafe von fünf bis funfzig Thalern belegt[1]).

§. 17. Wer zwar mit einem Jagdscheine versehen, aber ohne Begleitung des Jagdberechtigten, oder ohne dessen schriftlich ertheilte Erlaubniß bei sich zu führen, die Jagd auf fremdem Jagdbezirke ausübt, wird mit einer Strafe von zwei bis fünf Thalern belegt.

Wer die Jagd auf seinem Grundstücke gänzlich ruhen zu lassen verpflichtet ist, dieselbe dennoch aber darauf ausübt, hat eine Geldstrafe von zehn bis zwanzig Thalern und die Konfiskation der dabei gebrauchten Jagdgeräthe verwirkt.

Wer auf seinem eigenen Grundstücke, auf dem die Jagd an einen Dritten verpachtet ist, oder auf dem ein Jäger für gemeinschaftliche Rechnung der bei einem Jagdbezirke betheiligten Grundbesitzer die Jagd zu beschießen hat, ohne Einwilligung des Jagdpächters oder der Gemeindebehörde jagt, ebenso derjenige, welcher auf fremden Grundstücken, ohne eine Berechtigung dazu zu haben, die Jagd ausübt, wird wegen Wilddiebstahls oder Jagdkontravention nach den allgemeinen Gesetzen bestraft.

§. 18. Die Bestimmung der Hege- und Schonzeit erfolgt nach den zur Zeit der Verkündung des G. v. 31. Okt. 1848 geltend gewesenen Gesetzen[2]).

Die V. v. 9. Dec. 1842 §§. 1. u. 2. (G. S. 1843 S. 2) und das Publik. v. 7. März 1843 (G. S. 1843 S. 92) treten wieder in Kraft[3]).

Sonstige Uebertretungen der Vorschriften über Hege- und Schonzeit werden mit einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Geldbuße bis zu funfzig Thalern geahndet.

§. 19. Wer zur Begehung einer Jagdpolizei-Uebertretung sich seiner Angehörigen, Dienstboten, Lehrlinge oder Tagelöhner als Theilnehmer oder Gehülfen bedient, haftet, wenn diese nicht zahlungsfähig sind, neben der von ihm selbst verwirkten Strafe für die von denselben zu erlegenden Geldstrafen und den Schadensersatz.

§. 20. Wegen einer Jagdpolizei-Uebertretung soll eine Untersuchung nicht weiter eingeleitet werden, wenn seit dem Tage der begangenen That bis zum Eingange der Anzeige an die Staatsanwaltschaft oder den Richter drei Monate verstrichen sind.

§. 21. Durch Klappern, aufgestellte Schreckbilder, so wie durch Zäune, kann ein Jeder das Wild von seinen Besitzungen abhalten, auch wenn er auf diesen zur Ausübung des Jagdrechts nicht befugt ist. Zur Abwehr des Roth-, Damm- und Schwarzwildes kann er sich auch kleiner oder gemeiner Haushunde bedienen.

§. 22. Auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken, auf welchen Wildschäden vorkommen, darf die Gemeindebehörde, wenn auch nur ein einzelner Grundbesitzer Widerspruch dagegen erhebt, die Ausübung der Jagd nicht ruhen lassen.

§. 23. Wenn die in der Nähe von Forsten belegenen Grundstücke, welche Theile eines gemeinschaftlichen Jagdbezirkes bilden, oder solche Waldenklaven, auf welchen die Jagdausübung dem Eigenthümer des sie umschließenden Waldes überlassen ist (§. 7.), erheblichen Wildschäden durch das aus der Forst übertretende Wild ausgesetzt sind, so ist der Landrath befugt, auf Antrag der beschädigten Grundbesitzer, nach vorhergegangener Prüfung des Bedürfnisses und

---

[1]) R. des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 1. Mai 1853. Verträge, in denen dem Pächter die Pflicht auferlegt wird, Jagderlaubnißscheine zu ertheilen, sind unzulässig, in sofern damit die Vorschriften der §§. 10. u. 12. des Jagdpolizei-G. umgangen werden. Zu einer gleichen Umgehung führt auch die unentgeltliche Abgabe von Pachterlaubnißscheinen, in sofern die von den Empfängern zu zahlende Summe als ein Beitrag zum Pachtgelde, die Empfänger mithin als Mitpächter angesehen werden müssen.
(M. Bl. d. i. V. S. 152.)

[2]) Auch wer Krammets- oder andere Zugvögel fangen will.
(R. des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 25. März 1852, M. Bl. d. i. V. S. 102.)

[3]) Die Ausstellung erfolgt nicht auf das Kalenderjahr, sondern vom Tage der Lösung.
(R. des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 14. Mai 1850, M. Bl. d. i. V. S. 148.)

[4]) Ueber die Art der Ausstellung der unentgeltlichen Jagdscheine vergl. R. desselb. Min. v. 6. Mai 1850. (a. a. O. S. 148.)

[5]) Die Aufsichtsbehörde ist zur Zurücknahme des Jagdscheines berechtigt, wenn im Laufe des Jahres die Bedingungen der Ertheilung aufhören.
(R. der Min. des Inn. u. für die landwirthschaftl. Ang. v. 9. März 1854, M. Bl. d. i. V. S. 49.)

[1]) Ueber die Konkurrenz der Vergehen aus §§. 14., 16. mit der Jagdkontravention vergl. Erk. des Ob. Trib. v. 8. Febr. 1854 in den Erg. zum §. 274. des Strafgesetzb.

[2]) a) Durch das Jagd-G. v. 31. Okt. 1848 §§. 3., 4. u. 8. ist das Publ. v. 27. Okt. 1784, wonach die Ricken gänzlich zu allen Zeiten bei zehn Thaler Strafe geschont werden sollen, aufgehoben und durch §. 18. des Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850 nicht wiederhergestellt worden.
Erkannt von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1853 (Präj. Nr. 67.), indem der §. 18. des Jagdpolizei-G. nur die Schon- und Hegezeiten, nicht aber das jagdbare Wild selbst betreffe.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 177, Entsch. Bd. 26. S. 446.)
b) Jagdpolizeiliche, vor Publikation des G. v. 31. Okt. 1848 ergangene Vorschriften, welche das Jagen mit Bracken verbieten, sind durch jenes Gesetz aufgehoben und durch das Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850 nicht wieder hergestellt. Eine in Folge des Ges. über die Polizeiverw. v. 11. März 1850 erlassene Polizeivorschrift, welche das Jagen mit Bracken verbietet und unter Strafe stellt, steht mit den Gesetzen in Widerspruch.
Erkannt von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 6. Sept. 1855. (Präj. Nr. 166.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 177, Entsch. Bd. 30. S. 475 Nr. 166. u. Bd. 31. S. 314, Goltdammer's Arch. Bd. 3. S. 829.)

[3]) Vergl. diese Verordn. in den Erg. zum A. L. R. II. 16. §§. 44—57.

für die Dauer desselben, den Jagdpächter selbst während der Schonzeit zum Abschusse des Wildes aufzufordern. Schützt der Jagdpächter, dieser Aufforderung ungeachtet, die beschädigten Grundstücke nicht genügend, so kann der Landrath den Grundbesitzern selbst die Genehmigung ertheilen, das auf diese Grundstücke übertretende Wild auf jede erlaubte Weise zu fangen, namentlich auch mit Anwendung des Schießgewehrs zu tödten.

Das Nämliche gilt rücksichtlich der Besitzer solcher Grundstücke, auf welchen sich die Kaninchen bis zu einer der Feld- und Gartenkultur schädlichen Menge vermehren, in Betreff dieser Thiergattung. Wird gegen die Verfügung des Landraths bei der vorgesetzten Verwaltungsbehörde der Rekurs eingelegt, so bleibt erstere bis zur eingehenden höheren Entscheidung interimistisch gültig.

Das von den Grundbesitzern in Folge einer solchen Genehmigung des Landraths erlegte oder gefangene Wild muß aber gegen Bezahlung des in der Gegend üblichen Schußgeldes dem Jagdpächter überlassen und die desfallsige Anzeige binnen vier und zwanzig Stunden erstattet werden.

§. 24. Auch der Besitzer einer solchen Waldenklave, auf welcher die Jagd nach §. 7. gar nicht ausgeübt werden darf, ist, wenn das Grundstück erheblichen Wildschäden ausgesetzt ist und der Besitzer des umgebenden Wald-Jagdreviers der Aufforderung des Landraths, das vorhandene Wild selbst während der Schonzeit abzuschießen, nicht genügend nachkommt, zu fordern berechtigt, daß ihm der Landrath nach vorhergegangener Prüfung des Bedürfnisses und auf die Dauer desselben die Genehmigung ertheile, das auf die Enklave übertretende Wild auf jede erlaubte Weise zu fangen, namentlich auch mit Anwendung des Schießgewehrs zu tödten.

In diesem Falle verbleibt das gefangene oder erlegte Wild Eigenthum des Enklavenbesitzers.

In den in den §§. 23. u. 24. gedachten Fällen vertritt die von dem Landrathe zu ertheilende Legitimation die Stelle des Jagdscheins.

§. 25. Ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des durch das Wild verursachten Schadens findet nicht statt.

Den Jagdverpächtern bleibt dagegen unbenommen, hinsichtlich des Wildschadens in den Jagdpacht-Kontrakten vorsorgliche Bestimmungen zu treffen.

§. 26. Wenn die jetzt bestehenden Jagdpacht-Kontrakte der Bildung der in den §§. 4. u. 7. vorgeschriebenen gemeinschaftlichen Jagdbezirke hinderlich sind, so treten dieselben mit dem 1. Juli 1851 von selbst außer Kraft.

§. 27. In denjenigen Städten, welche zu keinem landräthlichen Kreise gehören, werden die in diesem Gesetze den Landräthen übertragenen Befugnisse von den Ortspolizeibehörden ausgeübt, und in Stelle der Kreis-Kommunalkasse tritt die städtische Kasse.

§. 28. Wer die Jagd innerhalb des abgesteckten Festungsrayons von 1300 Schritten ausüben will, muß vorher seinen Jagdschein von dem Festungs-Kommandanten besonders visiren lassen.

Die Uebertretung dieser Vorschrift wird mit einer Strafe von zwei bis fünf Thalern geahndet.

§. 29. An die Stelle der in den §§. 16., 17., 18. u. 28. angedrohten Geldstrafen tritt für den Fall, daß der Uebertreter zu deren Bezahlung unvermögend ist, eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe.

§. 30. Alle diesem Gesetze entgegenstehenden Vorschriften werden hiermit aufgehoben.

Unser Minister für landwirthschaftliche Angelegenheiten wird mit der Ausführung dieses Gesetzes[1]) beauftragt.

Urkundlich 2c.

Gegeben Charlottenburg, den 7. März 1850.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

Graf v. Brandenburg. v. Ladenberg. v. Manteuffel. v. d. Heydt. v. Rabe. Simons. v. Schleinitz. v. Stockhausen.

(G. S. 1850 S. 165.)

§§. 130 — 140. Von der Jagdfolge.

Die §§. 130 — 138. setzen die Regeln fest, welche bei Ausübung der Jagdfolge zu beobachten sind. Das Recht der Jagdfolge ist jedoch durch den §. 4. d. G. v. 31. Okt. 1848 (s. in den Erg. zum §. 127. h. t.) aufgehoben, weshalb die §§. 130—138. wegfallen.

§§. 141 — 148. Von Wildschaden und dessen Verhütung.

1) Diese Vorschriften sind beseitigt und durch diejenigen ersetzt, welche das Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850 §§. 22. sqq. (s. in den Erg. zum §. 127. h. t.) enthält.

2) Die Verpflichtung desjenigen, der hohes Wild auf seinem Reviere hegen will, auf seine Kosten tüchtige Wildzäune anzulegen und zu unterhalten (§§. 144—147.), ist, da die Voraussetzung, daß keine andere Mittel zur Abwendung der Beschädigungen angrenzender bebauter Ländereien vorhanden sind, nach dem G. v. 31. Okt. 1848 und dem Jagdpolizei-G. v. 7. März 1850 nicht mehr zutrifft, aufgehoben. Auf vergangene Fälle ist die Vorschrift im §. 25. des zuletzt gedachten Gesetzes, daß ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des durch das Wild verursachten Schadens nicht stattfinde, jedoch nicht zu beziehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850. (Präj. Nr. 2228.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 11, Entsch. Bd. 19. S. 113.)

§§. 149 — 157. Fälle, wo das Wild ohne Jagdgerechtigkeit gefangen oder getödtet werden kann.

§§. 152. 153. 1) V. v. 15. Jan. 1814, wegen Gestellung der zu den Wolfsjagden nöthigen Mannschaften.

Da die Vertilgung der Wölfe eine allgemeine Landes- und Sicherheits-Angelegenheit ist, und es die Gerechtigkeit erfordert, daß zu dem, was das Wohl Aller betrifft, auch Unsere getreuen Unterthanen beitragen, so verordnen Wir hiermit und Kraft dieses:

§. 1. Es sollen alle ackerbautreibende Einsassen, sowohl in den Dörfern als in den Städten, desgl. diejenigen, welche gar keinen Acker besitzen, jedoch Pferde, Rindvieh oder Schaafe halten, zu den Wolfsjagden Hülfe leisten, und die davon nach einigen Provinzial-Verfassungen stattgehabten Befreiungen gänzlich aufhören.

§. 2. Auf die Größe der Ackerbesitzungen soll bei Vertheilung dieser Last nicht Rücksicht genommen, sondern solche nach der Anzahl der zu obgedachter Klasse zu rechnenden Einsassen vertheilt werden.

§. 3. Nur diejenigen Einsassen, welche nicht über eine und eine halbe Meile von der Gegend, in welcher die Wolfsjagd gehalten wird, entfernt wohnen, können hierzu angezogen werden.

§. 4. Die Forstbedienten sollen die Wolfsjagden nur in Verabredung mit den Kreispolizeibehörden anordnen, und insbesondere soll von letzteren bestimmt werden, wie viel und welche Maunschaften dazu aufzufordern sind.

(G. S. 1814 S. 1.)

2) Vergl. über die Wolfsjagden und die dabei zu leistenden Dienste, so wie über die Wolfsprämien, Hahn's Preuß. Jagdrecht S. 149 ff. §§. 66. und 67.

§. 153. Statt: »§. 253.« ist zu setzen: »§. 153.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 158—169. Von Jagdgerechtigkeiten auf fremden Revieren.

Diese §§. sind durch den §. 1. des G. v. 31. Okt. 1848 (s. in den Erg. zum §. 127. h. t.) für aufgehoben zu erachten.

§§. 170 — 192. Von der Fischerei.

§§. 170 — 175. Gegenstand derselben.

§. 170. 1) Den Uferbesitzern eines Privatflusses steht als Ausfluß des Eigenthums an dem Flusse auch das Recht zu, denselben zu befischen. Dieses Recht wird dadurch allein nicht ausgeschlossen, daß einem Dritten in demselben Flusse eine Fischereigerechtigkeit zukommt.

Der §. 170. h. t. begründet dem Uferbesitzer gegenüber kein ausschließliches Recht des Fischereiberechtigten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1845. (Präj. Nr. 1628.)[1])

Der §. 170. h. t. bezieht sich allerdings nicht bloß auf die Fischerei in öffentlichen Flüssen, da im §. 78. A. L. R. II. 15. auf jenen §. und ff. bis §. 192. hingewiesen wird; allein der §. 170. enthält auch nicht eine unbedingte Ausschließung des Fischereirechts der Uferbesitzer eines Privatflusses. Die §§. 170—175. bestimmen, was zu den der Fischereigerechtigkeit unterliegenden Thieren gehöre, und die Fassung des §. 170. und der Zusammenhang mit den folgenden §§. ergiebt, daß dadurch nur hervorgehoben werden sollte, daß der Fischereiberechtigte alle in diesen Wässern lebenden Thiere sich zueignen dürfe. Die Bezeichnung des Rechts als eines ausschließenden ist nur gewählt, um anzudeuten, daß diese Thiere nicht Gegenstand des freien Thierfanges sein, wie nach dem gemeinen Rechte anzunehmen gewesen wäre. Es ist also jene Ausschließlichkeit nur in Bezug auf die nicht speziell zur Fischerei Berechtigten ausgesprochen; nicht aber soll dadurch angedeutet werden, daß es nur Einen zur Fischerei Berechtigten geben könne, und daß namentlich die

---

[1]) Dazu ist das C. R. v. 7. März 1850 (M. Bl. d. i. V. 1850 S. 107) ergangen, welches durch die R. v. 1. Juni 1850 (a. a. O. S. 192) u. v. 18. Nov. 1850 (a. a. O. S. 39) ergänzt ist.

[1]) Vergl. die in diesem Rechtsfalle ergangenen Erk. I. und II. Instanz in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 621 und 627.

Rechte des Eigenthümers der angrenzenden Grundstücke auf die Benutzung der Privatgewässer in dieser Beziehung ausgeschlossen würden. Dieses Recht der Uferbesitzer zur Ausübung der Mitfischerei muß man annehmen, weil die §§. 225—273. h. t. über Alluvion, Inseln und verlassene Flußbette in Privatflüssen ergeben, daß die letzteren als Pertinenzien der anliegenden Grundstücke, wenigstens in Hinsicht der Benutzung derselben zu betrachten sind, und nur in öffentlichen Strömen der Fischfang nach §. 73. A. L. R. II. 15. zu den Regalien gehört, wenn auch der §. 176. h. t. die Rechte der Uferbesitzer der Privatflüsse nicht darthun kann, da diese Vorschrift nur von geschlossenen Gewässern handelt. Die gesetzliche Unterscheidung in den §§. 178—182. h. t. zwischen den eingeschlossenen und nicht eingeschlossenen Gewässern in Bezug auf die Verfolgung der ausgetretenen Fische beweist nichts gegen das Mitfischereirecht der Besitzer der anliegenden Grundstücke; denn es ist darin nur ausgesprochen, daß ein Eigenthum an den Fischen nur in geschlossenen Gewässern stattfindet, und in uneingeschlossenen Gewässern der Thierfang — obwohl kein freier — eintritt, oder die eigentliche Fischerei, bei welcher die einzelnen Thiere erst durch die Besitzergreifung in das Eigenthum des Fischereiberechtigten kommen.

(Präj. Samml. S. 30, Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 61 ff.)

Auch das Erk. des Appell. Ger. zu Arnsberg v. 21. Febr. 1852 führt aus, daß der Adjacent eines Flusses dem anerkannten Fischereiberechtigten gegenüber zur Mitfischerei berechtigt sei, und daß dieser Rechtsgrundsatz auch im Herzogthume Westphalen Anwendung finde. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 649.)

Vergl. dagegen die Abhandl. von Böle in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 621—637, welche nachzuweisen sucht, daß die dem §. 170. h. t. gegebene Auslegung unrichtig und daß die Fischerei ebenso wie die Jagdgerechtigkeit im A. L. R. als ein besonderes Eigenthumsrecht aufgefaßt werde, in der Mitte stehend zwischen Regalien und Servituten mit der Vermuthung der Ausschließlichkeit für den Berechtigten bis zum Nachweise des Gegentheils.

Vergl. Zus. 3. zu den §§. 176—183. h. t.

2) Der §. 170. h. t. (nämlich das Exklusivrecht) bezieht sich nur auf die dem Fischereirechte unterworfenen Thiergattungen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1854 (Präj. Nr. 2577.), unter Bezugnahme auf die Motive des Präj. Nr. 1628.[1]).

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 11, Entsch. Bd. 30. S. 184.)

3) Das einer Privatperson zustehende Recht zum Fischfange in einem öffentlichen Strom ist nur in soweit ein ausschließliches, als es dem Fischereiberechtigten erweislich vom Staate als Privilegium verliehen worden ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2576.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 68, Entsch. Bd. 30. S. 185.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 14. §§. 26—33.

§§. 176—183. Von Fischen in geschlossenen und ungeschlossenen Gewässern.

1) Die §§. 176—179. enthalten den Gegensatz von §§. 180—183., indem sie die sogen. zahme Fischerei betreffen, wogegen die §§. 180—183. die wilde Fischerei zum Gegenstande haben.

Vergl. die Abhandl. in der J. Z. 1832 S. 803 und Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 17—18, 2. Ausg. Bd. 2. S. 12.

2) Wenn die Fischereigerechtigkeit in einem Privatflusse aus einer Verleihung des Staates ohne Bestimmung gewisser Grenzen hergeleitet wird, so findet die Festsetzung des §. 74. A. L. R. II. 15., — daß sie sich nicht über den Uferbesitz hinaus erstrecke, — Anwendung. Aus den Vorschriften der §§. 176. und 177. A. L. R. I. 9. geht nicht hervor, daß für den Eigenthümer des Grundes und Bodens nur allein unter Voraussetzung der völligen Geschlossenheit des Gewässers ein Anspruch auf die Fische entspringe; vielmehr enthalten dieselben nur eine Anwendung des allgemeinen Rechtsprinzips, daß in der Regel das innerhalb der Grenzen eines Grundstückes belegene zu demselben gehört und dazu benutzt werden kann. Die Anwendung dieses Prinzips auf die Fischerei in Privatflüssen steht aber mit der Vorschrift des §. 74. A. L. R. II. 15. in vollkommenem Einklang.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Aug. 1838. (Präj. Nr. 517.)

Wenn man auch zugeben mag, daß nach den Worten des §. 73. A. L. R. II. 15.: »Der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien«, die Vorschriften des §. 74. zunächst und der Regel nach bei Fischereien in solchen Strömen zur Anwendung kommen werden, so folgt doch daraus allein ihre Unanwendbarkeit auf die Fischereien, welche der Staat in Privatflüssen besitzt und an andere verliehen hat, noch nicht. Denn aus demselben Grunde würde man auch die Vorschriften der folgenden §§. lediglich auf die Fischerei in öffentlichen Strömen beschränken müssen, obwohl sie offenbar den Charakter allgemeiner Bestimmungen an sich haben. Alle stehen aber in einem untrennbaren Zusammenhange, denn sie bestimmen die Grenzen der Verleihung im §. 74. nach dem Besitz der Ufer, in §§. 75., 76. nach dem Zwecke und bedingten Umfange. Im §. 77. werden die allgemeinen Bestimmungen solcher bedingten Nutzungsrechte, im §. 78. die über den Umfang, die Grenzen und Einschränkungen einer jeden Fischerei-Gerechtigkeit für anwendbar erklärt. Die Anwendung dieser, Thl. I. Tit. 9. §§. 170—192. enthaltenen Vorschriften, auf welche hier ausdrücklich verwiesen ist, ergiebt aber gerade eine Bestätigung des in dem §. 74. A. L. R. II. 15. aufgestellten Grundsatzes, und die Meinung, als bildeten die §§. 176. u. 177. A. L. R. I. 9., welche für die privatrechtlichen Verhältnisse sedem materiae enthielten, zu den Bestimmungen des §. 74. Tit. 15. Thl. II. l. c. einen Gegensatz, ist rechtlich nicht haltbar. In den zuerst gedachten §§. ist ausgesprochen,

daß Teiche, Hälter, Seen und andere geschlossene Gewässer ein Eigenthum des Gutsherrn sind, folglich auch ihm die darin befindlichen Fische gehören.

Es ist hier mithin nur der allgemeine Grundsatz wiederholt, daß das, was innerhalb der Grenze eines Grundstückes belegen, zu demselben gehört und benutzt werden kann, und deshalb haben die Revisoren des A. L. R. auch vorgeschlagen, bei der neuen Redaktion die §§. 176. u. 177. als überflüssig um so mehr wegzulassen, als die in Teichen zur Besamung oder zum Wachsthum ausgesetzten Fische ohnehin als Zubehör des Teiches angesehen werden (Tit. 2. §. 55. Pens. XIII. S. 103.)

Es läßt sich daher eine Schlußfolge, daß aus den Vorschriften hervorgehe, nur unter Voraussetzung der völligen Geschlossenheit des Gewässers entspringe ein Anspruch an die Fische für den Eigenthümer des Grund und Bodens, schon überhaupt nicht rechtfertigen. Vielmehr ergiebt sich nur eine Anwendung des vorgedachten Rechtsprinzips auf einen bestimmten, im Gesetze hervorgehobenen Fall, welcher dessen Anwendbarkeit auf andere Fälle nicht beeinträchtigt. Bezieht man dasselbe insbesondere auf die Fischerei in Privatflüssen, so steht das Eigenthum desselben in der Regel dem Uferbesitzer zu, und der Staat muß, wenn er den Fluß durch Schiffbarmachung zu einem öffentlichen umschafft, den bisherigen Eigenthümer, nach §. 40. A. L. R. II. 15. entschädigen. Wenn daher Jemand sein Recht auf die Fischerei aus einer Verleihung des Staats ohne Grenzbestimmung herleiten will, so kann dasselbe nicht weiter, als sein Uferbesitz sich erstrecken, da ihm weiter hinaus das Eigenthumsrecht des fremden Uferbesitzers entgegensteht. Die Festsetzung des §. 74. A. L. R. II. 15. rechtfertigt sich daher nach demselben Prinzip, welches den §§. 176., 177. A. L. R. I. 9. zum Grunde liegt.

(Präj. Samml. S. 212, Koch's Arch. Bd. 3. S. 99, Forni's Zeitschr. Bd. 1. S. 382, Centralbl. 1839 S. 781.)

Ebenso hat das Ob. Trib. in Sachen Rothenbach w. Ulke erkannt. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 106.)

Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß das Recht zu fischen ein Ausfluß des Eigenthums ist, und daß daher jeder Ufereigenthümer das Gewässer bis zu seiner Grenze, d. h. soweit er Herr des Wassers ist, befischen darf, weshalb also ein Gewässer, soweit es von dem Eigenthum eines Einzigen ganz eingeschlossen ist, von diesem ganz und ausschließlich, und ein Gewässer, welches die Grenze hält, von den gegenseitigen Uferbesitzern, längs der Grenze, bis zur Mitte des Bettes, — bei Flüssen bis zum Thalwege, — befischt werden könne.

(Koch's Arch. Bd. 3. S. 87—90, Landr. Bd. 1. Anm. 32. zum §. 180. h. t.)

Derselben Ansicht ist der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1832 S. 803 und das Appell. Ger. zu Arnsberg in dem Erk. v. 16. Dec. 1848. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 306.)

Entgegengesetzter Meinung ist das O. L. G. zu Breslau in dem (durch das Urtel des Ob. Trib. v. 17. Aug. 1838 vernichteten) Erk. v. 21. Sept. 1837, weil der §. 74. A. L. R. II. 15., wie der §. 73. ebendas. ergebe, von dem Regal des Fischfanges in öffentlichen Strömen spreche und, die Verleihung der Gerechtigkeit Seitens des Staates voraussetzend, nur die Verhältnisse des Beliehenen dem Staate gegenüber regulire, diese dem öffentlichen Rechte angehörige Vorschrift mithin nicht auf das Verhältniß unter Privaten zu extendiren sei. Auf diese finde nur Thl. I. Tit. 9. Anwendung, und ergäben die §§. 176., 177. a. a. O., daß die Fischereigerech-

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

tigkeit nicht vom Besitze der Ufer abhängig sei, vielmehr werde die Geschlossenheit des Gewässers als wesentlich vorausgesetzt.
(Koch's Arch. Bd. 3. S. 92.)

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 31. Aug. 1846 die Ansicht aufrecht erhalten, daß das Recht, einen Privatfluß zu befischen, den Uferbesitzern als Ausfluß des Eigenthums zusteht, soweit sich ihr Ufer erstreckt, und stützt dies, außer den früheren Gründen, auch auf den §. 1. des Ges. v. 28. Febr. 1843. (Entsch. Bd. 15. S. 361.)

Vergl. Zus. 1. zum §. 170. h. t.

§§. 180. 181. Die Fischereigerechtigkeit in einem Strome berechtigt nicht zur Befischung der am Ufer belegenen, beim Austreten des Stromes überschwemmten Landestheile.

Das Provinzialrecht der Kurmark enthält keine von diesem Grundsatze abweichende Bestimmungen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 12 Nr. 4.)

§. 183. Bornemann theilt mit, daß der §. 183. nach Ausweis der Materialien aus der Märkischen Fischerordnung v. 3. März 1690 (C. C. M. Tom. IV. Abth. 2. cap. 4. No. 7.) entnommen sei, und bemerkt, wie sich hieraus folgern lasse, daß derselbe nur den Schutz des Nachwuchses der Fische zum Zweck habe, indem durch dergleichen Anstalten auch die Rückkehr der kleinen Samenfische in den Fluß gehemmt werde.
(System Bd. 2. S. 18 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 10 Anm. 2.)

§. 184. Es hängt von der Willkühr des Fischereiberechtigten ab, ob er das Flachs- und Hanf-Röthen noch ferner gestatten will. Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 37. (G. S. 1811 S. 309.)

§. 185. Bornemann bemerkt, daß aus der Fassung des §. 185. folge, daß, wie Suarez in der rev. mon. noch ausdrücklich bemerke, bei der Befischung von Teichen und anderen eingeschlossenen Gewässern, die Laichzeit nicht beobachtet zu werden brauche.
(System Bd. 2. S. 22 Anm.**, 2. Ausg. Bd. 2. S. 12 Anm. 3.)

§. 186. Selbstfänge mit Gittern an der Seite gegen den Strom sind zu den unerlaubten Fischereigeräthen zu zählen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 158 Nr. 40.)

§. 187. Die Bestimmung des §. 187. gilt auch für öffentliche Flüsse.

Dem Verbote des §. 187. unterliegen auch unvollständige Flußversetzungen, wenngleich an den freien Stellen der freie Gang den Fischen möglich geblieben ist.

Eines besonderen Nachweises des durch die Versetzung des Flusses den auf Wegräumung dieser Versetzungen klagenden Fischereiberechtigten verursachten Nachtheils bedarf es zur Begründung dieser Klage nicht.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v 9. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 158 Nr. 40.)

§. 190. Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851. §§. 273. u. 19.

Fünfter Abschnitt.
Von der Beute.

Gans, von der Beute. (Gans Beitr. Bd. 1. Nr. XIII. S. 155.)

§§. 193—204. Von der Beute überhaupt.

§§. 199. sqq. 1) R. des Ostpreuß. Prov. Depart. v. 6. Mai 1808, betr. die Vindikation der vom Feinde weggenommenen und veräußerten Sachen.

Auf Euren an das Euch vorgesetzte Prov. Dep. und an unser Akcise- und Zolldepart. gemeinschaftlich unterm 29. Jan. c. erstatteten Bericht:
wegen des von den Bürgern zu F.. und S.. einzuziehenden Nachschusses für das vom Feinde unter den Faktoreipreisen erkaufte Salz;
geben Wir Euch hierdurch Folgendes zu vernehmen:

Die Hauptgesetzstelle, welche auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, ist: A. L. R. I. 9. §. 199. und bestimmt:

Bewegliche Sachen, welche der Feind weggenommen und veräußert hat, kann der vorige Eigenthümer gegen Erstattung desjenigen, was dafür gezahlt worden, zurückfordern.

Hierbei entstehen aber folgende Fragen:
1) wie lange kann der Eigenthümer zurückfordern?
2) von wem?
3) was ist Rechtens, wenn die Sache verbraucht worden?
4) was ist Rechtens, wenn sie mit Vortheil weiter veräußert und nicht mehr da ist?

Das A. L. R. schweigt zwar hierüber in der angezogenen Stelle; indessen erhalten obige Fragen doch aus derselben, in Verbindung mit anderen allgemeinen und besonderen Vorschriften des A. L. R. ihre Beantwortung. Der vorbemerkte §. 199. begründet ganz klar, in favorem des vom Feinde beraubten Eigenthümers, ein persönliches Rückforderungsrecht gegen Erstattung des Bezahlten; jedoch ein Recht ex lege.

Es müssen daher alle diejenigen Grundsätze in Anwendung kommen, welche bei dergleichen Rechten überhaupt vorgeschrieben sind, wohin besonders gehören: A. L. R. I. 11. §§. 301., 315. u. 608. und Tit. 20. §§. 608., 610. u. 626., wo vom Verkaufs-, Wiederverkaufs- und Näherrecht gehandelt wird.

Dies vorausgesetzt läßt sich die Frage ad 1. dahin beantworten:
daß das Rückforderungsrecht der vom Feinde erbeuteten und veräußerten Sachen an und für sich nicht anders verloren geht, als wenn
a) eine gesetzmäßige Verjährung durch Nichtgebrauch eingetreten, oder
b) eine Aufforderung von Seiten des Besitzers an den Eigenthümer ergangen und von letzterm binnen gesetzlicher Frist keine Erklärung erfolgt ist. A. L. R. I. 20. §§. 608., 609., 631., 645. u. 646.

Hierbei würde aber jedesmal das Faktum noch näher aufgeklärt werden müssen, besonders ob der so notorische Ankauf des Salzes von dem Feinde der Behörde angezeigt worden.

Die zweite Frage würde sich wohl nach der Strenge dahin bestimmen, daß das Rückforderungsrecht, weil es ex lege herrührt, gegen den dritten Besitzer ebenfalls ausgeübt werden kann; A. L. R. I. 20. §. 631. Indessen würde dies hier bei dem Salz, seiner Natur nach allerdings zu weit führen.

Die dritte Frage muß dagegen ganz zum Besten der Käufer und Besitzer der Salzes beantwortet werden. A. L. R. I. 11. §. 301., und zwar um so mehr, da die Käufer des erbeuteten Salzes offenbar possessores bonae fidei und nicht schuldig waren, so lange sie das Salz nicht weiter veräußern wollten, der Salzbehörde solches ausdrücklich anzubieten.

Die vierte Frage würde sich hingegen zum Nachtheil derjenigen, welche erweislich das Salz mit Gewinn weiter verkauft haben, dahin bestimmen, daß sie den Ausfall tragen, wenigstens den Gewinn herausgeben müssen. A. L. R. I. 11. §§. 298., 299—302. und Tit. 20. §. 641. und analogice §. 627.

Jedoch finden Wir Uns, durch das eintretende ganz besondere Sachverhältniß und in Rücksicht des bekannten Unglücks, welches die Salzkäufer in gedachten Städten ohnedies durch den Krieg und außerdem erduldet haben, bewogen, die Ansprüche der Salzbehörde bloß darauf einzuschränken, das bei den Käufern wirklich noch vorhandene Salz gegen den Einkaufspreis zurückzunehmen, und tragen Euch hierdurch daher auf, die Bürger zu F... und S... zu bescheiden und die Ausmittelung des noch vorhandenen und gegen Erstattung des Ankaufspreises zu extradirenden Salzbestandes an beiden Orten ungesäumt zu veranlassen und vom Resultat an Uns zu berichten.

Uebrigens habt Ihr Euch auch nach dieser Bestimmung in Ansehung aller ähnlichen Fälle, wo dieselben Umstände eintreten, in Eurem Dep. zu achten.
(Mathis Bd. 7. S. 282, Rabe Bd. 9. S. 195.)

2) Vergl. auch den älteren Rechtsfall über diese Materie in Klein Bd. 2. S. 218.

3) In Beziehung auf die in dem R. v. 6. Mai 1808 (oben sub 1.) unter Nr. 1. berührte Frage: wie lange die Beute vindicirt werden könne, und ob hierbei nicht der gewöhnliche Zeitraum der Verjährung durch Nichtgebrauch eintrete? bemerken die Gesetzrevisoren:

Das Ostpreuß. Prov. Dep. hat sich in dem R. v. 6. Mai 1808 an die dortige Kammer (Mathis Bd. 7. S. 282 sqq.) dahin ausgesprochen, daß das Rückforderungsrecht, welches dem vorigen Eigenthümer nach §. 199. des Textes zusteht, nur dann verloren gehe, wenn eine Verjährung durch Nichtgebrauch eintrete, oder wenn der Besitzer den Eigenthümer zur Wiedereinlösung aufgefordert habe und in dem Thl. I. Tit. 20. §§. 608., 609., 631., 345. u. 646. des A. L. R. bestimmten Fristen keine Erklärung erfolgt sei. In dem angezogenen R. wird das Recht des Eigenthümers als ein Wiederkaufs- oder Näherrecht betrachtet und deswegen hatte man die dafür geltenden Vorschriften analog angewandt. Wir halten diese Ansicht nicht für richtig; man muß vielmehr den Erwerber als einen redlichen Besitzer ansehen, gegen den der Eigenthümer seine Sache vindicirt. Suarez sagt zwar in der rev. mon. auf die gegen den Entw. gemachte Bemerkung, daß es bestimmt werden müsse, ob der Erwerber einer vom Feinde erbeuteten Sache pro bonae vel malae fidei possessore zu achten; dies lasse sich nicht bestimmen, sondern käme auf die Umstände des Falles an. Nach unserer Ansicht muß indeß der Erwerber, vorausgesetzt, daß er es weiß, wenn die erbeutete Sache weggenommen, dennoch jedesmal als ein

bonae fidei possessor angesehen werden, weil er zu glauben befugt ist, daß der Feind das Eigenthum durch Besitzergreifung erworben habe. Betrachtet man das Rechtsverhältniß aus diesem Gesichtspunkte, so erklären sich die §§. 199. 200. aus der Lehre von der Vindikation gegen den redlichen Besitzer und bedürfen keiner weiteren Erläuterung; es versteht sich von selbst, daß das Rückforderungsrecht des Eigenthümers nur durch die gewöhnliche Verjährungsfrist verloren geht. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 105.)

Auch Bornemann sieht das Rückforderungsrecht des Eigenthümers als ein Vindikationsrecht an, und folgert daraus, daß dasselbe erst mit dem Ablauf der Verjährung durch Nichtgebrauch erlösche und auch gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden könne.
(System Bd. 2. S. 47, 2. Ausg. Bd. 2. S. 28.)

Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß in dem R. v. 6. Mai 1808 das Rechtsverhältniß ganz verkannt sei und nimmt an, daß der vorige Eigenthümer die freigewordenen Sachen von Jedem vindiciren könne, jedoch dem Besitzer die auf die Erwerbung verwendeten Kosten ohne Unterschied, ob ihm die Eigenschaft der Sache bekannt war oder nicht, erstatten müsse. (Lehrb. Bd. 1. S. 422.)

§§. 205—219. Von der Kaperei insbesondere.

§§. 208—210. u. Anh. §. 7. 1) Die Dekl. v. 24. Sept. 1798 einiger Vorschriften des A. L. R. und der A. G. O., welche auf das Staatsrecht und die Verhältnisse mit fremden Mächten Bezug haben, bestimmt sub Nr. II. Folgendes:

II. Ad P. I. Tit. 9. §§. 208—210. finden Wir Uns bewogen, die wegen der Kaperei ertheilten Vorschriften dahin näher zu bestimmen:
wenn ein Preuß. Kaper- oder Kriegsschiff Güter oder Schiffe, die Preuß. Unterthanen oder Unterthanen einer freundschaftlichen oder neutralen Macht von den Feinden genommen worden, diesen letzteren wieder abgenommen hat, so kann der vorige Eigenthümer, wenn der Feind das genommene Schiff oder Gut vor der Wiedereroberung schon in einem feindlichen oder neutralen Hafen untergebracht hat, dasselbe gegen das Preuß. Kaper- oder Kriegsschiff nicht reklamiren, sondern es verbleibt dem Eigenthümer als eine gute Prise. Geschieht aber die Wiedereroberung, ehe das Schiff oder Gut in einem feindlichen oder neutralen Hafen aufgebracht wird, so soll der vorige Eigenthümer dasselbe zwar zurückerhalten; er soll aber dem Wiedereroberer, wenn er ein Kaper ist, den dritten Theil des Werthes, und wenn es ein Kriegsschiff ist, eine von den Prisengerichten zu arbitrirende Belohnung abgeben.

Uebrigens ist es ein Druckfehler, wenn im §. 210. auf den §. 205. statt des §. 203. Bezug genommen worden.

III. ad part. I. Tit. 9. §. 216. und 217. wollen Wir:
daß bei Bestimmung der Frage: was Kontrebande sei? auf das Rücksicht genommen werde, was Wir in den §§. 2034. und 2025. P. II. Tit. 8. Unseres A. L. R. als solche anerkannt und bestimmt haben; jedoch soll die dem gedachten §. angehängte Klausel:
»und was sonst durch besondere Verträge zwischen den verschiedenen Nationen einzunehmen verboten ist.«
hier nicht Anwendung finden, indem solche bloß auf Versicherungsgeschäfte Beziehung hat.
(N. C. C. Tom. X. p. 1757 No. 73. de 1798, Rabe Bd. 5. S. 209.)

Vergl. Löwenberg's Materialien S. 24 und 114.

2) V. v. 12. Juni 1856, betr. die zwischen Preußen, Oesterreich, Frankreich, Großbritannien, Rußland, Sardinien und der Pforte vereinbarte Erklärung v. 16. April 1856 über Grundsätze des Seerechts.

Wir Friedrich Wilhelm rc. verordnen, was folgt:
Die von Unseren Bevollmächtigten, so wie von den Bevollmächtigten der übrigen bei dem Friedensvertrage v. 30. März d. J. betheiligten Staaten zu Paris am 16. April d. J. unterzeichnete Erklärung, welche wörtlich und in Uebersetzung lautet:

Erklärung.

Die Bevollmächtigten, welche den Pariser Vertrag v. 30. März 1856 unterzeichnet haben, sind nach stattgehabter Berathung, in Betracht:
daß das Seerecht in Kriegszeiten während langer Zeit der Gegenstand bedauerlicher Streitigkeiten gewesen ist;
daß die Ungewißheit der in dieser Beziehung obwaltenden Rechte und Pflichten zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Neutralen und den Kriegführenden Anlaß giebt, aus denen ernste Schwierigkeiten und selbst Konflikte entspringen können;
daß es folglich zum Nutzen gereicht, gleichmäßige Grundsätze über einen so wichtigen Punkt festzustellen;
daß die auf dem Kongreß zu Paris versammelten Bevollmächtigten den Absichten, von welchen ihre Regierungen beseelt sind, nicht besser zu entsprechen vermögen, als indem sie feststehende Grundsätze hierüber in die völkerrechtlichen Beziehungen einzuführen suchen;
mit gehöriger Ermächtigung versehen, übereingekommen, sich über die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes zu verständigen, und haben, nach erzieltem Einverständniß, die nachstehende feierliche Erklärung beschlossen:
1) die Kaperei ist und bleibt abgeschafft;
2) die neutrale Flagge deckt das feindliche Gut, mit Ausnahme der Kriegs-Kontrebande;
3) neutrales Gut unter feindlicher Flagge, mit Ausnahme der Kriegs-Kontrebande, darf nicht mit Beschlag belegt werden;
4) die Blockaden müssen, um rechtsverbindlich zu sein, wirksam sein, d. h. durch eine Streitmacht aufrecht erhalten werden, welche hinreicht, um den Zugang zur Küste des Feindes wirklich zu verhindern.

Die Regierungen der unterzeichneten Bevollmächtigten verpflichten sich, diese Erklärung zur Kenntniß derjenigen Staaten zu bringen, welche nicht zur Theilnahme an dem Pariser Kongresse berufen waren und sie zum Beitritte einzuladen.

In der Ueberzeugung, daß die hiermit von ihnen verkündigten Grundsätze von der ganzen Welt nur mit Dank aufgenommen werden können, bezweifeln die unterzeichneten Bevollmächtigten nicht, daß die Bemühungen ihrer Regierungen, denselben die allgemeine Anerkennung zu verschaffen, von vollständigem Erfolge gekrönt sein werden.

Gegenwärtige Erklärung ist und wird nur zwischen denjenigen Mächten verbindlich sein, welche derselben beigetreten sind oder beitreten werden.

Geschehen zu Paris, den 16. April 1856.

Buol-Schauenstein. Hübner.
A. Walewski. Bourqueney.
Clarendon. Cowley.
Manteuffel. Hatzfeldt.
Orloff. Brunnow.
C. Cavour. v. Villamarina.
Aali. Mehemed Djémil.

wird hierdurch von Uns genehmigt.

Unser Minister-Präsident und Min. der ausw. Angel. ist mit der Ausführung beauftragt.

Urkundlich rc.

Gegeben Sanssouci, den 12. Juni 1856.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.
v. Manteuffel.

(G. S. 1856 S. 585 Nr. 4469.)

§. 210. Statt: »§. 205.« ist zu setzen: »§. 203.«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

Dasselbe bemerken die Gesetzrevisoren, welche hierüber Folgendes mittheilen:

Es ist ein Druckfehler, wenn im §. 210. auf den §. 205. statt auf den §. 203. Bezug genommen worden.

Als der Entw. des Anh., worin diese Bestimmung aufgenommen war, nach bereits eingeholtem Gutachten der Gesetzkomm. zur Allerh. Genehmigung eingereicht war, bestimmten indeß des Königs Maj. mittelst K. O. v. 28. April 1803:

»Ich will euch hiermit eröffnen, ad Thl. I. Tit. 9. Abschn. 5. des A. L. R., daß ich gar nicht Willens bin, je in einem Kriege das von den Seemächten in neueren Zeiten über alle Schranken ausgedehnte Kapersystem nachzuahmen, weshalb mir der fragliche Zusatz ganz überflüssig und in jedem Falle es nicht gerathen zu sein scheint, ihn dem A. L. R. einzuverleiben, sondern nöthig, diese Bestimmung für den Fall vorzubehalten, wo die eiserne Nothwendigkeit den Staat zu solchen Maßregeln, die die Gerechtigkeit sonst nie billigen kann, zwingen möchte.«

Dieser K. O. zufolge ist dann mit Weglassung des Inhaltes der Dekl. v. 24. Sept. 1798 der §. 7. des Anh. eingeschaltet worden. Der Anh. ist indeß ganz überflüssig, weil es sich von selbst versteht, daß der König in Erlassung künftiger Gesetze unbeschränkt ist.
(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 165—179. des Entw. S. 106.)

§§. 216—217. Anh. §. 8. Die Dekl. v. 24. Sept. 1798 (s. zu §§. 208—210. h. t.) enthält sub Nr. III. wörtlich die in §. 8. des Anh. zum A. L. R. aufgenommenen Bestimmungen.

Vergl. Löwenberg's Mat. S. 24, 25 und 114.

§. 217. Statt: »14« ist zu setzen: »13«.
(R. v. 29. Dec. 1837 a. a. O.)

Sechster Abschnitt.

Von der Erwerbung der An- und Zuwüchse.

§§. 220—222. Von Früchten.

§. 221. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Früchte werden in dem §. 221. gleich bei ihrem Entstehen für das Eigenthum desjenigen erklärt, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat. Das Röm. Recht betrachtete dagegen die Früchte als einen Zuwachs des Eigenthums, der Nutzungsberechtigte erwarb sie nur durch die Perzeption, der Besitzer im guten Glauben durch die Separation. §. 36. Inst. de rer. div. et qual. (21.) L. B. in fine D. quibus modis usus fr. vel usus amitt. (7. 4.) Die Abweichung vom Röm. Recht, welche im §. 221. enthalten ist, steht indeß in genauer Verbindung mit den Bestimmungen, welche das Verhältniß des Nutzungsberechtigten, so wie des redlichen Besitzers zum Eigenthümer betreffen, namentlich in Beziehung auf die Früchte des letzten Jahres, welche, wie im 7. Titel vorgekommen ist, nach Verhältniß der Zeit getheilt werden, ohne daß der Zeitpunkt der Perzeption etwas entscheidet. Eine Ungenauigkeit ist es indeß, wenn die Früchte gleich bei ihrem Entstehen für ein Eigenthum des Nutzungsberechtigten erklärt werden. Wollte man hierauf strenge folgerecht fortbauen, so würde daraus folgen, daß dem Nießbraucher in dem Augenblicke, wo sein Nutzungsrecht aufhört, auch die halb gereifte Saat und das junge Vieh im Mutterleibe gehöre. Deswegen tritt dann auch der vorliegende §. 221. mit dem §. 194. Tit. 7. Thl. I. in Kollision. Der Sinn des G. aber ist kein anderer, als daß die Früchte von selbst dem Nutzungsberechtigten zufallen, ohne daß es einer Besitzergreifung bedarf.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §. 180. des Entw. S. 107.)

Bornemann ist ebenfalls der Ansicht, daß der §. 221. dahin zu verstehen, daß die Früchte, soweit sie innerhalb der Zeit des Nutzungsrechtes fallen, kraft dessen bei der bereits erfolgten Tradition des Eigenthümers ohne weitere Besitznahme dem Nutzungsberechtigten gehören. Dies erhelle namentlich aus dem A. L. R. I. 21. §§. 143. ff. u. 151. ff.

(System Bd. 2. S. 58, 2. Ausg. Bd. 2. S. 34 u. 35 Anm. 1.)

2) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 189. sqq.

§§. 225—241. Von der Alluvion.

§. 225. Die Erwerbungsart durch Alluvion ist nicht auf Flüsse und Ströme beschränkt, ist vielmehr überall an ihrer Stelle, wo ein allmäliges Anspülen fremder Erdtheile thatsächlich denkbar und möglich ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Sept. 1854.

Der §. 225. spricht »von Verbreitung des Ufers, welche durch das allmähliche Anspülen fremder Erdtheile entsteht.« Nur hierin, in dem allmählichen Anspülen fremder Erdtheile liegt das Charakteristische und Wesentliche der Alluvion; diese als modus acquirendi ist daher überall an ihrer Stelle, wo ein solches allmähliche Anspülen fremder Erdtheile thatsächlich denkbar und möglich ist. Der rechtliche Grund, auf welchem die Alluvion als modus acquirendi beruht, liegt darin, daß die Ausmittelung des bisherigen Eigenthümers der einzelnen Erdtheile unmöglich ist, und eben deshalb diese Erdtheile durch das Gesetz demjenigen überwiesen werden, an dessen Ländereien sich dieselben ansetzen. Die Alluvion muß eben deshalb überall eintreten, wo ein Zufluß solcher fremder Erdtheile denkbar ist, wogegen sie von selbst ausgeschlossen wird, wo, wie bei Teichen und Seen, welche in dem ausschließlichem Eigenthume einer bestimmten Person sich befinden, die vorgedachte Voraussetzung nicht zutrifft.

(Entsch. Bd. 28. S. 312, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 290 Nr. 68.)

§§. 225—228. Die Vorschriften über die unmittelbare Erwerbung durch Alluvion (§§. 225—228.) finden bei der Alluvion an schon in Besitz genommenen und erworbenen Strom-Inseln keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1840. (Präj. Nr. 809.) (Präj. Samml. S. 30.)

§§. 229—241. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die §§. 229—241. lassen einige Dunkelheit zurück, weil vom §. 237. an ausdrücklich von öffentlichen Flüssen die Rede ist. Die dem §. 237. vorhergehenden Bestimmungen, worauf sich der Uferbesitzer an einem Privatflusse nur beziehen kann, haben nämlich eine fühlbare Lücke; es ist in den §§. 229—231. nur gesagt, welche Vorkehrungen der Uferbesitzer gegen die fernere Verbreitung des gegenüberliegenden Ufers treffen dürfte; es folgt also bloß, daß der Uferbesitzer sich gegen den Abbruch zu schützen befugt sei; nicht aber, daß er auch, ohne selbst derartige Anlagen zu machen, dem gegenüberliegenden Nachbar Wasserbaue, wodurch dieser das Anspülen an sein Ufer zu befördern beabsichtigt, untersagen könne. Es fehlt mithin an einer Bestimmung, daß bei Privatflüssen derartige Anlagen von dem gegenüberliegenden Nachbar nicht geduldet werden dürfen, denn es ist bloß gesagt, daß der letztere durch ähnliche Vorkehrungen sein Ufer schützen könne. Privat- und öffentliche Flüsse müssen aber in dieser Beziehung einander vollkommen gleichstehen, der Unterschied zwischen beiden ist nur, daß bei Privatflüssen einzig und allein dem gegenüberliegenden Nachbar, bei öffentlichen Flüssen aber auch ohne Rücksicht auf den Besitzer des gegenseitigen Ufers dem Staate, und mithin der Polizeibehörde ein Widerspruchsrecht zusteht. Die letztere Rücksicht muß bei Revision des 15. Tit. II. Thl. beobachtet werden; hier aber muß die eben gezeigte Lücke, welche dem Verfasser des A. L. R., wie es scheint, entgangen ist, ausgefüllt werden. Wir haben zu dem Ende, da sich öffentliche und Privatflüsse in dieser Beziehung ganz gleich stehen, mit den §§. 229—231. d. Tit. §§. 237—241. in Verbinduug gesetzt.

(Gesetzrev. Pens XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 183—196. des Entw. S. 109.)

2) Ueber die Entstehung der §§. 229—249. vergl. Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 49 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 29 Anm. 1.

§. 235. Auch gegen den Fiskus kommt die dreijährige Verjährung einer in einem Flusse entstandenen Insel dem entfernter liegenden Ufernachbar zu statten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1840. (Präj. Nr. 930.) (Präj. Samml. S. 43, Entsch. Bd. 6. S. 245.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 629—638.

§§. 242—262. Von Inseln.

§§. 247—252. Ueber die Entstehung der §§. 247—252. vergl. Bornemann's System Bd. 2. S. 52 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 30 ff.

§§. 254—256. 1) Suarez, Bemerk. über das anscheinend Neue in §§. 254—256. (Jahrb. Bd. 41. S. 12.)

2) Von welcher Behörde muß die Zueignung erfolgen?

Bornemann (System Bd. 2. S. 56, 2. Ausg. Bd. 2. S. 33 Anm. 1.) und Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 199) nehmen an, daß dies die betr. Prov.-Regierung sei, wofür Letzterer den §. 2. der Instr. v. 23. Okt. 1817 in Bezug nimmt.

§. 257. 1) Die hier erwähnten Nachbarn brauchen bei der Besitznehmung, welche der §. 257. voraussetzt, nicht zugezogen oder zur Erklärung aufgefordert zu werden, wie es der §. 254. vorschreibt.

Erkannt von dem O. L. G. zu Magdeburg unterm 22. Febr. 1840; denn aus dem Zusammenhange und der Verbindung der betr. Gesetzstellen gehe hervor, daß die Vorschriften der §§. 254—256. nur beabsichtigen, demjenigen, welcher nicht (nach §. 257.) drei Jahre warten wolle, schon früher zum ausschließlichen Besitze zu verhelfen, so daß der §. 257. ganz selbstständig dastehe.

(Entsch. Bd. 6. S. 249.)

Derselben Ansicht sind: Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 436, Landr. Bd. 1. Anm. 19. zum §. 257.) und Bornemann (System Bd. 2. S. 56, 2. Ausg. Bd. 2. S. 33).

2) In Betreff der dreijährigen Verjährung gegen den Fiskus vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Okt. 1840 Nr. 930. in den Erg. zum §. 235. h. t.

§§. 263—274. Von zugelandeten und verlassenen Flußbetten.

§§. 263—269. Ueber die §§. 263—269. und deren Verhältniß zu den §§. 68. bis 72. A. L. R. II. 15. bemerken die Gesetzrevisoren:

Der Text handelt in den §§. 263—269. von dem zugelandeten — in den §§. 270—274. von dem verlassenen Flußbette. Man hat hiermit die §§. 68. bis 72. Thl. II. Tit. 15. in Verbindung setzen wollen, und die Frage aufgeworfen, ob im Falle eines auf Befehl des Staates veranlaßten Durchstichs die Eigenthümer des verlorenen Bodens das verlassene Flußbette zur Entschädigung fordern könnten. Unseres Erachtens gehören indeß die §§. 68—72. Tit. 15. Thl. II. nicht hierher; sie beziehen sich in Betreff des verlassenen Flußbettes auf die im 9. Tit. vorliegenden Bestimmungen und enthalten besondere Vorschriften für den Fall eines vom Staate veranlaßten Durchstichs; die letztere Rücksicht ist nicht hier, sondern gerade dort, wo die betr. Sätze sich jetzt vorfinden, zu beachten.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 214—225. des Entw. S. 112.)

§§. 275—284. Vom Säen und Pflanzen.

§. 280. Binnen welcher Frist muß das jus tollendi ausgeübt werden?

Bornemann theilt mit, daß dies nach dem ersten Entw. binnen 8 Tagen geschehen sollte; er bemerkt indeß, daß, da diese Bestimmung später gestrichen worden, die Frist sich nach der Art des Gebrauches richten müsse, welchen der Nutzungsberechtigte von dem Boden machen wolle. Bevor die dazu erforderliche Umarbeitung des Bodens vorgenommen werde, müsse die Ausübung des jus tollendi erfolgen, sonst sei es zu spät.

(System Bd. 2. S. 60 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 35 Anm. 5.)

§§. 285—297. Vom Pflanzen der Bäume.

§§. 285. sqq. Die auf Rainen, Wegen und Uferrändern wachsenden Bäume und Gesträuche gehören, nach Schlesischem Provinz.-Rechte, vermöge Auenrechtes, ausschließlich den Gutsherrschaften.

(Erk. des Ob. Trib. v. 9. Mai 1829 u. 21. Mai 1841, Koch's Arch. Bd. 5. S. 64 ff.)

§. 287. In der Abhandl. in Siewert's Materialien Hft. 4. S. 167—176 wird ausgeführt, daß die Vorschrift des §. 287. auch in Ansehung der Zweige und Wurzeln eines gemeinschaftlichen Baumes stattfinde.

§§. 287. 288. 291—295. Der Eigenthümer eines Grundstückes, in dessen Luftraum die Zweige der seinem Nachbar gehörigen Bäume überhangen, ist nicht berechtigt, von dem Letzteren zu verlangen, daß er die überhangenden Zweige wegschaffe, sondern dieser ist nur verpflichtet, zu dulden, daß Jener dieselben aus dem Bereiche seines Eigenthums entferne, alsdann aber auch befugt, die Auslieferung des abgehauenen Holzes zu fordern.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1855. (Präj. Nr. 2615.)

Nach Röm. Rechte konnte der Besitzer eines Grundstückes (praedii rustici), in dessen Luftsäule die Baum- oder Nebenzweige des Nachbars hineinragten, durch das Interdictum de arboribus caedendis ein Mandat des Prätors erlangen, dahin gehend, daß der Letztere entweder die überhangenden Zweige seiner Bäume selbst wegnehme oder, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkomme, Ersterem gestattet sei, dieselben bis 15 Fuß von der Erde abzuhauen und sich das Holz zuzueignen (L. 1. §§. 7. und 8. D. de arborib. caed. 43., 27.). Ueber die Auslegung dieses Ed. herrschte, wie Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1. §. 462. mit Bezugnahme auf eine Reihe von Schriftstellern bezeugt, Meinungsverschiedenheit. Die obwaltenden Zweifel werden auch durch den §. 13. in Paulli sentent. recept.:

»Conveniendus est, ut eam sublucet. Quodsi dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compescatur«

bezüglich der Frage, ob dem Besitzer des durch das Ueberhangen der Bäume des Nachbars leidenden Grundstücks nach Röm. R. das Recht zugestanden, von Letzterem unbedingt zu fordern, daß er den Ueberhang seiner Bäume selbst wegnehme — oder ob dem Ersteren ein solch unbedingtes Recht nicht beigelegt, sondern nur gestattet sei (si noluerit), die Ueberhänge selbst abzuhauen, wenn sich der Eigenthümer der Bäume zu deren Wegnahme nicht verstehen will, nicht gehoben. Denn es kann auch diese Stelle auf eine Weise gedeutet werden, welche nur das letzgedachte alternative, dem Verklagten die Wahl freilassende Klagepetitum gewährt. Das neuere Franz. Recht nahm die entgegenstehende Meinung an und verordnete im Art. 672. des Code civil:

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Das Deutsche Recht, von dem Begriffe der Gewere ausgehend, bedurfte zu einer Sicherung des Eigenthums der juristischen Eventualitäten des Röm. R. nicht. Der rechmäßige Inhaber des Grundstückes konnte Alles sein nennen, was in dessen Bereich fiel. (Albrecht, die Gewere als Grundlage des alten Deutschen Sachenrechts S. 19.) Daher gehörten demselben die in dasselbe aus einem anderen hinüberhangenden Früchte und Zweige ohne Einschränkung.

(Landr. des Sachsenspiegels Bd. 2. Art. 52., Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 70 und 500; auch Weichbild, Art. 125. u. 126., Runde, Deutsches Privatrecht §. 276.)

Auch bezeugt sowohl Runde a. a. O., als auch Hellfeld, Jurisprud. forens. §. 1875., die hiernach begründete Praxis des gemeinen Rechts; Letzterer mit den Worten:

Vicino, ramos in suum impendentes fundum, etiam sine interdicto succidere, semper liberum est.

Gemeinrechtlich hatte sich daher der Rechtssatz Geltung verschafft:

»Derjenige, in dessen Grundstück die Zweige von den Bäumen des Nachbars herüberhangen, ist berechtigt, dieselben abzuhauen und sich zuzueignen. Es steht ihm auch alsdann, wenn er von dieser Berechtigung keinen Gebrauch macht, die Befugniß zu, die überhangenden und überfallenden Früchte sich zuzueignen, nicht aber das Recht, den Nachbar zu zwingen, den Ueberhang selbst wegzunehmen, weil derselbe als in seiner Gewere befindlich sein Eigenthum geworden war.

Es hatten sich zwar, wie die angeführten Schriftsteller bekunden, auch von dieser Auffassung abweichende Meinungen gebildet, allein es gebührt den vorstehend aufgestellten Rechtssätzen, als aus dem Grundprinzip des Deutschen Eigenthums hervorgehend, der Vorzug. Das A. L. R. hat nun §§. 287. ff. h. t. die Rechte des Grundbesitzers gegen den Nachbar, dessen Baumzweige auf sein Grundstück überhangen oder von dessen Früchten dahin überfallen, im Wesentlichen nach dem obigen Rechtssatze festgestellt und ist nur in einem Punkte (§. 288.) davon abgewichen. Im §. 287. wird zwar der Grundsatz ausgesprochen, daß Niemand verpflichtet sei, die über seine Grenze herüberhangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden, aber es erfolgen demnächst spezielle Vorschriften für alle Fälle, sowohl der Nichtduldung, als auch der Duldung. Für den ersten Fall wird die Befugniß anerkannt, die überhangenden Zweige wegzuhauen (§. 288.), aber auch der Eigenthümer des Baumes im §. 291. für befugt, nicht für verpflichtet erklärt, dieselben von seinem Grund und Boden aus, also in soweit sie von diesem Standpunkte aus erreichbar, wegzuhauen. Es legt ferner der §. 295. nur in einem ganz speziell hervorgehobenen Falle dem Eigenthümer des Baumes die Verbindlichkeit zu einem positiven Handeln auf, nämlich alsdann:

wenn ein Baum durch die Gewalt des Windes über die Grenze getrieben, denselben auf Verlangen des Nachbars ohne Zeitverlust von dem Grunde desselben wegzuschaffen,

und es verpflichtet ihn der §. 296. nur zur Vergütung des Schadens, nicht dessen, welcher durch das Liegenbleiben desselben, sondern nur dessen, welcher beim Wegschaffen des Baumes auf dem Grunde des Nachbars angerichtet worden. Aber selbst an die Nichterfüllung der ihm im §. 295. auferlegten Verbindlichkeit knüpft das Gesetz nicht das Recht des Nachbars, deren Erfüllung durch eine Klage von dem Eigenthümer des Baumes zu erzwingen, sondern nur den Verlust seines Rechtes (§§. 293. u. 294.). Erwägt man diesen ganz speziellen Bestimmungen gegenüber, daß dieselben dem Nachbar mit keiner auch nur andeutenden Vorschrift die Befugniß beilegen, von dem Eigenthümer des Baumes das Weghauen der überhangenden Zweige zu verlangen; daß sie dem Letzteren zwar die Befugniß zusprechen, die von seinem Grunde aus erreichbaren Zweige wegzunehmen, von einer Verbindlichkeit desselben, namentlich in den Fällen, in denen das Weghauen nur von dem Grunde des Nachbars aus stattfinden kann, so wenig als von einer Vergütung für das von dem Nachbar selbst bewirkte Weghauen der Zweige Erwähnung thun, daß sie sogar für diesen Fall demselben die unbedingte Verpflichtung auflegen, das Holz dem Eigenthümer des Baumes auszuliefern (§. 288.), eine Verpflichtung, welche mit der Voraussetzung, daß dem Letzteren die Verbindlichkeit zur Wegnahme der Zweige obgelegen, gesetzlich unvereinbar sein würde (§§. 536. ff. des A. L. R. Thl. I. Tit. 20.), daß endlich die Rechte des Nachbars durch die §§. 287. ff. in Bezug auf den Gegenstand des Streites eine im Wesentlichen den Grundsätzen des gemeinen Rechts über die aus dem Grundeigenthum fließenden Befugnisse und Verpflichtungen entsprechende erschöpfende Bestimmung und Begrenzung erhalten haben, daß es mithin über diese Begrenzung hinaus nicht gestattet ist, aus dem diese Materie einleitenden §. 287. Folgerungen zu ziehen, welche mit der aus den folgenden §§. hervorgehenden, vorstehend gezeigten Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch stehen, so rechtfertigt sich der in dem angenommenen Präj. festgestellte Rechtsgrundsatz. Denn die Anwendung der allgemeinen Rechtsregel, daß Jeder befugt sei, ein ihm zustehendes Recht klagend geltend zu machen, und daß jeder Eigenthümer berechtigt, die Wegräumung fremder in sein Eigenthum eingreifender Gegenstände zu verlangen, wird durch die für dieses Rechtsverhältniß nachgewiesene spezielle gesetzliche Festsetzung des Umfangs und der Grenzen des Rechts des Nachbars ausgeschlossen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 11, Entsch. Bd. 30. S. 431, Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 255 Nr. 60., J. M. Schr. Bd. 1. S. 348.)

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt das Erk. des Appell. Ger. zu Münster. (Datum konstirt nicht.)

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 54.)

§§. 324—326. Von Befruchtung fremder Thiere.

§. 325. Statt »befruchteten« ist zu setzen: »befruchtendem«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 327—339. Vom Bau auf fremdem Boden rc. rc.

§. 327. Unter dem hier gebrauchten Ausdrucke: »Gebäude« ist jede Anlage zu verstehen, welche als solche für sich und als unverbunden mit einem bereits vorhandenen Gebäude besteht, mithin auch eine freistehende Mauer.

Angenommen von dem O. L. G. zu Münster (Datum des Erk. konstirt nicht). (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 60.)

§§. 327—332. Gehen den speziellen Vorschriften der §§. 327—332. die Bestimmungen des A. L. R. I. 7., betr. die Meliorationen des Besitzers (§§. 204—211.), vor?

Die Gen. Komm. zu Posen führt in dem Erk. v. 8. Jan. 1841 aus:

Es ist unbedenklich, daß der redliche Besitzer im Falle des §. 332. h. t. nicht bloß die Meliorationskosten, in Gemäßheit der §§. 204—211. A. L. R. I. 7., fordern kann; denn es liegt kein Grund vor, die günstigere Vorschrift des §. 332. h. t. nicht auf ihn anzuwenden. Dagegen steht dem unredlichen Besitzer nach §. 238. A. L. R. I. 7. nur das Recht zu, die offenbaren Verbesserungen wegzunehmen, und daher ist es zweifelhaft, ob auch ihm der §. 332. zu Statten kommt. Der §. 332. setzt keinesweges voraus, daß der Bauende bona fide gebaut habe[1]); denn der §. 333. bestimmt, daß nur für den Fall die Vorschriften des Tit. 7. anzuwenden, wenn der Besitzer eines ganzen Gutes Gebäude darauf errichte, woraus folgt, daß in allen übrigen Fällen nur die speziellen Vorschriften der §§. 327—332. h. t. Anwendung fänden. Es ist auch die Materie vom Bau auf fremdem Grund und Boden, die sich eben nur auf das Verbauen eines Platzes einschränkt, im Tit. 9. als ein modus acquirendi behandelt, woraus sich erklärt, daß die §§. 327. sqq. ohne Rücksicht auf redlichen und unredlichen Besitz Seitens des Bauenden nur unterscheiden, ob der Bau mit oder ohne Vorwissen des Eigenthümers erfolgte. Die bestimmten für alle Fälle gegebenen Modalitäten der §§. 237—331. h. t. lassen keinen Zweifel darüber, daß die allgemeinen Vorschriften des Tit. 7. ganz ausgeschlossen bleiben. (Centralbl. 1841 S. 295.)

§§. 327. sqq. **332. 333.** 1) Die gesetzlichen Vorschriften vom Bau auf fremdem Boden sind dadurch, daß über die Abtretung der Baustelle ein unförmlicher Vertrag geschlossen worden, nicht ausgeschlossen[2]).

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. März 1855.

Der §. 332. setzt zu seiner Anwendung die Besitznahme des bebauten Grundes gerade zu dem Zwecke des Bebauens voraus. Der §. 333. beruht darauf, daß die Grundsätze von der Inädifikation, als eine Art des unmittelbaren Eigenthumserwerbes, da nicht maßgebend sein können, wo das Bauen nicht an und für sich selbst Zweck ist und die Besitznahme des Bodens nur als das Mittel zu diesem Zwecke sich darstellt, wo vielmehr die Errichtung von Gebäuden nur folgeweise aus dem Besitze eines Grundstücks hervorgeht und als Nebenhandlung den bloßen Charakter einer Verwendung oder Verbesserung annimmt. Inädifikation ist daher nur dann anzunehmen, wenn Boden zu einem Gebäude verwendet wird; es gehört aber zu den Impensen und Meliorationen, wenn Gebäude für ein Grundstück angelegt werden. Eben darum verweist auch der §. 333. auf die bei Gelegenheit des Besitzes im Tit. 7. §§. 204—211., §. 238. gegebenen Bestimmungen in Beziehung auf die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Besitzer eines ganzen Gutes Gebäude darauf errichtet habe. Die Bezeichnung »eines ganzen Gutes« nöthigt nicht dazu, diesen Grundsatz auf den Komplex mehrerer Grundstücke zu beschränken, dasselbe Prinzip muß vielmehr auch für ein einzelnes Grundstück maßgebend sein, dessen Besitzer für die Zwecke desselben als eines Ganzen da oder dort auf demselben Bauten vornimmt. Denn in den vom §. 333. in Bezug genommenen Bestimmungen ist, wie sich aus dem §. 195. Thl. I. Tit. 7. ergiebt, überhaupt von Landgütern, Häusern und anderen nutzbaren Grundstücken die Rede. Darf sich nun schon derjenige auf den §. 332. berufen, der ohne Widerspruch des Eigenthümers fremden Grund und Boden bebaut, so steht dies um so mehr dem zu, der selbst in der Meinung redlich war, daß der Grund und Boden nicht dem Andern mehr, sondern ihm gehöre. (Entsch. Bd. 30. S. 21.)

Koch theilt mit, daß das Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Dec. 1848 in Sachen Fink w. Fink selbst das Gegentheil, nämlich angenommen habe, daß die Grundsätze von der Inädifikation unanwendbar seien, wenn auf einem durch Einräumung des Besitzes auf Grund eines mündlichen Vertrages erworbenen Acker gebaut wird, und daß die bloße Einwilligung des Grundeigenthümers in den Bau, ohne Abschließung eines Ueberlassungsvertrages über die Baustelle, die Erwerbungsart als eine unmittelbare nicht ändere.

(Landr. Bd. 1. Anm. 52. zum §. 332. h. t.)

In Bezug auf diese Mittheilung Koch's bemerken indeß die Herausgeber der Entscheid. des Ob. Trib.:

Das Präj. v. 15. Dec. 1848 beschränkt sich, wie die eingesehenen Akten ergeben, lediglich darauf, die Anwendbarkeit jenes §. 332. da auszuschließen, wo es nicht der Eigenthümer war, der um den Bau gewußt hat, sondern der Erbpächter, ein Grundsatz, welcher indessen, zum Theil mit Rücksicht auf die §§. 2. u. 91. des G. v. 2. März 1850 (G. S. S. 77 ff.), und in dem späteren Urtel v. 4. Juli 1850 in Sachen Härtel wider Feist wieder aufgegeben ist. (Entsch. Bd. 30. S. 31 Anm.*)

Koch ist indeß der Ansicht, daß diese Bemerkung auf den Rechtspunkt ohne Einfluß sei, da es sich um die Frage handle, ob die Grundsätze über die ursprüngliche Erwerbungsart der Inädifikation, oder vielmehr die Grundsätze über mittelbare Erwerbung Anwendung finden, wenn der Grund und Boden, auf welchem später gebaut worden, dem Besitzer desselben vorher abgekauft und auf Grund dieses nur mündlich abgeschlossenen Kaufs der Besitz wirklich übertragen worden. Ob der Besitzer und Verkäufer wahrer Eigenthümer war oder ein anderes erbliches Besitzrecht hatte, sei eine hier gar nicht in Betracht kommende Frage. Indem Koch die Entscheidung des Ob. Trib. v. 15. Dec. 1848 für richtig, die neuere Entscheidung v. 30. März 1855 dagegen für unrichtig erachtet, spricht er sich dahin aus, daß der §. 332. folgende Voraussetzungen habe:

1) Der Bauende muß nicht Besitzer der Baustelle aus einem früheren rechtlichen Grunde sein; sonst kommen, wenn er das Grundstück ohne Titel ursprünglich in Besitz genommen hat, die Grundsätze des Tit. 7. von Meliorationen des Besitzers zur Anwendung, und wenn er einen Titel hat, die Regel von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums (des Grundstücks). Deshalb ist die Trib. Entsch. v. 15. Dec. 1848 richtig.

2) Der Bauende muß nicht unredlich handeln, d. h. er muß entweder in seinem Rechte, dort zu bauen, irren, oder er muß, obgleich er das Eigenthum des Andern kennt, einen vernünftigen Grund haben, anzunehmen, daß ihm der Eigenthümer die Baustelle überlassen werde. Wer in bösem Bewußtsein fremden Grund bebaut, kann dadurch nicht das Recht erwerben, den Eigenthümer zu nöthigen, ihm die Baustelle abzutreten. — Unter diesen Voraussetzungen bewirkt die Wissenschaft des Eigenthümers von dem unternommenen Baue, ohne Erforderniß der Anzeige Seitens des Bauenden und, die Unterlassung des Widerspruchs, daß der Bauende ihn zwingen kann, ihm die Baustelle käuflich zu überlassen. In diesem Falle kommen die Grundsätze vom nothwendigen Verkauf zur Anwendung, Tit. 11. §§. 3. ff. Die formlose Einwilligung des Grundeigenthümers z. B. ist dazu völlig hinreichend, wenn darauf wirklich gebaut wird. (Landr. Bd. 1. Anm. 52. zum §. 332. h. t.)

2) Die Vorschriften der §§. 327. ff. und 332. sind nicht maßgebend, wo zwischen dem Bauenden und dem Eigenthümer des Grund und Bodens ein Vertragsverhältniß, z. B. ein Pachtvertrag, bestand, vermöge dessen Letzterer dem Ersteren den Grund und Boden zur Benutzung übergeben hat.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v 15. Febr. 1855, indem der §. 333. dies klar ergebe.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 19 Nr. 5.)

§. 332. Der §. 332. ist auch auf Gebäude anwendbar, welche von einem Miteigenthümer auf dem im Miteigenthume befindlichen Grund und Boden aufgeführt werden. Hat also der andere Miteigenthümer um den Bau gewußt und nicht sogleich der Fortsetzung widersprochen, so kann er die Einziehung der Gebäude nicht verlangen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Jan. 1854.

Denn wenn schon derjenige, welcher unter den Bedingnissen des §. 332. h. t. auf fremdem Grund und Boden Gebäude errichtet, Eigenthümer derselben wird, so muß es jedenfalls auch derjenige werden, welcher unter eben den Bedingnissen Gebäude auf Grund und Boden aufführt, welcher sich in seinem und eines Andern ideellen Miteigenthume befindet, da dieser Boden rücksichtlich des Miteigenthümers gleichfalls ein fremder ist. Der §. 10. A. L. R. I. 17. steht nicht entgegen, weil er die spezielle Vorschrift für das Bauen auf fremdem Grund und Boden nicht ausschließt.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 216 Nr. 46.)

§. 339. Die neue Konk. Ordn. v. 8. Mai 1855 hat das hier erwähnte Vorzugsrecht nicht aufgenommen.

---

[1]) Dies nimmt Bornemann an, indem sonst eine unerlaubte Handlung vorliege, aus welcher keine Rechte entstehen könnten.

(System Bd. 2. S. 62, 2. Ausg. Bd. 2. S. 37.)

[2]) Diese Ueberschrift führt die obige Trib. Entsch. in den Entsch. Bd. 30. S. 31. Koch macht indeß darauf aufmerksam, daß die von den Herausgebern gewählte Ueberschrift ungenau sei. Denn so allgemein, wie solche lautet, werde der Satz von dem Ob. Trib. nicht ausgesprochen, vielmehr behaupte dasselbe nur, daß in dem Falle, wenn die Baustelle gerade zu dem ausgesprochenen Zwecke, solche zu bebauen, erworben und überlassen worden sei, alsdann der §. 332. noch zur Anwendung komme.

§§. 340—342. Vom Bauen an der Grenze.

Reinhard, Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 445 ff. u. Bd. 13. S. 70 ff.

§. 340. Bei einem Bau an der Grenze wird, wenn die Anzeige an den Nachbar unterlassen und die Grenze überschritten ist, die Klage auf Zurückrückung des Gebäudes nicht durch den Einwand beseitigt, daß der Nachbar um den Bau gewußt, und demselben nicht sofort widersprochen habe (§. 332. h. t.).

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1837. (Präj. Nr. 288.) (Präj. Samml. S. 30.)

§. 341. 1) Die Erklärung, mittelst welcher der Nachbar die Linie genehmigt, in welcher der Bau geführt werden soll, bedarf auch dann nicht der schriftlichen Form; wenn ihm bekannt ist, daß diese Linie die wahre Grenzlinie überschreitet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. April 1839. (Präj. Nr. 668.) (Präj. Samml. S. 30.)

2) Kann die Genehmigung der angegebenen Linie auch stillschweigend erfolgen?

Es bejahen:

a) Koch, auf Grund der §§. 58., 59., 61. A. L. R. I. 4. (Landr. Bd. 1. Anm. 60. zum §. 341. h. t.)

b) Reinhard, welcher annimmt, daß eine formlose Genehmigung genüge, wenn durch die festgestellte Baulinie auch Grund und Boden des Zustimmenden vergriffen wird, wie aus §§. 341. u. 342. hervorgehe, und wofür auch der §. 332. spreche. Es sei aber unbedenklich anzunehmen, daß auch hier schon durch bloßes Stillschweigen Grundeigenthum (wenn auch nur gegen Entschädigung) verloren gehen könne; indeß setze dies voraus, daß der Bauende dem Eigenthümer die Anzeige nach §. 340. gemacht habe. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 73.)

c) Grein, welcher bemerkt:

Da der §. 342. die nachtheiligen Folgen nur dann eintreten läßt, wenn der Bauende die Anzeige ganz unterlassen oder Widerspruches des Nachbars ungeachtet gebaut hat, so muß also nicht auch dann, wenn die Anzeige geschehen, der Nachbar aber sich gar nicht erklärt hat, im Falle des §. 341. auch eine stillschweigende Genehmigung für zureichend erachtet werden, und diese liegt vor, wenn nach geschehener Anzeige der Nachbar nicht wenigstens beim Beginne des Baues der Linie widerspricht. Die §§. 341. u. 342. sprechen zwar nur von einem Ueberschreiten der Baulinie, dasselbe muß aber von dem Mindern gelten, wenn nämlich die angegebene Baulinie zwar eingehalten ist, sich aber erst nach Beginn des Baues findet, daß sie jenseits der Grenze liegt. Es versteht sich von selbst, daß dem Bauenden ein dolus oder ein grobes Versehen bei Angabe der Baulinie nicht zu Nutzen kommen kann. (Baurecht S. 19 Anm. 2. u. 3.)

d) Der Verf. des Auff. in der J. Z. 1835 S. 1192 führt aus:

Wenn der Vorsatz des Bauenden, wie weit er das Gebäude vorzurücken gedenke, dem Nachbar angezeigt ist, so liegt schon in des letzteren Stillschweigen eine Genehmigung der ihm angezeigten Baulinie (§. 342. h. t., §. 61. Thl. I. Tit. 4. A. L. R.); wenn dagegen die Baulinie zwar Anfangs genehmigt ist, das Gebäude aber demnächst, ohne den Nachbar nochmals zu fragen, in einer längeren Flucht, als Anfangs beabsichtigt wurde, errichtet wird, und es sich findet, daß die Verlängerung über die unbestrittene Grenze hinausreicht, so muß die Verlängerung, auch wenn der Nachbar während des Baues geschwiegen haben sollte, auf sein Verlangen eingezogen werden.

3) Ist die im §. 341. bezeichnete Baulinie vom Nachbar durch mündlichen Vertrag nur unter der Bedingung einer ihm zu gewährenden Gegenberechtigung genehmigt worden, so verliert diese Genehmigung ihre verbindliche Kraft, wenn der andere Kontrahent durch Zurücktreten von dem geschlossenen Vertrage sich der mündlich zugesagten Gegenleistung entzieht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1853. (Entsch. Bd. 27. S. 36.)

§. 342. Unter der wahren Grenzlinie ist hier nicht die im §. 139. A. L. R. I. 8. vorgeschriebene Baulinie von resp. 3 und 1½ Werkschuhen, sondern die Eigenthumsgrenze zu verstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. April 1843. (Präj. Nr. 1283.)

Dies ist nach dem Wortsinne unzweifelhaft, und nur die Vergleichung der Vorschrift des §. 342. h. t. mit denjenigen der §§. 139. u. 140. A. L. R. I. 8. könnte hierüber Bedenken erregen. Allein der §. 342. h. t. hat nur den Fall vor Augen, wenn ein Bau an der Grenze, wo noch keine Gebäude stehen und keine Beschränkung durch die Hoflage des Nachbars entgegentritt; also auf einem noch unbebauten Raume unternommen wird, wogegen in den §§. 139. u. 140. A. L. R. I. 8. von dem Falle eines neu zu errichtenden Gebäudes im Verhältniß zu einem schon dastehenden älteren Gebäude des Nachbars die Rede ist. Dies ist zwar auch ein Bau an der Grenze, allein eben der Gebäude-Berührung wegen in einem besonderen Verhältnisse. Der §. 342. h. t. gehört der Lehre von Akcessionen an und besagt in dieser Stelle nur:

daß der, welcher mit einem Bau an der Grenze die wahre Grenzlinie seines Eigenthums überschritten habe, den überbauten Grund und Boden seines Nachbars (unter den vorausgesetzten Umständen jenes §.) durch Akcession nicht akquiriren könne, sondern jedenfalls auf seine Grenze, auf die natürliche Eigenthumsgrenze, zurücktreten müsse.

Wenn es sich dagegen fragt:

ob der Bauende allemal und nothwendig auf die Baulinie zurücktreten müsse und ob insonderheit der angrenzende Eigenthümer des älteren Gebäudes, auch wenn er den polizeiwidrigen Bau gewußt und ihn nicht gehindert hat, befugt ist, die Einrückung des Neubaues auf die Baulinie zu verlangen?

so ist dies aus den Grundsätzen des Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. vom Eigenthum, in deren Mitte sich die §§. 139. u. 140. befinden, zu verneinen. Die Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn, wozu die der §§. 139. u. 140. l. c. gehören, hören vermittelst verbindlicher Willenserklärungen der Betheiligten auf (§. 191. ib.) und sind aus dem Gesichtspunkte der Grundgerechtigkeiten (A. L. R. I. 22. §. 1.) zu beurtheilen, können mithin auf die im A. L. R. I. 22. §. 43. erwähnte Art verloren gehen. Läßt der Nachbar den Bau wissentlich über die gesetzliche Normallinie geschehen, so ist er als stillschweigend genehmigend anzusehen, und es geht demnach sein Recht verloren. Uebrigens ist auch ein Gesetz, welches eine lästige Eigenthumsbeschränkung verordnet, restriktiv zu interpretiren.

(Präj. Samml. S. 31, Entsch. Bd. 9. S. 3, J. M. Bl. 1843 S. 192.)

Derselben Ansicht sind: Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 599), Temme (Civilr. Bd. 1. S. 266 Anm. 3.) und Reinhard (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 76.)

Achter Abschnitt.

Von Erwerbung der Erbschaften.

Crelinger, System des Preuß. Erbrechts mit Hinweisung auf das Röm. und gemeine Recht. Breslau. 8. 1834.

Gans, von der Stellung und dem Prinzip des Preuß. Erbrechts. (Gans Bd. 1. S. 123 Nr. 1.)

Löwenberg, über die Vererbung der Klagen. (J. Z. 1832 S. 394 sqq.)

§§. 350—366. Was zur Erbschaft gehöre, oder nicht gehöre.

§. 350. Das A. L. R. hat sich über den Begriff einer Erbschaft an zwei verschiedenen Stellen, und zwar nicht ganz übereinstimmend ausgesprochen, indem darunter nach den §§. 34. u. 35. Tit. 2. Thl. I. der Inbegriff der Sachen und Rechte eines Verstorbenen verstanden wird, nach §. 350. h. t. aber auch dessen Pflichten dazu gehören. Es ist indeß die letztere Gesetzstelle als entscheidend anzusehen, da der Uebergang der Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben nicht bloß aus der Rechtseinheit beider folgt, sondern auch in den weiteren Vorschriften des Tit. 9., namentlich in den §§. 360—362., 366., 368., 418., 422., anerkannt oder doch vorausgesetzt wird.

(Erk. des Ob. Trib. v. 30. Mai 1840, Entsch. Bd. 6. S. 355.)

§§. 350. 351. Wenn der Benefizialerbe Nachlaßgelder dazu verwendet, um Forderungen auf eigenen Namen im Wege der Cession zu erwerben, so sind diese nicht ohne Weiteres als zur Erbschaftsmasse gehörig zu betrachten; wohl aber ist dies der Fall, wenn der Benefizialerbe dabei ausdrücklich nur als Verwalter des Nachlasses auftritt und nur auf diesen der Erwerbungsakt lautet.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm und dem Ob. Trib. in den Erk. v. 14. Mai 1850 und 10. März 1851.

(Gruchot's Beiträge Bd. 1. S. 74 ff.)

§. 352. Statt »Tit. 17. Abschn. 2.« ist zu lesen: »§§. 303. sqq. Tit. 2. Thl. II.«

(R. v. 5. Mai 1834 und v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 3 u. Bd. 12. S. 2.)

§. 353. Verschiedene Gegenstände, die an sich zu dem Nachlasse eines Verstorbenen gehören würden, sind durch spezielle Bestimmungen davon ausgeschlossen worden.

a) Die in dem Nachlasse eines Civil- oder Militairbeamten sich vorfindenden Sammlungen, Abschriften oder Zeichnungen, welche sich auf seinen Dienst in specie oder den Staatsdienst im Allgemeinen beziehen und deren Anfertigung ihm nur vermöge seiner dienstlichen Stellung möglich war. Diese Gegenstände sollen als zum Nachlaß gehörig nicht angesehen, sondern an die Dienstbehörde abgeliefert werden, und die Erben sich mit der von der betr. Behörde zu bestimmenden Vergütung begnügen.

(R. v. 8. Juli 1822, Jahrb. Bd. 20. S. 44, Gräff Bd. 3. S. 15.)

b) Gezeichnete Festungspläne, vorzüglich der zum Staate gehörigen oder von diesseitigen Truppen besetzten Festungen; gezeichnete Pläne, Risse, Profile einzelner Befestigungsanlagen oder Festungstheile; Entwürfe zur Befestigung im Lande gelegener Orte und Gegenden, gezeichnete Aufnahmen, Nivellements, Terrains, Rekognoscirungen, Situationszeichnungen und sonstige gezeichnete Karten, Pläne und Risse, wozu jedoch nicht die zu landwirthschaftlichen Zwecken, Gemeinheitstheilungen und dergleichen aufgenommenen Karten gehören. Die Gerichte und Auktions-Kommissarien sollen von dergleichen Gegenständen, wenn sie sich in einem Nachlasse oder einer zu verauktionirenden Masse vorfinden, ein Verzeichniß anfertigen und solches dem General-Kommando der Provinz zukommen lassen, die Erben aber, wenn die Zurückbehaltung für nothwendig erachtet wird, den durch vereidete Taxatoren auszumittelnden Werth erhalten.

(R. v. 22. Mai 1818, Jahrb. Bd. 11. S. 243, Gräff Bd. 1. S. 328.)

c) Schreiben des Justizmin. v. 3. Febr. 1816 über die als Staatseigenthum anzusehenden und auszuliefernden Geistesarbeiten verstorbener Beamten und über die Grundsätze, nach welchen den Erben eine Vergütigung dafür zugestanden wird.

Ew. Exc. erwidere ich auf das Schreiben v. 9. v. M., wie es auch mir nicht zweifelhaft scheint, daß Alles, was ein Staatsdiener im Dienste und zum Zweck des Dienstes, mithin Amts- und Berufshalber anfertigt, nicht sein Privateigenthum, sondern das Eigenthum des Staates werde. Denn dazu ist jeder solcher Diener bestellt und verpflichtet, daß er seine ganze Dienstthätigkeit dem Staate widme, und die Produkte derselben nicht zu anderen Absichten verwende und am wenigsten dazu gebrauche, sich selbst die daraus entstehenden Vortheile zuzueignen, wozu schon ein gemeiner Bevollmächtigter nicht berechtigt ist. (A. L. R. I. 13. §. 62. u. II. 10. §§. 6. sqq.) Wenn daher in dem Nachlasse eines verstorbenen Beamten Zeichnungen, Pläne, Karten, Manuskripte ꝛc. sich befinden, die von ihm in den oben erwähnten Beziehungen verfertigt worden, so streitet dafür die Vermuthung, daß sie nicht den Erben, sondern dem Staate gehören. Besonders gilt dies von solchen Anfertigungen, bei welchen der Staat ein Interesse hat, daß sie nicht in fremde Hände gerathen. Auch wenn dergleichen Arbeiten nur zum eigenen Gebrauch eines Staatsdieners im Dienste zunächst bestimmt gewesen sind, aus dem Inhalte und der Beschaffenheit derselben aber erhellet, daß sie nur aus solchen Kenntnissen und Mittheilungen entstanden sein können, die er in seiner Eigenschaft als Staatsdiener unter der Verpflichtung zur Verschwiegenheit erlangt hat, so müssen solche Arbeiten als dem gemeinen Verkehr entzogen betrachtet und daher von dem Privat-Nachlasse des Verstorbenen abgesondert und der vorgesetzten Behörde ausgeliefert werden. Dahin gehören besonders Abschriften und Auszüge aus archivalischen Akten und Urkunden, desgleichen Kommissions- und Manualakten, die im Dienste aufgenommen worden, auch Sammlungen von statistischen Nachrichten und Notizen, deren Bekanntmachung und Verbreitung aus Gründen, die aus der Sorge für das Staatswohl geschöpft sind, verhindert werden muß. Konzepte und Originalbriefe, die in Aufträgen des Staates, besonders in Korrespondenzen mit Auswärtigen geschrieben und empfangen worden, sind ebenfalls dahin zu rechnen. Alles dies sind Gegenstände, welche der Staat der Regel nach ohne Vergütigung aus den Verlassenschaften der Beamten zurückzunehmen befugt ist. Hiernach ist auch schon in mehreren Fällen, z. B. bei dem Ableben des Obersten v. P. 1776, des Hauptmanns v. T. 1811, des Majors v. P. 1814 verfahren. Indessen kann es Fälle geben, wo die Regel eine Ausnahme leidet, und es der Billigkeit gemäß ist, den Erben eine Gratifikation zu bewilligen, z. B. wenn die Anfertigung so beschaffen ist, daß der Verstorbene selbst, wenn er noch lebte, eine besondere Belohnung wohl verdient haben würde. Dies wird jedoch der Beurtheilung der obersten Staatsbehörden in jenem besonderen Falle vorzubehalten sein. In der A. G. O. Thl. II. Tit. 5. §§. 6., 31., 44. ist übrigens schon dafür gesorgt, daß Briefschaften, Gelder und Sachen, die ein verstorbener K. Diener als zu einem Amte gehörig in Verwahrung gehabt hat, durch Versiegelung vorläufig gesichert werden.

(Min. Akt. Gen. O. No. 81. Vol. I. Fol. 21.)

d) Ordens-Insignien und Ehrenzeichen verstorbener Ritter und Besitzer, welche an die General-Ordens-Kommission abzuliefern sind, so wie Kriegsdenkmünzen an die Kirchspiele.

Hierüber disponiren:

α) K. O. v. 7. Febr. 1815. Die Kriegsdenkmünzen Verstorbener müssen an die Kirchspiele, zu welchen die Verstorbenen gehören, abgeliefert werden.

(G. S. 1815 S. 10.)

β) R. v. 24. Nov. 1817. In Nachlassen sich vorfindende Ordens-Insignien und Ehrenzeichen müssen an die General-Ordenskommission eingesendet werden. (Jahrb. Bd. 10. S. 250, Gräff Bd. 3. S. 15.)

γ) Bekanntmachung der Gen. Ordenskomm. v. 20. Mai. 1840 (den Gerichtsbehörden mitgetheilt durch R. v. 27. ej. m.). Alle, sowohl Preußische, als fremde Orden, ingleichen die Preuß. Ehrenzeichen sind beim Ableben ihrer inländischen Besitzer von deren Hinterbliebenen oder vorgesetzten Behörden, oder von den Landräthen und Magisträten mit Anzeige des Todestages der Verstorbenen unmittelbar an die Gen. Ordenskomm. einzusenden, ebenso von jetzt ab auch die Insignien des eisernen Kreuzes und des Kaiserl. Russ. St. Georgen-Ordens 5. Klasse, nachdem deren Vererbung aufgehört hat. Die Kriegsdenkmünzen v. 1813, 14 und 15 sind nach dem Tode der Besitzer an dasjenige Kirchspiel zur Aufbewahrung abzuliefern, zu welchem der Besitzer zuletzt gehört hat. (J. M. Bl. 1840 S. 195.)

δ) Bekanntmachung der Gen. Ordenskomm. v. 21. Juli 1840 (den Gerichtsbehörden mitgetheilt durch R. v. 22. ej. m.). Ordensdekorationen in Brillanten, ingleichen Duplikate von Insignien, welche die Besitzer sich aus eigenen Mitteln angeschafft haben, Königl. Franz. Orden und fremde Verdienstmedaillen brauchen nicht zurückgegeben werden. (J. M. Bl. 1840 S. 252.)

ε) R. v. 25. Mai 1841. Nicht nur die inländischen und ausländischen Orden und Ehrenzeichen, sondern auch die Zeugnisse über deren erfolgte Verleihung sind, wenn ein Inhaber solcher Orden und Ehrenzeichen mit Tode abgeht, von den Erben desselben zurückzufordern und ohne weitere Aufforderung an die Gen. Ordenskomm. einzusenden. Ausgenommen hiervon sind jedoch die vom König selbst vollzogenen Ordenspatente, welche nach dem Tode der Besitzer den Erben derselben verbleiben. (J. M. Bl. 1841 S. 186.)

ζ) R. v. 18. Febr. 1842. Die durch die K. O. v. 16. Jan. 1842 gestiftete Auszeichnung für pflichttreue Dienste in der Landwehr, welche nach erfolgter Verleihung durch den Tod der Besitzer erledigt werden, soll nicht zurückgegeben werden, sondern den Angehörigen verbleiben.

(J. M. Bl. 1842 S. 66.)

η) C. R. v. 20. Aug. 1844. Die Gerichte haben bei Nachlaßregulirungen solcher Personen, welchen von der freien Stadt Hamburg die aus Anlaß des dortigen großen Brandes gestiftete Erinnerungs-Medaille verliehen worden ist, die Medaille nebst dem darüber ausgestellten Patente an das Min. der ausw. Angel. zur weiteren Beförderung einzusenden. Sollten die Hinterbliebenen im Besitze des Patentes zu verbleiben wünschen, so kann ihnen solches als Andenken belassen werden, wovon jedoch dem gen. Min. bei Einsendung der Medaille jedesmal Anzeige zu machen ist. (J. M. Bl. 1844 S. 187.)

ϑ) C. R. v. 21. Sept. 1850. Die Bestimmung des C. R. v. 25. Mai 1841, daß die Zeugnisse (Verleihungs-Urkunden) über Verleihung von Orden und Ehrenzeichen, deren Inhaber mit Tode abgeht, abzufordern und an die Gen. Ordenskomm. einzusenden, wird aufgehoben.

(J. M. Bl. 1850 S. 375.)

§. 360. 1) Statt: »Einl. §. 106.« ist zu lesen: »Einl. §. 102.«

(R. v. 14. Juli 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

2) Kann gegen die Erben des Besitzers eines regulirungsfähigen Bauerngutes auf Verlust der Regulirung und Eigenthums-Ansprüche und auf Exmission wegen solcher Fakta ihres Erblassers, die für diesen den Verlust jener Rechte begründet haben würden, geklagt werden?

Die Gen. Komm. zu Posen verneint in dem Erk. v. 19. März 1840, weil die Verpflichtung des Erblassers zu Diensten und Zins an seine Person geknüpft gewesen, weshalb nach §. 360. die Strafe nur ihn und nicht seine Erben treffen könne.

Dagegen bejahet das Rev. Kolleg. zu Posen in dem Erk. v. 1. Dec. 1840, weil der §. 360. sich nicht auf diesen Fall beziehe, sondern das Abmeierungs-Expulsionsrecht des Gutsherrn gegen den Unterthan, wie näher ausgeführt wird, kein an die Person des Wirthes geknüpftes Recht, kein jus personalissimum im passiven Sinne sei. (Centralbl. 1842 S. 221.)

3) Das nach Lübischem Rechte Pars II. Tit. II. Art. XI. dem Kinde, des Bestehens der communio prorogata ungeachtet, zustehende Recht, bei erreichter Mündigkeit und nach erlangter Selbstständigkeit seinen Erbtheil von dem Nachlasse des verstorbenen Vaters oder der verstorbenen Mutter zu verlangen, ist als ein höchst persön-

liches — jus personalissimum — zu betrachten, welches nach §. 360. h. t. zur Erbschaft des Kindes nicht gerechnet werden kann.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1851, auf Grund des §. 360. und der Ausführung in Mevius Kommentar des Lübischen Rechts S. 400.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 301 Nr. 66.)

§. 361. R. v. 18. April 1836. Der Nachlaß des Ehemanns ist für Gebühren und Auslagen der Justizkommissarien in den für die Ehefrau geführten Prozessen verhaftet.

(Jahrb. Bd. 47. S. 519, Gräff Bd. 10. S. 38.)

§. 363. Nach §. 20. des Strafgesetzb. v. 14. April 1851 können Geldstrafen in den Nachlaß eines Angeschuldigten nur dann vollstreckt werden, wenn derselbe bei Lebzeiten rechtskräftig verurtheilt worden ist.

Vergl. die Erg. zum §. 20. des Strafgesetzbuchs.

§§. 363. u. **365.** R. v. 29. Jan. 1814. Die §§. 363. und 365. sind auf die in den Straf-Resolutionen der Finanz- und Landes-Polizeibehörden bestimmten Strafen und auf die Kosten der bisherigen Untersuchung anzuwenden, und es ist zur Einziehung beider die Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens nicht nothwendig.

(Jahrb. Bd. 3. S. 18, Gräff Bd. 1. S. 36.)

§. 363. Die von dem Freibauholz-Berechtigten (nach dem Märkischen Forst-Regulativ v. 15. Sept. 1798) bei nicht anschlagsmäßiger Verwendung des Holzes zu zahlende poena quadrupli ist eine Art Konventional-Strafe, zu deren Entrichtung auch die Erben des Kontravenienten verpflichtet sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Febr. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 179 Nr. 44.)

§§. 367—382. Vom Erbanfall.

§§. 367. u. **368.** 1) Suarez, Bemerk. über die Abweichung der in §§. 367. u. 368. ausgesprochenen Rechtssätze vom Röm. Rechte. (Jahrb. Bd. 41. S. 12.)

2) Können Erben, deren Verwandschaftsverhältniß zum Erblasser nicht bestritten ist, in einem gegen sie angestellten Prozesse den Nachweis vom Kläger verlangen, daß sie die Erbschaft ihres Erblassers angetreten haben, oder müssen sie vielmehr nachweisen, daß sie nicht, oder nicht allein Erben geworden?

In den im Centralbl. 1837 S. 943 mitgetheilten beiden Erk. des O. L. G. zu Frankfurt (Datum konstirt nicht) ist auf Grund der §§. 367. u. 368. Letzteres angenommen.

§§. 367. 383. sqq. **424.** sqq. 1) In der Kur- und Neumark ist der überlebende Ehegatte in Ermangelung eines Ehepakts oder Testaments ipso jure nicht Erbe des zuerst verstorbenen, sondern er wird es nur durch seinen ausdrücklich erklärten, oder bei unterlassener Erklärung binnen der in den Gesetzen bestimmten Frist stillschweigend vorausgesetzten Willen, durch welchen eine Gütergemeinschaft zur Zeit des Todes entsteht, welche weder in stehender Ehe vorhanden ist, noch nach Auflösung derselben anders, als unter obenbezeichneter Voraussetzung entstehen kann. Hierauf beruhen die Vorschriften des Ed. v. 30. April 1765 Abtheil. 2., dagegen setzen die des A. L. R. über die Fristen zur Erklärung über die Antretung einer Erbschaft und über den Verlust der Rechtswohlthat des Inventars (Thl. I. Tit. 9. §. 383. sqq., 424. sqq.) den Erbanfall, sobald der Erblasser verstorben oder für todt erklärt ist, voraus. Diese können daher nicht angewendet werden; vielmehr muß es bei den ersteren verbleiben, und es steht danach dem überlebenden Ehegatten, so lange er nicht pure sich für den Erben erklärt hat oder dafür rechtskräftig erkannt worden, immer noch frei, der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten zu entsagen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1834. (Präj. Nr. 42.) (Präj. Samml. S. 31.)

2) Aus den bei dem vorstehenden Präj. erwähnten Gründen steht auch in der Kur- und Neumark gegen die Nicht-Erbes-Erklärung eines Ehegatten, wenn hiernächst über sein Vermögen Konkurs eröffnet wird, seinen Gläubigern ein Widerspruchsrecht nicht zu.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1834. (Präj. Nr. 43.) (Präj. Samml. S. 31.)

3) Die im A. L. R. vorgeschriebenen Fristen zur Erklärung über die Antretung einer Erbschaft, oder deren Entsagung und zur Einreichung des Inventars finden mit gleicher Wirkung bei deren Versäumniß auf den Nachlaß eines Ehegatten in der Kur- und Neumark nicht Anwendung, sondern es gilt in dieser Beziehung das Erbsch. Ed. v. 30. April 1765.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. April 1834.

(Simon's R. Bd. 4. S. 60.)

§§. 367. sqq. Das Kulmische Recht erfordert zur Erwerbung der Erbschaft eine positive Thätigkeit Seitens des zu derselben Berufenen, aus welcher seine Absicht, Erbe sein zu wollen, hervorgeht; er braucht daher bis dahin für die Schuld des Erblassers nicht aufzukommen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. April 1856.

(Entsch. Bd. 32. S. 338, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 328 Nr. 80.)

§§. 367. 368. 398. 406. 407. u. **408.** Der in einem an sich in vorschriftsmäßiger Form errichteten Testamente eingesetzte Erbe kann, wenn zwar die Dispositionsfähigkeit des Testators zur Zeit der Errichtung dieses Testaments nach dessen Inhalte zweifelhaft erscheint, jedoch dasselbe von keiner Seite im Wege Rechtens angefochten worden ist, diejenigen, welche ohne solches Testament zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, wegen einer ihm an den Erblasser zustehenden Forderung nicht ohne Weiteres aus dem Grunde, weil das Testament ungültig sei und weil sie die zur Erklärung über die Erbschaft resp. zur Einreichung des Inventars gesetzlich bestimmte Fristen verstreichen lassen, als ihm unbedingt verhaftete Intestaterben in Anspruch nehmen; sondern er kann vielmehr ihre Verurtheilung als Erben ohne Vorbehalt, in Ermangelung eines von ihnen verlautbarten unbedingten Erbschaftsantritts, nur alsdann verlangen, wenn er zuvörderst seinerseits bei dem Nachlaßrichter erklärt hat, daß er aus dem Testamente nicht erben wolle, und wenn von dem Zeitpunkte an, da diese Erklärung den Intestaterben bekannt gemacht worden, jene Fristen, ohne daß sie ein Inventarium gelegt haben, verstrichen sind.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Febr. 1853. (Präj. Nr. 2437.)

Nach §. 367. h. t. fällt die Erbschaft, sobald der Erblasser verstorben oder für todt erklärt ist, an denjenigen, den eine rechtsgültige Willenserklärung des Letzteren, oder in deren Ermangelung die Vorschriften der Gesetze dazu berufen, und nach §. 420. wird dieser Erbe, wenn er sich als solcher gerirt oder die gesetzliche Ueberlegungsfrist von 6 Wochen ohne Erklärung verstreichen läßt, als Benefizialerbe angesehen, während er dem §. 427. zufolge als unbedingter Erbe gilt, sobald er nicht innerhalb einer ferneren, nach Umständen zu verlängernden oder abzukürzenden 6monatlichen Frist das vorschriftsmäßige Nachlaß-Inventarium überreicht. Nach §. 406. tritt, wenn ein Erbe der Erbschaft gültig entsagt hat, derjenige an seine Stelle, den der rechtsbeständige Wille des Erblassers oder wiederum die Gesetze als den nächsten nach ihm bezeichnen, und es kommen diesem weiteren Erben, der durch den Richter von jener Entsagung benachrichtigt werden muß, ebenfalls die obigen von dem Tage dieser Bekanntmachung an zu rechnenden Fristen zu statten. (§§. 407., 408.) Doch kann der Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen oder sich innerhalb der vorgeschriebenen Frist gar nicht erklärt hat, derselben zum Nachtheile eines Dritten nicht mehr entsagen. (§. 412.) Hierbei wird allerdings, wenn er durch ein Testament zur Erbschaft berufen ist, wie der §. 367. ergiebt, vorausgesetzt, daß diese letztwillige Verordnung als eine gültige zu betrachten sei, und es können ihn daher, sobald sich das Gegentheil herausstellt, die obigen Folgen einer innerhalb der bestimmten Fristen nur unterbliebenen Erklärung oder einer unterlassenen Einreichung des Inventarii nicht treffen. Ist aber das betr. Testament von Niemand angefochten und will der eingesetzte Erbe auf Grund der von ihm selbst behaupteten Ungültigkeit desselben sich als Nachlaßgläubiger an die gesetzlichen Erben des Testators halten, so können ihm gegenüber, wenn er für seine Person jene Fristen hat verstreichen lassen, wenigstens die den Letzteren gleichfalls zu statten kommenden Fristen, keinenfalls von einem früheren, als von dem Zeitpunkte an gerechnet werden, wo er seinerseits die Erklärung, daß er das Testament nicht als gültig ansehe und deshalb die Intestaterbfolge als eröffnet betrachte, in geeigneter Weise abgegeben hat, indem die Ungültigkeit eines Testaments, namentlich wenn es in vorschriftsmäßiger Form gerichtlich aufgenommen ist, nicht schon ipso jure die Wirkung haben kann, daß der darin ernannte Erbe ohne Weiteres für beseitigt und die Intestatsukcession für eröffnet zu erachten wäre. Auch ist bei einer von dem Testamentserben in obiger Art abgegebenen und ohne Widerspruch gebliebenen Erklärung nicht einmal die Zeit ihrer Abgabe, sondern vielmehr nur der Zeitpunkt ihrer den Intestat-

erben geschehenen Mittheilung entscheidend, und wenn man selbst annehmen wollte, daß der Testamentserbe unter allen Umständen, so wie in jeder Beziehung von der Verpflichtung entbunden sei, sich in irgend einer Art darüber auszusprechen, ob er aus einem Testamente, dessen Gültigkeit größeren oder geringeren Zweifeln unterliegt, Rechte herleiten oder dasselbe als nicht geschrieben betrachten wolle, so würde doch immer mindestens eine an die Intestaterben zu erlassende gerichtliche Aufforderung vorangehen müssen, ehe die Letzteren ihrerseits zu einer Erklärung über den Antritt der Erbschaft für verbunden erachtet und von den nachtheiligen Folgen des in dieser Hinsicht beobachteten Stillschweischweigens, so wie resp. der unterlassenen Einbringung des Inventars, namentlich im Verhältnisse zu dem Testamentserben, betroffen werden könnten.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 11, Entsch. Bd. 25. S. 156.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 12. §. 277.

§§. 383—388. Von der Ueberlegungsfrist.

§. 383. 1) Auch der Fiskus, welchem eine erblose Verlassenschaft anheimfällt, ist als Erbe anzusehen und der Erbschaft zu entsagen befugt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1841. (Präj. Nr. 1025.)

Aus dem §. 406. h. t. folgt nicht, daß, weil der Fiskus der letzte ist, an welchen eine Erbschaft durch Entsagung gelangen kann, er dieselbe nothwendig auch behalten muß. Ist er Benefizialerbe, so müssen ihm auch die Befugnisse eines Erben zustehen, folglich auch die Befugniß ex §. 383. Aus den §§. 16. und 17. A. L. R. II. 16. kann nicht gefolgert werden, daß der Fiskus, wenn ihm eine Erbschaft anheimfällt, nicht als Erbe anzusehen sei; vielmehr ist daraus und aus §. 4. a. a. O. nur zu folgern, daß das hier dem Staate vorbehaltene Recht den Grund bilde, auf welchem das Erbrecht des Fiskus beruht. Daß aber ein solchergestalt an den Fiskus gelangter Erbanfall denselben ganz in die Verhältnisse jedes anderen Erben stellt, ergeben nicht allein die §§. 16. u. 17. a. a. O., in denen wiederholt von dem Anfalle einer »Erbschaft« an den Staat die Rede ist, sondern auch die §§. 4., 20. und 25. a. a. O. Zu den Rechten dessen, dem eine Erbschaft anheimfällt, gehört aber noch §. 383. h. t. zunächst das Recht, dieselbe anzunehmen oder ihr zu entsagen. Dies ergiebt auch der §. 9. des Anh. zum §. 410. h. t. und das diesem §. zum Grunde liegende R. v. 20. Okt. 1794.

(Präj. Samml. S. 32, Entsch. Bd. 7. S. 155.)

Derselben Ansicht sind: Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 491) und Witte. (Intestaterbr. S. 158 ff.)

2) Wer eine ihm angefallene Erbschaft ausschlagen oder nur mit Vorbehalt antreten will, hat auch dann, wenn der Konkurs über das Vermögen des Erblassers eröffnet und bei dessen Ableben noch nicht beendigt war, der Erbschaft rechtzeitig zu entsagen, oder beziehungsweise ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß innerhalb der gesetzlichen Frist niederzulegen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1840. (Präj. Nr. 878.)

Durch die Konkurseröffnung entsteht zwar ein allgemeines Pfandrecht der gesammten Gläubiger auf den Inbegriff des alsdann vom Gemeinschuldner besessenen Vermögens und es verliert der letztere die Dispositionsbefugniß über sein gegenwärtiges Vermögen (A. G. O. I. 50. §§. 33., 34.); allein das Eigenthum des Vermögens, welches der Gemeinschuldner der Zeit besitzt und künftig noch erwirbt, geht auf seine Gläubiger nicht über; es steht mithin der cridarius dem corpus creditorum noch immer als Rechtssubjekt gegenüber, worin auch durch den Tod desselben nichts geändert wird, indem vielmehr das durch die Konkurseröffnung beschränkte Eigenthum desselben auf den gesetzl. Erben übergeht. Daß der Erbe des Gemeinschuldners nicht den Besitz der Erbschaft ergreifen kann, ist mit Rücksicht auf §. 368. h. t. unerheblich; es ist dasselbe der Fall, wenn ein Erblasser vor seinem Tode Sachen zum Faustpfande oder zur antichretischen Nutzung gegeben hat, wo der Erbe dennoch das Eigenthum dieser Sachen erwirbt. Die Gesetze über den Erbschaftsantritt können keine Modifikation durch die Konkurseröffnung erleiden; jeden Anspruch, welchen die Kreditoren gegen den noch lebenden cridarius, der Konkurseröffnung ungeachtet, machen können, dürfen sie auch gegen dessen Erben verfolgen. Dies ergiebt nicht allein die Natur der Sache, sondern es erhellt auch aus den gesetzlichen Vorschriften, namentlich aus den Bestimmungen der A. G. O. I. 50. §§. 486., 33. und 145. Da hiernach einem Gemeinschuldner, der Konkurseröffnung ungeachtet, Vermögensrechte verbleiben, so muß auch der zur Erbschaft desselben Berufene in Beziehung auf Antritt und Entsagung der Erbschaft denselben Pflichten unterliegen, wie jeder andere Erbe.

(Präj. Samml. S. 31, Entsch. Bd. 5. S. 351.)

§. 384. 1) Die dem Erben gesetzlich zustehende Ueberlegungsfrist beginnt für einen Pflegebefohlenen erst mit dem Tage, an welchem der demselben bestellte Vormund von dem Anfall der Erbschaft an den Ersteren Kenntniß erlangt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1847. (Präj. Nr. 1894.[1])

Nach §. 384. umfaßt die Deliberationsfrist für jeden Erben einen Zeitraum von sechs Wochen nach erlangter Wissenschaft vom Erbanfalle, und nach §. 390. versteht es sich von selbst, daß dem Vormunde dieselbe Zeit zur Ueberlegung gewährt werden muß, die der Erbe genießt.

(Präj. Samml. S. 32, Entsch. Bd. 16. S. 125.)

2) Die Frist zur Entsagung einer Erbschaft ist gegen den, welchem dieselbe durch Entsagung eines Anderen zugefallen ist, von dem Tage an zu berechnen, an welchem er durch den Richter von der erfolgten Entsagung in Kenntniß gesetzt worden ist; — nicht von dem Tage der erlangten Privatwissenschaft.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1704.)

Nach dem A. L. R. bedarf es keiner besonderen Erbschaftsantretung: die Erbschaft fällt dem anheim, welchen rechtsgültige Willenserklärung des Erblassers oder in deren Ermangelung das Gesetz beruft, ohne weitere Besitzergreifung (§§. 367., 368.). Doch steht ihm binnen der Deliberationsfrist die Befugniß zu, der Erbschaft zu entsagen. Diese Frist berechnen die §§. 384., 385. nach Maßgabe der Entfernung des Erben von dem Aufenthaltsorte des Erblassers auf 6 Wochen, resp. 3 Monate nach erlangter Wissenschaft (§. 384.). Diese Wissenschaft bezieht sich — bei Intestatsukcessionen — nur auf das Faktum des Todes oder der Todeserklärung des Erblassers. Das Gesetz sagt nicht, auf welche Weise diese Wissenschaft ihm werde, und daher ist anzunehmen, daß deren Quelle gleichgültig sei. Aus dem Inhalte der §§. 406—409. ergiebt sich, daß die §§. 406., 407., 408. zusammengehörige und in nothwendiger Verbindung stehende Vorschriften sind. Wenn nun auch der §. 408. nicht ausdrücklich sagt, daß die Entsagung durch den Richter bekannt gemacht sein müsse, so folgt dies doch theils aus dem Zusammenhange mit §. 407., theils aus §. 406. Denn ob eine Erbschaftsentsagung eine gültige, ob die Erklärung rechtsbeständig ist (§§. 389. seq., 396., 398—401. A. L. R. I. 9.) kann nur der Nachlaßrichter bestimmen. Es kann daher nicht genügen, daß dieser an die Stelle tretende Erbe auf irgend eine andere Weise davon Kenntniß erhält, daß der nächste Erbe entsagt habe. Die volle Gewißheit und Ueberzeugung davon erlangt er nur durch die richterliche Bekanntmachung, und damit auch die Pflicht, sich binnen der Deliberationsfrist über die Entsagung zu erklären. Anders steht es mit dem unmittelbaren Testaments- oder Vertrags- oder nächsten Intestaterben. Rücksichtlich des Letzteren insbesondere setzt das Gesetz voraus, daß er wisse, daß ihm die Erbschaft als nächstem Intestaterben anheim gefallen sei, daß er das Verwandtschaftsverhältniß kenne, und dies allein genügt dem Gesetz; der Richter hat ihm dies nicht zu eröffnen, ihm fällt die Erbschaft durch den Tod unmittelbar zu, und er muß, wenn er nicht Erbe sein will, nachdem er den Tod erfahren, zeitig entsagen. Bei der Erbschaftsentsagung handelt es sich dagegen nicht von einer offenkundigen äußerlichen Thatsache, sondern von der Existenz, Rechtzeitigkeit und Gültigkeit eines Rechtsaktes und des in Folge desselben entstehenden Erbanfalls, der sich äußerlich nicht anders mit Sicherheit kund giebt, als durch die Aeußerungen des Richters, als Organs des Gesetzes. Demnach kann im Falle des §. 408. nicht auf §. 384. rekurrirt, vielmehr kann der §. 408. nur im Zusammenhange mit §. 407. verstanden werden. Die strengen Folgen der Theorie des A. L. R. rücksichtlich des Erbschaftsantrittes (§§. 421., 427.) können demnach nur dann erst eintreten, wenn die hier dem Richter zur Pflicht gemachte spezielle Bekanntmachung erfolgt ist. Vor derselben hat der weitere Erbe nicht nöthig, sich um die Sache zu kümmern; keine andere giebt ihm die Garantie, daß die Erbschaft wirklich auf ihn eröffnet sei.

(Präj. Samml. S. 32, Entsch. Bd. 13 S. 140.)

3) Die Frist zur Erklärung über den Antritt einer Erbschaft läuft auch gegen denjenigen in einem Testamente eingesetzten Erben, welcher ein Pflichttheilsberechtigter ist, erst von dem Tage, an welchem ihm das Testament publicirt worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Jan. 1851[2]). (Präj. Nr. 2254.)

---

[1]) In der Präj. Samml. S. 32 führt dies Präj. die Nr. 1893., in den Entsch. Bd. 16. S. 126 dagegen die Nr. 1894., welche letztere die richtige zu sein scheint.

[2]) Bereits in dem Erk. v. 13. Febr. 1828 (Simon's R. Bd. 2. S. 54) hatte das Ob. Trib. angenommen, daß jedem Intestaterben, welcher zugleich in einem Testamente zum Erben eingesetzt worden, die gesetzlichen Fristen zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft und zur Einreichung des Inventariums erst von der Publikation des Testaments an laufen. Als der I. Sen. hiervon abweichen wollte, gelangte die Frage an das Plenum.

Wenn auch nach den Grundsätzen des A. L. R. der Anfall der Erbschaft von den zunächst berufenen Erben von Rechtswegen erfolgt und es keiner Erklärung über den Antritt derselben Seitens des Erben bedarf, er vielmehr die Erbschaft ausschlagen muß, und zwar innerhalb bestimmter Fristen, wenn er nicht als Erbe angesehen werden will; so erfolgt doch das Letztere nur dann, wenn der Erbe Kenntniß von dem Anfall erlangt hat. Erst von dem Zeitpunkte dieser Wissenschaft an läuft nach §. 384. A. L. R. I. 9. jene Deliberationsfrist und da nach §. 367—368. daselbst jede Erbschaft zunächst an Denjenigen fällt, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers dazu berufen haben; und erst in deren Ermangelung die gesetzliche Erbfolge eintritt, so folgt hieraus: daß der gesetzliche Erbe nicht schon allein und ohne Weiteres durch das Ableben seines Verwandten, sondern erst alsdann, wenn kein Erbvertrag oder Testament des letztern vorhanden sind, zur Erbschaft berufen wird. Das Dasein eines Testamentes schließt die gesetzliche Erbfolge aus und nur dem in dem Testamente eingesetzten Erben fällt die Erbschaft an, nur dieser verlangt die Verbindlichkeit, sich innerhalb der §§. 384. ff. bestimmten Fristen darüber zu erklären, ob er dieselbe, und zwar unbedingt, oder mit Vorbehalt antreten, oder ihr entsagen will? Er ist aber dazu, wie §. 384. besagt, nur nach erlangter Wissenschaft nicht bloß von dem Vorhandensein, sondern auch vom genaueren Inhalte des Testamentes verpflichtet, da der letztere auf seine Willensbestimmung entscheidenden Einfluß üben muß, also nur erst von dem Zeitpunkte ab, in welchem ihm das Testament nach Vorschrift der Gesetze gehörig publicirt worden. Daher bestimmt auch §. 242. A. L. R. I. 12.:

»Aus einem gültigen Testamente erwirbt der eingesetzte Erbe das Recht, nach Publikation desselben die Erbschaft anzutreten und in Besitz zu nehmen.«

Hat er nicht früher dies Recht, so wird ihm auch keine Verbindlichkeit vor diesem Zeitpunkte erwachsen können. In diesen Grundsätzen kann auch nicht in dem Falle, wo der eingesetzte Erbe zugleich der nächste gesetzliche Erbe, und noch spezieller, wo er ein zum Pflichttheil Berechtigter ist, — eine Aenderung eintreten. Denn das Vorhandensein eines solchen Notherben hebt doch die Befugniß zu testiren nicht auf, und das Testament bleibt daher auch in diesem Falle die Quelle des Rechtes des eingesetzten, wenngleich zum Pflichttheil berechtigten Erben. Der Anspruch auf den Pflichttheil ist ein ganz anderes Recht, als das Recht des Testamentserben, und er kommt gar nicht zur Geltung, also zur rechtlichen Existenz, wenn der Eingesetzte die Erbschaft aus dem Testamente antritt. Umgekehrt kann derselbe zwar nach §. 402. A. L. R. I. 9. sich auf die Forderung des Pflichttheils beschränken; dies setzt aber wieder voraus, daß er den Inhalt des Testaments kennen muß, ehe er von dieser Befugniß Gebrauch machen kann, und insofern er alsdann nur als Pflichttheilsberechtigter auftreten würde; geht seine Pflicht gegen die Nachlaßgläubiger nicht weiter, als daß er auch seinen Pflichttheil den Letzteren überläßt, was in vorliegender Sache dadurch geschieht, daß die Klägerin befriedigt werden soll, soweit die Kräfte des Nachlasses ihres Schuldners ausreichen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 12, Entsch. Bd. 20. S. 10, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 155 Nr. 31., J. M. Bl. 1851 S. 51.)

Derselben Ansicht sind: **Bornemann** (System Bd. 6. S. 452, 2. Ausg. Bd. 6. S. 293), **Temme** (Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 2. S. 258 Anm. 1.), der Verf. der Abhandl. im Centralbl. 1840 S. 738, und die **Gesetzrevisoren**, welche indeß hinzufügen:

Es kann jedoch ein außergerichtliches Testament, z. B. der Eltern unter Kindern, ein im Auslande errichtetes u. s. w. vorhanden sein, auf dessen Inhalte die Erben vor der gerichtlichen Publikation die Erbschaft in Besitz nehmen; es können auch Erbverträge vorhanden sein, deren Inhalt den Erben bekannt ist, und für diese Fälle würde allerdings, wenn die Grundsätze des A. L. R. festgehalten werden, die Ueberlegungsfrist von der erlangten Wissenschaft des Erbanfalles gerechnet werden müssen. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 10.)

Dagegen haben die beiden Sen. des O. L. G. zu **Stettin** in den Erk. v. 19. März und 16. Nov. 1825 angenommen, daß in dem in Rede stehenden Falle der Lauf der Fristen von dem Tage an zu rechnen, wo der im Testamente eingesetzte Intestaterbe Wissenschaft von dem Tode des Erblassers erhalten hat, weil sonst der Zweck des Gesetzes, die Nachlaßmasse vor Verdunkelungen zu schützen, vereitelt werden würde; auch könne der Tag der Publikation des Testamentes schon um deshalb nicht maßgebend sein, weil das Testament möglicherweise erst nach langer Zeit publicirt werden könnte.

(Simon's R. Bd. 2. S. 51 u. 53.)

Derselben Ansicht ist **Grävell**.

(Komm. zur A. G. O. Nachtr. S. 184 ff.)

Auch **Koch** ficht die Richtigkeit des Pl. Beschl. des **Ob. Trib.** Nr. 2264. an und will den sogen. Notherben als einen Erben von Rechtswegen von jedem anderen Erben unterschieden wissen.

(Landr. Bd. 1. Anm. 28. zum §. 384. h. t.)

§. 386. Vergl. das Präj. des III. Sen. des **Ob. Trib.** v. 25. Jan. 1848 Nr. 1964. in den Erg. zur A. G. O. I. 20. §. 3.

§. 387. R. v. 26. April 1833. **Nur** wenn nach den Gesetzen ein Arrestschlag zulässig ist, können die Nachlaßgläubiger die Versiegelung verlangen; es ist aber das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers auf die Invekta und Illata keineswegs an und für sich allein und unter allen Umständen eine causa arresti, sondern es muß, wenn vor Ablauf der Miethszeit und vor dem Ausziehen ein gerichtlicher Beschlag auf die Invekta und Illata stattfinden soll, eine Besorgniß, daß der Miether diese heimlich wegbringen, oder sonstige nachtheilige Dispositionen mit denselben vornehmen werde, bescheinigt sein. (Jahrb. Bd. 41. S. 420, Gräff Bd. 6. S. 374.)

§§. 389 – 397. Von Antretung und Entsagungen der Erbschaften überhaupt.

§. 391.

Meister, über Entsagung eines Verschuldeten auf Erbschaften. Frankfurt a. d. O. 1811. (Eine besonders auf das Preuß. Recht bezügliche Abhandlung.)

Abhandlung von **Koch** und **Scholtz** über die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf eine Erbschaftsentsagung des Gemeinschuldners, nach dem A. L. R. und dem Märkischen Provinzialrechte. (J. W. 1836 S. 177 und S. 421.)

1) Auch der Konkurskurator muß bei der Theilung einer dem Gemeinschuldner nach eröffnetem Konkurse angefallenen Erbschaft, den Miterben gegenüber, sich die Anweisung auf dasjenige, was der Gemeinschuldner dem Nachlasse schuldig ist, zur Berichtigung des Erbtheils des ersteren, soweit dasselbe hinreicht, gefallen lassen.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 15. April 1850, auf Grund des §. 391. h. t. in Verbindung mit §§. 33., 34. u. 41. A. G. O. I. 50. und §§. 490. u. 491. A. L. R. I. 16.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 490. u. 491.

(Entsch. Bd. 19. S. 206.)

2) Nach §. 262. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 hat sich der Rechtszustand in der Art geändert, daß die nach der Konkurseröffnung anfallende Erbschaft zur Konkursmasse gehört. Die Gläubigerschaft tritt aber lediglich in die Stelle des Gemeinschuldners und muß daher, wenn sie die Erbschaft annimmt, die Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse ebenso befriedigen, wie es der Gemeinschuldner selbst würde haben thun müssen. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 34. zum §. 391. h. t.)

§. 392. R. v. 25. Aug. 1794. Die Gerichte haben **nicht** von Amtswegen eine Erklärung der Erben über die Annahme oder Entsagung der Erbschaft zu erfordern.

Wir sehen es nicht wohl ab, woher Ihr es nehmen könnet, daß dem Richter in Ansehung majorenner Erben irgend eine Verbindlichkeit, denselben die Erklärung, wie sie Erben sein wollen, ex officio abzufordern, oder eine Vertretung deshalb durch das A. L. R. auferlegt worden.

Der §. 431. im 8. Abschn. des 9. Tit. im I. Thl. des A. L. R. redet wirklich nur von Erben, die unter Vormundschaft stehen, wo es bisher schon die Pflicht der vormundschaftlichen Gerichte gewesen ist, auf die Anfertigung und Einreichung des Inventarii zu dringen. Der §. 448. geht nur den das Hypothekenbuch führenden Richter an, welcher, wenn er den Titulum possessionis für einen Erben eintragen läßt, zugleich den Nachweis, in welcher Qualität er Erbe sei, erfordern muß.

Außerdem sind dem Richter in keiner einzigen Stelle des A. L. R. bei dieser Materie, Verbindlichkeiten, die er ex off. beobachten müßte, oder neue Vertretung auferlegt.

Ueber einen Nachtheil, welcher einen Erben trifft, der die Fristen zur Einbringung des Inventarii verabsäumt, kann und muß ein Jeder sich aus dem Gesetze selbst belehren, welches hierunter nur die Vorschriften der gemeinen Rechte wieder herstellt. Indessen wollen Wir es billigen, wenn besonders in den ersten Zeiten nach eingetretener Gesetzkraft des A. L. R., die Gerichte in Fällen, wo Erbanfälle zu ihrer Wissenschaft gelangen, den Erben über die Vorschriften der Gesetze, wegen der ihnen obliegenden Einbringung eines ebenfalls verschlossenen Inventarii und über die Nachtheile, welche mit der verabsäumten Befolgung dieser Vorschrift verbunden sind, belehren lassen. Weiter aber muß sich der Richter ex off. nicht einmischen, und selbst, wenn diese Belehrung nicht gegeben werden kann, darf darauf keine Regreßklage gegen den Richter gegründet werden.

(Stengel Bd. 8. S. 302, Rabe Bd. 2. S. 673.)

§§. 392. 399. 400. Zur Gültigkeit einer schriftlichen Erbschaftsentsagung ist stets eine **ausdrücklich** erklärte Entsagung erforderlich.

Angenommen von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 23. Jan. 1854, auf Grund der Vorschriften des §. 392. h. t., der §§. 133. u. 134. A. L. R. I. 5. und des §. 381. A. L. R. I. 16.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 263 Nr. 56.)

§§. 394. 396. Wenn einer Erbschaft unter Bedingungen entsagt worden ist, so wird die Entsagung selbst, und nicht bloß die beigefügte Bedingung, für nicht geschehen erachtet. Die unter Bedingung geschehene Entsagung erlangt dadurch keine Gültigkeit, daß sie zu Gunsten eines Miterben erfolgt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1842 (Präj. Nr. 1212.), weil dies aus dem Zusammenhange der §§. 394. u. 396. und der im §. 396. enthaltenen Verweisung auf den §. 427. hervorgehe. (Präj. Samml. S. 32, Entsch. Bd. 8. S. 245.)

Bornemann ist gleicher Ansicht. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 295.)

§§. 398—412. Von Entsagungen insonderheit.

§. 398. 1) R. v. 23. Juni 1830 sub Nr. 2. Auskultatoren können gültige Erbschafts-Entsagungen aufnehmen, und zwar ohne Unterschied, ob die Partei lesens- und schreibensunkundig ist oder nicht. (J. M. Bl. 1840 S. 235.)

2) R. v. 30. Jan. 1836 und 6. Juli 1840. Wer einer Erbschaft unbedingt entsagen will, hat nicht nöthig, sich zuvor als Erbe zu legitimiren. Erfolgt aber die Entsagung zu Gunsten eines Miterben, so kommt es darauf an, ob der Entsagende außer demjenigen, zu dessen Gunsten die Entsagung erfolgt, der einzige Erbe ist, oder ob noch andere Erben konkurriren. Im letzteren Falle muß der entsagende Erbe sich erst durch den Nachweis seines Erbrechts legitimiren, weil die Entsagung als eine Abtretung des Erbrechts durch Schenkung anzusehen ist; im ersteren Falle dagegen hat der Entsagende seine Legitimation nicht zu führen, und nur derjenige, zu dessen Gunsten die Entsagung geschehen, hat sowohl sein Verwandtschaftsverhältniß zum Erblasser nachzuweisen, als auch die eidesstattliche Versicherung abzugeben, daß ihm neben dem Entsagenden und ihm keine näheren oder gleich nahen Erben des Erblassers bekannt sind. (J. M. Bl. 1840 S. 239, 240.)

§. 399. R. v. 2. März 1835 ad 1. Die Erklärung über die Entsagung oder unbedingte Antretung einer Erbschaft nach §§. 399. und 415. muß entweder gerichtlich, oder in einer nach §. 76. A. G. O. III. 7. nach der Unterschrift notariell beglaubigten Vorstellung erfolgen, indem sie zu den Nr. 6. §. 10. A. G. O. II. 1. bezeichneten Urkunden gehört. Im §. 399. ist von solchen Justizkommissarien die Rede, die zugleich Notarien sind, wie aus §. 130. I. 10. unzweifelhaft hervorgeht.

(Jahrb. Bd. 45. S. 179—182, Gräff Bd. 8. S. 10.)

§. 400. 1) Die Gesetzrevisoren sind der Meinung, daß der §. 400. erst bei der letzten Revision des Entwurfes, offenbar aus dem Grunde eingeschoben worden, um von demjenigen, welcher eine formell ungültige Entsagung abgegeben, dieselbe jedoch für gültig gehalten hat, die Nachtheile einer ferneren Verabsäumung der rechtzeitigen Einbringung des Inventariums abzuwenden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. zu Tit. 9. Abschn. 8. S. 12.)

Bornemann folgert hieraus und aus §. 411., daß der §. 400. nur zu Gunsten des Erklärenden in Anwendung gebracht werden könne; denn da nach §. 411. eine gültig geschehene Erbschaftsentsagung unter keinerlei Vorwand widerrufen werden könne, so müsse die Zurücknahme einer ungültig geschehenen Entsagung stets für zulässig, oder die Erklärung vielmehr als nicht geschehen erachtet werden, sobald der Erklärende sich demnächst dennoch als Erbe gerire oder die Erbschaft ausdrücklich antrete. Der §. 400. müsse daher dahin verstanden werden, daß nur der Entsagende, nicht aber ein Anderer zum Nachtheile des Ersteren sich auf eine formell ungültige Entsagung berufen, und auf deren Grund die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger oder Legatarien zurückweisen könne.

(System Bd. 6. S. 456, 2. Ausg. Bd. 6. S. 296.)

Dagegen nimmt Koch an, daß die Vorschrift des §. 400. nicht bloß zum Vortheile, sondern auch zum Nachtheile des Entsagenden gelte.

Von dieser letzteren Ansicht geht auch das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Jan. 1854 aus.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 263 Nr 56.)

Vergl. die Erg. zum §. 415. h. t.

2) Der §. 400. bezieht sich lediglich auf den §. 399., nicht auch auf den §. 398., und hat daher eine bloß mündliche Erbschaftsentsagung keine rechtliche Wirkung.

Eine bloß mündliche Erbschaftsentsagung erlangt auch durch nachheriges schriftliches Anerkenntniß keine Gültigkeit.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853.

Der §. 399. kommt auf den ersten der beiden in §. 398. gedachten Fälle nicht weiter zurück, sondern bestimmt nur über den zweiten Fall dahin, daß die Unterschrift der Vorstellung gerichtlich oder durch einen Justizkomm. beglaubigt sein müsse. Deshalb kann sich auch der hier anschließende §. 400., welcher mit den Worten anhebt: »Ist diese Form zwar verabsäumt«, nur auf die im vorhergehenden §. 399. für diesen Fall der schriftlichen Erklärung des Verzichts vor Gericht erforderte Beglaubigung der Unterschrift beziehen. Es hat nicht gesagt werden sollen, daß es so wenig einer schriftlichen und unterschriebenen Erklärung zu Protokoll bedürfe, wenn nur überhaupt der Wille des Entsagenden auf irgend eine andere Art nachgewiesen werden könne. Daß der §. 400. sich nur auf den §. 399., also nur auf die zweite der beiden Alternativen des §. 398. bezieht, geht auch aus den Worten hervor: »es kann aber nachgewiesen werden, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei.« Denn unter einer eingekommenen Erklärung läßt sich nur eine bei Gericht schriftlich eingereichte, im Gegensatze zu der zum gerichtlichen Protokoll erklärten, nicht aber eine solche verstehen, die mündlich, außerhalb des Gerichts, weder zum gerichtlichen Protokoll, noch in irgend einer eigenhändig unterschriebenen Vorstellung abgegeben worden ist. Es bleibt daher für die zweite Alternative das im §. 398. aufgestellte Erforderniß der eigenhändigen Unterschrift eines schriftl. Erbschaftsverzichts fortbestehen, und der §. 400. hat nicht davon, sondern, unter Vorbehalt des Nachweises der Wahrheit der schriftl. Erklärung, nur von der im §. 399. erforderten Beglaubigung der Unterschrift dispensirt. Dies folgt auch daraus, daß der §. 392. h. t. auf den §. 133. A. L. R. I. 5. verweist, welcher die Schriftlichkeit der Form erfordert. Der §. 185. a. a. O. aber, welcher von der Verstärkung der Verträge durch Anerkenntniß handelt, läßt sich nicht ohne Weiteres auf mündliche Erbschaftsentsagungen anwenden, und zwar um so weniger, als, wenn der berufene Erbe sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist gar nicht über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt, das Erbrecht ohne Weiteres auf ihn übergeht. Dasselbe muß der Fall sein, wenn seine Erklärung nicht in gültiger Form erfolgt ist, und eine erst nach Ablauf der Deliberationsfrist in solcher Form nachgeholte Erklärung ist unmöglich dazu angethan, den Erben der ihm einmal angefallenen Erbschaft zu entsetzen, das auf ihn übergegangene Eigenthum oder Miteigenthum des Nachlasses auf den nach ihm berufenen Erben oder auf seinen Miterben zu übertragen. Diese Wirkung würde vielmehr nur durch ein die Uebertragung dieses Eigenthums vermittelndes Rechtsgeschäft hervorgebracht werden können.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 274 Nr. 58.)

§§. 403. 404. Kann der Testamentserbe, welcher der Erbschaft entsagt, auf die ihm ausgesetzten Legate Anspruch machen?

Der Gesetzrevisor äußert sich hierüber, unter Anführung der von einander abweichenden Ansichten von Merkel und Bielitz, wie folgt:

Merkel bejaht diese Frage in seinem Komm., und bezieht sich zur Begründung seiner Meinung auf den §. 460. A. L. R. I. 11.; Bielitz dagegen, welcher die Frage verneint, beruft sich auf den §. 612. A. L. R. I. 12. (Merkel's Komm. des A. L. R. I. S. 172, Bielitz Komm. Bd. 2. S. 240.) Beide Gesetzstellen entscheiden aber die streitige Frage nicht, denn gegen Merkel's Meinung läßt sich anführen, daß der Erbschaftskauf ein eigenthümliches, von dem Gesetzgeber nicht begünstigtes Geschäft ist, von welchem die gesetzlichen Bestimmungen nicht auf andere davon verschiedene Fälle angewendet werden dürfen; das von Bielitz angeführte Gesetz spricht nur von dem stillschweigenden Anerkenntnisse der Gültigkeit eines Testamentes, und diese wird von dem, der sich der in einem Testamente ihm zugewandten Erbschaft entsagt, nicht bestritten. — Der §. 404. giebt jedoch zu den erhobenen Zweifeln keine Veranlassung, denn er erhält dem entsagenden Erben seine Ansprüche, welche ihm an dem Nachlaß, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaft als Erben zustehen, und da Legate von der Erbschaft gesetzlich verschieden sind, und Entsagungen überhaupt nicht ausdehnend erklärt werden dürfen, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, die Prälegate dem entsagenden Erben vorzuenthalten. Im Röm. R. wird die Frage ebenso entschieden. (L. 87., 88. D. de Legatis I.)

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 13.)

Bornemann bezieht sich zur Unterstützung der Ansicht der Gesetzrevisoren auch noch auf den §. 279. A. L. R. I. 12.

(System Bd. 6. S. 458, 2. Ausg. Bd. 6. S. 297.)

§. 406. Kommt es bei der Frage, wer nach der Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge als Intestaterbe berufen sei, auf

die Zeit der Ausschlagung oder auf die der Eröffnung der Erbschaft (Tag des Todes oder der Todeserklärung) an?

Letzteres nimmt Bornemann an, welcher ausführt:

Der §. 406. enthält keine ausdrückliche Ausnahme von der Regel, daß der nächste gesetzliche Erbe derjenige sei, welcher beim Todestage des Erblassers der nächste war. Eine solche Ausnahme in das Gesetz hineinzulegen, ist um so bedenklicher, als in allen anderen Beziehungen die Wirkung einer Erbschaftsentsagung auf den Todestag des Erblassers zu retrotrahiren ist, ein Gleiches also auch rücksichtlich der Frage geschehen muß, wer nunmehr der nächste Erbe des Verstorbenen sei. Die andere Ansicht führt einestheils zu der dem Landrechte ganz fremden Fiktion einer juristischen Persönlichkeit, und macht anderntheils den Fall möglich, daß Personen zur Erbfolge gelangen könnten, welche beim Tode des Erblassers noch gar nicht geboren oder im Mutterleibe befindlich gewesen, obgleich doch solche Personen niemals die Erbschaft ansprechen können.

(System Bd. 6. S. 254, 255, 2. Ausg. Bd. 6. S. 160.)

Derselben Ansicht ist Koch, weil alle Sukcessionsfähige gleichzeitig berufen seien, doch so, daß die hinter den Nächstberufenen nur bedingt berufen sind. (Landr. Bd. 1. Anm. 43. zum §. 406. h. t.)

Ersteres nimmt Witte an, weil in einem solchen Falle die Absicht des Erblassers, seinen Nachlaß eventuell dem nächsten Erben zuzuwenden, durch nichts an den Tag gelegt, für einen solchen zweiten Erben also der Anfall nicht, wie es bei einer bedingten Erbeseinsetzung der Fall sei, mit dem Todestage des Erblassers, sondern erst mit der Erbschaftsentsagung des eigentlichen Erben eintrete, und darum auch nur das Verwandtschaftsverhältniß zur Zeit der Erbschaftsentsagung berücksichtigt werden könne.

(Preuß. Intestaterbrecht S. 27, 28.)

§§. 406. u. 410. Eine zu Gunsten des nächstfolgenden Erben abgegebene Erbschaftsentsagung verliert den Gläubigern des Entsagenden gegenüber nicht schon um deshalb jede rechtliche Wirkung, weil der dadurch begünstigte Erbe nicht der alleinige nächste Erbe ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. März 1850, weil eine solche Ungültigkeit aus dem Gesetze (§§. 406. u. 410.) nicht folge und sich nirgends ausgesprochen finde. (Entsch. Bd. 19. S. 121.)

§. 410 und Anhang §. 9. 1) Der §. 9. des Anh. ist aus dem R. v. 20. Okt. 1794 entnommen.

(N. C. C. Tom. IX. No. 90. de 1794 p. 2427, Rabe Bd. 2. S. 710.)

Vergl. Löwenberg's Materialien Bd. 2. S. 25 und 114.

2) R. v. 14. Febr. 1834 (zu 1.).

Der §. 406. enthält eine allgemeine verbindliche Disposition, woraus schon folgt, daß die Entsagung eines Erben zum Besten eines Anderen, als desjenigen, der nach §. 406. an seine Stelle treten soll, unwirksam ist. Dasselbe Resultat ergiebt sich auch bei gehöriger Berücksichtigung der Vorschriften der §§. 394. u. 396. Aus dem §. 410. kann nicht gefolgert werden, daß mit rechtlicher Wirkung auch zu Gunsten eines Anderen, als des Erben, welcher nach §. 406. an seine Stelle treten würde, eine Erbschaftsentsagung geschehen könne. Es würde darin ein innerer Widerspruch liegen. Wer entsagt, der begiebt sich der Ansprüche auf einen Nachlaß, und kann daher nicht mehr über denselben disponiren. Die Entsagung zum Besten eines Anderen, als des ohnehin in Ermangelung des Entsagenden Berufenen, würde aber eine Uebertragung der Rechte von dem Entsagenden auf den, zu dessen Gunsten er entsagt, in sich schließen, folglich eine Disposition über den Nachlaß enthalten, zu welcher der Entsagende nicht befugt ist. Der §. 410. hat keinen anderen Sinn, als daß in dem Falle, wenn die Entsagung eines Erben ausdrücklich zum Besten des auf ihn Folgenden geschieht, anzunehmen ist, daß der Erbe nicht aus Besorgniß der Unzulänglichkeit, sondern aus Liebe zum Nächstfolgenden, und um diesem einen Vortheil zuzuwenden, entsagt habe.

(Jahrb. Bd. 43. S. 97, Gräff Bd. 8. S. 5.)

Bornemann (System Bd. 6. S. 459, 2. Ausg. Bd. 6. S. 298.) und Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 45. zum §. 410. h. t.) sind gleicher Meinung.

3) Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Juni 1841 Nr. 1025. in den Erg. zum §. 383. h. t. Zus. 1.

§. 411. Ein Irrthum des Entsagenden über die Größe der Erbschaft macht dessen Entsagung nicht ungültig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1839. (Präj. Nr. 752.) (Präj. Samml. S. 32.)

§. 412. 1) Welche Frist ist unter der im §. 412. gedachten »gesetzmäßigen« gemeint?

Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. und des Ob. Trib. haben in den Erk. v. 24. Sept. 1832 und v. 7. April 1834 angenommen, daß die Entsagung nicht innerhalb der Ueberlegungsfrist, sondern erst in der darauf folgenden Inventarienfrist zu erfolgen brauche; denn der §. 384. h. t. habe seiner Fassung nach nur den Zweck, den Grund für diese zur Ueberlegung gegebene Frist auszudrücken; die Entsagung aber könne ebensowohl, wie die Antretung sub beneficio, so lange keine Einmischung in die Erbschaft und keine Benachtheiligung der Gläubiger eingetreten sei, noch innerhalb der sechsmonatlichen Frist geschehen. Der §. 16. A. G. O. I. 24. spreche auch von einer solchen Entsagung nach abgelaufener Frist.

(Simon's R. Bd. 4. S. 59 u. 63.)

Auch in den Gründen des Erk. v. 13. Aug. 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 309) bemerkt das Ob. Trib., daß die Erben sich erst nach abgelaufener Ueberlegungsfrist zu erklären hätten. Dagegen spricht der IV. Sen. des Ob. Trib. in den Gründen des neueren Präj. Nr. 1893. v. 2. Juli 1847[1]) (Entsch. Bd. 16. S. 130) die entgegengesetzte Ansicht aus, welche auch von dem III. Sen. desselben in dem Erk. v. 25. Nov. 1853[2]) (Entsch. Bd. 26. S. 253) für die richtige erachtet worden ist.

Dieser letztgedachten Ansicht sind auch Bornemann (System Bd. 6. S. 470—471, 2. Ausg. Bd. 6. S. 306), Temme (Lehrb. des Pr. Civilr. Bd. 2. S. 259 Anm. 2.) und Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 48. zum §. 412. h. t.).

Ebenso entscheidet das Justizmin. in dem R. v. 6. Juli 1836.

rc. Was die Entsagung einer Erbschaft betrifft, so kommt es wesentlich darauf an, zu welcher Zeit sie erfolgte. Der Erbe kann nicht entsagen, wenn er die Ueberlegungsfrist hat verstreichen lassen.

(J. M. Akten, Landr. 19. Vol. II. Fol. 163. I. 2336.)

2) Die von dem Erben nach Ablauf der Ueberlegungsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf; eine solche Entsagung kann nicht nach den für Erbschaftsentsagungen gesetzlich gegebenen Grundsätzen beurtheilt werden, sie ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für die letztere geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1853.

Der §. 367. bestimmt, daß die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers an den fällt, welcher im Mangel rechtsgültiger Willenserklärung des Erblassers durch die Gesetze dazu berufen ist. Dieser erlangt das Eigenthum der Erbschaft nebst allen Rechten und Pflichten ohne weitere Besitzergreifung (§. 368.). Jeder Erbe hat nun zwar die Wahl, ob er die Erbschaft übernehmen oder derselben entsagen will (§. 383.). Diese Erklärung muß jedoch binnen der gesetzlich bestimmten Frist abgegeben werden (§§. 384. u. 386.). Welche Folgen aber die Versäumniß dieser Fristen hat, ist in den §§. 420. u. 421. dahin bestimmt, daß derselbe dem, welcher eine Erbschaft mit dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums ausdrücklich angenommen hat, gleichgeachtet wird. Diese Eigenschaft als Benefizialerbe tritt also in dem vorausgesetzten Falle unmittelbar und kraft des Gesetzes ein und es folgt hieraus, daß es nicht mehr in dem Belieben des Erben stehen kann, sich der Eigenschaft als Benefizialerbe willkührlich zu entäußern. Dies folgt auch aus §. 406., dessen Bestimmung aber nur dann Platz greift, wenn der Erbschaft gültig, also rechtzeitig, entsagt ist, widrigenfalls die Erbschaft bei demjenigen verbleibt, welchen das Gesetz als Erbe betrachtet und betrachtet wissen will. — Nach allgemeinen Grundsätzen kann zwar Jeder, der die freie Disposition über sein Vermögen hat, sich der Vortheile aus einem Rechtsgeschäft begeben. Diese Befugniß kann daher auch dem nicht versagt werden, welcher sich innerhalb des gesetzlichen Zeitraums über die Antretung und Entsagung der Erbschaft nicht erklärt hat und deshalb von dem Gesetze einem solchen gleichgeachtet wird, welcher die Erbschaft ausdrücklich angenommen hat. Zu einer solchen Entsagung kann indessen nur die Eigenschaft als Erbe und das durch den Erbanfall auf die Erbschaft erworbene Eigenthum ermächtigen, und ist mit rechtlicher Wirkung nur denkbar, in sofern die Erbeseigenschaft und das durch solche erworbene Eigenthum an der Erbschaft als bestehend gedacht wird. Eine solche Entsagung ist daher ihrer rechtlichen Natur nach wesentlich etwas anderes, als die Erbschaftsentsagung, von welcher in dem §. 389. h. t. die Rede ist und deren rechtliche Folge darin besteht, daß die Eigenschaft als Erbe aufgehoben wird. Jene Entsagung ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und als solche nach den im A. L. R. I. 16. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Nach §. 396. ebendas. kann nun zwar Jeder, welcher Verträge abschließen kann, auch seinen Rechten entsagen. Durch eine solche eine Veräußerung enthaltende Entfagung kann aber der Entsagende nicht die Eigenschaft aufheben, welche die rechtliche Möglichkeit der eine Ver-

[1]) Vergl. unter Zus. 5. ad h. l.
[2]) Vergl. Zus. 2. ad h. l.

äußerung in sich schließenden Entsagung bedingt. Die Erbeseigenschaft selbst bleibt mithin bei einer solchen Entsagung unberührt, eben weil sie den rechtlichen Grund derselben enthält. Hierauf beruht auch die Bestimmung im §. 412. h. t., wodurch allerdings anerkannt ist, daß der Erbe sich der ihm zugefallenen Erbschaft auch nach Ablauf der Ueberlegungsfrist durch Entsagung entäußern kann; nicht minder ist aber dadurch ausgesprochen, daß er ungeachtet dieser Entsagung die Verbindlichkeiten erfüllen muß, welche aus der Annahme der Erbschaft auf ihn übergehen. Hieraus folgt aber, daß, welche Verfügung der Erbe nach Ablauf der Ueberlegungsfrist über die Erbschaft auch treffen mag, er niemals aufhören kann, Erbe zu sein. Die Entsagung von Rechten (A. L. R. I. 16.) setzt übrigens stets ein vertragsmäßig sich bildendes Rechtsverhältniß voraus, von dem nicht die Rede sein kann, wenn der Erbschaft nicht zu Gunsten eines Anderen, sondern ganz allgemein und ohne Beziehung auf eine bestimmte Person entsagt wird. Bei einer solchen Entsagung ist Niemand vorhanden, welchem durch solche ein Recht übertragen ist und welcher aus solcher ein Recht ableiten kann. Hierin ändern auch der §. 16. Tit. 24. und der §. 4. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. nichts; denn darin ist nicht ausgesprochen, daß der Erbe, welcher nach abgelaufener Ueberlegungsfrist der Verlassenschaft entsagt, dadurch aufhöre, Erbe im gesetzlichen Sinne zu sein. Jene Gesetze bestimmen vielmehr nur, daß, wenn der Erbe nach Ablauf der Ueberlegungsfrist der Erbschaft entsagt, in einem solchen Falle das Unvermögen der Erbschaft zur Erfüllung der auf ihr ruhenden Verpflichtungen für klar und notorisch anzunehmen, folglich mit Eröffnung des Konkurses ohne Weiteres zu verfahren ist.

(Entsch. Bd. 26. S. 253.)

3) R. v. 26. Aug. 1829. Unter einer zum Nachtheil des Dritten gereichenden Erbschaftsentsagung ist nur eine solche zu verstehen, mit welcher für den Dritten wirklich ein materieller Nachtheil verbunden ist. (Justizmin. Akt., Landr. 19. Vol. I. Fol. 146. A. 8846.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 1. Anm. 49. zum §. 412. h. t.)

4) Nicht bloß dem Erbschaftsgläubiger, sondern auch dem Miterben gegenüber kann derjenige Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen, oder sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist gar nicht erklärt hat, der Erbschaft nicht mehr entsagen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1845. (Präj. Nr. 1583.) (Präj. Samml. S. 32.)

5) Die Vorschrift des §. 412. muthet dem Dritten nicht den Beweis eines, ihn durch die verspätete Erbesentsagung treffenden materiellen Schadens zu; vielmehr darf der Erbe — dem Dritten gegenüber — auf eine solche Entsagung sich überhaupt nicht berufen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1847. (Präj. Nr. 1893.[1])

Dem Schlußsatze des §. 412. kann nicht der Sinn beigelegt werden, daß danach eine spätere Entsagung der Erbschaft nur in dem Falle verboten sein soll, wenn dadurch einem betheiligten Dritten ein materieller Nachtheil zugefügt wird, und daß hierüber dem Dritten der Beweis obliegt. Die betr. Vorschriften stellen das Stillschweigen des berufenen Erben während der Ueberlegungsfrist in seinen Wirkungen ganz gleich der ausdrücklichen Erklärung desselben über den Antritt der Erbschaft; einer ausdrücklichen Erklärung über den Antritt der Erbschaft bedarf es wesentlich nur dann, wenn dieselbe durch den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars bedingt werden soll. Schweigt nämlich der berufene Erbe während der Ueberlegungsfrist, so wird die Antretung der Erbschaft vorausgesetzt, und zwar zunächst nach §. 421. eine Antretung mit Vorbehalt. Es beginnt mit dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist eine zweite Frist von sechs Monaten zur Einreichung eines vollständigen Nachlaßinventars nach §§. 423. ff., und nach §. 427. wird, wer diese Frist, ohne das Inventarium gehörig einzureichen, verstreichen läßt, für einen Erben ohne Vorbehalt erachtet. Knüpft das Gesetz diese Folgen an das bloße Stillschweigen, und an die Unthätigkeit des berufenen Erben während bestimmter Zeitfristen, so läge ein Widerspruch darin, wenn es demselben gestatten wollte, jene Wirkungen durch die einfache Erklärung wieder aufzuheben: »daß er nun doch nicht Erbe sein, d. h. aufhören wolle, es zu sein.« Es ist dies rechtlich nicht denkbar, weil der Erbe durch den Erbanfall nach §. 368. das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten erlangt, wenn er dieselbe nicht in der gesetzlichen Zeit ausgeschlagen hat, von diesem Zeitpunkte ab er folglich Schuldner der Nachlaßgläubiger geworden ist, und als solcher sich von seiner Verbindlichkeit durch seine einseitige Erklärung nicht befreien kann. Dürfte er jetzt noch der Erbschaft entsagen, so würde dies eine offenbare Verletzung der Rechte der Nachlaßgläubiger enthalten. Wie wenig das Gesetz eine solche zuzulassen beabsichtigt, ergiebt §. 416., welcher vorschreibt, daß ein Erbe, der innerhalb der Ueberlegungsfrist erklärt hat, die Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, diese Erklärung nur bis zum Ablauf dieser Frist wieder zurücknehmen darf, vorausgesetzt, wie §. 417. hinzufügt, daß er nicht in dieser Zeit über die Substanz des Nachlasses verfügt hat, als in welchem Falle der Widerruf gar nicht stattfindet. Hier ist also vorgesehen, daß nach Ablauf der Ueberlegungsfrist der Erbe nicht zurücktreten darf, und wenn dies selbst dann gelten soll, wo die Erbschaft ausdrücklich ohne Vorbehalt übernommen worden, so muß es um so mehr in dem Falle des Antrittes ohne ausdrückliche Erklärung Platz greifen. Die Meinung, daß das Gesetz in den Schlußworten des §. 412. den Beweis eines materiellen Nachtheils verlange, der einem Dritten durch die verspätete Entsagung der Erbschaft erwachse, führt zu unlösbaren Schwierigkeiten. Es kann daher bei den Worten des §. 412. »zum Nachtheil eines Dritten« nicht an den Nachweis eines materiellen Nachtheils gedacht werden, sondern diese Vorschrift drückt aus: daß die Entsagung des Erben, die erst nach Ablauf der gesetzlichen Ueberlegungsfrist geschieht, einem Dritten gar nicht entgegengesetzt werden darf, weil dies zu dessen Nachtheil, nämlich mit Verletzung seines durch die Annahme der Erbschaft Seitens des Erben gegen diesen bereits erworbenen Rechtes gereichen würde. Das »zum Nachtheil eines Dritten« soll nur der Ansicht begegnen, daß ein Erbe unter allen Umständen gezwungen werden könne, die angetretene Erbschaft zu behalten; er mag sich ihrer immerhin später wieder begeben, nur soll kein Dritter, dabei Betheiligter, genöthigt werden, die verspätete Entsagung anzuerkennen. (Präj. Samml. S. 33, Entsch. Bd. 16. S. 125.)

6) R. v. 18. Dec. 1841.

Der überlebende Ehemann hat den Erbschaftsstempel von seiner Erbrate an dem Nachlasse der Frau zu entrichten, wenn er der Erbschaft nach Ablauf der Ueberlegungsfrist zu Gunsten seiner Kinder entsagt hat. Denn der Ehemann, welcher nach dem Tode seiner Frau die sechswöchentliche Ueberlegungsfrist ohne Erklärung verstreichen läßt, ist dadurch Erbe derselben geworden und verpflichtet, von seinem Erbtheile den Erbschaftsstempel zu entrichten. Durch eine freiwillige Aufgabe dieses Vortheils zu Gunsten seiner Kinder kann er sich von der Stempelabgabe nicht befreien, da nach der allgemeinen Fassung des §. 412. auch der Fiskus wegen des bereits erworbenen Rechtes auf die Stempelsteuer als ein Dritter anzusehen ist, zu dessen Nachtheil der Erbschaft nicht mehr entsagt werden darf. Wo aber bei Erbfällen unter Eheleuten die Constit. Joachimica und das Erbschafts-Ed. v. 30. April 1765 gelten, bleibt der §. 412. h. t. ausgeschlossen. (J. M. Bl. 1841 S. 375.)

§§. 413 — 419. Von Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt.

§. 413. 1) R. v. 14. Febr. 1820. Die Vollmacht zum Betriebe aller die Regulirung des Nachlasses betr. Angelegenheiten reicht zur Abgabe der Erbeserklärung, mit oder ohne Vorbehalt, hin.

(Jahrb. Bd. 15. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 38.)

2) Ist zur Gültigkeit des Erbschaftsantritts ohne Vorbehalt bei Frauenspersonen die bei Intercessionen vorgeschriebene Certioration erforderlich?

Es verneinen:

a) das Justizmin. in dem R. v. 11. Jan. 1830.

Dem (Tit.) wird auf den unterm 3. Dec. pr. erstatteten Bericht eröffnet, daß zwar die §§. 389. und 392. des A. L. R. I. 9. für die Ansicht des hiesigen Stadtger. zu sprechen scheint; da jedoch nach §. 421. l. c. derjenige, welcher sich binnen der gesetzmäßigen Frist über die Antretung der Erbschaft nicht erklärt, als Erbe mit Vorbehalt zu erachten ist, und nach §. 423. l. c., wenn er auch die vom Gesetz oder die von dem Richter bestimmte Frist ohne das Inventarium gehörig einzubringen verstreichen läßt, der Rechtswohlthat ipso jure verlustig wird, und für einen solchen, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, gehalten werden muß, und auch bei Frauenspersonen keine Ausnahme gemacht ist, da ferner selbst die innerhalb der Deliberationsfrist abgegebene Erklärung nach §. 416. bis zum Ablauf der Frist zurückgenommen werden kann, und also immer nur das Stillschweigen binnen der gesetzlichen Frist der eigentliche entscheidende Grund ist, welcher die Wirkung einer Antretung ohne Vorbehalt herbeiführt; so folgt hieraus, daß es auch bei Frauenzimmern keiner gerichtlichen Form und keiner solchen Certioration, welche bei Bürgschaften oder anderen Intercessionen erfordert wird, bedarf.

Ein zweiter Grund für die Ansicht, daß es der Certioration, die für den Fall der Intercession vorgeschrieben ist, bei Erklärungen der Frauenzimmer: Erben ohne Vorbehalt zu sein, nicht bedarf, ist der, daß nicht die Verbindlichkeit eines Dritten übernommen wird. Von den Verbindlichkeiten des Erblassers kann, da derselbe nicht mehr existirt, nicht die Rede sein, sondern die Erklärung kann nur als eine solche erachtet werden, durch welche der Erbe ein Komplexum von Rechten mit den damit nothwendig verbundenen Verbindlichkeiten und Lasten erwerben will. Eine Intercession ist keinesweges vorhanden.

Aus diesen Gründen tritt der Justizmin. der Ansicht des Königl. Kammer-Ger. bei.

(J. M. Akt., Landr. 19. Vol. 1. Fol. 159. B. 7542., Mankopff's Landr. I. Nachtr. S. 9, Centralblatt 1837 S. 733.)

[1]) In der Präj. Samml. S. 33 führt dies Präj. die Nr. 1894, in den Entsch. Bd. 16. S. 125—126. dagegen die Nr. 1893, welche letztere die richtige zu sein scheint.

b) Das Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Okt. 1840, weil hier keine Uebernahme **fremder** Verbindlichkeiten für den Fall, daß der eigentliche Schuldner solche nicht erfülle, vorliege.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 348.)

Derselben Ansicht sind **Bornemann** (System, 2. Ausg. Bd. 6. S. 300), **Temme** (Lehrb. des Civilr. Bd. 2. S. 261 Anm. 2.) und **Koch** (Landr. Bd. 1. Anm. 52.).

Dagegen **bejahet Bielitz**, weil aus dem Antritte einer Erbschaft ohne Vorbehalt die Verbindlichkeit des Erben, die Schulden des Erblassers aus eigenem Vermögen zu bezahlen, und also eine Art der Bürgschaft entstehe. (Komm. z. Landr. Bd. 2. S. 245.)

§. 414. 1) R. v. 1. Juli 1817. Zur Gültigkeit der Erklärung über den Antritt der Erbschaft ohne Vorbehalt genügt es, wenn der Erbe solche mit dem Bemerken abgiebt, daß er mit den Folgen dieser Erklärung, daß er nämlich durch dieselbe auch über die Kräfte der Erbschaft verhaftet werde, bekannt sei, und es ist die ausdrückliche Entsagung auf das benef. invent. nicht dazu erforderlich.

(Jahrb. Bd. 9. S. 187, Gräff Bd. 1. S. 36.)

2) Der §. 414. scheint sich nur auf den Fall zu beziehen, wenn der Erbe zur Erklärung über den Antritt oder die Entsagung der Erbschaft gerichtlich aufgefordert worden.

(Siewert's Material. Hft. 2. S. 222—225 u. Hft. 5. S. 132.)

§. 415. Die Vorschrift des §. 400. h. t. findet auf die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen (§§. 413—415.), keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1852. (Präj. Nr. 2379.)

Nach §. 414. muß die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten und nach §. 415. dabei die in den §§. 398., 399. vorgeschriebene Form gewahrt sein. Die §§. 398. u. 399. handeln von der Entsagung der Erbschaft, und der §. 400. fügt hinzu, daß, wenn die darin vorgeschriebene Form zwar verabsäumt ist, jedoch nachgewiesen werden kann, daß die Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei, die letztere durch Verabsäumung der Form nichts von ihrer Wirksamkeit verliere. Da der §. 415. diesen §. 400. nicht mit in Bezug nimmt, dagegen das Erforderniß der Form kategorisch aufstellt, so ist es an und für sich schon unzuläßig, eine Vorschrift, welche sich nur auf die eine Art der Erklärung bezieht, auf die andere, wofür sie nicht gegeben worden, zur Anwendung zu bringen. Dies geht um so weniger an, als nach den Materialien (vergl. Bornemann Bd. 6. S. 456) die Modifikation des §. 400. erst bei der letzten Revision und anscheinend bloß zu Gunsten des Erklärenden eingeschoben worden ist, daher denn auch Bornemann den im §. 411. untersagten Widerruf einer gültigen Entsagung bei einer formlosen, aber **gegen** den Erben nicht ungültigen Entsagung (§. 400.) zuläßt. Die Richtigkeit dieser letzten Unterscheidung kann für die vorliegende Frage dahingestellt bleiben; es wird aber dadurch die wesentliche Verschiedenheit der Fälle der §§. 398. u. 414. recht ins Licht gestellt. Eine Entsagung auf die Erbschaft kann dem Entsagenden möglicherweise Vortheile oder Nachtheile bringen, je nachdem Aktiva oder Passiva derselben überwiegen. Eine Entsagung auf die Rechtswohlthat des Inventars kann keinen Vortheil, wohl aber Nachtheile für den Entsagenden bringen; sie erweitert seine Haftbarkeit über den gesetzlichen Kreis hinaus und enthält, in sofern die Erbschaft zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, in der Wirklichkeit eine Liberalität. Der Gesetzgeber hatte daher Grund genug, für eine solche Erklärung eine authentische Form zu verlangen; das Motiv der Einschiebung des §. 400. fiel hier gänzlich weg. Bei dieser fundamentalen Verschiedenheit erscheint die Ausdehnung der modifizirenden Klausel auf den Fall des §. 414. völlig unstatthaft. Es bleibt also bei der allgemeinen Regel des §. 109. Thl. I. Tit. 5., welche auf ein Vertragsverhältniß, wie die Entsagung ein solches überhaupt und namentlich im vorliegenden Falle ist, angewendet werden muß, und wonach die vorgeschriebene Form die Gültigkeit der Entsagung bedingt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 12, Entsch. Bd. 23. S. 58, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 201 Nr. 36.)

Dagegen hatte das Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Okt. 1840 (Koch's Arch. Bd. 5. S. 335) angenommen, daß (obgleich der §. 400. im §. 415. nicht allegirt wird) die in den §§. 398. u. 399. vorgeschriebene Form auch für die Antretung der Erbschaft **ohne Vorbehalt** nur **zur Beglaubigung** diene und kein Erforderniß **zur Gültigkeit** sei.

Koch hält das jüngere Präj. dem Wortlaute des §. 415. für entsprechend. (Landr. Bd. 1. Anm. 54. zum §. 415. h. t.)

Vergl. die Erg. zum §. 400. h. t. Zus. 1.

§. 418. 1) Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventariums für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Aug. 1842 (Präj. Nr. 1170.) und unterm 26. April 1850.

Aus den §§. 418. u. 419. läßt sich ein Unterschied zwischen den Schulden des **Erblassers** und den von diesem dem Erben auferlegten Verpflichtungen, namentlich den **Legaten**, nicht herleiten, indem beide vielmehr zu den »an die Erbschaft zu machenden Forderungen«, von denen im §. 418. die Rede, gehören. Die Verpflichtung des Erben ohne Vorbehalt, unbedingt auch für die Legate aufzukommen, ergiebt sich aus den §§. 422., 426. u. 429., indem dort die Wirkung der Inventarlegung dahin bestimmt wird, daß der Erbe »alle daran (an die Erbschaft) zu machende Forderungen« nur in soweit, als das Vermögen des Nachlasses hinreicht, zu vertreten hat, der Legatar aber ebenso, wie der Erbschaftsgläubiger auf Abkürzung der Frist zur Legung des Inventars antragen kann, und ein Erbe, welcher auch nur auf den Antrag seines Gläubigers oder Legatars der Rechtswohlthat verlustig erklärt worden, davon auch gegen alle übrigen Gläubiger und Legatare ferner keinen Gebrauch machen kann. Diese unbedingte Haftbarkeit des Erben ohne Vorbehalt für die Legate wird auch durch den §. 334. A. L. R. I. 12. nicht aufgehoben oder beschränkt, wenngleich daselbst vorgeschrieben ist, daß, wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zureiche, die Legatare, nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendung, dazu mit beitragen oder Abzug leiden müssen. Denn da hier die unbedingte Verpflichtung des Erben ohne Vorbehalt nicht ausdrücklich **beschränkt** worden, so kann diese Vorschrift nur von dem Falle verstanden werden, wenn der Erbe der Rechtswohlthat des Inventars **nicht** verlustig geworden. Hiermit stimmt auch der §. 296. h. t. überein, wonach lediglich der Erbe, welcher nur mit **Vorbehalt** die Erbschaft angetreten hat, das Legat so lange zurückhalten kann, bis rechtlich ausgemittelt worden: ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und Vermächtnisse hinreiche.

(Präj. Samml. S. 33, Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 219, Entsch. Bd. 19. S. 124.)

2) Der vorstehende Grundsatz bezieht sich indeß nur auf das Verhältniß des Erben zu dritten Personen, nicht aber gegenüber den mit Prälegaten bedachten Miterben, und ebensowenig auf solche Forderungen des Miterben, in Betreff deren derselbe als Nachlaßgläubiger seinen Miterben gegenübertritt.

Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1843 (Präj. Nr. 1394.) und des IV. Sen. v. 22. Sept. 1853 (Präj. Nr. 2478.) in den Erg. zum §. 427. h. t.

3) Ueber die Haftbarkeit mehrerer Miterben vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 17. §. 127.

§§. 420—433. Mit Vorbehalt.

§. 421. Vergl. die Erg. zum §. 423. h. t. Zus. 1. und 2.

§. 422. Wenn in der Kur- und Neumark der in einem wechselseitigen Testamente als Erbe eingesetzte überlebende Ehegatte, ohne dasselbe publiciren zu lassen und die Legate auszuzahlen, im Besitze des Nachlasses bleibt, über diesen willkührlich disponirt und sich über die Erbesantretung nicht erklärt, so können nach seinem ebenfalls erfolgten Tode seine Benefizial-Erben sich gegen die auf Auszahlung dringenden Legatarien des ersten Ehegatten durch Verzichtleistung auf dessen Nachlaß nicht schützen.

(Erk. des Ob. Trib. v. 1. Juni 1818, Simon's R. Bd. 1. S. 279.)

§§. 423—433. 1) Das Erbschafts-Ed. v. 30. April 1765 (N. C. C. Tom. III. p. 689 No. 42. de 1765, Rabe Bd. 1. Abtheil. 3. S. 102) ertheilte, wie das A. L. R., dem Erben eine Ueberlegungsfrist von 6 Wochen bis 3 Monaten, und bestimmte hierauf im §. 3., daß wenn derselbe sich binnen dieser Frist gar nicht oder nur pro herede cum beneficio erkläre, aber das Inventarium nicht zugleich übergebe, er zwar für einen Benefizialerben erachtet, jedem Gläubiger oder Legatar aber gestattet werden solle, ihn gerichtlich auffordern zu lassen, binnen 2 Monaten präklusivischer Frist ein Inventarium oder juratam specificationem einzureichen, widrigenfalls er pure pro herede erklärt werden würde. Dies solle durch ein Erkenntniß geschehen, wogegen die Rechtsmittel zuläßig und bis zu welchem die Einreichung eines Inventariums oder einer Spezifikation noch zuläßig, um das beneficium noch zu erhalten. Diese Theorie ist im Wesentlichen in den ersten Entw. des Gesetzbuches bei-

behalten; in dem gedr. Entw. Tit. 6. §. 347. findet sich aber dessenungeachtet schon die Vorschrift, daß derjenige, welcher die Frist zur Einreichung des Inventariums verstreichen lasse, der Rechtswohlthat verlustig gehe und für einen Erben ohne Vorbehalt geachtet werde. In der rev. mon. (vergl. in den Jahrb. Bd. 41. S. 26) wird dies gerechtfertigt, auch wird in dem amtlichen Schlußberichte (vergl. in den Jahrb. Bd. 51. S. 12) von Suarez auf die Abweichung von dem Erbschafts-Edikte hingewiesen und zu deren Rechtfertigung bemerkt:

Diese Vorschrift weicht von dem Erbschaftsedikte darin ab, daß das Beneficium, sobald die Frist abgelaufen ist, ipso jure verloren geht, wohingegen nach dem Edikte erst auf die Privation desselben geklagt werden, und Sententia judicis hinzukommen muß. Der Grund der Abweichung ist, die Verdunkelung des Nachlasses zu verhüten und die weitläuftigen und kostbaren Prozesse zu vermeiden, welche zu entstehen pflegen, wenn oft viele Jahre nach dem Tode auf das Beneficium provocirt wird, und alsdann ein Inventarium angefertigt werden muß, von dem so wenig Zuverlässigkeit als Vollständigkeit zu erwarten ist, und das also zu einem weitläuftigen defectatorio öfters Anlaß giebt.

Auf diese Art entstanden die Vorschriften des A. L. R. §§. 423 — 433. h. t.[1]).

(Gesetzrev. Pens. XVI. Mot. zu Tit. 9. Abschn. 8. S. 17 ff., Bornemann's Syst. Bd. 6. S. 464 ff., 2. Ausg. Bd. 6. S. 304 ff.)

2) Vergl. die V. v. 28. März 1840, betr. die Befugniß des Benefizialerben in den §§. 447—451. h. t.

§. 423. 1) Muß das Inventarium nothwendig bei dem zuständigen Erbschaftsgerichte niedergelegt werden?

Das Justizmin. hat in dem R. v. 18. Mai 1816 verneint, weil dies im A. L. R. nicht ausdrücklich vorgeschrieben sei und dahin stehe, ob die Analogie des Gesetzes hinreiche, solches anzunehmen, da der Hauptzweck der Deposition des Inventariums der sei, daß die Masse gegen Verdunkelungen geschützt werde, welcher Zweck auch erreicht werde, wenn die Niederlegung nicht gerade in foro hereditatis erfolge. (Jahrb. Bd. 7. S. 182, Gräff Bd. 1. S. 39.)

Derselben Meinung ist Bornemann.

(System 1. Ausg. Bd. 6. S. 467, 2. Ausg. Bd. 6. S. 304.)

Dagegen spricht Koch sich für die Bejahung aus.

Dieser Ansicht sind auch Grävell (Komm. zur A. G. O. Bd. 1. S. 341) und v. Daniels (Handb. der Civilrechtspflege Bd. 1. S. 194 Anm. 6.).

2) Wird die Rechtswohlthat des Inventars durch ein dem Nachlaß-Richter des Erbschaftsstempels halber gelegtes Inventar erhalten?

a) Dr. Sommer bejahet.

Der §. 423. erfordert nur die gerichtliche Niederlegung des Inventars, und der §. 427. erklärt nur den, welcher die Frist hierzu verstreichen läßt, der Rechtswohlthat verlustig. Ob der Richter als Organ der Stempelverwaltung oder in der Qualität als Nachlaßrichter konkurrirt, ist nur eine Frage des inneren Organismus des Gerichtes und daher nicht entscheidend. Der Zweck der Niederlegung des Inventars ist nur der, den Interessenten ein aus der ersten Zeit nach der Erbschaftseröffnung stammendes Anerkenntniß des Erben über den Erbschaftsumfang zu verschaffen, und dieser Zweck wird auch durch ein des Erbschaftsstempels halber eingereichtes Inventarium erreicht, dessen Vorlegung an die rechtlich betheiligten Interessenten kein Richter verweigern kann.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 588.)

b) Koch ist entgegengesetzter Ansicht; denn ein solches Inventarium habe lediglich den Zweck der Bestimmung der Stempelsteuer.

(Landr. Bd. 1. Anm. 60. zum §. 423. h. t.)

3) In welcher Art und Weise ist das von großjährigen Benefizialerben eingereichte Inventarium aufzubewahren?

Das Justizmin. spricht in dem R. v. 7. Juni 1838 aus, daß dergleichen Inventarien, wenn sie offen eingereicht werden, wie alle andere Nachlaßverzeichnisse, zu den Akten zu nehmen; wenn sie versiegelt eingereicht werden (nach §. 423.), gleich den im §. 400. A. L. R. II. 18. gedachten Nachlaßverzeichnissen in einem besonderen verschlossenen Behältnisse aufzubewahren, ohne daß sie jedoch in den Depositalkasten niedergelegt zu werden brauchen. Der Ausdruck des §. 423. h. t.: »gerichtlich niedergelegt« sei nicht von einer förmlichen Depositalverwaltung zu verstehen, wie sie bei Testamenten (im A. L. R. I. 12. §. 112.) vorgeschrieben sei.

(Jahrb. Bd. 51. S. 363, Gräff Bd. 12. S. 12.)

4) Ein Erbe, welcher sich die Rechtswohlthat des Inventariums erhalten will, muß auch in dem Falle, daß sein Erblasser nichts hinterlassen hat, ein in gesetzmäßiger Form aufgenommenes Inventarium binnen der gesetzlichen Frist gerichtlich niederlegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Aug. 1836, weil die Gesetze (§§. 423., 434. u. 439. h. t.) durchaus ein Inventarium, und zwar in der im §. 56. A. G. O. II. 5. vorgeschriebenen Form, bei Verlust des beneficii (§. 427.) verlangen, mithin die Aufnahme des Inventariums von Seiten des Benefizialerben keinesweges als eine bloße Form ansehen, weshalb auch die bloße, wenn auch eidesstattliche Anzeige, daß der Erblasser nichts hinterlassen habe, nicht genüge. (Entsch. Bd. 1. S. 304, Centralbl. 1837 S. 1069.)

Ebenso spricht das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 7. März 1837 (Präj. Nr. 242.) aus, daß die Wirkung der innerhalb der bestimmten Frist unterlassenen Einreichung des Inventars durch die nachherige Behauptung des Erben, daß der Erblasser nichts hinterlassen habe, nicht ausgeschlossen wird. (Präj. Samml. S. 33.)

Dieselbe Ansicht hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Aug. 1842 ausgeführt. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 213.)

Das Ob. Appell. Ger. des Königreichs Bayern hat durch Pl. Beschl. v. 4. Dec. 1844 das Gegentheil angenommen und dies durch die Behauptung begründet, daß nach dem A. L. R. zum Begriffe einer Erbschaft das Vorhandensein eines positiven Faktors gehöre, folglich Schulden ohne Sachen und Rechte keine Erbschaft bilden.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 173, Regier. Bl. für das Königreich Bayern, Jahrg. 1844 S. 1205 Nr. 60.)

Koch tritt der Ansicht des Ob. Trib. bei und hält die Begründung der entgegengesetzten Meinung des Ob. App. Ger. des Königreichs Bayern für irrig; denn das A. L. R. bestimme den Begriff einer Erbschaft nicht neu, sondern nach dem unverändert gebliebenen Begriffe von Erbschaft sei dieselbe ein Rechtsbegriff (juris nomen) und bestehe auch ohne einzelne Rechtsgegenstände. (L. 50. pr. D. de hered. pet.).

(Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 62 u. Landr. Bd. 1. Anm. 62. zum §. 423. h. t.)

Bornemann ist gleichfalls der Ansicht des Ob. Trib.

(System Bd. 6. S. 366 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 71.)

Auch das Justizmin. nimmt (in den Motiven des Entw. eines Gesetzes wegen Abänderung des §. 427. h. t.) an, daß es der Niederlegung eines Inventariums selbst für den Fall bedürfe, wenn der Erblasser nichts als Schulden hinterlasse. (J. M. Bl. 1840 S. 5.)

Dagegen sucht Haase zu zeigen, daß das Gesetz die Einreichung eines Inventariums nur zur Verhütung der Verdunkelung der Nachlaßmasse verlange; wo aber nichts sei, da könne auch nichts verdunkelt werden. Die bloße Verzeichnung der vorhandenen Schulden aber sei nicht erforderlich, weil deren Anzeige im Interesse der Gläubiger liege, so daß eine Verdunkelung der Passivmasse nicht zu besorgen und bei der Einreichung eines Verzeichnisses der Passiva Niemand interessirt sei. (Centralbl. 1842 S. 620.)

Ueber die Erfordernisse der Form vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 28. Febr. 1845 (Präj. Nr. 1546.) in den Erg. zum §. 438. h. t.

5) Bornemann erwähnt eines Rechtsfalles, wo vom Ob. Trib. angenommen worden, daß, wenn der Erbschaftsrichter aus irgend einem Grunde ein Inventarium über den ganzen dem Erben bekannten Nachlaß des Erblassers bereits ex officio aufgenommen habe, der Benefizialerbe selbst kein Inventarium weiter niederzulegen brauche, da ihm freigestanden hätte, auf gerichtliche Inventur anzutragen, und dann doch nur das bereits aufgenommene Inventarium hätte beibehalten werden können.

(System Bd. 6. S. 471, 2. Ausg. Bd. 6. S. 306 Nr. 3.)

6) Ist der Erbe schuldig, das Nichtvorhandensein der Erbschaftsgläubiger oder der Erbschaftsgläubiger das Vorhandensein von Nachlaßgegenständen zu beweisen?

---

[1]) Vergl. über die Frage der Zweckmäßigkeit dieser Vorschriften den Auff. im Centralbl. 1838 S. 664, ferner das C. R. v. 23. Dec. 1839 mit dem Entw. eines Gesetzes zur Abänderung derselben im J. M. Bl. 1840 S. 3 ff., und über diesen Gesetzentw. die Auff. u. Abhandl. im Centralbl. 1840 S. 227 ff. u. 1841 S. 273 ff., und in Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 173 ff., 517 ff. u. Bd. 10. S. 27 ff.

Haase behauptet das Letztere. Denn abgesehen davon, daß der Erbe eine Negative nicht beweisen könnte, gehöre auch die Behauptung, daß der Erblasser Vermögensstücke hinterlassen habe zu dem vom Kläger zu beweisenden Klagefundamente, weil hierauf erst die Verpflichtung zur Einreichung des Inventariums sich gründe, deren Unterlassung erst die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Erbschaftsschulden aus eigenen Mitteln zur Folge habe.

(Centralbl. 1842 S. 621.)

§§. 424. 427. 436. Hat der Erbe innerhalb der gesetzlichen Frist den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Erbschafts-Inventars gestellt, so wird durch diesen Antrag, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Benefizialerben-Qualität gewahrt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1856. (Präj. Nr. 1809.)

Zwar verordnet der §. 423., daß ein Benefizialerbe ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß aufnehmen und gerichtlich, allenfalls versiegelt, niederlegen, und §. 124., daß diese Niederlegung längstens binnen sechs Monaten nach dem Ablaufe der gesetzmäßigen Erklärungsfrist erfolgen soll. Allein nach §. 436. kann der Erbe das Inventar auch gerichtlich aufnehmen lassen; macht er von dieser Befugniß Gebrauch, und stellt den Antrag gerade beim Nachlaßgericht, so fällt das besondere Niederlegen hinweg. Das von dem Gerichte zu dessen Akten aufzunehmende Inventar ist eben dadurch auch daselbst niedergelegt. Gerade deshalb, weil das Gesetz den Erben an die Thätigkeit einer öffentlichen Behörde verweist, über deren Handlungen ihm kein Recht der Aufsicht zusteht, hat es die eigne Thätigkeit des Erben in Betreff der weiteren Besorgung der Sache ausgeschlossen. Vernachlässigungen des Gerichts können ihm also nicht schaden; seinerseits hat er durch den zeitig gestellten Antrag seiner Pflicht genügt. Eine unabweisliche Folge des §. 436. ist also, daß an die Stelle der im §§. 423. ff. angeordneten Verpflichtungen des Benefizialerben, im Falle derselbe von der Befugniß des §. 436. Gebrauch macht, lediglich der Antrag auf gerichtliche Inventarisirung tritt, die dann, wie die A. G. O. II. 5. §§. 40. u. ff. vorschreibt, jederzeit und zwar unter Zuziehung der andern Betheiligten erfolgen muß. — Die entgegengesetzte Meinung, welche sich an das im §. 423. vorkommende Wort »niederlegen« hält, hängt sich nur an die Worte, und müßte konsequenter Weise im Falle des §. 436. auch verlangen, daß der Richter das aufgenommene Inventar dem Erben zurückgebe, damit dieser es dann innerhalb der Frist bei demselben Richter wieder einreiche, da wörtlich sonst kein Niederlegen stattfindet. Dies hat aber sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. Es erscheint im Falle des §. 436. ganz unthunlich, dem Erben irgend eine weitere Frist vorzuschreiben, als daß er den Antrag, der ihm nach §. 436. freisteht, in der gesetzlichen Frist bei der Behörde stellt; ein Zwang gegen diese liegt gar nicht in seiner Macht; ihm würde daher, wenn das Gericht säumig ist, nur übrig bleiben, ein Privatinventar selbst einzureichen, was er doch nicht braucht, und was auch in allen Fällen, wo das Gericht den Nachlaß schon Behufs der Inventarisation in Händen oder unter Siegel that, unausführbar erscheint. Sehr klar erhellt die Absicht des Gesetzes aus dem folgenden §. 437. Die Gläubiger können unter Umständen auf gerichtliche Inventarisirung antragen. Stellen sie einen solchen Antrag, so fällt natürlich das Privatinventar weg; es wäre aber eine gewiß nicht anzunehmende Härte, daß eine etwanige Säumniß des Gerichts nun auch den Erben um die Rechtswohlthat bringen könnte.

(Präj. Samml. S. 33, Entsch. Bd. 15. S. 109.)

§. 427. 1) Der Benefizialerbe geht bei Nichteinreichung des Inventariums binnen der vorgeschriebenen Frist der Rechtswohlthat ipso jure verlustig, ohne daß es erst eines Urtels hierüber bedarf.

Dieser Ansicht sind:

a) das Justizmin. in den R. v. 18. Mai 1816 (Jahrb. Bd. 7. S. 182, Gräff Bd. 1. S. 39) und v. 23. Dec. 1839 (J. M. Bl. 1840 S. 5. sub 1. u. S. 8 zu Nr. 6.) unter Bezugnahme auf Suarez Bemerk. in der Schlußrevision [1]).

b) Der Gesetzrevisor, welcher bemerkt:

Die Verordnung (§. 427.) hat in der Anwendung die größten Unbilligkeiten gegen die Erben herbeigeführt. Die Gerichtshöfe haben daher, wie gewöhnlich mit harten und den Verhältnissen nicht angemessenen Gesetzen geschieht, den Versuch gemacht, denselben eine mildere Auslegung zu geben, und sie haben zu dem §. 59. Tit. 51. der Pr. O. ihre Zuflucht genommen, in welchem ein prozessualisches Verfahren vorgeschrieben ist, auf dessen Grund der Benefizialerbe erst durch ein Urtel der Rechtswohlthat für verlustig erklärt werden kann; allein dies Gesetz spricht offenbar nur von dem Falle, wenn der Benefizialerbe die Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses nachzusuchen, zum Nachtheile des Gläubigers verzögert, und es kann also dem Erben, der innerhalb der gesetzlichen Frist gar kein Inventarium eingereicht hat, nicht zu statten kommen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 16, 17.)

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 423—433. h. t.

c) Bornemann (System Bd. 6. S. 469, 2. Ausg. Bd. 6. S. 304) und Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 65. zum §. 427. h. t.).

2) Der zu 1. gedachte Grundsatz des A. L. R. gilt übrigens als allgemeines Landesgesetz auch da, wo das Erbschafts-Ed. v. 30. April 1765 als Provinzialgesetz gegeben worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht.)

(Centralbl. 1842 S. 635.)

Vergl. die Präj. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1839 Nr. 728. und v. 8. Okt. 1846 Nr. 1788. (Präj. Samml. S. 297.)

3) Die Vorschrift des §. 427. bezieht sich nur auf das Verhältniß der Erben zu dritten Personen. Einer von mehreren Miterben, die die rechtzeitige Niederlegung des Inventariums versäumt und sich dadurch der Rechtswohlthat verlustig gemacht haben, kann daher wegen eines ihm vermachten Prälegats, obgleich er nach §. 262. A. L. R. I. 12. in Ansehung eines solchen als Legatarius angesehen wird, gegen seinen Miterben den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen, und die unbedingte Verurtheilung derselben in Zahlung des Prälegats, auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus, nicht verlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1394.)

Aus den §§. 418., 419. u. 427. h. t. und §. 262. A. L. R. I. 12., so wie aus §. 292. ib. und §§. 426., 429. u. 433. h. t. folgt noch nicht, daß ein Erbe, der in Folge versäumter rechtzeitiger Einreichung des Inventariums sich auf die Rechtswohlthat gegen diejenigen, denen Anforderungen an den Nachlaß zustehen, nicht berufen kann, die Folgen der versäumten Einreichung des Inventariums auch gegen seine Miterben, und deren Ansprüchen gegenüber, vertreten müsse. Dies muß vielmehr verneint werden, denn die Pflicht zur Konskribirung und Einreichung des Inventariums liegt den sämmtlichen Erben eines Erblassers ob; und geht die gesetzliche Frist fruchtlos vorüber, so muß jeder Erbe die gesetzlichen Folgen vertreten. Aus der Unterlassung der gemeinschaftlichen gesetzlichen Pflicht kann daher einer der Erben gegen den andern keine mehreren Rechte herleiten, als ihm vorher schon zugestanden hatten, da ihm selbst eine Vernachlässigung auch zur Last fällt. Der Grund, aus welchem den Erben vom Gesetze die Pflicht auferlegt worden, ein Inventarium des Nachlasses binnen einer bestimmten Frist einzureichen, ist, wie die Notaten zur Redaktion des A. L. R. und die Vorschriften der §§. 432. u. 439. Tit. 9. Thl. I. desselben bestätigen, »dritte Personen außer den Erben«, denen Aufforderungen an den Nachlaß zustehen, gegen den Nachtheil zu sichern, der durch eine Verdunkelung der Beschaffenheit des Nachlasses entstehen könnte; und demgemäß soll auch die rechtliche Folge der versäumten Einreichung des Inventariums diese sein, daß der säumige Erbe auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus, für die an den Nachlaß zu machenden Ansprüche, mit seinem eigenen Vermögen haften muß. Eben deshalb kann aber diese Folge nur dritten Personen, die nicht zu den säumigen Erben selbst gehören, gegenüber eintreten; und kann es daher auch keinen Unterschied machen, wenn dem einen dieser Erben, außer seinem Erbtheile, noch ein Prälegat beschieden worden ist. Zwar soll er in Ansehung dessen, nach §. 262. A. L. R. I. 12., wie ein Legatar angesehen werden; allein diese Vorschrift hat nur den Zweck, die Natur des Anspruchs selbst zu bestimmen, daß auch in Betreff eines solchen, einem Erben hinterlassenen Vermächtnisses, die nämlichen Vorschriften hinsichtlich des Wegfalls des Zuwachses und der Verpflichtungen eines Legatars überhaupt eintreten, wie bei andern Legaten. Keinesweges wird dadurch hinsichtlich des Prälegats die konkurrirende Eigenschaft als Miterbe dergestalt beseitigt, daß ein solcher Erbe rücksichtlich seines Prälegats in Beziehung auf diese Miterben ganz wie ein anderer Legatar oder Gläubiger betrachtet, namentlich für befugt erachtet werden könnte, auf den Grund der Vorschrift des §. 427. h. t., weil das Inventarium nicht rechtzeitig eingereicht worden, von seinen Miterben die Zahlung des Prälegats auch aus deren Vermögen zu fordern. Er kann die Eigenschaft des Miterben von der des Legatars in dieser Beziehung nicht trennen, und da sich in der Person der sämmtlichen Erben der gesammte Nachlaß konzentrirt, sie sämmtlich als dessen Inhaber angesehen werden müssen, so gehört auch die Frage, ob und was dem einen Miterben oder Prälegatar in diesen Beziehungen aus dem Nachlaß zu gewähren, zum Auseinandersetzungs- und Theilungsverfahren. Auf Einleitung desselben anzutragen, steht nach §. 117. A. L. R. I. 17. jedem Erben frei, und in Beziehung auf solches, so weit es die Auseinandersetzung unter den Miterben zum Gegenstande hat, erscheint die Frage gleichgültig, ob die Erben sich mit oder ohne Vorbehalt für Erben erklärt haben, oder als solche gesetzlich anzusehen sind?

(Präj. Samml. S. 33, Entsch. Bd. 11. S. 287.)

Der durch dies Präj. Nr. 1394. ausgesprochene Grundsatz, daß ein Miterbe wegen eines ihm vermachten Prälegats gegen seine Miterben den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen könne, findet seine Anwendung auch wegen solcher Forderungen des Miterben, in Betreff deren er als Nachlaßgläubiger seinen Miterben gegenüber tritt.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1853. (Präj. Nr. 2478.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 12, Entsch. Bd. 26. S. 471.)

Vergl. die Erg. zum §. 418. h. t. Zus. 1. und 2.

4) Wenn ein Nachlaßgläubiger sich bis zum Ablaufe der dem Erben zur Legung des Inventariums gesetzlich zustehenden Frist in dem allgemeinen Besitze des Nachlasses befunden und dem Erben die zur Anfertigung des Nachlaß-Inventariums erforderlichen Materialien nicht an die Hand gegeben hat, so kann er den letzteren auf den Grund der unterlassenen Legung des Inventars als Erben ohne Vorbehalt nicht in Anspruch nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 24 Nr. 9.)

5) Eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau, welche in Folge der unterbliebenen rechtzeitigen Einreichung des Inventariums einer ihr angefallenen Erbschaft, Erbin ohne Vorbehalt geworden ist, kann sich gegen die hieraus entstehenden Nachtheile nicht durch die Behauptung schützen, daß sie zur unbedingten Erbschaftsantretung der Genehmigung ihres Ehemannes bedurft habe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Febr. 1837.

(Entsch. Bd. 2. S. 232, Koch's Arch. Bd. 1. S. 542.)

6) Die Wirkungen des Verlustes der Rechtswohlthat des Inventariums reichen eben so weit, als der ausdrückliche Antritt der Erbschaft ohne Vorbehalt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1843.

Allerdings findet zwischen Erben, die sich ausdrücklich ohne Vorbehalt für Erben erklärt haben, und solchen, die der Rechtswohlthat durch versäumte Einreichung des Inventars verlustig geworden, in sofern ein Unterschied statt, als jene schon aus ihrer Erklärung Dritten persönlich verhaftet werden, und selbst durch rechtzeitige Einreichung des Inventariums sich von dieser Verhaftung befreien können, wogegen Benefizialerben erst mit fruchtlosem Ablaufe der gesetzlichen Frist zur Einreichung des Inventariums eine solche Verhaftung überkommen. Ist dies aber einmal geschehen, so steht der Umfang ihrer Verpflichtung derjenigen nach §. 427. ganz gleich, welche der Erbe überkommt, der die Erbschaft ausdrücklich ohne Vorbehalt angetreten hat. Eben so waltet kein Unterschied zwischen solchen Erben ob, die sich innerhalb der gesetzlichen Frist, nach erlangter Wissenschaft des Erbanfalls, über den Antritt der Erbschaft nicht erklärt haben, und denen, die solchen unter Vorbehalt der Rechtswohlthat ausdrücklich angenommen haben; vielmehr werden beide im §. 421. ganz gleichgestellt. Die §§. 422. u. 423. legen zwar jedem Benefizialerben bei Verlust der Rechtswohlthat die Pflicht zur Einreichung des Inventariums auf, und nach §§. 428. u. 429. bedarf es nur in dem Falle eines Erkenntnisses, durch welches der Verlust der Rechtswohlthat ausgesprochen wird, wenn der Erbe wegen Versäumung einer vom Richter bestimmten kürzeren als der gesetzlichen Frist zur Einreichung des Inventariums der Rechtswohlthat verlustig erachtet werden soll. Dem §. 134. A. L. R. I. 17. stehen diese gesetzlichen Vorschriften in keiner Art entgegen; er betrifft einen hier gar nicht vorliegenden Fall, und der darin vorkommende Ausdruck: »ganz ohne Vorbehalt« ist nur zur Verstärkung der Betonung gebraucht. (Entsch. Bd. 11. S. 285.)

§. 430. Nach erreichter Großjährigkeit treten in Betreff der Pflicht zur Einreichung eines Inventariums und der Folgen der Versäumniß der hierzu gesetzlich bestimmten Frist für den gewesenen Kuranden die sonst bestehenden Vorschriften des A. L. R. I. 9. §§. 423. ff. ein.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1847. (Präj. Nr. 1930.) (Präj. Samml. S. 34, Entsch. Bd. 16. S. 495.)

§§. 430. u. 432. 1) Ein Vater macht durch Verabsäumung der Fristen zur Einreichung des Inventars von einer seinem minderjährigen Kinde angefallenen, zu dessen nicht freien Vermögen gehörenden Erbschaft, dasselbe der Rechtswohlthat verlustig.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. April 1852. (Präj. Nr. 2372.)

Der §. 432., welcher von den Vormündern und Kuratoren andere Verwalter fremder Angelegenheiten ausdrücklich unterscheidet, muß den Zweifel lösen. Ueber das nicht freie Vermögen des Kindes steht dem Vater, so lange die väterliche Gewalt dauert, die Verwaltung zu (§. 168. A. L. R. II. 1.), welche nur in gewissen Beziehungen (§§. 170., 171. a. a. O.) beschränkt, übrigens aber eine uneingeschränkte ist, und nur in den Fällen §§. 179. ff. a. a. O. ihm entzogen und einem Kurator übertragen werden kann. Der Vater selbst ist nicht Kurator, sondern handelt aus dem eigenen Rechte, welches in der väterlichen Gewalt enthalten ist. In Bezug auf das freie Vermögen der minderjährigen Kinder dagegen hat er die vormundschaftliche Verwaltung (§. 159. a. a. O. und §§. 984. ff. A. L. R. II. 18.), und nur die Rechte eines Kurators (§. 989. II. 18.), muß auch wegen Vorlegung des Inventars die Pflichten des Vormundes beobachten (§. 990. a. a. O.). Auf diese vormundschaftliche Verwaltung des Vaters über das freie Vermögen paßt die Vorschrift des §. 432. h. t. vollkommen, auch sind in den allegirten Bestimmungen des A. L. R. II. 18., überdies im §. 987. ebendas. und §. 431. h. t. die Mittel gegeben, wodurch die rechtzeitige Vorlegung eines Nachlaßinventars herbeigeführt werden kann. Dagegen ist in Betreff des nicht freien Vermögens die rechtliche Stellung des Vaters eine andere, und die Vormundschaftsbehörde nicht in der Lage, hier der Vorschrift des §. 431. h. t. zu genügen. Man muß daher annehmen, daß beiderlei Fälle verschieden behandelt werden sollen, und daß im letzteren Falle dem Vater eine größere Freiheit gelassen worden ist, die in seinem eigenen Interesse wegen seines Nießbrauchsrechtes und in seiner Entschädigungspflicht (§. 432. h. t.) eine Schranke findet. Wenn man, um das Kind vor den möglich bleibenden Nachtheilen zu bewahren, die Meinung aufgestellt hat, daß die Erklärung über den Anfall einer Erbschaft, oder die Versäumung der dazu, wie zur Legung eines Inventariums gegebenen Frist, sich gleich stellen lasse einer solchen Verfügung über die Substanz des nicht freien Vermögens des Kindes, zu welcher der Vater nach §§. 170., 171. A. L. R. II. 1. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einholen solle, so stehen doch diese Fälle keinesweges gleich; am wenigsten aber kann das bloß passive Verhalten des Vaters, der es ganz unterlassen hat, sich um eine dem Kinde angefallene Erbschaft zu bekümmern, eine Verfügung desselben über die Substanz des Vermögens des Kindes genannt werden. Antretung und Entsagung einer Erbschaft gehören zu den Handlungen, zu denen ein Vormund zwar in der Regel der obervormundschaftlichen Zustimmung bedarf, hinsichts welcher aber derselbe doch vom Erblasser der Pflegebefohlenen von der obervormundschaftlichen Einschränkung befreit werden kann (§§. 644., 681. A. L. R. II. 18.), und es würde ein Widerspruch sein, wenn der Vater, der durch seine letztwillige Verordnung einen dergestalt befreiten Vormund ernennen durfte, für sich selbst, so lange er lebt, der obervormundschaftlichen Aufsicht nicht ledig sein sollte. (cf. Bornemann's System 2. Aufl. Bd. 5. S. 291.) Einer ausdrücklichen Entsagung der Rechtswohlthat steht aber die stillschweigende, durch unterlassene Einbringung des Inventars eingetretene, rechtlich gleich. Daß übrigens die Unthätigkeit oder Unterlassung des Vaters dem unter seiner väterlichen Gewalt stehenden (minderjährigen) Kinde Vermögensnachtheile verschiedener Art bereiten könne, zeigt sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, z. B. A. L. R. I. 9. §§. 536., 537. (Präj. Nr. 307.) und Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839. (Präj. Nr. 1151.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 12, Entsch. Bd. 23. S. 63, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 204 Nr. 37.)

Vergl. über die Frage auch Bornemann's System Bd. 6. S. 475 und 2. Ausg. Bd. 6. S. 308.

2) Die majorennen Erben, welche mit minderjährigen Erben konkurriren, gehen der Rechtswohlthat des Inventariums durch nicht Innehaltung der Frist verlustig, wenngleich der Vormund das Inventarium für die Minorennen eingereicht hat.

Erkannt von dem Instr. und Ob. Appell. Sen. des Kammergerichts unterm 6. Okt. 1834 und 10. Febr. 1836; denn der Verlust des beneficii inventarii sei nicht nach den Grundsätzen der Verjährung zu beurtheilen, weshalb die Vorschrift des §. 175. h. t. hier keine Anwendung leide.

(J. Z. 1834 S. 1041, Centralbl. 1837 S. 319.)

Koch nimmt das Gegentheil an, weil nicht von jedem Einzelnen eine bestimmte Handlung oder Mitwirkung dabei gefordert werde. Dagegen könnten sich die Großjährigen, im Falle der gänzlichen Versäumniß, nicht auf die den Minorennen zustehende Rechtswohlthat berufen. (Landr. Bd. 1. Anm. 69. zum §. 431. h. t.)

§§. 434—443. Vom Inventario.

§. 438. Die Verabsäumung des im §. 53. A. G. O. II. 5. für Nachlaß-Inventarien vorgeschriebenen Formulars, insbesondere der Rubriken I., II., III., XX. u. XXI., hat den Verlust der Rechtswohlthat des Inventariums nicht zur Folge.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845 [1]). (Präj. Nr. 1546.)

Die Vorschriften der A. G. O. II. 5. §. 53. u. der §. 438. h. t. haben zwar als formelle Anweisung verpflichtende Kraft, entscheiden aber eben so wenig, als irgend eine andere direkte Gesetzesvorschrift, ausdrücklich, daß ihre Verabsäumung den Verlust des benef. invent. zur Folge haben solle. Die §§. 434. u. 435. h. t. erfordern zwar möglichste materielle Vollständigkeit des Verzeichnisses, allein die Annahme, daß diese identisch sei mit der formularmäßigen Anzahl der Rubriken rechtfertigt sich weder aus den Worten des Gesetzes, noch aus der Natur der Sache. Der §. 423. erfordert nur materielle Vollständigkeit, nicht aber Vollzähligkeit der Rubriken. Der §. 438. beschäftigt sich mit dem Formular. Wäre beabsichtigt worden, an den Mangel der Formularmäßigkeit den Verlust der Rechtswohlthat zu knüpfen, so würde im §. 439. h. t. auf den §. 438. verwiesen sein. Die Auslassung des §. 438. unter den gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernissen des §. 439. liefert das unzweideutigste Zeugniß über die Absicht des Gesetzgebers. Das im §. 427. erwähnte nicht gehörige Einbringen kann nur den Mangel wesentlicher Requisite bedeuten, und welche dies seien, erhellt aus §. 439. Auch das Bedürfniß und der Grund des Gesetzes steht der entgegengesetzten Meinung nicht zur Seite. Denn die formularmäßige Rubrizirung gewährt keine genügende Grundlage für die Vollständigkeit des Inventariums, und ist nicht geeignet, eine Grundlage für die Beurtheilung des im §. 439. vorgeschriebenen Erfordernisses darzubieten. Wird von den Gläubigern des Erblassers behauptet, daß ein eingereichtes Inventarium so mangelhaft sei, daß der Erbe des benef. invent. verlustig gehe, so müssen sie darthun:

a) daß die Beschaffenheit des Nachlasses eine andere sei, wie ihn das Inventar darstellt, und
b) daß wegen der Mängel des Inventars die Ausmittelung der wesentlichen Beschaffenheit des Nachlasses unmöglich werde.

Gegen diese Beeinträchtigung sollen die Gläubiger geschützt werden; wo eine solche erweislich nicht eingetreten ist, da kann ein Präj. nicht eintreten, welches, ohne den mindesten Rechtsanspruch, den Gläubigern Vortheile zuweist, und zu ihren Gunsten einen juristisch ganz schuldlosen Erben um sein ganzes Vermögen bringen könnte. Ueberdies ist der Nachweis völlig unmöglich, daß die Ausmittelung des Nachlasses nur dann stattfinden könne, wenn das Inventarium mit den vorgeschriebenen Rubriken versehen sei.

(Präj. Samml. S. 34, Entsch. Bd. 10. S. 273., J.-M. Bl. 1845 S. 103.)

Koch hält diesen Pl. Beschl. für unrichtig.
(Beurtheil. der Entsch. S. 704.)

Dagegen hatten Kören (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 559 ff.) und Schadenberg (J. W. 1844 S. 477 ff.), schon bevor der Pl. Beschl. gefaßt wurde, die darin aufgestellte Ansicht vertreten und es zur Erhaltung der Rechtswohlthat für genügend erachtet, wenn nur das Inventarium ein möglichst vollständiges, obwohl nicht unter die Titel gebrachtes Verzeichniß aller zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke mit Angabe des Werthes und der an den Nachlaß gemachten und bekannt gewordenen Ansprüche enthalte.

§. 439. 1) Wenn ein Nachlaßgläubiger im Wege der Exekution ein Aktivum zur eigenen Einziehung sich hat überweisen lassen, so entzieht solches ihm nicht das Recht, gegen den Erben auf Absprechung der Rechtswohlthat des Inventars Klage zu erheben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. Mai 1845; denn eine solche Ueberweisung enthalte nach §. 3. des G. v. 4. Juli 1822 keine förmliche Cession, wodurch der Gläubiger Eigenthümer des Aktivi geworden; dies würde vielmehr erst dann geschehen sein, wenn er in Folge der Ermächtigung zur Klage, im Wege des Prozesses oder im Wege der Güte aus dem Aktivum wirklich bezahlt worden wäre.
(Entsch. Bd. 11. S. 217.)

2) Der Verlust der Benefizialqualität wird durch die Unvollständigkeit des Nachlaß-Inventars an sich herbeigeführt und weder dadurch beseitigt, daß von dem klagenden Gläubiger ein besonderer, ihm aus der Unvollständigkeit oder nicht rechtzeitigen Einreichung des Inventars entstandener Schaden nicht nachgewiesen worden, — noch dadurch, daß dem Kläger der Zustand des Nachlasses anderweitig bekannt geworden, — noch endlich dadurch, daß es, unter Beseitigung des von dem Erben gelegten Inventars, auf andere Art möglich geworden ist, die Beschaffenheit des Nachlasses auszumitteln.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. Mai 1845.

Das Gesetz hat den Verlust der Benefizialeigenschaft des Erben nicht von dem Nachweise eines besonderen, einem Nachlaßgläubiger aus der nicht zeitigen oder unvollständigen Einreichung des Inventars wirklich erwachsenen Schadens abhängig gemacht, sondern knüpft diesen Verlust vielmehr unmittelbar an die Unterlassung der zeitigen oder vollständigen Angabe des Nachlasses; ebenso wenig wird die Verbindlichkeit des Erben, der auf die Rechtswohlthat des Inventars Anspruch macht, durch den Umstand aufgehoben, daß der Nachlaßgläubiger auf anderem Wege mit mehr oder weniger Bestimmtheit in Erfahrung gebracht hat, welche Stücke zum Nachlaß gehören. Endlich hängt es zwar vom Erben ab, ob er das Inventarium gerichtlich aufnehmen lassen oder es selbst anfertigen wolle; auch können unter gewissen Umständen die Gläubiger verlangen, daß Ersteres geschehe (§. 436.); hat aber ein solcher Antrag nicht statt gefunden, und ist das Nachlaßinventar vom Erben selbst angefertiget, so muß dieser dasselbe auch den gesetzlichen Erfordernissen gemäß anfertigen und, im Falle es ein Interessent verlangt, eidlich bestärken; nicht aber ist er befugt, ein unvollständiges Verzeichniß statt des Inventars zu übergeben und es abzuwarten, ob er etwa zur Manifestation werde aufgefordert werden. Auch entschuldigt ihn die nachträgliche Vervollständigung nicht. Aus der Verweisung des §. 439. auf §§. 434. und 435. ergiebt sich, daß der Verlust der Benefizialeigenschaft an eine Unvollständigkeit des Inventars geknüpft sein soll, wenn dieselbe von der Art ist, daß nach dem Inventario selbst die Beschaffenheit des Nachlasses nicht zu ermitteln ist. Es ist gerade der Zweck eines Nachlaßinventars, die Beschaffenheit des Nachlasses vollständig darzulegen, und es würde die Absicht der Vorschriften über die Legung und Einrichtung der Inventarien, nämlich die Verdunkelung des Nachlasses möglichst zu verhüten und künftigen Streitigkeiten über die Beschaffenheit des Nachlasses möglichst vorzubeugen, widersprechen, wenn es für genügend erachtet würde, ein noch so unvollständiges Verzeichniß vorzulegen, dafern sich nur hinterher, vielleicht nach Jahren, ermittelte, worin der Nachlaß in der That bestanden hat. Gerade durch das Inventarium selbst soll diese Möglichkeit gegeben werden; ist dasselbe in seinen wesentlichen Bedingungen mangelhaft, so wird eben durch dasselbe diese Möglichkeit ausgeschlossen und der Fall des §. 439. ist vorhanden. (Entsch. Bd. 11. S. 217.)

§§. 443—456. Einschränkungen der Rechte eines Benefizialerben.

Dorguth über die Dispositionsbefugniß des Benefizialerben und deren Formen, wie sich derselbe insbesondere außerhalb des Falles des erbschaftlichen Liquidationsprozesses, gegen später sich meldende Gläubiger sichert, nachdem er alle zur Zeit des Erbanfalles wirklich nur existenten bezahlt hat. (Centralbl. 1840 S. 631.)

Ueber das Rechtsverhältniß des Benefizialerben in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger. Abhandlung in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 169 ff.

§§. 443—446. 1) In wiefern sind die Benefizialerben für die Kosten der von ihnen geführten Prozesse mit ihrem eigenen Vermögen verhaftet?

a) Das R. v. 16. März 1835 spricht sich dahin aus:"

So lange Benefizialerben nicht auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses angetragen, und die Nachlaßgläubiger über Verwaltung des Nachlasses keine Rechenschaft fordern, sind erstere nicht Verwalter fremder Güter, besitzen vielmehr die Erbschaft als Eigenthümer und führen mithin Prozesse in eigenem Interesse. Daher können die Gerichte nur an ihre Person wegen Bezahlung der Prozeßkosten sich halten, und bleibt letzteren überlassen, sich wegen Erstattung dieser Kosten demnächst an die Nachlaßmasse zu regressiren, in sofern dies nach §. 87. I. 51. zuläßig, worüber event. zu erkennen. — Sind jedoch dergl. Prozesse bei Eröffnung des erbschaftlichen Liquid.-Prozesses vom Kurator ohne Vorbehalt wegen der Kosten übernommen, so sind auch die bis dahin erwachsenen und noch nicht berichtigten als Kommunkosten zu betrachten und aus der Masse zu entnehmen. Nach gleichen Grundsätzen ist die Verpflichtung der Benefizialerben zu entscheiden, ihren Gegnern die in Prozessen der ersteren entstandenen und laut Erk. zu erstattenden außergerichtlichen Kosten zu bezahlen.
(Jahrb. Bd. 45. S. 182, Gräff Bd. 8. S. 15.)

b) Die entgegengesetzte Meinung hat das R. v. 17. Jan. 1831 aufgestellt:

Es geht aus den §§. 69—73. A. G. O. I. 51. hervor, daß der Benefizialerbe den Nachlaß für die Nachlaßgläubiger, so lange, bis er sich des Nachlasses begiebt, oder denselben pure übernimmt, verwaltet. Der Benefizialerbe ist also Verwalter fremder Güter, mithin so weit von ihm Verwaltungshandlungen, also auch Prozesse, vorgenommen und betrieben werden, als Bevollmächtigter der Nachlaßgläubiger nach §. 109. A. L. R. I. 14. zu betrachten. Da nun nach §§. 85. und 96. A. L. R. I. 13. der Dritte wegen der Verhandlungen,

---

[1]) Die Erk. des III. Sen v. 13. Aug. 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 304) und des I. Sen. v. 8. Aug. 1842 (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 213) hatten angenommen, daß ein Erbschaftsinventarium, um dem Erben die Rechtswohlthat des Inventariums zu erhalten, schlechterdings nach dem in der A. G. O. II. 5. vorgeschriebenen Formulare eingerichtet sein müsse, und mindestens die Tit. I., II., III., XX. u. XXI. darin nicht fehlen dürften. Der III. Sen. war später entgegengesetzter Ansicht, weshalb der Pl. Beschl. herbeigeführt wurde.

die er mit dem Bevollmächtigten in Gemäßheit der Vollmacht vorgenommen hat, sich lediglich an den Machtgeber halten muß, so müssen auch im vorliegenden Falle die Salarienkasse und die Mandatarien wegen der fraglichen Kosten sich an die Nachlaßnahme halten und können den Benefizialerben persönlich nicht in Anspruch nehmen rc. (J. M. Gen. A. E. Nr. 24. Bd. 4. S. 86.)

c) Das Ob. Trib. hat sich in dem Erk. v. 26. Juni 1841 für die neuere Meinung des Justizmin. ausgesprochen und angenommen, daß Benefizialerben für die in den von ihnen in dieser Eigenschaft geführten Prozesse entstandenen Kosten persönlich verhaftet sind, und daß die Gerichte sich nur an ihre Person wegen Bezahlung der Prozeßkosten halten können; wogegen es den Erben überlassen bleibt, sich wegen Erstattung dieser Kosten an die Nachlaßmasse zu halten.

(J. W. 1843 S. 233—244.)

2) Wenn nach eröffnetem erbschaftlichen Liquidations-Prozesse der in der Administration verbliebene Benefizialerbe Verträge, die Masse angehend, schließt, so tritt der andere Kontrahent, nach §§. 269. u. 370. A. G. O. I. 50., in das Verhältniß solcher Personen, die mit der Masse kontrahirt haben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1840. (Präj. Nr. 963.) (Präj. Samml. S. 34.)

3) Ein Benefizialerbe, welcher während der Dauer seiner Administration des Nachlasses ausstehende Forderungen desselben eingezogen und Nachlaßschulden berichtigt hat, ist nach hiernächst eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse nicht verpflichtet, die eingezogenen Gelder zu der unter gerichtliche Administration gestellten Masse zurückzuzahlen, und statt der befriedigten Gläubiger zu liquidiren, sondern es gebührt ihm ein Konpensationsrecht, und den dadurch betheiligten Gläubigern nur ein Anspruch auf Grund der §§. 444., 453.,454. h. t.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. März 1828.

Dem Benefizialerben steht hier die Vorschrift des §. 317. A. L. R. I. 16. zur Seite; außerdem handelt es sich hier eigentlich um die dem Benefizialerben obliegende Rechnungslegung über die von ihm geführte Administration des Nachlasses. Dabei steht er in dem Verhältnisse eines Verwalters zum Prinzipal, der nur den Ueberschuß der Einnahmen, nach Abzug der justificirten Ausgaben, herauszugeben hat. Der §. 89. Nr. 4. A. G. O. I. 51. findet hier keine Anwendung. Ob der Benefizialerbe sich durch die eigenmächtige Bezahlung der Erbschaftsschulden einzelner Gläubiger nach §§. 444., 453., 454. A. L. R. I. 9. verantwortlich gemacht hat, gehört nicht zur Erörterung mit dem corpus creditorum, sondern ist nur zwischen ihm und den einzelnen dadurch benachtheiligten Gläubigern auszumachen. (Simon's R. Bd. 2. S. 63.)

Bornemann tritt dieser Entscheidung bei, macht aber darauf aufmerksam, daß dem Gläubiger der Anspruch auf Grund der §§. 444., 453., 454. h. t. nicht bloß gegen den einen Erben, welcher die Zahlungen eigenmächtig geleistet hat, sondern gegen alle Erben zukomme, und folgert daraus, daß den anderen Erben das Recht nicht bestritten werden könne, von jenem ersten Erben Sicherstellung wegen der künftigen Ansprüche bevorzugter Erbschaftsgläubiger zu verlangen.

(System Bd. 6. S. 490, 491, 2. Ausg. Bd. 6. S. 316.)

Koch bestreitet, daß dem Benefizialerben ein Kompensationsrecht gebühre; denn ein Verwalter, welcher einnimmt und ausgiebt, kompensire nicht die Ausgaben, weil er selbst nichts hergiebt, also seinerseits keine Forderung für sich erwerbe, welche er kompensiren könnte.

(Landr. Bd. 1. Anm. 77. zum §. 444. h. t.)

Vergl. auch Koch's Ausführung gegen das Präj. v. 26. März 1828 in dessen Landr. Bd. 2. Anm. zum §. 317. A. L. R. I. 16.

Vergl. die Erg. zum §. 452. h. t.

4) Wenn der zwischen dem Gläubiger und dem Erblasser bestandene Geschäftsverkehr von jenem mit den Erben lediglich zum Zwecke der Abwickelung der laufenden Geschäfte fortgesetzt worden ist, so sind die Erben auch wegen der aus diesem späteren Geschäftsverkehr entstandenen Forderungen des Gläubigers nur als Benefizialerben verhaftet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 132 Nr. 35.)

§§. 443. 444. 446. Der Benefizialerbe ist berechtigt, die wirthschaftlich verwendeten Verwaltungs-Vorschüsse, sie mögen vor oder nach Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses entstanden sein, bei der Revenüen- und Haupt-Immobiliarmasse vorweg in Abzug zu bringen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Nov. 1854 [1]). (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 29 Nr. 11.)

Entgegengesetzter Ansicht ist die Redaktion des Archivs (a. a. O. S. 29. Anm.*), wogegen Gruchot (Beitr. Bd. 1. S. 185) die gegen die Entscheidung erhobenen Bedenken für unbegründet hält und annimmt, daß die in Rede stehende Befugniß des Benefizialerben von selbst aus seiner Verpflichtung folge, bei Berechnung der Erbmasse auch die Nutzungen in Anschlag zu bringen, welche nur, soweit sie die Gewinnungskosten übersteigen, einen Zuwachs zur Erbschaft gewähren. Es handle sich hierbei nicht um einen Ersatzanspruch des Erben, dessen Vorzugsrecht, den Erbschaftsgläubigern gegenüber, in Frage kommen könnte, sondern um eine durch jene Aufwendungen ipso jure eintretende Verminderung desjenigen Vermögensbestandes, nach dessen Höhe der Benefizialerbe den Erbschaftsgläubigern verhaftet ist.

§. 444. 1) Hat der Benefizialerbe die Forderung eines Dritten gegen den Nachlaß für einen geringeren Preis, als die Summe der Forderung beträgt, an sich gebracht, so kann seinem Verlangen auf volle Bezahlung derselben von Seiten der Erbschaftsgläubiger nicht durch den Einwand begegnet werden, daß er nur Bevollmächtigter der Gläubiger gewesen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1844.

Auch auf den Benefizialerben geht durch den Anfall der Erbschaft das Eigenthum derselben über; er ist in der Disposition darüber, so lange ihm auf Antrag der Gläubiger keine gerichtliche Schranken gesetzt werden, nicht beschränkt (§§. 368., 343. ff. A. L. R. I. 9., und V. v. 28. März 1840, G. S. 1840 S. 103). Er besitzt und verwaltet die ihm zugefallene Erbschaft als Eigenthümer. Will er sich des Vorbehaltes gegen die Erbschaftsgläubiger bedienen, tritt er insbesondere den Nachlaß an sie ab, damit derselbe durch einen Kurator unter gerichtlicher Aufsicht verwaltet werde, so muß er allerdings über den Nachlaß, dessen Verwaltung und Nutzungen Rechenschaft ablegen (§. 444. l. c. §. 73. Tit. 51. der Pr. O.). Aus dieser Verpflichtung zur Feststellung des Bestandes der Erbschaftsmasse und des Betrages, auf Höhe dessen der Benefizialerbe für die Nachlaßschulden aufkommen muß (§. 422. Tit. 9. a. a. O.), folgt aber keineswegs, daß man den Benefizialerben als einen Mandatar der Erbschaftsmasse und die Erbschaftsgläubiger als die Eigenthümer und Mandanten anzusehen habe. Es lassen sich somit die Vorschriften aus der Lehre vom Mandat hier gar nicht anwenden. Dagegen sind die Bestimmungen maßgebend, welche das A. L. R. I. 16. §§. 486., 487. und die Pr. O. §. 89. Nr. 4. Tit. 51. enthält. Danach werden die Wirkungen der Vereinigung durch Erbgangsrecht durch den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums gehindert; der Benefizialerbe behält gegen den Nachlaß seine eigenen Forderungen und tritt, wenn er einem Erbschaftsgläubiger Zahlung geleistet hat, in dessen Stelle. Vermöge dieser Trennung, welche das beneficium zwischen dem Nachlasse und den Vermögensrechten des Benefizialerben bestehen läßt, ist es ihm gestattet, Gläubiger des Nachlasses zu sein und zu werden. Erlangt er also, durch einen, nicht aus den Mitteln des Nachlasses und nicht für diesen bewerkstelligten Ankauf eine Forderung, so gebührt dieselbe ihm, und nicht der Nachlaßmasse; und so wenig sonst der debitor cessus nach dem Betrage zu fragen hat, wofür der Cessionar die Forderung an sich gebracht (§. 390. A. L. R. I. 11.), ebenso wenig darf dies Seitens der Nachlaßmasse resp. des Kurators derselben, geschehen, wenn der Benefizialerbe Cessionar, der von ihr verschuldeten Forderung ist.

(Entsch. Bd. 11. S. 225.)

Vergl. hierüber Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 78. zum §. 444. und dagegen Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 186—187.

2) Die Verpflichtung zur Rechenschafts-Ablegung erstreckt sich, auch für den einzelnen unter mehreren Benefizialerben, über den ganzen Nachlaß, und nicht bloß über seine Erbportion.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. März 1843; denn in den §§. 443., 444., 452—454. sei überall von dem Nachlasse die Rede, über welchen Rechnung gelegt und welcher zur Befriedigung der Gläubiger in der von dem Gesetze vorgeschriebenen Ordnung verwandt werden soll. (Entsch. Bd. 9. S. 241.)

§. 446. Einen Vertrag, wodurch der Benefizialerbe Nachlaßgegenstände an einen Gläubiger verkauft und dieser ermächtigt wird, seine Forderung auf das Kaufgeld abzurechnen, sind, wenn vor der Uebergabe der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet wird, die Nach-

---

[1]) In den nach der neuen Konkurs-Ordnung zu behandelnden Fällen wird die Frage nach den Vorschriften der Konkurs-Ordnung §§. 356., 357., 359., 360., 383., 40—42., 45., 46. zu beurtheilen sein.

laßgläubiger nicht schuldig zu erfüllen. Der Käufer muß seine Forderung liquidiren und kann die Uebergabe der gekauften Sache nicht verlangen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. März 1838.
(Centralbl. 1838 S. 1139.)

§§. 447—451. 1) Diese §§. sind durch die V. v. 28. März 1840 aufgehoben worden [1]).

2) V. v. 28. März 1840, betr. die Befugniß des Benefizialerben.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. 2c. Da die bestehenden Vorschriften über die Beschränkung der Dispositionsbefugniß eines Benefizialerben in Bezug auf die zum Nachlasse gehörigen Grundstücke dem Erben zu großer Belästigung gereichen, ohne jedoch den Erbschaftsgläubigern entsprechende Vortheile zu gewähren, so verordnen Wir für diejenigen Provinzen Unserer Monarchie, in welchen das A. L. R. und die A. G. O. Kraft haben, auf den Antrag Unseres Staats-Ministeriums und nach erfordertem Gutachten einer aus Mitgliedern des Staatsrathes ernannten Kommission, was folgt:

§. 1. Dem Benefizialerben wird die Befugniß beigelegt, sofern er sich der Verwaltung des Nachlasses nicht begeben hat, und ihm auch nicht auf den Antrag der Gläubiger oder Legatarien vom Richter Schranken gesetzt worden sind, über die zum Nachlasse gehörigen Grundstücke und Gerechtigkeiten ebenso, wie über die beweglichen Sachen, zu verfügen.

§. 2. Bei der Berichtigung des Besitztitels für einen Erben soll die Einschränkung, daß er nur als Benefizialerbe besitze, in das Hypothekenbuch nicht ferner eingetragen werden.

§. 3. Die Vorschriften des A. L. R I. 9. §§. 447—451. und der A. G. O. I. 50. §. 280. werden aufgehoben. Jede auf Grund derselben bereits eingetragene Einschränkung eines Benefizialerben ist nach Ablauf von sechs Monaten, von dem Tage der Publikation dieser V. an gerechnet, von Amtswegen zu löschen, wenn nicht bis dahin ein Erbschaftsgläubiger bei dem Hypothekenrichter sich meldet und nachweist, daß er schon vor Publikation dieser V. innerhalb Jahresfrist seit Eröffnung der Erbschaft seinen Anspruch im Rechtswege geltend gemacht hat.

§. 4. Die Bestimmung der V. über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsprozeß v. 4. März 1834 §. 2. Nr. 2. wird dahin erweitert:
daß die nothwendige Subhastation zum Nachlasse gehöriger Grundstücke und Gerechtigkeiten auf den Antrag eines jeden Benefizialerben mit voller Wirkung stattfindet [2]).

Urkundlich 2c. (G. S. 1840 S. 103.)

§. 452. Vergl. V. v. 4. März 1834 über die Exek. in Civilproz. §. 2. in den Erg. zur A. G. O. I. 24.

[1]) Durch diese V. sind folgende Bestimmungen für beseitiget zu erachten:
a) R. v. 8. Sept. 1794, betr. die Berichtigung des Besitztitels eines Benefizialerben.
(N. C. C. Tom. IX. p. 2405, Stengel Bd. 19. S. 215, Rabe Bd. 2. S. 678.)
b) R. v. 9. Okt. 1797 nebst R. v. 28. Juni 1790, wegen Einschränkung der Rechte eines Benefizialerben.
(N. C. C. Tom. X. p. 1451 und Tom. VIII. p. 2949, Rabe Bd. 4. S. 313 und Bd. 13. S. 200.)
c) R. v. 26. Juni 1810, betr. die Wirkung der Eintragung einer Hypothek auf ein Grundstück, auf welchem die Benefizialerbenqualität vermerkt ist.
(Mathis Bd. 9. S. 542, Rabe Bd. 10. S. 366.)
d) R. v. 2. Mai 1815, betr. die Frage, in wiefern die Benefizalerbenqualität bei Verpfändungen und anderen Dispositionen über Grundstücke zu berücksichtigen sei. (Jahrb. Bd. 5. S. 57, Gräff Bd. 4. S. 213.)
e) R. v. 14. März 1822, daß die Löschung der Beschränkung wegen der Benefizialerbenqualität im Hypothekenbuche in den Fällen, wo ein Benefizialerbe das zur Erbschaft gehörige Grundstück nach den Förmlichkeiten einer nothwendigen Subhastation zum Verkaufe stellt, nach erfolgter Einzahlung des Kaufgeldes ad depositum, nicht zuläßig sei.
(Jahrb. Bd. 21. S. 46, Gräff Bd. 1. S. 40.)
f) R. v. 29. April 1833, betr. die Verhältnisse der Benefizialerben in Beziehung auf die Löschung der eingetragenen Benefizialerbenqualität einzelner Erben. (Jahrb. Bd. 41. S. 545, Gräff Bd. 7. S. 184.)
g) R. v. 18. April 1836, betr. die Fragen: ob dem Benefizialerben, welcher die nothwendige Subhastation des Nachlaßgrundstücks ausgebracht hat, der, nach Befriedigung der Realgläubiger übrig bleibende Kaufgelderrest zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger überlassen werden kann, und ob der Benefizialerbe bei der nothwendigen Subhastation des Nachlaßgrundstückes sich einen Altentheil oder ein Wohnungsrecht ausbedingen kann.
(Jahrb. Bd. 49. S. 459, Gräff Bd. 10. S. 193.)
Vergl. die Motive der V. v. 28. März 1840 in Löwenberg's Beitr. zur Kenntniß der Preuß. Gesetzgebung, Bd. 1. S. 52 ff.

[2]) Vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 359. Satz 3.

§. 452—455. 1) Auch wenn hiernächst erbschaftlicher Liquidationsprozeß oder Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, steht, wegen erfolgter Befriedigung nicht bevorzugter Gläubiger, ein Anspruch gegen den Benefizialerben nicht dem Massen-Kurator, sondern nur dem einzelnen benachtheiligten Gläubiger zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Febr. 1839. (Präj. Nr. 609.) (Präj. Samml. S. 34.)

2) Der Kurator einer erbschaftlichen Liquidationsprozeßmasse ist nicht berechtigt, gegen den Benefizialerben, welcher sich der Verwaltung der Erbschaftsmasse begeben hat, auf Einzahlung der von dem Letzteren während der Zeit seiner Erbschaftsverwaltung erhobenen und zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger oder der eigenen Forderungen des Benefizialerben an die Nachlaßmasse verwendeten Erbschaftsgelder ad depositum judiciale zu klagen; vielmehr steht nur den angesetzten Gläubigern der erbschaftlichen Liquidationsprozeßmasse das Recht zu, die von dem Benefizialerben geleisteten Zahlungen als ihnen nachtheilig anzufechten und den Benefizialerben deshalb zur Verantwortung zu ziehen.

Angenommen von der II. Abtheil. des Civilsen. des Kammergerichts unterm 15. Nov. 1855. (Präj. Nr. 29.)

Diese Entscheidung hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Sept. 1856 bestätigt.
(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 186 Nr. 39.)

Vergl. auch die Erg. zu den §§. 443—446. h. t. Zus. 3.

§§. 455. u. 456. In dieser Beziehung gelten jetzt die Bestimmungen des Tit. IV. (§§. 342—361.) der Konk. O. v. 8. Mai 1855.

§§. 460—481. Von Verlassenschaften, wozu der Erbe unbekannt ist.

§§. 465. sqq. Auch die unbekannten Legatarien können auf diese Weise, auf Antrag des dazu wohl legitimirten Kurators eines Legats, zur Meldung aufgefordert werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Febr. 1833.
(Simon's Recht Bd. 4. S. 210.)

Vergl. die Dekl. v. 29, März 1829 (G. S. S. 23) in den Erg. zur A. G. O. I. 51. §§. 148—154.

§. 468. Anh. §. 10. Das Ostpreuß. Pupillen-Kollegium war der Meinung, daß die Verwaltung des Vermögens abwesender unbekannter Erben auf den Grund des §. 955. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R. von dem Gerichte, bei welchem der Ediktalprozeß schwebt, geführt werden müsse. Die Ostpreuß. Regierung hielt aber dafür und stellte in einem Berichte v. 23. Juni 1801 dem Justizdep. vor, daß die Verwaltung einer solchen Erbschaftsmasse nach Vorschrift der §§. 953., 501., 528., 643. ff. l. c. zur Direktion des Pupillen-Kollegii gehöre.

Das Justizdep. hat hierauf in dem R. v. 9. Juli 1801 den Antrag der Regierung aus dem Grunde bestätigt:
weil die Curatela absentium nach §. 469. Tit. 9. Thl. I. und §. 954. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. vor die Pupillenkollegia gehöre und der §. 955. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R. nicht, wie von dem Pupillenkollegium geschehen, ausgelegt werden könne.
(Stengel Bd. 14. S. 138, Paalzow Bd. 1. S. 849, Rabe Bd. 6. S. 547.)

Vergl. Löwenberg's Motive 2c. Bd. 2. S. 25 u. 114.

§§. 473. 474. Der den unbekannten Anwärtern eines Fideikommisses bestellte Kurator ist nicht berechtigt, einen Pachtkontrakt, welchen der bisherige Fideikommißbesitzer über ein zum Fideikommisse gehöriges Grundstück über seine Lebenszeit hinaus abgeschlossen hatte, bloß um deshalb dem Pächter zu kündigen, weil der Verpächter gestorben ist.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Sept. 1857, weil ein solcher Kurator nicht mehr Rechte habe, als nach §§. 473. u. 474. der einem ganzen Nachlasse bestellte, und weil auch der §. 30. A. G. O. I. 46. diese Rechte nicht erweitere.
(Entsch. Bd. 36. S. 52.)

§. 477. u. Anh. §. 11. 1) Der §. 11. des Anh. ist dem R. v. 12. Febr. 1798 entnommen.
(N. C. C. Tom. X. p. 1547 No. 9. de 1798, Rabe Bd. 5. S. 40.)

Vergl. Löwenberg's Motive 2c. Bd. 2. S. 25 u. 114.

2) K. O. v. 7. Mai 1818. Das rückständige Gnadengehalt verstorbener Invaliden soll in Ermangelung bekannter Erben den Witt-

wen, ohne Vorladung der etwanigen unbekannten Erben, ganz gezahlt werden. (Jahrb. Bd. 11. S. 195, Gräff Bd. 3. S. 301.)

§. 480. R. v. 11. Jan. 1839. Im Falle der Vorladung unbekannter Erben ist vor Abfassung des Urtels, wodurch der Nachlaß dem Fiskus zugeschlagen wird, noch ein Diligenzeid vom Nachlaßkurator zu erfordern. Wird der Eid verweigert, so ist dies als Ablehnung der Kuratel zu betrachten und nach §. 206. A. L. R. II. 18. zu verfahren. (J. M. Bl. 1839 S. 58.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 51. §. 146. u. Anh. §. 390.

§. 481. Statt »15« ist zu setzen: »16«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 15. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 482—493. Von der Legitimation der Erben.

§. 482. R. v. 8. Jan. 1834. Die Legitimation eines Lehnserben ist beim kompetenten Lehnshofe zu führen.

Dem (Tit.) wird eröffnet, daß die Prüfung der Frage: wer Lehnserbe der beiden verstorbenen Brüder v. B. geworden? lediglich vor das (Tit.) selbst ressortirt, da der Lehnsstamm in dem Bezirke desselben ausgethan ist, Lehne und Fideikommisse aber nicht zum Nachlasse des Nutzungsberechtigten gehören. (§. 354. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R.)
(Akten des J. M., Landr. Nr. 19. Vol. 2. Fol. 67 a. I. 905.)

§§. 482. sqq. 1) R. v. 28. Sept. 1832. Die Feststellung der Erbeslegitimation kann in entsprechenden Fällen durch ein förmliches Erkenntniß geschehen.

Dem O. L. G. wird in der S'schen Verlassenschaftssache auf den Bericht v. 16. d. M. zum Bescheide ertheilt:

daß die Abfassung eines Urtels zur Feststellung der Legitimation derjenigen Personen, welche sich als Erben gemeldet haben, zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, nach der Praxis mehrerer Gerichte aber üblich und jedenfalls gesetzlich zulässig ist.

Im vorliegenden Falle tritt der Justizmin. der Ansicht des (Tit.) bei, daß es angemessen sei, hier, wo es auf eine sehr präjudizirliche Legitimation im Auslande zerstreut wohnender Seitenverwandten ankommt, und wo die Legitimation nicht in allen einzelnen Graden der Verwandtschaft unzweifelhaft erscheint, wo also vielleicht über einzelne Thatsachen rücksichtlich der dabei gerade betheiligten Familienmitglieder auf einen nothwendigen Eid zu erkennen oder ein förmliches Aufgebot der etwa noch vorhandenen näheren oder gleich nahen unbekannten Erben vorzubehalten sein dürfte, die Akten förmlich zum Spruch vorlegen zu lassen. (J. Min. Gen. A. 13947., Landr. 19. Vol. 1. Fol. 246.)

2) R. v. 23. Febr. 1836, betr. das Verfahren zwischen Erben, deren Legitimationsführung mit Schwierigkeiten verbunden ist, und dem Nachlaßkurator.

Ist die Legitimation mit Schwierigkeiten verbunden, so bleibt dem (Tit.) unbenommen, den unbekannten Interessenten einen Kurator zu bestellen, zwischen diesem und den Prätendenten, die sich gemeldet haben, die Sache zu verhandeln und, wenn keine Vereinigung erfolgt, entweder das im §. 150. A. G. O. I. 51. nachgelassene Aufgebot einzuleiten oder die Akten zur Abfassung eines die Stelle eines Legitimations-Attestes vertretenden förmlichen Erk. über die Resultate der Legimationsführung vorlegen zu lassen, ein Verfahren, welches bei vielen Gerichten eingeführt ist und zur gründlichen Erörterung und Abkürzung dergl. Angelegenheiten wesentlich beiträgt.
(Akten des Justizmin., Landr. 19. Vol. 2. Fol. 140. I. 993.)

3) Betreffend die Art und Weise der Nachweisung des Erbrechts.

a) R. v. 6. Okt. 1826. Nachweis des Verwandtschaftsverhältnisses durch Zeugen.

Nach §. 482. A. L. R. I. 9. soll der Erbe sein Erbrecht gehörig nachweisen. Dies ist geschehen, wenn zwei vollgültige eidlich abgehörte Zeugen aus eigener Wissenschaft bekunden, daß nicht allein das angegebene Verwandtschaftsverhältniß richtig ist, sondern daß auch keine näheren oder gleich nahen Erben vorhanden, und die sich gemeldeten Erben die einzigen Erben sind.

Wenn der §. 484. l. c. nur den Nachweis des Verwandtschaftsverhältnisses fordert, und wenn sich alsdann keine Vermuthung näherer oder gleich naher Erben ergiebt, der §. 486. es für hinreichend erklärt, daß alsdann nur noch die Erklärung der Erben an Eidesstatt hinzutreten darf, daß ihnen keine näheren oder gleich nahen Erben bekannt sind, so hat hierdurch nur ein erleichterter Beweis des Erbrechts bezweckt werden sollen; keineswegs aber wird diese Erklärung erfordert, wo der Beweis des Erbrechts auf andere Weise vollständig geführt ist. Diese Erklärung kann daher bei jeder Legitimation der Erben nicht als absolut nothwendig betrachtet werden.
(Akten des Justizmin., Landr. 19. Vol. 1. Fol. 58. B. 5253.)

b) Das R. v. 2. März 1835 bemerkt ebenfalls, daß zum Nachweise der Verwandtschaft Behufs der Erbeslegitimation nicht in jedem Falle Taufzeugnisse als einzige Beweismittel erforderlich seien, vielmehr dieser Nachweis auch auf jede andere Art geführt werden könne. (Jahrb. Bd 45. S. 179, Gräff Bd. 8. S. 12.)

c) R. v. 3. April 1835. Nichterforderniß der Beibringung des Kopulationsscheines der Eltern zum Nachweise der ehelichen Abstammung der Kinder.

In Veranlassung der Beschwerde der Geschwister H. v. 27. v. M. wird das (Tit.) angewiesen, in der H'schen Erbeslegitimationssache von Einforderung der Kopulationsscheine, wenn nicht eine besondere Vermuthung gegen die eheliche Abstammung der Bittsteller vorliegt, abzustehen, da es nirgend vorgeschrieben ist, daß außer dem zum Nachweise der Abstammung erforderlichen Taufzeugnissen auch noch die Kopulationsscheine besonders produzirt werden sollen.

Die außereheliche Abstammung ist die Ausnahme, welche nicht vermuthet werden kann und in dem Taufzeugnisse besonders angegeben werden muß. Der Mangel eines solchen Vermerks beweiset die Ehelichkeit der Geburt, welche auch aus der Bezeichnung der Eltern als Eheleute sich ergiebt.
(Akten des Justizmin., Landr. 19. Vol. 2. Fol. 119. I. 1780.)

d) Das bloße gegenseitige Anerkenntniß der einander gegenüberstehenden Erbprätendenten reicht in der Regel zur Führung der Legitimation nicht aus.

α) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Nach der Aeußerung des Kammerger. existirt in einigen Gerichtshöfen die Praxis, daß man bei mehreren Erben die Legitimation durch kirchliche Atteste nur von Einem fordert, wenn sie sich nur gegenseitig als Erben anerkennen und an Eidesstatt versichern, daß sie die einzigen Erben sind. Es sei dies auch sehr richtig; denn würde einzelnen Erben ihre Legitimation streitig gemacht, so möchte es kein Bedenken haben, daß das Eingeständniß ihres Gegners der beste Beweis der Legitimation wäre.

Gegen diese Ansicht würde sich nichts erinnern lassen, wenn der Erbe, welcher sich vorschriftsmäßig legitimirt hat, immer die ganze Erbschaft bekäme, weil die anderen Personen, die sich gemeldet, sich nicht legitimiren können. In einem solchen Falle verfügt der legitimirte Erbe nur zu seinem Nachtheil, wenn er anderen Personen ein Erbrecht zugesteht, die es wirklich nicht haben. Z. B. es melden sich zwei Kinder des Erblassers, von denen das eine sich gehörig legitimirt hat, das andere aber seine Abstammung von dem Erblasser oder seine eheliche Geburt nachzuweisen nicht im Stande ist. Aber wenn es feststeht oder wahrscheinlich ist, daß außer den Erbprätendenten noch andere Personen vorhanden sind oder vorhanden gewesen sind, die entweder den einen noch nicht legitimirten Erben ausschließen oder mit diesem an der Erbschaft Theil nehmen würden, so kann man der Erklärung des legimirten Erben jene Wirkung nicht beilegen. Wenn z. B. sich als Erben ein Bruder und die Kinder eines angeblich verstorbenen zweiten Bruders melden, so müssen die letzteren den Tod ihres Vaters, der sie ausschließen würde, nachweisen und die Erklärung des ersten Bruders, daß er die Bruderkinder als legitimirt annehme, und daß diese und er die einzigen Erben sind, kann nicht hinreichen.
(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 39.)

β) Bornemann führt ebenfalls aus, daß das Anerkenntniß der Erben untereinander bloß in solchen Fällen genüge, wo das Anerkenntniß des einen Erbprätendenten nur dem andern, nicht auch dem Anerkennenden selbst zum Vortheil gereicht, und überdies kein wahrscheinlich vorhandener dritter Miterbe dadurch ausgeschlossen wird.
(System Bd. 6. S. 495, 2. Ausg. Bd. 6. S. 320.)

4) Ueber die Nichtverpflichtung desjenigen, welcher der Erbschaft entsagt, sich als Erbe zu legitimiren, vergl. die R. v. 30. Jan. 1836 und 6. Juli 1840 in den Erg. zum §. 398. h. t.

5) Ueber die Ausstellung von Erbeslegitimations-Attesten bei der Existenz eines Testamentes vergl. die Erg. zum §. 493. h. t.

§§. 482. u. 487. Der Erbschaftsrichter ist befugt, wenn sich bei der Legitimationsführung eines sich meldenden Erben solche Bedenken ergeben, die nach dem Ermessen des Erbschaftsgerichts nicht füglich im Wege bloßer Dekretur erledigt werden können, die Frage: ob der auftretende Erbe für einen Blutsverwandten des Erblassers in dem von ihm behaupteten Grade anzunehmen? zur Erörterung und Entscheidung im Wege des Prozesses zwischen dem Erbprätendenten und dem, dem Nachlasse bereits bestellten oder zu bestellenden Kurator zu verweisen und es erscheint die richterliche Entscheidung darüber zulässig.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Okt. 1852 und in dem Erk. v. 17. Mai 1854. (Präj. Nr. 2528.)

Für diejenigen Fälle, wo der Erbschaftsrichter im Wege bloßer Dekretur nicht über die Legitimationsführung eines sich meldenden Erbprätendenten, das behauptete Verwandtschaftsverhältniß und den daran geknüpften Erbanspruch entscheiden zu können glaubt, bestimmt der §. 482., daß eine Erörterung hier-

über zwischen dem Erbprätendenten und dem Nachlaßkurator stattfinden soll. Bleiben die Bedenken zwischen diesen streitig, so können sie nur durch richterliche Entscheidung erledigt werden, und es folgt aus der Natur der Sache, daß hierbei in Ermangelung eines schon vom Erbschaftsrichter für legitimirt angenommenen Erben nur der Nachlaßkurator als Gegner des Erbprätendenten betrachtet werden darf. Der Nachlaßkurator soll nach §. 476. auch den eigentlichen Erben ermitteln, und diese Ausmittelung begreift nothwendig auch die Feststellung der Legitimation des für den eigentlichen Erben sich Ausgebenden unter sich; der Kurator ist daher um so mehr befugt, die gegen die Legitimation eines Erbprätendenten entstandenen Bedenken zur richterlichen Entscheidung zu bringen, als er nach §. 472. überhaupt die Rechte der etwaigen noch unbekannten Erben zu vertreten hat. — Die Frage, ob Jemand sich zu einem Erblasser in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnisse befinde, ist zwar eine rein thatsächliche, da erst die Legitimation des betreffenden Erbprätendenten einen Anspruch auf den Nachlaß begründet; allein, daß über diese Vorfrage, wenn sie streitig, allein erkannt werden kann, ohne zugleich über den Hauptanspruch zu entscheiden, folgt ans §. 81. a. A. G. O. I. 10. u. §. 21. A. G. O I. 9. — Für Fälle der in Rede stehenden Art ist eine solche Präjudizial-Entscheidung um so mehr für zuläßig zu erachten, als durch die Feststellung des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses nicht allein zugleich festgestellt erscheint, daß der Erbprätendent zu dem Erblasser und seiner Nachlaßmasse sich in dem Verhältnisse eines gesetzlichen Erbberechtigten befindet, sondern derselbe auch nach §. 490. h. t. zu dem Antrage befugt sein würde, in der Zwischenzeit, während der Dauer der Verhandlungen über die Frage: ob noch mehrere Erbberechtigte vorhanden? zum Kurator des Nachlasses bestellt, und mit dessen Verwaltung beauftragt zu werden.

Dies ist auch keinesweges bloß von dem Falle zu verstehen, wenn sich verschiedene Erbberechtigte als Parteien gegenüberstehen, und es ist eine unrichtige Ansicht, daß ein dem Nachlasse bestellter Kurator niemals als Gegenpartei eines Erbprätendenten auftreten könne, und seiner Legitimation in dieser Beziehung jede gesetzliche Unterlage fehle. Diese, dem Zusammenhange und Sinne der Vorschriften der §§. 482 — 492. h. t. nicht entsprechende Ansicht hat die ausdrückliche Vorschrift des §. 30. A. G. O. I. 46. gegen sich, welcher klar ausspricht, daß der streitige Legitimationspunkt zwischen dem Lehns- oder Fideikommiß-Prätendenten und dem zu bestellenden Kurator verhandelt werden soll, und es ist daher außer Zweifel, daß darüber, wenn der Kurator Bedenken trägt, die Legitimation für vollständig geführt zu erachten, zwischen ihm und dem Prätendenten erkannt werden muß. — Hiernach widerlegt sich denn auch die Ansicht, wie, wenn der Erbschaftsrichter nicht die vollständige Ueberzeugung von der geführten Legitimation eines Erbprätendenten gewinnen könne, nichts übrig bleibe, als den Nachlaß dem Fiskus als letzten Erbberechtigten zuzuweisen, gegen welchen dann der Erbprätendent seine Ansprüche verfolgen könne, welche Ansicht schon darin ihre Erledigung findet, daß der Fiskus ein Recht auf eine erblose Verlassenschaft erst auszuüben berechtigt ist, wenn feststeht, daß zu dem Nachlaß kein Erbe vorhanden sei, dieser Fall aber nicht vorliegt, wenn ein Berechtigter sich gemeldet, auch seinen Anspruch bescheinigt, jedoch nicht so vollständig nachzuweisen vermocht hat, daß die Bedenken des Erbschaftsrichters, ihm den Nachlaß auszuantworten, völlig gehoben worden wären. Gerade für diesen Fall soll nun, wie der Zusammenhang und Sinn der allegirten Vorschriften ergiebt, die prozessualische Erörterung der Legitimationsfrage, die für das bloße richterliche Ermessen nicht so hat vorbereitet werden können, wie nöthig gewesen wäre, um darüber durch bloßes Dekret zu befinden, zwischen einem Kurator, der als solcher die Rechte der etwanigen unbekannten Interessenten, die vielleicht noch bessere Rechte wie der Erbprätendent geltend machen, und bei dessen gänzlicher Zurückweisung selbst als nächstberechtigte Erben auftreten könnten, wahrzunehmen hat und dem Erbprätendenten eintreten. Es ist dies auch der einzige zweckmäßige Weg, die Sache zum Austrage zu bringen, indem nun nach vollständiger Instruktion durch richterliches Erkenntniß festgestellt wird, ob der Erbprätendent in solchen Verwandtschaftsverhältnissen zum Erblasser sich befinde, daß dadurch das prätendirte Erbrecht als gerechtfertigt sich darstelle, und der Erbschaftsrichter daher, nach der durch solche Entscheidung erfolgten Erledigung seiner Bedenken, die Erbmasse dem anerkannten Prätendenten zu verabfolgen sich in den Stand gesetzt sieht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 12, Entsch. Bd. 24. S. 23. u. Bd. 28. S. 64.)

Auch die Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Okt. 1854 und v. 9. Febr. 1855 führen unter Bezugnahme auf die oben gegebenen Präj. aus, daß zwischen dem Erbprätendenten und dem Nachlaßkurator, als Gegenpartei, ein prozessualisches Verfahren über das Vorhandensein eines behaupteten Verwandtschafts-Verhältnisses zum Zwecke der Ausantwortung des Nachlasses an den Prätendenten zulässig sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 307 Nr. 71. u. Bd. 17. S. 32 Nr. 8.)

§. 485. 1) Daß Jemand verheirathet gewesen sei und Kinder hinterlassen habe, sind Thatsachen, die nicht vermuthet werden können.

Vergl. das R. v. 15. Febr. 1796 und den daraus entnommenen §. 106. des Arch. zur A. G. O.

2) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 1. §§. 34—38.

§. 486. 1) R. v. 4. Febr. und 2. März 1835. Die im §. 486. erwähnte eidesstattliche Versicherung kann nur vor Gericht abgegeben werden; ein Notar aber ist zu deren Aufnahme nur dann befugt, wenn er dazu vom Richter requirirt worden, in welchem Falle jedoch das Protokoll zur Ausfertigung an den requirirenden Richter abzugeben ist. (Jahrb. Bd. 45. S. 179, Gräff Bd. 8. S. 10—12.)

Das Plenum des Civ. Sen. des Kammergerichts hat in dieser Beziehung unterm 9. Okt. 1850 (Präj. Nr. 39.) folgenden Grundsatz angenommen:

Die nach §. 486. von dem Erben abzugebende eidesstattliche Versicherung kann rechtsgültig nur vor Gericht abgegeben werden. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn entweder der Notar vom Richter mit der Aufnahme der eidesstattlichen Erklärung ausdrücklich beauftragt wird, oder wenn der Erklärende sich an einem Orte aufhält, wo dergleichen Erklärungen verfassungsmäßig nur vor Notarien abgegeben werden können.

2) Muß von mehreren Miterben ein Jeder die Versicherung abgeben?

Es bejahen die Gesetzrevisoren (Pens. XVI. S. 41) und Bornemann (System Bd. 6. S. 495, 2. Ausg. Bd. 6. S. 320), weil gerade diejenigen, von welchen sie nicht abgegeben wird, Umstände wissen können, welche die Existenz näherer oder gleich naher Erben wahrscheinlich machen.

Da die Erfüllung dieses Erfordernisses in manchen Fällen mit Schwierigkeiten verbunden ist, z. B. wenn die Erben zerstreut oder sehr entfernt sind, oder wenn Einer oder der Andere, weil er nichts mehr zu erwarten hat, zur Abgabe der Erklärung nicht vermocht werden kann, so ist nicht in allen Fällen an dem gedachten Grundsatze festgehalten worden, und das Justizmin. hat in dieser Beziehung sich widersprechende Bescheide erlassen.

a) R. v. 14. Nov. 1825.

Was die von den Erben nach §. 486. A. L. R. I. 9. abzugebende Versicherung an Eidesstatt betrifft, daß ihnen keine nähere oder gleich nahe Erben bekannt seien, so ist es völlig gesetzlich, wenn das (Tit.) diese Versicherung in dem Falle, wenn mehrere Personen sich als Erben legitimirt haben, von ihnen allen und nicht bloß von einigen erfordert hat. Denn das Gesetz fordert sie von allen, und der Zweck des Gesetzes kann auch nur auf diese Weise vollständig erreicht werden, weil diejenigen, von denen die Versicherung gefordert wird, nicht als Zeugen, sondern als Interessenten vernommen werden, deren Wissenschaft nicht die Wissenschaft der übrigen entbehrlich macht, diesen Letzteren vielmehr Umstände bekannt sein können, welche die Existenz näherer oder gleich naher Erben wahrscheinlich machen.

(Gen. Akten des J. M. Rev. P. 16. Nr. 3. Fol. 31.)

b) R. v. 26. März 1836.

Zum Nachweise der Erbeslegitimation kann nicht verlangt werden, daß der Erbprätendent den Beweis seiner Legitimation in der Art führe, daß dadurch die Unmöglichkeit des Vorhandenseins näherer oder noch anderer Erben unwidersprechlich dargethan werde, sondern es genügt vielmehr für den gesetzlichen Erben der Nachweis seines Verwandtschaftsverhältnisses, woraus ein gesetzliches Erbrecht für ihn entspringt, die Versicherung an Eidesstatt, daß ihm keine besser oder gleich berechtigte Miterben bekannt sind, und der Umstand, daß der Richter selbst keine Vermuthung für das Gegentheil hat; und für den Testamentserben eine letztwillige Verordnung, die an keinem äußeren Mangel leidet.

(Jahrb. Bd. 47. S. 279, Gräff Bd. 10. S. 10.)

c) R. v. 1. Juli 1836.

Diejenigen Erben, welche sich melden und die Ausantwortung des Nachlasses verlangen, müssen sich und ihre Miterben durch Nachweisung des Verwandtschaftsverhältnisses zum Nachlaß legitimiren. Außerdem müssen sie auch die im §. 486. A. L. R. I. 9. vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung abgeben, wogegen der Mangel derselben von Seiten eines einzigen Miterben die Legitimation nicht schwächt, da selbst zum vollen Beweise im Prozeß zwei Zeugen genügen. Auch hat das Gesetz nirgends vorgeschrieben, daß bei Konkurrenz mehrerer Miterben alle zugleich die eidesstattliche Versicherung abgeben sollen. Es kann daher darauf um so weniger bestanden werden, als der eidesstattlichen Versicherung der übrigen Erben noch überdies der Grundsatz hinzutritt, daß mehrere Erben nicht vermuthet werden.

(J. M. Akten Landr. 19. Vol. 2. Fol. 149c. I. 2771., Mannkopff's Landr. I. Nachtr. S. 111, Centralbl. 1838 S. 957.)

d) R. v. 16. Sept. 1836.

Zur W'schen Nachlaßsache wird dem (Tit.) eröffnet, daß es einer Legitimation der Erben überhaupt nur alsdann bedarf, wenn deren Erbrecht nicht ohnehin klar erhellt (§. 483. A. L. R. I. 9.), daß daher, wenn Miterben konkurriren, und von diesen zwei derselben unter Benennung der sämmtlichen als Erben be-

theiligten Verwandten aus eigener Wissenschaft an Eidesstatt versichern, daß (außer denen, deren Tod etwa erwiesen ist) keine weiteren Erben, als die benannten zur Zeit des Todes des Erblassers existirt haben, so daß nach §. 10. Nr. 3. Tit. 13. und §. 228. Nr. 1. Tit. 10. der Pr. O. ein voller Beweis vorliegt oder dieser letztere auf andere Art geführt wird, alsdann von jeder weiteren Versicherung der ausländischen Erben Abstand zu nehmen ist.

(J. M. Akten, Landr. 19. Vol. 2. Fol. 170. I. 3865, Mannkopff's Landr. I. Nachtr. S. 111, Centralbl. 1838 S. 958.)

e) R. v. 17. Sept. 1840.

Verweigert eine mit Seitenverwandten konkurrirende Ehefrau des Erblassers die Abgabe der im §. 486. vorgeschriebenen eidesstattlichen Versicherung, so ist dies kein Grund, den Seitenverwandten, die sich legitimirt haben, das Erbeslegitimations-Attest zu verweigern. (J. M. Bl. 1840 S. 321 Nr. 247.)

3) Kann die im §. 486. vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden?

a) Die Gesetzrevisoren haben verneint.

Oft wird von den Erben der von ihnen bestellte Mandatar zugleich zur Abgabe der Versicherung an Eidesstatt bevollmächtigt, und von einigen Gerichtshöfen ist dies hin und wieder für zuläßig gehalten worden. Allein wenn die Feierlichkeit bei Abnahme eines Eides dahin wirken soll, daß der Schwörende der Wahrheit überall treu bleibe, und die betreffende Versicherung doch nur die Stelle eines wirklichen Eides vertritt, so geht unstreitig ein Mittel zur Ergründung der Wahrheit verloren, wenn der Eid durch einen Spezialbevollmächtigten geleistet wird. Deshalb lassen die Gesetze dies auch nur in wenigen Fällen als Ausnahme zu, und es ist kein Grund vorhanden, eine solche Ausnahme auch in dem berührten Falle stattfinden zu lassen.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 41.)

b) Dagegen bejahet das Justizmin. in dem R. v. 16. Sept. 1836. (Centralbl. 1838 S. 958.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System, 2. Ausg. Bd. 6. S. 319)[1]) und Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 97. zum §. 486. h. t.), welcher Letztere dies dadurch begründet, daß der Erbe, indem er den Auftrag zu der Versicherung giebt, diese in der That selbst abgiebt; nur müsse die Vollmacht eben dieselbe Form, wie die Versicherung haben (gerichtlich aufgenommen sein) und die abzugebende Versicherung ganz wörtlich enthalten, damit, wenn sie falsch ist, der Versichernde dafür zur Rechenschaft gezogen werden kann.

4) Es muß im Falle des §. 486. ein Erbeslegitimations-Attest ausgefertigt werden.

a) R. v. 14. Juli 1837. Die Gerichte in der Rheinprovinz können zwar nach der dortigen Verfassung solche Erbeslegitimations-Atteste, wie sie in den älteren Provinzen ertheilt werden, nicht ausstellen; die Friedensrichter sind jedoch angewiesen, in Fällen dieser Art durch eidliche Vernehmung von glaubwürdigen, unterrichteten Zeugen in einem Notorietätsakte die Familien- und Erbverhältnisse festzustellen und eine Ausfertigung des Akts zu ertheilen, worin sie sich darüber aussprechen müssen, daß dem Gerichte nichts den von den Zeugen angegebenen Thatsachen Entgegenstehendes bekannt sei. Ein solcher Notorietätsakt ersetzt die in den älteren Provinzen auszustellenden Erbeslegitimations-Atteste.

(Jahrb. Bd. 50. S. 238, Gräff Bd. 13. S. 165.)

b) R. v. 7. Dec. 1840. In der Regel muß ein Erbeslegitimations-Attest von dem Richter, unter welchem der Erblasser bei seinem Ableben seinen persönlichen Gerichtsstand gehabt hat, beigebracht werden. (§. 392. h. t. u. §. 4. Nr. 6. A. G. O. I. 5.) Diese Vorschrift kann indeß nicht zur Ausführung kommen, wenn der Erblasser seinen Gerichtsstand im Auslande gehabt hat und der auswärtige Richter die Ausstellung eines solchen Attestes verweigert. In diesem Falle muß den Erben, welche sich zum Besitze eines auf sie vererbten diesseitigen Grundstückes nach §. 72. Tit. II. der Hyp. O. durch ein gerichtliches Attest legitimiren sollen, gestattet werden, ihre Legitimation nach diesseitigen Gesetzen bei dem Gerichte der belegenen Sache zu führen, und dieses darf sich der Einleitung eines solchen Verfahrens und der Ertheilung des Attestes nicht entziehen.

(J. M. Bl. 1841 S. 71.)

§. 493. 1) Statt: »§§. 240. u. f.« ist zu setzen: »§§. 242. u. folg.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

[1]) In der 1. Ausg. Bd. 6. S. 495 hatte derselbe das Gegentheil angenommen.

2) R. v. 28. April 1834. In der Regel findet die Ertheilung von Erbeslegitimationsattesten an Testamentserben nicht statt, dagegen aber genügt in dem Falle, wo den Erben daran liegt, nicht den ganzen Inhalt des ganzen Testamentes zu veröffentlichen, ein Auszug des Testamentes, soweit dasselbe die Erbeseinsetzung zum Gegenstande hat, mit Hinzufügung eines Attestes, daß in dem Testamente weiter keine Bestimmungen enthalten sind, welche sich auf die Erbeseinsetzung und Dispositionsbefugniß des Erben beziehen.

(Jahrb. Bd. 43. S. 448, Gräff Bd. 8. S. 15.)

Vergl. §. 11. des Ges. v. 24. Mai 1853, betr. einige Abänderungen der Hyp. O. in den Erg. zur Hyp. O. Tit. II. Abschn. 1.

3) R. v. 26. Dec. 1833. Liegt ein an einem sichtbaren Formmangel laborirendes Testament vor, und die darin eingesetzten Kinder, resp. Enkel des Erblassers wollen dennoch das Testament anerkennen, so ist das Testament nebst dem Anerkennungsprotokolle mit dem Atteste auszufertigen.

daß der N. und N. auf Grund des Testaments vom rc. und des Anerkennungsprotokolls vom rc. die alleinigen Testamentserben des A. seien.

Erkennen dagegen die Erben das Testament nicht an, so ist ein Attest dahin auszustellen:

daß, nachdem der A. ein Testament hinterlassen, worin er den N. und N. zu Erben eingesetzt, diese das Testament nicht anerkannt, vielmehr die Erbschaft nach Intestaterbrecht theilen zu wollen erklärt, und eidesstattlich versichert haben, daß außer ihnen keine zur Erbschaft gesetzlich berufene Erben vorhanden sind, von Seiten des Gerichts als Verlassenschaftsbehörde attestirt werde, daß der N. und N. sich als alleinige Erben des A. legitimirt haben.

Der Beibringung von Tauf- und Todtenscheinen bedarf es in diesem Falle nicht, da das Verwandtschaftsverhältniß durch das Testament so weit erwiesen ist, daß die eidesstattliche Versicherung genügt.

(Akten des Justizmin., Landr. 19. Vol. 2. Fol. 65.)

§§. 494 — 499. Von den Wirkungen der Präklusion eines unbekannten Erben.

§§. 494. 512 — 514. 541. 593. Die Verjährung des Miterbrechts eines abwesenden Miterben, dem noch kein Abwesenheits-Kurator bestellt war, und von dessen Vorhandensein bei der Regulirung des Nachlasses nichts erhellte, kann zwar — den übrigen Erben gegenüber, die den Nachlaß als legitimirte Rechtsnachfolger des Erblassers vom Gerichte ausgehändigt erhalten haben — anfangen, und wird auch nicht durch die Vorschrift des §. 115. A. L. R. I. 17. ausgeschlossen.

War der Abwesende aber schon vor dem Erbanfall verschollen, und ist weder eine öffentliche Vorladung desselben oder der unbekannten Erben veranlaßt, noch sonst ein Umstand dargethan, welcher schließen ließe, daß er von dem Erbanfalle Kenntniß hätte erhalten können, so tritt die Verjährung nicht ein.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1845.

Die Theilungsklage als solche (§§. 76. u. 115. A. L. R. I. 17.) kann zwar nicht durch Verjährung verloren gehen; sie setzt aber allemal voraus, daß das Miteigenthumsrecht dessen, der sie anstellen will, anerkannt, und nur die Frage streitig ist, ob das gemeinschaftliche Eigenthum durch die Theilung aufzuheben sei oder nicht? Wenn es sich dagegen nur um Entscheidung der Vorfrage handelt: ob dem Verschollenen ein Miteigenthumsrecht an dem Nachlasse wirklich zugestanden habe, oder doch nicht mehr zustehe? mithin um eine Klage über das Erbrecht selbst, so ist es unzweifelhaft, daß das Recht auf eine Erbschaft durch Verjährung für den eigentlichen Erben verloren gehen kann, wenn ein Anderer bona fide deren Besitz überkommen und rechtsverjährte Zeit hindurch fortgesetzt hatte, und dies tritt auch ein, wenn mehrere Miterben, die sich bona fide für die alleinigen Erben gehalten, und den Nachlaß als ihr ausschließliches Eigenthum in Besitz genommen hatten, nach Ablauf der Verjährungsfrist erst von einem angeblichen, außer ihnen noch vorhandenen Miterben in Anspruch genommen werden (§. 494. h. t.). Hatte Letzterer aber wirklich kein Miteigenthum am Nachlasse, oder hat er ein solches etwa ihm zugestandenes Recht verloren, so kann auch von einer Klage auf Theilung nicht mehr die Rede sein. Mithin fragt sich: ob überhaupt hier eine Verjährung gegen den Verschollenen anfangen könne? Zwar würde der §. 512. h. t. eine solche, mit Rücksicht auf §§. 541., 593. u. 513. h. t., noch nicht ausschließen; allein aus §. 514. h. t. erhellt, daß zwischen zwei Fällen unterschieden werden muß. Wenn nämlich Jemand um ein ihm zustehendes Recht sich gar nicht bekümmert, und deshalb ununterrichtet von den ihm daraus erwachsenen Vortheilen bleibt, obwohl er bei gehöriger Aufmerksamkeit, oder Vorkehrung der geeigneten Maßregeln, nicht wohl in Unwissenheit darüber hätte bleiben können,

so soll ihn die Entschuldigung, daß er von seinem Rechte keine Kenntniß gehabt, gegen die Verjährung nicht schützen; überhaupt aber nicht vermuthet werden, daß Jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten könne. Gründete sich aber das Jemandem zustehende Recht nicht in den bisherigen Verhältnissen desselben, sondern entstand erst aus einer äußeren Handlung oder Begebenheit, so soll es darauf ankommen, ob er diese Handlung oder Begebenheit erfahren hat, in welchem Falle ihm bei Nichtverfolgung der aus solcher Begebenheit entsprungenen rechtlichen Befugnisse eine vorgeschützte Unwissenheit der letzteren in keinem Falle gegen die Verjährung zu statten kommen soll. — Dagegen läßt das Gesetz schließen, daß, wenn ihm die fragliche Handlung oder Begebenheit unbekannt geblieben war, auch angenommen werden solle, daß er von seinem Rechte nicht habe unterrichtet sein können. Denn sonst wäre die Festsetzung des §. 514. eine völlig überflüssige; auch liegt es in der Natur der Sache, daß die Nichtkenntniß einer aus dem Wirkungskreise einer Person sich ereigneten Begebenheit derselben nicht zugerechnet werden kann. Aus §. 466. h. t. erhellt aber, daß das Gesetz einen Erbanfall nicht zu den Rechten zählt, von welchen **vermuthet** wird, daß der Erbe Kenntniß davon erhalten könne, und der §. 514. erstreckt sich daher auch auf alle Fälle dieser Art. Dem steht auch der §. 494. nicht entgegen; denn wenngleich hiernach gegen die präkludirten Erben die Verjährung läuft und vollendet werden kann, so wird doch eben, weil eine öffentliche Vorladung ergangen, vorausgesetzt, daß sie hätten Nachricht von dem Erbanfalle erhalten können, und ihnen die Vermuthung, daß dies geschehen, nach §. 513. entgegensteht.

(Entsch. Bd. 12. S. 176 ff.)

§. 497. Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Febr. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 157 Nr. 35.) in den Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 222.

§. 499. Der §. 499. ist durch die Vorschriften der §§. 434., 435. u. 439. der Konf. O. v. 8. Mai 1855 beseitigt.

Neunter Abschnitt.

Von der Verjährung.

Grävell, die Lehren vom Besitze und von der Verjährung, nach Preuß. Rechte, mit Hinweisung auf das Röm. und Kanon. 8. Halle 1820.

Weichsel, die erwerbende Verjährung. 8. Magdeburg 1825. Zusätze dazu 1827.

Stute, die singulären Verjährungen des Preuß. Landrechts. 8. Soest 1835.

Simon und v. Strampff, Materialien des A. L. R. zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung. 8. Berlin 1836[1]). Als Bd. 3. der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechts.

Abhandl. in der Themis 1837 S. 586 ff. (Uebersicht der Vorschriften des Röm. Rechts und eine Kritik der Hauptprinzipien des A. L. R. über die Verjährung.)

S. Abhandl.: können Forderungen (obligationes) durch Verjährung erworben werden? (J. Z. 1832 S. 709.)

Der Abschnitt von der Verjährung, welchem in dem A. L. R. unter den unmittelbaren Erwerbungsarten des Eigenthums seine Stellung angewiesen worden, handelt nicht bloß von der **erwerbenden** (Akquisitiv-Präskription), sondern auch von der **aufhebenden** (Extinktiv-Präskription) Verjährung. Diese Behandlungsweise des in Rede stehenden Rechtsinstituts beruht auf der zur Zeit der Abfassung des A. L. R. herrschenden Theorie, welche die temporalis exceptio gegen eine Klage (Klageverjährung) und die usucapio (Ersitzung) als Arten einer und derselben Gattung betrachtete.

Vergl.:

a) über das Verhältniß der Lehre von der Verjährung zur Lehre vom Besitz und über die Stellung beider Lehren zu einander im A. L. R., **Simon's** Materialien S. 657.

b) über den **Grund** und **Zweck** der Verjährung, **Simon's** Materialien S. 657 und **Bornemann's** System Bd. 2. S. 75 ff.

§. 500. Begriff.

1) Die **Gesetzrevisoren** theilen mit, daß der §. 500. im gedr. Entw. dahin gelautet habe:

Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit eine Abänderung in den Rechten gewisser bestimmter Individuen vermöge des Gesetzes entsteht, so wird solche Verjährung genannt.

[1]) Dies Werk wird hier, der Kürze wegen, nur: »Materialien« citirt werden.

Auf die Bemerkung des Ob. App. Sen. des Kammerger., daß in den Begriff der Verjährung der Nichtgebrauch nothwendig hereingebracht werden müsse, habe **Suarez** sich indeß von der Unzulänglichkeit der Definition überzeugt; es sei daher der Zusatz: »wegen unterlassener Ausführung gewisser Rechte« eingeschoben und so die Definition des §. 500. entstanden. Unter dieselbe fielen indeß nicht allein die **erwerbende** und **aufhebende** Verjährung, sondern auch alle diejenigen Fristen, an deren Innehaltung durch das Gesetz das Dasein eines Rechtes oder einer besonderen Beschaffenheit des Rechtes geknüpft ist. Es habe schon im Röm. Rechte (**Unterholzner's** Verjährungslehre §. 1.) solche Fristen gegeben, welche von dem Begriffe der Verjährung ausgeschlossen bleiben müßten, und es gebe deren noch viel mehrere in der Preuß. Gesetzgebung [1]). Dergleichen Fristen könnten aber nicht an die Regeln der **Verjährung** gebunden sein, sondern beständen ganz für sich und folgten ihrer eigenthümlichen Regel, oder liefen ab, ohne daß es auf die Erfordernisse der Verjährung ankomme. Denn es würde die höchste Ungewißheit des Rechtes entstehen, wenn Alles das, was dem Anfange oder Ablaufe der Verjährung entgegensteht, auch bei diesen Fristen berücksichtigt werden sollte. Daher müsse man die Verjährung so auffassen, daß nicht heterogene Fälle unter den Begriff gebracht werden könnten.

Es wird nun ausgeführt, daß es eigentlich außer der temporalis exceptio gegen eine Klage (Klageverjährung) und der Erwerbung von Sachen und Rechten durch Besitz (Ersitzung), noch eine **dritte** Art der Verjährung gebe, nämlich das Erlöschen dinglicher Rechte auf fremdes Eigenthum, dem die usucapio libertatis von Seiten des Eigenthümers gegenüberstehe, welche indeß im A. L. R. mit der exceptio temporalis gegen eine Klage zusammengeworfen, und unter dem gemeinschaftlichen, von dem non usus entnommenen Namen: **Verjährung durch Nichtgebrauch** abgehandelt sei. Hierdurch werde indeß der Grundbegriff der Klageverjährung zerstört. Denn diese bestehe darin, daß eine Veränderung in dem Verhältnisse eines bestimmten Verpflichteten zu einem Berechtigten hervorgebracht werde, wogegen bei dem Erlöschen der Servituten durch Nichtgebrauch ein dingliches Recht verloren gehe.

Die **Gesetzrevisoren** wollen hiernach **drei** Arten der Verjährung, nämlich: die **Klageverjährung**, die **Ersitzung** und das **Erlöschen dinglicher Rechte auf fremdes Eigenthum**, annehmen. (Gesetzrev. Pens. XIII., Mot. zu Tit. 9. Abschn. 9. S. 116—121.)

2) Ueber den landrechtl. Begriff der Verjährung vergl. auch die Erk. des Ob. Trib. in den Entsch. Bd. 6. S. 393, Bd. 9. S. 45, Bd. 14. S. 225 u. Bd. 17. S. 10.

§§. 501—503. Eintheilung.

§. 502. Die Regel des §. 502., daß der Nichtgebrauch eines Rechtes genüge, wenn durch Verjährung ein Recht nur verloren und der Verpflichtete bloß von der daraus fließenden Verbindlichkeit frei werden soll, leidet durch die Bestimmung des §. 126. A. L. R. I. 7. über den Besitz von affirmativen Rechten keine Ausnahme, wenn nicht durch die Verjährung ein neues Recht erworben werden soll, und deshalb der §. 503. h. t. zur Anwendung kommen muß, und ist deshalb auch bei affirmativen Rechten anwendbar.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1840. (Präj. Nr. 882.) (Präj. Samml. S. 35.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 126.

§. 503. Ein affirmatives Recht kann auch als Gegenleistung für ein entsprechendes Recht des Verpflichteten durch Akquisitiv-Verjährung erworben werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Febr. 1849. (Präj. Nr. 2092.)

Die Folgerung, daß, weil der Schutz im Besitze eines affirmativen Rechts in possessorio nicht in Anspruch genommen werden kann, ein solcher Besitz auch nicht geeignet sei, ein Recht durch Verjährung zu begründen, ist unzulässig. Denn nur weil gewaltthätige Handlungen an einem solchen Besitze gar nicht

[1]) Vergl. die **Zusammenstellung** dieser Fristen in den Mot. zur Gesetzrev. Pens. XIII. S. 195 ff., desgl. in **Bornemann** a. a. O. S. 92 Anm. * ff., **Thöne** a. a. O. S. 442 ff. und **Grävell** a. a. O. S. 146 Anm. **. Vergl. auch **Simon's** Materialien S. 659.

möglich sind, ist er solchen Schutzes nicht bedürftig. Wenn er, dieser Schutzlosigkeit ungeachtet, ungestört fortgesetzt ist, muß er auch diejenigen Wirkungen für die Verjährung äußern, die er nach allgemeinen Regeln und Bedingungen der Vorschriften des §. 579. h. t. und §. 80. A. L. R. I. 7. mit sich führt. Affirmative Rechte, wie bäuerliche Dienste und Abgaben, Zehnten, können daher auch durch Ersitzung begründet werden. (A. L. R. §§. 144., 146. Tit. 7., §. 861. Tit. 11. Thl. II.) Der Ausspruch, daß die Verjährung eine einseitige Erwerbungsart sei, auf der einen Seite nur Rechte, auf der anderen nur Verbindlichkeiten erzeuge, greift zu weit. Zu den dinglichen Rechtsverhältnissen, welche den Charakter der Wechselseitigkeit an sich tragen, gehört unter anderen das Verhältniß zwischen Lehnsherren und Vasallen, zwischen dem Patron und der Pfarrgemeinde, ferner der Fall, wo den Besitzern bäuerlicher Stellen Holzgerechtsame gegen Leistung von Forst- und Jagddiensten zustehen. Alle diese Verhältnisse können durch Verjährung begründet werden (A. L. R. I. 18., II. 11. §§. 574., 584., 720.). In allen diesen Fällen hat, wer auf Ersitzung sich gründet, darzuthun, nicht nur, daß er eine Sache besessen, ein Recht ausgeübt, sondern auch, daß er den Anderen gegenüber etwas geleistet, geduldet, unterlassen habe, und zuzugeben, daß seinem Rechte eine Verpflichtung gegen den Anderen entspreche. Wenngleich er zur Anerkennung des Rechts des Gegners bereit sein muß, braucht der Ersitzende diesem dasselbe nicht aufzudrängen. Der Ersitzbarkeit des Rechts auf Schärfgetreide steht auch der Pl. Beschl. v. 27. April 1840 (J. M. Bl. S. 295 Nr. 222.) nicht ganz allgemein entgegen. Nach diesem Beschlusse gewinnt das durch Vertrag dem Schmiedebesitzer von dem Gutsbesitzer eingeräumte Recht auf Schärfgetreide, welches im Hypothekenbuch des Gutes nicht eingetragen ist, durch die bloße Erfüllung des Vertrages und Ausübung der vertragsmäßigen Befugnisse noch nicht den Charakter der Dinglichkeit. Es ist eine andere Frage, ob die Eintragung des Rechts in das Hypothekenbuch des belasteten Gutes zur vollen Wirksamkeit desselben gegen Dritte erforderlich sei, und dadurch die Berücksichtigung der näheren Umstände des Falles hinsichtlich der Erwerbung des Rechts gegen den jetzigen Besitzer, resp. dessen Erblasser durch Ersitzung nicht ausgeschlossen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 13, Entsch. Bd. 17. S. 10, J. M. Bl. 1849 S. 208.)

§§. 504—511. Gegenstände.

§. 504. 1) Ueber die Verjährung der Eigenthumsklagen durch Nichtgebrauch vergl. die Abhandl. von Schröter in der J. Z. 1834 S. 324 und Civil. Vers. Hft. 1. S. 8 ff. und Simon's Mat. S. 510.

2) Der Anspruch eines Erben auf Anerkennung seines Miteigenthums und Einräumung des Mitbesitzes an einzelnen Nachlaßgegenständen kann auch durch die bloße Verjährung durch Nichtgebrauch verloren gehen, und nicht bloß durch die erwerbende Verjährung Seitens des Anderen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1854.

Die aus den §§. 502. u. 503. h. t., in Verbindung mit den entsprechenden Bestimmungen zum Entw. zum Allg. Gesetzbuch Thl. II. Tit. 6. §§. 402. bis 404., gefolgerte Ansicht, daß der §. 502. h. t. einen Obligationsnexus zwischen einem Berechtigten und einem Verpflichteten ein vorhandenes Obligationsverhältniß voraussetze, ist nicht zuzugeben. Die gedachten Bestimmungen sprechen keinesweges aus, daß nur der aus einem Obligationsverhältnisse Verpflichtete sich gegen den Anspruch des angeblich Berechtigten auf die Verjährung durch Nichtgebrauch berufen könne, so daß also unter Anderem der dritte Besitzer einer Sache sich nicht gegen den Vindikationsanspruch des angeblichen Eigenthümers, der sich nicht im Besitze der Sache während der Verjährungsfrist befunden hat, auf die erlöschende Verjährung zur bloßen Abwendung der Klage sollte berufen können. Eine solche Beschränkung der Extinktiv-Verjährung auf Rechte und Verbindlichkeiten aus einem Obligationsverhältnisse würde, wenn sie beabsichtigt worden wäre, um so mehr im Gesetze deutlich auszusprechen gewesen sein, als dadurch eine Abweichung von der bisherigen Klageverjährung festgesetzt sein würde. Einer solchen engen Auslegung des §. 502. h. t. steht aber nicht allein die allgemeine Fassung und die umfassende Bedeutung der Worte »Recht und Verbindlichkeit«, sondern auch der §. 508. h. t. entgegen. Auch würde dann die Bestimmung des §. 504. h. t. völlig unpassend, und nur zu sagen gewesen sein, daß Rechte des Eigenthums nicht durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen, sondern nur durch die von einem anderen Besitzer vollendete erwerbende Verjährung verloren gehen können.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 248 Nr. 52.)

3) Die Eigenthumsklage unterliegt der erlöschenden Verjährung von dreißig Jahren, von dem Tage an, an welchem der Besitz des Eigenthümers aufhört.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 71 Nr. 17.)

§§. 504—506. Bei der Cession einer eingetragenen Forderung, welche durch schriftliche Privat-Erklärungen unter Aushändigung des Schuld- und Hypotheken-Instrumentes erfolgt ist, kann der Cedent den Anspruch des Cessionars, daß er die Privat-Cession gerichtlich oder notariell anerkenne, und dadurch die zu ihrer Subinskription in das Hypothekenbuch vorgeschriebene Form beschaffe, durch die Einrede entkräften, daß seit der Cessions-Ertheilung bis zur Anstellung der Klage die dreißigjährige Verjährungsfrist schon abgelaufen gewesen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1844. (Präj. Nr. 1437.) (Präj. Samml. S. 35.)

Koch bemerkt hierzu:

Dieser Fall gehört nicht hierher. Denn die öffentliche Urkunde gehört, in sofern sie nothwendig ist, zur Perfektion des Rechtsgeschäfts. Man hat mithin die Sache so anzusehen, als wären die Kontrahenten 30 Jahre lang in der Verhandlung stehen geblieben. Außerdem ist, wenn das Rechtsgeschäft durch die privatschriftliche Urkunde vollendet worden ist, nicht erfindbar, wie die Verjährung soll ausgeschlossen sein können.

(Landr. Bd. 1. Anm. 6. zum §. 506. h. t.)

§. 505. Die Anlage und Unterhaltung von Befriedigungen in freier Feldflur ist willkührlich, mithin kann von einer Verjährung dabei nicht die Rede sein.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Nov. 1835. (Ullrich's Arch. Bd. 3. S. 62.)

§§. 506. u. 507. 1) Können gegen die im Eigenthume liegende Befugniß, etwas zu thun oder nicht zu thun, bloß Untersagungs- oder auch affirmative Rechte von Anderen durch Verjährung erworben werden?

Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 8. Sept. 1843 Ersteres an, wogegen Dr. Sommer indeß bemerkt, daß dies aus dem §. 506. nicht nothwendig folge. Denn da das Gesetz die Besitzergreifung solcher affirmativen Rechte (A. L. R. I. 7. §. 80.), also auch deren Erwerb durch Vertrag oder Verjährung zulasse, sie also, wo sie entstanden, das Eigenthum von selbst einschränken, so habe es im §. 507. einer besonderen Erwähnung dieser Möglichkeit nicht bedurft. Die Materialien (Simon's Z. Bd. 3. S. 421, 453—457, 468, 471, 505, 512—515, 560) zeigten, daß man nicht daran gedacht, die Verjährung affirmativer Rechte auf fremdes Eigenthum zu verbieten, sondern nur Mißdeutungen der §§. 505. u. 506. zu verhüten. Auch die §§. 11. u. 12. A. L. R. I. 22. ständen nicht entgegen.

Vergl. übrigens den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Febr. 1849 (Präj. Nr. 2092.) in den Erg. zum §. 503. h. t.

2) Das mit dem Rechte der Oberaufsicht über die Verwaltung eines Stiftungsvermögens nach der Stiftungsurkunde verbundene Recht, die Verwaltung dem bisherigen Verwalter abzunehmen und einem Anderen zu übertragen, geht durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1853.

Es ist hier nicht von einem kontraktlichen Verhältnisse unter den Parteien und von einer kontraktlichen Verbindlichkeit, die von der potestativen Bedingung des Berechtigten abhängig gemacht wäre, die Rede, sondern von einem durch den Stifter ertheilten Auftrage an den Oberaufseher der Stiftung und einem in des Letztern Belieben gestellten Beschluß, in Folge dessen erst ein obligatorisches Verhältniß entstanden. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 252 Nr. 58.)

§§. 508. 545. 546. Die Verjährung der persönlichen Schuldverbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners wird durch die alleinige Verfolgung des Hypothekenrechtes von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des für die Schuld verpfändeten Grundstückes nicht unterbrochen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1837. (Präj. Nr. 219.) (Präj. Samml. S. 35.)

Vergl. die Erg. zum §. 570. h. t.

§. 509. Der §. 509. entscheidet einen Meinungsstreit unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern. Einige nahmen nämlich an, daß auf die Ausübung der Rechte dieser Art die Grundsätze von dem Gebrauche einer res merae facultatis anzuwenden seien, und forderten zur Verjährung einen Widerspruch von Seiten des Verpflichteten gegen die von dem Berechtigten geforderte Leistung, indem sie nur die fällig werdenden Prästationen durch Verjährung erlöschen ließen. Andere dagegen erachteten die allgemeinen Grundsätze von

der Klageverjährung für anwendbar. Dies bezog sich auf Lasten und Abgaben aller Art, auch auf öffentliche und namentlich auf Reallasten. Im Sinne letztgedachter Meinung hat der §. 509. entschieden, indeß die Bestimmmung auf Privatlasten beschränkt; in Hinsicht der öffentlichen Lasten und Abgaben ist der entgegengesetzte Grundsatz (§. 656. h. t.) angenommen worden[1].

§. 510. Wenn einem Darlehnsschuldner von dem Gläubiger wegen der Zinszahlung Nachsicht gewährt worden ist, so kann die Verjährung der Zinsen im Laufe der bewilligten Nachsicht nicht beginnen, und zwar auch alsdann nicht, wenn die Nachsicht nur mündlich bewilligt ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1851, auf Grund des §. 510. und weil Darlehnszinsen zur Kategorie der in §. 509. erwähnten wiederkehrenden Leistungen gehören. Daß aber die Nachsichtsbewilligung in dieser Beziehung an die schriftliche Form (A. L. R. I. 5. §§. 133. 132.) nicht gebunden sei, ergäben die Worte des §. 510. und die ratio legis, welche die sei, daß eine Gefälligkeit des Berechtigten gegen den Verpflichteten nicht diejenigen rechtlichen Folgen haben könne, welche die Negligenz nach sich zieht. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 80 Nr. 18.)

§. 511. 1) R. v. 9. Mai 1840. Bei Forderungen gilt der Grundsatz des §. 511. nur von dem Hypothekenrechte; die Verjährung des persönlichen Forderungsrechtes (die actio personalis) ist durch die Eintragung, die nur die Erwerbungsart für das dingliche Recht ist, nicht gehindert. (J. M. Bl. 1840 S. 174.)

2) Wenn die, vor erfolgter Regulirung des Hypothekenwesens geschehene Verpfändung eines Grundstückes nach §. 2. der V. v. 16. Juni 1820 gehörig angemeldet und Bescheinigung darüber ertheilt worden, so treten in Beziehung auf die Verjährung der Forderung, für welche das Pfand bestellt worden, die Vorschriften der §§. 247., 248. A. L. R. I. 20. ein, und kommt der §. 511. h. t. nicht zur Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Dec. 1840 (Präj. Nr. 965.) (Präj. Samml. S. 35.)

3) Was im §. 511. h. t. von dem Ausschluß der Verjährung in Beziehung auf die im Hypothekenbuche eingetragenen unbeweglichen Rechte verordnet ist, kann auf die alten Danziger Erbbücher nicht bezogen werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2180. b.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 13, Entsch. Bd. 19. S. 312.)

4) Bei der in den §§. 429., 430. A. L. R. II. 7. gedachten Verjährung kommt der allgemeine Grundsatz des §. 511. h. t. ebenfalls zur Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1843. (Präj. Nr. 1349.) (Präj. Samml. S. 181.)

5) Der §. 511. bezieht sich nicht auf das Eigenthum, sondern auf andere dingliche Rechte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1856. (Entsch. Bd. 34. S. 128.)

§§. 512—534. Allgemeine Grundsätze.

1) Die §§. 512—534. beschäftigen sich mit einer Entwickelung des Grundsatzes: non valenti agere, non currit praescriptio, in einzelnen Fällen der Anwendung. Diese Bestimmungen sind aus den §§. 410—420. des gedr. Entw. entstanden.
(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. a. a. O. S. 124.)

2) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1845 in den Erg. zu den §§. 494., 512—514. ff. h. t.

§§. 512. u. 514. 1) Die Vorschrift des §. 512. kann immer nur auf das Recht gegen denjenigen, welcher sich auf die Verjährung beruft, bezogen werden. Dagegen kann es zweifelhaft gefunden werden: ob dem Berechtigten absolut unmöglich gewesen sein muß, von seinem Rechte Kenntniß zu erhalten, oder ob es genügt, wenn es ihm unbekannt geblieben ist?

Der I. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 17. Dec. 1851 an, daß nur das Letztere erforderlich sei. Denn aus dem §. 514. sei zu folgern, daß, wenn dem Berechtigten das fragliche Recht unbekannt geblieben ist, angenommen werden solle, er habe davon nicht unterrichtet sein können. Sonst würde diese Bestimmung überflüssig geworden sein.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 379 Nr. 80.)

2) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1845 in den Erg. zu den §§. 494., 512—514. h. t.

§. 515. 1) Der Grundsatz des §. 515. bezieht sich nur auf die Extinktivverjährung. Der Gegensatz — die Veränderung der Person, welche verjähren will — ist die accessio possessionis, und diese ist nur bei der Akquisitivverjährung möglich und denkbar. Die Extinktivverjährung geht durch die Unthätigkeit des Berechtigten und dessen Erben vor sich, mithin ist die Veränderung in der Person des Verjährenden (Verpflichteten) ohne Einfluß auf den Fortlauf der Präskription. Die Akquisitivverjährung aber wird durch den Ausfall der Person des Usukapirenden (Besitzers) unterbrochen, und der Nachfolger muß eine neue anfangen, wobei ihm, unter gewissen Umständen, die Mitzählung der Besitzzeit seines Vorgängers gestattet wird.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. April 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 52 Nr. 25.)

2) Der Fortlauf einer gegen den Erblasser begonnenen Klageverjährung wird dadurch nicht gehemmt, daß über den Nachlaß Konkurs ausbricht, und der Kurator der Masse von jenem Anspruche nicht hat unterrichtet sein können.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm und dem Ob. Trib. in den Erk. v. 5. Sept. 1850 und 24. Mai 1851.
(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 80 ff.)

§. 516. 1) Unbekanntschaft mit dem Wohnorte seines Schuldners ist für den Gläubiger ein Hinderniß der Klageanstellung im Sinne des §. 516. Der Gläubiger hat daher nicht nöthig, zur Sicherung seiner Rechte eine Ediktalladung im letzten Wohnorte seines Schuldners auszubringen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 74 Nr. 18.)

2) So lange der Schuldner latitirt, kann zum Nachtheile des Gläubigers die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht beginnen und der Letztere hat daher nicht nöthig, zur Erhaltung seines Rechtes gegen jenen die Klage anzumelden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1855 auf Grund des §. 516. (Striethorst's Arch. Bd 16. S. 110 Nr. 34.)

3) Der Verklagte kann sich auf die kürzere Verjährung nur dann gründen, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Kläger von der Veränderung des Wohnsitzes des Verklagten so zeitig Kenntniß erhalten hat, daß er noch vor Ablauf der kürzeren Verjährungsfrist die Klage gegen den Schuldner im Gerichtsstande des neuen Domizils hätte anstellen können.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Jan. 1845 auf Grund des §. 516. (Präj. Nr. 1524. d.)
(Präj. Samml. S. 36, Entsch. Bd. 11. S. 232.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. Einl. §. 33. Zus. I.

§§. 516. u. 517. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken zu den §§. 516. u. 517.:

Von den §§. 516. u. 517. wird der letztere erst durch die Beispiele recht klar, aus welchen er abstrahirt worden. Suarez sagt darüber in der rev. mon.:

»Die Hindernisse, welche der Ausübung oder Verfolgung eines Rechts entgegenstehen, können nach den ganz richtigen Bemerkungen einiger Monenten auch in dem Rechte selbst liegen, z. B. wenn das Recht nur sub conditione suspensiva oder ex die eingeräumt ist, wenn keine occasio utendi vorhanden

[1]) Ueber die vorlandrechtliche sich widersprechende Praxis des Ob. Trib. vergl. Behmer, jus controv. I. obs. 9., Hymmen, Beitr. Samml. 8. S. 27 ad 2., Entsch. der Gesetzkomm. v. 26. Dec. 1789 (Klein's Ann. Bd. 6. S. 310, Rabe Bd 2. S. 1). — Vergl. über die Entsch. der Kontroverse durch das A. L. R. auch: Simon's Material. S. 516, 661, Ludwig, Abhandl. in dem Jahrb. Bd. 5. S. 75 ff., Grävell, Besitz und Verjähr. S. 129, Koch, Recht der Ford. Bd. 1. S. 29, Bielitz, Nachtr. Hft. 2. S. 129, Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 101, 2. Ausg. Bd. 2. S. 55, Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. §§. 1—4. u. §§. 5—29. des Entw. S. 121.

gewesen, oder wenn sonst actio nondum nata ist. Dies wird ausdrücklich zu bemerken sein.«

Darauf ist der §. 517. entworfen worden, wodurch also eigentlich nichts Anderes gesagt sein soll, als daß kein Anspruch verjähren kann, so lange nicht actio nata ist; kein Recht durch unterlassene Ausübung verloren gehen kann, so lange keine Gelegenheit zur Ausübung gegeben ist. Dieser Grundsatz kommt aber unten in den §§. 543—545. des jetzigen Textes wiederum vor.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. Abschn. 9. S. 125.)

2) Der actio revocatoria eines Fideikommißgutes steht die Allodialersitzung des Gutes durch einen Dritten, ohne Rücksicht auf die Zeit, da der Revokant in das Fideikommiß sukcedirte, entgegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1850.

Das A. L. R. will allerdings, nach seinem Prinzip, »daß zur erwerbenden Verjährung außer dem Besitz des Erwerbers noch der Nichtgebrauch des entgegenstehenden Rechts gehöre« (§. 503. Thl. I. Tit. 9.), auch die Ersitzung nicht gegen denjenigen beginnen lassen, der sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen gehindert wird, entstehe nun das Hinderniß von außen her, oder liege es in der Natur und Beschaffenheit des Rechtes selbst (§§. 516., 517., 590. das.). Allein in dem Falle, wo ein Dritter ein dem Fideikommißverbande unterliegendes Gut als freies Allode in Besitz genommen hat, und bei fehlender Eintragung der Fideikommißeigenschaft auch in Besitz nehmen durfte, ist die Verjährung nicht nur gegen den Fideikommißbesitzer als Untereigenthümer, sondern auch gegen die ganze Familie (§. 73. Thl. II. Tit. 4. A. L. R.) als Obereigenthümer gerichtet. — Wenn nun aber die Ersitzung gegen den sein Recht gebrauchenden vollen Eigenthümer vollendet ist, so wirkt sie auch gegen alle einzelne Glieder der Familie, theils in sofern, als sie an dem Obereigenthume der ganzen Familie Theil nehmen, — denn diese Theilnehmer dürfen zusammen (vergl. §§. 17., 18. des A. L. R. I. 8.) nun als Eine Person betrachtet werden, — theils auch in sofern, als jeder für sich seine Anwartschaft auf die Sukcession hatte; denn die Anwarterrechte müssen, sind sie gleich unabhängig von dem Willen des Untereigenthümers, dennoch fallen, sobald das Recht der ganzen Familie erlischt. — Auch durch die Berufung auf das gemeine Recht wird das Gegentheil nicht dargethan. Denn stellt gleich Eichhorn im Deutschen Privatrechte §. 369. die revocatoria des Fideikommißbesitzers der revocatoria eines Lehnsagnaten gleich, und behauptet er ferner (§. 240. III.), daß die Erwerbung des dominii utilis durch Akquisitiv-Verjährung gegen die Agnaten unwirksam sei, da die actio feudi revocatoria durch die Einrede des Eigenthums nicht ausgeschlossen, und bei jedem Agnaten erst durch den Eintritt der Sukcession begründet werde, so vertheidigt er doch diesen Satz für den Fall, daß der Lehnsherr selber das dominium utile usukapirt habe, und zwar deshalb, weil die actio feudi revocatoria gegen den Lehnsherrn auch aus dem Lehnskontrakte, also aus einem obligatorischen Bande zwischen Lehnsfolger und Lehnsherren entspringe. — Davon ist aber nicht die Rede, wenn eine dritte, jenem Nexus fremde Person das Gut usukapirt. Und deshalb lehrt derselbe Verfasser im §. 238., daß das Lehnsverhältniß mit allen Wirkungen und für alle Lehnspersonen erlösche, wenn ein Dritter gegen die Lehnspersonen durch Verjährung das Lehn als ein Allode erwirbt; wobei er nur, kraft der positiven Vorschrift des Longobardischen Lehnrechts II. Tit. 31., die Begünstigung für den Lehnsherrn eintreten läßt, daß die Verjährung gegen ihn meistens eine unvordenkliche sein müsse. Es würde also die Analogie der Revokationsklage des Fideikommißfolgers mit der des Lehnsagnaten auch für das gemeine Recht gerade dahin führen, daß diese Klage durch die Ersitzung des Gutes von einem Dritten qua Allode, ohne Rücksicht auf die Zeit des Eintritts der Sukcession des Revokanten, für beseitigt geachtet werden müßte. (Entsch. Bd. 19. S. 128.)

3) Die unterbrochene Kommunikation zwischen dem Orte, wo sich der Wechselinhaber aufhält, und demjenigen, wo das Recht gegen den Wechselschuldner zu verfolgen ist, verhindert den Anfang der Wechselverjährung, ohne daß es der Aufnahme des Protestes bedarf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1815.

(Simon's R. Bd. 1. S. 105.)

§. 519. Der §. 519. bezieht sich nicht nur auf die Verjährung durch Besitz, sondern auch auf die Extinktivverjährung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1854.

Die entgegengesetzte Ansicht wird schon widerlegt durch die Stellung des §. 519. unter den allgemeinen Grundsätzen von der Verjährung — §§. 512. bis 534. — denen erst später die besonderen Vorschriften über die Verjährung durch Nichtgebrauch und durch Besitz folgen. Auch der §. 590. giebt durch das Citat §§. 512. ff. zu erkennen, daß auch die Bestimmung des §. 519. eine allgemeine, beide Arten der Verjährung umfassende sei. Nicht minder erhellt dies aus den Materialien des A. L. R. zu den Lehren vom Gewahrsam ꝛc., S. 518—520, 568, nach welchen der §. 519. nur als eine Anwendung der allgemeinen, auf beide Verjährungsarten gehenden Regel des §. 516. betrachtet wurde. Die dergestalt klare Willensmeinung des Gesetzgebers erleidet auch nicht eine beschränkende Auffassung durch die Worte des §. 510.: »keine dies Grundstück betreffende Verjährung«; denn dieselben schließen die Verjährung einer das Grundstück betreffenden Klage keinesweges von der Anwendung des §. aus. Der Umstand endlich, daß nach §. 599. a. a. O. dem Abwesenden der Anfang einer gegen ihn gerichteten Ersitzung besonders gefährlich werden kann, vermag für sich eine enge Deutung des §. 519. nicht zu rechtfertigen.

(Entsch. Bd. 27. S. 318, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 285 Nr. 60.)

§. 521. 1) Die Vorschrift des §. 521., wonach während der Dauer der Verpachtung einer Sache zwar eine schon vorher angefangene Verjährung fortgesetzt, nicht aber zum Nachtheile des Eigenthümers angefangen werden kann, gilt in Provinzen, wo vor Emanation des A. L. R. gemeines Recht üblich war, auch für diese vorlandrechtliche Zeit, indem, Falls man auch nicht der Ansicht von Rave, Carpzow, Schilter, Struben folgend, etwa annehmen wollte, daß ebenderselbe Grundsatz schon gemeinen Rechtens war, die übereinstimmende Meinung so angesehener Rechtsgelehrter gestützt auf L. 12. C. de acquir. et retin. poss. doch immer so viel wirken muß, um den Grundsatz als damals kontrovers zu erachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1834 und 19. Febr. 1841. (Präj. Nr. 66.) (Präj. Samml. S. 36.)

Auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Mai 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 67 Nr. 33.) nimmt an, daß der §. 521. einen gemeinrechtlichen Streit: ob Pacht den Anfang der Verjährung hindere, entscheidet.

Das Erk. des Ob. Trib v. 9. Okt. 1849 führt dies gleichfalls aus und nimmt daher mit Rücksicht auf §. IX. des Publ. P. v. 5. Febr. 1794 an, daß der §. 521. auch dann Anwendung findet, wenn die Verjährung bereits vor Emanation des A. L. R. angefangen hat. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 66 Nr. 1.)

2) Die Vorschrift des §. 521. setzt voraus, daß der Pächter das Gut selbst gepachtet hat, und ist dann nicht anwendbar, wenn nur einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame desselben verpachtet worden sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1844. (Präj. Nr. 1424.) (Präj. Samml. S. 37.)

Denselben Grundsatz hat der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Nov. 1847 angenommen.

Der Grund der Bestimmung des §. 521. liegt lediglich darin, daß der Gutseigenthümer, der sein Gut verpachtet hat, nicht leicht Wissenschaft von der Ausübung solcher Handlungen, welche ihm bei fortgesetzter Duldung leicht nachtheilig werden könnten, zu erlangen im Stande ist. Dieser Grund trifft aber nicht zu, wenn er selbst das Gut bewohnt, oder durch einen Verwalter bewirthschaften läßt, und also Gelegenheit und Veranlassung hat, die ihm nachtheiligen Handlungen Dritter zu erfahren und abzuwehren.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 108 Nr. 54.)

Dagegen hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Jan. 1851 angenommen, daß die Anwendbarkeit des §. 521. nicht unbedingt dadurch ausgeschlossen werde, daß nicht das Gut selbst, sondern nur einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame desselben verpachtet sind, sondern daß es in dieser Beziehung auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles ankomme.

Die frühere Entscheidung des III. Sen. v. 9. Nov. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 107) ist, wie deren Begründung ergiebt, lediglich auf die besonderen Umstände in dem dadurch entschiedenen Falle gestützt, da die Vorschrift des §. 521. eine allgemeine ist. Wenn das ganze Gut verpachtet, ein Pertinenz oder eine Gerechtsame desselben aber stets besonders verpachtet gewesen, hierdurch aber der besonderen Aufsicht des Pächters entzogen worden ist, so kann letzterem leicht auf dies Pertinenz oder diese Gerechtsame eine Ueberschreitung verborgen bleiben, wenn selbst der Afterpächter davon Kenntniß erhalten hätte, und in solchen Fällen muß der §. 521. auch darauf Anwendung finden. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 194 Nr. 38.)

3) Sind Generalpächter von Domainen im Sinne des §. 521. als Pächter oder als Verwalter anzusehen?

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 22. Okt. 1835 Letzteres angenommen, weil solchen Generalpächtern die Wahrnehmung der gutsherrlichen Rechte in den gepachteten Domainen obliege, sie auch über die einzelnen Nutzungsrubriken den Staatsbehörden genaue Rechnung vorzulegen haben, mithin zugleich als administratores fisci angesehen werden müßten. (Centralbl. 1837 S. 630 ff.)

Denselben Grundsatz spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Nov. 1847 aus. (Rechtsf. Bd. 3. S. 108 Nr. 54.)

In dem Erk. v. 9. Okt. 1849 nimmt das Ob. Trib. indeß an, daß gegen Domainenpächter keine Verjährung zum Nachtheile des Fiskus beginnen könne. (Zeitschrift des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 66 Nr. 1.)

Dieser letzteren Meinung ist auch das Min. des Königl. Hauses in dem C. R. v. 24. Dec. 1837.

Es sind verschiedenartige Judikate über die Frage ergangen, ob die Bestimmung des §. 521. I. 9. A. L. R., nach welcher zum Nachtheile eines Gutseigenthümers keine Verjährung gegen dessen Pächter, wohl aber gegen dessen Verwalter anfangen könne, auf Domainen Anwendung finde, welche vom Fiskus an einen Generalpächter verpachtet werden, weil dabei angenommen ist, daß der Generalpächter neben Uebernahme der Pachtung auch noch mit der Rendantur und Polizeiverwaltung, und hierdurch wieder auch im Allgemeinen mit der Wahrnehmung der Rechte des Fiskus gegen Schmälerung beauftragt worden, daher er als Verwalter des Fiskus zu betrachten sei.

Diese Gründe sind indessen zur Begründung der Meinung nicht geeignet, weil die dem Generalpächter übertragene Verwaltung sich auf von den verpachteten Objekten ganz verschiedene Gegenstände bezieht, der §. 434. I. 21. A. L. R. aber jedem andern Pächter die Erhaltung der gutsherrlichen Gerechtsame ebenfalls zur Pflicht macht.

Ich habe Veranlassung genommen, diesen Gegenstand bei der im Werke begriffenen Gesetzrev. zur Erörterung zu bringen. Damit aber inzwischen Fiskus vor Nachtheil bewahrt werde, so veranlasse ich die Königl. Reg., in jedem einzelnen Fall, wo die Frage zur rechtlichen Erörterung kommt, unter Vorlegung der betr. Pachtkontrakte, das spezielle Rechtsverhältniß und den Umstand geltend zu machen, daß der Pächter in dem litigiösen Falle nicht zum Beamten, Verwalter oder Stellvertreter des Fiskus bestellt werde, sondern daß er nur als Pächter erscheint, dem, in Uebereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften (§. 434. I. 21. A. L. R.), auch die Wahrnehmung der Rechte des verpachtenden Fiskus zur Pflicht gemacht sei.

(v. K. Ann. XXI. S. 893, Centralbl. 1838 S. 581.)

Vergl. auch Simon's Materialien S. 662.

4) Es ist die Frage entstanden: ob in dem Falle, wenn ein Gut gleichzeitig sowohl verpachtet ist, als administrirt wird, die Verpachtung durchgreift und im Sinne des §. 521. die Verjährung gegen den Gutseigenthümer verhindert, so daß es auf die daneben bestehende Verwaltung nicht ankommt?

Der Appellations-Richter hatte angenommen, daß in einem solchen Falle die Verjährung gegen das Gut ungeachtet der Verpachtung desselben beginnen könne.

In der gegen diese Entscheidung eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde wird dagegen behauptet:

Nach §. 521. hindert die Verpachtung eines Gutes immer den Beginn einer Verjährung gegen dasselbe. Nach den Materialien hat der Zusatz: »wohl aber gegen den Verwalter« keinesweges ausdrücken sollen, daß die Verjährung gegen eine verwaltete Sache stets zulässig sei, auch wenn sie verpachtet wäre, sondern nur den Zweck gehabt, der Ansicht vorzubeugen, die Unzulässigkeit der Verjährung gegen eine verpachtete Sache auf eine verwaltete zu übertragen. Ob der Gutseigenthümer die Sache selbst oder durch einen Andern verwaltet, ist ohne Einfluß auf die Verjährung, letztere aber ist in ihrem Beginn ausgeschlossen, wenn eine Verpachtung vorliegt. Auch ist es gleichgültig, ob das ganze Gut oder nur ein Theil desselben verpachtet ist. Die Worte des Gesetzes umfassen Beides, wenn nur derjenige Theil des Gutes verpachtet ist, in Beziehung auf welchen es sich um die Verjährung handelt. Ein Verwalter repräsentirt nur den Eigenthümer; deshalb macht es bei Entscheidung der Frage: ob gegen einen Gutspächter die Verjährung begonnen werden könne, keinen Unterschied, ob der Eigenthümer persönlich oder durch einen Verwalter dem Gute vorsteht.

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat hierauf in dem Erk. v. 4. März 1851 ausgeführt, daß zu unterscheiden sei, ob das Gut als Ganzes oder ob nur einzelne Pertinenzien und Gerechtsame des Gutes verpachtet seien. Im ersteren Falle sei die daneben bestehende Verwaltung in Bezug auf den Beginn der Verjährung unerheblich; im zweiten Falle dagegen überwiege die Verwaltung, und alsdann könne die Verjährung gegen den Verwalter ebenso wie gegen den Eigenthümer selbst beginnen.

Die Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde hat etwas Treffendes in sofern, als im Falle der Verpachtung ohne gleichzeitige Verwaltung doch immerhin der Eigenthümer Verwalter seiner Sache ist, und dennoch nach dem Gesetze ihm die Duldungen des Pächters nicht präjudiziren sollen; um so viel weniger, könnte man schließen, darf ein solches Präj. eintreten, wenn der Eigenthümer die unmittelbare Aufsicht über sein Gut aus der Hand gegeben und in die eines Verwalters gelegt hat. Indessen kann man dieses Raisonnement nicht ohne erhebliche Unterscheidungen gelten lassen. Nach den Materialien zum A. L. R. (zum ausgearbeiteten Entw.) (Simon's und v. Strampf's Materialien S. 568 ff.) warf Suarez die Frage auf, ob zum Nachtheil des Eigenthümers praescriptio extinctiva durch die Unterlassungen und praescriptio acquisitiva durch die Duldungen oder Leistungen eines Pächters oder Administrators anfangen könne. Nach dem Geiste des Gesetzbuches könne man, glaubte er, das Prinzip annehmen, daß zwar nicht gegen den Pächter, wohl aber gegen den Administrator praescriptio tum extinctiva, quam acquisitiva anfangen könne. Genau genommen würde freilich wohl in Ansehung des Administrators eben das gelten müssen, was in Ansehung des Pächters gelte; allein dies würde die Präskription gar zu sehr einschränken und den nachlässigen Eigenthümer, welcher sich um seine Sache gar nicht bekümmere, zu sehr begünstigen. — In Folge dieser Bemerkungen wurde der §. 521. hinzugefügt. Was bei dieser Bestimmung leitendes Motiv und Voraussetzung gewesen ist, läßt sich dahin angeben: der Pächter eines Gutes ist zwar unvollständiger Besitzer seines Pachtrechtes an demselben, seines eingeschränkten Nutzungsrechtes; die Ausübung dieses letzteren bringt es mit sich, daß eines Theils dem Pächter eine gewisse Willkühr hinsichtlich des Besitzers des Gutes in die Hand gegeben ist, und daß auf der anderen Seite der Eigenthümer als Verpächter in gewissem Maße von dem unmittelbaren Einwirken auf den Besitz des Gutes und von der Kenntnißnahme dessen, was mit demselben im Einzelnen vorgeht, ausgeschlossen ist. Diese faktische Behinderung, gleichsam Abwesenheit von dem Gute, ist es daher, was nach dem Gesetze den Eigenthümer gegen den Anfang einer wider den Pächter zu beginnenden Verjährung schützen soll. Dabei ist denn aber der Natur der Sache nach Voraussetzung, daß der Pächter des Gutes selbst das Gut im Ganzen gepachtet habe, wogegen die Absicht und der Grund des Gesetzes da nicht zutreffen kann, wo nur einzelne Bestandtheile oder Gerechtsame des Gutes verpachtet worden sind, wie auch bereits in dem Präj. des Ob. Trib. Nr. 1424.[1]) anerkannt worden ist. Denn alsdann verbleibt dem Eigenthümer die Möglichkeit und Gelegenheit, sich nur um die Verhältnisse des Gutes auf demselben selbst und unmittelbar zu bekümmern. Was aber auf der anderen Seite die Gutsverwaltung betrifft, so begründet diese in den Besitzverhältnissen des Gutes gar keine Aenderung, der Verwalter hat an der Sache gar keinen selbstständigen Besitz, er ist bloßer Detentor auf den Namen des Eigenthümers, und es ist so gut, als wenn der Eigenthümer selbst sie besäße und bewirthschaftete. Was daher gegen den Verwalter geschieht, muß so angesehen werden, als geschehe es gegen den Eigenthümer. Aber auch hier muß man nach der Natur der Sache von einer bestimmten Voraussetzung ausgehen. Der Verwalter ist nach der Bezeichnung des Gesetzes nicht bloß Verwahrer und Inhaber der Sache, sondern auch Bevollmächtigter des Eigenthümers der Sache (A. L. R. I. 14. §. 109.). Daraus folgt, daß nur in soweit, als ein Verwalter Detentor der Sache ist, gegen den Eigenthümer eine Verjährung unbehindert ihren Anfang nehmen kann. In sofern er aber als Bevollmächtigter handelt, kann sich das Verhältniß anders gestalten. Gesetzt nämlich, der Verwalter bewirthschaftete das Gut nicht selbst, er verpachte dasselbe vielmehr Namens seines Geschäftsherrn an Andere. Verpachtet er das Gut als Ganzes, so kann das Bestehen einer Verwaltung neben der Verpachtung nicht dahin führen, den Anfang einer Verjährung gegen das verpachtete Gut von statten gehen zu lassen. Denn alsdann würde sich die Verjährung nicht sowohl gegen den Verwalter, gegen diesen nämlich nur in der Bedeutung, wie gegen den Gutseigenthümer selbst, als vielmehr dem Wesen nach gegen den Pächter richten. Verpachtet dagegen der Verwalter nur einzelne Pertinenzen und Gerechtsame des Gutes, behält aber im Uebrigen selbst die Bewirthschaftung desselben, so überwiegt die Verwaltung, und gegen den Verwalter muß dasselbe gelten, was nach dem Obigen gegen den Eigenthümer selbst gelten würde. — Darin hat also die Nichtigkeitsbeschwerde Unrecht, daß sie bei einer Konkurrenz der Verwaltung mit Verpachtung den Umstand für gleichgültig hält, ob das ganze Gut oder nur ein Theil desselben verpachtet sei, indem die Worte des Gesetzes, des §. 521., beides umfaßten. Sie umfassen die Absicht und der Voraussetzung nach nicht Beides, sondern nur den einen Fall der Verpachtung oder Verwaltung des ganzen Gutes. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 29 Nr. 6.)

Bornemann nimmt an, daß der §. 521. jedenfalls insoweit cessiren müsse, als der Pächter zugleich zum Administrator von der Gutsherrschaft bestellt sei

(Syst. Bd. 2. S. 107, 2. Ausg. Bd. 2. S. 58.)

5) Der §. 521. erwähnt der Pacht nur als Beispiel; es gehören hierher alle jene Rechtsverhältnisse, durch welche der Eigenthümer abgehalten wird, sein Eigenthum speziell zu beaufsichtigen, wie namentlich Nießbrauch (A. L. R. I. 21. §. 91.) und solche Servituts-Berechtigungen, welche dem Berechtigten die ganze Nutzung zuwenden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Febr. 1847 und 1. Nov. 1849. (Entsch. Bd. 15. S. 118 u. Bd. 18. S. 190.)

---

[1]) Vergl. Zus. 2 ad h. l.

6) Auch gegen Besitzer lassitischer Stellen können Servituten durch Verjährung erworben werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht), da der §. 521. h. t. und der §. 91. A. L. R. I. 21. dem nicht entgegenständen. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 62.)

7) Die Wissenschaft des Eigenthümers von der die Verjährung begründenden Handlung schließt die Anwendbarkeit des §. 521. h. t. aus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1852, mit Rücksicht auf §. 514. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 220 Nr. 43.)

In dieser Beziehung bemerken:

a) Bielitz, daß der §. 521. dem Eigenthümer gegen die ihm nachtheilige während der Pachtzeit angefangene Verjährung für den Fall nicht zu statten komme, wenn er die Leistung, Duldung oder Unterlassung des Pächters gewußt, oder wenn ihm dieselbe nur durch sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen unbekannt geblieben; denn der Grund der Vorschrift des §. 521. liege lediglich in der bei den Leistungen, Duldungen und Unterlassungen eines Pächters gemeiniglich vorhandenen Verheimlichung derselben gegen den Eigenthümer.
(Nachtr. Hft. 1. S. 57 ff.)

b) Müller, daß die Verjährung zum Nachtheile des Eigenthümers während der Verpachtung eines Grundstückes nur alsdann nicht angefangen werden könne, wenn der Pächter durch Nichtausübung gewisser Rechte den Anfang der Verjährung veranlaßt, und die Verpachtung den Eigenthümer verhindert habe, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit von der Entstehungsursache Kenntniß zu erlangen und das Recht selbst auszuüben, durch dessen Nichtausübung die Verjährung entstanden sei.
(Sieben Abhandlungen über Einreden nach der Theorie des Preuß. Rechtes und Prozesses Nr. VI., vergl. auch Rec. von Hinschius, J. W. 1836 S. 755.)

§. 522. Ist der §. 522. analogisch auf alle diejenigen, welche Amts oder Berufs halber den Truppen in das Feld gefolgt sind, auszudehnen?

Es bejahen:

a) die Gesetzrevisoren. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 127.)

b) Bornemann, mit Rücksicht auf §. 9. A. G. O. I. 20. und die V. v. 30. Juli 1812.
(System Bd. 2. S. 106 u. Anm.**, 2. Ausg. Bd. 2. S. 58 u. Anm. 1.)

c) Grävell, welcher Kombattanten und Nichtkombattanten gleichgestellt. (Verjährung S. 135 Anm.*)

d) Koch, mit Bezug auf §§. 9. ff. A. G. O. I. 20. und §. 5. des G. v. 22. Mai 1822. (Landr. Bd. 1. Anm. zum §. 522. h. t.)

§. 526. 1) Dieser Grundsatz findet auch Anwendung auf Verwalter des Kirchenvermögens, namentlich auf den Pfarrer, wenn und so lange er Vorsitzender im Kirchenkollegium ist. Wenn derselbe also z. B. Lasten und Abgaben, welche dem Pfarrer als Nutznießer obliegen, aus dem Kirchenärar bestreiten läßt und die kirchliche Aufsichtsbehörde solches passiren läßt, so kann der Pfarrer dadurch doch keine Rechte für sich und seine Nachfolger erwerben.

Angenommen in dem Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) im Centralbl. 1837 S. 809.

2) Auch der Kirchenpatron, welcher gleichfalls zu den Kirchenverwaltern gezählt werden muß (A. L. R. II. 11. §§. 568., 621., 585., 779., 780.), ist dadurch unfähig, während der Dauer seiner Patronatsverwaltung, in Bezug auf die derselben unterworfenen Kirchen- und Pfarrgrundstücke, gegen die betreffende Kirchengesellschaft einen ihn zur erwerbenden Verjährung befähigenden Besitz zu erlangen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1856.
(Entsch. Bd. 33. S. 121.)

§. 527. 1) Wer gegen eine jährliche Haidemiethe zum Raff- und Leseholz berechtigt ist, kann dieses Recht nicht verjähren. Denn wo der Miethskontrakt den Grund der jährlichen Abgabe enthält, bleibt der Titel stets Miethe, und Niemand vermag den Titel seines Besitzes eigenmächtig zu verändern.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1803.
(Simon's R. Bd. 1. S. 31.)

2) Im Gefolge des durch die K. O. v. 20. Febr. 1777 verliehenen erblichen Besitzrechtes sind die Besitzer von Domainen-Bauerhöfen Grundgerechtigkeiten für ihre Höfe gegen den Fiskus durch Verjährung zu erwerben fähig geworden. Es steht in Pommern ihnen insbesondere auch die Bauerordnung vom 30. Dec. 1764 nicht entgegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1680.) (Präj. Samml. S. 302, Entsch. Bd. 12. S. 436.)

3) Das frühere lassitische Verhältniß der Rustikalbesitzer steht der Verjährung derselben wider die Gutsherrschaft nicht entgegen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Sept. 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 331. Nr. 164.)

§§. 528. u. 529. 1) Die Worte des §. 529.: »ein solches Hinderniß« beziehen sich nur auf den Fall des §. 528., die Versagung des rechtlichen Gehörs, und nicht auf alle vorhergehende Bestimmungen.

Dies nehmen an:

a) Die Gesetzrevisoren, indem sie bemerken:

Die §§. 528. u. 529. gehören zu den wenigen, welche noch nach dem ersten Abdrucke des Gesetzb. eine Aenderung erlitten haben. Im Gesetzbuche hieß es:

Gegen den, welcher durch einen Machtspruch in der Ausübung und Verfolgung seines Rechts gehindert wird, nimmt keine Verjährung ihren Anfang.

Auch hindert ein im Laufe der Verjährung ergangener Machtspruch die Fortsetzung derselben so lange, als die Wirkung des Machtspruches dauert.

Diese Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Hindernisse, welche dem Anfang der Verjährung entgegenstehen, den Fortlauf derselben nicht beschränken, hatte Suarez, wie er in der rev. mon. sagt, in odium der Machtsprüche beigefügt. Weil indeß das Wort: »Machtspruch« in dem Gesetzbuche Anstoß fand[1]), so sind aus den ursprünglich entworfenen die jetzt vorliegenden §§. 528. u. 529. geworden. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 128.)

b) Simon und v. Strampff. (Simon's Materialien S. 662.)

c) Bornemann, indem er sich ebenfalls auf die Entstehungsgeschichte der §§. 528., 529. und außerdem auf den Zusammenhang stützt. (System Bd. 2. S. 108 Anm.**, 2. Ausg. Bd. 2. S. 59.)

2) Was ist unter der »Versagung des rechtlichen Gehörs« zu verstehen?

a) Grävell meint, daß dies der Fall sei, wenn auf eine rechtlich begründete Klage nicht nach Gebühr verfügt werde; z. B. wenn eine Subhastation durch den Widerspruch postlocirter Gläubiger aufgehalten, ein Schuldner zum gerichtlichen Indult verstattet, und aus diesem Grunde alle Prozesse gegen ihn sistirt, eine Suspension der Rechtspflege gegen ausmarschirte Militairpersonen nachgegeben worden sei. (Verjähr. S. 139 Anm. **)

b) Dagegen ist Bornemann der Ansicht, daß nach §§. 516., 517., 523. alle von Grävell beispielsweise angeführten Ereignisse nur den Anfang der Verjährung hindern, und daß das rechtliche Gehör in der That nur dem versagt werde, welcher durch eine vom Richter nicht ausgegangene ungesetzliche Verfügung von dem Rechtswege ausgeschlossen sei; selbst ein Justitium werde man in Gemäßheit des §. 523. kaum als in dem §. 528. mitbegriffen erachten können.
(a. a. O. S. 108 Anm.** am Schlusse, 2. Ausg. Bd. 2. S. 59 Anm. 2. am Schlusse.)

c) Derselben Ansicht ist Thöne. (Fund. Lehr. Bd. 2. S. 459 Anm. 17.)

d) Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 34. zum §. 529. h. t.

3) R. v. 17. Mai 1814. Während einer Belagerung laufen keine Verjährungsfristen. (Jahrb. Bd. 3. S. 262, Gräff Bd. 1. S. 40.)

Dagegen vergl. Koch's Landr. a. a. O.

4) Nach dem Preuß. Landrechte von 1721 ruht die Verjährung nicht bloß während des Krieges, sondern überhaupt bei eingetretenem Stillstand der Rechtspflege.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht).
(Entsch. Bd. 14. S. 365.)

5) Die in der K. O. v. 5. Mai 1815 (Jahrb. Bd. 5. S. 8) verordnete Suspension der gutsherrlich-bäuerlichen Prozesse in den wiedergewonnenen und neuen Provinzen hat nicht alle Prozesse der

---

[1]) Dies hatte die K. O. v. 17. Nov. 1793 gerügt. Vergl. dieselbe in den Jahrb. Bd. 41. S. 41. Uebrigens vergl. in dieser Beziehung auch Jahrb. Bd. 41. S. 13 u. Siewert Hft. 1. S. 145 Nr. 153.

Art, sondern nur solche betroffen, deren Entscheidung von Auslegung und Anwendung der fremdherrlichen Gesetze abgehangen haben würde. Eine Unterbrechung der Verjährung durch das angeordnete Justitium ist nur hinsichtlich solcher derartiger Ansprüche eingetreten, wegen welcher der Prozeß entweder schon anhängig war, oder während der Dauer der Suspension wirklich angestellt worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 21. Juni 1852 [1]). (Präj. Nr. 2385.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 122, Entsch. Bd. 23. S. 1, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 186 Nr. 45., J. M. Bl. 1852 S. 298.)

6) Das Sistirungs-Gesetz v. 9. Okt. 1848 bezieht sich nicht auf Rückstände der darin gedachten Abgaben und Leistungen. Die Fortsetzung der Verjährung in Bezug auf diese Abgaben und Leistungen ist durch jenes Gesetz nicht unterbrochen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. März 1854. (Präj. Nr. 2504.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 158, Entsch. Bd. 28. S. 262.)

§. 531. 1) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die vollendete Verjährung, bei nach Anfang derselben eingetretenem Hinderniß, steht auch dem Eigenthümer einer in Nießbrauch gegebenen Sache zu.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Febr. 1847. (Präj. Nr. 1843.)

Aus §§. 91., 93. A. L. R. I. 21. folgt, daß eine vor dem Entstehen des Nießbrauchs begonnene Verjährung während des Nießbrauchs zum Nachtheil des Eigenthümers fortläuft, oder die Jahre des Nießbrauchs in Anrechnung zu bringen sind. Zwar erwähnen die alleg. §§. der Restitution nicht, aber der Zusammenhang derselben mit den §§. 530., 531. h. t. läßt keinen Zweifel übrig, daß die Restitution auch für den Fall des Nießbrauchs eintritt, und wenn auch die §§. 512—529. h. t. des Nießbrauchs nicht unter den Hindernissen der Verjährung gedenken, so geschieht dies doch im §. 91. A. L. R. I. 21. desto bestimmter. Das Hinderniß läßt sich selbst unter die Kategorie des §. 512. h. t. subsumiren, wenn man erwägt, daß dem Nießbraucher nach der Beschaffenheit seines Rechtes noch mehr als dem Pächter das Recht zusteht, Einmischungen des Eigenthümers der in Nießbrauch gegebenen Sache in die Verwaltung der Letzteren von sich zu weisen. Die §§. 518—529. h. t. enthalten offenbar nur Beispiele von Hindernissen der Verjährung, d. h. von solchen, welche nach den allgemeinen Regeln der §§. 512. u. 516. als Hindernisse gesetzlich gelten. Dieser Ansicht ist auch Grävell.

(Präj. Samml. S. 37, Entsch. Bd. 15. S. 114.)

2) Die vierjährige Restitution gegen die vollendete Verjährung wegen eines im Laufe derselben eingetretenen Hindernisses findet nicht statt, wenn der Eigenthümer von dem Besitze und Anspruche des Verjährenden unterrichtet und im Laufe der Verjährung das Hinderniß zu beseitigen im Stande war.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. März 1843. (Präj. Nr. 1280.)

Dies folgt aus den Vorschriften des §. 514. h. t. und der §§. 99. u. 104. A. L. R. I. 7., welche auf die Kenntniß des Eigenthümers von der Handlung oder Begebenheit offenbar Gewicht legen, und der §. 531. h. t. geht unverkennbar von der Voraussetzung aus, daß der Eigenthümer von dem gegen ihn zu verjährenden Rechte keine Kenntniß gehabt habe, oder daß er davon zwar unterrichtet, jedoch der Verpachtung oder eines anderen Hindernisses wegen nicht im Stande gewesen ist, die Vollendung der Verjährung abzuwenden. Dieses beides oder eines von beiden ist also die Bedingung der Restitution.

(Präj. Samml. S. 37, Entsch. Bd. 8. S. 258.)

§. 531. u. **535.** Findet die vierjährige Restitutionsfrist auch gegen kürzere Verjährungen statt?

a) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 21. Nov. 1846 in Betreff der einen causa restitutionis, nämlich derjenigen ex causa minorennitatis, verneint und ausgesprochen, daß die kurzen Verjährungsfristen, insbesondere wegen der Rückstände vorbedungener Zinsen, auch gegen minderjährige und bevormundete Personen zu laufen beginnen, und daher der §. 535. hierauf keine Anwendung findet. (Präj. Nr. 1802.)

Der Zweck des Ges. v. 31. März 1838 ist die Beschränkung der Rechtsunsicherheit; deshalb unterscheidet es nicht, ob die Forderungen bevormundeten oder ob sie gesetzlich selbstständigen Personen zustehen; es unterwirft selbst Ansprüche der pia corpora (§. 1. Nr. 3.), namentlich der Kirchen und des Fiskus (§. 2. Nr. 1. u. 8.), der kurzen Verjährung; es sieht überall nicht auf die Person des Berechtigten, sondern auf die Natur der Forderung, so namentlich zu §. 2. Nr. 5. bei den Alimenten. Im Zwecke des Gesetzes lag es, daß alle Privilegien der Personen der Berechtigten außer Anwendung bleiben mußten. Deshalb hat es diese Privilegien nicht vorbehalten, sondern als beseitigt angenommen, und daher ohne Unterschied die kurzen Verjährungsfristen angeordnet. Es ist daher der §. 11. des Ges. v. 18. Juni 1840, der ausdrücklich die Verjährungsfristen rücksichtlich der öffentlichen Abgaben auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, so wie gegen moralische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand laufen läßt, nicht als eine Ausnahme anzusehen, sondern als eine Anerkennung des nothwendig in der Tendenz und dem Gesammtinhalte des Ges. v. 31. März 1838 liegenden Grundsatzes, daß die Verjährung bestimmter Forderungen ihrer Natur nach ohne Rücksicht auf die subjektiven Eigenschaften und sonstigen Privilegien der Berechtigten allgemein in den bezeichneten kurzen Fristen eintreten solle. Die bestimmten und allgemeinen Dispositionen des erwähnten Gesetzes lassen keine Ausnahme zu. Auch in den Zollgesetzen v. 21. Mai 1818 §. 108., v. 8. Febr. 1819 §. 58. u. v. 23. Jan. 1838 §. 62., u. in der V. v. 17. Jan. 1820 wegen des Staatsschuldenwesens §. 17. ist bei den dort ausgesprochenen kurzen Verjährungsfristen kein Unterschied gemacht, je nachdem die Berechtigten Minorenne seien oder nicht, wie denn auch bei den Fristen, an deren Innehaltung durch das Gesetz das Dasein eines Rechtes oder einer besonderen Beschaffenheit geknüpft ist, z. B. den Prozeßfristen, von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §. 177. A. L. R. I. 14. nicht die Rede ist, und auch hierbei eine Rücksicht auf die Persönlichkeit der Berechtigten nicht stattfindet.

(Präj. Samml. S. 409, Entsch. Bd. 14. S. 209, J. W. 1847 S. 94.)

Dagegen hat die 4. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammergerichts in dem Präj. Nr. 21. v. 27. Sept. 1853 angenommen, daß die in dem G. v. 31. März 1838 festgesetzten Verjährungsfristen auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen zu laufen beginnen und daß die Vorschrift des §. 535. h. t. durch das G. v. 31. März 1838 für die darin bezeichneten Fälle nicht außer Kraft gesetzt sei.

Gleicher Ansicht ist das Appell. Ger. zu Breslau in dem Erk. v. 6. Okt. 1853, indem ausgeführt wird, daß die Gründe des Ob. Trib. für die entgegengesetzte Meinung nicht durchgreifend seien und daß, wenn der §. 535. hier hätte ausgeschlossen sein sollen, dies ausdrücklich hätte bestimmt werden müssen.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 193 ff.)

b) Die Gründe des vorstehenden Präj. Nr. 1802. v. 21. Nov. 1846 passen auch auf alle übrigen Restitutionsursachen, und das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Juli 1852 (Präj. Nr. 2387.) hat denn auch, unter Bezugnahme auf die Gründe des Präj. Nr. 1802., angenommen, daß gegen die kürzeren Verjährungsfristen, welche das G. v. 31. März 1838 eingeführt hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus §. 177. A. L. R. I. 14. nicht gesucht werden kann. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 191, Entsch. Bd. 23. S. 104.)

Denselben Grundsatz hat der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Nov. 1851 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 115 Nr. 26.)

c) v. François sucht die Ausführung des Ob. Trib. zu widerlegen. (J. W. 1847 S. 313.)

d) Die Gesetzrevisoren haben sich dahin ausgesprochen, daß es eine Anomalie sein würde, gegen eine kürzere als vierjährige Präskription eine vierjährige Restitution zu gestatten; vielmehr könne in einem solchen Falle die Restitution nicht auf längere Zeit gestattet werden, als die Verjährung selbst zn ihrem Ablaufe erfordere.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 129.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, welcher jedoch in dieser Hinsicht eine Lücke im Gesetze findet.

(System Bd. 2. S. 109 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 2. S. 60 Anm. 1.)

Vergl. dagegen Thöne, Fund. Lehren Bd. 2. S. 460 ff.

§§. 531. 536. 537. u. 575. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche einem Minderjährigen, auf den ein Recht nach bereits angefangener Verjährung übergegangen ist, gegen die während der Minderjährigkeit vollendete Verjährung zusteht, braucht nicht in einem besonderen, darauf allein gerichteten Prozeßverfahren nachgesucht zu werden. Sie kann vielmehr im Wege der Einrede oder

[1]) Denselben Grundsatz hatte der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 2010. v. 6. April 1848 (Präj. Samml. S. 326, Entsch. Bd. 17. S. 314, Rechtsf. Bd. 4. S. 22 Nr. 11.) ausgesprochen.

Replik und ebensowohl während der Minderjährigkeit von dem Vormunde, als nach aufgehobener Vormundschaft über den Pflegebefohlenen noch binnen vier Jahren von diesem selbst geltend gemacht werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2334.)

Der in den §§. 536. u. 537. enthaltene Grundsatz ist dem Röm. Rechte (L. un. C. si adv. usucap., L. 3. C. si tutor vel car. interven., L. ult. C. de temp. in int. rest.) entnommen. Bedingung der Restitution ist zwar überall das Dasein der Läsion; diese liegt aber in dem von selbst sich darstellenden Nachtheile, den der von dem bisherigen Minorennen einredend behauptete Verlust des Klagerechtes zur Folge haben würde. Die §§. cit. knüpfen daher das Recht auf rest. in integr. unmittelbar an den Ablauf der Verjährungszeit. Nach älterem Röm. Rechte ist zwar von vielen Rechtsgelehrten behauptet worden, daß es zur Restitution eines doppelten Rechtsmittels bedurft habe, einmal eines judicium rescindens, dann eines judicium rescissorium, so daß durch Ersteres die Wiederherstellung des verlorenen Rechtes zu erwirken gewesen, und durch Letzteres dann erst das wiedererlangte Recht geltend gemacht werden konnte. (Huber Praelect. ad Pand de in int. rest. No. 4.) Allein dieser Unterschied ist nach dem heutigen Standpunkt des gemeinen Rechtes antiquirt. (Glück's Erl. der Pand. Bd. 5. S. 411 ff.) Demnach bietet das Zurückgehen auf die Quelle dieses Rechtsmittels keinen Grund, dem §. 531. eine solche Deutung zu geben; auch giebt die Fassung dieses §. keine Veranlassung, eine abweichende Absicht des Gesetzgebers anzunehmen. Nach §. 536. wird zwar der Lauf einer bereits begonnenen Verjährung durch das Eintreten der Minderjährigen nicht unterbrochen; allein dennoch betrachtet das A. L. R. selbst in diesem Falle die Minderjährigkeit als ein Hinderniß, welches die rechtliche Wirkung der Verjährung suspendirt, wie die §§. 530—533. ergeben. Es wird also unterschieden zwischen den Hindernissen, welche die Verjährung unterbrechen (§. 529.), und denen, welche deren Fortlauf zwar nicht unterbrechen, aber die Rechtswirkung der vollendeten Verjährung hemmen. (§§. 530., 531.) Der §. 575. zeigt aber, daß der Gesetzgeber sich dieses Unterschiedes deutlich bewußt gewesen ist, da er beide als alternative gegenüberstellt. Auch ist den in §§. 531. und 537. bestimmten Fristen nicht die Deutung zu geben, als ob die Restitution vor Aufhebung der Vormundschaft nicht beantragt, daß also dieser Antrag während noch dauernder Vormundschaft von dem Vormunde nicht formirt werden könne. Wie nach gemeinem Rechte ist das Quadriennium der Restitution nur als ein terminus ad quem aufzufassen, über welchen hinaus dieselbe nicht mehr statthaft ist. Gesucht kann die Wiedereinsetzung werden, sobald die Läsion eingetreten ist oder die Läsion — der Verlust des Rechtes — von der anderen Seite in Anspruch genommen wird, wenn auch die Vormundschaft noch fortdauert. Wenn daher die Klage während rechtsverjährter Zeit nicht angestellt, also nach strengem Rechte erloschen, und der Klage der Einwand entgegengesetzt ist, daß der Kläger des Rechtes in Kraft der Extinktiv-Verjährung verlustig geworden sei, so kann der Kläger die imminirende Läsion nur durch die aus §. 531. entnommene Replik abwenden und die Fassung dieses §., so wie des §. 546. ergiebt, daß die Gesetzgebung von der Ansicht ausgegangen ist, daß das Quadriennium nur als eine erweiterte Frist für die Geltendmachung der dem Minorennen während der Minderjährigkeit stets zustehenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die Nachtheile einer innerhalb der Dauer der Minderjährigkeit abgelaufenen Verjährung aufgefaßt worden. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 13., Entsch. Bd. 22. S. 9.)

Denselben Grundsatz hat der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Juni 1854 angenommen.
(Entsch. Bd. 28. S. 75, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 182 Nr. 44.)

§§. 535—545. Anfang der Verjährung durch Nichtgebrauch.

Lenz, über den Anfang der Klageverjährung nach Röm. und Preuß. Recht. (In dessen Studien u. Kritiken 2c., Abhandl. IV. S. 233 ff.)

§. 535. Ueber den Beginn der kürzeren Verjährung gegen Minderjährige und bevormundete Personen vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Nov. 1846 (Präj. Nr. 1802.) in den Erg. zu den §§. 531. u. 535. h. t.

§. 536. Eine bereits begonnene Verjährung durch Nichtgebrauch läuft gegen einen Unmündigen oder Minderjährigen, der mit einem Vormunde hätte versehen werden sollen, auch dann fort, wenn derselbe keinen Vormund erhalten hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1778.)

Das A. L. R. giebt in dem §. 516. den Grundsatz für jede Verjährung allgemein, »daß gegen den, welcher sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen gehindert wird, keine Verjährung anfangen kann«; und die folgenden §§. besprechen noch besonders einige Fälle, in denen dies Prinzip Platz greift. Ebenso allgemein verordnet dann der §. 530., daß durch dergleichen Hindernisse, die nach angefangener Verjährung erst eintreten, der Fortlauf der Verjährung nicht gehemmt wird. Im §. 535. beginnen die besonderen Vorschriften für die Verjährung durch Nichtgebrauch, und man darf hier allerdings die Anwendung der vorher aufgestellten allgemeinen Grundsätze erwarten. Der §. 535. ist nur eine Wiederholung des im §. 516. in Bezug auf den Anfang der Verjährung überhaupt ausgesprochenen Grundsatzes. Der §. 536. verordnet über den Fortlauf der Verjährung durch Nichtgebrauch. Dem Grundsatze des §. 530. gemäß wäre es bei dem Eintritt eines minderjährigen Berechtigten für gleichgültig in Hinsicht auf den Fortlauf der früher gültig angefangenen Verjährung zu erklären, und es ist nicht einzusehen, von welchem Einflusse es sein kann: ob der Minderjährige einen Vormund hat oder nicht, sobald die früher angefangene Verjährung durch kein anderes späteres Ereigniß gehemmt werden soll. Auf den ersten Anblick scheinen daher die Worte: »der mit einem Vormunde versehen ist«, eine rein positive Beschränkung des Prinzipes des §. 530. zu enthalten; und nach dem Argumente e contrario würde zu folgern sein, daß der Fortlauf der Verjährung dann gehemmt werde, wenn das Recht auf einen nicht mit einem Vormunde versehenen Minorennen übergeht. Indessen erscheint es doch schon nicht logisch richtig, so zu schließen, weil der §. 536. nichts anderes sagt, als was dem Prinzipe nach im §. 530. enthalten ist, nämlich, daß der Fortlauf der Verjährung nicht gehemmt werden soll; er enthält also nur eine Anwendung dieses Satzes auf Minderjährige, die mit einem Vormunde versehen sind, und wenn nun von Minderjährigen, die keinen Vormund haben, nichts Besonderes bestimmt ist, so bleibt für diese eben auch die Regel bestehen, da sie rücksichtlich ihrer nicht aufgehoben ist. Und daß dies wirklich die Meinung des Gesetzes sei, ergiebt der ganze Zusammenhang der getroffenen Bestimmungen. Im §. 537. ist nämlich ebenso, wie im §. 536. von einem bevormundeten Minderjährigen die Rede; es ist also in beiden Gesetzesstellen gewiß ein und derselbe Fall gemeint worden; und man müßte sonst auch die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dem Minorennen, welcher einen Vormund gehabt hat, zugestehen, nicht auch dem, welcher ohne einen solchen geblieben war. Wer also in seinem zweiundzwanzigsten Lebensjahre seinen Vater verloren hätte, der würde gegen eine damals schon neunundzwanzig Jahre fortgeschrittene Verjährung, sobald ihm ein Vormund bestellt worden, mit Hinzurechnung der Restitution noch sechs Jahre lang gegen den Ablauf der Verjährung Schutz finden, während er, wenn er unbevormundet gelassen worden wäre, schon nach drei Jahren sich den Wirkungen der Verjährung unterwerfen müßte. Sollten aber beide Fälle verschieden behandelt werden, so könnte man doch nur Grund haben, dem nicht bevormundet gewesenen vorzugsweise mit der Restitution zu Hülfe zu kommen. Müßte freilich an eine gänzliche Unterbrechung der Verjährung in einem Falle dieser Art gedacht werden, so käme die Sache anders zu stehen, und es könnten die Verjährungsfristen dann für die Nichtbevormundeten unter Umständen nahe um das Doppelte verlängert werden. Uebrigens folgt auch aus dem §. 526. in Vergleichung mit dem Grundsatze des §. 530., daß die bereits angefangene Verjährung dadurch nicht gehemmt wird, daß der Verjährende später Vormund desjenigen geworden ist, gegen dessen Vater er die Verjährung angefangen hatte; bei Annahme der entgegengesetzten Ansicht dagegen könnte die letztere dann nicht ablaufen, wenn jene beiden Personen sich ganz fremd geblieben, der Eine nicht Vormund des Anderen geworden wäre. Endlich sprechen gegen die entgegengesetzte Meinung auch die analogen Vorschriften über die Verjährung durch Besitz. Nach §. 593. wird, wesentlich abweichend von §. 516. und §. 535., der Anfang der Verjährung durch Besitz gegen Minderjährige nicht gehindert, und nothwendiger Weise kann eine solche Verjährung auch gegen einen Minderjährigen ablaufen; doch ist dem Letzteren im §. 594. die Restitution gegen den Ablauf der Besitzverjährung ebenso, wie bei der Verjährung durch Nichtgebrauch nachgelassen. Die nach §. 593. ungünstigere Stellung der Minorennen und der diesen gleich geachteten Personen wird dann im §. 595. gemildert, wo auf die Thatsache der wirklich erfolgten oder unterbliebenen Bevormundung wirklich Gewicht gelegt, aber nur in Bezug auf den Anfang, nicht Hinsichts des Fortlaufes der Verjährung durch Besitz. Denselben Schutz genießen alle Minderjährige, ohne Unterschied in Bezug auf den Anfang der Verjährung durch Nichtgebrauch, indem eine solche gegen sie überhaupt keinen Anfang nehmen kann. In Rücksicht auf den Fortlauf der gültig begonnenen Verjährung aber stehen beide Arten der Verjährung einander gleich, indem nur die Widereinsetzung in den vorigen Stand gegen die vollendete Präskription gegeben ist. Und es liegt in der Sache selbst kein Grund, den bereits großjährig gewordenen Personen bei der einen Art von Verjährung einen stärkeren Schutz zu verleihen, als bei der anderen.

Man muß zugeben, daß §. 636. genauer hätte gefaßt werden sollen. Indessen ist doch aus den Redaktionsverhandlungen des A. L. R. bekannt, daß in dem Entw. des Gesetzb. die jetzt im §. 536. befindlichen Worte »der mit einem Vormunde versehen ist« fehlten, und daß erst, als ein Monent fragte, ob die Vorschrift auch bei einem Unmündigen Platz greife? dieser Zusatz gemacht worden ist. Derselbe hat also jenes Bedenken in Betreff des Fortlaufes der Verjährung gegen Unmündige heben sollen, und es enthalten die eingeschalteten Worte eigentlich nur eine Erinnerung daran, daß nach den Grundsätzen des A. L. R., wie auch Suarez in seiner Beantwortung der Monita

bemerklich machte, der gemeinrechtliche Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen ganz aufgehoben sei, indem jetzt Unmündige wie Minderjährige gleichmäßig vom Staate bevormundet wurden.

(Präj. Samml. S. 37, Entsch. Bd. 15. S. 119.)

§. 537. 1) Diese Vorschrift, nach welcher dem mit einem Vormunde versehenen Minderjährigen gegen die während der Minderjährigkeit vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen vier Jahren nach aufgehobener Vormundschaft zu statten kommt, findet auf Minderjährige, welche unter väterlicher Gewalt stehen, keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Juli 1837. (Präj. Nr. 307.) (Präj. Samml. S. 37.)

Denselben Grundsatz nimmt der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. April 1852 an.

(Entsch. Bd. 23. S. 63, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 204 Nr. 37.)

Derselben Ansicht ist Schröter (J. W. 1837 S. 832 ff.), wogegen Bornemann (System, 1. Ausg. Bd. 2. S. 114 zu f.) den §. 537. auch zu Gunsten der Minderjährigen unter väterlicher Gewalt angewendet wissen will.

2) Der in dem (vorstehenden) Präj. Nr. 307. ausgesprochene Grundsatz findet dann keine Anwendung, wenn es sich um einen Anspruch des Minderjährigen an seinen eigenen Vater handelt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1854. (Präj. Nr. 2531.)

Der §. 536. redet zwar nur von der Restitution der mit einem Vormunde versehenen Minderjährigen oder, wie das Ob. Trib. in seinem Präj. Nr. 1778. diese Stelle erläutert hat (Samml. der Präj. S. 37)[1]), von solchen, die mit einem Vormunde hätten versehen werden sollen, die also nicht unter väterlicher Gewalt gestanden haben, und schon das Präj. Nr. 307. hat den Grundsatz ausgesprochen, daß die Restitution den unter väterlicher Gewalt befindlichen Minorennen nicht gebühre. Dies kann jedoch auf den Fall nicht Anwendung finden, wo dem Kinde ein Anspruch gegen den Vater selbst zustand, wo dieser der Schuldner des Kindes und vermöge seiner väterlichen Gewalt und des ihm zukommenden Nießbrauchs- und Verwaltungsrechts gesetzlich befugt war, über dieses Vermögen des Kindes während dessen ganzer Minderjährigkeit zu seinem eigenen Vortheile zu verfügen. Bei einer solchen Kollision von Rechten kann der Vater das Kind nicht vertreten, es hätte demselben, wenn das kompetente Gericht Kenntniß von der Sache erlangte, nach §. 28. A. L. R. II. 18. ein Kurator bestellt werden müssen, der den Anspruch gegen den Ablauf der Verjährung sicher stellte, und auf den also der Grundsatz des Präj. Nr. 1778. anwendbar war. Nur wo es sich um Ansprüche gegen dritte Personen handelt, ist der Vater der gesetzlich geeignete Vertreter seines Kindes, und nur in solchen Fällen hat das Ob. Trib. bisher den unter väterlicher Gewalt stehenden Personen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt. Der Fall der Kollision des eigenen Interesses des Vaters mit dem seines Kindes ordnet sich indeß der Regel des §. 536. unter und entspricht auch dem allgemeinen Grundsatze des §. 531.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 13, Entsch. Bd. 28. S. 75, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 183 Nr. 44.)

3) Ist bei einer gegen einen Minderjährigen fortgesetzten Extinktivverjährung deren Vollendung erst nach erreichter Großjährigkeit erfolgt, so kann derselbe auf die vierjährige Restitution nicht Anspruch machen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2184.)

Bleibt man bei den Worten des §. 537. stehen, so würden den Worten »während der Minderjährigkeit« nur die Worte »nach beendigter Minderjährigkeit« als Gegensatz dienen können. Der Zweifel entsteht nur dadurch, daß §. 537. in der Parenthese auf den §. 531. hinweist, und es fragt sich also: welcher Einfluß dem letzteren auf den §. 537. beizulegen sei? — Stellt man die Minorennität einem »Hinderniß« gleich, so würde man in die Nothwendigkeit kommen, die Anwendung des §. 537. nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere §§. 531., 532., zu modifiziren. Indeß giebt das Gesetz die Restitution allgemein, wo Jemand von dem zu verlierenden Rechte nicht hat unterrichtet sein können oder dasselbe zu bewahren verhindert worden ist (§§. 512., 516.). Dahin werden insbesondere Abwesenheit im Staats- oder Kriegesdienst (§§. 518., 522.), Verpachtung, Justitium, das Verhältniß der Ehe und der väterlichen Gewalt (§§. 521., 523—225.), Machtsprüche und versagtes rechtliches Gehör (§§. 528., 529.) gezählt. Ein Hinderniß dieser Art ist nun aber keineswegs die Minderjährigkeit. Für diese sind in §§. 535—537. besondere Grundsätze enthalten. Gegen Minderjährige kann Extinktiv-Verjährung nicht anfangen — die gegen ihren Erblasser angefangene kann aber während der Minderjährigkeit fortgesetzt — sie kann nur nicht während der Minderjährigkeit vollendet werden, vielmehr wird dem Minorennen die vierjährige Restitution nach erreichter Großjährigkeit gegeben. Die gesetzliche Bedingung der Restitution ist also immer die Vollendung innerhalb der Minderjährigkeit. Die Minderjährigkeit war nur ein Hinderniß in Beziehung auf denjenigen, welcher aus der Verjährung Vortheil ziehen wollte; in Beziehung auf den Minderjährigen selbst ist sie kein Hinderniß; die der Minorennität gewährte vierjährige Restitution ist vielmehr für ihn ein Privilegium, eine Rechtswohlthat, welche nicht extensiv gedeutet werden können. Wenn §. 537. in der Parenthese den §. 531. aufgenommen hat, so hat damit nur so viel gesagt sein können: daß selbst die vierjährige Restitution auch dann noch erweitert werden könne, wenn innerhalb derselben neue Hindernisse der Ausführung derselben und von der Art eingetreten sein möchten, wie sie in den §§. 512—531. angedeutet sind. — Abgesehen von dergleichen Hindernissen kann es freilich vorkommen, daß dem ehemaligen Minderjährigen die Rechtswohlthat der Restitution wenig Vortheil bringt. Indeß dies sind Zufälligkeiten, die in der Regel nichts ändern können, welche bei der Rechtswohlthat der Restitution wegen Minderjährigkeit dahin lautet: daß die Verjährung schon »während der Minderjährigkeit« vollendet sein muß, entsprechend dem Grundsatz des Röm. R. in L. 3. Cod. quibus objicitur. — Nach Suarez amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision S. 13 sind bei den §§. 537. und 531. auch gar keine Zweifel erhoben, und demnach die Worte des §. 537. »während der Minderjährigkeit vollendet« als unerläßliche Bedingung der minderjährigen Restitution anerkannt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 14, Entsch. Bd. 19. S. 134.)

Koch hält diese Entscheidung und deren Begründung für unrichtig und den §. 532. h. t. für allgemein anwendbar.

(Landr. Bd. 1. Anm. 44. zum §. 537. h. t.)

§. 538. 1) Ueber die Gründe der Abweichung des §. 538. von dem bisher bestandenen gemeinen Rechte vergl. Suarez Schluß-Revision (Jahrb. Bd. 41. S. 13) und Simon's Material. S. 574, 664.

2) Wegen der prozessualischen Form der Geltendmachung des Anspruchs auf die Restitution vergl. das Präj. Nr. 2334. in den Erg. zu den §§. 531., 536., 537. h. t.

§§. 538—540. Sind die §§. 538. u. 539. auf die Erben der im §. 540. genannten Personen anwendbar?

Koch verneint. (Landr. Bd. 1. Anm. 50. zum §. 540. h. t.)

§§. 543. 544. 546. 649. Die Vorschrift des §. 649. begründet bei der Verjährung durch Nichtgebrauch der im §. 543. bezeichneten Rechte keine Ausnahme von der im §. 546. enthaltenen Fristbestimmung, und es wird diese Verjährung in einem Zeitraume von dreißig Jahren vollendet.

Angenommen von dem Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1838. (Präj. Nr. 543.) (Präj. Samml. S. 38.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, weil §. 649. nur von der Ersitzung spreche, und §§. 543. ff. zu der Annahme, die ordentliche Verjährung durch Nichtgebrauch hier auszuschließen, nicht den entferntesten Anlaß gäben; auch die ratio legis keineswegs für Erwerb und Verlust denselben Zeitraum fordere. (a. a. O. S. 206.)

Ebenso Thöne. (a. a. O. S. 537.)

Die Gesetzrevisoren nehmen dagegen an, daß der im §. 649. festgesetzte vierzigjährige Zeitraum auch für die Verjährung durch Nichtgebrauch bei den im §. 543. gedachten Rechten gilt.

Die von §. 629. an folgenden Bestimmungen sollen sich, dem Rubrum zufolge, auf beide Gattungen der Verjährung, durch Nichtgebrauch und Besitz, beziehen, und die im §. 649. unterlassene Erwähnung der Verjährung durch Nichtgebrauch hat nur darin ihren Grund, daß sich die Arten der ungewöhnlichen Verjährung im Entwurfe überhaupt nur auf die Ersitzung, nicht auf den Nichtgebrauch bezogen, jedenfalls aber ist es angemessen, Verlust und Erwerb solcher Rechte an dieselbe Frist zu knüpfen. (Gesetzrev. Pens. XII. S. 158.)

Vergl. Simon's Material. S. 664.

§. 543. Wenn die Ausübung von der anderen Seite untersagt wird und seitdem bis zu dem Zeitpunkte, wo das entgegenstehende Recht geltend gemacht werden soll, die Verjährungszeit abgelaufen ist, so genügt dies zur Begründung des vom Untersagenden resp. Verweigernden behaupteten Rechtszustandes, und es ist nicht nöthig, daß noch zwei andere Fälle, wo das Untersagungsrecht ausgeübt worden wäre, hinzugetreten sein müßten.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1843. (Präj. Nr. 1305.)

(Präj. Samml. S. 44, Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 114.)

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 536. h. t.

§§. 543. u. 544. Zur Vollendung der Verjährung von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, durch Nichtgebrauch, ist nicht erforderlich, daß von zwei ferneren Gelegenheiten, welche seit der ersten (am Anfange der Verjährung) innerhalb der Präskriptionsfrist wenigstens noch vorgekommen sein müssen, die letzte Gelegenheit am Ende dieser Frist liegt; vielmehr genügt es, wenn sie nur innerhalb des Laufes dieser Frist vorgekommen ist.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2247.)

Eine Analogie der §§. 649. u. 650., welche von der erwerbenden Verjährung handeln, auf die erlöschende Verjährung ist nicht statthaft. Das, was man für einen solchen Parallelismus der §§. 649. u. 650. und der §§. 543. u. 544. anführen könnte, würde lediglich darin bestehen, daß das Gesetz bei der einen, wie bei der anderen Art, außer dem Ablauf der bestimmten Verjährungsfrist das Vorkommen einer bestimmten Zahl von Gelegenheiten, wo das Recht hätte ausgeübt werden können, welche auf wenigstens drei festgesetzt ist, zur Bedingung des Erfolges gemacht hat. Daraus folgt aber nicht, daß bei der erlöschenden Verjährung ebenso, wie bei der erwerbenden, der letzte Gelegenheitsfall an der Grenze der Verjährungsfrist liegen müsse. Das Gegentheil ergiebt sich, wenn man die Grundbedingung der Extinktiv-Verjährung, daß nämlich ein Recht die Verjährungsfrist hindurch nicht ausgeübt wird, in Beziehung auf Gelegenheitsrechte näher ins Auge faßt. Von der Nichtausübung eines Rechtes kann erst dann die Rede sein, wenn die Möglichkeit der Ausübung gegeben ist. Deshalb wird der Anfang der erlöschenden Verjährung im Allgemeinen erst von dem Tage an gerechnet, wo die Erfüllung einer Verbindlichkeit gefordert werden konnte (§. 545.). Bei Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, bei denen sich also die gegenüberstehende Verbindlichkeit nicht durch eine einmalige Leistung erschöpft, sondern in Leistungen besteht, die bei gewissen Anlässen wiederholt werden sollen, kann eine Ausübung des Rechtes zwar schon mit der ersten Gelegenheit stattfinden, keineswegs aber wegen der fortdauernden Bestimmung des Rechtes, eine Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit. Dies ist der Grund, warum das A. L. R. in den §§. 543., 544. bei solchen Gelegenheitsrechten die erlöschende Verjährung zwar schon mit der ersten Gelegenheit anfangen läßt, zugleich aber die Bestimmung trifft, daß seitdem noch zwei andere Gelegenheiten vorgekommen sein müssen. Denn erst aus der wiederholten Versäumniß vorkommender Gelegenheiten will das Gesetz eine Vermuthung für die eingetretene Aufhebung eines auf wiederholte Leistungen berechneten Rechtes entnehmen. Allerdings hat das Gesetz zugleich neben der Versäumniß mehrerer Gelegenheiten zur Ausübung des Rechtes den Ablauf eines bestimmten Zeitraumes erfordert. Wollte man aber daraus entnehmen, daß die letzte Gelegenheit genau mit dem Ende dieses Zeitraumes zusammenfallen müßte, so würde man verkennen, daß das Gesetz bereits mit der ersten Gelegenheit die Verjährung anfangen läßt; woraus folgt, daß die folgenden Gelegenheiten nur die Fortsetzung der Verjährung bezeichnen, nicht mehr zu dem Anfange derselben gezogen werden können. Zu diesem Anfange müßte man sie aber rechnen, wenn man die entgegengesetzte Ansicht retten wollte. Man könnte für jene Ansicht lediglich Folgendes anführen: Wenn der Berechtigte auch eine Folgereihe von Gelegenheiten unbenutzt vorübergehen lasse, so bleibe ihm doch, so lange die ihm vom Gesetz zugemessene Zeitfrist noch nicht abgelaufen sei, die Berufung auf eine folgende Gelegenheit übrig, wo er sein Recht noch ausüben könne. Diese innerhalb der Verjährungsfrist offen gebliebene Möglichkeit könne der Ablauf derselben nicht abschneiden. Ihm komme zu statten, daß er sein Recht nicht während des ganzen Zeitraumes habe ausüben können. Einer solchen Argumentation würden aber die §§. 516., 517., 530. entgegentreten. Aus denselben folgt, daß der Anfang der Verjährung nur abhängig ist von dem Eintreffen der ersten Gelegenheit, der Ablauf der Verjährung aber nicht aufgehalten wird dadurch, daß nach stattgefundenem Eintritt der gesetzlichen Zahl von Gelegenheiten noch ein Zwischenraum zwischen der letzten Gelegenheit und dem Endpunkte der Präskriptionsfrist übrig bleibt, innerhalb dessen sich kein neuer Gelegenheitsfall ereignet. Dieses Nichteintreffen einer neuen Gelegenheit ist ein erst nach angefangener Verjährung eintretendes Hinderniß, und zwar ein solches, welches in der Natur und Beschaffenheit des Rechtes selbst liegt. Dies letztere geht klar aus einer Bemerkung von Suarez in den Materialien des umgearb. Entw. des Gesetzb. hervor, worin es heißt:

»die Hindernisse, welche der Ausübung und Verfolgung eines Rechtes, und also auch dem Anfange der Verjährung entgegenstehen, können nach der ganz richtigen Bemerkung einiger Monenten auch in dem Rechte selbst liegen. Z. E. wenn das Recht nur sub conditione suspensiva oder ex die eingeräumt, wenn keine occasio utendi vorhanden gewesen, oder wenn sonst actio nondum nata ist. Dies wird im Text ausdrücklich zu bemerken sein.«

Demnach ist denn auch der umgearb. Entw. gefaßt worden. — Man kann auch nicht einwenden, daß das Gesetz außer der ersten noch wenigstens zwei andere Gelegenheiten zur Bedingung der erlöschenden Verjährung gemacht habe, und daraus folge, daß das Gesetz ebensowohl Gewicht auf die folgenden Gelegenheiten, als auf die erste lege, mithin der Anfang allein nicht entscheide. Dies ist zwar an sich richtig; es folgt aber nur aus der zu Anfang hervorgehobenen Besonderheit, daß es sich bei Gelegenheitsrechten um das Erlöschen eines dauernden, auf wiederholte Leistungen angewiesenen Rechtes handelt. Es läßt sich jedoch damit weder beweisen, daß die der ersten folgenden Gelegenheiten zusammen den Anfang der Verjährung bilden, wovon das Gesetz vielmehr das Gegentheil bestimmt hat; noch, daß außer drei innerhalb des Verjährungszeitraumes vorgekommenen Gelegenheiten, noch eine folgende abgewartet werden müßte, und daß deren Nichteintritt den Ablauf der Verjährung aufhielte. Das Gesetz hat dem Berechtigten so viel Fälle und so viel Frist vergönnt; versäumt er sich dabei, so ist es seine Schuld, wenn er das Versäumte nicht wieder einzuholen in der Lage ist. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 14, Entsch. Bd. 20. S. 113.)

§. 545. 1) Der §. 545. stellt den Grundsatz auf, daß alle Rechte, deren Ausübung nicht von dem Vorhandensein einer occasio utendi abhängt, von dem Tage zu verjähren anfangen, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. Der Sinn und Umfang dieser Regel ist indeß bestritten, indem Einige darin eine Abweichung vom Röm. Rechte, Andere dagegen eine Bestätigung desselben, und namentlich des Satzes: actioni nondum natae non praescribitur, gefunden haben. Die verschiedenen Ansichten über den Begriff der actio nata lassen sich unter zwei Gesichtspunkte subsumiren. Man fordert entweder, damit eine Forderung der Verjährung unterliege, irgend eine widerrechtliche Anmaßung auf Seiten des Verpflichteten, und was insbesondere Verbindlichkeiten betrifft, die unaufgefordert nicht geleistet zu werden brauchen, daß die Erfüllung derselben von dem Berechtigten zuvor vergeblich gefordert worden sein müsse, oder aber, man hält dies nicht für nothwendig und läßt die Verjährung schon von dem Tage anfangen, wo der Berechtigte das ihm zustehende Recht ausüben konnte.

Die erstere Ansicht ist diejenige, von welcher:

a) die Gesetzrevisoren ausgehen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. Abschn. 9. S. 126 u. 130.)

Sie wird auch von mehreren Rechtslehrern vertheidigt. Es führen namentlich aus:

b) Thöne, daß die Worte: »von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden kann«, auf ein bereits vollständig erworbenes Recht gehen, zu dessen Realisirung nur die Anstellung der Klage nöthig. Wenn daher die Verbindlichkeit des Verpflichteten von der Art sei, daß sie eine positive Handlung in sich fasse, deren Leistung dergestalt von des Berechtigten Willkühr abhängig, daß dieser, bevor sie geschehen könne, seinen Willen erklären müsse, so verjähre das Recht darauf erst von dem Tage an, wo er den Verpflichteten dazu aufgefordert habe. Hierfür sprächen auch der Zweck der Verjährung und die positive Bestimmung des §. 517. h. t.

(Handb. Bd. 2. S. 464.)

c) Schröter, welcher im Wesentlichen ausführt, daß, wenn auch das A. L. R. hierüber keine allgemeine Vorschrift habe, dasselbe doch in vielen speziellen Fällen dem Röm. Rechte gefolgt und selbst noch weiter als dieses gegangen sei, indem es die Verjährung selbst dann ausschließe, wenn eine Rechtsverletzung zwar stattgefunden, aus den Umständen aber klar erhelle, oder sonst sich annehmen lasse, daß die Klage nicht aus Nachlässigkeit, sondern aus Nachsicht oder Interesse unterblieben sei.

(Civ. Vers. Hft. 1. S. 118, vergl. J. Z. 1832 S. 526 Nr. IV.)

Die zweite Ansicht war früher von v. Rönne angenommen (Klein's System 1. Ausg. Bd. 1. S. 276 Anm. 1.), welcher indeß später der ersteren Meinung beigetreten ist.

(Klein's System 2. Ausg. Bd. 1. S. 254 Anm. 1.)

Neuerdings wird dieselbe indeß wieder von Bornemann vertheidigt. Dieser bemerkt, daß zwar eine sub die oder conditione schuldige Summe erst von dem Augenblicke, wo der Tag oder die Bedingung eingetreten sei, der Verjährung unterworfen sein könne, daß aber für den Fall, wenn die Erfüllung der Bedingung, nach deren Eintreffen die Forderung erst fällig und klagbar werde, nur von der Willkühr des Berechtigten abhängt, die gemeinrechtliche Regel[1])

[1]) Vergl. Brunnemann in Codic. ad L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. v. 40. annor. no. 16., Berger, oeconom. jur. II. 2. §. 25. not. 7., Unterholzner a. a. O. §. 260.

eintreten müsse, daß alsdann die Forderung sofort der Verjährung unterliege.

Denn:

α) der Berechtigte vernachlässige sein Recht mit dem Augenblicke, in welchem es lediglich in seiner Willkühr stand, dasselbe geltend zu machen; es sei daher eine Forderung, welche er beliebig jederzeit zu einer einziehbaren machen könne, in Bezug auf die Verjährung durch Nichtgebrauch, einer bereits fälligen gleich zu achten.

β) Nach §. 545. solle die Verjährung durch Nichtgebrauch von dem Tage beginnen, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. Dies sei aber bei einer Forderung der in Rede stehenden Art sofort der Fall, indem der Befugniß des Berechtigten kein rechtliches Hinderniß entgegen stehe, in der Natur und Beschaffenheit des Rechtes selbst kein dessen sofortige Geltendmachung hindernder Grund liege (§. 517.), sondern Alles von der freien Thätigkeit des Berechtigten, wie bei einer unbedingten Forderung, abhänge.

γ) Die Vorschriften des A. L. R. I. 12. §§. 495. u. 496. unterstützten diese Meinung. (System Bd. 2. S. 119, 2. Ausg. Bd. 2. S. 70.)

2) Die Verjährung durch Nichtgebrauch beginnt erst von dem Zeitpunkte, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gegen den Willen des Berechtigten und gegen die Natur des bestehenden Rechtsverhältnisses unterbleibt, ist also ausgeschlossen, wenn ein kontraktlicher oder sonstiger Befreiungsgrund vorwaltet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 262 Nr. 57.)

3) Eine Schuldforderung, die auf Kündigung lautet, ist nicht erst von dem Tage an, wo die Kündigung wirklich erfolgt ist, der Verjährung unterworfen; es kommt vielmehr auf den Tag an, wo zuerst die Kündigung möglich war, und mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist, von diesem Tage an berechnet, läuft die Verjährung der Forderung durch Nichtgebrauch.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1838 und in dem Erk. v. 13. ej. m. [1]).

Dies folgt aus den §§. 516. u. 517. und aus den Schlußworten des §. 545.: »wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte«; die Kündigungsfrist ist aber nicht als eine die Ausübung des Forderungs- und Klagerechtes hemmende Zeitbestimmung, sondern als eine lediglich für den Eintritt des Zahlungstages bei unbeschränkter Ausübung des Forderungs- und Klagerechtes maßgebende zu erachten. Das Kündigungsrecht ist nicht als eine res merae facultatis anzusehen, vielmehr ist jene Frist nur ein annexum der Darlehnsforderung, und verjährt daher mit dem Zeitpunkte, wo es geltend gemacht werden kann, mit der Forderung selbst.
(Entsch. Bd. 3. S. 165 und Jahrb. Bd. 51. S. 138, Gräff Bd. 12. S. 13.)

Unter Bezugnahme auf diesen Pl. Beschl. hat das Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 21. Nov. 1840 angenommen, daß bei Schuldforderungen, die auf Kündigung lauten, die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht mit dem Tage beginnt, wo zuerst gekündigt werden konnte, sondern vielmehr mit dem Ablaufe der von diesem Tage an zu berechnenden Kündigungsfrist [2]).

Denn jedem Rechte muß eine entsprechende Pflicht gegenüberstehen; die Zeit zu fordern fällt für den Einen nicht früher, als die Zeit zu leisten für den Anderen. Nun entspricht aber dem Kündigungsrechte des Gläubigers nicht die Zahlungspflicht des Schuldners, sondern nur dessen Pflicht, die Kündigung anzunehmen. Jene Zahlungsfrist entsteht erst nach Ablauf der vorbehaltenen Kündigungsfrist, und eben dann tritt mithin auch erst das Recht des Gläubigers ein, die Zahlung zu fordern. (Entsch. Bd. 7. S. 203.)

Dazu:

Der Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1838 gilt auch für Darlehnsforderungen, in Ansehung welcher über die Zeit der Rückzahlung nichts verabredet worden, dahin, daß hier die Verjährung vom Tage der Kontrahirung des Darlehns unter Hinzurechnung der gesetzlichen resp. dreimonatlichen oder vierwöchentlichen Kündigungsfrist zu laufen anfängt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Mai 1839. (Präj. Nr. 681.) (Präj. Samml. S. 38.)

Gegen die Ansicht des Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1838 sucht Koch zu zeigen, daß die Verjährung der Klage aus einer auf Kündigung lautenden Schuldverschreibung von dem Tage anfange, wo die Kündigung zuerst statthaft war.

Vergl. die Ausführungen Koch's in dessen Recht der Ford. Bd. 2. S. 703, im Arch. Bd. 6. S. 127 Anm. *, in der Beurtheil. der Entsch. S. 162 u. 495 und in der Rec. in Richter's krit. Jahrb. Bd. 7. S. 163.

Gegen die Ansicht des Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1838 vergl. ferner: Grothe im Centralbl. 1837 S. 156 und in Koch's Arch. Bd. 6. S. 113; Köchling in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 339 ff., Lenz in den Studien und Kritiken S. 261, Abhandl. in der J. Z. 1832 S. 526 Nr. 4.

Für die Meinung des Ob. Trib.: Abhandl. in der J. Z. 1835 S. 1140, Bornemann's System Bd. 2. S. 121 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 254 Anm. 1, Temme's Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 471.

Die Gesetzrevisoren äußern sich dahin:

Für die Klageverjährung ist der Hauptgrundsatz im §. 545. ausgesprochen; sie läuft von dem Augenblicke, wo actio nata ist, d. h. wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. Dadurch ist eben das gesagt, was der §. 517. in Beziehung auf Forderungen sagen sollte; dadurch tritt ferner hinreichend hervor, in wiefern man die Verfolgung eines Anspruches als res merae facultatis oder unverjährbar betrachten könne. Sofern nämlich das Klagerecht erst entstehen soll, wie z. B. bei kündigungsfähigen Forderungen durch die Kündigung — beim Faustpfande, welches zurückgefordert wird, durch die Tilgung der Schuld, wofür das Pfand bestellt worden, oder wenigstens durch das Erbieten zu deren Bezahlung, kann von einer Verjährung nicht die Rede sein. Wenn aber eine Thatsache vorliegt, wodurch das Klagerecht begründet wird, sei es, um auf die angeführten Beispiele zurückzukommen, die Tilgung der Pfandschuld, oder eine Weigerung des anderen Theiles, sich darauf einzulassen, so nimmt die Klageverjährung ihren Anfang.
(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu Tit. 9. Abschn. 9. S. 130.)

§§. 546–550. Zeitraum der Verjährung durch Nichtgebrauch.

I. G. v. 31. März 1838 wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen [1]).

Wir ꝛc. verordnen, in Erwägung, daß bei Forderungen, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegen, aus der langen Dauer der für die Verjährung durch Nichtgebrauch in Unserem A. L. R. I. 9. §§. 546. u. 629. vorgeschriebenen Fristen eine Unsicherheit des Rechtes entsteht, und zur Beseitigung einiger die Verjährung im Allgemeinen betreffenden Zweifel, für alle Provinzen Unserer Monarchie, in welchen das A. L. R. Kraft hat, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, wie folgt:

§. 1. Mit dem Ablaufe von 2 Jahren verjähren die Forderungen:

1) der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, ingleichen der Apotheker für gelieferte Arzneimittel.
Ausgenommen hiervon sind solche Forderungen, welche in Bezug auf den Gewerbsbetrieb des Empfängers der Waare oder Arbeit entstanden sind.
2) der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker wegen der an ihre Arbeiter gegebenen Vorschüsse;
3) der öffentlichen und Privat-Schul- und Erziehungs-, so wie der Pensions- und Verpflegungs-Anstalten aller Art für Unterhalt, Unterricht und Erziehung;
4) der öffentlichen und Privatlehrer hinsichtlich der Honorare, mit Ausnahme derjenigen, welche bei den Universitäten und anderen öffentlichen Lehranstalten reglementsmäßig gestundet werden;
5) der Fabrikarbeiter, Handwerksgesellen, Tagelöhner und anderer gemeiner Handarbeiter wegen rückständigen Lohnes;
6) der Fuhrleute und Schiffer hinsichtlich des Fuhrlohnes und Frachtgeldes, so wie ihrer Auslagen;
7) der Gast- und Speisewirthe für Wohnung und Beköstigung.

---

[1]) Diese Ansicht hatte der II. Sen. des Ob. Trib. bereits in dem Präj. Nr. 187. v. 10. März 1837 (Präj. Samml. S. 38, J. W. 1838 S. 701) angenommen. Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 15. Jan. 1842 erkannt.
(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 272.)

[2]) Bei Abfassung des auf den Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1838 gegründeten Urtels v. 13. ej. m. kam es zunächst darauf an, ob bei einer auf Kündigung lautenden Schuldforderung der Anfang der Verjährung durch Nichtgebrauch überhaupt davon abhange, daß eine Kündigung erfolgt sei; die der obigen Entscheidung zum Grunde liegende Sache gab dagegen Veranlassung, die Frage über die Berechnung der Frist in Erwägung zu ziehen.
(Vergl. Entsch. Bd. 7. S. 203 Anm. 1.)

[1]) Vergl. darüber die Aufsätze von Weichsel und König im Centralbl. 1841 S. 244, 348 u. 438. — Ueber die Entstehungsgeschichte und die Motive dieses Gesetzes: Dr. Löwenberg's Beitr. Bd. 1. S. 77 ff. und Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 1. S. 142 ff.

§. 2. Mit dem Ablaufe von 4 Jahren verjähren die Forderungen:
1) der Kirchen, der Geistlichen und anderer Kirchenbeamten wegen der Gebühren für kirchliche Handlungen;
2) der Kommissarien öffentlicher Behörden, der Justiz-Kommissarien und gerichtlichen Anwalte, der Notare, der Medizinalpersonen, mit Ausnahme der Apotheker, der Feldmesser und Kondukteure, der Auktions-Kommissarien, der Mäkler und überhaupt aller derjenigen Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, oder sonst aus der Uebernehmung einzelner Arten von Aufträgen ein Gewerbe machen, so wie der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen;
3) der Haus- und Wirthschafts-Offizianten, der Handlungsgehülfen und des Gesindes an Gehalt, Lohn und anderen Emolumenten;
4) der Lehrherren hinsichtlich des Lehrgeldes;
5) wegen der Rückstände an vorbedungenen Zinsen[1]), an Mieths- und Pachtgeldern, Pensionen, Besoldungen, Alimenten, Renten und allen anderen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, es mag das Recht dazu im Hypothekenbuche eingetragen sein oder nicht;
6) wegen Rückstände von Abgaben, die in Folge einer vom Staate besonders verliehenen Berechtigung an Privatpersonen zu entrichten sind, als Wege- und Brückengelder u. s. w.;
7) auf Erstattung ausgelegter Prozeßkosten von dem dazu verpflichteten Gegner;
8) auf Nachzahlung der von den Gerichten, General-Kommissarien, Revisions-Kollegien und Verwaltungsbehörden gar nicht oder zu wenig eingeforderten, oder auf Erstattung der an dieselben zu viel gezahlten Kosten, mit Einschluß der Stempel- und Portogefälle; ausgenommen bleiben jedoch die Werthstempel, welche mehr als ein Prozent betragen, oder zu Verträgen und Schuldverschreibungen zu verwenden sind.

§. 3. Wegen der Verjährungsfristen für öffentliche Abgaben, welche an den Staat, an eine Gemeine oder Korporation zu entrichten, oder als Provinzial-, Bezirks-, Kreis- oder Gemeinelast, oder zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten aufzubringen sind, wird eine besondere Verordnung vorbehalten; bis dahin verbleibt es bei den darüber bestehenden Vorschriften, soweit dieselben nicht durch den §. 2. Nr. 8. dieses G. abgeändert worden sind.

§. 4. Bestehen bei den in §§. 1. u. 2. aufgeführten Forderungen unter besonderen Verhältnissen nach den bisherigen Gesetzen noch kürzere Verjährungsfristen (z. B. §. 141. des Anh. zum A. L. R.), so behält es dabei sein Bewenden.

§. 5. Die Verjährung fängt an in Betreff:
1) der Gebühren und Auslagen der im §. 2. Nr. 2. genannten Personen, in sofern ihre Forderungen einer Festsetzung durch die vorgesetzte Behörde bedürfen, mit dem letzten Dec. desjenigen Jahres, in welchem sie im Stande gewesen sind, die Liquidation zur Festsetzung einzureichen;
2) der in Prozessen und Untersuchungen vorkommenden Gerichtskosten, Stempel- und Portogefälle mit dem letzten Dec. desjenigen Jahres, in welchem der Prozeß oder die Untersuchung durch rechtskräftiges Erkenntniß, Entsagung oder Vergleich beendet worden ist. Unter Prozeß ist jede Art des gerichtlichen Verfahrens zu verstehen, welche Gegenstand des ersten Theils der A. G. O. ist;
3) aller übrigen in den §§. 1. u. 2. aufgeführten Forderungen mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten Dec., und wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt ist, mit dem letzten Dec. desjenigen Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist.

§. 6. Der Lauf der in den §§. 1. u. 2. bestimmten Verjährungen wird dadurch nicht unterbrochen, daß das Verhältniß, aus welchem die Forderungen entstanden sind, fortgedauert hat.

§. 7. Gegen solche Forderungen, welche zur Zeit der Publikation dieses Gesetzes bereits fällig waren, können die in den §§. 1. u. 2. vorgeschriebenen kürzeren Fristen nur vom letzten Dec. 1838 an gerechnet werden.

Bedarf es zur Vollendung der bereits angefangenen Verjährung nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften nur noch einer kürzeren Frist, als der in dem gegenwärtigen Gesetze bestimmten, so hat es bei jener kürzeren Frist sein Bewenden.

§. 8. Bei Abgaben, Leistungen und Zahlungen, die von einer Behörde eingezogen werden, welche befugt ist, solche ohne vorgängige gerichtliche Entscheidung exekutivisch beizutreiben, tritt die Unterbrechung jeder Art der Verjährung durch die Zustellung des Zahlungsbefehles ein.

§. 9. Bei denjenigen Forderungen, bei welchen ein prozessualisches Verfahren vor Gericht nicht zuläßig ist, wird jede Verjährung durch schriftliche Anmeldung des Anspruches bei der kompetenten Verwaltungsbehörde unterbrochen.

[1]) Auch die Zinsen von Staatsschulden (V. v. 17. Jan. 1820 §. XVII., G. S. S. 14, G. v. 7. Juni 1821, G. S. S. 96, K. O. v. 18. Sept. 1822, G. S. S. 213.) Desgl. die Koupons der Rentenbriefe. (G. v. 2. März 1850 §. 36., G. S. S. 118.)

§. 10. Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist. Eine Ausnahme hiervon findet jedoch statt, wenn wegen des Anspruches eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist, in diesem Falle tritt, anstatt der ursprünglichen kürzeren, die ordentliche Verjährungsfrist ein.

Urkundlich ꝛc. (G. S. 1838 S. 249.)

II. Erläuterungen des Gesetzes v. 31. März 1838.

1) Zum Eingange des Gesetzes.

a) R. v. 9. Mai 1840. Der Zweck des Ges. v. 31. März 1838 ist der, die Unsicherheit des Rechts zu verhüten, welche durch das Hinschleppen von Schuldverhältnissen herbeigeführt wird.
(J. M. Bl. 1840 S. 173.)

Vergl. unten zum §. 10. des G. v. 31. März 1838.

b) R. v. 23. Febr. 1841. Bei Erlaß des Ges. v. 31. März 1838 ist:

a) zwar beabsichtigt worden, eine Bestimmung in dasselbe aufzunehmen, der zufolge mit Aufhebung der §§. 568. u. 569. h. t. der Verlust des Rechtes als Folge der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgesprochen werden sollte; es ist indeß hiervon im Laufe der Berathungen abstrahirt worden.

b) Auch die Frage, ob die Restitution gegen die kürzeren Verjährungsfristen fernerhin nachzulassen, ist dabei zur Berathung gekommen; aus Rücksicht auf die Verbindung, worin diese Frage mit der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt steht, hat man aber Anstand genommen, sich bei Gelegenheit dieses Gesetzes darauf einzulassen.

c) Es ist zwar nicht ausdrücklich angeordnet, daß dem Verklagten von der erfolgten Anmeldung einer Klage, die der Kläger demnächst liegen läßt, Nachricht zu geben, da es aber für den Verklagten von Wichtigkeit ist, davon Kenntniß zu erhalten, so ist es angemessen, daß die Gerichte ihn von der erfolgten Anstellung der Klage und der dadurch bewirkten Hemmung der Verjährung benachrichtigen, wovon der Kläger, als Extrahent, die Kosten tragen muß. (J. M. Bl. 1841 S. 109.)

2) Zu §§. 1. sqq. des G. v. 31. März 1838.

a) Ueber die Frage: ob die kurzen Verjährungen des Ges. v. 31. März 1838 auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen anfangen, und wegen der Restitution gegen den Ablauf dieser kurzen Verjährungen vergl. die Erg. zu den §§. 531. u. 535. h. t.

b) Forderungen aus der Geschäftsbesorgung, — durch Bezahlung einer der kurzen Verjährung unterworfenen Schuld, — verjähren nicht in der kurzen, sondern nur in der gewöhnlichen Frist. Wenn also ein Dritter statt des Schuldners die der kurzen Verjährung unterliegende Schuld vor Ablauf der Verjährung bezahlt, so verjährt sein Ersatzanspruch gegen den Schuldner nur in der gewöhnlichen Frist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1846.
(Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 326.)

3) Zum §. 1. des G. v. 31. März 1838.

Bei der Anwendung des §. 1. des Ges. findet kein Unterschied statt, ob die Forderung gegen den eigentlichen Kontrahenten oder gegen einen anderen an dessen Stelle tretenden Verpflichteten geltend gemacht wird.

Angenommen von dem V. (Rheinischen) Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Okt. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 60 Nr. 18.)

4) Zum §. 1. Nr. 1. des G. v. 31. März 1838.

a) Die beiden Sätze, welche in dem §. 1. Nr. 1. des Ges. ausgesprochen werden, enthalten bestimmte Regeln für verschiedene Fälle. Die eine läßt die gewöhnliche Verjährung bestehen für den Fall, daß die Waare oder Arbeit in Bezug auf den Gewerbebetrieb des Empfängers geliefert worden; die andere statuirt für den entgegengesetzten Fall die kürzere Verjährung. Ob in einem gegebenen Falle die gewöhnliche oder die kurze Verjährung Anwendung finde, hängt von der Bestellung oder vielmehr von der Angabe des Bestellers über den Zweck der Verwendung ab. Fehlt eine Angabe, dann muß vom Richter nach Beschaffenheit des Gewerbes und der Qualität und Quantität der gelieferten Waaren der Arbeiten geprüft werden, ob der eine oder der andere der Fälle eintrete.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. 28. Jan. 1848. (Rechtsf. Bd. 3. S. 321 Nr. 157.)

b) Die Ausschließung der kurzen Verjährung von zwei Jahren bei solchen Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, »welche in Bezug auf

den Gewerbebetrieb des Empfängers der Waare oder Arbeit entstanden sind«, wird nicht bedingt dadurch:

α) daß die Lieferung der Waare oder Arbeit für ein noch nicht förmlich eröffnetes, sondern noch erst in der Einrichtung begriffenes Gewerbe geschah, oder

β) die Waare oder Arbeit nicht dazu bestimmt war, vom Empfänger weiter verarbeitet oder verwerthet zu werden, sie ihm vielmehr nur sonst zum Zwecke seines Geschäfts dienen sollte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1848. (Präj. Nr. 2078.)

(Präj. Samml. S. 409, Entsch. Bd. 17. S. 505.)

Vergl. über die Auslegung der Worte: »in Bezug auf den Gewerbebetrieb« auch: Weichsel im Centralbl. 1841 S. 252 ff., 351 ff., 444, König a. a. O. S. 351 ff., Gräff's Arch. Bd. 1. S. 148.

c) Zur Ausschließung der kurzen Verjährung von zwei Jahren hinsichtlich der Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Künstler und Handwerker für Waaren und Arbeiten, welche in Bezug auf den Gewerbebetrieb des Empfängers derselben entstanden sind, ist nicht erforderlich, daß die Waaren und Arbeiten direkten und unmittelbaren Bezug auf die Produktionen des Geschäftes haben sollen, oder daß sie zum Zwecke derselben oder des Geschäftes wirklich verwendet sind; es genügt vielmehr, daß dieselben zum Zwecke des Geschäftes gekauft resp. gedungen worden sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1852, auf Grund des Schlußsatzes im §. 1. Nr. 1. des G., wonach nichts weiter erforderlich sei, als daß die Waaren dem Empfänger zum Zwecke seines Geschäftes dienen sollen, ihr direkter und unmittelbarer Bezug auf die Produktionen des Geschäftes aber nicht erfordert werde; so wie in Bezugnahme des Präj. v. 8. Nov. 1848 Nr. 2078 [1]).

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 254 Nr. 57.)

d) Die kurzen Verjährungsfristen des §. 1. Nr. 1. können den Gewerbetreibenden nur von Privaten in Bezug auf die für Waaren und Arbeiten gemachten Forderungen entgegengesetzt werden, finden daher auf die Verkehrsverhältnisse der Gewerbetreibenden untereinander keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1852, weil die Verkehrsverhältnisse der Gewerbetreibenden untereinander nicht die Rücksichten erheischen, welche in der Einl. des G. als dessen Anlässe angegeben worden.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 248 Nr. 51.)

e) Ob Jemand im Sinne des §. 1. zu den »Gewerbetreibenden« zu rechnen, hängt von der Verpflichtung desselben zur Zahlung von Gewerbesteuer nicht ab.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1853, weil es nach der Gewerbesteuer-Gesetzgebung auch steuerfreie Gewerbe giebt. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 92 Nr. 22.)

f) Der Betrieb der Landwirthschaft und insbesondere der von einem bäuerlichen Besitzer betriebene Ackerbau ist kein Gewerbebetrieb im Sinne des §. 1.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept 1852 und 6. Dec. 1853, weil die Landwirthschaft zwar ein Lebensberuf, aber kein Gewerbe sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 248 Nr. 51. u. Bd. 11. S. 92 Nr. 22.)

Dasselbe hat die III. Abtheil. des Civil-Sen. des Kammergerichts unterm 2. Juli 1853 (Präj. Nr. 13.) angenommen.

g) Unter den Kaufleuten, deren Waarenforderungen einer Verjährung von zwei Jahren unterliegen, sind auch Pferdehändler zu verstehen.

Erkannt von dem V. (Rheinischen) Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1854.

Es muß das Ges. v. 31. März 1838 im Zweifel nach dem in dem A. L. R. angenommenen Sprachgebrauche erklärt werden. Es nennt aber das A. L. R. II. 8. §. 475. Jeden »Kaufmann«, der den Handel mit Waaren oder Wechseln als sein Hauptgeschäft betreibt, und nur besondere Rechte der Kaufleute sind nach §§. 480., 482., 486. u. 487. noch an andere Bedingungen geknüpft. Wenn nun der §. 1. der V. neben den Kaufleuten noch die Fabrikunternehmer und Krämer besonders hervorhebt, so hat hiermit der Begriff der Kaufleute nicht beschränkt, sondern im Gegentheil einer beschränkenden Auslegung, wie sie aus §. 480 etwa hergeleitet werden könnte, vorgebeugt werden sollen. Dies zeigt auch das ausgesprochene Motiv des Ges. v. 31. März 1838, daß der Unsicherheit des Rechtes, welche aus der langen Dauer der ordentlichen Verjährung durch Nichtgebrauch entspringt, bei Forderungen, welche sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegen, abgeholfen werden solle, ein Motiv, welches in gleicher Zeit auf alle diejenigen paßt, welche der §. 475. unter den Begriff »Kaufmann« bringt, mögen sie die Vorrechte der Kaufleute haben oder wegen Nichttheilnahme an der Innung entbehren. Da nun lebende Thiere, insbesondere Pferde, als Waare eben sowohl wie andere Werthgegenstände dem Handelsverkehr angehören, so ist kein Grund vorhanden, Pferdehändler von dem Begriff der Kaufleute auszunehmen, was auch das Gewerbesteuer-Ges. v. 30. Mai 1820 in den §§. 3. u. 5. nicht gethan, indem es den Begriff »Kaufleute« überhaupt nicht definirt und bei Aufzählung der Gewerbetreibenden, welche Steuer vom Handel zu bezahlen haben, die verschiedenen Arten der Handeltreibenden, nämlich die mit und die ohne kaufmännische Rechte unter Litt. a. und b. nur erwähnt. (Entsch. Bd. 31. S. 100.)

h) Die kürzere Verjährung der Waarenschulden findet nicht bloß auf reine Preisgeschäfte, sondern auch auf Forderungen aus einem Waarentausche Anwendung.

Erkannt von dem V. (Rheinischen) Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1854, weil der §. 1. nicht nach der Natur des Geschäfts unterscheidet, und weil eine bedungene Handlung bei einem Waarentausche nicht weniger wie ein reiner Kaufpreis zu den Forderungen gehört, welche sogleich oder doch in kurzer Frist berichtigt zu werden pflegen. (Entsch. Bd. 31. S. 100.)

i) Die Ansprüche eines Bauunternehmers aus einem Bauentreprise-Kontrakte sind der kurzen Verjährung aus dem §. 1. Nr. 1. nicht unterworfen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1856.

Weder nach den Worten, noch nach den Motiven des §. 1. Nr. 1. fallen dergleichen Ansprüche unter diese Bestimmung. Auch ergiebt der Zusammenhang des Gesetzes, daß dies nicht anzunehmen ist. Denn gegen die Forderungen der von dem Bauunternehmer gedungenen anderen Bauhandwerker würde jener sich, wenn dieselben auch erst nach Ablauf von zwei Jahren gegen ihn geltend gemacht würden, mit dem Einwande der zweijährigen Verjährung nach der Ausnahmevorschrift des §. 1. Nr. 1. nicht schützen können; ihm selbst würde aber, wenn er auch nur durch diese Zögerung der von ihm gedungenen Handwerker an Verfolgung seines Anspruches gegen den Bauherrn verhindert worden wäre, die zweijährige Verjährung entgegenstehen. Eine solche Ungleichheit des Rechtsverhältnisses kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein.

(Entsch. Bd. 34. S. 97, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 63. Nr. 12.)

5) Zum §. 1. Nr. 5. des G. v. 31. März 1838.

a) Bei Anwendung des §. 1. Nr. 5. kommt es auf die subjektive Stellung der Personen dieser Arbeiterklassen an, nicht auf die Beschaffenheit ihrer Leistung allein, oder auf das Produkt ihrer Werkthätigkeit; die Voraussetzung ist eine Verdingung in dem untergeordneten Verhältnisse, welches die Bezeichnung dieser Arbeiterklasse andeutet.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. Aug. 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 180 Nr. 89.)

b) Eine Lohnforderung wird der kürzeren Verjährung von zwei Jahren nicht schon dadurch entzogen, daß sie auf eine Bereicherung des Verklagten durch die geleisteten Dienste gegründet wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. April 1845. (Präj. Nr. 1559.) (Präj. Samml. S. 409.)

6) Zum §. 1. Nr. 6. des G. v. 31. März 1838.

Bei Anwendung des §. 1. Nr. 6. ist lediglich auf die Beschaffenheit der Forderung (Lohn für gemiethetes Fuhrwerk) zu sehen, nicht auf die Person des Gläubigers, namentlich darauf, ob er Eigenthümer oder nur Miether der Transportmittel sei; ob er den Transport als Gewerbe treibe oder nur in einem einzelnen Falle den Transport von Personen oder beweglichen Gegenständen für Lohn übernommen habe.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Mai 1845.

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß es unerheblich ist, ob Jemand die Anfuhren selbst besorgte oder sich dazu wieder anderer Fuhrleute bediente. Auch spricht für diese Meinung die Analogie anderer Gesetze. Nach §. 1. des Ges. v. 14. April 1824 (G. S. S. 79) soll es bei Fuhrleuten keinen Unterschied machen, ob sie Eigenthümer des Fuhrwerks sind oder nicht, und dieses Gesetz soll nach der K. O. v. 5. April 1835 (G. S. S. 235) auch auf solche

[1]) Vergl. ob. sub b.

Personen angewendet werden, welche, ohne das Fuhrmannsgewerbe zu betreiben, in einem einzelnen Falle Güter zum Transport für Lohn übernommen haben. Wenn diese Gesetze auch von einem anderen Falle sprechen, so ergiebt sich doch aus ihnen, daß der Gesetzgeber, welcher nirgends eine Definition von Fuhrleuten gegeben hat, die Eigenschaft eines Fuhrmannes nicht gerade von dem Eigenthümer des Fuhrwerks oder von der Betreibung des Fuhrmannsgewerbes abhängig gemacht hat. Es kann daher in Beziehung auf die Verjährung nicht darauf ankommen, ob Jemand Fuhrlohn und resp. Frachtgeld mit eigenem oder fremdem Fuhrwerk verdient, ob er Fuhrleute verdungen oder angedungen hat, und ob das dabei Ersparte ihm zu Gute kommt oder nicht. Die Fuhren selbst werden ihm vergütet; er kann nicht mehr Rechte haben, als diejenigen von ihm angenommenen Fuhrleute, welche die Fuhren selbst verrichtet haben. Wäre die entgegengesetzte Auslegung richtig, so könnte es sich ereignen, daß, während ein derartiger Fuhrmann-Entrepreneur sich gegen die wohl gegründeten Ansprüche der Fuhrleute selbst mit der Verjährung schützen könnte, er dasselbe von ihm gar nicht verdiente oder entrichtete Fuhrlohn von demjenigen, mit welchem er den Fuhrkontrakt geschlossen, würde fordern können, ohne daß ihm die Verjährung entgegen stände. Eine solche Anomalie kann aber der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben, welcher als ratio legis im Eingange ausdrücklich angegeben hat, daß bei Forderungen, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegen, aus der langen Dauer der für die Verjährung durch Nichtgebrauch im A. L. R. I. 9. §§. 546. u. 629. vorgeschriebenen Fristen eine Unsicherheit des Rechts entstehe. Zugleich ergiebt sich aber auch aus diesem ausdrücklichen Grunde des Gesetzes, daß besonders auf die Beschaffenheit der Forderung selbst hat gesehen werden sollen, nicht aber auf die Person des Gläubigers, daß es daher hauptsächlich auf jene ankommt.

(Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 3. S. 83.)

Derselben Ansicht ist Gerken in dem Auff. in Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 544 gegen die dort mitgetheilten entgegengesetzten Entscheidungen nicht bezeichneter Gerichte.

7) Zum §. 2. Nr. 2. des G. v. 31. März 1838.

Auch der Mäklerlohn nicht kaufmännischer Agenten für Vermittelung von Lieferungsgeschäften unterliegt der vierjährigen Verjährung nach §. 2. Nr. 2., insofern der Vermittler aus der Uebernahme von solchen Aufträgen gegen Entgelt ein Geschäft gemacht hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 163 Nr. 41.)

8) Zum §. 2. Nr. 3. des G. v. 31. März 1838.

a) Die Ansprüche des Gesindes auf Vergütigung für geleistete Dienste verjähren binnen vier Jahren auch dann, wenn der Betrag des zu zahlenden Lohnes nicht vorher verabredet worden ist, vielmehr nach Vorschrift des §. 33. der Gesinde-O. v. 8. Nov. 1810 festgestellt werden muß.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1856; weil auch in diesem Falle das, was dem Gesinde als Gegenleistung für seine Dienste zu gewähren, nicht als Ersatz eines erlittenen Schadens, sondern als Vergütigung oder Belohnung für seine Mühe und Arbeit zu betrachten sei (Gesinde-O. v. 8. Nov. 1810. §§. 32. u. 33.).
(Entsch. Bd. 33. S. 263.)

Dieser Grundsatz gilt auch in Betreff des Dienstlohnes der Haus-Offizianten.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 3. Febr. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 316 Nr. 73.)

b) Die Anwendung des §. 2. Nr. 3. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Emolumente eines Wirthschafts-Offizianten erst durch eine von dem Prinzipal zu legende Rechnung dem Betrage nach festgestellt werden können.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1851, da das Gesetz einen solchen Unterschied nicht mache.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 181 Nr. 37.)

9) Zum §. 2. Nr. 5. des G. v. 31. März 1838.

a) Wenn von einem Schuldkapitale Zinsen vorbedungen waren, so unterliegen auch bei hinzugetretenem Verzuge des Schuldners die über zehn, resp. über vier Jahre hinausgehenden Rückstände der Verjährung, nicht aber die durch den Verzug begründeten Mehrzinsen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. April 1846. (Präj. Nr. 1731.) (Entsch. Bd. 12. S. 17.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 849.

b) Die mit einem verzinslichen Kapitale zugleich zuerkannten und seit dem Tage der Rechtskraft des Urtels laufenden vorbedungenen Zinsen unterliegen der kürzeren Verjährung des §. 2. Nr. 5.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. März 1850. (Präj. Nr. 2199.)

Die zuerkannten vorbedungenen Zinsen sind Konventionalzinsen geblieben und daher nicht als eine Entschädigung des Gläubigers für die verspätete Kapitalszahlung, sondern, gleich dem Kapitale selbst, als eine vertragsmäßige Leistung zu erachten, für welche schon der Vertrag den Zahlungstag bestimmt hat. Eben deshalb ist es aber auch die Pflicht des Gläubigers, binnen der gesetzlichen Frist von dem ihm vertragsmäßig eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, und sich durch seine Säumniß nicht einem theilweisen Verluste seiner selbstständigen Forderung auf die vorbedungenen und zur bestimmten Zeit fälligen Kapitalszinsen auszusetzen. In Beziehung auf derartige Zinsen ist die kürzere Verjährung nach §. 849. A. L. R. I. 11. auf einen zehnjährigen Zeitraum festgesetzt worden. Das Gef. v. 31. März 1838 hat im §. 2. Nr. 5. jenen Zeitpunkt in Betreff der Konventionalzinsen schon auf den Ablauf von vier Jahren eingeschränkt. Der §. 10. des Gef. läßt zwar die ordentliche Verjährung ausnahmsweise in dem Falle zu, wenn wegen eines Anspruchs eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist. Dieser Anspruch betrifft jedoch im vorliegenden Falle nur die Kapitalsforderung selbst, nebst den davon rückständigen Zinsen bis zum Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses. Für die laufenden Zinsen, als eine zwar durch den Vertrag begründete und durch das eine zinstragende Forderung zuerkennende Judikat festgesetzte, aber jedesmal erst mit dem Eintritt eines gewissen Zeitabschnittes fällige Forderung, die eben deshalb in Beziehung auf die Verjährung schon ihrer Natur nach nicht nach jener Vorschrift beurtheilt werden kann, vielmehr den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unterliegt, enthält der §. 2. Nr. 5. die Regel. Dergleichen Zinsen müssen gehörig eingefordert werden, sobald der Zeitpunkt gekommen ist; denn ihre Beschaffenheit ist unverändert geblieben, und das Gesetz enthält keine Ausnahme für diesen Fall, die überdies nach dem Sinne und Endzwecke der Verordnung sich nicht rechtfertigen ließe. Es findet deshalb auch die kürzere Verjährungsfrist in der Regel auf diejenigen Rückstände der seit dem Judikate laufenden Kapitalszinsen Anwendung, welche nach §. 7. des Gef. über den im §. 2. bestimmten Zeitraum hinausliegen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 140, Entsch. Bd. 20. S. 120.)

c) Unter der »Besoldung« des §. 2. Nr. 5. ist lediglich eine Gehaltssumme zu verstehen, und daher unterliegen die Entschädigungsforderungen eines städtischen Beamten für die Entziehung der Dienstwohnung und des Dienstlandes nicht der vierjährigen Verjährung dieses Gesetzes.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 222 Nr. 55.)

d) Einer Mutter, welche ihre außer der Ehe erzeugten Kinder selbst verpflegt hat, darf der Schwängerer den Einwand der kurzen Verjährungsfrist nicht entgegensetzen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1691.) (Präj. Samml. S. 410.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 12. Nov. 1846 angenommen.

Durch die erfolgte Ernährung der Kinder ist diese Verbindlichkeit des natürlichen Vaters getilgt, also von einer Einforderung von Alimenten nicht weiter die Rede. Tritt die Mutter der Kinder oder ein Dritter mit einem Anspruche hervor, weil sie oder der dritte Kläger statt des unehelichen Vaters die Kosten des Unterhaltes bestritten haben, so verfolgt sie nicht eine Forderung wegen rückständiger Alimente, vielmehr macht sie Erstattung eines dem Verklagten geleisteten Vorschusses geltend. Hat sie diesen in Folge eines ihr ertheilten Auftrages für den Verklagten geleistet, so ist dies sofort klar, und es wird Niemand einfallen, die actio mandati contraria in dieser Beziehung unter das Gef. v. 31. März 1838 zu subsumiren. Dasselbe muß aber auch von der ganz analogen actio negotiorum gestorum contraria und beziehungsweise der Klage aus der nützlichen Verwendung gelten. Zwar ist die Alimentationspflicht des Verklagten in einem solchen Falle die Veranlassung der gemachten Auslage, den nächsten Klagegrund aber bildet nicht sie, sondern die Thatsache ihrer Tilgung und der von der Klägerin gemachten Aufwendung aus ihren Mitteln; und dies sind in dem Verhältnisse der Klägerin zu dem Verklagten keine Alimente mehr, sondern ein dem Verpflichteten gemachter Vorschuß, den die Klägerin mit einer von der dem zu Alimentirenden zustehenden, ganz verschiedenen Klage verfolgt, der mithin auch der für diese verordneten kürzeren und nie eingetretenen Verjährung nicht unterworfen sein kann. Selbst der §. 46. A. L. R. I. 16., wenn er, wie nicht der Fall, hier anwendbar wäre, wo es sich um eine eigentliche Zahlung nicht handelt, könnte zu keinem abweichenden Resultate führen, da er dem Zahlenden nur in Rücksicht auf die Wiedereinforderung der gezahlten Summe auch ohne Cession die Rechte des ursprünglichen Gläubigers verleiht, die anderweiten Vorrechte der ersten Forderung 2c. aber nach §§. 47. und 48. a. a. O. nur durch eine förmliche Cession erworben werden.

(Entsch. Bd. 14. S. 227.)

Vergl. übrigens §. 10. des G. v. 24. April 1854 in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 1015—1119.

e) Die im §. 2. Nr. 5. vorgeschriebene kurze Verjährung von Alimenten in Zeit von vier Jahren setzt voraus, daß die Alimente, um deren Einklagung es sich handelt, bereits bei der Einklagung in quali et quanto feststehen; die Vorschrift findet daher auf Alimente keine Anwendung, die erst mit der Schwängerungsklage nach Ablauf von mehr als vier Jahren seit der Geburt des Kindes eingeklagt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Aug. 1848. (Präj. Nr. 2039.)

Der §. 2. Nr. 5. spricht nur von »Rückständen« an vorbedungene Zinsen ꝛc.; von Alimenten eines unehelichen Kindes aber, die erst mit dem Antrage eingeklagt worden, den unehelichen Vater zu deren Zahlung zu verurtheilen, die also vor rechtskräftiger Entscheidung des Schwängerungsprozesses noch gar nicht feststehen, läßt sich gar nicht sagen, daß sie, in soweit sie aus der Zeit vor Anstellung der Klage gefordert worden, »Rückstände von Alimenten« seien.

(Präj. Samml. S. 410, Entsch. Bd. 16. S. 512, Rechtsf. Bd. 4. S. 250 Nr. 122.)

Vergl. übrigens §. 10. des G. v. 24. April 1854 in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 1015—1119.

d) Die Rückstände vorbedungener Leistungen, die in dem überlassenen Fruchtgenusse von Grundstücken bestehen, deren Bestellung der Eigenthümer derselben zu Gunsten des Berechtigten vertragsmäßig übernommen hat, unterliegen nicht der kurzen Verjährungsfrist des §. 2. Nr. 5., insbesondere wenn die Verpflichtung im Hypothekenbuche eingetragen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1852.

Der §. 2. Nr. 5. spricht nur von Forderungen, deren Gegenstand nach seinem allgemeinen Charakter auf ein Zahlen, ein Geben (dare), ein Prästiren fungibler Sachen oder ihnen gleichstehender Geldäquivalente hinausläuft; und selbst da, wo der Wortausdruck des Gesetzes dies zweifelhaft lassen könnte — bei Rückständen an Alimenten und zu anderen bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen — ist aus dem Zusammenhange des Gesetzes zu entnehmen, daß sie ein dare, ein praestare von Sachen, keinesweges aber ein bloßes Dulden oder Leisten von Handlungen auf Seiten des Präskribirenden zum Gegenstande haben. Hierfür sprechen — außer der Nomenklatur, der sich das Gesetz in den §§. 1. u. 2. bedient — auch die von ihm vielfach in Beziehung der Verpflichtung, resp. Berechtigung gebrauchten Ausdrücke: »berichtigen, entrichten aufbringen, einziehen, beitreiben« (cf. Eingang des Ges. u. §. 2. sub b., §. 3., §. 8.), welche Ausdrücke weder nach der Sprache des gewöhnlichen Lebens, noch des Gesetzgebers auf Handlungen im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes zu beziehen sind. Für diese Auslegung spricht auch die Hinweisung auf das »fällig werden« der im Gesetz aufgezeichneten Forderungen, §. 7. Daher läßt sich eine eingeräumte dringliche Berechtigung der in Rede stehenden Art nicht unter die §§. 1. u. 2. des Ges. subsumiren, ganz abgesehen davon, daß dasselbe in quali et quanto genau bestimmte Zahlungen, Abgaben und Leistungen voraussetzt (Präj. Nr. 2039. v. 10. Aug. 1848), welches in einem Falle von der Beschaffenheit des in Rede stehenden nicht zutrifft, wo die Prästation sich im Wesentlichen auf den usus fructus an einer (nach dem Maße der Einsaat bestimmten) Ackerfläche bezieht; denn der Ertrag hiervon ist ein wechselnder, der zur Einsaat in keinem absolut bestimmten, alljährlich wiederkehrenden Verhältnisse steht.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 35 Nr. 8.)

Die Herausgeber des Archivs bemängeln diese Ausführung, indem sie bemerken:

Das Ges. v. 31. März 1838 hat nur Forderungen, obligatorische, persönliche Rechte zum Gegenstande, bei denen es sich also um ein dare, facere oder praestare einer bestimmten verpflichteten Person handelt. (A. L. R. I. 2. §. 123.) Ob die Thätigkeit des Verpflichteten in einem Geben, Prästiren, Berichtigen, Entrichten, Aufbringen, Einziehen, Beitreiben oder aber in einem Leisten von Handlungen im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes besteht, ist bei der Frage, ob eine obligatio vorhanden, gleichgültig. (Koch's Recht d. Ford. Bd. 1. S. 32 ff.) Der Punkt, um den die richtige Entscheidung der Frage sich bewegt, ist vielmehr der, ob der Anspruch als eine Forderung anzusehen sei, oder als die Geltendmachung eines jus in re, und hierüber verbreitet sich die Entscheidung nicht. (a. a. O. S. 37.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde hatte ausgeführt, daß der Anspruch ein Entschädigungsanspruch obligatorischer Natur, keinesweges aber bloß die Geltendmachung eines dinglichen Rechtes (Nießbrauch) sei, und deshalb der Verjährung des G. v. 31. März 1838 unterliege. (a. a. O. S. 36.)

e) Die für eine nicht gewährte Holzungsgerechtigkeit zu zahlende Geldentschädigung unterliegt auch dann nicht der kürzeren Verjährung von vier Jahren, wenn diese Geldentschädigung auf den Grund jährlicher Durchschnittsbeträge nach jährlichen Terminen gefordert wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1850; denn ein solcher Anspruch falle nicht unter die Kategorie der zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, sondern sei eine Entschädigungsforderung.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 102 Nr. 21.)

f) Die Verjährung des §. 2. Nr. 5. findet keine Anwendung, wenn es sich um ein in bestimmten Terminen zu bezahlendes Kaufgeld handelt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Dec. 1851; denn es passe darauf der Begriff von zu bestimmten Terminen wiederkehrenden Abgaben und Leistungen nicht.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 205 Nr. 43.)

10) Zum §. 2. Nr. 7. des G. v. 31. März 1838.

Der Anspruch eines Interessenten in Separationssachen gegen die übrigen Theilnehmer des Geschäfts für Vergütung der dem Kommissarius oder Geometer gegebenen Wohnung u. s. w. unterliegt der kurzen Verjährungsfrist aus dem G. v. 31. März 1838 nicht.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für Landes-Kultur-Sachen (Datum des Erk. konstirt nicht), weil keine einzige Bestimmung des alleg. Gesetzes auf solche Auslagen passe.

(Zeitschr. d. Rev. Kolleg. Bd. 4. S. 407.)

11) Zum §. 2. Nr. 8. des G. v. 31. März 1838.

a) In Beziehung auf die Zulässigkeit der vierjährigen Verjährung macht es keinen Unterschied, ob das Zuvielgezahlte an Kosten in der Ueberschreitung der Sportelsätze in quanto oder in der überhaupt unzulässigen Ansetzung der monirten Kosten an sich seinen Grund hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. März 1849. (Präj. Nr. 2113.)

Die Distinktion bei zur Ungebühr angesetzten Kosten zwischen solchen, die in einer Ueberschreitung der gesetzlichen Sportelsätze in quanto bestehen, und solchen, die in casu concreto gar nicht in Ansatz gebracht werden durften, entspricht weder der Wortfassung, noch dem Sinne der V. v 31. März 1838; denn nach §. 2. verjähren mit dem Ablaufe von 4 Jahren die Ansprüche der Gerichte auf Nachzahlung der gar nicht oder zu wenig eingeforderten, oder auf Erstattung der an dieselben zu viel gezahlten Kosten. Nach Ablauf jener Frist können sonach Ansprüche an die Kasse wegen zu viel gezahlter Kosten, d. h. solcher, welche mehr entrichtet sind, als den gesetzlichen Bestimmungen gemäß gefordert werden durften, nicht mehr geltend gemacht werden. Auf den Grund der Reklamation kann es hierbei nicht ankommen und es insbesondere nicht von Gewicht sein, ob das »zu viel« Gezahlte und resp. Erforderte dadurch entstanden ist, daß die Sätze des Tarifs bei einer oder mehreren Positionen überschritten oder eine Position in einem Falle in Ansatz gebracht ist, in welchem sie nicht genommen werden durfte, oder endlich eine Sportel mitliquidirt ist, die in Folge der neuen Sporteltaxe für fortfallend zu erachten ist. In allen diesen Fällen hat der Zahlende mehr als er verpflichtet war, mehr als mit Recht von ihm verlangt werden durfte, also »zu viel« gezahlt. Die Beifügung der Worte »an Kosten« war nothwendig zur Bezeichnung des Geleisteten und kann nur so verstanden werden, daß die Summe, deren Erstattung verlangt wird, als Kosten erfordert und gezahlt sei. Die Absicht jenes Ges. war eine zwiefache; es sollte nämlich einerseits das Publikum gegen die lästige Nachforderung an Kosten geschützt, andererseits aber auch die Kasse der bisher an keine Zeit gebundenen Reklamationen wegen angeblich zur Ungebühr eingezogener und verrechneter Kosten überhoben werden, welche letztere Beschränkung um so nothwendiger wurde, als durch die eintretende Kassation der Akten und Beläge die Prüfung späterer Reklamationen ungemein erschwert wurde. In ersterer Beziehung ist ausdrücklich in jenem Gesetze ausgesprochen, daß es keinen Unterschied macht, ob die Kosten gar nicht oder zu niedrig liquidirt sind; und hiermit korrespondirend ist für den entgegengesetzten Fall allgemein bestimmt, daß auch wegen zu viel gezahlter Kosten nach Ablauf jener 4 Jahre keine Reklamation mehr zulässig sein soll. Es würde dem Sinne jener V. entgegen sein, wenn man jene Bestimmung nur auf solche Fälle restringiren wollte, in denen das »zu viel in Ansatz Gebrachte« durch eine Ueberschreitung der Sätze der gesetzlichen Taxen oder Zugrundelegung einer zu hohen Kolonne herbeigeführt ist; denn eine ungebührliche Erhebung an Kosten, ein Sportelexzeß, eine widerrechtliche Kosteneinziehung ist auch dann nicht minder begangen, wenn z. B. Siegelgelder, Insinuationsgebühren, Kommissionsgebühren, Kopialien in Fällen angesetzt sind, wo sie nach der Sporteltaxe nicht in Ansatz kommen dürfen. Es würde mit dem Zwecke jener V. in Widerspruch stehen, wenn man voraussetzen wollte, daß in

diesen Fällen 30 Jahre hindurch Reklamationen zuläßig sein sollten, während in den anderen Fällen eine vierjährige Frist gesetzt ist. Zu einer solchen Spaltung ist um so weniger Grund, als die Partei durch die Liquidation in den Stand gesetzt ist, viel leichter zu prüfen, ob ein Sportelexzeß dieser Art begangen worden ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 140, Entsch. Bd. 18. S. 178.)

b) Die kürzere Verjährungsfrist ist auch dann anwendbar, wenn der Betrag der zuviel gezahlten Kosten durch den Ansatz überhaupt unzuläßiger, in der Gebührentaxe nicht festgestellter Sätze erwachsen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2237.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 141, Entsch. Bd. 20. S. 535.)

c) Die Vorschrift des §. 2. Nr. 8. ist nicht anwendbar auf Sporteln, welche nicht als Gerichtsgebühren, sondern als dem Gutsherrn zu berechnende Dominialgefälle eingezogen worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1845. (Präj. Nr. 1643.) (Präj. Samml. S. 410.)

d) Der Anspruch auf Rückzahlung von Besitzveränderungsabgaben, welche eine Gutsherrschaft, ohne dazu berechtigt zu sein, erhoben hat, unterliegt nicht der durch das G. v. 31. März 1838 eingeführten vierjährigen Verjährung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. März 1846.

Der §. 2. Nr. 8. hat nur zum Zweck, Nachforderungen und Reklamationen wegen zu viel, zu wenig oder gar nicht gezahlter Kosten den Gerichten, Gen. Kommissionen, Revisions-Kollegien und Verwaltungsbehörden der kurzen Verjährung zu unterwerfen, und findet daher keine Anwendung auf Gefälle, welche als gutsherrliche Abgaben erhoben sind, wiewohl sie ihrer Natur nach unter die aufgehobenen Gerichtssportel gehören. (Entsch. Bd. 13. S. 146.)

e) Mit welchem Jahre beginnt die Verjährung der gerichtlichen Kostenforderungen in Hypothekensachen und anderen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit?

Das Justizmin. hat angenommen, daß es dabei auf den Zeitpunkt ankomme, in welchem die betr. Angelegenheit für beendigt zu erachten und in welchem es nach den bestehenden Anordnungen zuläßig gewesen, die Kosten zu liquidiren und von dem zahlungspflichtigen Interessenten einzufordern; übrigens ist angeordnet, daß die Sache zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, wenn sich die Debenten auf die Verjährung berufen.

Für die Meinung des Justizmin. wird auf das Sportelkassen-Regl. v. 1782 §§. 160. u. 161., die Posener Kassen-Instr. v. 1. Jan. 1835 u. das R. v. 13. Jan. 1842 (J. M. Bl. 1842 S. 36) Bezug genommen. (J. M. Bl. 1848 S. 148.)

Nach einer anderen Ansicht ist anzunehmen, daß die Kostenforderung mit Rücksicht auf die Verjährung erst dann für entstanden zu achten sei, wenn die Kosten liquidirt und festgesetzt worden, weil die Einforderung die Festsetzung voraussetze.

Endlich hat eine dritte Meinung sich dahin ausgesprochen, daß mit jeder einzelnen Verhandlung, Verfügung und resp. Ausfertigung auch die Forderung der dafür anzusetzenden Kosten entstanden sei, und daher mit dem letzten December jeden Jahres die Verjährung der Kosten für alle im Verlaufe desselben vorgekommenen einzelnen Akte beginne. (a. a. O. S. 147.)

f) In Betreff der Sportelreste verordnet die K. O. v. 12. April 1844, daß allemal im vierten Jahre des Rückstandes von den Gerichten zu prüfen, ob die nochmalige Einforderung einen Erfolg verspreche, und daß, wenn dies nicht der Fall, die Niederschlagung zu verfügen, hiernächst aber auf die einmal niedergeschlagenen Kosten niemals wieder zurückzugehen.

Das R. v. 9. Mai 1844 bemerkt hierzu, daß die gänzliche Niederschlagung oder nochmalige Einforderung da nicht eintrete, wo die künftige Einzahlung der Sportelreste wahrscheinlich sei, und eine nochmalige Einforderung zur Unterbrechung der Verjährung nicht nothwendig erscheine, wie dies insbesondere der Fall sei:

α) bei allen Kostenresten, zu deren Abtragung Terminalzahlungen bewilligt oder die auf bestimmte Zeit oder bis zur Beendigung der Sache gestundet worden;

β) bei hypothekarisch eingetragenen oder sonst sicher gestellten Kostenresten; und

γ) bei den in Konkursen oder anderen Prioritätsverfahren liquidirten Kostenresten. (J. M. Bl. 1844 S. 118.)

12) Zum §. 3. des G. v. 31. März 1838.

Die vorbehaltene V. ist das G. v. 18. Juni 1840 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben. (Vergl. unten sub IV.)

13) Zum §. 5. des G. v. 31. März 1838.

a) Die Bestimmung des §. 5., nach welcher die Verjährung mit dem letzten December des resp. Nr. 1., 2., 3. bezeichneten Jahres anfängt, ist dahin auszulegen, daß die Beendigung der Verjährung erst mit dem Ablaufe des letzten Decembers des zweiten, resp. vierten Verjährungsjahres eintritt, mithin während des Laufs dieses Tages noch eine Unterbrechung durch Klage stattfinden kann.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1768.)

Das Gesetz bestimmt hier statt des Fälligkeitstermins der Forderung, der nach allgemeinen Grundsätzen den Anfangspunkt der Verjährung bildet, einen anderen, in der Absicht, durch diese allgemeine Substitution den Gewerbtreibenden, von deren Forderungen es sich hauptsächlich handelt, die Uebersicht über die zur Vermeidung der Verjährung einzuklagenden Forderungen zu erleichtern. Zweckmäßiger Weise ist der Jahresschluß zu einem solchen Termine gewählt, da dann ohnehin die Bücher durchgegangen werden, und auf Einziehung der Ausstände Bedacht genommen wird. Tritt nun der letzte Jahrestag des Fälligkeits-Jahres hiernach an die Stelle des eigentlichen Fälligkeitstermins der Forderung, so muß auch von jenem alles dasjenige gelten, was von diesem gilt. Nun ist aber während des Laufes des Fälligkeitstages die Klage noch nicht nata, denn nach §. 47. A. L. R. I. 3. kommt dieser ganze Tag dem Verpflichteten zu statten; erst mit dem Anbruche des folgenden Tages tritt der Zeitpunkt ein, wo die Klage angestellt werden kann; also darf der Fälligkeitstag selbst bei dem Zeitablaufe der gewöhnlichen Verjährung nicht mitgerechnet werden. Dieselbe Bewandniß hat es auch in Ansehung des bei der kürzeren Verjährung substituirten letzten Dec. — Wie bei der gewöhnlichen Verjährung mit dem auf den Fälligkeitstag folgenden, so fängt hier mit dem 1. Jan. das erste Verjährungsjahr an. Ganz ungewöhnlich und der Absicht des Gesetzes zuwider, wäre eine Berechnung des letzten Dec. als ersten Tages der zweijährigen Frist, wodurch der 30ste dann der Schlußtag würde. Die Worte: die Verjährung beginne »mit dem letzten Dec.«, berechtigen auch nicht zu einer solchen Interpretation, eben so wenig, als dieselbe Platz greifen könnte, wenn es hieße: »daß die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung beginne.« Der letzte Dec. kommt hier demjenigen, gegen den verjährt werden soll, noch zu statten; nicht wenn er anfängt, sondern wenn er beendet ist, tritt seine Wirkung ein. Es ist dieselbe Berechnung, welche auch bei prozessualischen Nothfristen zur Anwendung kommt, wo der Tag der Publikation oder Insinuation des Urtels nicht mitgezählt wird. Auch der §. 125. A. L. R. I. 15. zeigt eine Anwendung eben dieses Prinzips. Der tiefere Grund dieser vom gem. Rechte ebenfalls anerkannten Regel liegt darin, daß diejenige Berechnung jeder Zeitfrist, auf welche der, gegen den sie geltend gemacht wird, jedenfalls Anspruch haben würde, nämlich die von Moment zu Moment, bei der Unstimmbarkeit des Momentes, unanwendbar erscheint, und deshalb, um Rechtsverletzungen zu vermeiden, die Mitrechnung des ganzen letzten Tages der Frist nothwendig würde. Wie sehr dieser Grund gerade in Betreff der hier fraglichen Verjährung eingreift, zeigt sich in Ansehung der am 31. Dec. fällig gewordenen Forderungen. Nach der entgegengesetzten Interpretation muß man entweder annehmen, daß das Gesetz rücksichtlich dieser nichts bestimmt hat, oder daß es sie keiner vollen zweijährigen Verjährung unterwirft; denn am Schlusse des 30. Dec. des zweiten Jahres ist noch keine zweijährige Frist abgelaufen, was vielmehr erst, selbst einer nicht juristischen Komputation nach, mit der Wiederkehr des Fälligkeits-Moments am 31. Dec. eintreten würde. Beide Hypothesen erscheinen aber gleich unzuläßig. — Hiernach ist das Gesetz den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach dahin auszulegen: daß die Worte »mit dem letzten Dec.« denjenigen: »mit dem Ablauf des Dec.« synonym gebraucht werden. Demzufolge wird durch eine am 31. Dec. des zweiten Jahres angestellte Klage die Verjährung noch unterbrochen. (Präj. Samml. S. 410, Entsch. Bd. 14. S. 213.)

Derselben Ansicht ist das O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 6. Dec. 1842. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 565.)

Holländer sucht dagegen auszuführen, daß die Verjährung schon mit dem ersten Momente des Tages ihren Anfang nehme, an welchem das die Forderung fällig machende Faktum existent geworden ist.

(Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 523.)

b) Ist der §. 5. Nr. 2. auch auf den Fall einer unterbrochenen und von Neuem angefangenen Verjährung zu beziehen?

Der V. (Rheinische) Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 30. Okt. 1856 verneint. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 60 Nr. 18.)

Dagegen bejahet der IV. Sen. des Ob. Trib. in Sachen Jernotsche Erben wider Letten. (a. a. O. S. 60. Anm. **)

c) Die Vorschrift im §. 5. Nr. 3. über den Anfang der Verjährung der in den §§. 1. u. 2. gedachten Forderungen ist für die nach §. 10. nach erfolgter Unterbrechung neu beginnende Verjährung nicht maßgebend; der Anfang dieser neuen Verjährung ist vielmehr nach den Vorschriften der §§. 554. ff. h. t. zu bestimmen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. März 1854. (Präj. Nr. 2503.)

Der §. 2. Nr. 5. bestimmt zwar zur Verjährung durch Nichtgebrauch für alle zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen eine Frist von 4 Jahren, und der §. 5. Nr. 3. bezeichnet für solche Forderungen als Anfangspunkt der Verjährung den auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten Dec.; §. 10. sagt aber nur: »Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist«, und bestimmt über den Anfangspunkt dieser neuen Verjährung nichts. Es kann dieser mithin nur nach den allgemeinen Regeln über den Anfang einer nach Unterbrechung der Verjährung neu beginnenden Verjährung festgestellt werden, und er ist nicht abhängig von dem Beginne der unterbrochenen Verjährung, resp. von den Vorschriften, welche für diese maßgebend gewesen sind. — Die Anmeldung der Klage wegen rückständiger Abgaben erneuert auch nicht den Zahlungstag, und der §. 5. Nr. 3. paßt in keiner Weise für die Bestimmungen des Anfangspunktes der neuen Verjährung.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 14 u. S. 141, Entsch. Bd. 28. S. 261.)

14) Zum §. 6. des G. v. 31. März 1838.

Ueber den Begriff der »Fortdauer des Verhältnisses, aus welchem die Forderungen entstanden sind« vergl. Weichsel im Centralbl. 1841 S. 254 u. 443, und König ebendas. S. 351.

15) Zum §. 10. des G. v. 31. März 1838.

a) Ueber den Anfang der im §. 10. gedachten neuen Verjährung vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2503. zum §. 5. Nr. 3. des G. v. 31. März 1838.

b) Die Bestimmung des §. 10., »daß, wenn nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung eine neue Verjährung beginnt, anstatt der ursprünglichen kürzeren die ordentliche Verjährungsfrist eintrete«, greift nicht nur dann Platz, wenn diese Verurtheilung erst nach, sondern auch dann, wenn solche schon vor dem 31. Dec. 1838 (dem Anfange der Geltung dieses G.) ergangen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Aug. 1847 (Präj. Nr. 1905.), da ein früheres Urtel die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung auch schon vor dem 31. März 1838 gehabt habe, und das G. von diesem Tage nur eine Bestimmung über die Frist der neu beginnenden Verjährung enthalte.

(Präj. Samml. S. 410, Entsch. Bd. 15. S. 489, Rechtsf. Bd. 2. S. 148 Nr. 72.)

c) Der §. 10., wonach ausnahmsweise die ordentliche Verjährung eintritt, wenn wegen des Anspruchs eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist, findet nicht auf die mit einem verzinslichen Kapitale zugleich zuerkannten und seit dem Tage der Rechtskraft des Urtels laufenden Konventionalzinsen Anwendung, vielmehr unterliegen auch derartige Zinsen der im §. 2. Nr. 5. vorgeschriebenen kürzeren Verjährung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. März 1850. (Präj. Nr. 2199.)

Vergl. die Erg. zum §. 5. Nr. 2. des G. v. 31. März 1838, Zus. 9. sub b.

d) Zur Ausschließung der kürzeren Verjährung genügt die rechtskräftige Verurtheilung wegen des Anspruches auf Rückstände an Renten und anderen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, wenngleich diese, der Summe nach, in dem Urtel nicht bestimmt sind, deshalb vielmehr noch eine Separat-Ermittelung erforderlich war.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1853.

Die rechtskräftige Verurtheilung begründet eine Novation, einen eigenen Rechtstitel mit der Wirkung der Klage ex judicato, welche ein Zurückgehen auf den ursprünglichen Titel der Forderung entbehrlich macht. Diese erhält durch das Judikat den Charakter eines unter öffentlicher Autorität festgestellten, jeden Zweifel ausschließenden Anspruchs, bei welchem die eine kurze Verjährung bedingenden Gründe nicht eintreten. (Löwenberg, Beitrag zur Kenntniß der Motive der Preuß. Gesetzgebung Bd. 1. S. 116, Mot. vom J. 1829 zum Pens. XIII. der Gesetzrev. S. 143.) Hiernach kann es nicht darauf ankommen, ob die rechtskräftige Verurtheilung auf eine bestimmte Summe gerichtet und das Urtel sofort vollstreckbar ist, oder ob es zu diesem Zwecke noch einer Separat-Ermittelung bedarf; es genügt, daß wegen des Anspruches die Verurtheilung erfolgt ist, um die Judikatsklage zu rechtfertigen, und demgemäß die kurze Verjährung auszuschließen. Fundament der Separatklage ist die vorangegangene rechtskräftige Verurtheilung wegen des Anspruches, beziehungsweise alles dessen, was dieser der Verurtheilung gemäß umfaßt; und wenn daher der Verklagte verurtheilt worden ist, eine Rente oder andere Abgabe oder Leistung, so weit solche noch rückständig, zu zahlen, so erlischt der Anspruch auf alle Rückstände vor jenem Erkenntnisse erst nach Ablauf der ordentlichen Verjährung (§. 559. h. t.). (Entsch. Bd. 25. S. 392.)

e) Ein im Mandatsprozesse erlassenes und exekutorisch gewordenes Mandat auf Zahlung einer der kurzen Verjährung des G. v. 31. März 1838 unterworfenen Forderung unterbricht die Verjährung in der Art, daß anstatt der ursprünglichen kürzeren die ordentliche Verjährungsfrist eintritt.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 169 Nr. 34.)

f) Ein gerichtlich geschlossener Vergleich über rechtshängige Sachen begründet nicht, wie eine rechtskräftige Verurtheilung, die Ausnahme von der Regel, daß zu der nach erfolgter Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist genüge.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1849. (Präj. Nr. 2115.)

Ein Vergleich enthält keine Novation, sondern hat nur den Zweck, zu bestimmen, wie die bisher bestandenen Rechte und Verbindlichkeiten geltend zu machen und auszuüben sind, woraus folgt, daß durch den Vergleich als solchen auch der Gegenstand desselben einer anderen Art der Verjährung, als der, welche vorher darauf Anwendung fand, nicht schlechthin unterworfen werden muß. Ein Vergleich hat nur die Wirkung eines Anerkenntnisses in Betreff der Verjährung, und es läuft daher, wie die §§. 562. u. 563. h. t. und der §. 10. des Gef. v. 31. März 1838 ergeben, von der Zeit des Vergleiches einer der ursprünglichen gleichkommende Verjährungsfrist. Unzweifelhaft kann nun, nach §. 13. A. G. O. I. 11. und §. 4. A. G. O. I. 24, so wie nach §. 1. der V. v. 4. März 1834, aus gerichtlichen Vergleichen die Exekution nachgesucht werden. Hieraus folgt aber nicht, daß aus einem solchen Vergleiche auch die actio ex judicato stattfinden müsse, deren fünfjährige Dauer sich mit der vierjährigen Frist des Gef. v. 31. März 1838 nicht vereinigen läßt. Abgesehen davon, daß im Allgemeinen aus der Zulässigkeit der exekutivischen Vollstreckung einer Festsetzung oder Verabredung die Nothwendigkeit der Klage ex judicato noch nicht gefolgert werden kann, so ist auch ein Vergleich der gedachten Art nichts Anderes, als ein zweiseitiger Vertrag, aber kein Erkenntniß. Der §. 14. A. G. O. I. 28. erwähnt auch als Fundament der Klagen ex judicato nicht den Vergleich, sondern nur das Judikatum, welches innerhalb 5 Jahren den Exekutivprozeß begründen soll. Der an die Stelle dieses Gesetzes getretene §. 1. der V. v. 1. Juni 1833 enthält ebenfalls nichts von der Zulässigkeit des Mandatsprozesses aus gerichtlichen Vergleichen über rechtshängige Sachen, sondern gestattet ihn ausdrücklich nur wegen »Ansprüche aus einem die Exekution nicht mehr zulassenden Erkenntnisse, seit dessen Rechtskraft noch nicht fünf Jahre verflossen sind.« Eben so wenig ist in den Gesetzen dem gerichtlichen Vergleiche über rechtshängige Sachen die Eigenschaft beigelegt, daß dagegen nur die Urtelsverjährung Platz greife. Vielmehr ist in den §§. 558. bis 560. A. L. R. I. 9. unzweideutig nur das Urtel ausschließlich gemeint. Hierfür spricht auch der zweite Satz des §. 10. des Gef. v. 31. März 1838. In dem Vertrage, durch den die Parteien sich vergleichen, kann kein rechtskräftiges Urtel abgefaßt, kann nicht erkannt, noch wirklich zuerkannt werden. Es kann also beim Vergleiche nicht dieselbe Ausnahme statuirt werden, welche ausdrücklich nur im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung vom Gesetze zugelassen ist. Der Grund dieser Vorschrift ergiebt sich auch klar aus der spezifischen Natur des Vergleiches in Vergleichung mit dem Wesen eines rechtskräftigen Urtels, welches durch und von sich selbst das Recht dessen begründet, für den es ergangen ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein früheres und wirkliches Recht vorhanden gewesen oder nicht. (§. 1. A. G. O. I. 16. und §§. 65., 66. Einl. zur A. G. O.) Es muß daher die vierjährige Verjährung nach §. 2. des Gef. v. 31. März 1838 Platz greifen und angenommen werden, daß einem gerichtlichen Vergleiche über rechtshängige Sachen nur in Betreff der Exekution die Wirkung eines Judikats beigelegt sei.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 141, Entsch. Bd. 18. S. 170.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Jan. 1856 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 274 Nr. 67.)

g) Durch die Ausstellung eines Schuldscheines über eine der kürzeren Verjährung des G. v. 31. März 1858 unterworfene Forderung wird, auch wenn darin Verzinsung versprochen und die Fällig-

keit der Forderung anderweit bestimmt wird, die kürzere Verjährung des gedachten Gesetzes, welche von dem neu vereinbarten Fälligkeitstermine ab zu rechnen, nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1851 (Präj. Nr. 2295.), weil die Ausstellung eines Schuldscheines keine Novation im Sinne des §. 454. A. L. R. I. 16. sei, wie der §. 452. ebendas. ausdrücklich ausspreche; auch bleibe bei der Ausstellung des Schuldscheines die Verjährung möglich.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 141, Entsch. Bd. 21. S. 36, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 314 Nr. 66.)

Derselben Ansicht ist das Justizmin. in dem R. v. 9. Mai 1840.

Der Zweck des G. v. 31. März 1838 ist der, die Unsicherheit des Rechtes zu verhüten, welche durch das Hinschleppen von Schuldverhältnissen herbeigeführt wird. Dasselbe gewährt dem Gläubiger hinreichende Mittel, sich vor Verlusten zu bewahren. Die Verjährung beginnt, mit Ausschluß der in den §§. 1. u. 2. aufgeführten Forderungen der Behörden und öffentlichen Beamten, mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten Dec., und wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt ist, mit dem letzten Dec. desjenigen Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist (§. 5. Nr. 3. des G.). Es darf daher der Gläubiger nur dafür sorgen, daß der Zahlungstag, es sei gleich von Anfang an, oder doch vor Ablauf der Verjährung, gehörig festgesetzt werde, oder eine rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners auswirken (§. 10. d. V.). Daß die Ausstellung einer Schuldurkunde über Forderungen, welche jenem Gesetze unterliegen, den Lauf der kurzen Verjährung von dem darin festgesetzten Zahlungstage an gerechnet, nicht hindert, liegt in der Natur der Sache. Hypothekarisch eingetragene Forderungen sind, so lange sie im Hypothekenbuche eingetragen stehen, einer Verjährung überhaupt nicht unterworfen (§. 511. h. t.). Diese Begünstigung beschränkt sich zwar auf das dingliche Element der Forderung (das Hypothekenrecht), und die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners unterliegt den gewöhnlichen Regeln der Verjährung; nach letzterem fängt indeß die Klageverjährung von dem Tage an, an welchem die Erfüllung zuerst gefordert werden konnte (§. 545. h. t.). Dies wird in Beziehung auf den bloß persönlichen Schuldner einer Hypothekenforderung in der Regel erst derjenige Zeitpunkt sein, an welchem der spätere Besitzer des verpfändeten Grundstückes mit den Zinsen im Rückstande bleibt oder das Kapital zu zahlen außer Stande ist. So lange die Zinsen des Hypothekenkapitals gezahlt werden, kann eine Verjährung nach §. 570. h. t. nicht anfangen; der Gläubiger hat daher, so lange die Zinsen gezahlt werden, keine Veranlassung, den bloß persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen. Hiernach ist kein Grund vorhanden, das G. v. 31. März 1838 zu beschränken.

(J. M. Bl. 1840 S. 173 ff.)

Derselben Ansicht ist Dr. Sommer (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 65 ff.)

Dagegen: Weichsel im Centralbl. 1841 S. 256 und 443 bis 444, und gegen diese Ausführung: König, a. a. O. S. 352.

III. V. v. 15. April 1842 über die Aufhebung der dem G. v. 31. März 1838, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen, so wie den §§. 54. u. 55. Tit. 6. Thl. I. A. L. R und der Dekl. v. 31. März 1838 entgegenstehenden provinziellen und statutarischen Bestimmungen [1]).

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen:

in Erwägung, daß diejenigen Rücksichten, aus welchen das G. wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen v. 31. März 1838 und die Dekl. des §. 54. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. von demselben Tage (G. S. S. 249 u. S. 252) erlassen worden ist, auch auf diejenigen Landestheile Anwendung finden, in welchen neben dem A. L. R. provinzielle und statutarische Vorschriften gelten,

auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach Anhörung Unserer getreuen Stände der betheiligten Provinzen, was folgt:

§. 1. Alle dem G. wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen v. 31. März 1838 und den im §. 4. desselben bestätigten allgemeinen Gesetzen, so wie den §§. 54. u. 55. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. und der sich hierauf beziehenden Dekl. v. 31. März 1838 entgegenstehende provinzielle und statutarische Bestimmungen, sie mögen längere oder kürzere Verjährungsfristen enthalten, werden hierdurch aufgehoben. Statt derselben kommen von jetzt an das G. v. 31. März 1838, die §§. 54. u. 55. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. und die Dekl. v. 31. März 1838 zur Anwendung.

§. 2. Gegen Forderungen, hinsichtlich deren nach den bisherigen provinziellen oder statutarischen Bestimmungen längere Verjährungsfristen stattfanden, und die zur Zeit der Publikation dieser V. bereits völlig waren, können die in den §§. 1. u. 2. des G. vom 31. März 1838 vorgeschriebenen kürzeren Fristen nur vom letzten Dec. 1842 an gerechnet werden. Außerdem bewendet es überall bei den Bestimmungen des §. 7. des G. v. 31. März 1838. In Ansehung derjenigen Forderungen hingegen, bei welchen bisher eine kürzere Verjährungsfrist stattfand, die zur Zeit der Publikation dieser Verordnung noch nicht abgelaufen ist, finden die Vorschriften dieser Verordnung überall sofort Anwendung, ohne daß die Verjährung von Neuem angefangen zu werden braucht.

Urkundlich rc. (G. S. 1842 S. 114.)

IV. G. v. 18. Juni 1840 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben.

Wir rc. verordnen über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben, worüber im G. v. 31. März 1838 (G. S. S. 250) eine besondere V. vorbehalten worden ist, auf den Antrag Unseres Staatmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, für den gangen Umfang Unserer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Reklamationen gegen direkte Steuern, namentlich gegen Abgaben, welche nach den Etats, Katastern oder Jahresheberollen als Grundsteuer durch Ortserheber oder unmittelbar durch Unsere Kassen von den Steuerpflichtigen erhoben werden, ingleichen gegen die Klassen- und Gewerbesteuer, so wie gegen diejenigen Abgaben, welche in Folge des §. 11. des allgemeinen Abgabengesetzes v. 30. Mai 1820, als auf einem speziellen Erhebungstitel beruhend, zu entrichten sind, müssen ohne Unterschied, ob sie auf Ermäßigung oder auf gänzliche Befreiung gerichtet sind, binnen drei Monaten vom Tage der Bekanntmachung der Heberolle, oder wenn die Steuer im Laufe des Jahres auferlegt worden, binnen drei Monaten nach erfolgter Benachrichtigung von deren Betrage, oder endlich, im Falle eine periodische Veranlagung und Anfertigung von Heberollen nicht stattfindet, binnen den ersten drei Monaten jedes Jahres bei der Behörde angebracht werden.

Wird diese Frist versäumt, so erlischt der Anspruch auf Steuerermäßigung oder Befreiung, so wie auf Rückerstattung für das laufende Kalenderjahr.

Ist die Reklamation vor dem Ablaufe der Frist angebracht und wird solche begründet gefunden, so erfolgt die Ermäßigung oder gänzliche Befreiung für das laufende Jahr. Für verflossene Jahre wird keine Rückzahlung gewährt.

Tritt eine solche Veränderung ein, wodurch die bisherige Steuerverpflichtung aufgehoben wird, so muß davon der Behörde Anzeige gemacht werden. Bis zu Ende des Monates, in welchem diese Anzeige erfolgt, kann die Entrichtung der Steuer gefordert werden.

§. 2. Auf Zurückzahlung zu viel erhobener Eingangs-, Ausgangs und Durchgangsabgaben der in Folge der Zollvereinigungs-Verträge zu erhebenden Ausgleichungsabgaben, der Branntwein-, Braumalz-, Mahl- und Schlachtsteuer, der Weinmost- und Tabackssteuer, der Salzablösungsgelder, der Blei- und Zettelgelder, der Wege-, Brücken-, Fähr-, Waage- und Krahngelder, der Kanal-, Schleußen-, Schifffahrts- und Hafenabgaben und der Niederlagegelder findet ein Anspruch nur statt, wenn derselbe binnen Jahresfrist, vom Tage der Versteuerung an gerechnet, angemeldet und begründet wird.

§. 3. Wird in den Fällen der §§. 1. u. 2. die Reklamation ganz oder theilweise zurückgewiesen, so ist dagegen der Rekurs an die vorgesetzte Behörde binnen einer Präklusivfrist von sechs Wochen, vom Tage der Bekanntmachung des Bescheides an gerechnet, zuläßig. Wendet sich der Reklamant an eine inkompetente Behörde, so hat diese das Rekursgesuch an die kompetente Behörde abzugeben, ohne daß dem Reklamanten die Zwischenzeit auf die Frist anzurechnen ist.

§. 4. In den Fällen, in welchen nach den bestehenden Gesetzen über die Steuerverpflichtung der Weg Rechtens nachgelassen ist, kann die Steuer nur von dem Anfange desjenigen Kalenderjahres an zurückgefordert werden, worin die Klage angemeldet, oder worin vor der Klage eine Reklamation bei der Verwaltungsbehörde eingereicht worden ist.

§. 5. Eine Nachforderung von Grundsteuern ist zuläßig sowohl bei der gänzlichen Uebergehung, als bei zu geringem Ansatze, in beiden Fällen aber nur für das Kalenderjahr, worin die Nachforderung geltend gemacht wird.

§. 6. Die Nachforderung von Klassen-, Gewerbe- und persönlichen, auf besonderen Titeln beruhenden Steuern findet im Fall gänzlicher Uebergehung nach den im §. 5. enthaltenen Regeln statt; im Falle eines zu geringen Ansatzes fällt bei diesen Steuern jede Nachforderung weg, jedoch unbeschadet der gesetzlichen Wiederumlage bei Gewerbesteuergesellschaften, welche nach Mittelsätzen steuern.

§. 7. Bei den im §. 2. erwähnten indirekten Steuern kann der Betrag dessen, was zu wenig oder gar nicht erhoben worden ist, nur binnen einem Jahre, vom Tage des Eintrittes der Zahlungsverpflichtung an gerechnet, nachgefordert werden.

---

[1]) Das R. v. 20. Febr. 1840 bemerkte bereits, daß aus dem Umstande, daß in dem G. v. 31. März 1838 die etwa entgegenstehenden provinzialrechtl. Bestimmungen nicht ausdrücklich aufgehoben worden, das Bedenken entstanden sei, ob dasselbe dennoch in denjenigen Landestheilen der Monarchie in Wirksamkeit treten könne, in welchen durch Provinzialgesetze besondere vom A. L. R. abweichende Vorschriften vorgeschrieben seien. Zur Beseitigung dieses Bedenkens sei die Einführung des fraglichen G. in allen Theilen der Monarchie, in denen das A. L. R. gilt, unter Aufhebung aller entgegenstehenden provinziellen und statutarischen Vorschriften vorgeschlagen. (J. M. Bl. 1840 S. 93.)

§. 8. Zur Hebung gestellte direkte oder indirekte Steuern, welche im Rückstande verblieben oder kreditirt sind, verjähren in vier Jahren, von dem Ablaufe des Jahres an gerechnet, in welches ihr Zahlungstermin fällt.

Die Verjährung wird durch eine an den Steuerpflichtigen erlassene Aufforderung zur Zahlung, so wie durch Verfügung der Exekution, oder durch bewilligte Stundung der Steuer unterbrochen.

Ist nach Ablauf des Jahres, in welchem die letzte Aufforderung zugestellt, Exekution verfügt worden, oder die bewilligte Frist abgelaufen, so beginnt eine neue vierjährige Verjährungsfrist.

§. 9. Reklamationen gegen Steuern, welche vor Publikation dieses G. entrichtet worden sind, so wie Nachforderungen wegen Steuern aus dieser Zeit, müssen, bei Verlust des Anspruches, binnen Jahresfrist nach Publikation dieses G. geltend gemacht werden.

Für die zur Zeit der Publikation dieses G. vorhandenen Steuer-Rückstände beginnt die §. 8. festgesetzte vierjährige Verjährungsfrist mit dem 1. Jan. 1841.

§. 10. Ist in der unterlassenen Entrichtung der ganzen Steuer oder eines Theiles derselben eine Kontravention gegen die Steuergesetze enthalten, so verjährt die Nachforderung nur gleichzeitig mit der gesetzlichen Strafe.

§. 11. Die in diesem G. festgestellten Fristen laufen auch gegen minderjährige und bevormundete Personen, so wie gegen moralische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.

§. 12. Durch den Ablauf der Verjährungsfrist wird der Steuerpflichtige von jedem ferneren Anspruche, sowohl des Staates als der Steuerbeamten und der Steuersozietäten befreit.

§. 13. Wegen der Verjährung der Stempelsteuer und der Reklamationen in Betreff dieser Steuer, nicht minder wegen der Hypotheken- und Gerichtsschreiber-Gebühren in der Rheinprovinz, bleibt es bei den bestehenden Vorschriften.

§. 14. Dieses G. findet auch auf öffentliche Abgaben, welche nicht zu Unseren Kassen fließen, sondern an Gemeinden und Korporationen, so wie an städtische Kassen zu entrichten, oder als Provinzial-, Bezirks-, Kreis- oder Gemeindelasten, oder zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten aufzubringen sind, so wie auf die mit Einziehung solcher Abgaben beauftragten Beamten, Anwendung.

§. 15. Alle frühere gesetzliche Vorschriften über die im gegenwärtigen G. enthaltenen Gegenstände werden hierdurch aufgehoben.

Urkundlich ꝛc. (G. S. 1840 S. 140.)

V. Erläuterungen des G. v. 18. Juni 1840.

1) Zum Eingange des Gesetzes.

a) Koch bemerkt:

Der Ausdruck: »öffentliche Abgaben« ist hier und im §. 3. des G. v. 31. März 1838 (wo diese Verordn. in Aussicht gestellt worden) in einem weiteren, auch die Gemeindelasten umfassenden Sinne gebraucht. Nach dem Sprachgebrauche des A. L. R. ist damit ein bestimmter Begriff nicht verbunden; es ist bei jeder einzelnen Anwendung dieses Ausdruckes die Beziehung und Bedeutung desselben festzustellen. Im eigentlichen Sinne sind darunter steuerartige Abgaben der Landeseinwohner an den Staat zu verstehen.

(Landr. Bd. 1. Anm. 76. ad h. l.)

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 20. März 1846 in den Erg. zu den §§. 655. u. 656. h. t.

b) Das G. v. 18. Juni 1840 beschränkt sich nicht auf eigentliche Steuern, sondern findet auch auf andere öffentliche Lasten, namentlich auf indebite von Kämmereien an Staatskassen gezahlte Salarienkassenbeiträge Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1848, auf Grund des §. 14. des G. und der Bestimmung des §. 3. des G. v. 31. März 1838. (Rechtsf. Bd. 4. S. 141 Nr. 68.)

2) Zu §§. 1. und 14. des G. v. 18. Juni 1840.

Die in den §§. 1. u. 14. für Reklamationen gegen Abgaben vorgeschriebene einjährige Verjährung findet auch dann statt, wenn behauptet wird, daß die Abgabe an und für sich gar nicht bestanden hat.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Mai 1848.

Das Gesetz hat keinesweges nur solche Reklamationen im Sinne gehabt, welche bei sonst wirklich bestehender Verbindlichkeit angebracht werden wegen besonders eintretender faktischer Umstände oder wegen zu hohen Betrages, sondern auch solche, wo es an einer Verpflichtung zur Entrichtung der Steuer gänzlich fehlt. Der §. 9., welcher von den vor Publikation des G. entrichteten Steuern handelt, spricht von Reklamationen ohne allen Unterschied, und in den Worten des §. 1. ist auch nur die Nichtbeachtung des Umfanges, ob ganz oder nur zum Theil, angedeutet; nicht aber ist damit auf ein besonderes Fundament der Reklamation hingewiesen. Es ist in dieser Beziehung besonders zu erwägen, daß das G. v. 18. Juni 1840 doch nur, wie auch schon das v. 31. März 1838, die gewöhnliche lange Verjährung für die speziell berührten Gegenstände auf eine kürzere Frist hat herabsetzen wollen. Wie es nun bei der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung, der sogenannten condictio indebiti, bis zur Emanation der Gesetze v. 1838 u. 1840 ganz und gar nicht darauf ankam, unter welchen besonderen Umständen die Zahlung erfolgt war und als ein indebitum sich darstellte, sondern der Ablauf der Verjährungsfrist schon für sich allein die Klage auf Rückforderung elidirte, ebenso jetzt nach Ablauf der eingeführten kürzeren Frist, so daß es darauf, ob überhaupt, oder nur wegen gewisser besonderer Umstände die Verpflichtung zur Zahlung mangelte, nicht ankommen kann. (Rechtsf. Bd. 4. S. 70 Nr. 34.)

Derselben Ansicht ist das O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 17. Mai 1847. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 295.)

3) Zum §. 4. des G. v. 18. Juni 1840.

Die bei Rückforderung öffentlicher Abgaben angeordnete kurze Verjährungsfrist findet allgemeine Anwendung, mag von einer gänzlichen und persönlichen Befreiung des Betheiligten, von einer Steuer- oder Abgabenverpflichtung die Rede sein, oder es sich nur darum handeln, ob eine Abgabe, die ihrer Natur nach unstreitig ist, zu erlegen oder zu ermäßigen gewesen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1851. (Präj. Nr. 2278.)

Der §. 4. umfaßt nach seinem Wortlaute alle Fälle der Rückforderung, bei welchen der Weg Rechtens nachgelassen ist, wenn die Steuerverpflichtung streitig ist, ohne Unterschied, ob sie gänzlich bestritten, oder persönliche Freiheit einzelner Landesbewohner, Korporationen oder Gemeinden behauptet wird. Auch eine Vergleichung mit §. 2. ergiebt nicht, daß der §. 4. nicht auf den Fall anwendbar wäre, wenn es sich darum handelt, ob eine Abgabe, die ihrer Art nach unstreitig zu erlegen wäre, zur Ungebühr erhoben ist. Die im §. 2. gebrauchten Worte: »Auf Zurückzahlung zuviel erhobener Eingangs- ꝛc. ꝛc. Abgaben«, sind nicht so zu deuten, daß die Vorschrift dieses G. nur Anwendung finde, wenn statt des gesetzmäßig zu erhebenden geringeren Betrages zur Ungebühr mehr erhoben, es sich also bloß um Rückforderung des zu hoch berechneten Steuerantheils handle. Eine solche Annahme ist schon deshalb unstatthaft, weil daraus folgen würde, daß hinsichtlich jener Ueberhebung bei gar nicht stattfindender Verpflichtung weder die Frist des §. 4., noch des §. 2. anwendbar sein, vielmehr die gewöhnliche lange Verjährungsfrist eintreten müßte. Zuviel erhoben ist in dem Fall, wenn der Steuerpflichtige gar nichts zu entrichten hatte, ebenso, als wenn er weniger zu zahlen hatte. Es ergiebt sich die Richtigkeit dieser Auslegung, wenn das Wort »zuviel« überhaupt zu Zweifeln Anlaß geben könnte, aus dem Sinne und Zusammenhange und der Fassung anderer im G. v. 18. Juni 1840 enthaltenen Bestimmungen. Im §. 1. desselben wird von Reklamationen in Betreff direkter Steuern gehandelt, und es ist verordnet, daß sie ohne Unterschied, ob sie auf Ermäßigung, oder auf gänzliche Befreiung gerichtet sind, binnen drei Monaten vom Tage der Bekanntmachung der Heberolle, oder wenn die Steuer im Laufe des Jahres auferlegt worden, binnen drei Monaten nach erfolgter Benachrichtigung von deren Betrage, oder endlich im Falle eine periodische Veranschlagung und Anfertigung von Heberollen nicht stattfindet, binnen den ersten drei Monaten jedes Jahres bei der Behörde angebracht werden müssen. Wird diese Frist versäumt, so erlischt der Anspruch auf Steuerermäßigung oder Befreiung, so wie auf Rückerstattung für das laufende Kalenderjahr. Ebenso ist im umgekehrten Fall die Nachforderung von Grundsteuern im §. 5., von indirekten Steuern im §. 7. resp. für das Kalenderjahr, resp. binnen Jahresfrist, sowohl bei gänzlicher Uebergehung als bei zu geringem Ansatz nur für statthaft erklärt. Hinsichtlich der Klassen-, Gewerbe- und persönlichen auf besonderen Titeln beruhenden Steuern ist bei gänzlicher Uebergehung auf §. 5. verwiesen, im Fall zu geringen Ansatzes sogar unbeschadet der gesetzlichen Wiederumlage bei Gewerbegesellschaften, welche nach Mittelsätzen steuern, die Nachforderung für ganz unzulässig erklärt. Hieraus geht hervor, daß gänzliche Uebergehung mit der zu geringen Ansetzung gleich behandelt, im Fall des §. 6. letztere sogar zu Gunsten des Steuerverpflichteten bevorzugt ist. Mag demnach von einer gänzlichen und persönlichen Befreiung des Betheiligten von einer Steuer- oder Abgabenverpflichtung die Rede sein, oder es sich nur darum handeln, ob eine Abgabe, die ihrer Art nach unstreitig ist, zu erlegen sei, die Fristen, binnen welchen reklamirt, resp. geklagt werden muß, bleiben sich gleich. Es läßt sich auch kein Motiv für eine Unterscheidung der Art auffinden, da der Zweck des Gesetzes, die Einnahmen des Staats innerhalb kurzer Fristen außer Anfechtung zu stellen, in beiden Fällen gleichmäßig hervortritt. Die Bestimmungen des G. v. 18. Juni 1840 stehen mit denen des im Eingange desselben erwähnten G. v. 31. März 1838 im Einklang. Auch bei diesen beginnt der Lauf der Verjährung mit dem letzten Dec. desjenigen Jahres, worin die Zahlung fällig geworden ist. Hinsichtlich der im §. 2. sub Nr. 8. enthaltenen Vorschrift, betr. die Nachzahlung gar nicht oder zu wenig eingeforderter, oder die Er-

stattung zu viel gezahlter Gerichtskosten rc. rc., waren ähnliche Zweifel und Einwendungen erhoben; das Ob. Trib. hat aber nach dem Präj. Nr. 2237. ebenmäßig angenommen, daß die kürzere Verjährungsfrist auch dann anwendbar sei, wenn der Betrag der zu viel gezahlten Kosten durch den Ansatz überhaupt unzuläßiger, in der Gebührentaxe nicht festgestellter Sätze erwachsen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 146, Entsch. Bd. 21. S. 30.)

§§. 551—564. Unterbrechung der Verjährung durch Nichtgebrauch.

§§. 551. sqq. 1) Vergl. Simon's Material. S. 665 Nr. 14. u. 15.

2) Verfahren der Gerichte bei Klageanmeldungen zum Zwecke der Unterbrechung der Klageverjährung.

a) R. v. 22. Jan. 1841.

Die Entstehungsgeschichte der §§. 551—553. ergiebt, daß die Anmeldung der Klage die Verjährung durch Nichtgebrauch, und zwar auch dann unterbricht, wenn die Sache vom Kläger in der Folge nicht fortgesetzt wird. Daraus rechtfertigt sich aber keinesweges der Schluß, daß auch eine Klageanmeldung, wobei sich der Anmeldende jede gerichtliche Verfügung Behufs Einleitung des Verfahrens verbittet, zur Unterbrechung der Extinktiv-Verjährung hinreicht; denn wer sich das Einschreiten des Gerichtes verbittet, von dem kann man überhaupt nicht sagen, daß er eine Klage anmelde. Denn die Klageanmeldung besteht nicht bloß in der Anzeige des Anspruches bei Gerichten, sondern in dem gleichzeitigen Verlangen der gerichtlichen Hülfe, damit die Sache zur Entscheidung gebracht werde. (A. G. O. I. 4. §§. 2. ff.) Der in Rede stehende Fall ist auch mit dem nicht gleichartig, wenn eine wirkliche förmliche Klageanmeldung erfolgt ist und hinterher durch die Schuld des Klägers die Sache liegen bleibt. Denn während in jenem Falle die scheinbare Diligenz, welche in der gerichtlichen Anzeige des Anspruches liegt, durch die Negligenz, welche in dem gleichzeitigen Verbitten der gerichtlichen Hülfe liegt, völlig paralysirt wird, ist in diesem Falle die Diligenz an den Tag gelegt worden, und es beginnt erst später eine neue Negligenz. Hier läßt sich daher wohl ein Zeitpunkt bestimmen, von wo ab eine neue Verjährung beginnt, als z. B. der Termin zur Aufnahme der Klage oder zur Instruktion, wenn der Kläger in dem Termine ausbleibt. Wenn also eine gerichtliche Anzeige eines Anspruches, unter Verbittung des weiteren Verfahrens, bei einem Gerichte eingeht, so muß der Richter sich lediglich an die Vorschriften der A. G. O. I. 4. §§. 16., 17. halten, und darf daher dem Kläger keine Rekognition über seine ungehörige Klageanmeldung ertheilen, ebensowenig aber auch eine Mittheilung an den Verklagten erlassen; es ist vielmehr in einem solchen Falle dem Kläger zu eröffnen, daß seine Anzeige zur Unterbrechung der Verjährung nicht genüge, weshalb er entweder eine vollständige Klageanmeldung einzureichen oder sich zur Aufnahme einer vollständigen Klage einzufinden habe. Ob er sodann die Sache liegen lassen will, bleibt mit Rücksicht auf die desfallsigen rechtlichen Folgen seiner Beurtheilung allein überlassen. (J. M. Bl. 1841 S. 65.)

König erklärt sich mit dieser Ansicht einverstanden.
(Centralbl. 1841 S. 353.)

Dagegen hält Weichsel dieselbe für im Widerspruche stehend mit den Vorschriften der §§. 551. ff. und der Natur der Verjährung durch Nichtgebrauch. (a. a. O. S. 261 u. 445.)

b) R. v. 23. Febr. 1841 sub 3.

Es ist zwar nirgends ausdrücklich angeordnet, daß dem Verklagten von der erfolgten Anmeldung einer Klage, die der Kläger demnächst liegen läßt, Nachricht gegeben werden solle; da es indeß für den Verklagten von Wichtigkeit ist, davon Kenntniß zu erhalten, so ist es angemessen, daß die Gerichte ihn von der erfolgten Anstellung der Klage und der dadurch bewirkten Hemmung der Verjährung benachrichtigen. Diese Benachrichtigung muß auf Kosten des Klägers erfolgen, der dazu die Veranlassung giebt. Es bedarf dazu keiner neuen gesetzlichen Bestimmung. (J. M. Bl. 1841 S. 110.)

c) R. v. 20 Juli 1843.

Der Westph. Prov. Landtag vom Jahre 1843 hat den Wunsch ausgesprochen, daß die Gerichte allgemein verpflichtet werden möchten, von erfolgten Klageanmeldungen und der dadurch bewirkten Hemmung der Verjährung den Verklagten jedesmal zu benachrichtigen. Auf Allerh. Befehl werden daher die Gerichtsbehörden in denjenigen Landestheilen, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, angewiesen, jede nach §§. 551. ff. zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Klageanmeldung, auch wenn sie keinen Prozeß zur Folge hat, mit der darauf erlassenen Verfügung der Gegenpartei mitzutheilen. (J. M. Bl. 1843 S. 204.)

3) Zu einer Klageanmeldung, welche den Lauf der Verjährung zu unterbrechen geeignet sein soll, gehört nothwendig die namentliche Bezeichnung des Verklagten. Bei mehreren, keine Korporation bildenden Verklagten ist daher auch eine allgemeine, nicht namentliche Bezeichnung, z. B. »sämmtliche Eingesessene eines Dorfes«, nicht genügend, und gegen die nicht genannten unwirksam.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1849 [1]). (Präj. Nr. 2148.)

Es ist mit dem Begriff eines vor dem Richter zu verfolgenden Civilanspruches unvereinbar, daß die Person, gegen welche er gerichtet ist, nicht namentlich angezeigt wird. Eine Forderung kann nur gegen eine benannte Person geltend gemacht werden. Klageanmeldung und Klage selbst können nicht gegenübergestellt, und die Ermittelung der verklagten Person bis zur Einreichung der Klage verschoben werden, wenn die erstere zur Unterbrechung der Verjährung gegen die verklagte Person geeignet sein soll. Denn diese Wirkung tritt unmittelbar nach der Klageanmeldung ein; und wenn die angemeldete Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze verfolgt wird, so hat dies nach §. 554. bei der erlöschenden Verjährung nicht, wie es bei der erwerbenden nach §. 605. der Fall ist, die Wirkung, daß die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten ist — sondern vielmehr die Folge, daß von dem Tage, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen sollen, eine neue Verjährung wider ihn anfängt. Die Klageanmeldung äußert also für sich selbst und sofort ihre rechtliche Wirkung; sie muß daher auch Alles enthalten, was zur Begründung und Geltendmachung derselben nothwendig ist. Von wem sollte aber wohl die neue Verjährung angefangen werden, wenn bei unterbliebener Verfolgung der Klage die Person des angeblich Verklagten, resp. Berechtigten unbekannt bleibt? Die Vorschrift des §. 2. Nr. 3. A. G. O. I. 4., wonach die Klageanmeldung den Namen, Stand und Charakter des Verklagten und überhaupt solche Kennzeichen, woran derselbe von Anderen gleiches Namens hinlänglich unterschieden werden kann, enthalten muß, ist daher ein nothwendiges und dergestalt wesentliches Erforderniß, daß der Mangel desselben die Klageanmeldung als solche unwirksam macht, und die gesetzliche Folge erst mit dem Moment, wo solchem Mangel abgeholfen wird, eintreten kann. — Mit Unrecht wird hiergegen angeführt, der Charakter der erlöschenden Verjährung, als Folge der Nachlässigkeit des Berechtigten, zeige sich am schärfsten im Gegensatz zu der erwerbenden Verjährung, bei der erst die civile Störung des Besitzes die Unterbrechung bewirke. Allerdings ist auf die Anmeldung der Klage zur Unterbrechung der Verjährung durch Besitz nach §. 603. eine Bekanntmachung an den Besitzer erforderlich; die Zeit der Unterbrechung ist aber die Präsentation der Klageanmeldung bei dem Richter. Dies ergiebt nicht nur der vorallegirte §., nach welchem die Verjährung durch Besitz durch die Klageanmeldung unterbrochen wird, sondern auch der §. 604., welcher dem Besitze es nicht zu statten kommen läßt, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Auch folgt aus diesen Vorschriften unnachläßlich, daß die Person des Verklagten namentlich bekannt, und dem Richter bezeichnet werden muß, weil sonst eine Mittheilung der Anmeldung an den Verklagten unmöglich wird. Es kann auch die namentliche Bezeichnung dann nicht für entbehrlich erachtet werden, wenn die Klage gegen mehrere, nicht etwa einer Korporation angehörige Verklagte, welche einzeln vorzuladen sein würden (wie dies namentlich bei Anwendung der Vorschrift des §. 36. A. G. O. der Fall sein würde), angemeldet wird; denn es muß dann der Anspruch ebenmäßig gegen jeden einzelnen Verklagten gerichtet und der Richter in Stand gesetzt werden, nach Vorschrift des §. 37. das. zu beurtheilen, ob aus der Kumulation Verwirrungen zu besorgen sind.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 14, Entsch. Bd. 18. S. 160.)

4) Eine Klage, welche gegen den vermeintlichen Schuldner, vertreten durch seinen Generalbevollmächtigten, angestellt wird, unterbricht die Verjährung gegen die Person des Letzteren nicht.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Nov. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 296 Nr. 65.)

5) Zur Unterbrechung der Verjährung durch Nichtgebrauch gegen den wirklichen Schuldner ist es hinreichend, wenn die Klage gegen den vermeintlichen Schuldner innerhalb der Verjährungsfrist angemeldet worden ist.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Dec. 1851.

Wenn auch aus dem §. 576. h. t. e contrario gefolgert werden könnte, daß zur Unterbrechung der Verjährung durch Nichtgebrauch, durch Anstellung einer Klage, sofern nicht eigentliche correi debendi vorhanden, erforderlich sei, daß die Klage gegen den wirklichen Schuldner gerichtet werde, nicht aber gegen Dritte, so setzt dieser Grundsatz doch immer voraus, daß es rechtlich wenigstens möglich gewesen sein müsse, die Klage gegen den wirklichen Schuldner anzustellen. Wo dies aber nicht möglich gewesen, weil dem Berechtigten sein Recht gegen den eigentlichen Schuldner völlig unbekannt geblieben, da muß auch die Anstellung der Klage gegen denjenigen genügen, der bis dahin für den Schuldner galt.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 370 Nr. 80.)

---

[1]) So ist dies Präj. in den Entsch. Bd. 18. S. 160 datirt; in der Präj. Samml. Bd. 2. S. 14 dagegen v. 2. Okt. 1849.

6) Durch die Anmeldung der Klage gegen den verstorbenen Schuldner wird die Klageverjährnng nicht unterbrochen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Jan. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 131 Nr. 37.)

7) Bei der Frage, ob eine erhobene Klage die Verjährung eines Anspruches unterbrochen habe, kommt auch das Fundament dieser Klage in Betracht und es wird durch die Anstellung der Klage aus einem unrichtigen Fundamente die Verjährung des dem Kläger aus einem anderen, thatsächlich von jenem verschiedenen Fundamente zustehenden Rechtes nicht unterbrochen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1854.

Die A. G. O. I. 5. §. 23. und I. 10. §. 5 a. läßt eine Veränderung des fundamenti agendi während des Laufes der Instruktion nicht zu und spricht namentlich aus, daß Thatsachen, welche von den in der Klage angegebenen ganz verschieden sind, und einen anderen und neuen Klagegrund darstellen, in diesem Prozesse nicht erörtert, sondern nur zu einer neuen Klage benutzt werden dürfen. Damit erkennt die A. G. O. an, daß der Prozeß bei geändertem thatsächlichen Fundamente nicht als eine Fortsetzung des früheren Streites, die Klage sonach, wenn sie gleich dasselbe Objekt hatte, nicht als dieselbe, wie die frühere zu betrachten, und daß daher auch die Wirkung dieser früheren Klage für Unterbrechung der Verjährung nicht auf die spätere Klage zu übertragen ist, ohne daß dabei die Natur der Klagen als persönlicher oder dinglicher einen Unterschied begründen kann. Auch wird die Anwendung dieses Prinzips durch die Bestimmungen über die Klageanmeldung nicht berührt. Denn theils würde das zwischen der Klageanmeldung und der förmlich aufgenommenen Klage bestehende Verhältniß noch nicht für zwei förmliche nach einander angestellte Klagen maßgebend sein, theils läßt die Vorschrift der A. G. O. I. 4. §. 2. sub 5.: die Klageanmeldung müsse den Grund ... der Klage wenigstens im Allgemeinen enthalten, zwar den Schluß, daß diese Angabe späterhin genauer substantiirt werden könne, aber noch nicht die Folgerung zu, daß diese Angabe bei der Klageanmeldung ganz gleichgültig sei, daß der damals angegebene thatsächliche Grund bei der Aufnahme der Klage gänzlich verlassen, und ein anderer ihm, und zwar mit Retrahirung der Wirkungen einer Klage auf die Zeit der Klageanmeldung substituirt werden dürfe. Auch die ratio der Klageverjährung und ihrer Unterbrechung unterstützt die entgegengesetzte Ansicht keineswegs. Wer bei seiner Klage dasjenige Geschäft, welches vielleicht seinen Anspruch begründen konnte, verschweigt, giebt seinem Gegner keinen Anlaß, sich die dies Geschäft betr. Vertheidigungsmittel zu bewahren und begeht ein Versäumniß, welches zur Verjährung seines Anspruchs führen mag.

(Entsch. Bd. 27. S. 318, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 285 Nr. 60.)

• Vergl. die Erg. zum §. 557. h. t., Zus. 1.

8) Die Litisdenunciation unterbricht die Verjährung der gegen den Litisdenunciaten anzustellenden Regreßklage.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Juni 1853[1]). (Präj. Nr. 2451.)

Die Gesetze (insbes. §§. 551—560. h. t.) enthalten keine ausdrückliche Bestimmung über den Einfluß der Litisdenunciation auf den Lauf der Verjährung. Es fragt sich aber, ob nach innern Gründen ihr dieselbe Wirkung beizulegen sei, welche die Gesetze mit der Klageanmeldung, resp. mit der Anerkennung des Rechts verbinden? Hierbei besteht zuvörderst kein Streit darüber, daß, wenn die Litisdenunciation zu einer Anerkennung der Regreßverbindlichkeit von Seiten des Litisdenunciaten geführt hat, dadurch eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt werde. Dieser Fall scheidet daher aus, und da, abgesehen von demselben, die Litisdenunciation einem gegenseitigen Anerkenntniß des Rechts nicht gleichgesetzt werden kann, entsteht die Frage:

ob die Litisdenunciation in Beziehung auf dasjenige, worauf es bei Unterbrechung der Verjährung ankommt, der Klageanmeldung gleich zu stellen sei, ob sie in der gedachten Beziehung die Elemente der Klageanmeldung enthält und deren Bestimmung erfüllt.

Die Litisdenunciation ist in mehrfacher Beziehung etwas ganz anderes, als eine Klageanmeldung. Daraus folgt aber nicht, daß sie nicht in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung dasselbe enthalte, worauf das Gesetz bei der Klageanmeldung in der gedachten Beziehung Gewicht legt. Die Erfordernisse einer Klageanmeldung sind im §. 2. A. G. O. I. 4. aufgeführt, wovon hier nur die unter Nr. 5. enthaltene Bestimmung von Einfluß ist. Danach muß die Klageanmeldung enthalten:

den Grund und Gegenstand der Klage wenigstens im Allgemeinen, damit der Richter vorläufig beurtheilen könne, ob die Sache zu seiner oder einer anderen Gerichtsbarkeit gehöre.

Auf die Klageanmeldung soll sodann ein Termin zur Aufnahme der Klage selbst anberaumt werden (§. 6. a. a. O.). Das ganze Institut hat seine Veranlassung nur in der Eigenthümlichkeit des Prozesses der A. G. O., nach welcher auf mündliche Verhandlung zu Protokoll gehalten werden sollte. Prozessualisch hat es weiter keine Bedeutung, als daß darin eine gerichtliche Manifestation der Absicht zu klagen enthalten und damit — wenigstens der damals vorausgesetzten Regel nach — der Anlaß zur Anberaumung eines Termins zur Klageaufnahme gegeben wird. Schon mit dieser Manifestation, welche den Grund und Gegenstand der Klage nur im Allgemeinen angiebt, verbindet das A. L. R. die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung. Auf das, was hinterher erfolgt, kommt es hierbei nicht an, denn die Verjährung wird mit dem Augenblicke unterbrochen, in dem Jemand seine Klage anmeldet (§§. 551., 554. u. 555. h. t.). Hieraus ergiebt sich, daß das Gesetz in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung durch Klageanmeldung die Manifestation beim Richter, den Anspruch geltend machen zu wollen, für ausreichend erachtet, um den Vorwurf einer Säumniß in Verfolgung seines Rechts vom Kläger abzuwenden. — Bei einer Litisdenunciation sollen nach §. 13. A. G. O. I. 17.

»mit Beziehung auf das Hauptfaktum, aus welchem der Prozeß entstanden ist, diejenigen Thatsachen, durch welche die Verbindlichkeit des Adcitandi (Litisdenunciaten) zur Vertretung begründet werden soll, nebst den darüber anzugebenden Beweismitteln, gehörig auseinander gesetzt werden.«

Sie enthält hiernach nicht allein die Manifestation des zu erhebenden Anspruchs, sondern schon die vollständige Substantiirung desselben und hat unmittelbar ein zwischen dem Litisdenuncianten und dem Litisdenunciaten einzuleitendes gerichtliches Verfahren zur Folge (§. 21. A. G. O. I. 17.). Außerdem hat sie die Folge des §. 19. a. a. O. Unbedenklich aber ist, daß in der Litisdenunciation mindestens dieselbe Manifestation der Absicht zu klagen, dieselbe Beseitigung der die Verjährung zur Folge habenden Negligenz zu finden ist, welche die Klageanmeldung gewährt, daß mithin auch der Litisdenunciation die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung beigelegt werden muß. — Daß die Litisdenunciation nur eine eventuelle Klageanmeldung ist, erscheint gleichgültig. Für den Fall, daß Litisdenunciant in dem Hauptprozesse obliegt, bedarf es der Regreßklage nicht, für den entgegengesetzten Fall ist sie aber im Voraus schon angemeldet. — Zwar legt der §. 551. die darin bestimmte Wirkung nur einer bei dem gehörigen Richter angemeldeten Klage bei, und es ist der Richter, bei dem die Litisdenunciation angebracht worden, nicht immer der für den Regreßprozeß gehörige. Allein enthält die Litisdenunciation der Sache nach die wesentlichen Elemente einer Klageanmeldung, so muß auch dem Anbringen der Litisdenunciation bei dem für diese kompetenten Richter die Wirkung einer Klageanmeldung beim gehörigen Richter beigelegt werden. Auch unterbricht die Klageanmeldung bei einem ungehörigen Richter die Verjährung nur dann nicht, wenn sie nicht binnen Einem Jahre nach erfolgter Zurückweisung beim gehörigen Richter angebracht worden ist (§§. 552. u. 553.). Endlich sprechen sich auch die Vorschriften im A. L. R. I. 9. gar nicht mit Bestimmtheit darüber aus, daß gerade nur der Klageanmeldung und dem Anerkenntnisse des Rechts die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung beizulegen sei. Die §§. 551—560. sprechen von der Klageanmeldung. Den Gegensatz gegen dieselben, namentlich gegen §. 551., bildet der §. 561., wonach eine bloß außergerichtliche Erinnerung für sich allein die Verjährung zu unterbrechen noch nicht hinreichend ist. Eine bloß außergerichtliche Erinnerung ist aber die Litisdenunciation nicht, da sie nach §. 9. A. G. O. I. 17. immer gerichtlich angebracht werden muß.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 14, Entsch. Bd. 25. S. 325, J. M. Bl. 1853 S. 310, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 247 Nr. 50.)

Gegen diesen Pl. Beschl. vergl. Koch.

(Landr. Bd. 1. Anm. 81. zum §. 551. h. t.)

9) Die Thatsache, daß ein Litisdenunciat dem Litisdenuncianten in dem Prozesse gegen dessen Gegner Beistand geleistet hatte und er solchergestalt in diesem Partei geworden war, ist nicht geeignet, die Verjährung des von diesem Gegner demnächst gegen den früheren Litisdenunciaten erhobenen Anspruches zu unterbrechen.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2602.)

Die Gründe, welche den Pl. Beschl. v. 6. Juni 1853 (Präj. 2451.)[1]) motiviren, treffen hier nicht zu. Derselbe beruht im Wesentlichen auf der Be-

[1]) Das Präj. des III. Sen. v. 6. März 1841 Nr. 995. (Präj. Samml. S. 38) hatte dagegen angenommen: »Durch bloße Litisdenunciation wird, insofern dieselbe nicht ein Anerkenntniß zur Folge hat, der Lauf der Verjährung nicht unterbrochen.« Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. unterm 7. Mai 1847 (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 342) angenommen. Dagegen hatte der II. Sen. unterm 9. Juli 1836 angenommen, daß die Litisdenunciation die Verjährung unterbreche, weshalb der Pl. Beschl. herbeigeführt wurde. — Für die Ansicht, daß der Litisdenunciation eine solche Wirkung nicht beizulegen sei, haben sich früher auch entschieden das O. L. G. zu Frankfurt in dem Erk. v. 22. Juni 1836 (J. W. 1838 S. 199) und das O. L. G. zu Münster in dem Erk. v. 5. Nov. 1841 (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 596).

[1]) Vergl. ob. Zus. 5.

trachtung, daß die Litisdenunciation in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung dasselbe enthält, worauf das Gesetz in derselben Beziehung bei der Klageanmeldung Gewicht legt, nämlich: die beim Richter erfolgte Manifestation, den Anspruch geltend machen zu wollen, ohne Rücksicht darauf, was hinterher etwa geschehen mag, und ferner: daß bei der Litisdenunciation sogar noch etwas hinzukommt, was der bloßen Klageanmeldung abgeht, indem jene dem Litisdenunciaten mitgetheilt und ein Verfahren zwischen Beiden eingeleitet wird, in dessen Folge selbst in gewissem Umfange eine präjudizielle Entscheidung über den zunächst geltend zu machenden Anspruch des Litisdenuncianten an den Denunciaten ergeht. Von allem Dem ist hier nicht die Rede. Hat man in der Litisdenunciation eine Thätigkeit des Denuncianten, die der des Klägers ähnlich ist, gefunden, so gilt dies doch in den beiden Fällen nur in Bezug auf diejenige Person, gegen welche diese Thätigkeit sich wendete, also bei der Litisdenunciation nur hinsichts des Denunciaten, nicht hinsichts der Gegenpartei des Litisdenuncianten, welche letztere dem durch die Streitankündigung zwischen den dabei Betheiligten gegründeten Verhältnisse ganz fremd ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 14, Entsch. Bd. 29. S. 348.)

10) Wenn eine Klageanmeldung mit dem Zusatze erfolgt: »um der Verjährung vorzubeugen«, so schließt dieser Zusatz keineswegs aus, daß durch eine solche Klage die Verjährung unterbrochen wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1857.

Von dem, welcher eine Klage anmeldet, aber ausdrücklich erklärt, daß er nie klagen wolle, läßt sich allerdings sagen, daß er eine Klage gar nicht anmelde. Dies liegt aber nicht vor, wenn bloß vom Kläger erklärt ist, »daß er die Klage anmelde, um der Verjährung vorzubeugen«, sondern hierin liegt nichts weiter, als: »er thue dies bereits jetzt, damit der Gegner demnächst der aufgenommenen Klage nicht mit Erfolg den Einwand der Verjährung entgegensetzen könne. Das Eine schließt offenbar das Andere nicht aus.

(Entsch. Bd. 35. S. 25.)

11) Auch durch die bei dem inkompetenten Richter geschehene Klageanmeldung wird die Verjährung unterbrochen; nicht bloß durch die wirkliche Klage bei demselben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 266 Nr. 64.)

12) Die Verjährung rückständiger Gutsabgaben ist durch den bei der Auseinandersetzungs-Behörde angebrachten, wenngleich wegen deren Inkompetenz zurückgewiesenen Ablösungsantrag für unterbrochen zu erachten, wenn binnen fernerer Jahresfrist die Klage bei dem gehörigen Richter eingereicht wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 59 Nr. 27.)

13) In Fällen, wo wegen Entziehung von Privilegien binnen einer Präklusivfrist der Rechtsweg nachgelassen ist, genügt zur Unterbrechung der Verjährung nicht die bei einer Administrativ-Behörde abgegebene Erklärung, den Rechtsweg betreten zu wollen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Nov. 1847.

(Entsch. Bd. 15. S. 374.)

14) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 6. März 1846 (Präj. Nr. 1705.) spricht aus, daß auch bei der Wechselverjährung der allgemeine Grundsatz des §. 551. gelte. (Präj. Samml. S. 192.)

Dies ist indeß nach den Grundsätzen des Art. 80. der Deutschen Wechsel-O. nicht mehr der Fall, wonach das Präj. Nr. 1705. antiquirt ist.

§. 554.

Herbink, über die sogen. Verjährung der Litispendenz. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 596. ff.)

1) Ueber den Sinn der Worte des §. 554., »daß mit der Negligenz des Berechtigten eine neue Verjährung beginne«, sind drei verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Nach der einen Meinung tritt immer wieder diejenige Verjährung ein, welcher der Anspruch ursprünglich unterworfen war. Dieser Ansicht sind Thöne (Handb. Bd. 2. S. 471) und die Abhandl. in der J. Z. 1832 S. 635 ff. und 1835 S. 104. Eine zweite Meinung geht dahin, daß das zu verjährende Recht durch die Klageanmeldung dergestalt perpetuirt werde, daß es nunmehr nur binnen der ordentlichen dreißigjährigen Präskriptionsfrist, auch bei solchen Klagen, die sonst einer kürzeren Präskription unterliegen, verjähre. Diese Ansicht ist diejenige des Justizmin. in dem R. v. 17. Sept. 1835 (Jahrb. Bd. 40. S. 168, Gräff Bd. 6. S. 315) und es wird dieselbe auch vertheidigt von Schröter (Civil. Verf. Hft. 1. S. 208, J. Z. 1833 S. 967), Kosmann (J. Z. 1834 S. 1233) und in dem Auff. in der J. Z. 1834 S. 249 u. 1019.

Die dritte Meinung macht einen Unterschied, ob der Anspruch durch ein Judikat festgestellt worden, oder ob die angestellte Klage liegen geblieben, und läßt im ersteren Falle die dreißigjährige, im letzteren aber diejenige Verjährung eintreten, welcher der Anspruch ursprünglich unterworfen gewesen ist. Dieser Ansicht sind: Bornemann (Syst. Bd. 2. S. 141, 2. Ausg. Bd. 2. S. 79), Grävell (Komm. zu dem Kreditgesetz Bd. 3. S. 156 Anm. *), und Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 701, J. Z. 1834 S. 949); auch ist dieselbe von den Gesetzrevisoren angenommen worden (Gesetzrev. Pens. XIII., Mot. zu Tit. 9. Abschn. 9. S. 143).

Der §. 10. des Gesetzes v. 31. März 1838 hat die Dauer der neuen Verjährung auf den Zeitraum der ursprünglich vorgeschriebenen festgesetzt, mit der Ausnahme, daß im Falle eines Judikats, anstatt der ursprünglich kürzeren, die ordentliche Verjährungsfrist eintreten soll[1]).

Dies spricht auch das Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 2579. (s. Zus. 2.) aus.

2) Für die neue Verjährung, welche nach §. 554. h. t. zu laufen beginnt, wenn die angemeldete Klage nicht fortgesetzt wird, gilt, soweit nicht Spezialvorschriften, wie sie die §§. 908. u. 2356. A. L. R. II. 8. für Wechsel- und Versicherungsansprüche enthalten, entgegenstehen, als Regel die der ursprünglichen gleichkommende Frist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1854. (Präj. Nr. 2579.)

Wenn auch in Betreff dieser Frage, wie die diesfällige Zusammenstellung in den Ergänz. der Preuß. Rechtsbücher Bd. 1. S. 257 (3. Ausg. Bd. 1. S. 462—463) ergiebt, eine verschiedene Meinung unter den Rechtslehrern und Kommentatoren des A. L. R. obwaltet, so kann es doch keinem Bedenken unterliegen, derjenigen den Vorzug zu geben und die als die allein richtige in Anwendung zu bringen, wonach die neue Verjährung, welche nach §. 554. h. t. zu laufen beginnt, wenn die angemeldete Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze verfolgt wird, an dieselbe Zeitfrist gebunden ist, wie die erste, da die Absicht des Gesetzes bei jeder Art der Verjährung darauf gerichtet ist, die Unsicherheit des Rechtszustandes zu beseitigen, welche durch den Nichtgebrauch eines Rechtes während eines bestimmten Zeitraumes herbeigeführt wird, und welche Unsicherheit nur behoben werden kann, wenn für die Geltendmachung des Rechtes bestimmte Fristen gesetzt werden. Diese Fristen, welche sich nach Verschiedenheit des Gegenstandes und der Verkehrsverhältnisse verschieden gestalten, werden zwar, soweit es auf die Erhaltung des Rechtes ankommt, durch die bloße Anmeldung der Klage gewahrt; wenn aber die Klage nicht vorschriftsmäßig verfolgt wird, dann beginnen sie von Neuem zu laufen, und da durch die Klageanmeldung in der Natur des zu verfolgenden Rechtes keine Veränderung eingetreten ist, die Bedingungen also dieselben sind, unter denen das Gesetz die Verjährungsfrist zuerst bemessen hat, so ist auch kein Grund vorhanden, in Bezug auf die neue Verjährung eine andere, sei es eine längere oder kürzere Frist, eintreten zu lassen, so lange das Gesetz hierüber nicht ausdrücklich eine von der ursprünglichen Bestimmung abweichende Festsetzung enthält. Es würde auch eine nicht zu erklärende Erfolglosigkeit der ursprünglichen Fristbestimmung über die Verjährung herausstellen, wenn der Berechtigte durch die bloße Klageanmeldung sich für immer von den Nachtheilen, die ihn wegen unterlassener Verfolgung seines Rechtes, nach dem Willen des Gesetzes, gerade in kürzeren Fristen treffen, sollte befreien können, denn dadurch würde die Absicht des Gesetzes geradezu vereitelt und in allen Fällen die dreißigjährige Verjährung allein zur Geltung gebracht, sobald nur die Klageanmeldung nicht verabsäumt worden. Daß dies aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, wenn er die Einführung kürzerer Verjährungsfristen für erforderlich erachtet hat, dafür sprechen die neueren Gesetze v. 31. März 1838 §. 10. und 18. Juni 1840 §. 8. Auch der §. 563. h. t. ist in sofern sehr erheblich, als in dem einfachen Gebrauch des Fürwortes: »sie« eine bestimmte Bezeichnung der neuen Verjährung, als einer bloßen Wiederholung der unterbrochenen hervortritt, und also die Vorschriften der oben allegirten neueren Gesetze nur eine Geltendmachung des schon dem Landrecht angehörigen Prinzips kund geben, nicht aber etwas davon Abweichendes festsetzen. Auf die singulären Vorschriften des A. L. R. II. 8. §§. 908. u. 2356. kann es nicht ankommen, da die allgemeinen Bestimmungen nicht den für spezielle Fälle gegebenen unterliegen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 32. S. 37.)

3) Dekl. v. 18. Mai 1839 wegen der Verjährung der bei den vormaligen Reichsgerichten unerledigt gebliebenen Prozesse[2]).

[1]) Denselben Grundsatz schreibt in Beziehung auf die Verjährung öffentlicher Abgaben der §. 8. des Ges. v. 18. Juni 1840 vor.

[2]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 6. Juni 1828 angenommen, daß die Vorschrift des §. 554. auch auf Prozesse anwendbar sei, welche bei dem Reichskammergericht geschwebt haben, und bei demselben vom Kläger nicht solli-

Wir ꝛc. finden uns bewogen, zur Beseitigung entstandener Zweifel, auf den Antrag Unseres Staatsmin., und nach erfordertem Gutachten einer von Uns aus Mitgliedern des Staatsrathes ernannten Kommission, für den ganzen Umfang Unserer Monarchie zu erklären:

daß die Vorschrift des Röm. Rechts in der L. 9. C. de praescriptione 30 vel 40 annorum [1]) auf die bei den vormaligen Reichsgerichten bis zum Schlusse verhandelten, dann aber unentschieden liegen gebliebenen Prozesse, so lange für dieselben die Kompetenz der Reichsgerichte begründet war, keine Anwendung hat finden können, daß aber von dem Zeitpunkte der Erlöschung dieser Kompetenz an in Ansehung der Verjährung die in den einzelnen Landestheilen geltenden Gesetze in Anwendung zu bringen sind.

Ueber den Zeitpunkt, mit welchem die Kompetenz der Reichsgerichte in Bezug auf die einzelnen Landestheile für erloschen zu erachten ist, haben Unsere Min. der Just. und der ausw. Angel. die Gerichte mit einer Instruktion zu versehen. Urkundlich ꝛc. (G. S. 1839 S. 175.)

Dazu:

a) Instr. des Min. der Just. und der ausw. Angel. v. 27. Juli 1839, über den Zeitpunkt des Erlöschens der Kompetenz der Reichsgerichte in den verschiedenen Landestheilen.

Der Zeitpunkt des Aufhörens der reichsgerichtlichen Kompetenz ist,

A. soviel diejenigen Landestheile betrifft, in welchen das A. L. R. und das gem. Recht gelten:

1) in Betreff derjenigen, welche zu einem Staate des vormaligen Rheinbundes gehört haben, der 1. Aug. 1806, als der Tag, an welchem der Reichsversammlung der Abschluß der Rheinischen Konföderationsakte und der Austritt jener Staaten aus dem Reichsverbande notifizirt worden ist, in sofern aber der Staat dem Rheinbunde später beigetreten ist, der Tag des erfolgten Beitrittes;

2) in Betreff der übrigen Landestheile dagegen der 12. Juli 1807, als der Tag, an welchem die Ratifikations-Urkunden über den Tilsiter Friedensschluß ausgefertigt worden sind.

B. in Ansehung der Rheinprovinzen, soweit das Französische Recht gilt, der 9. März 1801, als der Tag, an welchem der am 9. Febr. 1801 unterzeichnete Lüneviller Friede, welcher diese Landestheile des linken Rheinufers von Deutschland trennte, von Seiten des Reiches ratifizirt worden ist.

(J. M. Bl. 1839 S. 287.)

b) R. v. 26. Sept. 1839.

Bei der durch die Instr. v. 27. Juli 1839 erfolgten Festsetzung der Zeitpunkte des Erlöschens der reichsgerichtlichen Kompetenz in den verschiedenen Landestheilen der Monarchie ist zur Erwägung gekommen, daß manche dieser Landestheile, und namentlich auch das Fürstenthum Münster, so wie die übrigen durch den Reichsdeputations-Hauptschluß v. 25. Febr. 1803 an Preußen abgetretenen Entschädigungs-Länder schon vor der Errichtung des Rheinbundes oder vor dem Abschlusse des Tilsiter Friedens mit einem Privilegium de non appellando versehen gewesen sind, und daß früherhin stets Preußischer Seits von dem Eintritte dieser Privilegien an das Aufhören der reichsgerichtlichen Kompetenz für diese Landestheile behauptet worden ist. Dessenungeachtet ist auf jene früheren Privilegien de non appellando um deshalb keine Rücksicht genommen worden, weil die Reichsgerichte denselben niemals eine rückwirkende Kraft beigelegt, vielmehr in den damals bei ihnen schon anhängig gewesenen Sachen sich noch fortwährend für kompetent erachtet und beharrlich die Auslieferung der Akten an die Gerichtshöfe der einzelnen Deutschen Staaten verweigert haben. Deshalb ist in der Instr. der Zeitpunkt dieses Aufhörens der Wirksamkeit der Reichsgerichte auch für die gedachten Landestheile, resp. auf die Errichtung des Rheinbundes und des Tilsiter Friedens datirt. Es kann daher auch bei Feststellung des Zeitpunktes des Aufhörens der reichsgerichtlichen Kompetenz im Erbfürstenthume Münster nicht auf das diesem Landestheile schon im Jahre 1803 ertheilte Privilegium de non appellando zurückgegangen werden, vielmehr ist dieser Zeitpunkt lediglich nach den Bestimmungen der Instr. v. 27. Juli 1839 zu beurtheilen. (J. M. Bl. 1839 S. 330.)

c) Die L. 9. Cod. de praescript. 30 vel 40 annor. (Lib. 7. Tit. 39.) über die Verjährung rechtshängiger Klagen, beschränkt sich nicht bloß auf Personalklagen, sondern ist von allen Klagen ohne Unterschied zu verstehen.

Wenn die Dekl. v. 18. Mai 1839 die Anwendung der durch die L. 9. Cod. a. a. O. angeordneten vierzigjährigen Verjährung rechtshängiger Klagen auf die bei den vormaligen Reichsgerichten bis zum Schluß verhandelten, dann als unentschieden liegen gebliebenen Prozesse untersagt, — so ist dies nur von solchen Prozessen zu verstehen, in denen von den Parteien nichts mehr vorzunehmen ist um die Entscheidung der Sache auszuwirken, und welche mithin bloß durch die Schuld des Richters liegen geblieben sind. Dahingegen findet die Dekl. auf solche Prozesse keine Anwendung, in denen zwar die gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Schriften eingegangen sind, von den Parteien aber noch nicht zum Erkenntniß submittirt, oder die Sache auf den Antrag des einen oder anderen Theils ausdrücklich für beschlossen erklärt ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1819. u. 1820.)

(Präj. Samml. S. 284 u. 427, Entsch. Bd. 15. S. 126.)

v. Stockhausen führt aus, daß unter den »bis zum Schluß verhandelten« Prozessen der vormaligen Reichsgerichte nur diejenigen zu verstehen seien, wo entweder von beiden Parteien submittirt, oder doch auf Anrufen der beschließenden Partei der Aktenschluß gegen die säumige Partei in contumaciam ex officio judicis ausgesprochen ist.

(Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 374.)

§. 557. 1) Welche Wirkung hat ein Judikat, welches den Kläger angebrachtermaßen abweist?

Nach Suarez Ansicht kann eine solche Abweisung bei uns nicht vorkommen, weil die A. G. O. sie nicht nicht kennt.

(Simon's Mat. S. 666.)

Dagegen ist Bornemann der Ansicht, daß die Anstellung der Klage auch dann die Verjährung des Forderungsrechtes unterbreche, wenn aus einem unrichtigen Fundamente geklagt worden, weil derjenige, welcher sein Recht aus irgend einem Grunde gerichtlich verfolge, aufhöre negligent zu sein.

(System Bd. 2. S. 138, 2. Ausg. Bd. 2. S. 77.)

Koch nimmt dagegen an, daß die Anstellung der unrichtigen Klage die Verjährung der richtigen Klage nicht unterbreche, indem der Ausdruck des §. 557.: »es behalte bei der Abweisung, wenn Kläger sie habe rechtskräftig werden lassen, sein Bewenden«, nur so viel heißen solle, als daß die Klage in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung für gar nicht angebracht zu erachten.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 726.)

Temme tritt dieser Ansicht bei, obwohl er die Gründe Koch's nicht anerkennt, ohne sich hierüber jedoch näher zu äußern.

(Lehrb. des Pr. Civilr. Bd. 1. S. 474 Anm. 2.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 551. sqq. h. t. Zus. 7.

2) Wenn der Kläger in dem Vorprozesse wegen Mangels der Legitimation abgewiesen worden ist, so kann der Klage des Vorprozesses nicht die Wirkung einer die Verjährung unterbrechenden Klageanmeldung beigemessen werden.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Juni 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 332 Nr. 77.)

§. 558. 1) Bei der Verfolgung des Anspruches wegen einer im Konkurse ausgefallenen Forderung gegen den wieder zu Vermögen gelangten Gemeinschuldner oder dessen Erben, ist der erfolgten Liquidation der Forderung bei der Konkursmasse nicht die Wirkung einer Klageanmeldung, und der ergangenen Klassifikatoria nicht die einer rechtskräftigen Entscheidung, in Beziehung auf Unterbrechung resp. Wiederanfang der Verjährung durch Nichtgebrauch, beizumessen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. März 1847. (Präj. Nr. 1845.)

Das Lokationsurtel im Konkurse ergeht nur zwischen den Kreditoren und nicht auch gegen den Gemeinschuldner; denn wenn auch nach §. 114. A. G. O. I. 50. der Gemeinschuldner zum Liquidationstermin mit vorgeladen werden soll, um dem Kontradiktor über die Ansprüche der Gläubiger Auskunft zu ertheilen, und diese sich auf den Konkurs einlassen müssen, wenn sie nicht mit ihren Ansprüchen an das in Beschlag genommene Vermögen präkludirt werden wollen, so wird doch der Gemeinschuldner eben nur in Bezug auf dieses Vermögen seiner Disposition entsetzt und nur in sofern durch den Konkurskurator vertreten. Auf den Widerspruch des Gemeinschuldners bei sonst von dem Kurator für richtig befundenen Forderungen wird überhaupt gar keine

---

citirt worden, oder welche deshalb liegen geblieben sind, weil der Kläger weder zum Erk. submittirt, noch auf die Submission des Verklagten gedrungen hatte.

(Simon's R. Bd. 3. S. 114.)

Vergl. die Entstehungs-Geschichte und die Motive der Dekl. v. 18. Mai 1839 in Dr. Löwenberg's Beitr. zur Kenntniß der Motive ꝛc. Bd. 1. S. 161 ff.

[1]) Es ist durch dies Gesetz eine vierzigjährige Verjährung, von der letzten gerichtlichen Verhandlung an gerechnet, für den Fall angeordnet, wenn der Kläger den Prozeß angestellt hat, solcher aber in der Folge liegen geblieben oder vom Kläger nicht fortgesetzt ist.

Rücksicht genommen, und die Wirkung der Konkurseröffnung besteht in dieser Beziehung nach §. 33. l. c. einzig und allein darin, daß die Gläubiger auf den Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt oder während desselben erwirbt, ein allgemeines Pfandrecht erlangen. Auf etwas Weiteres haben die Gläubiger kein Recht; beabsichtigen sie, sich an dessen Person zu halten oder in sein künftiges Vermögen Rechte zu erwerben, so liegt ihnen ob, deshalb besonders klagbar zu werden. Eben so wenig, wie nach §. 145. l. c. ein präkludirter Gläubiger durch die Präklusion die Rechte an die Person des Gemeinschuldners und dessen künftiges Vermögen verliert, und bloß seiner Ansprüche an die Masse verlustig geht, eben so wenig kann ein angesetzter Gläubiger seine im Klassifikationsurtel nur gegen die Masse zugesprochenen Rechte ohne weiteres gegen den Gemeinschuldner geltend machen. Anderen Falls müßte ein solcher Gläubiger aus dem Klassifikationsurtel die Exekution gegen den Kridarius nachzusuchen berechtigt sein, was nicht der Fall ist. Daß einem Verschwender nach aufgehobener Vormundschaft die gegen seinen Kurator ergangenen Judikate entgegenstehen, kann eine analoge Anwendung auf den Gemeinschuldner nicht finden; jener wird in allen seinen Vermögensbeziehungen durch seinen Vormund vertreten, während bei diesem die Vertretung sich nur auf die Konkursmasse bezieht. Der Kurator und der Gemeinschuldner bleiben stets verschiedene Rechtssubjekte, und da res judicata nur jus facit inter partes, und es in der That nicht wohl einzusehen ist, wie ein auf den Grund eines Prozesses abgefaßtes Erkenntniß, in welchem der Gemeinschuldner gar nicht Partei war, demselben entgegenstehen soll, so kann auch von einer Unterbrechung der Verjährung der Zinsen durch die Lokation im Konkurse nicht die Rede sein.

(Präj. Samml. S. 39, Entsch. Bd. 14. S. 218.)

2) Ein gerichtlicher Vergleich über rechtshängige Sachen hat in Betreff der Verjährung nicht die im §. 558. vorgeschriebene Wirkung eines rechtskräftigen Urtels, sondern nur die eines Anerkenntnisses.

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 13. April 1849 (Präj. Nr. 2115.) in den Erg. zum §. 10. des Gesetzes v. 31. März 1838 Zus. 15. sub f. (s. oben S. 269).

3) Die neue Verjährung des §. 558. dauert in allen Fällen 30 Jahre.

Vergl. §. 10. des Gesetzes v. 31. März 1838 und die Erg. dazu.

§. 560. Auch im Großherzogthume Posen kommt hinsichtlich der vor Einführung des A. L. R. begonnenen erlöschenden Verjährung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß die Vorschrift des §. 560. zur Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 281 Nr. 61.)

§. 561. 1) Eine gerichtliche Mahnung unterbricht die Verjährung.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 6. Juni 1853 (Präj. Nr. 2451.) ex arg. a contrario.

Vergl. die Erg. zu den §§. 551. sqq. h. t. Zus. 8.

2) Der Satz des §. 561. war nach gemeinem Rechte streitig und Suarez war, indem er den dagegen eingegangenen Monitis beistimmte, der Meinung, daß, weil man hier sein Recht propter solum non usum verliere, die Folgen des non usus nicht treffen könnten, weil man ja sein Recht gebrauche, wenn man den Andern mahne. Seine Ansicht fand aber keinen Beifall.

(Simon's Mat. S. 667.)

3) Ist die gerichtliche Protestation ein allgemeines Mittel zur Unterbrechung der Verjährung?

Es bejahen: Bielitz, gestützt auf das arg. a contr. des §. 561. (Komm. Bd. 2. S. 214) und Bornemann, welcher, da es an einer allgemeinen Vorschrift darüber fehle, die §§. 598. sqq. A. L. R. II. 8. generalisiren will (Syst. Bd. 2. S. 139, 2. Ausg. Bd. 2. S. 78).

Entgegengesetzter Ansicht sind:

a) Grävell, welcher ausführt, daß schon die ausdrückliche Gleichstellung der Protestation mit der Klageanmeldung bei der akquisitiven Verjährung und die ausführliche Bestimmung der alleinigen Wirkungen der Klageanmeldung bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, ergebe, daß die Protestation nur bei der ersteren von Bedeutung sein solle.

(Besitz und Verjährung S. 154 Anm. *)

b) Thöne, weil sonst der Gesetzgeber sich positiv würde ausgedrückt haben, und in den Worten des §. 561.: »für sich allein« nichts weiter liege, als ein reiner Gegensatz zur Klageanmeldung und zum Anerkenntniß, der bloß der Deutlichkeit wegen hinzugefügt sei. Dagegen sei es unstatthaft, den §. 598. A. L. R. II. 8. zu generalisiren; denn wenn der Verpflichtete außer Landes gegangen sei, so müsse er auch außer Landes verfolgt werden; wenn aber sein Aufenthalt unbekannt sei, so könne gar keine Verjährung anfangen, oder es finde eventuell Restitution statt, so daß es keines weiteren Aktes der Unterbrechung bedürfe. (Handb. Bd. 2. S. 474.)

c) Temme, weil die gerichtliche Protestation keine Ausübung des Rechtes enthalte. (Lehrb. Bd. 1. S. 473.)

4) Eine außergerichtliche Abforderung genügt im Falle des §. 158. A. L. R. I. 14.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. (22. April) 1839. (Präj. Nr. 606.) und 22. Jan. 1842.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §. 158.

§. 562. 1) Die Unterbrechung der Verjährung durch »gegenseitiges Anerkenntniß« tritt nur dann ein, wenn dies Anerkenntniß vom Schuldner in der Absicht, seine Schuld als noch bestehend anerkennen zu wollen, abgelegt worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1848.

Nach §. 562. reicht nicht jedes, gegen irgend einen Dritten ausgesprochene Anerkenntniß zur Unterbrechung der Verjährung hin; vielmehr hat nur ein »gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts« diese Wirkung, was nicht bloß heißen kann, daß der Schuldner Etwas anerkannt haben müsse, weil sich dies von selbst verstehen würde, und es nicht erst des Wortes »gegenseitig« bedurft hätte, um dies auszudrücken; sondern das »gegenseitig« zeigt an, daß bei Ablegung des Anerkenntnisses eine Beziehung zwischen dem Anerkennenden und dem Gläubiger die Absicht, die Schuld als noch bestehend anerkennen zu wollen, vorhanden sein müsse; und wenn in solchem Sinne die Anerkennung gegen einen Dritten ausgesprochen worden, so ist allerdings eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten. Es genügt also nicht das bloße Anerkennen einer Thatsache. Es verhält sich mit dem hier gemeinten Anerkenntnisse ähnlich, wie mit dem den Mangel eines schriftlichen Vertrages heilenden Anerkenntnisse, von welchem der §. A. L. R. I. 5. spricht, und wobei ebenfalls nicht das bloße Zugestehen, daß ein Vertrag gewissen Inhaltes mündlich errichtet worden, sondern das »Bekennen« zu einem solchen Vertrage in der Absicht, die verbindende Kraft desselben anerkennen zu wollen, gefordert wird. (Entsch. Bd. 17. S. 120.)

2) Dadurch allein, daß die Erben bei der gegenseitigen Erbregulirung ohne Zuziehung des Gläubigers dessen Forderung an den Erblasser für noch bestehend erklären, wird die Verjährung derselben nicht unterbrochen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1848. (Präj. Nr. 2005.)

Zwar kann das »gegenseitige Anerkenntniß«, welches der §. 562. erfordert, nicht so verstanden werden, als ob es auch von Seiten des Gläubigers erfolgen müßte; auch ist dasselbe nicht an die Bedingungen eines Vertrages gebunden; da aber der Verlust eines Rechtes durch Extinktivverjährung als Ergebniß des Nichtgebrauches binnen der gesetzlich bestimmten Frist zu betrachten ist, so ist auch irgend eine Thätigkeits-Aeußerung des Gläubigers zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich, der sich die Bedeutung beimessen läßt, daß er damit von seinem Rechte Gebrauch mache, oder doch irgend ein sonstiges Moment, welches jenen Gebrauch in sich schließt. Die Klageanmeldung genügt dazu nach §§. 551., die außergerichtliche Erinnerung ist nach §. 561. unzureichend, und es ist deshalb nicht anzunehmen, daß einer bloßen, ohne Konkurrenz des Gläubigers abgegebenen Erklärung des Schuldners größere Wirkung beiwohnen könne. Ein gegenseitiges Anerkenntniß (§. 562.) ist ein solches, welches auf die Erinnerung des Berechtigten von dem Verpflichteten erfolgt; es muß aber dabei noch ein Moment der Entgegennahme hinzutreten, und es darf sich der Gläubiger nicht ein dergleichen, ihm gegenüber gar nicht erfolgtes Anerkenntniß nicht erst nach bereits eingetretener Vollendung der Verjährung aneignen, um daraus die Unterbrechung herzuleiten.

(Präj. Samml. S. 39, Entsch. Bd. 17. S. 123.)

3) Die Vorschrift des §. 562. erfordert zu ihrer Anwendung nicht, daß das Anerkenntniß in einem mit dem Berechtigten abgeschlossenen Vertrage oder unmittelbar gegen diesen erfolgt sei. Es reicht hin, wenn der Verpflichtete in einer schriftlichen Urkunde seine fortdauernde Verbindlichkeit unzweideutig anerkannt hat, und der Lauf der Verjährung wird insonderheit dadurch unterbrochen, daß der Verpflichtete einem Dritten die Berichtigung der ihm obliegenden Schuld überweist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1845. (Präj. Nr. 1646.) (Präj. Samml. S. 39.)

4) Das gegenseitige Anerkenntniß des Rechtes, wodurch die Verjährung unterbrochen wird, ist an keine bestimmte Form gebunden,

und also auch nicht erforderlich, daß dasselbe bei Gegenständen über 50 Thlr. schriftlich abgegeben werde.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Mai 1851.

Geht man zunächst von der Vorschrift des §. 84. A. L. R. I. 4. aus, so bietet schon die Hauptstelle für die gegenwärtige Entscheidung, der §. 562. h. t., keinen Anlaß zu der Anforderung dar, daß das Anerkenntniß des Schuldners, wodurch die Verjährung des Rechtes des Gläubigers unterbrochen wird, schriftlich abgegeben werden müsse. Denn die letztere Gesetzesstelle enthält keine Vorschrift über die Form eines solchen Anerkenntnisses. Was unter den Worten »gegenseitiges Anerkenntniß« zu verstehen sei, ist bereits durch das Präj. des Ob. Trib. v. Jahre 1845 Nr. 1646.[1]) dahin entschieden, daß es nicht erforderlich, daß das Anerkenntniß in einem mit dem Berechtigten abgeschlossenen Vertrage, oder unmittelbar gegen diesen erfolgt sei; und wenn hiernächst auch es in dem Präj. weiter heißt, es reiche hin, wenn der Verpflichtete in einer schriftlichen Urkunde seine fortdauernde Verbindlichkeit unzweideutig anerkannt habe, und werde der Lauf der Verjährung insonderheit dadurch unterbrochen, daß der Verpflichtete einem Dritten die Berichtigung der ihm obliegenden Schuld überweise; so liegt in diesem Nachsatze, wie schon der Schluß desselben ergiebt, doch nicht der Ausspruch, daß das von dem Verpflichteten abgegebene Anerkenntniß jederzeit in einer schriftlichen Urkunde ausgesprochen werden müsse, indem vielmehr auch bloße Handlungen, wie z. B. der einem Dritten gemachte Antrag, die Schuld zu berichtigen, die Wirkung äußere, daß die Verjährung unterbrochen werde. Die Erwähnung des in einer schriftlichen Urkunde enthaltenen unzweideutigen Anerkenntnisses des Verpflichteten in dem Präj. bezieht sich lediglich auf den damals zur Entscheidung vorliegenden Fall, und schließt nicht aus, daß dieselbe Wirkung auch jedem anderen mit den Erfordernissen der §§. 2. 3. 4. A. L. R. I. 4. versehenen Anerkenntnisse beigemessen werde. Dies muß aber geschehen, wenn nicht nur das Gesetz selbst keine bestimmte Form für das abzugebende Anerkenntniß vorschreibt, sondern weil es auch dem Wesen und der rechtlichen Natur der Verjährung durch Nichtgebrauch entspricht, daß sie da ausgeschlossen oder in ihrem begonnenen Laufe unterbrochen werde, wo auf unzweifelhafte Weise die Gewißheit des Fortbestehens der Verbindlichkeit dargethan ist. Die Verjährung bildet kein Rechtsmoment, welches zu berücksichtigen wäre, bevor sie durch den vollständigen Zeitablauf, der nach Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse für ihre Vollendung vorgeschrieben ist, in's Dasein getreten; es kann mithin auch für ihre Unterbrechung keiner besonderen Form bedürfen, da etwas selbst nicht Bestehendes nicht beseitigt zu werden braucht, dafür auch gar keine Angriffsweisen denkbar sind. Das Wesen der Unterbrechung derselben besteht vielmehr in der Unterhaltung des Daseins des wirklich Bestehenden in der Ausschließung der Folgen, welche das Gesetz mit der Unterlassung oder Nachlässigkeit des Berechtigten in Wahrung seines Rechts verknüpft hat, so wie in der Beseitigung der aus jener Unterlassung fließenden Konsumtion der Tilgung der Schuld, und hierzu genügt jede Handlung oder Erklärung des Verpflichteten, welche es außer Zweifel setzt, daß er seine Verbindlichkeit als noch bestehend anerkenne. Der schriftlichen Form bedarf es hierzu nicht, da jene Gewißheit auch durch andere Beweismittel über das abgegebene Anerkenntniß beschafft werden kann.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 21. S. 192.)

5) Auch ein Vergleich enthält ein solches Anerkenntniß im Sinne des §. 562.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in den Gründen des Erk. v. 13. April 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 170.)

Vergl. die Erg. zum §. 10. des G. v. 31. März 1838 sub f.

6) Das Anerkenntniß einer Schuldverbindlichkeit unterbricht die Verjährung auch dann, wenn nicht zugleich der Betrag anerkannt wird, z. B. Anerkennung einer Verbindlichkeit zum Schadensersatze ohne Anerkennung des Betrages.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. April 1827.

(Simon's R. Bd. 1. S. 78.)

In gleichem Sinne nimmt ein im Centralbl. 1842 S. 35 mitgetheiltes Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) an, daß schon ein allgemeines Anerkenntniß der Verbindlichkeit, ohne spezielle Angabe des schuldigen Betrages, zumal in dem Falle genüge, wenn es sich auf ein Schreiben bezieht, in welchem dieser Betrag angegeben worden.

Derselben Ansicht ist Bornemann.

(System Bd. 2. S. 143, 2. Ausg. Bd. 2. S. 77.)

Sommer tritt ebenfalls bei. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 270.)

7) Das O. L. G. zu Arnsberg nimmt in dem Erk. v. 23. Aug. 1843 folgende Rechtsgrundsätze an:

a) Anerkenntnisse einer Schuld stehen der Einrede der Verjährung in sofern nicht entgegen, als seitdem eine neue Verjährung eingetreten und abgelaufen ist, oder eine solche schon vorher vollendet war, und in derselben kein neuer Rechtsgrund enthalten ist.

b) Das Anerbieten einer Aversionalsumme auf eine beanspruchte Forderung schließt an und für sich noch nicht ein Anerkenntniß der Schuld selbst in sich.

c) Anerkenntnisse sind vielmehr nur in sofern erheblich, als sie dem Berechtigten gegenüber abgegeben sind und zuverlässige und rechtlich bindende Willenserklärungen enthalten.

d) Ein behauptetes Anerkenntniß kann nur dann durch Eid erwiesen werden, wenn dasselbe in äußere konkludente Handlungen übergegangen und über diese Thatsachen die Eideszuschiebung erfolgt ist.

e) Die Einrede der Verjährung ist keinesweges mit der gleichzeitigen Einrede der Zahlung unvereinbar. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 423.)

§. 563. Ueber die Dauer der neuen Verjährung vergl. §. 10. des Gesetzes v. 31. März 1838 und die Erg. dazu.

§. 564. 1) Das im §. 564. gedachte Anerkenntniß, welches die Wirkung einer bereits vollendeten Verjährung aufzuheben geeignet sein soll, muß nicht bloß einen neuen Rechtsgrund für die erloschene Forderung gewähren, sondern auch mit den formellen Erfordernissen einer rechtsgültigen Willenserklärung versehen sein.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Sept. 1854.

Zur Unterbrechung der Verjährung genügt nach §. 562. ein an keine Form gebundenes Anerkenntniß, welches auch durch Handlungen ausgedrückt werden kann (Präj. Nr. 2294. v. 27. Mai 1851)[1]); dagegen spricht der §. 564. von dem Falle einer bereits vollendeten Verjährung und fordert dafür ein Anerkenntniß, welches der Forderung einen neuen Rechtsgrund gewährt. Dieser muß den formellen Erfordernissen einer gültigen Willenserklärung entsprechen, mithin bei Gegenständen über 50 Thlr. schriftlich abgegeben sein. (§. 131. A. L. R. I. 5.) (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 364 Nr. 80.)

2) Bloße Unterhandlungen über die Berichtigung einer verjährten Schuld heben die Wirkung der bereits vollendeten Verjährung nicht auf.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 8. Mai 1852. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 485—487.)

§§. 565 — 567. Verträge über die Verjährung.

1) Ueber die Motive der §§. 565—567. vergl. Suarez in der Schlußrevision (Jahrb. Bd. 41. S. 14), und Simon's Mat. S. 667.

2) Welche Verträge sind als solche anzusehen, die über die Verjährung geschlossen worden?

a) Die in einem Vertrage enthaltene Stipulation, daß die dadurch begründeten Rechte bei Verlust derselben binnen einer bestimmten Frist geltend gemacht werden müssen, namentlich die in den Schlußzetteln der vereidigten Berliner Kourtiers sich vorfindende Bestimmung: »Auch müssen überall die Rechte aus dem gegenwärtigen Geschäfte in den nächsten sechs Wochen nach dem letzten Erfüllungstage durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden, widrigenfalls selbige unbedingt erlöschen und nicht mehr verfolgt werden können«, ist nicht als ein Vertrag über die Verjährung anzusehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1846. (Präj. Nr. 1722.)

Vom Begriffe der Verjährung sind nicht nur vielerlei Fristen, an welche die Ausübung eines Rechts geknüpft ist, sondern auch insbesondere diejenigen Veränderungen in den rechtlichen Befugnissen einer Person ausgeschlossen, welche, wenngleich nach einem bestimmten Zeitabschnitte, doch schon lediglich mit Ablauf einer, den Anfang oder die Dauer der Ausübung eines Rechts bestimmenden Frist, eines dies a quo oder ad quem eintreten. Der §. 500. bestimmt zwar den Begriff der Verjährung als eine Veränderung, welche an Rechten, wegen unterlassener Ausübung, vermöge der Gesetze entsteht. Es erhält aber diese Definition eine nähere Begrenzung, insbesondere bei der Verjährung durch Nichtgebrauch, in der »Wirkung« dieser Verjährung, welche nach §. 568. darin besteht, daß eine rechtliche Vermuthung bewirkt wird, die ehemals entstandene Verbindlichkeit sei in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art aufgehoben worden. Hierdurch wird die Verjährung dem rechtlichen Begriffe nach getrennt von den mannichfachen Zeitfristen, wie sie in den Gesetzen vorkommen. Der Ablauf aller dieser Fristen bewirkt ebenfalls eine Veränderung in den Rechten; er schneidet die Verfolgung derjenigen Rechte ab, welche vorher verfolgt werden konnten. Dies hat aber nicht in irgend einer Vermuthung für die Aufhebung dieser Rechte, sondern lediglich darin seinen Grund, daß sie überhaupt von Hause aus nur innerhalb der vorgeschriebenen Frist verfolgbar waren. Darum werden Fristen dieser Art im G. auch nicht Verjährungen genannt.

[1]) Vergl. ob. Zus. 3.

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 562. h. t. Zus. 4.

Von dieser Bewandniß ist die hier in den Schlußzetteln vereinbarte sechswöchentliche Frist. Weder wird sie mit dem Ausdruck Verjährung von dem Kontrahenten bezeichnet, noch tritt das Wesentliche der Verjährung durch Nichtgebrauch, die Vermuthung der Tilgung der Verbindlichkeit, dabei ein. Der Gegentheil würde die Bedingung des §. 569. (den Gegenbeweis gegen die Verjährung) als vorliegend einräumen und doch die Unstatthaftigkeit der Klage behaupten können. Der Frist von sechs Wochen lag die Absicht zu Grunde, das ganze Geschäft, wie es dessen Natur mit sich bringt, innerhalb eines kurzen Zeitraums zu beschränken; die Rechte aus demselben sind von Anfang an nur mit der Maßgabe der Ausübung innerhalb dieser Frist erworben worden. Eine solche Frist steht ganz derjenigen gleich, welche z. B. für die Erfüllung eines bestimmten Vertragsrechts vereinbart wird. Es läßt sich nicht annehmen, daß es Absicht des G. gewesen, alle diese im Geschäftsleben so häufigen, in größeren Verträgen fast unvermeidlichen Präklusiv-Fristbestimmungen der gerichtlichen Abschließung zu unterwerfen. Jedenfalls darf im zweifelhaften Falle das Gesetz über seinen Wortlaut nicht ausdehnend erklärt werden, da es überhaupt ein Ausnahmegesetz ist. (Präj. Samml. S. 39, Entsch. Bd. 14. S. 222.)

b) Die Bestimmung in einem Assekuranzvertrage, daß jeder nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Unfall festgestellte oder nicht vor den Richter gebrachte Entschädigungsanspruch erloschen sei, enthält eine Bedingung, und nicht die Verabredung einer kürzeren Verjährungsfrist.

Erkannt vom dem Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1849.

Es liegt hier der Fall gar nicht vor, wo durch den Ablauf einer bestimmten Zeit wegen unterlassener Ausübung des Rechts eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entstehen soll; vielmehr soll das Recht nur erst durch Erfüllung der Bedingung erwachsen und zur Geltung kommen. Zu verjährende Rechte aber, an denen eine Veränderung eintreten soll, müssen nothwendig selbstständige, bereits vollständig erworbene, nicht solche sein, deren Existenz noch erst von dem Eintreten einer Bedingung abhängt.

(Entsch. Bd. 17. S. 361.)

c) Die Vertragsbestimmung, daß ein nicht innerhalb Jahresfrist nach dem Brande festgestellter oder vor den Schiedsrichter gebrachter Entschädigungsanspruch erloschen sein solle, ist als eine Bedingung für den Eintritt der Verpflichtung des Versicherers und nicht als Anordnung einer Verjährung anzusehen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 130 Nr. 27.)

§. 566. 1) Eine mit dem Vorbesitzer eines Grundstückes stipulirte Anerkennung und beziehungsweise Ausschließung der Verjährung von mehr als vierjährigen Rückständen eines zinsbaren Kapitals oder einer Reallast präjudicirt dem Singular-Sukcessor nur in dem Falle, wenn für den Berechtigten dieses Vertragsrecht im Hypothekenbuche eingetragen worden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 73 Nr. 13. und Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 297 Nr. 30.)

2) Unter Beobachtung der Vorschrift des §. 566. kann auch der Wechselverjährung gültig entsagt werden.

Angenommen von der Gesetzkomm. in dem Gutachten v. 22. Okt. 1795 und in dem Konfirm.-R. v. 9. Nov. 1795 (Stengel Bd. 10. S. 273—280) und von dem Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 9. ohne Datum (Präj. Samml. S. 305).

§§. 568—578. Wirkung der Verjährung.

§§. 568. u. 569. 1) Die Gesetzrevisoren theilen über die Entstehung dieser §§. Folgendes mit:

Es läßt sich nicht mit Bestimmtheit nachweisen, aus welcher Ansicht die §§. 568. u. 569. hervorgegangen sind. Im Entw. des Gesetzb. war nur von dem Verlust der Rechte die Rede, und dies setzt Suarez auch in der rev. mon. als unbezweifelte Wirkung der Extinktiv-Präskription voraus. Er sagt darüber wörtlich Folgendes:

Hier würde der allgemeinen Wirkung der Verjährung, nämlich der Befreiung des Verpflichteten von seiner bisherigen Verbindlichkeit, zu erwähnen, und zugleich der bei der ganzen Lehre de praescriptione extinctiva zum Grunde liegende Satz, daß es dabei auf bonam fidem ex parte des Verpflichteten nicht ankomme, zur Hebung aller Zweifel ausdrücklich anzuführen sein.

Hiernach ist dann auch noch der umgearb. Entw. abgefaßt, am Rande aber sind die Bestimmungen substituirt, welche sich jetzt §§. 568. u. 569. vorfinden, wahrscheinlich also sind sie beim Vortrage des umgearb. Entw. entstanden; vielleicht, um die nach Kanon. Rechte, der Meinung vieler Rechtsgelehrten zufolge, auch bei der Extinktiv-Präskription erforderliche bona fides aufzunehmen. Es war indeß eine von dem Bestehenden durchaus abweichende Neuerung, die Vermuthung für eine inmittelst erfolgte Aufhebung der Verbindlichkeit als Wirkung der Verjährung aufzustellen; — oder mit anderen Worten, aus der abgelaufenen Verjährung zu schließen, daß diejenige Veränderung schon früher eingetreten sei, welche durch die Verjährung nach der Natur derselben erst erfolgt. Daher mußten dann auch die betr. Bestimmungen nothwendig aus dem Zusammenhange mit dem Ganzen heraustreten. Auf das Erlöschen der Servituten per non usum, worauf die §§. 568. u. 569. nach dem Texte des A. L. R. sich ebenfalls beziehen, sind sie ohne die gezwungenste Auslegung nicht anwendbar. Hierbei ist eine anderweitige Tilgung der Verbindlichkeit, als durch die Verjährung selbst, kaum gedenkbar, wenn man nicht auf eine förmliche Ablösung, und also aus dem Ablauf der Verjährungsfrist auf einen inzwischen abgeschlossenen Vertrag schließen will. Ebenso wenig sind sie anwendbar auf manche der im G. zerstreut vorkommenden kürzeren Klageverjährungsfristen, z. B. auf die Klage wegen der Gewährsmängel (Thl. I. Tit. 5. §§. 343—345.), auf die Schadensersatzklage außer dem Falle eines Vertrages (Thl. I. Tit. 6. §. 54.), auf die Schwängerungsklage (Thl. II. Tit. 1. §§. 1083—1085.), auf die Klage des Enterbten wegen Ergänzung des Pflichttheils (Thl. II. Tit. 2. §. 440.). In allen diesen Fällen kann eine Vermuthung für eine inmittelst erfolgte Tilgung der Verbindlichkeit nicht die Wirkung der abgelaufenen Verjährung sein. Nur bei denjenigen Verbindlichkeiten, deren Erfüllung durch eine Zahlung im eigentlichen Sinne dieses Wortes erfolgen soll, kann füglich an eine solche Vermuthung gedacht werden. Aber auch in dieser Beziehung stimmen die §§. 568. u. 569. nicht zu dem Ganzen. Im §. 7. Tit. 16. Thl. I. steht gerade das Gegentheil, mit den Worten: »Rechte erlöschen durch Verjährung, richterliches Erk. u. s. w.«, — und ganz kurz vor dem §. 568. findet sich eine Gesetzstelle, welche deutlich zeigt, daß deren Verfasser an eine ganz andere Wirkung der Verjährung gedacht habe. Es heißt nämlich im §. 564.: nach abgelaufener Verjährung solle ein Anerkenntniß des verloschenen Rechts die Wirkung derselben nur in sofern aufheben, als aus diesem Anerkenntnisse nach den Gesetzen ein neuer Rechtsgrund entstehe. Es würde aber keines neuen Rechtsgrundes, sondern nur eines Anerkenntnisses bedürfen, daß die Forderung nicht getilgt sei, um die Wirkung der Verjährung aufzuheben, wenn diese in nichts Anderem, als in der §. 568. ausgesprochenen Vermuthung bestehen sollte.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 131.)

Vergl. hierüber ferner: Simon's Mat. S. 668 und v. Savigny's System Bd. 5. S. 343 ff., 346 ff.

2) Betreffend die Frage: ob nach dem A. L. R. bei der Verjährung durch Nichtgebrauch die bona fides erforderlich ist?

Gans, über die bona fides bei der Verjährung durch non usus. (Kritik der §§. 568. u. 569., in den Beitr. Bd. 1. S. 28 Nr. IV.)

a) Schon bei der Redaktion des A. L. R. kam diese von den Gerichtshöfen und den Lehrern des gemeinen Rechtes verschieden beantwortete Frage zur Sprache. Klein wollte folgende Bestimmungen aufnehmen:

1) »Wer das Recht des Anderen einmal anerkannt hat, ist mit dem Einwande der Verjährung, wenn diese auch schon abgelaufen sein sollte, nicht zu hören.«

2) »Doch wird die schon vollendete Verjährung durch die nachher erlangte Wissenschaft von dem Rechte des Anderen nicht aufgehoben.«

Er scheint daher eine vorher erlangte Wissenschaft allerdings für erheblich geachtet zu haben. Hiermit übereinstimmend heißt es auch in einem der ersten Entw., daß die Wirkung der Verjährung fortfalle, wenn nachgewiesen werden könne, daß man zu der Unterlassung durch Gewalt, Betrug u. s. w. veranlaßt worden. Allein Suarez hielt von Anfang an dafür, daß bei der Verjährung durch Nichtgebrauch auf die mala fides des vormals Verpflichteten nicht zu achten sei. Der gedruckte Entw. bestimmte demgemäß, daß mit dem Ablauf der Verjährungsfrist das Recht verloren gehe. Mehrere Monenten erklärten sich für, andere wider den unbedingten Verlust des Rechtes durch bloßen Zeitablauf. Suarez äußerte dagegen in der rev. mon.:

Wenn es bloß darauf ankommt, daß ein Recht erlöschen und der Verpflichtete die Befreiung von diesem Rechte erlangen soll, so ist es in der Natur der Sache begründet, daß es dabei nur auf die Person dessen ankomme, der das Recht hatte, und wenn dieser sein Recht durch dreißig Jahre vernachläßigt, so können die Gesetze, ohne mit sich selbst im Widerspruche zu stehen, diese Vernachläßigung durch den Verlust des Rechtes strafen. Bei dem Verpflichteten kommt es dabei auf bonam oder malam fidem nicht an. Denn bei ihm ist gar kein factum in medio, wobei die Redlichkeit oder Unredlichkeit sich hätte äußern, und wodurch er zur Verjährung hätte mitwirken müssen. Er unterließ bloß seine Verbindlichkeit zu erfüllen, und er war nicht schuldig, den Berechtigten zum Gebrauch seines Rechtes aufzufordern. Ganz anders verhält es sich

bei der Verjährung durch Besitz und Nichtgebrauch zugleich. Hier soll ein neues Recht für den Besitzer durch Ergreifung und Fortsetzung des Besitzes restituirt werden. Sollen nun auch hier die Gesetze annehmen, daß bona fides a parte praescribentis nicht erforderlich sei, so würden sie mit dem Prinzip, daß durch unerlaubte Handlung kein Recht erworben werden könne, und also mit sich selbst im Widerspruch stehen. Also ist bona fides erforderlich, wo der Verjährende ein neues Recht erwirbt; gleichgültig, wo er nur von einer Verbindlichkeit frei wird.

Demgemäß wollte Suarez zur Hebung aller Zweifel ausdrücklich aussprechen, daß es bei der praescriptio extinctiva auf bonam fidem ex parte des Verpflichteten nicht ankomme. Dies ist auch in dem umgearbeiteten Entw. geschehen, am Rande aber bemerkt worden:

Findet der Beweis statt, daß der Verpflichtete gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit der Erfüllung desselben sich entziehen wolle.

Auf den Grund dieser Bestimmung, die nun auch äußerlich gerechtfertiget werden sollte, sind die §§. 568., 569. redigirt und in dem amtlichen Berichte von Suarez ist dazu Folgendes bemerkt worden:

Nach der Praxis wird zwar, sobald die Frist abgelaufen ist, nach der bona fides nicht mehr gefragt; der Theorie aber ist dieses nicht gemäß. Denn Lapsus temporis begründet nur eine Praesumtionem juris für den Präskribenten, welche den Beweis des Contrarii niemals ausschließt.

(Jahrb. Bd. 41. S. 14, Bornemann a. a. O. S. 147 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 83 u. Thöne a. a. O. S. 477 ff.)

b) Mit Rücksicht auf die (mitgetheilte) Entstehungsgeschichte der fraglichen §§. haben die Rechtslehrer sich theils für, theils gegen das Erforderniß der bona fides bei der Verjährung durch Nichtgebranch ausgesprochen. Es halten dieselben nicht für erforderlich:

α) Schröter, theils auf den Grund des §. 245. A. L. R. I. 20. und 658. ff. A. L. R. I. 18., theils weil die in den §§. 551., 603., 561., 611. und 588., 607. h. t. aufgestellten Unterschiede zwischen der Verjährung durch Besitz und durch Nichtgebrauch sich nur daraus erklären lassen, daß bei der ersteren mit dem Verschwinden der bona fides auch die Verjährung ihre Endschaft erreiche, während bei der letzteren auf die bona fides gar nichts ankomme; endlich auf Grund der Entstehungsgeschichte der fraglichen §§.

(Civ. Versuche Hft. 1. S. 30, J. Z. 1833 S. 523.)

β) Windhorst, welcher insbesondere den Satz vertheidiget, daß während der Verjährungsfrist keine bona fides nöthig sei, jedoch die Verjährung durch den Beweis, daß der Verpflichtete zur Zeit der Kontestation sich in mala fide im Sinne des §. 569. befindet, und daß die angeregte Verbindlichkeit bis dahin nicht wirklich aufgehoben worden, infirmirt werden könne. (J. Z. 1834 S. 111.)

γ) Koch, welcher folgende Gründe für seine Meinung beibringt:

1) Das A. L. R. bezeichnet die bona fides nicht als ein Erforderniß, und man müßte willkührlich Etwas hineinlegen, was in den Zusammenhang nicht paßt. 2) Als Grund (ratio) betrachtet das A. L. R. die Vermuthung der Tilgung, und dazu paßt die bona fides nicht. 3) Der §. 569. ist als Bestimmung des Erfordernisses der bona fides nicht anzusehen. Zwar ist von einer Redlichkeit die Rede, aber in einem ganz anderen Sinne. Denn die zu einer Verjährung erforderliche bona fides muß von Anfang vorhanden sein, was doch bei einem Forderungsrechte ganz unmöglich ist; und hier wird auch nur einer Redlichkeit zur Zeit der Klage gedacht. 4) Hinsichtlich der Verjährung gegen ein rechtskräftiges Urtel wird zwischen der erwerbenden und der erlöschenden Verjährung unterschieden. Die letztere ist statthaft, die erstere nicht (§§. 558., 592.). Der Grund ist, weil der Besitzer durch das Urtel in malam fidem kommt, folglich keine erwerbende Verjährung anfangen kann. Da nun gleichwohl die Verjährung durch Nichtgebrauch stattfindet, so folgt, daß dazu bona fides nicht erforderlich ist. 5) Bei der 44jährigen Verjährung wird für die erwerbende bona fides erfordert, bei der erlöschenden aber nicht (§§. 629—633.).

(Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 1. S. 279, Beurtheil. S. 686.)

Dagegen erfordern die bona fides:

α) der Verf. des Auff. im Centralbl. 1839 S. 1066.

Der für die entgegengesetzte Ansicht angeführte §. 244. A. L. R. I. 20. stellt die erlöschende Verjährung ausdrücklich unter die Regel der §§. 568., 569. h. t., so daß der böse Glaube nicht gleichgültig ist; ein Besseres folgt auch aus §. 658. A. L. R. I. 18. nicht; denn darin ist bloß eben die erwerbende Verjährung des wahren Eigenthums behandelt, zu welcher die bloße Verjährung durch Nichtgebrauch nicht hinreichen soll. Keineswegs stehen endlich die §§. 504., 551., 564. entgegen, vielmehr bleibt es, ganz im Geiste des A. L. R., welches mit gutem Grunde das bessere Wissen überall schädlich haben will, bei der Regel, daß der erlöschenden Verjährung die mala fides hinderlich sei.

β) Sommer; denn es liege überhaupt in der Verjährung, daß sie häufig die verloren gegangenen Beweise rechtlicher Erwerbung oder Aufhebung von Rechten ersetze, sie solle aber nicht ein reines Unrecht sein, sondern es solle nur nach Ablauf der Frist keine Frage mehr von der Sache sein, wenn nicht die Unredlichkeit dargethan werde. Formell gebe oder nehme darum doch immer die Verjährung das Recht.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 257 ff.)

γ) Bornemann ist der Ansicht, daß durch die Extinktiv-Präskription das Recht selbst erlöscht, dies aber nur dann der Fall sei, wenn der Verjährende in einem gewissen Sinne in bona fide gewesen und noch ist.

(System Bd. 2. S. 149, 2. Ausg. Bd. 2. S. 84.)

δ) Thöne hält die bona fides zwar für kein wesentliches Requisit der Extinktiv-Verjährung, nimmt aber an, daß diese durch mala fides rescindirt werde. (Handbuch Bd. 1. Abthl. 2. S. 479.)

ε) Das O. L. G. zu Arnsberg nimmt in dem Erk. v. 12. Aug. 1846 an, daß der §. 568. nur die rechtliche Vermuthung der in der Zwischenzeit erfolgten Tilgung der Schuld aufstelle und daß daher diese Tilgung immer von demjenigen behauptet werden müsse, welcher sich auf die Verjährung beruft.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 366.)

Vergl. dagegen die Bemerk. von Gerken. (a. a. O. S. 367.)

c) Nach gemeinem Rechte ist bei der Klageverjährung, namentlich hinsichts solcher Ansprüche, die auf eine Zahlung oder Leistung gerichtet sind, guter Glaube (bona fides) nicht erforderlich. In Fällen, wo die Klageverjährung durch Nichtgebrauch schon vor Publ. des A. L. R. vollendet ist, kann auf die Vorschriften der §§. 568. u. 569. h. t. nicht zurückgegangen werden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1842. (Präj. Nr. 1100.) (Präj. Samml. S. 37, Entsch. Bd. 7. S. 257.)

d) Sowohl nach Siegen'schem, als nach gemeinem Rechte, ist die mala fides auf Verjährung der Schuldsachen ohne Einfluß, während nach Preuß. Rechte die erwiesene Unredlichkeit des Schuldners, sich wider besseres Wissen seiner Verbindlichkeit zu entziehen, die der Verjährung zum Grunde liegende rechtliche Vermuthung entkräftet.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 23. Aug. 1843. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 423.)

3) R. v. 23. Febr. 1841 ad 1. Bei Erlaß des Gesetzes v. 31. März 1838 ist zwar beabsichtiget worden, eine Bestimmung in dasselbe aufzunehmen, der zufolge, mit Aufhebung der §§. 568. u. 569., der Verlust des Rechtes als Folge der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgesprochen werden sollte; es ist indeß hiervon im Laufe der Berathungen wieder abstrahirt worden.

(J. M. Bl. 1841 S. 110.)

§. 569. 1) Ueber die Frage, worauf der im §. 569. erwähnte Beweis zu richten ist, vergl. Bornemann's System Bd. 2. S. 151, 2. Ausg. Bd. 2. S. 84; Schröter, Civil. Vers. Hft. 1. S. 34 und in der J. Z. 1832 S. 523; Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 257; Müller, sieben Abhandlungen über Einreden, Nr. VI., und J. W. Schr. 1836 S. 756; Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 7. zum §. 569. h. t.

Der III. Sen. des Ob. Trib. bemerkt in dem Erk. v. 4. Mai 1855:

Die Thatsache, daß der Schuldner eine bestimmte Art der Tilgung eines der Zeit nach verjährten Zinsenrückstandes nur in Beziehung auf den älteren Theil dieses Rückstandes, nicht aber eine weitere Tilgung behauptet hat, liefert nicht den Beweis, welchen der §. 569. erfordert.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 164 Nr. 38.)

2) Der im §. 569. gestattete Gegenbeweis der Unredlichkeit bei der Verjährung durch Nichtgebrauch kann nicht durch den Nachweis eines bei dem Verjährenden bestandenen Rechtsirrthums geführt werden.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 7. Sept. 1839, weil aus einem Rechtsirrthum nicht folge, daß der Schuldner unredlicherweise oder gegen besseres Wissen nicht erfüllt habe.

(Ulrich's Arch. Bd 8. S. 247.)

3) Ist zur Führung des im §. 569. erwähnten Gegenbeweises die Eidesdelation zulässig, und event. muß dieselbe nothwendig auf

einzelne bestimmte Thatsachen, oder kann sie auf die allgemeine Thatsache des eigenen Bewußtseins der Unredlichkeit gerichtet werden? und ist dabei zur Ergänzung des geführten Beweises ein nothwendiger Eid zuläßig?

a) Das Ob. Trib. hat sich dahin ausgesprochen:

α) Zur Beseitigung der nach §§. 568. u. 569. aus der Verjährung durch Nichtgebrauch entspringenden Vermuthung der Tilgung der Schuld, ist der dem Schuldner dahin zugeschobene Eid: »daß die eingeklagte Schuld von ihm weder durch Zahlung, noch auf irgend eine andere Art berichtigt und überhaupt keine Thatsache eingetreten sei, wodurch sich das Schuldverhältniß verändert habe, auch der Verklagte hiervon vollständig unterrichtet sei«, nicht geeignet.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Jan. 1845. (Präj. Nr. 1521.)

Eine solche Eidesdelation ist nicht auf einzelne bestimmte Thatsachen, aus welchen der Richter das Urtheil zu schöpfen hätte, wiefern die Schuld eine noch fortwährende sei, gerichtet, sondern überläßt dem Verklagten selbst das Urtheil in Bezug auf die Frage, in welcher Weise vielleicht die Schuld berichtigt sein möchte, und welche Thatsachen rechtlich im Stande gewesen sein könnten, das Schuldverhältniß zu ändern. Das eine Kriterium des §. 569., nämlich das Wissen des Schuldners von seiner noch fortwährenden Verpflichtung, ist durch den Eid nicht wohl zu konstatiren; es muß die Beweisführung auf äußere Handlungen des Schuldners gerichtet werden, in denen sich sein böser Wille ausspricht.

(Präj. Samml. S. 40, Entsch. Bd. 10. S. 107.)

β) Sowohl die Eidesdelation, als der nothwendige Eid sind zur Widerlegung der Vermuthung der §§. 568. u. 569. unstatthaft.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Jan. 1842.

Nach §§. 246. u. 249. A. G. O. I. 10. soll ein gerichtlicher Eid entweder zu mehrerer Bestärkung eines gethanen Versprechens oder zur Bestärkung der Richtigkeit der über eine vorgegangene Thatsache gemachten Angaben geleistet werden, und nach §. 252. steht es den Parteien nur frei, statt anderer Beweismittel über eine streitige Thatsache sich der Eidesdelation zu bedienen. Ueber bloße Meinungen, Urtheile, innere Ueberzeugungen, ist daher eine Eideszuschiebung überhaupt nicht zuläßig, selbst nothwendige Eide können nur in den ausdrücklich im Gesetze vorkommenden Fällen (z. B. A. G. O. I. 10. §. 138., I. 22. §§. 9. u. 37. ff.) dahin gerichtet werden. Abgesehen hiervon setzt der §. 569. voraus, theils daß die Verpflichtung dessen, der die Verjährung vorschütze, an sich unzweifelhaft dargethan sei, theils daß der Kläger Thatsachen angeführt habe, aus welchen sich der vollständige Beweis ergebe, daß der Verklagte seine Verpflichtung nicht nur gekannt, sondern sich derselben auch vorsätzlich unredlicher Weise entzogen habe.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 279.)

b) Derselben Ansicht ist das Justizministerium.

α) C. R. v. 16. Okt. 1841.

Der zur Widerlegung des Einwandes der Verjährung nach §§. 568. und 569. anzutretende Gegenbeweis muß auf Thatsachen gerichtet werden, aus denen der Richter die vollständige Ueberzeugung schöpfen kann, der Verklagte befinde sich wirklich in unredlichem Glauben und habe die Absicht, sich gegen besseres Wissen der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu entziehen. Wenn dieser Beweis durch Eideszuschiebung geführt werden soll, so kann der Eid nur über Thatumstände der angegebenen Art, nicht aber im Allgemeinen darüber angetragen werden, daß der Verklagte sich nicht unredlicherweise und nicht gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit der Erfüllung derselben entziehen wolle. (J. M. Bl. 1841 S. 307.)

β) Das R. v. 19. Juni 1844, welches unter Bezugnahme hierauf mittheilt, daß die dem G. v. 31. März 1838 voraufgegangenen legislativen Verhandlungen jene Ansicht bestätigten, spricht sich dahin aus:

Bei den Berathungen sind die Fragen:

ob, nach dem Vorgange des Art. 2275. des Franz. Civ.-Gesetzb., demjenigen, dem die kürzeren Verjährungen entgegengesetzt werden, die Befugniß vorbehalten werden soll, dem Gegner über die nicht erfolgte Erfüllung den Eid anzutragen, und

ob nicht wenigstens dem Gläubiger gestattet werden soll, dem Schuldner einen Eid darüber zu deferiren, daß er nicht wisse, auch nicht glaube, daß die Forderung noch ungetilgt sei?

zur Erörterung gekommen, aber ausdrücklich verneint worden. Man ist darüber einverstanden gewesen, daß an den Bestimmungen der §§. 568., 569. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. vorläufig nichts zu ändern sei, und daß der nach diesen Vorschriften zu führende Gegenbeweis zwar durch Eidesdelation geführt werden könne, daß aber — wie es in dem dem Gesetze zum Grunde liegenden Gutachten der Justiz-Abthl. des Kgl. Staatsraths wörtlich heißt:

»der Gläubiger zum Zwecke des Gegenbeweises nach §. 569. Thatsachen artikuliren müsse, aus welchen hervorgehe, daß der Schuldner unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich deren Erfüllung zu entziehen suche.«

Ihr Mandant glaubt den seiner Klage entgegenstehenden Einwand der Verjährung dadurch widerlegen zu können, daß er dem Verklagten einen Eid dahin anträgt:

daß ihm die fortdauernde Existenz der Forderung sehr wohl bekannt sei, und daß derselbe seine Schuld weder durch Zahlung, Kompensation, Vergleich oder auf irgend eine andere gesetzliche Weise getilgt habe.

Nach den so eben entwickelten Grundsätzen erscheint eine solche Eidesdelation eben so wenig statthaft, als genügend, den Beweissatz, auf den es nach §. 569. a. a. O. ankommt, zu erbringen.

Sie erscheint nicht zuläßig, denn ein Eid kann nach §§. 246., 249. Tit. 10. der Proz. O. nur über Thatsachen angetragen werden. Jene Eidesnorm dagegen spricht das Beweisthema, welches durch den Eid erwiesen werden soll, nur in allgemeinen Ausdrücken aus, ohne dasselbe in bestimmte facta aufzulösen.

Ob eine Forderung fordauert, ob sie auf gesetzliche Weise getilgt ist oder nicht? kann nur als Resultat rechtlicher Beurtheilung aus vorangegangenen Thatsachen gefunden werden.

Diese speziellen Thatumstände, aus denen dasjenige, was Kläger darzuthun beabsichtigt, hergeleitet werden soll, würden allein einen zuläßigen Gegenstand einer Eidesdelation bilden können, während der Eid, dessen Ihr Mandant sich bedienen will, ein Urtheil involvirt.

Derselbe erscheint aber auch nicht ausreichend, um dasjenige zu erweisen, was nach §. 569. a. a. O. erforderlich ist, um die Wirkung der Verjährung auszuschließen.

Denn es folgt daraus,

daß der Verklagte die Forderung des Klägers auf irgend eine gesetzliche Weise nicht getilgt hat, und daß ihm dies bekannt ist,

an und für sich noch nicht,

daß er um deswillen sich der Erfüllung derselben unredlicherweise zu entziehen suche.

Der Verklagte kann Gründe haben, die verlangte Zahlung nicht zu leisten, ohne daß ihm deshalb eine Unredlichkeit beigemessen werden darf.

Er kann dem Verlangen des Klägers Ansprüche entgegen zu setzen haben, denen als unvollkommenen Rechten (§. 86. der Einl. zum A. L. R.) das Gesetz den besonderen Schutz durch Klagen und Einreden zwar nicht oder zur Zeit nicht mehr gewährt, die aber als moralisch verpflichtend anerkannt werden müssen. Er kann z. B. überwiegende Gegenforderungen haben, die zur Zeit, als die jetzt eingeklagte Forderung zahlbar wurde, bereits verjährt waren, und die deshalb (§. 377. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.) durch Kompensation nicht mehr geltend gemacht werden könnten, Ansprüche aus, bloß wegen Mangels der gesetzmäßigen Form unverbindlichen Geschäften (§. 176. a. a. O.) u. s. f., überhaupt Ansprüche gegen den Kläger, denen zwar kein Zwangsrecht zur Seite steht, die aber die Rückforderung einer darauf geleisteten Zahlung nach §. 178. das. ausschließen würden.

Wenn der Verklagte beim Vorhandensein solcher, die Forderung des Klägers aufwiegenden, sie aber nach der Strenge des Gesetzes nicht aufhebenden Gegenansprüche sich des Einwandeß der Verjährung bediente, so würde ihm der Vorwurf, daß er sich unredlicherweise wider besseres Wissen seiner noch fortdauernden Verbindlichkeit entziehe, nicht gemacht werden können.

Der §. 569. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. verlangt ausdrücklich, daß dies der Fall sei, wenn die Wirkung der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch ausgeschlossen werden soll; und ein solcher Beweis kann durch die obige Eidesnorm nicht, sondern nur dadurch geführt werden, wenn der Eid über positive Fakta angetragen wird, aus denen der Richter die Ueberzeugung von der unredlichen Gesinnung des Verklagten schöpfen kann.

(J. M. Bl. 1844 S. 148.)

c) Das O. L. G. zu Arnsberg hat in dem Erk. v. 13. Juli 1831 und 7. Sept. 1839 gleichfalls die Ansicht ausgesprochen, daß ein im Allgemeinen deferirter Eid dieser Art nicht zuläßig sei, weil die Unredlichkeit oder das bessere oder schlimmere Wissen eines Menschen, als rein innere Gemüthszustände, nur insofern der richterlichen Beurtheilung unterworfen seien, als sie in äußere Handlungen übergegangen seien; nur diese könnten nach §. 2. A. L. R. I. 2. durch die Gesetze bestimmt werden, und nur auf solche äußere Handlungen könne der Eid gerichtet werden.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 268 und Bd. 8. S. 248.)

d) Dagegen erachtet das O. L. G. zu Münster in dem Erk. v. 11. Jan. 1841 eine solche Eidesdelation für zuläßig.

Der §. 569. h. t. setzt die Statthaftigkeit des Beweises innerlicher, nicht in die Sinne fallender Thatsachen voraus. Können dieselben nicht direkt bewiesen werden, so ist ein solcher Beweis weit zuläßiger, als wenn nur äußere Thatsachen dargethan werden, woraus auf die inneren geschlossen werden soll.

Das zuverlässigste Beweismittel ist das Zugeständniß und es ist zweifellos, daß der Verklagte, welcher zugesteht, daß er wider besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Zahlung entziehen wolle, die Einrede der Verjährung nicht machen darf. Doch muß auch die Eidesdelation zulässig sein, wodurch der auf die Verjährung sich Stützende genöthigt werden soll, sich eidlich über eine innere Thatsache zu erklären, die ihm am besten bekannt ist.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 265.)

e) Auch unter den Rechtslehrern besteht Meinungsverschiedenheit über die Frage.

α) Bornemann führt aus:

Der Beweis darüber, daß die Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf keine andere Weise, als durch die Verjährung selbst getilgt oder aufgehoben worden, ist durch die Eidesdelation zulässig; aber zum Beweise darüber, daß der Beklagte davon, daß er seiner Verpflichtung nicht habe entlassen werden sollen, in der Zwischenzeit überzeugt gewesen, genügt die bloße Eideszuschiebung nicht, vielmehr müssen Thatsachen beigebracht werden, zu deren Erweise aber wiederum Eidesantrag und auch ein nothwendiger Eid zulässig ist.

(System Bd. 2. S. 151, 2. Ausg. Bd. 2. S. 85.)

β) Dr. Sommer hält die Eideszuschiebung für statthaft.

Ein positiver Beweis, daß von allen möglichen Aufhebungsarten einer Verbindlichkeit keine eingetreten sei, wird nicht möglich sein; es wird also nur, wenn nicht etwa zufällig ein urkundlicher oder Zeugenbeweis über Geständnisse des Schuldners rücksichtlich seines besseren Wissens von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit vorhanden ist, die Eideszuschiebung übrig bleiben, zu richten auf das im §. 569. aufgestellte Beweisthema, »daß der Andere gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben entziehen wolle.« Denn hieraus folgt die »unredliche Weise« von selbst. Nimmt man diese Ansicht nicht an, so wird es fast unmöglich sein, den im §. 569. nachgelassenen Beweis zu führen. Da der Gesetzgeber einmal jenen Gemüthszustand des Schuldners für ein erhebliches Moment erklärt hat, so muß auch der Eid über diese Thatsache, daß der Schuldner in einem solchen Zustande versire, ihm ein solches unredliches Bewußtsein beiwohne, zugeschoben werden können. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 257 ff.)

γ) Temme ist der Ansicht, daß die Eideszuschiebung über das Wissen des Fortbestehens der Verbindlichkeit, ohne Anführung spezieller Thatsachen, auf welche der Eid gerichtet werden soll, nicht zulässig sei. Dies folge aus den Prozeßvorschriften über den Beweis durch den Eid.

(Lehrb. Bd. 1. S. 475 Anm. 5.)

δ) Vergl. über die Frage auch Weichsel im Centralbl. 1841 S. 250 und 441, König, ebendas. S. 349, Bielitz, Nachtr. Hft. 1. S. 95.

§§. 570. u 571. 1) Vergl. Simon's Mat. S. 669.

2) Nach den Grundsätzen des gemeinen und Sächs. Rechts wird durch die von dem Besitzer der Hypothek geleistete Zahlung der Zinsen die Klageverjährung gegen den Gläubiger auch in Beziehung auf den persönlichen Schuldner gehemmt und resp. unterbrochen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Mai 1842. (Präj. Nr. 1127.)

(Präj. Samml. S. 39, Entsch. Bd. 8. S. 13, J. M. Bl. 1842 S. 372.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. demnächst in dem Erk. v. 31. Aug. 1844 (Koch's Arch. Bd. 5. S. 462) und in dem in der J. W. 1846 S. 33 mitgetheilten Erk. (Datum konstirt nicht) auch für das Preuß. Recht angenommen, indem dies besonders auf den §. 570. h. t. gestützt, und die Anwendbarkeit des §. 571. für die Frage ausgeschlossen wird. Das Ob. Trib. faßt nämlich die Zahlung des Mitschuldners als eine unterbrechende Handlung des Gläubigers, als Einziehung eines Theils der Forderung auf, so daß die Handlung unter das Prinzip des §. 440. A. L. R. I. 5., verbunden mit §. 570. A. L. R. I. 9., fällt.

v. d. Hagen sucht dagegen die Ansicht des Ob. Trib. in Bezug auf das Preuß. Recht zu widerlegen, indem er insbesondere die Nichtanwendbarkeit des §. 570. h. t. auf den Fall zu zeigen sich bemühet. (J. W. 1846 S. 489 ff.)

Gegen die Ausführung v. d. Hagen's ist indeß wiederum König in einer ausführlichen Abhandlung aufgetreten, welche die Meinung des Ob. Trib. vertheidiget. (J. W. 1847 S. 124 ff.)

3) Die durch Zahlung der Zinsen einer Kapitalsschuld erfolgende Unterbrechung der angefangenen Extinktiv-Verjährung ist durch die wirkliche Leistung der Zahlung an den Berechtigten bedingt und tritt daher in dem Falle nicht ein, wo nur die Pflicht des Schuldners zur Zinsenzahlung aus einem besonderen Rechtsgrunde, z. B. wegen eines demselben zeitweise angefallenen Nießbrauchsrechtes an jenem Kapitale, eine Zeit lang geruhet hat.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1854.

Eine wirkliche Zahlung von Zinsen, welche auch deren Annahme voraussetzt, enthält ein gegenseitiges Anerkenntniß des Rechtes, und zwar nicht bloß auf Zinsen, sondern auch auf das Kapital, da Zinsen nothwendig eine Kapitalspost voraussetzen, und weil ferner durch Zinsenzahlung und Annahme ein Theil des ganzen Rechtes ausgeübt, mithin dies ganze Recht gemäß §. 570. erhalten wird, und eben deshalb nicht die Kapitalsforderung verjähren kann, während der Zinsenanspruch bestehen bleibt. Allein wenn die Zahlung von Zinsen als Anerkenntniß der Schuld gelten soll, so daß dadurch die Verjährung der letzteren unterbrochen wird, so muß auch eine wirkliche Zahlung erfolgt, d. h. eine Handlung geschehen sein, die als ein Anerkenntniß sich betrachten läßt. Es muß wenigstens eine stillschweigende Willenserklärung dieser Art Seitens des Schuldners vorliegen. (§. 58. A. L. R. I. 4.) — Bloßes Stillschweigen genügt hier nicht. (§. 61. ebendas.) Daß die Pflicht zur Zahlung der Zinsen während der Dauer eines Nießbrauches ganz ruhte, bildet keinen Rechtsgrund zur Unterbrechung der früher angefangenen Verjährung, da das A. L. R. ein solches Ruhen der Verjährung durch Nichtgebrauch nicht kennt, vielmehr nur eine Unterbrechung derselben. (Entsch. Bd. 28. S. 76.)

4) Die Verjährung durch Nichtgebrauch fängt nicht an, so lange der Berechtigte die für das Recht übernommene Verbindlichkeit seinerseits erfüllt (A. L. R. I. 19. §. 32.). Wenn also z. B. dem Erbpächter gegen Entrichtung des Erbpachtszinses eine fortdauernde Gegenleistung an Holz verheißen worden, demnächst aber die Forst vom Gute des Erbverpächters getrennt, und ein Dritter als deren Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen wird, so ist der Erbpächter gleichwohl von demjenigen, welchem der Kanon verblieben ist, die Gewährung des Holzes zu fordern berechtigt. Durch die Annahme des Erbpachtzinses wird jede Extinktivverjährung ausgeschlossen, wenn auch der Erbpächter inzwischen seit rechtsverjährter Zeit das Holz in einer außerhalb des Gutes belegenen Forst angewiesen erhalten und angenommen haben sollte.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Sept. 1846. (Präj. Nr. 1783.) (Präj. Samml. S. 122.)

5) Die durch einen Vertrag konstituirten Grundgerechtigkeiten auf Bauholz, Brennholz und Zaunstrauch sind nicht Theile einer Holzungsgerechtigkeit, sondern selbstständige Befugnisse. Die Ausübung der einen Gerechtigkeit enthält daher nicht die anderen, vielmehr kann die eine durch Nichtgebrauch erlöschen, während die andere durch den fortgesetzten Gebrauch erhalten wird.

Die Verjährung durch Nichtgebrauch wird auch dadurch nicht gehindert, daß der Berechtigte seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage, wodurch eine Holzgerechtigkeit konstituirt worden, erfüllt hat, wenn die erfüllte Verbindlichkeit mit dem nicht ausgeübten Rechte nicht in einer solchen Beziehung steht, daß sie als Gegenleistung für das nicht ausgeübte Recht klar hervortritt.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht), auf Grund des §. 571. h. t. (Entsch. Bd. 17. S. 283.)

6) Wenn die Schäfereigerechtigkeit als ein Vorrecht der Gutsherrschaft angesehen werden muß, kann sie durch Nichtgebrauch auch in Ansehung einzelner Grundstücke nur dann erlöschen, wenn die Gutsherrschaft rechtsverjährte Zeit hindurch die Schafhütung überhaupt auf der Feldmark nicht ausgeübt hat.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1059.) (Präj. Samml. S. 40.)

7) Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 16. April 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 175 Nr. 32.) in den Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 91.

8) Vergl. die Erört. von Dr. Sommer in der J. W. 1835 S. 371 und den Aufs. in der J. W. 1836 S. 157.

§. 572. Das A. L. R. spricht im §. 572. von einem Rechte, in dessen Besitze sich Jemand befindet, nicht von der Erwerbung des Rechtes. (Abhandl. in der J. Z. 1836 S. 934.)

§. 573. 1) Was ist unter den Worten des §. 573.: »Recht in einem fremden Grundstücke« zu verstehen?

a) Simon und v. Strampff nehmen (auf Grund der mitgeth. Material.) an, daß im §. 573. nur an Realservituten gedacht sei. (Simon's Mat. S. 670.)

b) Bornemann ist gleichfalls der Ansicht, daß der §. 573. nur von Realservituten spreche, indem darunter nur diejenigen Rechte, kraft deren Jemand befugt ist, in dem Grundstücke eines Anderen etwas vorzunehmen, oder Grundgerechtigkeiten gemeint sein könnten. Denn das Recht, von dem Grundstücke eines Anderen Leistungen oder Abgaben zu fordern, sei als Recht in einem fremden Grundstücke nicht zu betrachten, und werde auch in den §§. 509., 610. h. t. als solches nicht bezeichnet. Und das eingeschränkte oder uneingeschränkte dingliche Nutzungsrecht eines Grundstückes sei zwar ein Recht auf fremdes Eigenthum, nicht aber ein bloßes Recht in demselben. (System Bd. 2. S. 131 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 68.)

2) Der §. 573. bezieht sich, wie seine Stelle in der Lehre über die Verjährung deutlich zeigt, nur auf die erlöschende Verjährung und kann daher auf die Ersitzung in keiner Weise angewandt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 14 Nr. 2.)

§. 576. Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die, gemäß §. 753. A. L. R. I. 11., den resp. Erben mehrerer Aussteller eines Schuld-Instrumentes, nach Verlauf von zehn Jahren nach dem Todestage ihrer resp. Erblasser zu statten kommende Präskription der Beweiskraft des Schuld-Instrumentes.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1840. (Präj. Nr. 924.) (Präj. Samml. S. 65.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 753.

§§. 579—628. Verjährung durch Besitz.

§§. 579—589. Gewöhnliche Verjährung.

§§. 579. 591. 628. I. Was versteht das A. L. R. in diesen §§. unter einem Titel, »der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist«?

1) Aus der Entstehungsgeschichte der erwähnten §§. theilen Simon und v. Strampff hierüber Folgendes mit:

Nach §. 20. der Materialien zum Besitze von Klein und §. 472. des Entw. des Tit. vom Besitz von Kircheisen ist der Titel fehlerhaft, wenn in der Form der Handlung oder Begebenheit, wodurch das Eigenthum erlangt werden soll, der Grund liegt, warum diese Wirkung niemals daraus entstehen kann und bleibt nach §. 21. resp. 473. fehlerhaft, wenngleich derjenige, welcher den Besitz erworben, nur aus Unwissenheit der Rechte die vorgeschriebene Form der Handlung verfehlt hat. Der Titel ist jedoch alsdann nicht für fehlerhaft zu achten, wenn einmal das Recht erworben ist und die geschehene Vernachlässigung der gesetzmäßigen Form bloß die Befugniß zu klagen hindern würde. (§§. 21. resp. 474.)

Zu §. 22. hatte Klein bemerkt:

»Z. B. wenn der mündliche Vertrag schon erfüllt und der Käufer dadurch Eigenthümer der gekauften Sache geworden ist.«

Kircheisen fügte folgenden §. bei:

»§. 475. Wer also im Gefolge eines bloß mündlich geschlossenen Kaufkontraktes oder eines erfüllten Testamentes eine Sache von seinem Mitkontrahenten oder dem Erben überkommt, besitzt sie unter einem rechtmäßigen Titel, wenngleich der Gegenstand die Summe von 50 Rthlrn. übersteigt, oder das Testament nicht nach der gesetzlichen Form aufgerichtet war«,

und bemerkte:

»Ich halte es nicht unschicklich, diese speziellen Fälle zur Erläuterung des vorigen §. (§. 474.) beizufügen.«

Suarez bemerkte hierauf:

»Zu §§. 472—475. Vielleicht könnte man diese §§. kürzer und deutlicher so zusammenfassen:

Hat Jemand den Besitz aus einem an sich rechtgültigen Titel wirklich erlangt, so kann ein Mangel in der bloßen äußeren Form dieses Titels der Rechtmäßigkeit seines Besitzers nicht schaden.«

In dem ersten Entw. des Tit. vom Besitze lauten die betr. §§. folgendermaßen:

§. 10. Auch ist der Titel fehlerhaft, wenn die Formen, welche die Gesetze der Art des Geschäftes vorschreiben, nicht beobachtet werden.

§. 11. Geben jedoch die Gesetze Jemandem kein besonderes Recht, die bereits in Besitz genommene Sache wegen eines Fehlers in der Form zurückzufordern, so ist der einmal erworbene Besitz nicht für fehlerhaft zu achten.

Der Grund dieser schon von Klein und Kircheisen vorgeschlagenen Einschränkung beruht wohl darin, daß in einem solchen Falle der Besitz bloß von dem Gutdünken eines Eigenthümers oder anderen Besitzers abhängt, ein solcher Besitzer aber nach §. 53. der Materialien von Klein und §. 526. des Entw. von Kircheisen dem bloßen Inhaber gleich zu achten ist, welcher übrigens auch als solcher in bona oder in mala fide sein kann. (cf. Suarez Revision der Monita zum ersten Entw. des Tit. vom Besitz S. 114 u. 117.)

Die §§. 7—18. des ersten Entw. wurden in Folge der Revisionsbemerkung von Suarez zu derselben als theils in die Lehre von der Verjährung, theils in die vom Eigenthume gehörig in den gedr. Entw. nicht aufgenommen.

Bei der Revision des ersten Entw. des Tit. von der Verjährung kam jedoch Suarez auf dieselben wieder zurück, indem er zu §. 45.,

»die kürzere Verjährung fordert einen durch zehn Jahre ununterbrochen fortgesetzten redlichen und vollständigen Besitz«,

bemerkte:

»Herr v. Tevenar will näher bestimmt haben, welche Art von Titel zu der Verjährung habil oder nicht habil sein solle; allein es ist genug, wenn man sagt, daß alle tituli ad transferendum dominium habiles dazu geschickt sind. Welche das sind, lehrt das ganze Gesetzbuch. Dagegen würden verschiedene §§. aus dem ersten Entw. des Titels vom Besitz, welche bei der Umarbeitung weggefallen sind, aufzunehmen sein, scil. §§. 7—18., welche de titulo vitioso handeln, also näher zu examiniren sein werden.«

Es wurden nun zwar demzufolge statt der §§. 8., 9., 12., 18. des ersten Entw. des Tit. vom Besitz die §§. 459—467. in den gedr. Entw. des Tit. von der Verjährung aufgenommen, es war aber der Inhalt der §§. 10. u. 11. nicht weiter berücksichtigt.

Deshalb bemerkte Suarez zu §. 438. des gedr. Entw. des Inhalts:

»Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo Jemand eine Sache oder ein Recht aus einem Titel, durch welchen das Eigenthum erlangt werden kann, besessen hat«,

Folgendes:

»daß ad §. 458. die Wahrheit und Richtigkeit des Titels bei der Verjährung nicht nothwendig, sondern es genug sei, wenn der Besitzer solchen nur bona fide für wahr gehalten hat, versteht sich zwar von selbst, kann aber allenfalls durch einen kleinen Beisatz in der Fassung noch deutlicher markirt werden.«

Hiernach hat der §. 584. des umgearbeiteten Entw. folgende Fassung erhalten:

»Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo Jemand eine Sache oder ein Recht aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist ruhig und redlicher Weise besessen hat.« (Simon's Material. S. 671.)

2) Die Gesetzrevisoren haben die Ansicht aufgestellt, daß ein der Form nach nicht zu Recht bestehender Vertrag kein zur Erlangung des Eigenthums an sich geschickter Titel sei.

Der §. 591. verordnet, daß derjenige, welcher den Besitz aus einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel, oder unredlicher Weise erworben habe, niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen könne. Dagegen soll nach §. 628. der Nachweis, daß die Besitznehmung ursprünglich auf den Grund eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels geschehen sei, der dreißigjährigen Verjährung nur in sofern im Wege stehen, als dadurch zugleich die Unredlichkeit des Besitzes dargethan ist. Man kann bei Auslegung der letzteren Gesetzstelle, um sie mit der ersteren in Einklang zu bringen, an einen von dem ursprünglichen Erwerber verschiedenen dritten Besitzer denken, dem, wenngleich nachgewiesen wird, daß ursprünglich kein zur Erlangung des Eigenthums geschickter Titel vorgelegen habe, keine Unredlichkeit nachgewiesen werden kann. Man kann aber auch an den ursprünglichen Erwerber denken, dem, wenngleich sein Titel zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickt war, keine Unredlichkeit nachgewiesen worden, der vielmehr wegen Unkunde des Gesetzes als unrechtfertiger Besitzer angesehen werden muß. Um das Rechtsverhältniß möglichst anschaulich zu machen, mag hier ein aus den bisherigen Erfahrungen entnommenes Beispiel angeführt werden: Es besaß Jemand ein Grundstück auf den Grund eines mit einem Analphabeten nicht gerichtlich geschlossenen Vertrages seit länger als zehn Jahren; nach dem Tode des Verkäufers traten dessen Erben auf, fochten den Vertrag an, und vindizirten das Grundstück. In zwei Instanzen wurde der Vertrag annullirt, in dritter Instanz aber wies das O. L. G. zu Ratibor die Kläger ab, weil der Beklagte das Grundstück durch Verjährung erworben habe. Die Gründe des Erk. sind darin gesetzt, daß es bei der erwerbenden Verjährung nicht darauf ankomme, ob der Besitzer sein Recht von einem andern als dem wahren Eigenthümer, oder von diesem selbst ableite, und daß der Mangel in der Form unerheblich sei, wenn nur ein an und für sich zur Erlangung des Eigenthums geschickter Titel, so wie im vorliegenden Falle ein Kaufkontrakt vorhanden sei. — Wir halten diese Entscheidung für unrichtig; wir können einen der Form nach nicht zu Recht bestehenden Vertrag unmöglich als einen zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel ansehen, welcher bei der zehnjährigen Ersitzung sollte zum Grunde gelegt werden können. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob in solchen Fällen nicht eine dreißigjährige Ersitzung eintreten könne, wozu es keines Titels bedarf. Der §. 591. steht, wenn er ganz allgemein zur Anwendung gebracht wird, der Bejahung dieser Frage entgegen, und auf den Grund des §. 628. kann die dreißigjährige Ersitzung nur dann zugelassen wer-

den, wenn man diese Gesetzstelle auf den ursprünglichen Erwerber bezieht, dem jedoch keine Unredlichkeit nachgewiesen werden kann, indem er seinen Titel aus Unkunde der Gesetze für rechtsgültig hielt und also für einen unrechtfertigen Besitzer angesehen werden muß. Der §. 591. würde aber alsdann nur noch in sofern eine Bedeutung haben, als man dabei an einen nicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Titel, z. B. Pacht, Pfand, Leihe ꝛc. dächte; dagegen würde er der dreißigjährigen Ersitzung nicht im Wege stehen, wenn ein auf Uebertragung des Eigenthums gerichteter Titel vorläge, welcher jedoch an und für sich nicht zu Recht bestände, z. B. ein ungültiger Kaufkontrakt, ein in der Form fehlerhaftes Testament. Dieser Auslegung steht jedoch der im §. 591. gewählte Ausdruck: zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickter Titel, — derselbe, dessen sich der §. 579. bedient, im Wege. Ferner steht dieser Auslegung die Fassung des §. 628. im Wege, welche auf einen von dem ursprünglichen Erwerber verschiedenen dritten Besitzer zu deuten scheint, indem hier der ursprünglichen Besitznehmung, nicht des ursprünglichen Besitznehmers gedacht ist. Will man aber den §. 628. auf einen von dem ursprünglichen Erwerber verschiedenen dritten Besitzer beziehen, so folgt, daß derjenige, dessen Titel, wenn auch auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet, an einem Mangel in der Form leidet, niemals durch Verjährung erwerben könne. — Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage ist auch nach dem Röm. Rechte höchst zweifelhaft, und muß es sein, weil die praescriptio trig. v. quadr. ann. erst durch Justinian zu einer erwerbenden Verjährung erhoben worden, und alle Stellen der Pandekten, welche sich über den Irrthum im Rechtstitel (titulus putativus) erhalten, davon ausgehen, daß zur Usukapion immer ein justus titulus vorhanden sein müsse. (Unterholzner, gesammte Verjährungslehre §§. 103., 104., 178.) Eben in Betreff des Rechtsgrundes, worauf der Besitz beruhen soll, um die Erwerbung in dreißig oder vierzig Jahren zu begründen, ist aber durch die Verordnungen Justinian's die wesentlichste Veränderung eingetreten. Demjenigen, der den Besitz bona fide erworben hat, ist eine actio ad vindicandum nie eingeräumt (I. 8. Cod. de praescr. XXX. vel. XI. ann.); und hiernach hat man von jeher angenommen, daß es keines titulus bedürfe. Die bona fides, worunter sonst die auf einem wirklichen Rechtsgrunde beruhende redliche Meinung verstanden wird, muß hier also nothwendig eine andere Bedeutung haben; man kann darunter nichts mehr verstehen, als diejenige Redlichkeit, wie sie ohne weitere Begründung und Rechtfertigung so lange vermuthet wird, bis das Gegentheil dargethan ist.

Auf dasselbe Resultat führt der Zusammenhang in unserem Gesetze. Nachdem nämlich im §. 11. Tit. 7. der Begriff von mala fides in folgender Weise gegeben ist:

wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer;

so muß man sich die bona fides, sobald zur Verjährung ein redlicher Besitz aus einem zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel erfordert wird, etwas anders denken, als in dem Falle, wo ein vollständiger redlicher Besitz, aber kein Nachweis des Titels erfordert wird. Im ersteren Falle muß sich die Redlichkeit auf den Titel beziehen — im zweiten kann darunter nichts Anderes verstanden werden, als diejenige redliche Meinung, welche bis zum Beweise des Gegentheils ohne besondere Begründung und Rechtfertigung vermuthet wird. Von diesem Gesichtspunkte aus kommen wir auf das Resultat, daß die dreißigjährige Verjährung zugelassen werden müsse, wenn auch nachgewiesen werden kann, daß der Titel, etwa wegen eines Mangels in der Form, ursprünglich nicht zur Uebertragung des Eigenthums geeignet gewesen, so lange nicht zugleich eine Unredlichkeit des Besitzes dargethan wird.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zu §§. 86—89. des Entw. des Tit. 9. S. 151 ff., auch abgedruckt in Simon's Z. Bd. 2. S. 232.)

Vergl. hierzu Sommer's Bemerkungen.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 408.)

In den Motiven zum bürgerl. Gesetzbuche ist dagegen abweichend hiervon Folgendes ausgeführt:

Die Fristen für die Verjährung von zehn, zwanzig und dreißig Jahren, welche das A. L. R. zum Ablauf der Verjährung erfordert, sind bekanntlich aus dem Röm. R. entnommen. Es tritt hier zunächst der Gegensatz von zehn- und dreißigjähriger Frist, je nachdem der Verjährende einen Titel seines Besitzes für sich hat, oder nicht, als wesentlich hervor. Das A. L. R. bedient sich in diesem Betracht überall des Ausdrucks: »ein zur Erlangung des Eigenthums geschickter Titel«; — so im §. 579., im §. 591. und im §. 628. Es ist in dem ersten dieser drei §§. verordnet, daß auf den Grund eines solchen Titels die Verjährung Platz greife; in dem zweiten, daß derjenige, der den Besitz aus einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel erworben, niemals eine Verjährung anfangen könne; in dem dritten, daß der Nachweis einer ursprünglich auf den Grund eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels erfolgten Besitznehmung der dreißigjährigen Verjährung nicht im Wege stehe, sofern nicht zugleich eine Unredlichkeit des Besitzers dargethan sei. — Dabei entsteht die Frage: »Was ist ein zur Uebertragung des Eigenthums geschickter Titel (titulus dominii translativus)?« — ist dies ein jeder auf Uebertragung des Eigenthums gerichteter, wenn auch in sich fehlerhafter Titel, z. B. ein Kaufkontrakt, dem es aber an der gehörigen Form ermangelt, oder den ein Minderjähriger ohne vormundschaftliche Autorisation geschlossen (titulus habilis sed non justus)? — oder ist nur derjenige Titel ein zur Erlangung des Eigenthums geschickter, welchem an und für sich kein Mangel entgegensteht, und der das Eigenthum würde übertragen haben, wenn nur derjenige, von dem der Besitzer sein Recht ableitet, wirklich Eigenthümer gewesen wäre? Das Letztere ist die Ansicht der mit Bearbeitung dieses Geschäftstheils beauftragt gewesenen Deputation. In dem von ihr vorgelegten Entw. ist daher zu der zehnjährigen Ersitzung ein, — zur Uebertragung des Eigenthums an sich geeigneter — in jedem Betracht zu Recht beständiger Titel, — verlangt worden und bloß zugegeben, daß ein Mangel an der Rechtsbeständigkeit des Titels noch nicht nothwendig die bona fides ausschließe, weshalb auf den Grund eines solchen Titels wohl noch eine dreißigjährige Verjährung, gleich als ob gar kein Titel vorhanden wäre, eintreten könnte. Unter dem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel, der nach §. 591. dem Anfang der Verjährung ganz und gar nicht im Wege stehen soll, ist ferner — »ein auf Uebertragung des Eigenthums nicht gerichteter Titel« — verstanden, während der nicht zu Recht beständige Titel die dreißigjährige Verjährung (nach §. 268. d. T.) noch zulassen würde, wenn nicht nebenbei eine Unredlichkeit nachgewiesen werden könnte. — Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage ist allerdings nach dem A. L. R. zweifelhaft, und um so zweifelhafter, als man auch bei den Lehrern des gemeinen Rechts eine direkte Entscheidung der Frage: »in wiefern ein fehlerhafter Titel der zehnjährigen Ersitzung zum Grunde gelegt werden könne?« vermißt. Indeß wird überall das ganze Gewicht auf den Umstand gelegt, daß der Erwerbende bona fide sich für einen titulirten Besitzer gehalten haben müsse; und die L. 13. §. 1. D. de usurpat., L. 2. §§. 15. u. 16. D. pro autore, L. 4. u. 9. D. de leg. unterstützen die Ansicht, daß nach Röm. R. der fehlerhafte Titel die Usukapion an und für sich nicht ausschließe. Es ist jedoch hierbei das Verhältniß, welches durch einen aus irgend einem Grunde nicht zu Recht beständigen Vertrag zwischen den Kontrahenten begründet wird, von dem Verhältnisse zu dritten Personen wohl zu unterscheiden. Zwischen den Kontrahenten kann unter allen Umständen nur das Kontrakts-Verhältniß entscheiden, und wenn der Kauf-, Tausch-Kontrakt, oder was immer für ein Titel, noch nach zehn Jahren für nichtig erklärt wird, so ist dem früheren Besitzer gegenüber keine Verjährung eingetreten. Einem Dritten gegenüber muß aber die Verjährung, etwaiger Fehler des Titels ungeachtet, als vollendet betrachtet werden. Dies tritt am einleuchtendsten hervor, wenn dabei nur ein Mangel an persönlicher Fähigkeit des andern Kontrahenten zum Grunde liegt, weil ein solcher Mangel nur von dem Unfähigen selbst und dessen Vertreter oder Nachfolger gerügt werden könnte, und durch bloßes Stillschweigen als sanirt betrachtet werden muß. Aber auch andere Fehler, wenn es z. B. bei einem notariell abgeschlossenen Vertrag einem Instrumentszeugen an der erforderlichen Fähigkeit gefehlt hätte, können der Verjährung nicht entgegenstehen, nur muß der Verjährende den Titel für gültig gehalten und sich dabei in einem entschuldbaren Irrthum befunden haben, als wohin der error facti der Regel nach zu rechnen ist. Der schuldbare Irrthum, wohin der aus einer ignorantia juris entstehende in der Regel zu rechnen ist (§. 12. der Einl. zum A. L. R.), kann niemals zur Folge haben, daß auch ein ungültiger Titel der Verjährung zum Grunde gelegt werden dürfe, weil dabei eine bona fides in Beziehung auf den bestimmten Rechtstitel nicht als vorhanden gedacht werden kann, so kann z. B. Niemand behaupten, auf den Grund eines mündlichen, statt eines schriftlich abzuschließen gewesenen Kontrakts ein Immobile bona fide besessen zu haben, weil er wissen mußte, daß er durch den bloß mündlichen Vertrag nicht erwerben könnte. Dagegen läßt auch der schuldbare Irrthum eine bona fides in dem Sinne zu, wie sie, nicht mehr auf einen bestimmten titulus bezogen, bei der dreißigjährigen Verjährung erfordert wird. Dort nämlich kann darunter, wie in den Motiven des von der Deputation vorgelegten Entw. näher ausgeführt ist, nichts Anderes verstanden werden, als diejenige redliche Meinung, welche bis zum Beweise des Gegentheils ohne besondere Begründung und Rechtfertigung vermuthet wird. In diesem Sinne kann auch noch derjenige, der z. B. ein Immobile durch einen bloß mündlichen Kontrakt erworben, sich in bona fide befinden, und also durch eine dreißigjährige Verjährung, wobei es auf den Titel nicht ankommt, erwerben.

(Bürgerl. Gesetzb., Mot. zum Sachenrechte, Bd. 2. S. 92.)

3) Das Justizmin. hat sich über die Bedeutung des Ausdrucks: »ein Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist«, aus Veranlassung der K. O. v. 9. Mai 1839 Nr. I. 3.[1]), wo derselbe unter Bezugnahme auf §. 579. ebenfalls gebraucht ist, mehrfach ausgesprochen.

a) R. v. 24. Juni 1839.

Zu den an sich zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titeln (Rechtsgrund, vermöge dessen das Eigenthum auf den Besitzer übergegangen ist) gehören

---

[1]) Vergl. in den Erg. zur Hypoth. O. Tit. IV. §§. 29. u. 30.

unstreitig Kauf, Tausch, Schenkung, Erbschaft ꝛc. Tritt zu einem dieser Titel der zehnjährige Usukapions-Besitz hinzu, so deckt der letztere alle etwa vorhandenen Mängel des Titels, es mögen sich dieselben auf seine Form oder auf seinen Inhalt beziehen, so daß ein Eingehen hierauf ganz unzulässig ist. Nur bei einer kürzeren Besitzzeit soll es nach der ausdrücklichen Anweisung der K. O. v. 9. Mai 1839 auf eine Prüfung der Form und den Inhalt des Titels ankommen. (J. M. Bl. 1839 S. 225.)

b) R. v. 23. Sept. 1839.

Es genügt, wenn nur nachgewiesen wird, daß der Besitzer das Grundstück gekauft, eingetauscht, geschenkt erhalten oder ererbt hat, wogegen für einen Pächter, Miether oder Pfand-Inhaber der Titel seines Besitzes an sich zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickt ist. So und nicht anders ist der §. 579. zu verstehen, weil von einer Verjährung da nicht die Rede sein kann, wo ein schriftlicher, also der Form nach wesentlich gültiger, Titel vorliegt.

(J. M. Bl. 1839 S. 329.)

c) R. v. 19. Mai 1840.

Die Frage: was ein zur Uebertragung des Eigenthums an sich geschickter Titel sei, ist zwar nach gemeinem Rechte nicht unzweifelhaft, wiewohl auch dort das ganze Gewicht auf den Umstand gelegt wird, daß der Erwerbende in gutem Glauben sich für einen titulirten Besitzer gehalten habe. (L. 13. §. 1. D. 41. 3., L. 2. §§. 15. u. 16. D. 41. 4., L. 4. D. 41. 8.) Nach dem A. L. R. aber muß man annehmen, daß ein zur Uebertragung des Eigenthums geeigneter (titulus dominii translativus), wenngleich fehlerhafter, Titel der gewöhnlichen Verjährung durch Besitz zum Grunde gelegt werden kann. (A. L. R. I. 2. §. 132., I. 7. §. 8., I. 9. §. 2.) Indem dasselbe das Können, also die Möglichkeit des Erwerbes, nicht die wirkliche Erwerbung des Eigenthums fordert, wie dies geschehen müßte, wenn Eigenthum von titulirtem Besitze verschieden sein und aus letzterem erst mittelst der Verjährung Eigenthum hervorgehen sollte, kann unter dem titulirten Besitze kein anderer verstanden werden, als ein solcher, dessen sich der Besitzer aus einem Grunde angemaßt hat, wodurch das Eigenthum bewirkt werden kann, welcher aber um deswillen noch kein Eigenthum hervorgebracht hat, weil an seiner Rechtsgültigkeit noch Etwas fehlt. Dieser Mangel kann darin bestehen, daß der Vorgänger im Besitze nicht Eigenthümer war; indeß sagt das Gesetz nirgends, daß dies die einzige Behinderungs-Ursache sei. Dieselbe kann eben so gut darin liegen, daß es dem Geschäfte an der gehörigen Form ermangelt, oder dasselbe für Minderjährige ohne vormundschaftliche Autorisation geschlossen worden ist. Auch in Fällen dieser Art läßt sich beim Vorhandensein eines auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Titels nicht in Abrede bringen, daß ein titulirter Besitz vorliegt, auf Grund dessen die gewöhnliche Verjährung Platz greift. Die Materialien bestätigen, daß man bei Redaktion des A. L. R. von dieser Ansicht wirklich ausgegangen ist. (J. M. Bl. 1840 S. 188.)

4) Bei dem Ob. Trib. ist die Frage kontrovers geworden [1]) und durch den Pl. Beschl. v. 15. Febr. 1841 (Präj. Nr. 972.) demnächst ausgesprochen:

»Die gewöhnliche Verjährung durch Besitz erfordert einen Titel, welcher nicht bloß seinem materiellen Inhalte, sondern auch seiner Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet ist.«

Es ist unbestritten, daß der im §. 579. gedachte, »an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickte Titel« ein solches Rechtsgeschäft voraussetzt, welches auf Erwerbung des Eigenthums einer Sache oder eines Rechtes wirklich gerichtet ist. Daraus folgt aber noch nicht, daß zu einem solchen Titel gesetzlich auch weiter nichts erfordert werde, und daß daher unter einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel lediglich ein solcher zu verstehen sei, der überhaupt gar nicht auf Eigenthumsübertragung abzwecke. Wenn auch das A. L. R. unter dem Ausdrucke: »ein zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickter Titel« einen auf Uebertragung eines Gebrauchs-, Nutzungs- oder Pfandrechtes gerichteten mit verstanden hat, so kann doch ein auf Erlangung des Eigenthumes wirklich gerichteter Titel möglicherweise nicht geeignet sein, für sich allein Eigenthum zu gewähren. Wenn einem auf Uebertragung eines Eigenthumsrechtes gerichteten Rechtsgeschäfte eines der wesentlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit fehlt, und dieser Mangel gesetzlich die Folge hat, daß die Erlangung des Eigenthums daraus nicht entstehen kann, so läßt sich nicht behaupten, daß ein zur Erlangung des Eigenthums geeigneter Titel vorliege. Hierdurch widerlegt sich also die Behauptung, daß schon der natürliche Wortsinn des im §. 579. gebrauchten Ausdruckes darauf führe, daß unter einem an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel nur ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft, ohne Rücksicht auf seine Rechtsgültigkeit, verstanden sei. Auch der Beisatz: »an sich« ergiebt das Letztere nicht; es hat vielmehr durch denselben nur der Gegensatz eines solchen Titels ausgedrückt werden sollen, der gleich von Anfang an rechtlich wirksames Eigenthum gewährt, weil er nicht nur die äußeren Merkmale der Gültigkeit hat, sondern auch von dem wahren Eigenthümer oder einem sonst Berechtigten herrührt. Ein gar nicht auf Eigenthums-Uebertragung gerichteter Titel kann niemals eine Verjährung des Eigenthums begründen (§. 527.); wird daher ein nicht auf Eigenthums-Uebertragung gerichteter Titel für gleichbedeutend mit einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten angesehen, und diese letztere Bedeutung mit jenem Ausdrucke ausschließlich verbunden, so kann auf Grund eines solchen Titels niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen. Der §. 628. setzt aber die Möglichkeit voraus, daß trotz des Vorhandenseins eines zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels die dreißigjährige Verjährung Platz greifen könne, in sofern nur nicht zugleich die mala fides dargethan ist. Dies ist aber bei einem auf Eigenthums-Uebertragung gerichteten Titel niemals möglich, weshalb der §. 628. unter einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel etwas Anderes verstehen muß, als bloß einen solchen, der seiner Natur nach nicht Eigenthum übertragen kann und soll. Dagegen paßt die Bestimmung des §. 628. ganz auf den Fall, wo Jemand in gutem Glauben eine an sich dazu fähige Sache als sein Eigenthum auf Grund eines Titels überkommen hat, der zwar auf Erlangung des Eigenthums gerichtet, aber zur Herbeiführung des Ueberganges desselben mit voller rechtlicher Wirksamkeit nicht geschickt war, weil er nicht alle gesetzlich nöthige Erfordernisse in sich vereinigte. Auch der §. 591. steht dem nicht entgegen, sondern soll nur besagen, daß auch der, welcher vollständig und redlich, wiewohl aus einem nicht geeigneten Titel besitzt, durch diesen Besitz allein niemals Eigenthumsrechte erwerben kann. Dies bestätigen auch (wie näher gezeigt wird) die Materialien, welche übrigens ergeben, daß zum Begriffe eines zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titels dessen Rechtsgültigkeit, soweit solche zur Uebertragung des Eigenthums erforderlich ist, für nothwendig erachtet werden muß. Insbesondere ergeben die Materialien zur Lehre von der Verjährung, daß der Zusatz: »an sich« zu keinem anderen Zwecke gemacht ist, als um in die Bestimmung dasjenige mit aufzunehmen, was in L. 5. D. 41., 10. ausgesprochen ist, um mithin einen Titel zu bezeichnen, der nach seinen äußeren erkennbaren Merkmalen für einen rechtmäßigen gehalten werden müßte. Keinesweges sollte auch ein Irrthum in einem ausdrücklichen gesetzlichen Erfordernisse, welcher ja nicht tolerabilis war (A. L. R. I. 7. §. 12.), dadurch für unerheblich erklärt werden. Die K. O. v. 9. Mai 1839 endlich ist irrelevant, weil sie eine Dekl. des §. 579. gar nicht beabsichtigt hat.

(Präj. Samml. S. 40, Entsch. Bd. 6. S. 415 — 444, J. M. Bl. 1841 S. 160.)

5) Die Ansichten der Rechtslehrer über den Begriff eines »an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten« Titels sind gleichfalls abweichend und bringen damit zum Theil die gleichfalls kontroverse Frage in Verbindung: welche rechtliche Wirkungen lästige Verträge haben, die gesetzlich zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedürfen, wenn diese Form fehlt, aber die Tradition hinzugetreten ist, insbesondere ob lästige Verträge über das Eigenthum unbeweglicher Sachen der schriftlichen Abfassung auch dann bedürfen, wenn ihr Gegenstand sich nicht über 50 Thlr. beläuft [1])? Es bestehen hierüber drei verschiedene Ansichten:

a) Nach der einen Meinung begründet der über Eigenthum an Sachen, und selbst an Immobilien über 50 Thlr. nur mündlich eingegangene Vertrag, wenngleich er der Klagbarkeit ermangelt, doch wenigstens einen zur Erwerbung des Eigenthums und zur ordentlichen Akquisitivverjährung geschickten Titel. Bei Beurtheilung des Titels soll es nämlich auf keine Form ankommen, weil der Titel nach §. 132. A. L. R. I. 2. bloß der gesetzliche Grund sei, vermöge dessen eine Handlung oder Begebenheit die Kraft habe, daß dadurch Rechte erworben werden können.

Diese Theorie, welche der von dem Justizmin. in den oben zu 3. mitgetheilten Reskripten ausgesprochenen Ansicht entspricht, wird vertheidigt von Köchling in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 559 ff., Bd. 8.

---

[1]) Das Präj. des II. Sen. v. 17. Juni 1837 (Präj. Nr. 303.) hatte angenommen: »Ein über ein Grundstück mündlich abgeschlossener Kaufvertrag ist kein Titel, welcher an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt, und zur Begründung der gewöhnlichen Verjährung durch Besitz geeignet ist.« (Präj. Samml. S. 40, Entsch. Bd. 3. S. 108, Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 563.) Die Ansicht ging dahin, daß unter dem an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel ein solcher zu verstehen sei, der sowohl seinem materiellen Inhalte, als der Form nach dasjenige enthalte, was die Geschäfte zur Rechtsbeständigkeit des konkreten Geschäftes erfordern, wogegen der I. u. III. Sen. die Ansicht geltend machten, daß nicht der justus titulus des Röm. Rechts, sondern nur ein titulus habilis, d. h. ein im Allgemeinen zur Erwerbung des Eigenthums fähiger Titel gemeint sei.
(Entsch.-Bd. 6. S. 414.)

[1]) Vergl. hierüber auch die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 131.

S. 343 ff. und Bd. 9. S. 99 ff., desgl. von dem Verfasser der Abhandl. in der J. Z. 1835 S. 828 ff. Auch hat das O. L. G. zu Halberstadt dieselbe in dem Erk. v. 11. Okt. 1836 (Entsch. Bd. 3. S. 108, Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 558) angenommen.

b) Nach der zweiten Meinung ergänzt ein solcher formloser Vertrag, wenigstens bei Immobilien, keinen zum Eigenthumserwerbe und zur ordentlichen Verjährung geeigneten Titel, aber durch die Tradition entsteht doch vollständiger Besitz, dessen Redlichkeit durch den Mangel der Form an und für sich nicht beeinträchtigt wird, und der durch außerordentliche, einen Titel nicht erheischende Akquisitivverjährung zum wahren Eigenthume führen kann.

Diese Theorie findet sich ausgeführt in der Abhandl. von Arndts über Besitz und Verjährung dessen, welcher durch mündlichen Vertrag ein Immobile an sich gebracht hat. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 177 ff.)

Vergl. auch den Aufsatz von Arndts a. a. O. S. 616 ff.

c) Die dritte Meinung hat die Mehrzahl der Rechtslehrer für sich. Sie stützt sich zunächst näher auf den, auch von den Anhängern der zuerst erwähnten Ansicht als richtig angenommenen Satz, daß Verträge über Immobiliar-Eigenthum, gleichviel ob der Gegenstand die Summe von 50 Thlrn. übersteigt oder nicht, zu ihrer Gültigkeit unbedingt schriftliche Abfassung erfordern. Nicht allein hierin soll indeß zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen ein Unterschied stattfinden, sondern auch in den rechtlichen Folgen, welche entstehen, wenn mit Verabsäumung der gesetzlich gebotenen schriftlichen Form des Veräußerungs-Vertrages die eine oder andere Art von Sachen übergeben wird. Es ist nämlich zuerst von Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 132) behauptet, sodann von Bornemann (System Bd. 2. S. 182 u. 508, 2. Ausg. Bd. 2. S. 99 u. 289) angenommen, hiernächst aber in den Aufsätzen in der J. Z. 1835 S. 528, 539, 642 und 1836 S. 657 ff., hauptsächlich aber von Böle (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 219 u. 637) vertheidigt worden, daß bei Immobilien der bloß mündlich geschlossene Vertrag nicht nur keinen an sich gültigen Titel begründe, sondern auch die darauf erfolgte Tradition nicht einmal einen vollständigen juristischen Besitz, sondern eine bloße prekäre Detention dem Empfänger verleihe. Der letztere Satz wird auf die Vorschrift des A. L. R. I. 21. §. 233. gestützt. Ueber die weiteren Folgen sind aber die Vertheidiger dieser Meinung untereinander wieder verschiedener Ansicht. Während Böle einem solchen Erwerber eines Immobile, weil ihm kein Besitzrecht zustehe, auch die außerordentliche, einen Titel nicht erfordernde Ersitzung abspricht, Grävell ihm die Extinktiv-Verjährung gegen den Tradirenden zugesteht, soll derselbe nach Bornemann durch longissimi temporis praescriptio das Eigenthum erwerben können, bei beweglichen Sachen aber soll es sich, wie Bornemann (a. a. O. S. 182, 2. Ausg. Bd. 2. S. 99) annimmt, anders verhalten. Es soll hier, wenn bei Gegenständen über 50 Thlr. der Vertrag nur mündlich geschlossen ist, der Mangel der Form den Uebergang des Eigenthums nicht hindern, sondern der Tradent nur zur Aufhebung des Geschäftes und Rückforderung des Gegebenen so lange befugt sein, bis der Akceptant seinerseits ebenfalls erfüllt hat. Es würde somit hier der unförmliche Vertrag einen zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel, und, wenn der Tradirende nicht Eigenthümer war, conditionem usucapiendi begründen.

Eine Revision dieser verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer findet sich in der Abhandlung von v. d. Hagen über die rechtlichen Wirkungen der Tradition rc. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 1 ff.)

Arndts hat dann noch die Ansichten v. d. Hagen's zu widerlegen gesucht, und findet das Resultat, daß die gewöhnliche Meinung richtig sei, daß nicht nur bei Schenkungen, sondern auch bei lästigen, schriftlich zu errichtenden und nur mündlich errichteten Verträgen über das Eigenthum an Immobilien der Tradent das Eigenthum behalte, daher die Sache unbedingt zurückfordern könne, und zwar mit der rei vindicatio. Hiervon ausgehend, folgert er, daß, da durch den mündlichen Vertrag und die darauf erfolgte Tradition das Eigenthum der unbeweglichen Sache gar nicht erworben werden könne, da also das Geschäft einen Titel weder im Sinne des A. L. R. I. 2. §. 134., noch des §. 2. h. t., bilde, dies Geschäft nicht ein zur Erlangung des Eigenthums an sich geschickter Titel zu nennen sei, weil man niemals durch ein solches Geschäft das Eigenthum eines Immobile erlangen könne. Der Ausdruck des §. 579.: »an sich«, woraus das Gegentheil hergeleitet werde, spreche keineswegs dafür.

(J. W. Bd. 7. S. 553 ff.)

Roloff giebt eine Kritik aller bisherigen Ansichten und vertheidigt die Meinung, daß, wenn die Unverbindlichkeit des Titels in dem Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form, namentlich der schriftlichen Abfassung, ihren Grund hat, die auf Grund eines solchen Titels erfolgte Tradition den Uebergang des Eigenthums zur Folge habe.

(Ulrich's Arch. 1846 S. 377 ff., 1847 S. 409 ff.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 579.

II. Das Ob. Trib. hat in Bezug auf die Frage: ob ein an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickter Titel vorliege, insbesondere noch folgende Grundsätze ausgesprochen:

1) Wenn der mit seiner Ehefrau in ehelicher Gütergemeinschaft lebende Ehemann ein gemeinschaftliches Grundstück ohne Einwilligung der Ehefrau verkauft, so ist dies ein zur Erwerbung des Eigenthums an sich geschickter Titel und der redliche Käufer kann das Eigenthum durch die ordentliche Ersitzung von zehn Jahren erwerben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. Juli 1846.

Der §. 579. erfordert nicht einen Titel, der in casu wirklich Eigenthum überträgt, sondern einen an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titel (Pl. Beschl. v. 15. Febr. 1841). Wenn darunter ein Titel verstanden werden sollte, der an gar keinem Mangel leidet, so würde er schon durch die bloße Uebergabe (§. 1. A. L. R. I. 10.) und nicht erst, wie der §. 579. vorschreibt, durch ruhigen und redlichen Verjährungsbesitz Eigenthum übertragen, und die ganze Vorschrift der §§. 579. ff. hätte keinen Sinn.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 461.)

2) In Beziehung auf Berechtigungen, insbesondere Grundgerechtigkeiten, ist streitig: ob der Titel ein ursprünglich begründender, d. h. ein Servitut bestellender (titulus constitutivus) sein muß, oder ob es auch ein übertragender (titulus translativus) sein kann, z. B. wenn Jemand dem Abkäufer seines Grundstückes ausdrücklich eine angeblich dazu gehörige Grundgerechtigkeit auf des Nachbars Grundstück mit verkauft, und der Käufer dieselbe auch wirklich ausübt.

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 23. Okt. 1847 verneint, weil ein zur Eigenthumserwerbung an sich geschickter Titel nur von dem Eigenthümer der Sache eingeräumt werden könne.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 43 Nr. 22.)

Koch hält dies für unrichtig und die Bejahung der Streitfrage für unbedenklich. (Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 579. h. t.)

Göschel hält gleichfalls einen translativen Titel zur gewöhnlichen Servituten-Ersitzung für zulässig.

Dafür spricht das allgemeine Prinzip, wonach jeder »an sich zur Erlangung des Eigenthums an einem Rechte geschickte Titel« auch zur gewöhnlichen Verjährung geschickt macht (§. 579. h. t., cf. A. L. R. I. 7. §. 8.). Es ist aber ein Kaufvertrag mit dem Eigenthümer der Servitutgerechtigkeit und des dazu berechtigten Grundstücks zur Erlangung des Eigenthums an der Servitut ebenso geschickt, als der Vertrag über die Konstitution der Servitut mit dem Eigenthümer des zu belastenden Grundstücks. Es muß mithin auch eben sowohl von dem Nichteigenthümer der Servitut, welcher Eigenthümer der angeblich berechtigten Sache ist, als von dem Nichteigenthümer der zu belastenden Sache, ein zur Ersitzung geeigneter Titel ausgehen können.

(Simon's Z. Bd. 2. S. 287.)

Sommer hält dagegen diese Ansichten der Intention der Redaktoren des A. L. R. nicht für entsprechend.

Da man damals bei Servituten nur den konstitutiven Titel vom non dominus des praedii servientis kannte, so werden die Redaktoren einen anderen hier nicht unterstellt haben. Uebrigens liegt auch in der Natur der Sache, daß Niemand vernünftigerweise eine Servitut als Einschränkung des Eigenthums des praedii servientis durch einen Vertrag mit dem Eigenthümer des praedii dominantis konstituirt glauben kann; denn sein Glaube, daß sie auf ihn transferirt werde, setzt voraus, daß sie schon als Recht besteht; sie entsteht aber erst durch die Bestellung oder Verjährung, und nicht vorhandene Rechte können nicht transferirt werden. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 409.)

3) Ein präkludirter Realanspruch kann dem dritten Besitzer gegenüber als Titel einer Verjährung nicht dienen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1852. (Präj. Nr. 2406.) (Entsch. Bd. 24. S. 315.)

4) Eine mündliche Uebereinkunft über die Theilung
eines gemeinschaftlichen Grundstücks kann als gültiger Titel zum Er-
werb des ausschließenden Eigenthums des zugetheilten Stücks nicht
gelten.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Mai 1848,
unter Bezugnahme auf den Pl. Beschl. v. 15. Febr. 1841 [1]).
(Entsch. Bd. 17. S. 132, Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 104.)

5) Auf den Grund eines Zeitpachtvertrages zwischen dem Besitzer
eines durch das Bergische Dekret v. 13. Sept. 1811 und resp. die
Gesetze v. 21. April 1825 in dessen volles Eigenthum verwandelten
Grundstücks und dem ehemaligen Gutsherrn desselben hat dieser —
bei dem Mangel eines zur Erwerbung des Eigenthums geschickten
Titels — das Eigenthum des Grundstücks nicht erwerben können.
Auf den Grund eines solchen Zeitpachtvertrages findet auch keine titu-
lirte Ersitzung des Eigenthums des Grundstücks statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 86 Nr. 20.)

6) Unrechtfertigkeit hindert auch die gewöhnliche Verjährung nicht;
denn Irrthum ist gerade das Erforderniß bei der Verjährung.

Angenommen von dem Ob. Trib. unterm 24. April 1849 in
Sachen Schneider w. Obt.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 17. a. zum §. 579. h. t.)

Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1848
(Präj. Nr. 2073.) in den Erg. zum §. 628. h. t.

Vergl. über diese Frage Bielitz's Nachtr. Hft. 2. S. 48.

III. Genügt nach dem A. L. R. ein sogen. Putativ-Titel zur
Akquisitivverjährung?

Es verneinen:

1) v. Rönne; denn wenn auch im A. L. R. hierüber eine aus-
drückliche Decision nicht enthalten sei, so setze doch der §. 579. das
wirkliche Vorhandensein eines an sich geschickten Titels geradezu vor-
aus, und auch in §§. 12. sqq. A. L. R. I. 7. sei immer nur von
einem Irrthume über die Gültigkeit des Besitztitels die Rede, dessen
wirkliches Dasein als unzweifelhaft vorausgesetzt werde.
(Klein's System 2. Ausg. Bd. 1. S. 259 Anm. 2.)

2) Bornemann, unter Bezugnahme auf die §§. 579., 591.,
625. u. 628., mit dem Bemerken, daß auch die Natur der Sache
es mit sich bringe, daß der Besitz nur durch seine wirkliche Beschaffen-
heit, nicht durch die bloße Meinung des Besitzers, die Eigenschaft
eines qualifizirten und besonders wirksamen erhalten könne.
(System Bd. 2. S. 180, 2. Ausg. Bd. 2. S. 98.)

3) Arndts, welcher dafür anführt, daß das A. L. R. einmal
unbedingt den Titel fordere und sogar durch die schärfere Betonung
dieses Erfordernisses im §. 591. gerade den titulus putativus ver-
werfen gewollt zu haben scheine.
(Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 210 Anm. 8.)

Koch bemerkt, daß in der Regel ein solcher Titel ungenügend
sein werde, weil der Irrthum eine eigene Handlung betreffe; er könne
indeß wohl durch besondere Umstände, z. B. Hintergehung durch den
bestellten Bevollmächtigten, der dem Erwerber die vollzogene Erwer-
bung glaubhaft vorspiegelt, Rechtfertigung finden.
(Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 579. h. t.)

§. 580. Das Miteigenthum kann durch Ersitzung nicht er-
worben werden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. und
15. Nov. 1853, weil das Miteigenthum, wie jeder ideelle Theil
eines Rechts, keine zur Besitzergreifung (einem faktischen Akte) geeig-
neter Gegenstand ist. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 293 Nr. 68.)

§§. 581. u. 592. 1) Die Litigiosität einer Sache ist
kein Hinderniß der Akquisitivverjährung, wenn der dritte Besitzer der-
selben sie aus einem Singulartitel erworben hat, und bei seiner Er-
werbung von der Rechtsanhängigkeit nicht unterrichtet war.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. Aug. 1846.

Der §. 383. A. L. R. I. 11. hat, zur Beseitigung einer Kontroverse des
Röm. Rechts, das Veräußerungsverbot litigiöser Sachen unbedingt aufge-
hoben. Mit diesem Grundprinzip des A. L. R. ist es unvereinbar, litigiöse
Sachen den durch Gesetz dem Privatverkehr entzogenen fernerhin gleichzu-
stellen und in Anwendung des §. 185. h. t. jene zu den der ordentl. Ersitzung
nicht unterworfenen zu zählen. Der §. 48. c. A. G. O. I. 7. steht dem nicht
entgegen. Derselbe ist fast wörtlich dem §. 16. Nr. 1. Tit. 4. Thl. IV. des
C. J. Frid. entnommen und hat zur Zeit der Emanation jener Proz. O. nach
dem damals noch gültigen Röm. Rechte auch noch die volle richtige Bedeutung
gehabt; es ist aber nicht anzunehmen, daß bei Revision des C. J. Frid. den
Redaktoren die vom Röm. Rechte abweichenden neueren Bestimmungen des A.
L. R. nicht gegenwärtig gewesen sein sollten, und sie durch die unveränderte
Beibehaltung jener Vorschrift der alten Proz. O. ein noch fortbestehendes un-
bedingtes Veräußerungsverbot sanktionirt hätten; vielmehr ist durch das Allegat
der §§. 383., 384. A. L. R. I. 11. im §. 9. A. G. O. I. 24. das Gegen-
theil bezeugt. Der §. 48. c. A. G. O. I. 7. regulirt das Verhältniß zwischen
dem klagenden Vindikanten und dem ihm als Verklagter gegenüberstehenden Ver-
äußerer; hier ist nur von den Wirkungen die Rede, welche die Veräußerung
der litigiösen Sache in Beziehung auf den Verklagten hat. Diesem allein
ist ein Präj. dahin gestellt, daß er den Werth und das Interesse ersetzen solle,
wobei die Voraussetzung keine andere sein kann, als ein unerlaubtes Begehen;
und in sofern läßt es sich auch rechtfertigen, daß der §. 48. c. mit dem Ver-
bote der Veräußerung anhebt. Dagegen bestimmt der §. 9. A. G. O. I. 24.
die Wirkungen der Veräußerung einer litigiösen Sache in Beziehung auf den
Dritten (den neuen Erwerber). Auch der §. 592. h. t. steht dieser Meinung
nicht entgegen, sondern findet nur Anwendung auf den eigentlichen Verklagten,
der durch das Judikat in bösen Glauben versetzt wurde, nicht aber auf dessen
Nachfolger im Besitz, welchen er daher auch nicht hindert, eine neue Verjährung
zu beginnen, wie sich dies auch aus der Bemerkung von Suarez in der rev.
mon. ergiebt. (Entsch. Bd. 13. S. 149, Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 187.)

Windhorst hält diese Ausführung des Ob. Trib. nicht für ge-
rechtfertigt und sucht dagegen namentlich geltend zu machen, daß im
§. 383. A. L. R. I. 11. nicht von der Veräußerung litigiöser
Gegenstände, sondern bloß von der Abtretung litigiöser Sachen
die Rede sei, und daß (nach §. 9. A. G. O. I. 24.) der Inhaber
einer res litigiosa sich (trotz der vollendeten Usukapion) dem gegen
seinen Auktor ergangenen Erkenntnisse zu unterwerfen habe, unter
dessen Effekt der Effekt des Usukapionsbesitzes gänzlich verlösche.
(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 207.)

Scheele sucht gleichfalls die Meinung des Ob. Trib. zu wider-
legen. (a. a. O. S. 548 sub 3.)

2) Das Marktrecht, oder das Recht, Jahrmärkte zu halten, kann
nur durch ausdrückliche Verleihung vom Staate, nicht durch Verjäh-
rung erworben werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. März 1846.
(Entsch. Bd. 13. S. 338.)

§§. 584. u. 585. 1) Suarez, Bemerk. über die Ab-
weichung in §§. 584. u. 585. vom Röm. Rechte.
(Jahrb. Bd. 41. S. 14.)

2) Vergl. über den Grund der Vorschrift des §. 584. Simon's
Material. S. 673.

3) Auf Sachen, welche Jemand durch Betrug an sich gebracht
hat, hat man diese Vorschrift nicht erstrecken wollen.
(Simon's Material. S. 673 u. 683.)

Derselben Ansicht ist Grävell, weil aus den §§. 586. u. 589.
zur Genüge erhelle, daß nicht die Fehlerhaftigkeit des Besitzes über-
haupt Veranlassung zum §. 584. gegeben, sondern daß man nur die
Diebeshehlerei habe erschweren wollen. (a. a. O. S. 164 Anm. *)

§. 586. Nicht ein förmlicher Beweis, sondern nur eine be-
stimmte Angabe des Auktors wird verlangt. Der §. 586. ent-
hält daher nur ein Verbot, von unbekannten und verdächtigen Per-
sonen zu kaufen. (Simon's Material. S. 673.)

§§. 590—595. Anfang der Verjährung durch
Besitz.

§. 591. Vergl. die Erg. zum §. 579. h. t.

§. 592. Jeder Nachfolger im Besitze, auch der Erbe, kann
eine neue Verjährung beginnen. (Simon's Material. S. 663.)

§§. 593. u. 595. Vergl. Suarez in der Schlußrevision
zu diesen §§. (Jahrb. Bd. 41. S. 14.)

§. 595. Die vierzigjährige Ersitzung von Servituten nach der
Magdeburger Polizei-Ordn. v. 3. Jan. 1688 (Kap. 31. §§. 2. u. 21.)
kann auch gegen Pupillen und minores beginnen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juli 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 232 Nr. 48.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 22. §§. 13. sqq.

---

[1]) Vergl. ob. Zus. I. sub 3.

§§. 596—600. Fortsetzung der Verjährung durch Besitz.

§. 596. 1) »Gewöhnlich« im §. 596., d. h. wenigstens: alljährlich. (Simon's Material. S. 673.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, auf Grund der Vergleichung mit §. 649. (System Bd. 2. S. 175 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 97.)

2) Die Ausübung durch das ganze Jahr oder in den übrigen Zeiten und Fällen des Jahres wird nicht etwa vermuthet, sondern für nicht erforderlich zu der wirksamen Dauer des Usukapions-Besitzes erklärt.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1848. (Entsch. Bd. 17. S. 6.)

3) Ein für spätere Jahre nach Ablauf der Verjährungsfrist bewiesener fortgesetzter Besitz genügt nicht zu der Rechtsvermuthung, daß der Besitz auch bei Ablauf der Verjährungsfrist bestanden habe.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. zu Münster unterm 29. Dec. 1844. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 17.)

§§. 596. 599. 649. Das Recht auf Schneebruch gehört zur Kategorie derjenigen Grundgerechtigkeiten, welche alljährlich oder doch gewöhnlich ausgeübt werden, und hinsichtlich deren bei dem erfolgten Nachweise des Anfangs und Endes des Besitzes vermuthet wird, daß die Ausübung des besessenen Rechts auch in der Zwischenzeit fortgesetzt worden ist.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. R. Sachen unterm 10. Okt. 1856. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 343.)

§. 599. 1) Durch einen fehlerfreien Besitzakt wird die Vollendung der Verjährung bewirkt, wenn auch dieser zur nachherigen Klage gegen den Verjährenden Veranlassung gegeben hat, und es findet der §. 85. A. L. R. I. 7., der nur von der Besitzergreifung, nicht von der Fortsetzung des einmal ergriffenen Besitzes handelt, darauf keine Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1846. (Präj. Nr. 1790.)

Zwar ist nach §§. 599. u. 600. ein vollständig geführter oder erfüllter Beweis über den Anfang und das Ende des Besitzes zur Akquisitiv-Verjährung erforderlich; allein, wenn ein solcher Endpunkt dargethan worden, so macht ein Widerspruch gegen diesen Besitzakt durch Anbringung einer Denunziation des Gegentheils ihn nicht zu einem rechtsungültigen. Diese Denunziation, so wie die demnächst angestellte Klage haben zwar die Verjährung unterbrechen können, aber nur für die Zukunft, wenn dieselbe durch jene Besitzhandlungen mit Rücksicht auf den Zeitverlust noch nicht vollendet war; sie heben aber nicht die Wirkung dieser Besitzakte auf, und schließen die Vollendung der Verjährung nicht aus, welche bereits mit ihnen eingetreten ist. Die §§. 84. u. 85. A. L. R. I. 7. beziehen sich lediglich auf die Besitzergreifung, wie die Worte derselben deutlich ergeben und aus §. 83. a. a. O. hervorgeht, welcher nur von der Besitzergreifung und einem dagegen gerichteten Widerspruch handelt. Wäre die entgegengesetzte Ansicht richtig, so würde jede Verjährung beseitigt werden können, wenn der Gegner nur nach erlangter Kenntniß vor dem letzten dazu nöthigen Besitzakte Klage erhöbe, was den allgemeinen Regeln von Aufhebung erlangter Rechte und dem Effekte der Klageanstellung widersprechen würde. (Präj. Samml. S. 41, Entsch. Bd. 15. S. 142.)

2) Wenn der Anfang und das Ende des Besitzes nachgewiesen ist, tritt die Vermuthung, daß die Ausübung des besessenen Rechts in der Zwischenzeit fortgesetzt worden, der Regel nach auch dann ein, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Besitzhandlungen am Anfang und Ende länger ist, als die zur Vollendung der Verjährung gerade ausreichende Zeitfrist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1849. (Präj. Nr. 2166.)

Die Vorschrift des §. 599. ist nur eine besondere Anwendung von der allgemeinen, im §. 113. A. L. R. I. 7. gegebenen Regel, daß der Besitz so lange für fortgesetzt erachtet wird, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellt. Ein solches deutliches Erhellen kann aber in dem Falle nicht stattfinden, wenn dieselbe Besitzhandlung nach Verlauf einer längeren oder kürzeren Zeitfrist wiederholt worden ist. Es kann daher auch zur Ausschließung der gesetzlichen Vermuthung darauf nicht ankommen: ob der zur Erwerbung eines Rechts aus dem Besitze erforderliche Zeitraum inzwischen bereits abgelaufen und erfüllt war, oder ob die letzte Besitzhandlung gerade mit dem Endtermine zusammenfällt? Wollte man Letzteres für nothwendig achten, so würde daraus folgen, daß der letzte Besitzakt genau an demselben Tage, zur selbigen Stunde vorgenommen werden müßte, wo er beim Anfange der Verjährung stattgehabt hat. Ein solcher Beweis wäre fast in allen Fällen unmöglich, und würde eine nachgewiesene 40- und 50jährige Besitzzeit bei einem kürzeren verjährungsmäßigen Zeitraum zur Erwerbung von Rechten ungeeignet sein. Auch die Vorschrift des §. 596. würde nicht aushelfen können. Dieselbe bezieht sich zuvörderst gar nicht auf solche Rechte, die nicht gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können (vergl. §. 649.); ferner kann daraus in keiner Art gefolgert werden, daß die während eines Kalenderjahres geschehene Ausübung die Fortsetzung des Besitzes bis zum letzten Tage dieses Jahres beweise. Eine solche Annahme würde den verjährungsmäßigen Zeitraum abkürzen, indem z. B. ein dreißigjähriger Besitz, der im Herbst angefangen, nach Ablauf von 29 Jahren durch eine im Frühjahr des 30. Jahres vorgenommene Besitzhandlung für vollendet geachtet werden müßte, obwohl noch ein halbes Jahr an der Frist fehlt. Die letzte Besitzhandlung kann aber die im §. 599. aufgestellte Vermuthung nur von dem Zeitpunkt ab, an welchem sie vorgefallen ist, begründen. Diese Frist darf nicht kürzer sein, als die verjährungsmäßige; die längere Frist schließt aber die gerade zureichende kürzere von selbst in sich ein. Demgemäß ist auch vom Ob. Trib. nach dem Präj. 289.[1]) angenommen worden, daß von den bei der Verjährung von Rechten, die nicht alljährlich oder gewöhnlich ausgeübt werden können, nachzuweisenden Fällen der erste- und der letzte wenigstens 40 Jahre auseinander liegen müssen. Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, daß der im §. 599. enthaltenen Rechtsvermuthung eine zu große Ausdehnung gegeben werde, indem zwei Besitzhandlungen, zwischen welchen ein unendlich langer Zeitraum liegt, die Fortsetzung des Besitzes in der ganzen Zwischenzeit darthun müßten. Die Vermuthung für die Fortdauer des früher einmal erlangten Besitzes, bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben, ist keine den Richter unter allen Umständen und unbedingt bindende, sondern eine faktische Präsumtion, deren freie Würdigung nach den Umständen des Falls dem Richter zusteht. (cf. Präj. 2063. und Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1848.)[2]) Finden sich daher in diesen Umständen Thatsachen, welche die gesetzliche Vermuthung schwächen oder ihr entgegenstehen, so sind dem richterlichen Ermessen keine Schranken gesetzt, welche es hinderten, dem sich ergebenden Sachverhältniß Geltung zu verschaffen. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 19. S. 140.)

§§. 599. u. 600. 1) Wenn über einen Theil der Verjährungszeit ein vollständig geführter, über einen anderen Theil nur ein unvollständiger Beweis vorhanden ist, so darf der zur Erfüllung des letzteren nothwendige Eid sich nur auf den zweiten Theil der Verjährungsfrist, nicht auf den Zeitraum erstrecken, für welchen der volle Beweis geführt worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1838. (Präj. Nr. 409.) (Präj. Samml. S. 41.)

2) Der Rechtssatz der (vorstehenden) Präj. Nr. 409. ist dahin näher zu bestimmen, daß auch der im angegebenen Falle erforderliche Eid (wegen der Vorschrift des §. 599. h. t.) auf den Anfang der Verjährungszeit beschränkt werden darf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Aug. 1838. (Präj. Nr. 515.) (Präj. Samml. S. 41.)

§§. 601—619. Unterbrechung der Verjährung durch Besitz.

§. 601. 1) Durch das Pat. v. 22. Mai 1815 wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in den mit den Preuß. Staaten wieder vereinigten Provinzen jenseits der Elbe und Weser u. s. w. (G. S. 1815 S. 185) ist der Lauf der Besitzverjährung eines Realrechtes, welches zu seiner Erhaltung der Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfen würde, unterbrochen worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2338.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 122, Entsch. Bd. 22. S. 15.)

2) Die hinsichtlich einzelner Bestandtheile eines Gutes von dem Gutseigenthümer geschehene freie und willkührliche Ausübung seiner Eigenthumsrechte unterbricht den auf das ganze Gut sich erstreckenden Verjährungsbesitz des Dritten auch rücksichtlich derjenigen Bestandtheile des Gutes, auf welche jene Ausübung der Rechte des Eigenthümers sich nicht bezogen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 323 Nr. 68.)

§. 603. Das in einem Vorprozesse stattgefundene Bestreiten eines angemaßten Rechtes hat die Kraft einer Protestation im Sinne

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 649. h. t.

[2]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 154.

des §. 603. nur dann, wenn es eine ausdrückliche Verwahrung gegen die Verjährung enthält und auf Antrag des Erklärenden dem Gegner vom Gerichte insinuirt wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1848.

Der §. 603. setzt eine ausdrückliche Erklärung über einen bestimmten Gegenstand voraus, welche dem Gegner in der Art bekannt gemacht wird, daß er daraus die Absicht des Protestanten, die Verjährung hemmen zu wollen, zu erkennen vermag. Diese Bekanntmachung ist etwas Unerläßliches, weil nur im Falle einer solchen nach §. 607. die Verjährung abgeschnitten ist. Sie gilt als eine Maßregel der Sicherung, und ihre Unerläßlichkeit ergiebt sich ebenfalls aus dem allgemeinen Grundsatze des §. 467. A. L. R. I. 14. Soll daher eine Erklärung im Vorprozesse in dieser Beziehung von Effekt sein, so muß sie eine ausdrückliche Verwahrung gegen die Verjährung enthalten und auf Antrag des Erklärenden dem Gegner vom Gerichte mitgetheilt sein.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 412. Nr. 201.)

§. 603 u. 607. Die angefangene Verjährung durch Besitz ist nach §§. 603. und 607. für unterbrochen nicht zu achten, wenn vor Vollendung derselben die Klage zwar angemeldet und dem Verjährenden gehörig bekannt gemacht, in der Folge aber durch rechtskräftiges Erkenntniß als ungegründet zurückgewiesen worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1175.) (Präj. Samml. S. 41.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieses Präj.

(Landr Bd. 1. Anm. 45. zum §. 607. h. t.)

§§. 603—605. Vergl. die Erg. zu den §§. 551. sqq. h. t.

§. 608. Mit dem Tage, an welchem die Citation das erste Mal in den Zeitungen gestanden hat, wird die Verjährung für unterbrochen geachtet. (Simon's Mat. S. 675.)

§. 611. Die Ersitzung einer Trift- oder Hütungsgerechtigkeit wird unterbrochen, wenn der Besitzer des Grundstückes, auf welchem dieselbe bisher ausgeübt worden, der ferneren Ausübung widerspricht, und der Prätendent demzufolge davon absteht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. April 1840. (Präj. Nr. 855.) (Präj. Samml. S. 41.)

§. 612. 1) Die Worte: »bloße Pfändung« im §. 612. haben nur den Sinn, daß die bloße Thatsache der Pfändung, als ein Akt der Privatgewalt, kein geeignetes Mittel zur Ueberführung des gepfändeten Besitzers von der Unrechtmäßigkeit des gepfändeten Besitzes sein soll. Wo aber die Pfändung auf gesetzmäßigem Wege weiter verfolgt und das Verfahren des Pfänders der richterlichen Kognition unterstellt wird, da ist eine solche gesetzmäßig erfolgte Pfändung nach Maßgabe des Ausfalls der diesfälligen richterlichen Entscheidnng darüber, insbesondere über Forstkontraventionen, wenn der Gepfändete zur Erleidung der auf solche gesetzten Strafen verurtheilt worden, allerdings geeignet, denselben von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes zu überführen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1846. (Präj. Nr. 1798.) (Präj. Samml. S. 41.)

2) Der ruhige Besitz wird zwar durch die Pfändung gestört; wenn indeß der Gepfändete sich durch die Pfändung nicht hat abhalten lassen, das Recht ferner auszuüben, und der Andere nichts gethan hat, um die Sache zum Austrage zu bringen, so ist anzunehmen, daß der Erstere sich im Besitze erhalten habe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Mai 1849 (J. M. Bl. 1854 S. 105 sub Nr. 19.), desgl. unterm 13. April 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 71 Nr. 34.) und unterm 9. Febr. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 30 Nr. 8.).

Ebensowenig ist der Widerspruch desjenigen, dessen Rechte durch den Besitz des Anderen beschränkt werden, von Gewicht, wenn der Besitzer sich dadurch von der ferneren Ausübung nicht hat abhalten lassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1853.

(J M. Bl. 1854 S. 105 sub Nr. 20.)

3) Sommer bemerkt, der Gesetzgeber habe nicht meinen können, daß unter der im §. 612. gedachten Fortsetzung nur die vermuthete Fortsetzung des §. 130. A. L. R. I. 7. zu verstehen sei; die Allegirung des Verjährungsabschnittes bei diesem §. 130. zeige vielmehr schon, wo die Ausnahme von der dort ausgesprochenen Regel zu finden.

(Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 103 ff.)

§. 613. 1) Ein Beamter kann das ihm zur Benutzung eingeräumte Recht durch Ersitzung von seiner Seite nicht ausdehnen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850; denn das Dienstverhältniß ist rein persönlich und weder vererblich, noch ohne besondere kontraktliche Uebertragung übertragbar; es kann daher von einer Fortsetzung eines Verjährungsbesitzes des Amtsvorgängers keine Rede sein. (Entsch. Bd. 20. S. 203.)

Insbesondere führt das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juni 1856 aus, daß die Rechte auf Gehalt und Emolumente, welche die Bestallung einem Landschullehrer verleiht, auch wenn er zugleich als Organist und Küster fungirt, rein persönlicher Natur sind, und daß daher eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses des Amtsvorgängers durch den Amtsnachfolger nicht stattfindet, weshalb daraus, daß einem solchen Schullehret bei seiner Anstellung ein seiner beständigen Bestimmung nach zur Dotirung der Küsterei und des Organistenamtes des Ortes dienendes Grundstück zum Nießbrauche überwiesen worden, noch nicht folgt, daß demselben alle die Nutzungsrechte zugewiesen seien, welche die Amtsvorgänger darauf ausgeübt hatten; vielmehr entscheide der Inhalt der in dieser Beziehung den Anstellungsvertrag bildenden Vokation. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 12 Nr. 4.)

2) Bei der Verjährung durch Besitz kann sich ein Sukcessor auf den Titel seines Auktors nur alsdann berufen, wenn der Auktor bereits selbst besessen und er dessen Besitz fortgesetzt hat, nicht aber auf den Titel seines Auktors erst den Verjährungsbesitz anfangen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib unterm 25. Mai 1852 (Präj. Nr. 2383.)

Es kann zwar für den Singular-Sukcessor unter Fortsetzung des Besitzes seines Auktors eine accessio possessionis stattfinden (§. 613.); allein der Singular-Sukcessor kann ohne einen solchen Vorbesitz nicht auf seines Vorgängers, sondern nur auf seinen eigenen Titel eine noch unbegonnene Verjährung durch Besitz anfangen. Dies ist auch im Gesetze (§. 579.) ausgedrückt, wenn es fordert, daß der Besitz aus dem Titel stattfinde.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 23. S. 69, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 275 Nr. 50.)

3) Nach erfolgter Parzellirung eines Gutes findet Seitens der Besitzer einzelner Parzellen eine Fortsetzung des von dem bisherigen Besitzer des ganzen Gutes für dasselbe ausgeübten Verjährungsbesitzes nich statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1857, ausgehend von dem Grundsatze der Untheilbarkeit der Prädial-Servituten. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 75 Nr. 21.)

Derselbe Sen. nimmt in dem Erk. v. 3. Sept. 1857 an, daß der Erwerber eines Theilstückes den Servitutsbesitz nicht fortsetzen kann, welchen der Besitzer des ganzen Grundstückes für dieses ergriffen hat, und daß eine Kontinuität des für das ungetheilte Grundstück angefangenen und des für das Theilstück, als besonderes Rechtssubjekt, ergriffenen Verjährungsbesitzes nicht stattfindet.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 146 Nr. 26.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. desselben Sen. v. 3. Sept. 1857 in Bezug auf eine vor der Parzellirung von dem Besitzer des ganzen Grundstückes ausgeübten Rechtes, auf einem anderen Grundstücke zu waschen und zu bleichen, an, und führt aus, daß nach der Theilung jenes ganzen Grundstückes der Verjährungsbesitz des gedachten Rechtes nicht von den einzelnen Besitzern der Theilstücke fortgesetzt werden könne. (a. a. O. S. 155 Nr. 27.)

§§. 614. 615. 663. Bei einem Erben kann nicht vermuthet werden, daß er die Unredlichkeit eines schon von dem Erblasser ergriffenen und so auf ihn übergegangenen Besitzes gekannt habe. Die Vorschrift des §. 663. kommt bei ihm nur dann zur Anwendung, wenn nachgewiesen wird, daß er selbst von der Unrechtmäßigkeit des durch ihn fortgesetzten Besitzes überzeugt gewesen sei. Außer diesem Falle fängt der Lauf der Verjährung jederzeit mit dem Besitze des Erben an, sobald nicht die in den §§. 614. und 584. bestimmte Ausnahme eintritt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1061.) (Präj. Samml. S. 42.)

§. 614. Auch Grundstücke, welche der Erblasser durch mündlichen Vertrag und überhaupt ohne formell gültigen Titel an sich ge-

bracht hat, unterliegen der gewöhnlichen Ersitzung auf Seiten des Erben (titulo pro herede), der sie in dem guten Glauben, als seien sie Eigenthum des Erblassers gewesen, mit dem Nachlasse in Besitz nimmt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1848.) (Präj. Nr. 2018.)

Wenngleich nach Röm. Rechte kontrovers ist, ob die Besitzergreifung einer Sache Seitens eines Erben, als zur Nachlaßmasse gehörig, titulo pro herede, dem rechten Eigenthümer gegenüber, zur Ersitzung führen kann, so hat doch das A. L. R. diesen Titel entschieden als einen selbstständigen und völlig wirksamen anerkannt. Es nimmt die unitas personae zwischen Erblasser und Erben überhaupt nicht so durchgreifend an, als das Röm. Recht. Dies ergeben in Betreff der Verjährung die §§. 613., 614., 615., 617. u. 618. h. t. und die in Simon's Zeitschr. Bd. 3. mitgetheilten Erörterungen der Redaktoren des A. L. R. ad h. l. Nach Bd. 3. S. 433 §. 828. a. a. O. sollte die Antretung der Erbschaft die Stelle des sonst erforderlichen Titels vertreten, sobald nur der Erbe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vermuthen konnte, daß der Gegenstand der Verjährung zum Eigenthum seines Erblassers gehöre. Suarez bemerkte (s. a. a. O. S. 411):

»Der successor singularis kann ex sua persona die Präskription anfangen, nur bei dem successor universalis ist es zweifelhaft. Doch würde ich solchen dem singulari parifiziren, weil der Unterschied, den das Röm. Recht macht, in der That nur auf der ficta unitate personarum beruht. Allenfalls submittire ich, ob man dem successor singularis die kürzere, dem universalis aber nur die längere Verjährung gestatten wolle.«

Auf das Monitum S. 542:

»Es scheine wohl, daß dem Erben das Erbrecht zum Titel dienen solle, um durch die gewöhnliche Verjährung zu präskribiren, wenn entweder der Erblasser gar keinen Titel gehabt, oder dem Erben sonst die Präskription ex propria persona vortheilhafter sein würde. Dies wäre jedoch ausdrücklich zu sagen, um den Zweifel darüber zu beseitigen, ob der Erbe, der keinen anderen Titel, als das Erbrecht für sich hat, nach §. 437. (in zehn Jahren) oder nur nach §. 492. (in 30 Jahren) präskribiren kann«,

schloß sich Suarez (S. 446) der ersten Alternative an, indem er bemerkte:

»der Satz, daß der Erbe, welcher eine neue Verjährung anfange, keines speziellen Titels bedürfe, sondern titulus pro herede hinreichend sei, könne mehrerer Deutlichkeit wegen wohl aufgenommen werden.«

Und so ist namentlich auch der §. 617. in das Gesetzbuch aufgenommen, von welchem dann auch die Bestimmungen im §. 251. Tit. 20. und §. 97. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. — von verpfändeten und in Mißbrauch gegebenen Sachen handelnd — nur Anwendungen sind.

(Präj. Samml. S. 40, Entsch. Bd. 17. S. 130, Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 104.)

§§. 614—618. Das Erbrecht gilt in Ansehung der im ererbten Nachlaß vorgefundenen Sache als rechtsmäßiger Titel für die vom Erben anzufangende neue Verjährung, und es steht ihm, bei der Beurtheilung der Rechtfertigkeit seines Besitztitels, die Kenntniß des Umstandes, daß der Besitz des Erblassers in Betreff jener Sache ein unrechtfertiger gewesen, nicht entgegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. März 1852. (Präj. Nr. 2359.)

Daß nach §. 617. das Erbrecht als rechtmäßiger Titel für die neue Verjährung des Erben in Ansehung der im ererbten Nachlaß vorgefundenen Sachen gilt, ergiebt sich aus den Materialien zum §. 617.[1]); bei der Frage aber: ob der Erbe als ein unrechtfertiger Besitzer zu betrachten sei (§. 14. A. L. R. I. 7.), kann es nicht darauf ankommen: ob der Besitz des Erblassers in Betreff der fraglichen Sache etwa ein unrechtfertiger gewesen und der Erbe Kenntniß von den Umständen gehabt hat, die seinen Vorgänger als einen unrechtfertigen Besitzer erscheinen lassen. Denn es wird bei Beurtheilung jener Frage nicht der Irrthum über die Gültigkeit des Besitztitels des Vorgängers, sondern ein etwaniger Irrthum in Betreff des eigenen Besitztitels in Betracht gezogen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 22. S. 296, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 133 Nr. 26.)

Dazu:

a) Das Präj. Nr. 2359. soll nur aussprechen, daß die Kenntniß des Umstandes, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen, nicht die Eigenschaft des titulus pro herede als eines an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titels beseitigt; jene Kenntniß kann aber in Bezug auf die Redlichkeit des Erben allerdings von Bedeutung sein, wenn der Erbe wußte, oder aus den zu seiner Kenntniß gekommenen Umständen schließen mußte, daß die Sache nicht zum Nachlaß gehöre.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Febr. 1853.

Das Präj. Nr. 2359. ist vollständig begründet, wenn es innerhalb der richtigen Grenzen gehalten wird. Um eine neue Verjährung der im Nachlaß vorgefundenen Sachen anzufangen, bedarf der Erbe nach §. 617. h. t. eines besonderen Titels. Das Erbrecht selbst ist hiernach ein rechtmäßiger Titel in Ansehung aller im Nachlaß vorgefundener und kraft des Erbrechts in Besitz genommener Sachen. Der Erbe darf kraft des Gesetzes alle im Nachlasse vorgefundene Sachen als zu diesem gehörig betrachten, und kann eben deswegen, wenn er in gutem Glauben ist, das Eigenthum an solchen, dritten Personen gehörigen Sachen in der Frist von resp. zehn und zwanzig Jahren ersitzen. Ob der Erblasser die Sachen auf Grund eines Titels besessen hat, und von welcher Beschaffenheit dieser Titel gewesen, ist für die von dem Erben anzufangende neue Verjährung an und für sich gleichgültig, da diese Verjährung lediglich auf den titulus pro herede, in keiner Hinsicht auf den Titel, welchen der Erblasser gehabt, gegründet zu werden braucht. Demzufolge ist auch der Umstand, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen, daß derselbe also aus einem ungültigen, irriger Weise für gültig gehaltenen Titel besessen hat, hierbei von keinem Einfluß. Selbst die Kenntniß der Umstände, welche den Besitz des Erblassers zu einem unrechtfertigen machen, beseitigt nicht die Eigenschaft des titulus pro herede, als eines an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickten Titels, kann aber allerdings in Bezug auf die Redlichkeit des Erben von Bedeutung sein, und hierbei treten die Grenzen hervor, innerhalb welcher das gedachte Präjudiz zu halten ist. Der titulus pro herede beruht darauf, daß der Erbe kraft des Gesetzes alle im Nachlaß vorgefundene Sachen als zu diesem, und sonach als dem Erblasser gehörig betrachten darf. Hieraus folgt, daß die Prüfung, welche die Gesetze von dem Erwerber des Besitzes einer Sache in den §§. 12. ff. A. L. R. I. 7. fordern, dem Erben nicht obliegt. Er hat nur zu prüfen, ob die Sachen, welche er als Erbe in Besitz nimmt, in dem Nachlaß vorgefunden sind, und kann sich, wenn dies der Fall ist, ohne weitere Prüfung für den rechtmäßigen Besitzer dieser Sachen halten. Insbesondere braucht er daher nicht zu prüfen, ob der Besitz seines Erblassers auf einem gültigen Titel beruht. Selbst wenn die Umstände, aus welchen die Unrechtfertigkeit des Titels seines Vorgängers folgt, zu seiner Kenntniß gekommen sind, braucht er sich auf eine Prüfung, wie sie die §§. 14., 15. a. a. O. für den unmittelbaren Erwerber vorschreiben, nicht einzulassen, kann vielmehr nach wie vor ohne weitere Untersuchung annehmen, daß die Sachen, eben weil sie im Nachlaß vorgefunden sind, auch zu diesem gehören, und daß die etwanigen Hindernisse beseitigt worden seien. In diesem Sinne ist es ganz richtig, daß dem Erben bei Beurtheilung der Rechtfertigkeit seines Besitztitels die Kenntniß des Umstandes, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen, nicht entgegensteht, oder vielmehr, daß die Kenntniß der Umstände, welche den Erblasser als einen unrechtfertigen Besitzer erscheinen lassen (für sich allein), von keiner Erheblichkeit ist. Nur wenn der Erbe wußte, oder aus den zu seiner Kenntniß gekommenen Umständen schließen mußte, daß die Sachen nicht zum Nachlaß gehören, kann er sich auf den titulus pro herede, weil das Fundament desselben wegfällt, nicht stützen, und nur in sofern kann die Kenntniß jener Umstände von Erheblichkeit sein. (Entsch. Bd. 25. S. 111.)

b) Das Erbrecht gilt in Ansehung der im ererbten Nachlaß vorgefundenen Sache als rechtmäßiger Titel für die von dem Erben anzufangende neue Verjährung, befreit aber nicht von den Erfordernissen der Redlichkeit des Besitzes.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Mai 1854, unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 2359. und das (vorstehende) Präj. v 16. Febr. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 144 Nr. 35.)

§. 616. Aus den Bestimmungen des A. L. R. über den Lauf der Verjährungszeit zum Vortheile des Verjährenden (§§. 602., 613, 616.) darf nicht auf ein Fortbestehen des Besitzes in anderen Beziehungen, namentlich nicht gefolgert werden, daß der Erbe durch den bloßen Erbanfall in den Besitz des Erblassers getreten und ohne eigenen Besitz-Akt Besitzer geworden sei.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 10.)

§§. 617—619. Schröter, über die Verjährung ex titulo pro herede. (J. Z. 1832 S. 903, Civil. Vers. Hft. 1. S. 133.)

§. 617. 1) Unter den im Nachlasse eines Erblassers vorgefundenen Sachen, bei denen der Erbe, um eine neue Verjährung anzufangen, keines besonderen Titels bedarf, sind bloße Gerechtigkeiten, z. B. das Jagdrecht, nicht zu verstehen.

[1]) Vergl. die Gründe des Präj. Nr. 2018. in den Erg. zum §. 614. h. t.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1840. (Präj. Nr. 817.) (Präj. Samml. S. 42.)

2) Der Erbe kann bona fide das Eigenthum an Sachen durch Verjährung erwerben, welche sein Erblasser als Pfandinhaber, Depositar, Kommodatar, Nießbraucher u. s. w. besessen hat. (Vergl. A. L. R. I. 20. §§. 250—252., 21. I. §. 97.)

(Simon's Mat. S. 678.)

§§. 620—624. Zeitraum der gewöhnlichen Verjährung durch Besitz.

§. 620. 1) Ueber den Grund, weshalb nicht, wie im gemeinen Rechte, bei beweglichen Sachen eine kurze Verjährungsfrist festgesetzt worden, so wie darüber, daß bei der erwerbenden Verjährung, wie im Röm. Rechte, Civil-Komputation gelte, vergl. Simon's Material. S. 678.

2) Wenn einer Korporation vom Staate dessen Expropriationsrecht (§§. 4. ff. A. L. R. I. 11.) verliehen ist, und sie sich eigenmächtig in den Besitz des Grundstücks gesetzt hat, ohne den Eigenthümer zur Abtretung aufzufordern, oder mit ihm über den Entschädigungsanspruch zu verhandeln, so ist ihr Besitz nicht für einen titulirten zu erachten, vielmehr zur Akquisitiv-Verjährung ein Zeitraum von dreißig Jahren unerläßlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1838. (Präj. Nr. 410.) (Präj. Samml. S. 42.)

§§. 625—628. Dreißigjährige Präskription.

§. 625. 1) Vergl. die Erg. zum §. 579. h. t.

2) In welcher Art muß der Beweis des dreißigjährigen Besitzes geführt werden?

Der II. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 3. März 1848 aus:

Ebenso, wie im Falle des §. 649. der vierzigjährige Zeitraum vom ersten
und dritten Besitzakte eingeschlossen sein muß, ebenso ist im Falle des §. 625.
der nach §§. 596., 599., 600. erforderliche Nachweis des dreißigjährigen Zeit-
raumes dergestalt zu führen, daß derselbe innerhalb des ersten und letzten
Besitzaktes belegen ist. Die §§. 81. u. 84. A. L. R. I. 7. handeln nur von
den Voraussetzungen der Besitzergreifung, nicht der Fortsetzung, und die
§§. 227., 228. a. a. O. nur davon, wie der Besitz eines negativen oder Unter-
sagungsrechtes wieder verloren geht. Im §. 130. a. a. O. handelt es sich nur
um das Ruhen des Besitzes und alle aus der Lehre vom Besitze entnommenen
Argumente können bei der Verjährung nicht durchgreifen, bei welcher nach
§. 600. h. t. neben dem bestimmten Anfangspunkte auch ein gleich bestimmter
Endpunkt, und zwar durch Ausübung des Rechtes, zu erweisen ist.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 381 Nr. 186.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd. 1. Anm. 63. zum §. 625. h. t.)

2) Die dreißigjährige Frist zur Erwerbung einer Abgabe durch Verjährung beginnt, wenngleich die Abgabe alljährlich postnumerando abgeführt ist, nicht mit dem Anfange des Jahres, für welches sie zuerst gegeben worden, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung, und wird mit dem Tage vollendet, an welchem die Entrichtung der Abgabe, nach Ablauf des dreißigsten Jahres, für dasselbe bewirkt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1849 (Präj. Nr. 2093.), weil der Besitz eines affirmativen Rechtes, nach §§. 80. und 109. A. L. R. I. 7., nicht eher erworben und angefangen werde, als durch die wirkliche Leistung der Handlung selbst.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 15, Entsch. Bd. 17. S. 136.)

3) Zur Ersitzung eines Grundstückes gegen den Gutsbesitzer, welcher dessen privatives Eigenthum auf Grund des Schlesischen Auenrechtes behauptet, bedarf es keines Titels.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1855. (Präj. Nr. 2636.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 31. S. 13.)

§. 628. 1) Bei Anwendung dieses die dreißigjährige Verjährung betreffenden Gesetzes bleibt die Bestimmung des §. 14. A. L. R. I. 7., wonach in der Regel der unrechtfertige Besitzer dem unredlichen gleichgeachtet werden soll, außer Betracht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1848. (Präj. Nr. 2073.) (Präj. Samml. S. 42., Entsch. Bd. 16. S. 524.)

Dagegen hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. Sept. 1851, unter Bezugnahme auf den §. 14. A. L. R. I. 7., angenommen, daß die Unrechtfertigkeit des Besitzers die dreißigjährige Ersitzung hindert. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 366 Nr. 75.)

Die Herausgeber des Striethorst'schen Archivs halten die ältere Entscheidung v. 20. Nov. 1848 für die richtige.

Nach §. 14. A. L. R. I. 7. wird zwar der unrechtfertige Besitzer dem
unredlichen, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, gleichgeachtet, der
§. 628. h. t. hat aber für die dreißigjährige Verjährung eine solche Ausnahme
nicht gemacht. Bei der zehnjährigen Verjährung muß der Besitzer seinen guten
Glauben (sein Meinen, daß er Eigenthümer sei) durch den Nachweis eines ge-
hörigen Titels (Pl. Beschl. v. 15. Febr. 1841)[1]) darthun; bei der dreißig-
jährigen dagegen wird der gute Glaube vermuthet, bis das Gegentheil, die
Wissenschaft des Besitzers, daß er Eigenthümer nicht sei, erwiesen ist. Dieser
böse Glaube, diese Unredlichkeit ist aber von dem Begriffe des unrechtfertigen
Besitzers ebenso verschieden, als Irrthum und Wissen; beide Begriffe schließen
sich gegenseitig aus. (Striethorst a. a. O. S. 366 Anm. *)

Koch hält ebenfalls die ältere Ansicht für die richtige; denn Irrthum sei gerade ein Erforderniß der Verjährung.

(Landr. Bd. 1. Anm. 67. zum §. 628. h. t.)

Dagegen meint Arndts, es habe in dem §. 628. durchaus nicht angedeutet werden sollen, daß bei der dreißigjährigen Akquisitiv-Verjährung etwas Anderes unter der Redlichkeit verstanden werde, als was überall darunter zu verstehen sei, und daß solcher daher auch nicht von den Bestimmungen der §§. 13. und 14. A. L. R. I. 7. abweiche, mithin auch der unrechtfertige und der wegen verschuldeten Irrthums in facto als unredlich zu behandelnde Besitzer zu dieser Verjährung nicht zuzulassen sei. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 217.)

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 22. Dec. 1853 (vergl. Zus. 2. ad h. l.) seine in dem Präj. Nr. 2073. angenommene Ansicht aufrecht erhalten.

2) Hat der Besitzer eines Grundstückes in einem Vertrage, in welchem er dasselbe einem Anderen erblich überlassen, sich, wider die Vorschrift des §. 7. des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1841, fortwährende Dienste ausbedungen, so wird dadurch der Besitz des Uebernehmers kein unredlicher und demselben die Fähigkeit zur dreißigjährigen Präskription nicht entzogen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Dec. 1853.

Der §. 579. steht, wenn auch ein solcher Vertrag nicht als ein zur Er-
langung des Eigenthums geschickter Titel zu erachten, der dreißigjährigen
Verjährung nicht entgegen, da derselbe nur von der gewöhnlichen Verjäh-
rung handelt. Nach §. 628. aber schadet bei der dreißigjährigen Ver-
jährung der Nachweis, daß die Besitznehmung ursprünglich auf Grund eines
zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titels geschehen sei, der Ver-
jährung nur in sofern, als dadurch zugleich die Unredlichkeit des Besitzes
dargethan ist. Die Beantwortung der Frage über die Redlichkeit des Besitzes
wird im Tit. 7. Thl. I. A. L. R. durch die Art und Weise bedingt, in
welcher sich das Verhältniß des Besitzers zum Eigenthümer gestaltete. Der
dreißigjährigen Ersitzung stehen sonach auch die §§. 613. ff. nicht entgegen. —
Daraus, daß der Titel nicht zur Erwerbung des Eigenthums geschickt ist, folgt
nicht die Unredlichkeit des Besitzes. Zur dreißigjährigen Präskription wird
nur guter Glaube und vollständiger Besitz erfordert; wenn nun der Besitzer
überdies einen nicht rechtsgültigen, aber die Redlichkeit des Besitzes nicht ver-
letzenden Titel hat, so wird er dadurch nicht in eine schlechtere Lage versetzt,
als wenn er jeden Titels ermangelt. Diese Auffassung nimmt auch das Präj.
Nr. 2073. an. Wenn auch der Besitz in Frage unter den Begriff der Un-
rechtfertigkeit (§. 14. A. L. R. I. 7.) subsumirt werden muß, so ist doch durch
jenes Präjudikat ausgesprochen, daß diese Qualifikation des Besitzes der dreißig-
jährigen Präskription nicht entgegensteht. Auch der §. 664. steht der Ver-
jährung des Eigenthums durch dreißigjährigen Besitz nicht entgegen. Der
Uebernehmer nimmt auf Grund jener Verjährung das Eigenthumsrecht an
dem Grundstück in Anspruch. Diese Erwerbung ist durch kein Gesetz verboten,
so wenig als der Besitz, durch welchen sich die erwerbende Verjährung inner-
halb des gesetzlichen Zeitraums vollzieht. Unstatthaft ist nur das Ausbedingen
fortwährender Dienste. — Der Umstand, daß der Verkäufer wider die Vor-
schrift des §. 7. des Landeskultur-Ed. in partem pretii solche Dienste ausbe-
dungen hat, affizirt allerdings die Rechtsgültigkeit des Vertrages, macht aber
den Erwerb des Eigenthumsrechtes an dem fraglichen Grundstück durch
Verjährung nicht zu einer verbotenen Handlung. Rechtsungültigkeit und
Verbot sind völlig verschiedene Begriffe. Auch der mündlich geschlossene Vertrag

---

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 579., 591. u. 628. h. t. Zus. I. sub 3.

über ein Grundstück ist kein zur Erlangung des Eigenthums und zur Begründung der gewöhnlichen Verjährung durch Besitz geschickter Titel (Entsch. Bd. 3. S. 108), und es kann ein solcher Vertrag auch bei vollständiger Erfüllung von jedem Kontrahenten resolvirt werden. Allein die Ungültigkeit ist nicht mit dem Verbot identisch, und daher der durch einen solchen Vertrag übertragene vollständige Besitz, wenn die übrigen gesetzlichen Erfordernisse der Verjährung hinzutreten, unbedenklich ein solcher, welcher zur Erwerbung der Sache durch dreißigjährige Ersitzung befähigt. (Entsch. Bd. 27. S. 210.)

§§. 629 — 640. Vier und vierzigjährige Verjährung.

Ueber die Verjährung gegen den Fiskus, insbesondere aber über die Verjährung öffentlicher Steuern und Abgaben nach Preuß. Rechte. 8. Halle 1842.

§. 629. 1) Einzelne fiskalische Stationen können gegeneinander keine Rechte in Bezug auf das Staatsvermögen durch Verjährung erwerben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 21. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2242.)

Suarez bemerkte bei der Rev. der Monita: »die Abweichung von dem Satze der L. 1. C. de comp. sei der analogiae juris gemäß, wonach der Fiskus und alle verschiedene stationes desselben doch nur eine personam moralem ausmachen. Ob dies aber mit der einmal etablirten Kassenverfassung bestehen könne, sei eine andere Frage.« Auf die hierauf an das General-Direktorium gerichtete Anfrage erwiderte dieses: »der Großkanzler sentire mit richtiger Einsicht in die Finanz- und Kassenverwaltung, daß jede Kasse eine für sich bestehende moralische Person ausmache, und eine so wenig die Rechte der anderen sich anmaßen könne, als die Verbindlichkeiten derselben übernehmen dürfe. Es werde mithin die Verfassung, wonach jene Kompensation nicht stattfinden dürfe, bei den gemeinen Kompensationsgesetzen als ein jus singulare fisci zu bemerken sein.« (Jahrb. Bd. 52 S. 72—75.) — Demnach wurde nun zwar in das A. L. R. I. 16. §§. 368., 369. der Satz aufgenommen, daß Forderungen an eine landesherrl. Kasse auf Zahlungen, die an eine andere zu leisten sind, niemals abgerechnet werden können, keinesweges aber das Prinzip, welches das General-Direktorium dem Großkanzler nur in den Mund gelegt hatte, daß jede Kasse eine für sich bestehende moralische Person ausmache. Vielmehr ist in dem Schreiben des Großkanzlers ausdrücklich bemerkt worden: »nach der Theorie würde eine Kompensation der Schulden der einen Landeskasse gegen die Forderung einer anderen allerdings stattfinden müssen, da der Fiskus und alle die verschiedenen stationes desselben doch nur immer eine moralische Person ausmachen; nach der Einrichtung aber, — vermöge welcher jede Kasse ihre besonderen Einnahmen und Ausgaben habe, müßte das Rechnungswesen bei Gestattung jener Kompensation in Verwirrung gerathen.« — Jedenfalls kann aus den auf das Kassenwesen und die Kassengeschäfte bezüglichen besonderen Bestimmungen nicht gefolgert werden, daß der von Suarez anerkannte Satz — der Fiskus mit allen seinen Stationen bilde nur eine Person — als Regel aufgehoben, und diesen Stationen in allen Beziehungen eine selbstständige Persönlichkeit gewährt sei. Es verwalten zwar die verschiedenen Behörden mit besonderen Wirkungskreisen das Staatsgut und vertreten dasselbe nach außen hin; in ihren Verhältnissen gegen einander sind sie aber einer Centralmacht untergeordnet, und bilden keine selbstständigen juristischen Personen, die gegen einander hinsichtlich des Staatsvermögens Rechte erwerben und verlieren könnten. Die Trennung der Stationen beruht auf einer Gliederung innerhalb eines von demselben Willen beherrschten Körpers, ohne selbstständige vor Gericht verfolgbare Stellung der einzelnen Glieder gegen einander, woraus folgt, daß die einzelnen Stationen nicht gegen einander verjähren und ersitzen können.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 20. S. 19, J. M. Bl. 1850 S. 435.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 14. §. 1.

2) Zur Erwerbung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung wird auch seit der Einführung des A. L. R. im Herzogthum Magdeburg gegen den Fiskus die 44jährige Verjährungsfrist erfordert.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2234.)[1]

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 20. S. 53, J. M. Bl. 1850 S. 383.)

3) Der in dem Preuß. Landr. von 1721 Bd. III. Tit. 4. Art. 2. §. 7. gebrauchte Ausdruck: »res publica« ist vom Staate zu verstehen, und es ist hierin eine Bestimmung über die Frist der Akquisitiv-Verjährung contra fiscum enthalten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. Mai 1840. (Präj. Nr. 858.)

(Präj. Samml. S. 276, Entsch. Bd. 5. S. 190, J. M. Bl. 1840 S. 295.)

Darnach ist in Westpreußen die Ersitzung gegen den Fiskus in 30 Jahren, Jahr und Tag vollendet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1838. (Präj. Nr. 411.) (Präj. Samml. S. 276[1]).

4) Das bei der Verjährung im §. 629. dem Fiskus verliehene Vorrecht kommt den Standesherren nicht zu statten, vielmehr wird die Verjährung durch Besitz gegen sie in der gewöhnlichen Frist von 30 Jahren vollendet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Nov. 1838. (Präj. Nr. 577.) (Präj. Samml. S. 336.)

5) Die 44jährige Ersitzung des Rechtes auf Erhebung einer jährlichen Rente von dem Fiskus findet nicht statt, wenn der bekannte Rechtsgrund der Erhebung den Verjährungsbesitz zu begründen nicht geeignet ist.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Jan. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 320 Nr. 68., Entsch. Bd. 29. S. 317 ff.)

6) Betreffend die Verjährung gegen Kirchen und geistliche Stifter nach Märkischem Provinzialrechte.

a) Nach Märkischem Provinzialrechte findet gegen Kirchen keine Verjährung statt[2]; es ist aber streitig: ob in dem Verbote auch Grundgerechtigkeiten begriffen sind?

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 27. April 1849 (Präj. Nr. 2121.) bejahet und angenommen, daß auch Servituten gegen Kirchengrundstücke nach Märkischen Provinzialgesetzen nicht durch Verjährung erworben werden können.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 18. S. 415[3]).

Dies hat auch die Gen. Komm. für die Kurmark (Datum des Erk. konstirt nicht) angenommen. (Centralbl. 1841 S. 1183.)

Derselben Ansicht ist Scholtz v. Hermensdorf (Mot. zum Prov. R. der Kurmark, 1. Ausg. Thl. I. S. 138 und Abhandl. in der J. W. 1836 S. 353 u. 369).

Dagegen nimmt Bornemann an, daß Grundgerechtigkeiten gegen Kirchen und andere pia corpora in der Mark durch Verjährung erworben werden können. (J. W. 1836 S. 121.)

b) Nach Märkischem Provinzialrechte sind die Güter der geistlichen Stifter, insbesondere der Domkapitel, nicht von der Verjäh-

---

[1] In Betreff der Verjährung gegen den Fiskus nach Sächsischem Rechte hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Zur Verjährung der Forstnutzungs-Servitute gegen den Fiskus ist nach Sächsischem Rechte ein Zeitraum von 40 Jahren erforderlich.

(Erk. v. 14. März 1848, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 2. S. 451 Nr. 13. u. Bd. 3. S. 208.)

b) Die Verjährung durch Besitz gegen den Fiskus nach Sächsischem Rechte wird binnen vierzig Jahren vollendet. Eine vierjährige Restitutionsfrist kommt dem Fiskus zwar zu statten, jedoch nur, wenn sie innerhalb und bis zum Ablaufe dieser Frist nachgesucht worden ist.

(Erk. v. 19. Jan. 1849, Entsch. Bd. 17. S. 418.)

[1] Diese Bestimmungen finden noch Anwendung im Lauenburg-Bütowschen Kreise, wo das Preuß. Landr. v. 1721 durch das dort nicht eingeführte Westpreuß. Prov. R. von 1844 nicht beseitigt ist. Im eigentlichen Westpreußen kommt seit Einführung des Westpreuß. Prov. R. die vierundvierzigjährige Verjährung zur Anwendung in allen Fällen, wo die dreißigjährige noch nicht abgelaufen war.

(Pat. v. 19. April 1844 §. 8., G. S. 1844 S. 103.)

[2] Vergl. Visitations- und Konsistorial-Ordnung vom Jahre 1573, das Cirk. v. 16. Febr. 1683, und das Cirk. v. 1. Sept. 1748. (C. C. M. Thl. I. Abtheil. I. No. 7. p. 335 ff. cont. IV. No. 24. p. 77 u. N. C. C. Tom. III. No. 19. p. 1227.)

[3] In den älteren Revisions-Sentenzen von 1759, v. 7. Nov. 1777 und den drei konformen Sentenzen von 1763, 1764 u. 1765 (Stengel's Beitr. Bd. 2. S. 411) sind folgende Grundsätze angenommen worden: »Nach Märkischen Rechten sind geistliche Güter und Einkommen, so wie unablösliche Schulden, keiner Verjährung unterworfen; die Kirche und der Pfarrer dürfen daher nur darüber, daß die in Anspruch genommene Sache ein geistliches oder Pfarrgrundstück ist, Beweis führen. Doch erstreckt sich diese Immunität von der Verjährung bloß auf eigentliche Grundstücke, nicht auf geistliche Gerechtigkeiten, noch auf ablösliche Einkünfte geistlicher Stiftungen und Aecker. Auch ist die Immemorial-Präskription nicht ausgeschlossen.«

rung ausgenommen, gegen dieselben findet daher die im A. L. R. verordnete 44jährige Verjährung statt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Mai 1836.
(Entsch. Bd. 2. S. 68.)

Derselben Ansicht ist das Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Jan. 1837 in Bezug auf Erwerb von Servituten gegen Domstifter.
(Centralbl. 1838 S. 393.)

c) Vergl. die Erg. zum §. 640. h. t.

7) Binnen welcher Frist wird die Verjährung gegen Stadtgemeinden vollendet?

a) Das Ob. Trib. hat sich hierüber in folgendem Präj. ausgesprochen:

α) Die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren kommt den Stadtgemeinden bloß aus dem Grunde, weil sie nach §. 108. A. L. R. II. 8. die Rechte privilegirter Korporationen haben, nicht zu statten; vielmehr müssen ihnen durch ihre Privilegien den Rechten des Fiskus oder der Kirchen gleichkommende Rechte beigelegt sein, wenn sie auf die Vergünstigung des §. 629. h. t. Anspruch machen wollen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1844. (Präj. Nr. 1412.) (Präj. Samml. S. 43.)

β) Nach gemeinem Rechte ist es kontrovers[1]), ob gegen Stadtgemeinden zur Erwerbung durch Besitz eine dreißig- oder vierzigjährige Verjährung erforderlich, und daher diese Frage nach den Grundsätzen des A. L. R. zu entscheiden.

Die 44jährige Verjährung kommt den Städten nur insofern zu statten, als ihnen durch besondere Privilegien die Rechte des Fiskus oder der Kirchen beigelegt worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1845.

Nach dem A. L. R. können die Stadtgemeinden als Korporationen auf die dem Fiskus und den Kirchen bewilligte vierundvierzigjährige Verjährungsfrist nur in sofern Anspruch machen, als sie mit derselben gleich privilegirt sind (§. 629.), weil mit Ausschluß des §. 624. ib. (welcher eine Verdoppelung der zehnjährigen Frist bei der gewöhnlichen Verjährung gegen die Korporation eintreten läßt) in Beziehung auf die Verjährung gegen die Stadtgemeinden keine Bestimmung im A. L. R. enthalten ist, welche ausnahmsweise nur die ungewöhnliche Verjährung gegen dieselben gestattet. Aus dem Umstande, daß ihnen nach §. 108. A. L. R. II. 8. die Rechte privilegirter Korporationen zustehen, folgt in jener Beziehung zu ihren Gunsten nichts; vielmehr sind ihnen dadurch nur die Rechte privilegirter Gesellschaften beigelegt (§. 23. A. L. R. II. 6.).
(Entsch. Bd. 13. S. 101, Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 602.)

γ) Denselben Grundsatz spricht der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Nov. 1849 aus, welches sich auf dieselben Gründe, wie das Präj. v. 23. Sept. 1845 stützt, außerdem aber noch bemerkt:

Aus dem Inhalte der Materialien erhellt, daß gegen Stadtgemeinden die gewöhnliche Verjährung hat eintreten sollen. In den Klein'schen Vorarbeiten heißt es in letzterer Beziehung:

§. 269. Kirchen, fromme Anstalten und Korporationen werden den Minderjährigen gleichgerechnet.

§. 270. Es findet jedoch auch gegen sie die vierzigjährige Verjährung statt.

§. 271. Die städtischen Gemeinden haben auch in dieser Rücksicht die Vorrechte der Kirchen zu genießen.

Dabei ist zu §. 271. bemerkt:

Der Satz, so überflüssig er zu sein scheint, ist darum eingerückt worden, weil er verschiedentlich bezweifelt worden.
(Simon's und v Strampff's Zeitschr. Bd. 2. S. 411.)

Im Kircheisen'schen Entwurf ist gesagt:

§. 861. Rechte, Sachen, sowohl beweg- als unbewegliche, und Befugnisse, welche Kirchen, Klöstern ꝛc. gehören, können diesen Korporationen nur durch dreißigjährige Verjährung entzogen werden.

§. 864. Die Sachen, Rechte und Befugnisse aller anderen Pflegebefohlenen gehen durch einen dreißigjährigen Besitz verloren.

§. 865. Die Landschaft, Städte, Kämmereien, Gemeinden und alle übrigen moralischen Personen oder Gesellschaften haben mit diesen Pflegebefohlenen gleiche Rechte.

v. Kircheisen hat dabei erwähnt:

»ich sehe nicht ein, warum diese im Gefolge des gemeinen Rechtes besser gesetzt se n sollen, als andere Pflegebefohlenen.«
(Simon und v. Strampff a. a. O. S. 336 u. 437.)

In den folgenden Entwürfen geschieht aber so wenig, als im A. L. R., der Städte, Kämmereien und der ihnen gleichgestellten Korporationen ferner Erwähnung. Hierzu wäre aber um so mehr Veranlassung gewesen, als in Beziehung auf die Kirchen und Minderjährigen von den in den Klein'schen und v. Kircheisen'schen Vorarbeiten aufgestellten Grundsätzen gänzlich abgewichen ist. Daraus folgt, daß den Stadtgemeinden in Beziehung auf die Verjährung besondere Vergünstigung so wenig, als den übrigen Korporationen, hat zu Theil werden und sie dem Fiskus und den Kirchen im Allgemeinen nicht hätten gleichgestellt werden sollen; sondern daß sie nur, in sofern sie nach besonderem Inhalt ihrer Privilegien, wie §. 629. bestimmt, etwa gleichberechtigt worden sind, die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren in Anspruch nehmen können. (Entsch. Bd. 18. S. 182.)

b) Die Ansicht des Ob. Trib., daß gegen Stadtgemeinden die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren Anwendung finde, nehmen auch Bornemann (System Bd. 2. S. 208—209, 2. Ausg. Bd. 2. S. 116), Koch (Lehrb. des Privatr. Bd. 1. §. 61. u. §. 162), Temme (Lehrb. Bd. 1. S. 547), Thöne (Fund. Lehren Bd. 11. Abthl. 2. S. 547) und Bielitz (Kom. Bd. 2. S. 347, Nachtr. Hft. 2. S. 61) an.

Dagegen entscheiden sich für die 44jährige Verjährung:

α) Grävell, welcher sich auf §. 632. h. t. stützt, indem er annimmt, daß gerade die Bestimmung dieses §. auch auf die Stadtgemeinden zu beziehen sei, weil darin von anderen dergleichen Personen, nicht wie im §. 629. h. t. von gleichberechtigten Personen gesprochen werde. (Verjährung, S. 182 Anm. *)

β) Die Gesetzrevisoren, welche zwar die Grävell'sche Ansicht auf Grund der Entstehungsgeschichte des §. 632. für unrichtig halten, jedoch zu demselben Resultat kommen, indem sie bemerken:

Den Stadtgemeinden sind im §. 157. A. L. R. II. 8. die Rechte der Minderjährigen beigelegt, ebenso wie den Kirchen im §. 228. A. L. R. II. 11., nirgends aber sind jene dem Fiskus und den Kirchen gleichgestellt. Gegen Minderjährige kann keine Verjährung durch Nichtgebrauch zu laufen anfangen, statt dessen aber findet gegen Kirchen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, die vierundvierzigjährige Verjährung statt. Nach einer wörtlichen Auslegung kann die letztere auf Stadtgemeinden nicht angewandt werden, weil diese weder ausdrücklich genannt, noch irgendwo dem Fiskus und den Kirchen gleichgestellt sind. Daraus würde folgen, daß gegen Stadtgemeinden gar keine Verjährung durch Nichtgebrauch zu laufen anfangen könne, man wird daher die vierundvierzigjährige Verjährung als das bedeutendere Privilegium auch auf die minder bevorzugten Stadtgemeinden anwenden müssen.
(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 162.)

γ) Simon und v. Strampff:

Die allgemeinen Vorschriften scheinen auf die Verjährung gegen Städte nicht völlig ausreichend. Die Städte haben nach §. 108. Tit. 8. Thl. II. A. L. R. die Rechte privilegirter Korporationen, und genießen nach §. 157. l. c. in Ansehung ihres Kämmereivermögens die Rechte der Minderjährigen. Nach §. 624. wird daher bei der Verjährung durch Besitz zum Besten der Städte die zehnjährige Frist immer verdoppelt werden müssen. Ob die Verjährung durch Nichtgebrauch überhaupt gegen Städte Platz greifen könne, ist nicht unbedenklich. Man könnte sie ausschließen wollen, weil eine solche Verjährung gegen Minderjährige nicht zu laufen anfängt (§. 535.), und die Städte, in Ansehung ihres Vermögens, die Rechte der Minderjährigen haben. Der §. 632. leidet auf Städte nicht Anwendung, indem eine Bemerkung von Suarez zum gedr. Entw. §§. 497—512. ergiebt, daß im §. 632. nur die Vorschrift des §. 629. auf die Verjährung durch Nichtgebrauch hat ausgedehnt werden sollen, der §. 629. aber bloß vom Fiskus, von Kirchen und solchen Korporationen spricht, welchen, vermöge ihrer Privilegien, gleiche Rechte beigelegt sind. — Es läßt sich indessen nicht annehmen, daß der Gesetzgeber die Städte noch mehr als die Kirchen und den Fiskus habe begünstigen wollen, und daher scheint gegen dieselben, wofern nicht die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung durch Nichtgebrauch, doch die vierundvierzigjährige Platz greifen zu müssen.
(Simon's Materialien S. 681.)

δ) Der Verfasser des Auff. in der Themis 1837 S. 755, weil die Stadtgemeinden jura minorum genießen, und weil, wenn auch bei Anführung der Rechte der Stadtgemeinden nicht, wie dies bei den Pfarrgütern, Schul- und Armenanstalten geschehen, auf die Privilegien der Kirchen zurückgewiesen sei, dies dennoch implicite im Register zum Landrecht s. v. »Minderjährige« geschehen. Wollte man den §. 629. h. t. vom Fiskus, Kirchen und gleichberechtigten Korporationen verstehen, so würden die Worte: »Vermöge

---

[1]) Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 10. März 1837 (Präj. Nr. 186.) nimmt an, daß die Klagen der Städte nach gemeinem Rechte in 30 Jahren verjähren. (Präj. Samml. S. 38.)

ihrer Privilegien« müßig sein, und der §. 632. h. t. nicht damit harmoniren. Mithin hätten die Stadtgemeinden namentlich ausgenommen sein müssen, wenn man sie ausschließen wollte.

8) Gegen Dorfgemeinden wird die Verjährung durch Nichtgebrauch binnen dreißig Jahren vollendet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Juli 1848.

Dorfgemeinden haben zwar nach §. 19. A. L. R. II. 7. die Rechte öffentlicher Korporationen; zwischen diesen und den privilegirten Korporationen ist aber zu unterscheiden, und insbesondere nach §. 26. A. L. R. II. 6. bei Gemeinden auf die bei ihrer Errichtung geschlossenen Verträge, Stiftungsbriefe und die vom Staate erhaltenen Privilegien und Konzessionen Rücksicht zu nehmen. Dorfgemeinden können daher aus §. 629. h. t. nur dann die vierundvierzigjährige Frist für sich in Anspruch nehmen, wenn ihnen mittelst Privilegiums fiskalische Rechte beigelegt worden sind. Die Bestimmung des Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839 ist hier ohne Einfluß, indem jene Doppelfrist nur an die Stelle der Restitution des §. 174. A. L. R. I. 14. getreten ist.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 216 Nr. 105.)

Derselben Ansicht ist das O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 23. Aug. 1843; denn da in den §§. 629. u. 632. von Dorfgemeinden nicht die Rede sei, so könne man auf diese die Vorschriften der cit. §§. nicht ausdehnen, sondern es müsse hinsichtlich derselben bei der Bestimmnng des §. 546. sein Bewenden behalten.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 423.)

9) Auch in den Fällen, in welchen die sogen. unvordenkliche Verjährung unter der Herrschaft des gemeinen und Sächsischen Rechtes erforderlich und zwar eingetreten, aber noch nicht vollendet war, findet die Vorschrift des §. 629. Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1842. (Präj. Nr. 1140.) (Präj. Samml. S. 330.)

Bei dem Beweise einer solchen Immemorial-Verjährung in den vormals Sächsischen Provinzen ist der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 24. Okt. 1845 (Präj. Nr. 1620.).

(Präj. Samml. S. 330, Entsch. Bd. 12. S. 122.)

§§. 629—638. Die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren, welche gegen den Fiskus, die Kirchen und gleichberechtigte Korporationen stattfindet, ist in den Fällen nicht erforderlich, für welche kürzere als die gewöhnlichen Verjährungsfristen vorgeschrieben sind.

Dieser Grundsatz kommt auch bei der dreijährigen Verjährung einer in einem Fluß entstandenen Insel dem entfernter liegenden Ufer-Nachbar gegen den Fiskus zu statten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1840. (Präj. Nr. 930.)

Der §. 629. bezeichnet die Verjährung von 44 Jahren als eine ungewöhnliche, welche der gewöhnlichen entgegengestellt wird, die in den vorhergehenden §§. abgehandelt ist. In allen Fällen der gewöhnlichen Verjährung findet also gegen den Fiskus nur die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren statt. Die kürzeren Fristen laufen auch gegen den Fiskus und die übrigen privilegirten Personen. Dies ergiebt der §. 177. A. L. R. II. 14., welcher praktisch nicht anwendbar sein würde, wenn nie eine kürzere als die vierundvierzigjährige Verjährungsfrist wider den Fiskus und die privilegirten Personen laufen sollte, und dessen Schlußsatz ausdrücklich die kürzeren Verjährungsfristen gegen dieselben gestattet und ihm nur gegen deren Ablauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand innerhalb 4 Jahren gewährt, welche bei der vierundvierzigjährigen Verjährung der §. 173. A. L. R. II. 14. ausschließt. Insbesondere aber ist die durch §. 257. h. t. zugelassene dreijährige Verjährung der Flußinseln nicht zu Gunsten des Fiskus diesem gegenüber durch §. 9. A. L. R. II. 16. ausgeschlossen; denn nach §§. 22. u. 24. A. L. R. II. 14. gehört das ausschließliche Recht des Staates, gewisse Arten herrenloser Sachen in Besitz zu nehmen, zu den niederen Regalien, und der Staat darf sich in Ansehung der in öffentlichen Flüssen entstandenen Inseln dieses Regals, in sofern es ihm nicht die Provinzialgesetze vorbehalten, nach §. 244. h. t. zu Gunsten der Uferbesitzer begeben, weshalb der Fiskus auch nicht den Ufernachbar, der zuerst das Besitzergreifungsrecht ausgeübt hat, wegen des mangelnden vierundvierzigjährigen ruhigen Besitzstandes aus dem Besitze der Insel vertreiben darf. (Präj. Samml. S. 43, Entsch. Bd. 6. S. 245.)

Die Gesetzrevisoren gehen von derselben Ansicht aus.

Mit dem §. 629. steht der §. 177. A. L. R. I. 14. in Verbindung, wonach dem Fiskus und anderen gleichberechtigten Korporationen gegen die kürzeren als gewöhnlichen Verjährungsfristen eine vierjährige Restitution gestattet ist. — Diese vierjährige Restitutionsfrist erzeugt, selbst bei der Beschränkung auf eigentliche Verjährungsfälle, ein Mißverhältniß, welches ganz unverkennbar hervortritt, wenn man die verschiedenen im Gesetze zerstreut vorkommenden kürzeren Verjährungsfristen ins Auge faßt. So würde z. B. die Klage wegen der Gewährsmängel, welche nach Unterschied innerhalb 3 Jahren, 6 oder 3 Monaten angestellt werden muß (A. L. R. I. 5. §§. 343., 345.), dem Fiskus jedesmal 4 Jahre länger gestattet werden.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. S. 161.)

Derselben Meinung sind: Bornemann (System Bd. 2. S. 210, 2. Ausg. Bd. 2. S. 116), Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 436) und Thöne (Fund. Lehr. Bd. 1. Abthl. 2. S. 542).

Temme ist entgegengesetzter Ansicht. Der §. 629. h. t. und sein Marginale sprächen ganz allgemein und der §. 177. A. L. R. I. 14. könne sich nur auf die nicht unter den Begriff der eigentlichen Verjährung fallenden Präklusionen u. s. w. beziehen.

(Lehrb. Bd. 1. S. 486 Anm. 4.)

§§. 636—638. Wer eine Sache von dem Fiskus erworben hat, welche sich in dem Besitze eines Dritten befindet, kann sich, insofern bei der Erwerbung die zur gewöhnlichen Verjährung hinreichende Zeit noch nicht verstrichen war, gegen den dritten Besitzer nicht auf das dem Fiskus zustehende Privilegium, nach welchem nur die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren stattfindet, berufen; die Verjährung wird vielmehr in der zur gewöhnlichen Verjährung hinreichenden Zeit vollendet, wenn auch dieselbe schon vor der Seitens des Fiskus erfolgten Veräußerung begonnen war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1852.

Der §. 636. stellt die Regel auf: daß der, auf welchen von dem Fiskus oder einer andern demselben gleichgestellten Korporation ein Recht gediehen ist, bei der Verjährung nur seiner eigenen Befugnisse sich bedienen kann. Er kann also auf das Privilegium des Fiskus, nach welchem gegen diesen nur die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren stattfindet, sich nicht beziehen; ihm gegenüber wird vielmehr die Verjährung von dem dritten Besitzer in der zur gewöhnlichen Verjährung hinreichenden Zeit vollendet. Von diesem Grundsatze ist zwar in den §§. 637. u. 638. eine Ausnahme gemacht. Die hierdurch gemachte Ausnahme ist jedoch nicht sowohl zum Vortheil desjenigen angeordnet, auf welchen von dem Fiskus oder einer andern privilegirten Anstalt ein Recht gediehen ist, als vielmehr zum Vortheil des Fiskus oder der ihm gleichstehenden Anstalt. Denn nach den Worten des Gesetzes sollen der Fiskus oder die gleich ihm privilegirten Anstalten von ihrem eigenen Rechte gegen den Verjährenden zum Besten des Nachfolgers nur Gebrauch machen können, wenn sie den Nachfolger im Besitze zu vertreten schuldig sind. Es soll mithin das dem Fiskus und den ihm gleichstehenden Anstalten gesetzlich ertheilte Privilegium nur zur Geltung kommen, wenn und in sofern durch dieses Privilegium von dem Fiskus oder der ihm gleichgestellten Ansicht ein dieselben sonst treffender Nachtheil abgewendet werden kann. Daß der §. 637. nur in diesem Sinne aufzufassen ist, ergiebt sich aber auch aus dem im §. 638. zu dessen Erläuterung aufgestellten Beispiele. Mit Anwendung der im §. 638. aufgestellten Regel würde zwar derjenige, welcher die Sache von dem Fiskus gekauft hat, die zur Zeit seines Erwerbs bereits abgelaufene kürzere Verjährungsfrist wider sich gelten lassen müssen; andrerseits wurde aber unter solcher Voraussetzung der veräußernde Fiskus sich nicht entziehen können, dem Käufer wegen der ihm nicht zu gewährenden Sache gerecht zu werden. In einem solchen Falle soll daher, um diese Folge von dem Fiskus abzuwenden, der Käufer, wie der §. 638. verordnet, sich des Rechts seines Verkäufers bedienen und vermöge desselben die Sache zurückfordern können, in sofern die vierundvierzigjährige Präskription noch nicht vollendet war.

(Entsch. Bd. 23. S. 83, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 222 Nr. 41.)

§. 640. 1) Die Unverjährbarkeit der Kirchen- und Pfarrgrundstücke in der Mark, und die Unzulässigkeit der Verjährung von Servituten gegen eben dieselben schließt nicht aus, Grundgerechtigkeiten, insbesondere Hütungsrechte auf Privatgrundstücke durch Verjährung zu erwerben, die einem gleichartigen Rechte Seitens der Kirche oder Pfarre, sei es allein oder mit anderen Berechtigten, resp. dem Eigenthümer selbst, unterliegen. Es wird jedoch zur Vollendung der Verjährung ein 44jähriger Zeitraum erfordert.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. u. 13. Juni 1854. (Präj. Nr. 2350.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 28. S. 117, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 8. S. 410.)

Denselben Grundsatz nimmt die Gen. Komm. für die Kurmark in dem Erk. v. 7. Juni 1842 an. (Centralbl. 1843 S. 723.)

Vergl. die Erg. zum §. 629. h. t. Zus. 6.

2) Zur erwerbenden Verjährung von Eigenthums- oder anderen Realrechten an Grundstücken, welche sich im Miteigenthume des Fiskus befinden, ist, ohne Rücksicht darauf, ob die übrigen Miteigenthümer in Beziehung auf die Verjährung mit dem Fiskus gleiche Rechte haben oder nicht, nach dem Röm. Recht ein 40jähriger und nach den Vorschriften des A. L. R. ein 44jähriger Besitz der Sache oder des Rechtes erforderlich.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1838, auf Grund des §. 640. und des §. 629. h. t. (Entsch. Bd. 3. S. 180.)

§§. 641—647. Verjährung durch Besitz vom Jahre 1740.

1) Ueber die Entstehung des Normaljahres (annus decretorius) vergl. die (abweichenden) Darstellungen von Weichsel (die erwerbende Verjährung S. 120 ff.), Thöne (Fund. Lehren Bd. 1. Abthl. 2. S. 544 ff.) und Koch (Recht der Domainen S. 210 ff. und Landr. Bd. 1. Anm. 82. zum §. 641. h. t.)

2) In den Landestheilen, wo das Westpreuß. Prov. R. v. J. 1844 gilt, ist das Jahr 1797 das Normaljahr.

(§. 5. des Westpreuß. Prov. R. v. 1844, G. S. S. 105.)

3) In der Rheinprovinz gilt das Jahr 1815 als Normaljahr.

(G. v. 18. Dec. 1831, G. S. 1832 S. 3.)

§. 641. 1) Zur Verjährung durch Besitz in den Normaljahren genügt es, daß der Besitz ein vollständiger und ruhiger war; auf den Nachweis eines Titels kommt es nicht an [1]).

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1970.)

Weder im A. L. R., noch in den einzelnen Verordnungen über das Normaljahr wird der Nachweis des Erwerbstitels erfordert. In den letzterwähnten Gesetzen wird ziemlich gleichlautend bestimmt: daß der Besitz ein vollständiger und ein ruhiger, d. h. bis dahin noch nicht durch Anstellung einer Klage angefochten gewesen sei, so daß es überall nur auf die äußere Eigenschaft und Beschaffenheit des Besitzes, nicht aber auf dessen rechtliche Begründung (den Titel) ankommt. Namentlich kann die Bezeichnung: »vollständig« nicht darauf bezogen werden, da nach §. 7. A. L. R. I. 7. ein vollständiger Besitzer derjenige ist, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt, und da §§. 8. und 10. ff. a. a. O. die Rechtmäßigkeit oder die Gültigkeit des Titels ausdrücklich davon unterschieden wird. Selbst darauf wird vom Gesetzgeber kein Gewicht gelegt, ob Fiskus von dem Besitze des Anderen im Normaljahre Kenntniß gehabt habe. Der Besitzstand, der sonst nur ein durch die possessorischen Rechtsmittel geschütztes Interimistikum begründet, welches durch den Nachweis eines besseren Rechts in petitorio angefochten werden kann, soll im Normaljahre einen fortdauernden Schutz gewähren, also den Rechtstitel vertreten, woraus von selbst folgt, daß es auf einen anderen Titel, als eben diesen durch den Besitz gewährten nicht ankommen kann. — Hierfür sprechen auch noch die Vorschriften in den §§. 35., 36. u. 38. A. L. R. II. 14. in Betreff der Regalien und Domainen, und die §§. 18. u. 19. a. a. O. in Betreff des Adels. Hier wird der ruhige wirkliche Besitz dem Ausweise des Adels entgegengesetzt, und nicht im mindesten dabei des Nachweises des Rechtstitels, auf welchem der Besitz vom Jahre 1740 beruht, gedacht, woraus ebenfalls folgt, daß dieser Besitz selbst den Erwerbstitel abgeben, nicht aber noch einen Titel, gleichsam den Titel des Titels erheischen solle.

(Präj. Samml. S. 43, Entsch. Bd. 16. S. 132, Rechtsf. Bd. 3. S. 418 Nr. 204.)

2) Der Besitz in den Normaljahren 1740 und 1797 muß ein vollständiger und ruhiger sein, erfordert also nur den Nachweis dieser Eigenschaft, nicht aber auch den des guten Glaubens.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1848. (Präj. Nr. 2001.)

Aus der Zusammenhaltung der Vorschriften der V. v. 18. Dec. 1798 wegen des Normaljahres in Westpreußen mit dem §. 641. h. t. und den §§. 36. bis 38. A. L. R. II. 14. ergiebt sich mit Zuverlässigkeit, daß zu dem Besitze im Normaljahre wenigstens justus titulus nicht für erforderlich erachtet worden ist, woraus zu folgern, daß es auch auf die bona fides nicht ankommt, wie dies auch die Materialien bestätigten. — Es war zum §. 502. des Entw.:

»Der Besitz vom Jahre 1740 schützt den Besitzer in allen Fällen gegen die Ansprüche des Fiskus«,

monirt sub c.:

»ob bei dem Besitze vom Jahre 1740 noch eine Untersuchung der Redlichkeit desselben stattfinde oder nicht?«

und wurde hierauf bemerkt:

ad §. 502. wird richtig bemerkt, daß, wenngleich bei dieser praescriptio anomala weder titulus noch bona fides erforderlich wären, dennoch ein vollständiger und ruhiger Besitz vorhanden sein müsse.

Diesem Concluso entsprechend erfolgte die Fassung, welche jetzt der §. 641. hat. (Simon's u. v. Strampff's Material. S. 552, 555.) Es wird dadurch bestätigt, daß man dabei auch das Requisit der bona fides hat ausgeschlossen wissen wollen; und dieses Resultat ist auch für den Bereich der V. v. 12. Dec. 1798 völlig maßgebend, da diese V. die landrechtlichen Vorschriften wörtlich auf Westpreußen ausdehnte. Der §. 5. des Provinzialrechts für diesen Landestheil wiederholt die Bestimmung des §. 641. in denselben Ausdrücken, und macht ein anderes Prinzip der Beurtheilung nicht erkennbar. Das nur für die Rheinprovinz gegebene Ges. v. 18. Dec. 1831 (G. S. 1832 S. 3) weist aber in den Worten des §. 1. »ruhig besessen hat« ohne weiteren Zusatz mit noch größerer Bestimmtheit darauf hin, daß der Nachweis der bona fides nicht erforderlich sein soll.

(Präj. Samml. S. 44, Entsch. Bd. 17. S. 139.)

3) Die Bestimmung geht nur auf Privatrechte; in Angelegenheiten, welche zur Landeshoheit gehören (z. B. Landespolizeisachen), kann sich Niemand darauf berufen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. April 1788.

(Stengel Bd. 11. S. 289.)

4) Gewährt der Besitz im Normaljahre (1740) Schutz gegen die Anfechtungen des Fiskus nur insofern, als es sich um das Eigenthum eines ganzen Domainengutes, oder auch dann, wenn es sich um Servituten gegen Domainengrundstücke handelt?

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat in den Erk. v. 20. Juni 1854 und v. 30. Jan. 1855 Ersteres angenommen, indem er Letzteres verneint und sich zur Begründung seiner Ansicht auf den §. 42. A. L. R. II. 14. beruft. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 1 Nr. 1.)

Gegen diese Ansicht vergl. indeß den Aufsatz von Boots in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 385 ff.

5) Der Besitz eines Rechtes, welches nur zu gewissen Zeiten ausgeübt werden kann, wird auch im Entscheidungsjahre als vorhanden angenommen, wenn bei der letzten Gelegenheit vorher dieses Recht ausgeübt worden ist; denn die Fortsetzung des Besitzes wird vermuthet, oder vielmehr sie versteht sich bei solchen Rechten von selbst, bis die nächste Gelegenheit zur Benutzung vernachlässigt wird (§§. 651—654. h. t.).

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Okt. 1823 u. 6. Juni 1834. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 111 ff.)

§§. 648—655. Vierzigjährige Verjährung.

§. 648. 1) Ueber die Abweichung des §. 648. vom Röm. Rechte vergl.:

a) Suarez Bemerk. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 15.)
b) Simon's Mat. S. 683 zu §. 648. sub I. und III.

2) Die im §. 648. gegebene Vorschrift ist nicht auf solche Sachen auszudehnen, die Jemand durch Betrug an sich gebracht hat.

Klein machte den Vorschlag, daß vitium rei auf jede unredliche Veräußerung zu erstrecken. Dieser Vorschlag wurde in den Erinnerungen zu §. 463. des gedr. Entw. wiederholt. Suarez erklärte sich aber dagegen, weil Betrug eigentlich nur ein actus mentis sei, der meist aus den Umständen gefolgert werden müsse, und dessen Verbergung und Versteckung mehrentheils sehr leicht sei. Hier könnte ein redlicher Erwerber gar zu leicht hintergangen werden.

(Simon's Material. S. 683.)

§§. 649—654.

Göschel, über den Anfang der vierzigjährigen erwerbenden Verjährung solcher Rechte, die nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden. (Simon's Z. Bd. 2. S. 40 ff.)

Dr. Sommer, über dieselbe Frage. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 742 ff.)

§. 649. 1) Ist ein Recht von solcher Beschaffenheit, daß es nicht völlig von der Willkühr des Berechtigten abhängt, dasselbe all-

[1]) Die ältere Praxis war entgegengesetzt und erforderte, daß der Besitz ein titulirter und redlicher sei. Vergl. das Judikat der Breslauischen Kriegs- und Dom. Kammer v. 31. Jan. 1806 (Mathis Bd. 6. S. 10) und das Ostpreuß. Judikat von 1790 (Stengel Bd. 7. S. 230). Auch Koch (Recht der Domainen S. 216) und Grävell (Besitz u. Verjähr. S. 189) halten einen titulirten Besitz und bona fides für erforderlich. Die Gründe dieser älteren Ansicht werden in den Motiven des Präj. v. 11. Jan. 1848 Nr. 1970. einer speziellen Prüfung unterworfen und zu widerlegen gesucht. Koch ist (in der Anm. 80. zum Landr. §. 641. h. t.) der neueren Meinung beigetreten, welche auch Simon und v. Strampff (Material. S. 682) für die richtige halten.

jährlich oder gewöhnlich auszuüben, sondern daß die Ausübung nur bei gewissen — durch andere, außerhalb der Willkühr des Berechtigten liegende, Umstände herbeigeführten — Gelegenheiten erfolgen kann, so bleibt die Ersitzung von vierzig Jahren zum Erwerbe dieses Rechtes auch dann erforderlich, wenngleich nachgewiesen werden kann, daß ein solches Recht während dreißig Jahren alljährlich ausgeübt worden sei.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. April 1852. (Präj. Nr. 2369.)

Aus den Materialien erhellt, daß man bei Redaktion der §§. 649. und 651. eine Prüfung der Ansichten über die Verjährung der jura discontinua nach gemeinem Rechte vorausgesandt hatte. Aber es würde sich nicht rechtfertigen, wenn man die im §. 649. genannten Rechte schlechthin für gleichbedeutend mit den juribus discontinuis des gemeinen Rechtes achten wollte. Man hat zwei Klassen derselben zu unterscheiden, nämlich:

1) solche, deren Ausübung ganz von der Willkühr des Berechtigten, nicht aber von gewissen, außerhalb derselben befindlichen Umständen abhängt, wohin z. B. die Wegegerechtigkeit gehört, und
2) dergleichen Rechte, welche so beschaffen sind, daß ihre Ausübung nicht völlig von der Willkühr des Berechtigten abhängt, sondern nur bei gewissen, durch andere Umstände herbeigeführten Gelegenheiten geschehen kann.

Als Beispiel gilt hier und wird von Rechtslehrern angeführt das Recht, Frohndienste zur Reparatur von Gebäuden zu verlangen. — Nur jura discontinua dieser zweiten Klasse betrifft der §. 649., Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich benutzt werden können, also, deren Ausübung nicht in der bloßen Willkühr des Berechtigten steht, sondern, unabhäng von derselben, nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten ausführbar ist. Solche Rechte sollen nur in 40 Jahren ersessen werden können, vorausgesetzt, daß die Ausübung dreimal möglich gewesen und erfolgt ist. Es ist denkbar, daß durch Ereignisse, welche außerhalb der Willkühr des Berechtigten liegen, 30 Jahre hindurch jedes Jahr die Ausübung eines solchen Rechtes möglich gewesen und bewirkt sein könne. Dennoch würde eine Verjährung von 30 Jahren nicht genügen können, weil das Wesen und die Beschaffenheit des Rechtes nicht dadurch geändert werden kann, daß durch zufällige Ereignisse dessen Ausübung öfter, als sonst möglich gewesen, vielmehr durch den 30jährigen Vorgang noch keineswegs festgestellt worden ist, daß auch in alle Zukunft das Recht alljährlich ausgeübt werden könne.

(Präj. Samml. S. 16, Entsch. Bd. 23. S. 91.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. und aus den Gründen desselben hat das Ob. Trib. folgende Rechtssätze angenommen:

a) Das Recht, die Unterhaltung eines Weges zu fordern, kann nicht durch die dreißigjährige, sondern nur durch die vierzigjährige Ersitzung erworben werden.

(Erk. des III. Sen. v. 12. Nov. 1852, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 30 Nr. 7.)

b) Rechte, deren alljährliche oder gewöhnliche Ausübung nicht von der bloßen Willkühr des Berechtigten abhängt, deren Ausübung vielmehr unabhängig von derselben nur bei gewissen durch andere Umstände herbeigeführten Gelegenheiten möglich ist, z. B. Rechte auf Wegebesserung, können auch dann nur durch vierzigjährige Ersitzung erworben werden, wenn erweislich jene Ausübung während dreißig Jahren alljährlich erfolgt ist.

(Erk. des III. Sen. v. 18. Jan. 1854, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 246 Nr. 53.)

c) Das Recht des einen Grundbesitzers, zu den Reparaturen und Bauten seiner Häuser Lehm auf dem Boden des andern zu graben, ist für eine solche servitus discontinua zu erachten, zu deren Ersitzung drei Fälle und vierzig Jahre gehören.

(Erk. des III. Sen. v. 22. Juni 1854, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 223 Nr. 52.)

d) Zur Ersitzung des Rechts, Steine, Sand und andere Materialien zur Besserung von Wegen und zu Bauten aus einem fremden Grundstücke zu entnehmen, ist ein Besitz von vierzig Jahren erforderlich.

(Erk. des II. Sen. v. 28. Sept. 1854, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 52 Nr. 11.)

2) Das Recht, vom Steinbrechen eine Abgabe nach dem Quantum der gebrochenen Steine zu verlangen, gehört zu denjenigen, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten, wenn nämlich Steine gebrochen werden, benutzt, und welche nach §. 649. erworben werden können.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Mai 1834.

(Simon's R. Bd. 4. S. 201.)

3) Das Recht auf Zaunholz ist nicht zu denjenigen Rechten zu zählen, welche nur durch vierzigjährigen Besitz erworben werden können, weil der Gebrauch solcher Holzart zu dem gewöhnlichen und alljährlichen gehört, so daß in Ansehung desselben kein anderes Verhältniß eintritt, als mit dem Schirr- und Brennholze.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Februar 1833.

(Centralbl. 1837 S. 428.)

4) Wenn eine zum Bau einer Brücke verpflichtete Gemeine ihre Behauptung, daß dazu von der Gutsherrschaft das Material zu gewähren sei, auf Verjährung stützen will, so liegt ihr nach §§. 649. und 650., in Verbindung mit §. 80. des A. L. R. I. 7, der Nachweis ob, daß sie sich mindestens vierzig Jahre vor angestellter Klage in den Besitz des von ihr behaupteten affirmativen Rechtes gegen das Gut gesetzt und daß seit dieser Zeit wenigstens drei Fälle vorgekommen, wo der Gutsbesitzer bei Brückenbauten die Materialien auf seine Kosten geliefert habe.

Erkannt von dem O. L. G. zu Halberstadt unterm 14. Jan. 1820. (Simon's R. Bd. 1. S. 371.)

5) Von den nachzuweisenden Fällen müssen der erste und der letzte wenigstens vierzig Jahre auseinander liegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1837. (Präj. Nr. 289.) (Präj. Samml. S. 44.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 4. Dec. 1840 an.

Der Besitz eines Rechts giebt sich nur durch die Ausübung kund, und ein nur innerhalb kürzerer, als 40jähriger Frist dreimal ausgeübtes Recht kann nicht ein solches genannt werden, welches 40 Jahre lang besessen oder ausgeübt worden ist. Jeder Akt der Ausübung bildet für sich allein eine Besitzhandlung; nur wenn seit der letzten derartigen Aeußerung des Besitzes eine neue Ausübung nicht stattgefunden hat, kann auch von einer Fortsetzung des Besitzes nicht die Rede sein, und die Zeit nach dem letzten Besitzakte darf daher auch nicht der Verjährung zugerechnet werden, so lange nicht ein neuer Akt des Besitzes die Fortsetzung seines Rechtes bekundet. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 340.)

Dieselbe Ansicht nimmt der II. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 26. Juni 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 295 Nr. 138), 19. Aug. 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 287 Nr. 141., J. W. 1848 S. 395), und v. 28. Sept. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 52 Nr. 11.) an. In den Gründen des Präj. v. 19. Aug. 1848 heißt es:

Es genügt keineswegs, wenn vom ersten Falle ab nur zwei Wiederholungsfälle vorgekommen sind und keine Unterbrechung des Besitzes erfolgt ist. Denn möge nach §§. 78., 80., 81., 90. A. L. R. I. 7. der Besitz eines Rechtes auch durch dessen Ausübung ergriffen werden, und so lange fortdauern, bis er freiwillig wieder aufgegeben oder ein entgegenstehendes Recht erworben worden (§§. 117., 126., 127. a. a. O. und §. 653. A. L. R. I. 9.), möge ferner auch für Fortsetzung des Besitzes zu präsumiren sein, so muß bei der Verjährung doch für Sachen nach §. 579. die Fortdauer des Besitzes und für Rechte nach §§. 596., 649. die mehrmalige Ausübung, bei Rechten, welche gewöhnlich ausgeübt werden können, nach §. 596. insbesondere dargethan werden, daß sie demnächst wenigstens Einmal alljährlich ausgeübt werden. Dabei kann für den Besitz in der Zwischenzeit zwar präsumirt, Anfang und Ende dagegen muß nach §. 599. strenge erwiesen werden, und das Ende insbesondere erst begründet die Vermuthung für die Zwischenzeit.

Derselben Ansicht ist Bornemann.

(System Bd. 2. S. 206, 2. Ausg. Bd. 2. S. 114.)

Eine andere Meinung nimmt dagegen an, daß es genüge, wenn nur seit dem ersten Falle vierzig Jahre verlaufen, seitdem noch zwei Fälle der Ausübung vorgekommen sind, und der Gegner keinen Fall der Unterbrechung (§. 651.) nachzuweisen vermag.

Dieser Ansicht sind: Bielitz (J. W. 1837 S. 461), Thöne (J. W. 1838 S. 189) und Schellwitz (J. W. 1842 S. 490).

Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. hat in einem Erk. von 1841 angenommen, daß es nur auf eine dreimalige Ausübung des Rechtes in einem vierzigjährigen Zeitraume, nicht aber darauf ankomme, ob der letzte actus possessorius am Schlusse des vierzigjährigen Zeitraums ausgeübt worden. (Jahrb. Bd. 1. S. 129.)

6) Die drei Fälle der Ausübung dürfen übrigens längere Zeit als vierzig Jahre auseinander liegen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Dec. 1849. (Präj. Nr. 2166.)

Vergl. die Erg. zum §. 599. h. t. Zus. 2.

7) Der letzte Fall, wo die Ausübung gestört worden ist, wird bei der erwerbenden Verjährung der im §. 649. gedachten Rechte nicht mitgezählt. Deshalb kann im Petitorien-Prozeß über ein solches Recht das vorangegangene Possessorien-Erkenntniß als Beweis für den Endpunkt der Ersitzung nicht gelten; vielmehr muß auf den Fall der Ausübung zurückgegangen werden, welcher dem Possessorien-Erkenntnisse zum Grunde liegt, und es müssen zwischen diesem und dem ersten erweislichen Falle 40 Jahre liegen, wenn das Recht durch Verjährung erworben worden sein soll.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Sept. 1856. (Entsch. Bd. 34. S. 94.)

8) Die Vorschrift des §. 649. paßt nur auf eigentliche — affirmative oder negative — Rechte, nicht auf Untersagungsrechte. Wenn seit dem ersten Falle der Untersagung bis zu dem Zeitpunkte, wo das entgegenstehende Recht geltend gemacht werden soll, die Verjährungszeit abgelaufen ist, so genügt dies zur Begründung des vom Untersagenden resp. Verweigernden behaupteten Rechtszustandes, und es ist nicht nöthig, daß noch zwei andere Fälle, wo das Untersagungsrecht ausgeübt worden wäre, hinzugetreten sein müßten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1843. (Präj. Nr. 1305.)

In den §§. 649. u. 650. ist nur von solchen Rechten die Rede, welche der Usukapient in seinem eigenen positiven Nutzen ausübt und begründet, von Rechten, die darauf gehen, daß er seinerseits selbst eine Befugniß auf einer fremden Sache exerzirt, oder daß ihm der Dritte etwas leistet. Dies paßt vollkommen auf sogen. servitutes discontinuae, und von Rechten dieser Art ist in den §§. 543. u. 544. h. t. die Rede. Von dem Untersagen an sich läßt sich aber überhaupt nicht zugeben, daß es für sich selbst den eigentlichen Inhalt eines Rechtes bilden könne und durch Ersitzung ergriffen werde. Es kann zwar der Besitz eines Untersagungsrechtes ergriffen werden; wenn aber die erforderliche Zeit hinzugekommen ist, so führt Beides — Besitz und Zeitablauf — nicht sowohl zu der Befugniß, den Akt des Untersagens selbst nun auch künftig stets wiederholen zu dürfen, sondern direkt entweder zu der gänzlichen Vernichtung eines bisher gegen den Präskribenten bestandenen Rechtes — usucapio libertatis — oder zur rechtlichen Begründung eines vollständigen Rechtes auf Einschränkung des Anderen in seinen Eigenthumsrechten (§. 25. A. L. R. I. 22., §§. 505—507. h. t.). Zur Hervorbringung beider Arten von Rechtszuständen genügt aber ein einmaliges Untersagen oder Widersprechen und der zur Verjährung erforderliche Zeitraum des Stillschweigens oder der Unthätigkeit des Anderen. Das bloße Untersagen oder Widersprechen, Verweigern ist nur ein faktischer Besitzergreifungsakt, der seine Wirkung sogleich durch die erste Manifestation äußert, nicht aber der eigentliche Gegenstand eines Rechtszustandes.

(Präj. Samml. S. 44, Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 114.)

9) Suarez bemerkt in den amtlichen Vorträgen zur Schlußrevision zum §. 649.:

Bei servitutis discontinuis ist großer Streit zwischen den Rechtslehrern: ob dieselben praescriptione triennali oder nur immemoriali erworben werden (Mevius IX. dec. 164.). Es ist hier der Mittelweg von 40 Jahren genommen, welches um so unbedenklicher zu sein scheint, da unsere Praxis sich mehr auf die Seite der 30jährigen Präskription neigt, die praescriptio immemorialis aber die Billigkeit und die Autorität der Reichsgerichte für sich hat.

(Simon's Material. S. 595 u. Jahrb. Bd. 41. S. 15.)

Dagegen spricht das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Okt. 1840 (Präj. Nr. 922.) aus:

Die Frage: ob nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes solche Rechte, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, und namentlich servitutes discontinuae, zur Erwerbung derselben durch Verjährung, bei dem Abgange eines besonderen Titels, einen Immemorialbesitz erfordern oder der Nachweis eines 30jährigen Besitzes genüge? kann nicht für kontrovers erachtet, sondern es muß angenommen werden, daß ein 30jähriger Besitz genüge. Bei Entscheidung derselben ist es daher unzulässig, nach dem §. IX. des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 auf die Vorschrift des §. 649. h. t. zu rekurriren. (Präj. Samml. S. 44.)

Der V. Sen. des Ob. Trib. hat in Bezug auf die Ersitzung von Servituten nach gemeinem Rechte folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Zur Ersitzung einer Servitut genügt nach gemeinem Rechte ein zehn- oder zwanzigjähriger fehlerfreier Besitz.

(Erk. v. 15. Febr. 1853, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 8 Nr. 4.)

b) Auch diskontinuirliche Servituten werden nach gemeinem Rechte durch zehnjährige Akquisitiv-Verjährung erworben. Ein dem entgegenstehendes Deutsches Gewohnheitsrecht läßt sich nicht nachweisen.

(Erk. v. 12. Juli 1853, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 8 Nr. 25.)

§§. 655—664. Funfzigjährige Präskription.

1) Schon vor Emanation des A. L. R. war in mehreren älteren Resolutionen[1]) bestimmt, daß ein jeder bei demjenigen, so er funfzig Jahre lang ruhig und bona fide besessen, sowohl contra fiscum, als privatos, in allen Fällen geschützt, und zur Erweisung eines mehreren Rechtes nicht angehalten werden solle[2]). Bei der Redaktion des A. L. R. entstand nun die Frage, ob die Immemorial-Präskription des gemeinen Rechtes beizubehalten sei oder nicht? Klein war dafür, Kircheisen dagegen. Suarez entschied sich für den Letzteren, mit der Maßgabe, daß in Fällen, wo nicht schon eine kürzere Verjährungsfrist nach den gesetzlichen Vorschriften eintrete, die funfzigjährige der Immemorial-Präskription zu substituiren sei[3]).

(Vergl. Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 211 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 117 ff.)

2) Der II. Sen des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 23. Nov. 1848 (Präj. Nr. 2076.) folgende Rechtssätze ausgesprochen:

a) Nach Sächsischem Rechte bezieht sich der Zeitraum, über welchen bei der unvordenklichen Verjährung die Zeugen aus eigener Wissenschaft bekunden müssen, auf 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage; dieser Zeitraum wird auch dann nicht verlängert, wenn die unvordenkliche Verjährung gegen den Fiskus gerichtet ist.

b) Die unvordenkliche Verjährung findet nur in solchen Fällen Anwendung, in welchen die ordentliche Verjährung ausgeschlossen ist, und kann nicht als ein subsidiarisches Hülfsmittel in solchen Fällen in Anspruch genommen werden, in welchen die Erfordernisse der ordentlichen Verjährung nicht nachweisbar sind.

(Präj. Samml. S. 34, Entsch. Bd. 17. S. 422.)

3) Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. führt in einem Erk. von 1799 aus:

Der Beweis der Immemorial-Präskription muß strenge geführt, es müssen Zeugen aufgestellt werden, welche ganz unverdächtig und so alt sind, daß sie wenigstens von einem 40jährigen Zeitraume Auskunft geben können, und welche den gegenwärtigen Zustand, und daß er nicht anders gewesen sei, mit Gewißheit bestimmen, und dies nicht bloß aus eigener Erfahrung, sondern auch nach dem, was sie von älteren Leuten, als sie sind, erfahren haben müssen.

(Mathis Bd. 8. S. 51.)

4) In den Fällen, in welchen nach dem früheren Sächs. Rechte nur Immemorial-Verjährung zulässig war, ist bei dem Beweise einer solchen der Besitz nach dem 1. März 1817 mit zu berücksichtigen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 24. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1620.)

(Präj. Samml. S. 330, Entsch. Bd. 12. S. 122, J. M. Bl. 1845 S. 237.)

5) Durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechtes können solche Rechte nicht begründet werden, an denen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfindet.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 17. Juni 1844. (Präj. Nr. 1453.)

(Präj. Samml. S. 45, Entsch. Bd. 10. S. 1, J. M. Bl. 1845 S. 15.)

6) Nach gemeinem Rechte kann auch durch die unvordenkliche Verjährung eine Forderung nicht erworben, noch weniger aber die dingliche Beschaffenheit derselben begründet werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. April 1836.

(Entsch. Bd. 1. S. 201.)

7) Die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechtes findet auf Servituten keine Anwendung, sondern ist das Surrogat der Ersitzung nur bei solchen Rechten, auf welche nach ihrer publicistischen Natur die Ersitzung selbst nicht anwendbar erscheint.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Juni 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 1 Nr. 1.)

---

[1]) Vergl. Resol. v. 21. April 1713 (Mylii C. C. M. Tom. IV. Abth. 4. p. 168), Resol. v. 12. April 1715 (ib. Tom. VI. Abth. 2. p. 160), R. v. 30. April 1715 (ib. Tom. II. Abth. 5. p. 98), Assekurations-Urkunde für die Kurmärkische Ritterschaft v. 30. Juni 1717 (ib. Tom. II. Abth. 5. p 93).

[2]) Bornemann bemerkt, daß auf diese älteren Gesetze in den Motiven zum A. L. R. nirgends Bezug genommen werde, meint aber, daß man, obwohl dies nirgends gesagt sei, schon bei deren Erlassung beabsichtigt habe, der Immemorial-Präskription einen 50jährigen Besitzstand zu substituiren.

[3]) Ueber die Gründe dieser Neuerung vergl. Suarez in dessen der Schlußrevision beigefügten Promemoria. (Jahrb. Bd. 41. S. 27 ff.) — Vergl. Simon's Material. S. 684.)

8) Kann durch Immemorial-Verjährung gegen ein Rittergut ein Recht erworben werden, wenn dasselbe über Menschengedenken hinaus verpachtet gewesen?

Scheele bejahet. Denn bei dem unvordenklichen Besitze handele es sich nicht um den Beweis der Erwerbung eines Rechtes durch Verjährung, sondern um Darlegung eines vor langen Zeiten stattgehabten Besitzstandes, aus welchem die Vermuthung entspringt, daß das Recht ehemals rechtlich erworben worden sei.
(J. W. 1848 S. 96 Nr. XI.)

§§. 655. u. 656. 1) Die funfzigjährige Präskription öffentlicher Lasten und Abgaben hat nur Beziehung auf solche, welche an den Staat entrichtet werden müssen, nicht aber auf Gemeindelasten, namentlich nicht auf solche, wie sie der §. 37. A. L. R. II. 7. aufzählt[1]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 20. März 1846. (Präj. Nr. 1716.)

Der Sprachgebrauch des A. L. R. in Betreff des Ausdrucks »öffentliche Lasten« ist (wie aus vielen Gesetzstellen gezeigt wird) zu schwankend, als daß sich daraus ein fester Begriff für jenen Ausdruck gewinnen läßt. Die Erklärung muß auf dem geschichtlichen Wege gefunden werden. Die §§. 655. u. 656. haben, wie aus der Schlußrevision hervorgeht, die gemeinrechtliche Immemorial-Präskription beseitigen sollen, an deren Stelle die funfzigjährige Verjährung gesetzt ist, und müssen deshalb restriktiv interpretirt werden. Freiheit von Gemeindelasten ist in vorlandrechtlicher Zeit durch Gesetze nicht an Immemorialbesitz gebunden gewesen, und es läßt sich auch nicht annehmen, daß das A. L. R. dafür die funfzigjährige Verjährung fordere.
(Präj. Samml. S. 44, Entsch. Bd. 13. S. 42, J. M. Bl. 1846 S. 135.)

2) Dammpflichten sind nicht öffentliche, sondern gemeine Lasten und die Freiheit von denselben wird durch deren Nichtleistung allein verjährt, ohne Rücksicht, ob eine Aufforderung oder Verweigerung statt gehabt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 266 Nr. 57.)

§. 656. Zur Ersitzung der Freiheit von dem tarifmäßigen Fähr- und Brückengelde ist eine Verweigerung des Verpflichteten nach geschehener Aufforderung und die Beruhigung hierbei während der gesetzmäßigen Zeit Seitens des Berechtigten erforderlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1854.

Obgleich der §. 101. A. L. R. II. 15. die Befreiung von dem tarifmäßigen Fähr- resp. Brückengelde nicht ausschließt (vergl. Präj. Nr. 2036.[2]), so kann sie sich doch nur auf eine Verweigerung bei geschehener Aufforderung stützen. Der §. 656. h. t. bezeichnet eine Verweigerung ausdrücklich als das Erforderniß der Verjährung in Bezug auf die Befreiung von öffentlichen Lasten und Abgaben, und wenn auch Brücken- und Fährgelder, die Jemand auf Grund eines Tarifs erhebt, dahin nicht gehören, so muß doch der §. 656. h. t. darauf analoge Anwendung finden, weil derselbe nicht bloß für den speziellen Fall gegeben, sondern eine Folge der in den §§. 576. u. 577. h. t. allgemein ausgesprochenen Regel ist. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 32. Nr. 6.)

§§. 656—659. Streitigkeiten, welche die Befreiung von öffentlichen oder Kommunallasten zum Gegenstande haben, sind zur Erörterung und Entscheidung im Rechtswege nicht geeignet, wenn zur Begründung der Befreiung zwar auf eine frühere rechtskräftige Entscheidung als auf einen besonderen Rechtstitel, oder auf funfzigjährige Verjährung Bezug genommen wird, übrigens aber der Umfang der in der neuen Klage beanspruchten Befreiung mit der älteren Entscheidung nicht im Einklange steht und die vorgeschützte Verjährung nicht nach Maßgabe der §§. 656—659. h. t. substantiirt ist.

Erkannt von dem Kompetenz-Ger. Hofe unterm 3. Jan. 1857.
(J. M. Bl. 1857 S. 343.)

§. 660. 1) Die Befugniß, die durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen einer Sache oder eines Rechtes zu überschreiten, kann a) sowohl bei negativen, als affirmativen Rechten, b) mag der Umfang nach den physischen Grenzen des Gegenstandes bestimmt sein oder nicht, nur durch die funfzigjährige Verjährung erworben werden. Diese ist mithin auch dann erforderlich, wenn ein durch Vertrag auf Lieferung einer bestimmten Holzart, z. B. auf Lieferung von Schirrholz, eingeschränktes Recht, ohne Titel auf die Gewährung von anderen Holzarten, z. B. von Bauholz, — ausgedehnt werden soll.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1840. (Präj. Nr. 921.) (Präj. Samml. S. 45, Entsch. Bd. 6. S. 273.)

2) Es findet auch auf die Erwerbung der in Rede stehenden Befugniß durch Verjährung die Vorschrift des §. 164. der Gemeinheits-Theilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821 (und des §. 3. der Dekl. v. 31. März 1841) Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Juli 1840. (Präj. Nr. 894.) (Präj. Samml. S. 340.)

3) Ueber die Frage, was unter den »Grenzen eines Rechtes« zu verstehen, bemerken:

a) Simon und v. Strampff:

Diese Vorschrift wird von Einigen auf Grenzen im engeren Sinne — auf geographische Grenzen — beschränkt, jedoch mit Unrecht. Unter Grenzen ist vielmehr Alles zu verstehen, was den Umfang einer Sache oder eines Rechtes bestimmt. So wird z. B. der §. 660. h. t. Platz greifen, wenn durch ein Dienstreglement festgesetzt worden, daß die Dienstpflichtigen das Getreide, jedoch des Jahres nur acht Tage, verfahren sollen, dieselben aber funfzig Jahre hindurch einige Tage mehr sich zu Getreidefuhren haben gebrauchen lassen.
(Simon's Mat. S. 685.)

b) Thöne:

Unter »Grenzen eines Rechts« ist die Art der Ausübung desselben zu verstehen (A. L. R. I. 22. §. 27.), und so erklärt es sich, wenn eine ähnliche Anwendung, wie gemeinrechtliche Praxis hier bei den jährlich wiederkehrenden Leistungen machte, im A. L. R. von der an die Stelle der Immemorial-Präskription getretenen 50jährigen Verjährung gemacht wird (A. L. R. II. 7. §. 430.), jedoch mit einer Einschränkung, die der Natur dieser Verjährung zuwider ist (ebendas. §. 431.). (Handbuch Bd. 1. Abth. 2. S. 553.)

c) Bielitz:

Unter den Grenzen eines Rechtes ist überhaupt die Art der Ausübung des Rechtes zu verstehen (A. L. R. I. 22. §. 27.). Es scheint daher, vermöge des §. 660. h. t. eine Abweichung von der in Gesetzen, Verträgen und Erkenntnissen festgesetzten Modalität bei Ausübung eines Rechtes nicht anders, als durch eine 50jährige Verjährung erworben werden zu können.
(Komm. Bd. 2. S. 361.)

4) In den Fällen, wo wegen der Ueberschreitung der Grenzen eines Vertrages es einer funfzigjährigen Präskription nach dem A. L. R. bedürfen würde, muß dieselbe vom 1. Juni 1794 ab berechnet und bei zugleich behauptetem Immemorialbesitze kann die vorlandrechtliche Zeit der funfzigjährigen Präskription nicht hinzugerechnet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1849. (Präj. Nr. 2118.)

Der Immemorialbesitz des gemeinen Rechtes und die 50jährige Präskription des A. L. R. I. 9. §. 660. sind zwei wesentlich von einander verschiedene Rechtsinstitute. Bei dem Ersteren genügt es, wenn der faktische Zustand während der letzten zwei Menschenalter bescheinigt ist, und zwar bei Grundgerechtigkeiten für vierzig Jahre durch eigene Wissenschaft der Zeugen, und für frühere Generationen durch die ihnen von ihren Vorfahren überlieferten Nachrichten. Es handelt sich hier also gar nicht um eine bestimmte Zeit; vielmehr bleibt der Anfangspunkt ganz im Dunkel. Dieser Immemorialbesitz ist im A. L. R. nicht aufgenommen, sondern bei Ueberschreitung der Grenzen eines Vertrages praescriptio definita von funfzig Jahren eingeführt. Demzufolge kann also in Fällen, wo praescriptio immemorialis und definita zusammentreffen, und die Bedingungen der ersteren sich erst nach Publikation des A. L. R. herausstellen, auch die Zeit nach Einführung des A. L. R. in Anschlag kommen, wie auch im Plenarbeschluß des Ob. Trib. v. 24. Okt. 1845[1]) ausgeführt ist. Nicht aber kann umgekehrt in Fällen, wo praescriptio definita des A. L. R. von funfzig Jahren angenommen werden soll, ein Theil des vorlandrechtlichen Immemorialbesitzes zur Komplettirung dieser funfzig Jahre in Anschlag gebracht werden. Was der §. 17. des Publ. Pat. v. 15. Febr. 1794 von der kürzeren Frist verordnet, muß aus gleichem und noch stärkerem Grunde auf den Fall Anwendung finden, wenn das A. L. R. eine neue Art der Verjährung eingeführt, wenn es dem Immemorialbesitz praescriptionem definitam substituirt hat. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 16, Entsch. Bd. 18. S. 192.)

[1]) Daß die in dem §. 37. A. L. R. II. 7. erwähnte Verpflichtung nicht als eine öffentliche Last anzusehen und deshalb auch bei der dagegen behaupteten Befreiung durch Extinktiv-Verjährung die §§. 655. und 656. h. t. auf dieselben nicht anwendbar seien, war schon durch das Präj. des II. Sen. d. Ob. Trib. v. 12. Juli 1839 (Präj. Nr. 699., Präj. Samml. S. 45) ausgesprochen und ist durch den Pl. Beschl. v. 20. März 1846 bestätigt worden.

[2]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 15. §. 101.

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 655—664. h. t. Zus. 4.

§§. 660. u. 661. 1) Die §§. 660. u. 661. stehen miteinander in Verbindung, und sind nicht dahin zu verstehen, daß ein 50 Jahre und länger bestandener Zustand einen verjährungsmäßigen Besitz begründe; sie bestimmen vielmehr nur, daß eine funfzigjährige Verjährung in den §. 660. angegebenen Fällen und unter den daselbst angeführten Bedingungen zulässig sei; und der §. 661. lehrt bloß, daß nach einer seit 50 Jahren geschehenen Ueberschreitung der Grenzen eines durch Gesetze und Verträge u. s. w. klar bestimmten Rechts auf den Titel, worauf diese Ueberschreitung beruht, keine Rücksicht genommen werden soll.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1837. (Präj. Nr. 390.) (Präj. Samml. S. 45.)

2) Die titellose funfzigjährige Erhebung der Kommunal-Abgaben von einem urkundlich wegen derselben befreieten Grundstücke begründet keine Verjährung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 110 Nr. 20.)

§§. 660. u. 663. Die Bestimmungen der §§. 660. u. 663. hindern den Erben des Kontrahenten nicht, wenn er selbst nicht in bösem Glauben ist, die Verjährung gegen jene Bestimmung der Grenzen einer Sache oder eines Rechtes anzufangen.

So erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) auf Grund der §§. 660. u. 663., in Verbindung mit §§. 614. u. 615. h. t. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 79.)

§§. 660—663. Dr. Sommer's Abhandlung über die Frage: inwiefern die durch Verjährung gestattete Ueberschreitung der durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen eines Rechtes des guten Glaubens bedürfe, und welche Verjährungsfristen hier dem Singularsukcessor laufen.

(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 511 ff.)

§. 664. 1) Unter den »Verbotsgesetzen« sind zu verstehen:

a) Bestimmungen, wodurch für die bezeichneten Fälle die Verjährung ausgeschlossen ist;

b) Gesetze, wodurch im öffentlichen Interesse der ferneren Begründung eines gewissen Rechtes die Anerkennung versagt wird.

Zur letzteren Kategorie gehören auch folgende Fälle:

a) Nach Schles. Provinzial-Gesetzen (Schles. Holz-, Mast- und Jagd-Ordn. v. 19. April 1756 und Schles. Forst-Regul. v. 26. März 1788 §. 14.) kann derjenige, welcher zu liegendem oder Klaubholz konzessionirt ist, auf den Windbruch keinen Anspruch machen; es stehen ihm jene Gesetze auch bei der Verjährung als Verbotsgesetze entgegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Jan. 1849. (Entsch. Bd. 17. S. 410.)

b) Der §. 14. des Schles. Forst-Regul. v. 26. März 1788 enthält ein Verbotsgesetz in Betreff des Gebrauches der Axt und des Einsammelns des nach dem Gesetze nicht zum Raff- und Leseholze gehörigen Holzes. Die Raff- und Leseholz-Berechtigten können daher seit der Publikation des Forst-Regul. durch Verjährung ein Recht auf den Gebrauch der Axt und auf das nicht zum Raff- und Leseholze gehörige Holz nicht erwerben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1845. (Präj. Nr. 1555.) (Präj. Samml. S. 304.)

c) Wenn (vormalige) Schles. Amtsunterthanen in den Forsten des Fiskus eine Brennholz-Berechtigung von größerem Umfange verlangen, als der §. 14. des Schles. Forst-Regul. v. 26. März 1788 gestattet, so müssen sie nachweisen, daß sie solche vor Publikation des Forst-Regul. erworben, oder nachher durch ein ausdrückliches Abkommen mit dem Fiskus erlangt haben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2276.) (Entsch. Bd. 20. S. 465.)

d) Die Erweiterung der Raff- und Leseholz-Gerechtigkeit ohne ausdrückliche Uebereinkunft zwischen dem Berechtigten und dem Wald-Eigenthümer ist in Schlesien verboten (Schles. Forst-Regul. v. 26. März 1788 §. 14.); mithin ist die erwerbende Verjährung eines erweiterten Holzungsrechtes ausgeschlossen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. März 1845. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 306.)

e) Nach der Westpreß. Forst-Ordn. v. 8. Okt. 1805 ist der nur zum Raff-, Lese- und Lagerholz Berechtigte nicht befugt, die Axt in den Wald mitzunehmen, und es findet gegen dieses Verbotsgesetz keine Verjährung statt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. April 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 39 Nr. 20.)

In Betreff der Provinz Pommern in dieser Beziehung vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Dec. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 259 Nr. 128.)

Nach den obigen Grundsätzen hat auch das Rev. Kolleg. für Landes-Kultur-Sachen mehrfach erkannt. (Vergl. den Aufs. in dessen Zeitschr. Bd. 3. S. 196 Nr. 5.)

f) Die Forst-Ordnungen für Ostpreußen und Litthauen resp. für Pommern (Tit. III. §. 6. u. Tit. XIV. §. 11.) stehen der Erwerbung des Hutungsrechtes im Walde als Prohibitiv-Gesetze nicht entgegen.

Vergl. die Präj. des Ob. Trib. v. 12. Jan. 1846. (Entsch. Bd. 12. S. 438 ff.) und v. 7. Okt. 1845 u. 16. März 1846 (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 199 Nr. 6.)

g) Die Pflicht der Schlesischen Gutsbesitzer, die auf eingezogenen wüsten Bauergütern haftenden Rustikal-Onera zu vertreten, sofern nicht bei den Kriegs- und Domainen-Kammern (den Provinzial-Verwaltungs-Behörden) nachgewiesen ist, daß die bei einem herrschaftlichen Vorwerke befindlichen Bauerhöfe schon im Jahre 1633 eingezogen gewesen, bezieht sich auch auf die der Herrschaft zu leistenden Dienste. Eine Verjährung hiergegen findet nicht statt.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 24. Febr. 1840. (Präj. Nr. 844.) (Präj. Samml. S. 295, Entsch. Bd. 5. S. 199.)

Gegen diese Ansicht Kuh. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 128.)

Koch hält die Meinung des Ob. Trib. für richtig. (Beurtheil. S. 359.)

h) Der §. 7. des Landes-Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 und der §. 16. des Regulirungs-Gesetzes de eod. haben die erwerbende Verjährung fortwährender Dienste jeder Art untersagt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1852. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 193.)

i) Die Vorschriften der agrarischen Gesetze (Kult. Ed. v. 7. Sept. 1811 §§. 2. u. 7., V. v. 20. Juni 1817 §. 43., G. v. 7. Juni 1821) enthalten ein ausdrückliches Verbot in Betreff der Auferlegung unfixirter Laudemien. Es kann daher seitdem Verjährung des Rechts auf derartige Laudemien durch Besitz weder vollendet, noch angefangen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. und 29. April 1847. (Präj. Nr. 1863.) (Präj. Samml. S. 323, Rechtsf. Bd. 1. S. 46 Nr. 23, Entsch. Bd. 15. S. 244.)

2) Dagegen ist der §. 664. nicht von solchen Verbotsvorschriften zu verstehen, welche nur den Vortheil von Privatpersonen betreffen. Dies nehmen an:

a) Das Justiz-Min. in dem R. v. 29. Dec. 1820.

Das Wort »ausdrücklich« ist hierbei sehr charakteristisch und giebt — besonders in Verbindung mit dem §. 660. A. L. R. I. 9., welcher die 50jährige Verjährung gegen solche Rechte, deren Grenzen durch Gesetze klar bestimmt sind, zuläßt — sattsam zu erkennen, daß nur diejenigen Gesetze hierher gehören, deren Ueberschreitung, auch wenn die berechtigte Partei konsentirt, eine unerlaubte Handlung involvire. (Justizmin. Akten A. 7105. K. 19. Fol. 43.)

b) Die Gesetzrevisoren, welche bemerken, daß ein solches Verbotsgesetz bei der Klageverjährung an und für sich undenkbar sei, weil diese jedesmal auf einem bestimmten Gebotsgesetze beruhe; in Beziehung auf Ersitzung könne es vorkommen, insofern Sachen und Rechte gewisser Art entweder überhaupt oder doch von bestimmten Personen nicht erworben werden können; in Beziehung auf die Verjährung dinglicher Rechte durch Nichtgebrauch finde es sich in denjenigen gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums, welche keiner Abänderung durch Privatwillkühr unterliegen. (A. L. R. I. 8. §§. 190. 191.) (Ges. Rev. Pens. XIII. S. 148.)

c) Derselben Ansicht ist Thöne, welcher hinzufügt, daß nur diejenigen Verbotsgesetze zu verstehen seien, welche direkt eine gewisse Handlung oder Unterlassung untersagen.

(Handb. Bd. 1. Abthl. 2. S. 504.)

d) Bornemann, weil nur das, was als unabänderliche Norm des Verhaltens vom Staate sanktionirt sei, deshalb, weil es der Willkühr der Interessenten nicht anheimgegeben worden, auch durch Verjährung nicht beseitiget werden könne.

(Syst. Bd. 2. S. 96 Anm. * u. S. 216, 2. Ausg. Bd. 2. S. 53 u. 120.)

e) Grävell aus denselben Gründen.

(Besitz und Verj. S. 198 Anm. ***.)

Deshalb fallen z. B. die Vorschriften des §. 99. und der §§. 125. und 126. A. L. R. I. 8. nicht unter den §. 664. h. t.

Vergl. die Präj. des Ob. Trib. Nr. 1723. vom Jahre 1846 und v. 8. Aug. 1848 in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §. 99. Zus. 2. und §§. 125. und 126. Zus. 3.

§§. 665—669. Wirkungen der Verjährung durch Besitz.

§. 666. 1) Der Grundsatz des §. 666.: »tantum praescriptum, quantum possessum«, führt dahin, daß das für das Bedürfniß eines Grundstückes nach dessen Eigenschaft erworbene Recht nicht ausgedehnt werden kann, wenn bei einer Veränderung im Grundstücke das Bedürfniß sich vergrößert. Deshalb kann die Wege-Gerechtigkeit, welche für ein mit einem Wohnhause bebautes Grundstück ersessen worden ist, nicht für mehrere Wohnhäuser, welche später darauf errichtet worden, geltend gemacht, noch die für ein unbewohntes Gebäude erworbene Wegeservitut, im Falle dieses in ein Wohnhaus umgeschaffen worden ist, für die Bewohner des Wohnhauses verlangt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Sept. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 146 Nr. 26.)

Daher ist bei einer durch Verjährung erworbenen Wege-Gerechtigkeit der Berechtigte auf die in §§. 78., 79. A. L. R. I. 22. vorgeschriebene Breite des Weges nur in soweit Anspruch zu machen berechtiget, als der Weg diese Breite während der Verjährungsperiode gehabt hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1851. (Präj. Nr. 2319.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 22. §§. 28. u. 78.

2) Nach gemeinem und Sächs. Rechte erstreckt sich die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Waldstreu-Gerechtsame, deren Nutzungen den einzelnen Gemeindegliedern zustehen, auch auf den Bedarf der, erst nach dem Beginn der Verjährung hinzutretenden Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Klasse der Mitglieder vorhanden sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 31. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1982.)

(Präj. Samml. S. 46, Entsch. Bd. 16. S. 18, J. M. Bl. 1848 S. 104.)

§. 667. Vergl. die Erg. zum §. 617. h. t.

Zehnter Titel.

Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums.

§§. 1—5. Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

§§. 1—3. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 2—6.

§. 2. Statt »unmittelbaren« ist zu setzen »mittelbaren«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 30. S. 419, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 6—20. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit.

§. 6. Der Eigenthümer eines Grundstückes, dessen Besitztitel im Hypothekenkenbuche noch nicht berichtiget worden, ist dasselbe zu verkaufen befugt. Denn aus dem §. 6. folgt nur, daß der förmliche Kontrakt nicht eher gerichtlich verlautbart und das Civil-Eigenthum nicht eher übergeben werden kann, als bis der Besitztitel des Verkäufers intabulirt worden, und dann dem Käufer nicht eher obliegt, als bis dies geschehen, den Vertrag zu erfüllen; keineswegs aber folgt hieraus die Ungültigkeit des Kontraktes an sich.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Juni 1811.

(Simon's R. Bd. 1. S. 186.)

§§. 7—9. 1) Ist der Besitztitel eines Grundstckes auf eine Person eingetragen, die nicht wahrer Eigenthümer ist, und hat Jemand von dieser Person, sei es auch redlicher Weise, das Grundstück ganz oder theilweise angekauft, aber noch nicht übergeben erhalten, befindet sich dasselbe vielmehr im Besitze (§§. 7. u. 8. A. L. R. I. 7.) des wahren, nicht eingetragenen Eigenthümers, so kann der Käufer gegen den Letzteren ein Recht auf die Sache, selbst wenn die Eintragung auf ihn geschehen, nicht geltend machen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. März 1854[1]. (Präj. Nr. 2501.)

Die Frage, ob derjenige, welcher im guten Glauben von dem eingetragenen Besitzer ein Grundstück kauft, dasselbe aber nicht übergeben erhält, dennoch dem Naturalbesitzer gegenüber Eigenthumsrechte gewonnen habe? muß verneint werden. — Die Stellung der beiden Hauptmodi zum Erwerbe von dinglichen Rechten an Grundstücken ist beim mittelbaren Erwerbe des Eigenthums die, daß schon die zum Titel kommende Uebergabe auch ohne Besitztitel-Berichtigung das Eigenthum giebt, andererseits aber auch diese Uebergabe, mit Ausnahme des Falles des nothwendigen Verkaufs, zu jenem Erwerbe erforderlich ist (A. L. R. I. 9. §. 3., Tit. 10. §. 1.). Vor der Uebergabe ist für den Erwerber nur ein Titel zum Erwerbe des Eigenthums vorhanden (§. 2. h. t.). Die Zuschreibung im Hypothekenbuche setzt den vorgängigen Erwerb des Eigenthums voraus (§. 6. h. t.). Wird sie dennoch ohne Uebergabe erlangt, so ist der Eingetragene nicht Eigenthümer geworden; die Zuschreibung ersetzt nicht die Uebergabe (A. L. R. I. 11. §. 125.). Ihre Wirkung besteht nur darin, daß dadurch der Titel zum Eigenthum in soweit die Verstärkung erhält, daß der Erwerber einem Anderen, der ebenfalls nur einen Titel, und zwar von demselben Autor geltend macht, in den Ansprüchen auf Erlangung des Eigenthums vorgeht (§§. 18., 19. h. t.). Der Käufer kann daher nicht lediglich aus dem Grunde, weil sein Autor als Besitzer eingetragen war und der Käufer ihn im guten Glauben für den Eigenthümer gehalten hat, gegen den wahren im Besitze gebliebenen Eigenthümer als Eigenthümer gelten. Eine solche Folgerung läßt sich auch aus den §§. 7—9. h. t. nicht ableiten. — Nach §. 3. erlangt der neue Besitzer auch durch die Uebergabe das Eigenthum der Sache (mit Ausnahme der Fälle der §§. 42. ff. A. L. R. I. 15.) erst dann, wenn der Tradent selbst Eigenthümer gewesen. Nach §. 6. muß, wer über ein Grundstück gerichtlich verfügen will, sein Eigenthumsrecht im Hypothekenbuche vermerken lassen. Nach §§. 7—9. wird der Eingetragene in allen mit Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer desselben angesehen, und es können die Befugnisse dessen, welcher in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, von dem nicht eingetragenen Eigenthümer nicht angefochten werden. — Hieraus folgt daher allerdings, daß der Eingetragene dem Gerichte gegenüber zu gerichtlichen Verfügungen legitimirt ist, ohne daß es des weiteren Nachweises seines Eigenthumsrechtes, namentlich (§. 3.), daß sein Vormann Eigenthümer gewesen, bedarf. Es folgt ferner, daß auch Dritte ohne weitere Forschungen ihn in ihren Verhandlungen mit ihm als Eigenthümer betrachten können mit der Sicherheit, daß die durch solche Verhandlungen erlangten Befugnisse durch den wahren Eigenthümer oder dessen Nachfolger nicht angefochten werden können. Der Eingetragene mithin, sollte er auch niemals Eigenthümer geworden sein (weil er etwa den Besitz nicht erlangte), oder sollte er sein Eigenthum etwa durch gültige Veräußerung mit Tradition wieder aufgegeben haben, ist doch für Dritte ein fingirter Eigenthümer, als wahrer und alleiniger Eigenthümer anzusehen (Hyp. O. Tit. II. §. 92.), und kann ihnen in Bezug auf das Grundstück Rechte verschaffen, gleich als wäre er der wahre Eigenthümer, wiewohl außer ihm noch ein wahrer nicht eingetragener Eigenthümer (§. 10.), sei er ein Vormann oder ein Nachmann des Eingetragenen, existirt. Daraus folgt aber nicht, daß solche Dritte ohne Tradition die Stellung eines Eigenthümers dem wahren Eigenthümer gegenüber gewönnen. Dies würde

---

[1] Bei dem Ob. Trib. war die Frage kontrovers geworden: ob derjenige, welcher ein Grundstück redlicher Weise von dem im Hypothekenbuche eintragenen Besitzer gekauft hat, gegen jeden, die Disposition über das Grundstück hindernden Widerspruch und Anspruch des wahren Eigenthümers auch dann gesichert sei, wenn der eingetragene Besitzer und Autor des Käufers sich nicht im Naturalbesitze befindet, das Grundstück daher auch dem Käufer nicht übergeben hat, auch nicht hat übergeben können, weil der wahre Eigenthümer in dessen Besitze geblieben ist? Der II. Sen. hatte dies in dem Erk. v. 20. Jan. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 226 Nr. 50.) verneint, wogegen der III. Sen. in dem Erk. v. 15. Juni 1851 (a. a. O. Bd. 3. S. 223 Nr. 46.) die Frage bejahet hatte, worauf dieselbe zur Entscheidung des Plenums gebracht, von welchem der obige Rechtssatz angenommen wurde. — Das Ob. Trib. hat auch in dem Erk. v. 12. Jan. 1846 (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 285, vergl. Bd. 11. S. 443 ff.) angenommen, daß der Erwerb von dem in das Hypothekenbuch als Eigenthümer eingetragenen Nichteigenthümer kein Eigenthum giebt, wenn der wahre, aber nicht eingetragene Eigenthümer im Besitze ist, jenem Erwerber also keine Ueberlieferung gschehen konnte.

1) der Anerkennung des Gesetzes widersprechen, daß es noch einen wahren Eigenthümer geben kann.

2) Nach §. 8. kann der Naturaleigenthümer die vom Dritten durch Verhandlungen mit dem Eingetragenen erlangten Befugnisse nicht anfechten, gleich als wäre der Eingetragene zur Disposition berechtigt gewesen. Wenn also der Eingetragene dem Dritten durch Willenserklärung und Eintragung eine Hypothek, einen Nießbrauch (Thl. I. Tit. 21. §. 4.) verschafft, so muß auch der im Besitz der Sache sich befindende Naturaleigenthümer sich diese dinglichen Rechte an seiner Sache gefallen lassen, weil sie auch ohne Besitzeinräumung begründet werden können. Wenn aber jener fingirte Eigenthümer an dem Grundstück ein wirkliches Pfandrecht verheißt; es verkauft, verschenkt, aber in allen diesen Fällen den Besitz nicht einräumt, so hat er seinem Mitkontrahenten eben nur einen persönlichen Anspruch gegen sich, einen Titel zum dinglichen Recht, nicht das dingliche Recht selber verschafft, und kann eben deshalb der Letztere ein Pfandrecht-Eigenthum gegen Niemanden geltend machen, denn er könnte es ja auch nicht, wenngleich sein eingetragener Autor wahrer Eigenthümer gewesen wäre. — Die vom Käufer erworbene persönliche Befugniß geht, von den Einwirkungen einer mala fides abgesehen, nur gegen die bestimmte Person, mit der er kontrahirte und ihre Rechtsnachfolger. Will man also die Vorschrift des §. 8. hier zur Anwendung bringen, und vermeidet man dabei den zweideutigen Ausdruck: »der Naturaleigenthümer solle die Disposition des Eingetragenen, oder die Befugnisse des Dritten anerkennen«, sondern hält sich an den wahren gesetzlichen: er solle diese Befugnisse nicht anfechten, so heißt dies: der Naturaleigenthümer solle jenem persönlichen Anspruche nicht entgegentreten, nicht aber: er solle, ohne Rechtsnachfolger des anderen Kontrahenten geworden zu sein, dessen Verpflichtungen erfüllen und das Gut dem Käufer übergeben. Der §. 8. hat unter den Befugnissen, welche der Eigenthümer gegen sich gelten lassen soll, nur solche im Auge, die sein Eigenthumsrecht angehen, aber es nicht aufheben, dingliche Rechte an seiner Sache.

3) Hiermit stimmt auch der Grund der Vorschriften in den §§. 8., 9. überein. Es soll nämlich:

a) derjenige, welcher mit dem Eigenthümer eines Grundstückes zu verhandeln hat, sich davon überzeugen können, daß er den rechten Mann vor sich habe. Es soll

b) der wahre Eigenthümer, der die Umschreibung auf sich nicht besorgt, oder der Umschreibung auf einen Anderen nicht widersprochen hat, die Folgen dieser Unterlassung, in soweit als ein Versäumniß darin liegt, und zwar in der Weise tragen, daß er wegen der ihm nachtheiligen Verfügungen des Eingetragenen sich nur an diesen, nicht an den Dritten, der dem Glauben des Hypothekenbuches folgt, halten darf.

Daraus ergiebt sich:

zu a. Das Hypothekenbuch sichert dem Dritten zwar die Dispositionsfähigkeit des Eingetragenen, aber nicht, daß dieser rechtlich oder thatsächlich im Stande sei, zu erfüllen, namentlich dem dritten Käufer die Sache zu übergeben und ihn zum Eigenthümer zu machen. Mag auch das Hypothekenbuch dafür einstehen, daß der Eingetragene zur Zeit der Besitztitel-Berichtigung auch Besitzer gewesen sei, so steht es doch nicht dafür ein, daß er den Besitz noch habe, noch weniger dafür, daß er nicht schon einem Anderen zur Tradition verbunden sei.

zu b. hat der nicht eingetragene Eigenthümer und Naturalbesitzer es zwar seiner Unterlassung zuzuschreiben, wenn ohne seinen Willen dem Grundstücke Hypotheken aufgebürdet werden, die er gelten lassen muß. Dagegen darf er mit Recht annehmen, daß, so lange er im Besitze des Grundstücks sich befindet, dieses Grundstück auch nicht einem Dritten tradirt und demselben somit durch gewöhnlichen Verkauf übereignet werde. Er hat keinen rechtlichen Anlaß zu der Besorgniß, daß er in den Fall kommen könne, einen Privatkäufer als Eigenthümer anerkennen zu müssen, und es trifft ihn noch nicht der Vorwurf einer Versäumniß, wenn er gegen solche Möglichkeiten sich nicht schützt. Hieraus folgt, daß ein Käufer in der bei der vorgelegten Streitfrage vorausgesetzten Lage nicht Eigenthümer des Grundstückes geworden ist, und also auch nicht fordern kann, daß der nicht eingetragene Eigenthümer ihn als Eigenthümer gelten lasse. Darin findet auch die Frage ihre Erledigung:

ob jener Käufer gegen jeden seine Disposition über das Grundstück hindernden Widerspruch und Anspruch des wahren Eigenthümers gesichert sei?

Da hierbei eine Eintragung auf den Namen des Käufers nicht vorausgesetzt wird, so würde der Käufer als ein solcher zu betrachten sein, der weder vollkommener, noch Natural-, noch fingirter Eigenthümer, noch sonst dinglich berechtigt ist, sondern lediglich einen persönlichen Anspruch gegen seinen Vormann aus dem Kaufkontrakte hat. Bei einem solchen kann nun zwar von einer Abtretung seines Forderungsrechtes die Rede sein, aber nicht von Dispositionen über das Grundstück selber, also auch nicht von Schutz gegen Maßregeln, welche dem Eigenthümer wider solche Eingriffe eines Fremden zu Gebote stehen. Bringt man aber das Moment, die Besitztitel-Berichtigung für den Käufer selber mit in die Frage hinein, so steht die Sache allerdings anders. Der Käufer ist dann nach §. 7. h. t. zu Dispositionen über das Grundstück dem Gerichte und Dritten gegenüber legitimirt. Es wird also der Naturaleigenthümer, wenn sein Recht nicht bekannt ist und anerkannt wird, zur Hinderung jener Dispositionen für einen Vermerk im Hypothekenbuche nach §. 11. h. t., und wenn er selber volle Disposition gewinnen will, für die Umschreibung des Besitztitels auf seinen Namen Sorge tragen müssen. Der Weg Rechtens, um diese Zwecke zu erlangen, ist ihm durch die §§. 7. ff. h. t. nicht abgeschnitten. Denn wenn das Gesetz noch die rechtliche Möglichkeit anerkennt, daß außer dem Eingetragenen ein wahrer Eigenthümer existirt, daß also jener nur ein fingirtes Eigenthum habe, so muß es auch Mittel geben, dieser Fiction durch den Nachweis des wahren Eigenthums eines Anderen ein Ende zu machen, und das Hypothekenbuch mit dem wirklichen Rechte wieder in Einklang zu bringen. Da der Nichteingetragene seinen Antrag auf Umschreibung auf sein Eigenthum stützt, so kann er diesen dinglichen Anspruch auch gegen den dritten Käufer erheben. Geht dieser auf seine Vormänner zurück, eben so erforderlichen Falls der Kläger, so wird das wahre Rechtsverhältniß aufgedeckt werden und nach diesem zu entscheiden sein.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 17, Entsch. Bd. 27. S. 287, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 360 Nr. 79., J. M. Bl. 1854 S. 171 Nr. 73.)

Dazu:

a) Der Pl. Beschl. v. 6. März 1854 findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Vindikant seinen Titel von dem wahren Eigenthümer ableitet und die Vindikation gegen einen Dritten richtet, der das Grundstück gleichfalls von dem wahren Eigenthümer erworben zu haben behauptet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1854, auf Grund der Motive des gedachten Pl. Beschl.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 234 Nr. 58.)

b) Plathner, Abhandlung über die Frage: ob der Pl. Beschl. v. 6. März 1854 mit einer guten Hypotheken-Verfassung und mit dem Gesetze vereinbar ist? (J. M. Schr. Bd. 1. S. 449 ff.)

Vergl. Plathner über die Frage: ob Eigenthum an Grundstücken durch Besitzübertragung oder nur durch Eintragung erworben wird? (J. W. 1847 S. 449 ff.)

2) Der II. Sen. des Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 27. Juni 1854 aus, daß ein das Eigenthum übertragender Titel, auch wenn derselbe von einem eingetragenen Besitzer ausgeht, nicht mehr Rechte gewährt, als der Uebertragende selbst hat. Denn der allgemeine Grundsatz des §. 101. der Einl. zum A. L. R. werde in seiner prinzipiellen Gültigkeit durch Ausnahmen nicht beeinträchtigt.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 94 Nr. 25.)

Die Redaktion des Archivs bemerkt indeß, daß diese Ansicht mit den §§. 7. ff. h. t. nicht zu vereinigen sei. (a. a. O. S. 97 Anm. *)

3) Wenn ein Ehegatte in einer Provinz, wo allgemeine eheliche Gütergemeinschaft stattfindet, sein Miteigenthumsrecht an dem gemeinschaftlich besessenen Grundstücke im Hypothekenbuche nicht hat vermerken lassen, so ist derselbe nicht berechtiget, die Befugnisse eines Dritten, welcher sich mit dem als alleinigen Besitzer aus dem Hypothekenbuche konstirenden andern Ehegatten, ohne von dessen Verheirathung Kenntniß zu haben, in Verhandlungen über das Grundstück eingelassen hat, anzufechten; vielmehr finden auch gegen einen solchen Ehegatten die Vorschriften §§. 7—9. Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Mai 1839. (Präj. Nr. 686.) (Präj. Samml. S. 47.)

Denselben Grundsatz nimmt der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Jan. 1854 an.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 74 Nr. 18.)

4) Wenn in der zweiten Rubrik das Anrecht eines Dritten auf das Grundstück eingetragen ist, so kann der eingetragene Besitzer seinem Gläubiger das Grundstück, ohne Konsens jenes Anwarters, nicht mit rechtlicher Wirkung zur Hypothek bestellen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Aug. 1836; denn die §§. 7—9. h. t. setzen voraus, daß das Hypothekenbuch den Besitzer, mit welchem der Dritte in eine Verhandlung über das Grundstück sich eingelassen, nicht zugleich als beschränkt in seiner Befugniß, über das Grundstück zu disponiren, ausweise, und jene Verhandlung nicht gerade im Bereiche dieser Beschränkung liege. (Entsch. Bd. 1. S. 377.)

5) Die Bemerkung auf dem Titelblatte des Hypothekenfoliums eines Gutes: aus welchen Grundstücken das Gut »nach der Grundsteuermutterrolle« bestehe, hat nicht die Wirkung, daß die §§. 7., 8. u. 9. h. t. auf die einzelnen Grundstücke Anwendung finden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. April 1850. (Präj. Nr. 2207.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 17, Entsch. Bd. 19. S. 484.)

§§. 7. u. 8. 1) Ueber die Erfordernisse der Vindikationsklage des eingetragenen Besitzers eines Grundstückes finden sich mehrfache Entscheidungen des Ob. Trib., welche nicht mit einander vereinbar erscheinen.

a) Der Umstand, daß der Besitztitel auf den Namen des Vindikanten berichtigt ist, befreit denselben — dem Besitzer des zurückgeforderten Grundstückes und dessen Erwerbstitel gegenüber — nicht von dem Beweise, daß er wahrer Eigenthümer dieses Grundstückes und daß ihm dasselbe wider seinen Willen entzogen sei oder vorenthalten werde, beziehungsweise, daß ihm ein besser gearteter Besitz, als dem Verklagten, beigewohnt habe.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. März 1854.

Die Vorschrift des §. 7. h. t. und der dadurch (§. 8. h. t.) sanktionirte Grundsatz von dem Glauben des Hypothekenbuches enthält keine unbedingte Modifikation des im §. 1. h. t. ausgesprochenen Grundsatzes zu Gunsten des eingetragenen Besitzers, so daß dieser letztere unter allen Umständen von der gesetzlichen Nothwendigkeit dispensirt wäre, sein durch Titel und Uebergabe erworbenes Eigenthum an dem vindicirten Grundstücke nachzuweisen. Eine solche Modifikation ist aber auch in dem §. 92. Tit. II. der überdies älteren Hyp. O. nicht ausgesprochen, wie schon die §§. 93. u. 94. a. a. O. ergeben.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 257 Nr. 58.)

b) Zur Begründung der Vindikationsklage gegen den Besitzer eines Grundstückes genügt es, daß der Besitztitel für den Kläger, als früheren Besitzer, im Hypothekenbuche eingetragen ist, so daß also der Verklagte ihm gegenüber sein besseres Besitzrecht nachzuweisen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1857.

Der dem Vindikanten obliegende Beweis seines Eigenthums wird dadurch geführt, daß der Besitztitel für ihn berichtigt ist. Der Grundsatz des §. 92. Tit. II. der Hyp. O., wonach derjenige, für welchen der titulus poss. auf ein Grundstück berichtigt worden, für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen ist, schließt zwar nicht aus, daß Jemand vorhanden sein kann, welchem auf das Eigenthum des Grundstückes ein besseres Recht zusteht, wie dies schon aus dem §. 94. ebendas. und aus dem Pl. Beschl. v. 6. März 1854[1]) folgt. Aus dem §. 92. a. a. O. ergiebt sich aber jedenfalls so viel, daß, wenn der Besitztitel des Grundstückes für den Vindikanten berichtigt ist, die rechtliche Vermuthung dafür spricht, daß er wahrer und alleiniger Eigenthümer des Grundstückes sei, so daß also der Andere, welcher Anspruch auf dies Eigenthum machen will, sein behauptetes besseres Recht nachweisen muß. Der §. 7. h. t. beruht unverkennbar auf dem §. 92. Tit. II. der Hyp. O. und ist nur eine Anwendung des in diesem aufgestellten Grundsatzes. Die Behauptung, daß, da der §. 7. h. t. seinem Wortlaute nach zwei Erfordernisse, nämlich die Eintragung im Hypothekenbuche und den Besitz voraussetze, die bloße Eintragung im Hypothenbuche für sich allein die Vindikationsklage nicht begründe, hat keinen Grund. Es kann mit dieser Behauptung nicht gemeint sein, daß der Vindikant bei Anstellung der Vindikation nothwendig im Besitze sein muß, da die Vindikation für den wahren Eigenthümer eben das gesetzliche Mittel ist, die seinem Gewahrsam ohne seinen Willen entnommene Sache von jedem Inhaber oder Besitzer zurückzufordern. Jene Behauptung kann vielmehr nur dahin verstanden werden, daß der Eintragung in das Hypothekenbuch der Besitz zur Zeit der Eintragung hinzutreten müsse. Und in diesem Sinne ist die Behauptung mit Rücksicht auf den Pl. Beschl. v. 6. März 1854 als richtig anzuerkennen. (Entsch. Bd. 36. S. 74.)

c) Die Vindikationsklage des eingetragenen Besitzers auf Herausgabe des Grundstückes gegen denjenigen, welcher dasselbe auf den Grund eines mit dem eingetragen gewesenen Vorbesitzer, wenn auch nur mündlich geschlossenen Kaufvertrages übergeben erhalten hat, erfordert zu ihrer Begründung den Nachweis des erlangten Besitzes.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1852.

Der vollständige redliche Besitzer ist nur dem Eigenthümer zu weichen schuldig, und der mittelbare Eigenthumserwerb erfordert außer dem Titel auch die wirkliche Uebergabe der zu erwerbenden Sache. (§§. 1. ff. h. t., §. 58. A. L. R. I. 7., §§. 2—6. A. L. R. I. 9., §§. 175—177. A. L. R. I. 7.) Wenn daher der eingetragene Besitzer seine Besitzergreifung nicht nachweisen kann, so stehen ihm die §§. 7—9. h. t. nicht zur Seite, sondern die §§. 175. u. 176. A. L. R. I. 7. stehen ihm entgegen, nach welchen dem Naturalbesitzer gegenüber dem Vindikanten alle Rechte des Eigenthümers zur Seite stehen.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 259 Nr. 47.)

Vergl. über diese Frage die Abhandl. von Kleinschmidt über das Klagerecht des im Hypothekenbuche eingetragenen Nichtbesitzers gegen den dritten Besitzer. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 301 ff.)

2) Der nicht eingetragene Eigenthümer eines Grundstückes kann, selbst wenn dessen Uebergabe bereits erfolgt ist, der noch zu bewirkenden Eintragung einer Hypothek nicht widersprechen, welche von dem eingetragenen Besitzer bestellt, und welche vor der Veräußerung des Grundstückes bei der Hypothekenbehörde zur Eintragung präsentirt worden ist. Die Anwendung des §. 4. A. L. R. I. 19. ist durch die Vorschriften der §§. 7. u. 8. h. t. ausgeschlossen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1839. (Präj. Nr. 654.) (Präj. Samml. S. 46.)

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger sein Recht von einem bereits eingetragenen Besitzer, oder von einem solchen ableitet, dessen Besitztitel erst später berichtigt worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 21. Jan. 1850. (Präj. Nr. 2190.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §§. 404—410.

3) a) Durch die nothwendige Subhastation erhält das Hypothekenrecht der Gläubiger seine vollständige und letzte Verwirklichung dahin: daß ihnen künftig nicht mehr das Grundstück aus der ursprünglichen Hypothekenbestellung, sondern nur das Kaufgeld aus der Adjudikatoria haftet.

b) Ist das subhastirte Grundstück noch nicht im Hypothekenbuche eingetragen, so geht die Verpflichtung des Adjudikatars, sich die Resubhastation gefallen zu lassen, wenn das Kaufgeld nicht rechtzeitig gezahlt wird, auf den dritten Erwerber des Grundstücks mit über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1949.) (Präj. Samml. S. 46.)

§§. 10. u. 11. 1) Der Inhalt des Hypothekenbuches, nicht der Grundakten, entscheidet bei der Frage, ob der Erwerber des Grundstückes sich im guten Glauben befunden habe.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Juni 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 229 Nr. 47.)

2) Bei der Erwerbung des Eigenthums eines Grundstückes von dem eingetragenen Besitzer genügt der gute Glaube des Erwerbenden in dem Zeitpunkte der Konstituirung des Erwerbstitels.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 373 Nr. 72.)

3) Kann der Erwerber eines Grundstückes, welcher zur Zeit der Entstehung seines Titels in bona fide war, sich darauf auch dann berufen, wenn bis zur Uebergabe oder nachgesuchten Eintragung seines Besitztitels Vermerke, welche gegen das Recht seines Auktors Zweifel erregen, in das Hypothekenbuch eingetragen sind?

Bornemann bejahet, weil der Erwerber durch Einsicht des Hypothekenbuches beim Abschlusse des Geschäfts das Seinige gethan, und gar keine Veranlassung habe, bei der Uebergabe die Nachforschung zu wiederholen, am wenigsten aber die erst nach der Uebergabe, jedoch vor Berichtigung des Besitztitels eingetragenen Vermerke etwas releviren könnten, indem durch die Uebergabe das Eigenthum bereits erworben sei, endlich der §. 15. h. t. eine ausdehnende Erklärung nicht zulasse, und nur auf die wirkliche Wissenschaft des Erwerbers ein Gewicht lege.

(System Bd. 2. S. 224 u. Anm. *, 2. Ausg. Bd. 2. S. 126 Anm. 1.)

4) Dr. Jakobi führt aus:

a) Nur in Fällen, wo ausschließliche Rechte theilweise oder ganz mit einander kollidiren — also Eigenthum, Usufruktus, Emphyteuse, Superficies und alle dem ähnliche Rechte — oder wo diese Rechte unredlicherweise durch Realservituten belastet und beeinträchtigt worden, setzt, der Natur der Sache nach, die bloße Wissenschaft des Rechtsverhältnisses ebensowohl den eingetragenen als den nicht eingetragenen Besitzer des Rechtes nothwendig in bösen Glauben; in allen diesen Fällen kann daher die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches niemals schützen, und die Entscheidung muß stets zum Nachtheil eines solchen Besitzers, als malae fidei possessor ausfallen. Hier finden also die §§. 10., 24. u. 25. h. t. unbedingte Anwendung. Dem dolus ist gesetzlich die culpa lata gleichgestellt.

b) Eben dieser Grundsatz kommt auch da zur Anwendung, wo Hypotheken unter sich und mit anderen dinglichen Rechten kollidiren, und der Besitzer sich wirklich in bösem Glauben befindet; bei Hypotheken aber untereinander, sofern

[1]) Vergl. in den Erg. zu §§. 7—9. h. t. Zus. 1.

es sich nur um das Vorrecht handelt, welches in der Regel nach dem Al-
ter der Eintragung besteht, kann niemals die bloße Wissenschaft von dem
Rechte des Anderen ausreichen, um das Vorrecht zu nehmen; vielmehr muß in
allen diesen Fällen der dolus speziell nachgewiesen werden, und setzt stets eine
wirkliche widerrechtliche Handlung voraus. Hier finden mithin die §§. 10., 24.
und 25. h. t. nicht unbedingte Anwendung oder vielmehr diese Vorschriften
sind dafür gar nicht gegeben.

Wer es also weiß, daß der eingetragene Besitzer zu einer Disposition
über das Grundstück nicht mehr berechtigt sei, kann den Glauben des Hypo-
thekenbuches nicht zu seiner Rechtfertigung vorschützen. Eben so wenig der,
welchem von dem wirklichen Eigenthümer angezeigt worden, daß bereits einem
Anderen ein Vorrecht gewährt, und demgemäß nur ein nachstehendes
Recht eingeräumt worden sei.

(J. W. 1841 S. 577 ff., 593 ff. und 618 ff.)

Vergl. hierüber auch den Aufsatz von Roloff über den Glauben
des Hypothekenbuchs nach dem A. L. R.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 421 ff.)

5) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 410. und insbesondere
die dort gegebenen Präj. des Ob. Trib. Nr. 677. u. 2346.

§§. 12—14. Die §§. 12—14. sind suspendirt.

Vergl. die K. O. v. 31. Okt. 1831 und v. 6. Okt. 1833 in
den Erg. zur Hyp. O. Tit. II. §§. 49—54.

§§. 15—17. 1) Diese Vorschriften sind modificirt worden
durch das G. v. 23. April 1821 wegen Aufhebung der Verlautbarung
der Verträge über unbewegliche Güter. (G. S. 1821 S. 43.)

Vergl. dasselbe in den Erg. zur A. G. O. II. 1. §. 3.

2) V. v. 20. April 1812. Verträge über das Eigenthum lie-
gender Gründe und der denselben gleichzuachtenden Rechte in West-
preußen sollen lediglich nach den Bestimmungen des A. L. R. I. 10.
§§. 15—16. und der A. G. O. II. 1. §. 3. beurtheilt werden, und
die bisher zur Anwendung gebrachten Vorschriften des Preuß. Land-
rechts von 1721 P. II. lib. IV. Tit. 6. Art. 7. §§. 1. u. 4. keine
Gültigkeit mehr haben. (G. S. 1812 S. 39.)

3) Dekl. v. 20. Nov. 1812. Die Nichtbeobachtung der Vor-
schrift des Kulmischen Rechts in Buch 4. Thl. 5. Kap. 7.:

alle Häuser, Erbe und liegende Gründe sollen von den ordentlichen Gerichten,
in welchen sie gelegen, verkauft und verlangt werden, und ohne das kein
Kauf gültig sein;

hat nicht die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge, sondern es soll
jeder Kontrahent befugt sein, nach §§. 15—16. A. L. R. I. 10.
und §. 3. A. G. O. II. 1. aus einem auch vor anderen Gerichten,
oder coram notario aufgenommenen Vertrage über das Eigenthum
liegender Gründe, oder denselben gleichzuachtender Rechte, auf Er-
füllung, und selbst aus einem schriftlichen Privatvertrage, auf die
Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instrumentes zu klagen.

(G. S. 1812 S. 195.)

§. 17. 1) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 120—
126. u. 131.

2) Wenngleich der §. 17. Behufs Eintragung des Besitztitels
im Hypothekenbuche aus einem bloß schriftlichen Privatvertrage die
Klage auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instrumentes ge-
stattet, so liegt dies doch nur in dem alleinigen Interesse des Akqui-
renten, und deshalb steht nur diesem die Klage auf Errichtung eines
solchen Instrumentes zu. Der Alienirende oder Verkäufer kann nur
Erfüllung des Vertrages fordern, und bedarf hierzu keines weiteren
Instrumentes. Denn entweder ist der Vertrag gültig geschlossen,
und dann reicht derselbe zur Begründung der Klage auf Erfüllung
hin; oder der Vertrag ist nicht auf gültige Weise errichtet, und dann
hat der Verkäufer aus diesem auch kein Recht, die Errichtung eines
gültigen Vertrages zu fordern.

Erkannt von dem O. L. G. zu Ratibor unterm 26. Juni 1835.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 527.)

Koch theilt die hier aufgestellte Ansicht in ihrer Allgemein-
heit nicht. Der Verkäufer habe eben dasselbe Interesse in dem Falle,
wo er Kaufgelder gegen Hypothekbestellung kreditirt habe. Es könne
also der aufgestellte Satz nur mit der Beschränkung verstanden werden,
daß der Verkäufer nicht eine Eintragung zu fordern berechtigt sei.

(a. a. O. S. 528.)

§§. 18. sqq. Büttner, über die Kollision bei mittelbarer Erwer-
bung des Eigenthums der Sachen und bei Erwerbung der Rechte auf fremdes
Eigenthum, insbesondere der Hypothekenrechte. (In dessen rechtl. Erörter. Hft. 1.
Insterburg 1854.)

§§. 18—25. 1) Rintelen führt zur Erläuterung der
§§. 18—25. Folgendes aus:

Der ganze Tit. 10. habe vier Abschnitte. Nachdem sub II. von der mit-
telbaren Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken gehandelt, und dieses
Kapitel mit der Regel geschlossen worden, daß derjenige Prätendent den
Vorzug habe, dessen Titel zuerst entstanden, hebe Rubr. III. von der mittel-
baren Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen insonderheit
an, und diese gerade schließe sich mit der Regel: semper potior est possi-
dens. Dessenungeachtet sei diese letzte Regel nicht ausschließlich als eine Eigen-
thümlichkeit für Mobilien insonderheit anzusehen, sondern der §. 23. h. t. be-
ziehe sich auch auf Immobilien, indem sonst die Vorschrift im §. 25. h. t.
völlig unnütz sein würde, welche die Voraussetzung enthalte, und implicite
die Regel etablire, daß außer dem Falle der mala conscientia der besitzende
Prätendent das Immobile behalte, wenn er auch der jüngere sei. Daß aber
hier von Grundstücken ebenfalls die Rede, ergebe der Ausdruck: »Eintra-
gung«, auch stehe der §. 4. A. L. R. I. 19. dieser Ansicht zur Seite.

(Jahrb. Bd. 30. S. 100.)

2) Behält bei unbeweglichen Sachen der ältere Titel immer
den Vorzug vor dem jüngeren, wenn mit letzterem auch die Tradi-
tion verbunden war?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Aug.
1848.

Aus den §§. 20., 23. läßt sich die Bejahung nicht entnehmen, da nach
§§. 19. ff. der ältere Titel nur dann den Vorzug genießt, wenn damit Ueber-
gabe vereinigt war. Das Marginale des §. 21. handelt zwar nur von beweg-
lichen Sachen. Daß ein Gleiches aber auch bei unbeweglichen Sachen Rechtens
sei, ergiebt der §. 25. deutlich in den Worten: »auch der, welcher zur Zeit
der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Anderen
weiß, kann zum Nachtheil desselben die früher erhaltene Eintragung oder Ueber-
gabe nicht vorschützen«, indem hier Eintragung neben der Uebergabe erwähnt
worden. Damit harmonirt auch §. 4. A. L. R. I. 19., wonach bei der
Kollision zweier persönlich Berechtigten derjenige, dessen Recht durch Besitzein-
räumung in ein dingliches übergegangen ist, den Anderen ausschließt, desgleichen
§. 461. A. L. R. I. 18., welcher beim Lehen auf §§. 18—25. I. 10., ins-
besondere auch auf §. 23. hinweist. (Rechtsf. Bd. 4. S. 324 Nr. 160.)

3) Derjenige, welcher nur ein persönliches Recht zur Sache hat,
kann dasselbe im Wege der Klage gegen den dritten Besitzer der Sache
verfolgen, wenn dieser zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene
Recht des Andern gekannt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1848.
(Präj. Nr. 2059.) (Präj. Samml. S. 85, Entsch. Bd. 16. S. 519.)

4) Wer geht vor, wenn alle Interessenten ihren Titel von einem
nicht eingetragenen Eigenthümer ableiten?

Klein nimmt an, daß auch in diesem vom Gesetz nicht entschie-
denen Falle die §§. 22., 23. h. t. zur Anwendung kommen, und
daher derjenige vorgehe, dem die Sache zuerst tradirt worden, oder,
wenn sie noch keinem tradirt sei, derjenige, welcher den ältesten Titel
habe. (System Bd. 2. S. 273 u. Anm. 1.)

Dagegen meint Bornemann, dieser Fall, als solcher, könne
gar nicht vorkommen; denn die Eintragung des Besitztitels des Auk-
tors müsse immer erst erfolgen, ehe von der Berichtigung des Besitz-
titels für einen der Prätendenten die Rede sein könne; dann aber
reichten die allgemeinen Regeln vollkommen aus.

(System Bd. 2. S. 234 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 2. S. 131 Anm. 4.)

§. 19. Das Ob. Trib. hat in dem Präj. v. 27. April 1849
in Sachen Hein w. Mante, 100/325. III. 49. angenommen, daß
die »protestativische« Eintragung des Titels im Falle des §. 19.
genüge; denn die Wirksamkeit des eingetragenen Titels sei von der
Form, in welcher die Eintragung geschehen, nicht abhängig gemacht.

(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 23. zum §. 19. h. t.)

§§. 21—23. Von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der beweglichen Sachen insonderheit.

§§. 21—23. 1) Die §§. 21—23. handeln nur von der
Kollision mehrerer Eigenthums-Prätendenten in Bezug auf die näm-
liche bewegliche Sache und finden daher auf den Fall der Kollision
mehrerer Hypothekengläubiger keine Anwendung.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Juni 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 58 Nr. 13.)

2) Wenn ein Aktivum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Auktor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuld-Urkunde im guten Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die durch frühere Cession erworbenen Ansprüche der übrigen aus.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Mai 1838, weil nach §. 7. A. L. R. I. 2. die §§. 21—25. h. t. auch in diesem Falle Anwendung finden, und weil der §. 23. h. t. nur unter den beiden Voraussetzungen zur Anwendung kommen könne, daß beide Prätendenten ihren Anspruch aus einem an sich rechtsgültigen Titel von einem und demselben Auktor herleiten, und daß der den Vorzug in Anspruch Nehmende zur Zeit den früher entstandenen Titel des Anderen nicht gekannt habe (§. 25. h. t.).

(Entsch. Bd. 4. S. 71, Centralbl. 1840 S. 132.)

Vergl. die Abhandl. von Rören in Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 283.

3) Die Vorschrift des Kulmischen Rechts (Edition von 1767.) Buch 4. Tit. 5. Kap. 10.: »daß dem ersten Käufer einer Sache vor dem zweiten, welchem der Besitz derselben eingeräumt worden, der Vorzug gebühre, sobald vom Verkäufer mit jenem ein Kontrakt aufgenommen worden«, findet auch auf Immobilien Anwendung, wenn der Kaufvertrag über sie gerichtlich oder notariell aufgenommen worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Febr. 1839. (Präj. Nr. 615.) (Präj. Samml. S. 278.)

§§. 24. u. 25. Mangel an gutem Glauben hindert die Erlangung des Eigenthums.

§. 24. 1) Die Bestimmung des §. 24. findet keine Anwendung, wenn der veräußernde, eingetragene Besitzer zwar nicht der alleinige, aber doch Miteigenthümer des Grundstückes ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 373 Nr. 72.)

2) Wenn der Erwerber eines Grundstückes zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch oder der Uebergabe gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eigenen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht als Mandatar eines Dritten erworben hat, so muß derselbe dem Machtgeber seines Auktors in dem Besitze des Grundstückes weichen.

(Erk. des Ob. Trib. v. 27. Febr. 1844, Entsch. Bd. 10. S. 117.)

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1844[1]). (Präj. Nr. 1418.) (Präj. Samml. S. 47, Entsch. Bd. 10. S. 113.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 62. u. 63., Zus. 3.

§§. 24. u. 25. 1) Das Wissen im Falle der §§. 24. u. 25. braucht nicht durch eigene Sinneswahrnehmung, d. h. unmittelbare Kenntnißnahme durch Einsicht der Besitzurkunden des wahren Eigenthümers, oder öffentlich glaubwürdige Benachrichtigung, erlangt zu sein. Denn das historische Wissen ist mehr oder minder ein bloßes Fürwahrhalten aus Gründen der Erfahrung und des Vertrauens, und man muß schon das als Gegenstand des Wissens annehmen, für dessen Wahrheit überzeugende Gründe dieser Art vorhanden sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Okt. 1843. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 19.)

2) Vergl. die Erg. zum §. 10. h. t.

§. 25. Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 621. in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 4—6.

---

[1]) In den Entsch. Bd. 10. S. 117 wird dies Präj. v. 27. Febr. 1844, in der Präj. Samml. S. 47 dagegen v. 27. Jan. 1844 datirt.

Eilfter Titel.

Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen.

Erster Abschnitt.

Von Kaufs- und Verkaufs-Geschäften.

§§. 1. u. 2. Begriff und Grundsätze.

1) Wenn bei einer Erbtheilung ein Erbe eine zur Erbmasse gehörige Sache annimmt und die Miterben durch Geld entschädigt, so liegt hierin kein Kaufgeschäft.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 24. Juni 1835 und 15. Dec. 1837.

Beim Kaufkontrakte verpflichtet sich nach §. 1. h. t. der Verkäufer, gegen eine bestimmte Summe Geldes das Eigenthum einer Sache auf den Käufer zu übertragen. Es muß mithin der Verkäufer alleiniger Eigenthümer, oder zu einem bestimmten Antheile Miteigenthümer der Sache sein, welche Gegenstand des Kaufkontrakts ist. Dies ist aber bei den Miterben vor getheilter Erbschaft nicht der Fall. Bis dahin repräsentiren sie vielmehr lediglich die Person des Erblassers als Ein Ganzes (§§. 127. u. 151. A. L. R. I. 17.), und hieraus folgt, daß der übernehmende Erbe nicht von den Miterben, sondern von den Repräsentanten des Erblassers, mithin von Letzterem selbst, erwirbt.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 26 ff.)

Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. Nr. 465. v. 7. Mai 1838 in den Erg. zum §. 376. h. t.

2) Die bei einer Fabrik erfolgte und angenommene Bestellung von Waaren einer gewissen nach Fabrikpreisen verkäuflichen Sorte enthält einen Kaufvertrag, wenngleich weder diese Waaren zur Zeit der Bestellung auf dem Lager vorräthig und daher noch anzufertigen waren, noch eine besondere Vereinbarung hinsichtlich des Preises stattgefunden hat. Ein solcher Kaufvertrag gelangt, zumal bei einem schon bestehenden Verkehre der Kontrahenten, durch die Ausführung der Bestellung zur Perfektion, ohne daß eine besondere Erklärung des Fabrikbesitzers über die Annahme der Bestellung vor deren Ausführung erforderlich ist. Daher entscheidet über den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages weder das Datum, noch der Tag des Zugangs des Benachrichtigungsschreibens über die Absendung der Waaren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 280 Nr. 69.)

3) Wenn der Besitzer eines Fideikommiß-Gutes die Revenüen desselben auf eine bestimmte Zeit für eine bestimmte Summe verkauft, und dem Käufer nicht nur die Bewirthschaftung der Güter ohne Rechnungslegung überläßt, sondern demselben auch an den Revenüen ein Pfandrecht bestellt, und für die Rückzahlung des Kaufschillings, falls er vor Ablauf der stipulirten Zeit versterben sollte, anderweitige Sicherheit gewährt, so liegt hierin, trotz der ausdrücklichen Bezeichnung des Geschäftes als eines Kaufvertrages, doch kein Kauf, sondern ein Darlehn, verbunden mit antichretischem Pfandvertrage; denn es kommt nach §§. 65. sqq. A. L. R. I. 4. nicht auf die Bezeichnung des Geschäftes, sondern auf die Absicht der Kontrahenten an, und diese kann unter den obwaltenden Verhältnissen nur auf die Konstituirung eines Darlehns gegangen sein.

(Erk. des I. u. II. Sen. des O. L. G. zu Paderborn v. 23. Juli 1834 und v. 27. Okt. 1835, Centralbl. 1838 S. 537, 586, 607, 634, 674, 729, 777.)

4) Ueber die Gültigkeit eines Kaufvertrages, in welchem ein zu gewährendes Altentheil bedungen ist, dessen Umfang indeß nicht bestimmt festgesetzt worden, vergl. die Erk. des Ob. Trib. v. 26. April 1854 u. 15. Febr. 1856 (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 16 u. Bd. 20. S. 173) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 71. u. 125.

§§. 3—11. Vom nothwendigen Kaufe.

§. 4. Der Staat kann sein Recht, zum Wohl des gemeinen Besten Jemand zum Verkauf seiner Sache zu zwingen, auch einem Dritten eigenthümlich überlassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1831. (Simon's R. Bd. 3. S. 225.)

§§. 4—11. Ist bei Expropriationen der Zwangsverkäufer, wie bei freiwilligen Käufen, zur Errichtung eines förmlichen Vertrages,

Leistung der Uebergabe und Gewähr, Tilgung der Hypotheken verpflichtet?

Verneint von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 1. Mai 1857.

Zwar behandelt das A. L. R. die Expropriation als Zwangsverkauf, und daher kommen im Allgemeinen die Grundsätze vom Kaufe zur Anwendung. Daraus folgt aber nicht, daß der Zwangsverkäufer alle Verpflichtungen eines freiwilligen Verkäufers habe, also hinsichtlich der Errichtung eines formellen Vertrages, der Uebergabe, der Gewähr. Die Natur der Sache steht dem entschieden entgegen, und sie giebt von selbst die nothwendige Begrenzung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen im Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. Der Staat und der, dem es verliehen, ist berechtigt, nach erfolgter Entscheidung des Königs über den Fall der Nothwendigkeit, das Privateigenthum zwangsweise den Staatsunterthanen gegen Entschädigung zu entziehen. Diese sind verpflichtet, sich dem Staatsnothrechte zu unterwerfen, sie müssen die Expropriation **dulden** und sich die Entziehung des Eigenthums gefallen lassen. Kein Gesetz aber verpflichtet sie durch **positive Handlungen**, die Ausübung jenes Staatsrechtes zu fördern. Der Staat ist auch befugt, nach festgestelltem Taxwerthe, und, sobald dieser sichergestellt oder gezahlt ist, das Eigenthum zwangsweise zu ergreifen und zu seinen Zwecken zu verwenden. Er wird auch im Stande sein, die Berichtigung des Besitztitels auf Grund der Expropriations-Ordre, der Taxe und der Quittung über den Taxwerth, mit Vorbehalt des Rechtes des Eigenthümers, aus §. 11. h. t. zu verlangen. Er ist aber ebenso wenig wie ein Käufer sub hasta necessaria berechtigt, den Zwangsverkäufer zum Abschluß eines Vertrages zu zwingen. Keinen Falls würde aber die Verpflichtung zur Vertragserrichtung vor definitiver Feststellung des Kaufpreises durch Einigung oder richterliche Entscheidung eintreten. Denn vorher ist noch kein Kaufpreis vorhanden, und eine Kontraktserrichtung ganz unstatthaft. Der Expropriirte hat ferner keine Verpflichtung, die **Uebergabe** wie bei einem freiwilligen Kaufe zu leisten. Es wird ihm das Eigenthum zwangsweise genommen; er haftet auch nicht für die Gewähr des Eigenthums, für Abgaben- und Servitutfreiheit, er ist nicht verpflichtet, die eingetragenen Hypotheken aus eigenen Mitteln zu tilgen und die Löschungskonsense herbeizuschaffen. Der festgestellte wahre Kaufpreis bildet den Fond zur Tilgung der nicht übernommenen Realverbindlichkeiten. (Entsch. Bd. 35. S. 390.)

§§. 5. 6. u. 10. C. R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 9. März 1848 an sämmtliche Reg., ausschließlich derjenigen zu Stralsund und in der Rheinprovinz, betreffend die Bekanntmachung der Expropriation einzelner Grundstücke für öffentliche Bauten und Anlagen.

Bei Anwendung der Expropriation Behufs Ausführung eines Chausseebaues ist es im Allgemeinen in Frage gekommen, in welcher Art den Besitzern der zum Behufe öffentlicher Anlagen zu expropriirenden Grundstücke der Allerh. Erlaß, durch welchen die Expropriation angeordnet wird, zur Kenntniß zu bringen sei. In Folge dessen werden der Königl. Reg. die nachfolgenden Grundsätze zur Kenntnißnahme und Nachachtung mitgetheilt, nach welchen im Bereich der Gültigkeit des A. L. R. verfahren werden soll.

1) In allen den Fällen, wenn die Expropriation in Beziehung auf solche Bauten und Anlagen, in Hinsicht deren dieselbe nicht schon im Allgemeinen durch die Gesetze für zulässig erklärt ist, angeordnet oder gestattet wird, ist der landesherrliche Erlaß, da derselbe alsdann den Charakter eines Spezialgesetzes hat, durch die G. S. zu veröffentlichen. Diese Veröffentlichung wird in dergleichen Fällen von uns veranlaßt werden.

2) Wenn dagegen die Expropriation in Beziehung auf solche Bauten und Anlagen, in Hinsicht deren sie bereits im Allgemeinen durch die Gesetze für zulässig erklärt ist (§§. 5. u. 6. Tit. 11. Thl. I. und §. 18. Tit. 15. Thl. II. A. L. R.), durch Allerh. Erlaß angeordnet oder gestattet wird, mithin der Expropriationsbefehl nur die Anwendung eines feststehenden Prinzips auf einen gegebenen Fall enthält, von welchem Gesichtspunkte die Sache im §. 10. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. aufgefaßt ist, so bedarf es der Veröffentlichung durch die G. S. nicht; es muß aber der landesherrliche Erlaß in beglaubigter Abschrift oder in beglaubigtem Extrakte entweder den einzelnen Betheiligten mitgetheilt, oder in den betreffenden Gemeinden in der für öffentliche Bekanntmachungen üblichen Form durch die mit der Ausführung beauftragte Behörde bekannt gemacht werden.

In derselben Weise ist auch dann, wenn vermöge besonderer Gesetze die Verwaltungsbehörde zur Anwendung der Expropriation ohne einen besonderen Allerh. Erlaß ermächtigt ist, mit der Veröffentlichung des diese Anwendung aussprechenden Beschlusses zu verfahren, in welchem dann die betreffende gesetzliche speziell anzuführen ist. (M. Bl. d. i. V. 1848 S. 132 Nr. 125.)

§§. 5. u. 6. Vergl.: a) über die Verpflichtung der Grundbesitzer zur Abtretung des Grund und Bodens zu Chaussee-, Kanal- und Flußbauten gegen Entschädigung, so wie zur Ueberlassung von Steinen, Sand und Kies zum Chausseebau, die Erg. zum A. L. R. II. 15. §§. 17—22.;

b) über die Expropriation bei Anlegung von Eisenbahnen die Erg. zum A. L. R. II. 15. §§. 1—7.;

c) über die Expropriation beim Bergbau die Erg. zum A. L. R. II. 16. §§. 109. ff.

§§. 8—11. Gegen die in Gemäßheit des §. 8. aufgenommene gerichtliche Taxe zu expropriirender Sachen ist auch der expropriirende Fiskus Erinnerungen Behufs Ermäßigung des Kaufpreises zu machen berechtigt.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 24. Jan. 1851.

Im Falle der Expropriation findet entweder eine Einigung über den Preis statt, oder nicht. Im letzteren Falle wird derselbe durch den außerordentlichen Werth bestimmt, welchen Sachverständige festzustellen haben. Dieser Preis vertritt die demjenigen, welcher zum allgemeinen Wohl sein Eigenthum abtreten muß, zu leistende Entschädigung, wie dies aus §. 75. der Einl., §§. 29. ff. A. L. R. I. 8. und §§. 5., 6., 18. ff. u. 71. A. L. R. I. 15. hervorgeht. Auch der Zwangsverkauf begründet nichts Anderes, als einen Entschädigungsanspruch, wie in jedem Kollisionsfalle des Privat- und des allgemeinen Interesses, in welchem eine solche Entschädigung an sich begründet ist. Wird nun zur Feststellung der Entschädigung Seitens des Staats eine Taxe des zu verkaufenden oder abzutretenden Privateigenthums aufgenommen, so bildet diese an sich nur einen Maßstab, auf Grund dessen eine Einigung oder richterliche Festsetzung erfolgt. Man kann aber nicht in dem Gesuch um Aufnahme derselben eine Offerte des ermittelten Werthes finden. Naturgemäß wird der Staat durch eine solche Geltendmachung des dominium eminens aus Beantragung der Feststellung des Werths nicht dem beliebigen Urtheil der Taxatoren ohne alle Einrede, möge die Taxe den Anspruch des Expropriirten auch ins Ungemessene überschreiten, unterworfen sein; er offerirt nicht eine bestimmte Summe, oder unterwirft sich nicht dem von einem Dritten festzustellenden Preise. Eine solche Unterwerfung ist allerdings zulässig, sie muß aber auf kontraktliche Einigung beruhen (A. L. R. I. 11. §§. 38. ff.). — Es handelt sich deshalb gar nicht um die Akception einer bestimmten Offerte; eine solche findet im gewöhnlichen Sinne auch nicht statt; der Staat, von seinem Rechte Gebrauch machend, braucht nicht zu offeriren, er ist berechtigt, die Taxe feststellen zu lassen. Nur, wenn er eine bestimmte Summe als Kaufpreis angeboten hat, kann von einer Akceptation im privatrechtlichen Sinne und der Verpflichtung des Staats durch die Offerte die Rede sein. Es kann dies auch überhaupt schon dann nicht eintreten, wenn eine Akception der bestimmten Offerte nicht erfolgt ist. Geschah eine solche, so würde überhaupt eine Einigung eintreten, und es der richterlichen Entscheidung nicht bedürfen. Aus der Bestimmung des §. 11. h. t. kann nicht entnommen werden, daß dem Staat kein rechtliches Gehör wider eine unrichtige Taxe gestattet sei. An sich würde dies den Grundsätzen der rechtlichen Gleichheit der Parteien im Prozeß entgegenstehen und es sich um ein privilegium onerosum handeln, welches das Gesetz ausdrücklich aussprechen müßte. Der gefährliche Schluß a contraria, daß, weil der §. 11. h. t. nur des Eigenthümers, nicht des Staats gedenkt, dieser auf rechtliches Gehör nicht antragen dürfe, ist unrichtig. Rücksichtlich der Staatsunterthanen war es allerdings nöthig, zum Schutz des Eigenthümers bestimmt auszusprechen, daß, wenn er auch kein Widerspruchsrecht gegen den Zwangsverkauf habe, und derselbe auch nicht eine beliebige Abtretungssumme fordern könne, sondern sich der Feststellung des Werthes durch Taxe der Sachverständigen unterwerfen müsse, er dennoch diese Taxe angreifen und durch richterliche Entscheidung seine Entschädigung herbeiführen könne. Es hat dadurch nur gesagt werden sollen, daß er rücksichtlich der Höhe der Entschädigung nicht bloßen Verwaltungsmaßregeln unterworfen, sondern darüber der Rechtsweg zulässig sei. Der Staat hat offenbar das Recht und die Mittel, sich in den Besitz der Sache zu setzen, rücksichtlich seines Interesses bedurfte es nicht der ausdrücklichen Festsetzung, daß ihm der Rechtsweg zustehe; denn er hat keine Veranlassung, das richterliche Gehör in Anspruch zu nehmen, da er in Folge höheren Rechtes sich in den Besitz setzt, die von ihm für angemessen erachtete Entschädigung zahlen, resp. deponiren kann. Der Privatus, der einen höheren Preis fordert, ist allein in der rechtlichen Lage und Nothwendigkeit, klagend aufzutreten. Daraus folgt nun aber natürlich nicht, daß der Verklagte der Einwendungen gegen seine Mehrforderung, sie gründe sich nun auf die aufgenommene Taxe oder nicht, so weit verlustig sei, daß er die früher aufgenommene Taxe überall anerkennen müßte. Dadurch, daß der Privatus den außerordentlichen Werth nach richterlicher Feststellung erstattet erhält, ist die Kollision des Privat- und öffentlichen Wohls gelöset, und man kann darin, daß überhaupt ein solcher Fall eintritt, wo ersteres dem letzteren weichen muß, nicht schon einen Grund finden, den Staat schlechter als jeden Privaten zu stellen. Die Bestimmung des §. 11. des Eisenbahngesetzes v. 3. Nov. 1838 kann zur Bestätigung der entgegengesetzten Ansicht nicht dienen. Es ist hier allerdings den Eisenbahngesellschaften das Recht genommen, auf richterliche Entscheidung über den Werth anzutragen. Es ist dies aber eine Bestimmung, welche in der Natur der Sache liegt, weil die sehr große Einschränkung und Belastung des Privateigenthums eine nothwendige Folge der bedeutenden Eisenbahnanlagen im Staate ist und in der Kontrolle der Regierung

ihre Erklärung findet, und welche als positive Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der §§. 8—11. h. t. anzusehen ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 24 Nr. 5.)

§. 9. Ueber die Bestimmung des Erwerbspreises eines theilweise expropriirten Grundstückes vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Juni 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 106 Nr. 28) in den Erg. zum A. L. R. I. 2. §. 114.

§. 10. 1) Ist die dem Staatsoberhaupte im §. 10. vorbehaltene Entscheidung auf Behörden übertragen?

Bielitz meint, daß dieselbe durch den §. 36. der V. v. 26. Dec. 1808 auf die Regierungen übergegangen sei. (Komm. Bd. 2. S. 393.)

Dies bestreiten:

a) Bornemann, weil die gedachte V. davon nichts enthalte.

(System Bd. 3. S. 2, 2. Ausg. Bd. 3. S. 2. Anm. 2.)

b) Die Gesetzrevisoren; denn aus den in den Akten des Justizmin. litt. P. Nr. 5. enthaltenen Verhandlungen aus dem Jahre 1820 gehe hervor, daß die höchsten Staatsbehörden darüber einverstanden seien, daß die Entscheidung der Frage, ob der Fall einer Nothwendigkeit des Verkaufs zum gemeinen Wohle vorhanden, nur von dem Oberhaupte des Staats ausgehen könne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 3.)

c) Koch, welcher bemerkt, daß dergleichen Bestimmung in der Kategorie landesherrlicher Verordnungen stehe, und in jeder Konzession enthalten sei, in welcher zugleich das Expropriationsrecht übertragen wird. (Landr. Bd. 1. Anm. 6. zum §. 10. h. t.)

2) Der Rechtsweg mit Vindikationsklagen gegen Expropriationen, welche zu öffentlichen Zwecken ausgeführt worden sind, ist unzulässig.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 8. April 1854. (J. M. Bl. 1854 S. 270.)

§§. 12—57. Erfordernisse eines gültigen Kaufs überhaupt.

§. 12. Der völlige Abschluß eines Waarenkaufs nach Mustern hängt nicht von der Vergleichung der bei dem Besteller angelangten Waaren mit den Mustern ab.

Erkannt von dem Rhein. Revis. Hofe unterm 29. März 1834.

(Simon's R. Bd. 3. S. 313.)

Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Nov. 1855 in den Erg. zu den §§. 1. u. 2. h. t. Zus. 2.

§§. 12. u. 30. Auch für die im Wege der nothwendigen Subhastation erfolgten Verkäufe ist der übereinstimmende Konsens der Parteien erforderlich. Wegen Irrthums des Meistbietenden in dem Gegenstande der Subhastation kann daher der an ihn erfolgte Zuschlag als nichtig angefochten werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 103 Nr. 27.)

§§. 13—27. Erfordernisse eines gültigen Kaufs in Ansehung der Person der Kontrahenten.

§§. 13—18. Ueber den Sinn und die Bedeutung der §§. 13—18. vergl. die Abhandlung von Schwiete in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 714 ff.

§. 19. 1) Die Vorschrift des §. 19. ist nicht dahin zu verstehen, daß, wenn zur Zeit der Errichtung des Kaufs der Verkäufer die Befugniß, über das Eigenthum der Sache zu verfügen, nicht gehabt hat, der Vertrag für die Kontrahenten unbedingt ungültig ist; vielmehr ist eine solche unbedingte Ungültigkeit nur in Beziehung auf den nicht zugezogenen Eigenthümer oder denjenigen, welchem die Dispositionsbefugniß über die Sache zusteht, vorhanden; in Beziehung auf die Kontrahenten dagegen hängt die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages von den besonderen Wirkungen ab, welche in jedem einzelnen Falle das Nichtvorhandensein des in dem §. 19. vorgeschriebenen Requisits auf das Rechtsverhältniß der Kontrahenten untereinander hat, und diese sind nach den allgemeinen Vorschriften der Vertragslehre und insbesondere nach den Vorschriften der Gewährleistung bei Kaufverträgen zu beurtheilen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1839. (Präj. Nr. 601.)

(Präj. Samml. S. 47, Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 608.)

Koch hält diese Auslegung für unbefriedigend und in der Behauptung, daß der dritte Eigenthümer den Verkauf anzufechten berechtigt sei, für unrichtig; dieser habe gar kein Klagerecht auf Anfechtung des Verkaufs, weil nur die Kontrahenten aus ihren Verträgen klagen könnten; er habe aber die Anfechtung auch nicht nöthig, weil der Verkauf ihn nicht berühre. (a. a. O. S. 609.)

2) Auf den §. 19., welcher zur Schließung eines gültigen Kaufs auch erfordert, daß der Verkäufer über das Eigenthum der Sache zu verfügen berechtigt sei, kann sich der Verkäufer zur Begründung des Einwandes der Rechtsungültigkeit des Kaufs nicht berufen.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Dec. 1854.

(Entsch. Bd. 29. S. 351, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 337 Nr. 79.)

3) Wenn der in eigenem Namen auftretende Käufer in der Wirklichkeit nicht für sich, sondern für einen erwerbunfähigen Dritten kauft, so geht auf ihn das Eigenthum nicht über, sondern bleibt beim Verkäufer, wenn auch für den Käufer inzwischen der Besitztitel berichtigt ist. Es kann also auch noch eine protestatio de non amplius intabulando gegen den Verkäufer, selbst nach jener Besitztitelberichtigung, ein Recht auf die Sache begründen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 10. April 1847. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 263.)

4) Ein General-Depositorium eines Gerichts als solches kann z. B. das Eigenthum von Grundstücken nicht erwerben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Mai 1855.

(Entsch. Bd. 31. S. 78.)

Vergl. die Erg. zur Dep. O. Tit. II. §. 11.

5) Unterthanen anderer Deutscher Bundesstaaten sind gleich Inländern berechtigt, auf ein zur Subhastation gestelltes, im Preuß. Staate belegenes Rittergut zu bieten, und, insofern sie Meistbietende geblieben, den Zuschlag an sie zu verlangen, ohne daß es der vorherigen Beibringung der Spezial-Konzession des Min. des Inn. zur Erwerbung dieses Gutes bedarf. Die nach Erwerbung eines solchen Gutes dem betr. Unterthan eines anderen Deutschen Bundesstaates verweigerte Ertheilung der nachgesuchten Spezial-Konzession hat die Wirkung, daß das Gut von Neuem, sei es aus freier Hand, sei es mittelst nothwendiger Subhastation, zum Verkauf gestellt werden muß.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1857.

Die K. O. v. 28. März 1809[1]) ist zwar durch den Art. 18. Nr. 1. der Deutschen Bundesakte v. 8. Juni 1815, wie das Gutachten der Min. der Just., der ausw. Ang. und des Inn. v. 18. Aug. 1836 (Jahrb. Bd. 48. S. 267) ergiebt, nicht für aufgehoben zu erachten; allein es ist durch den gedachten Art. die Fähigkeit von Unterthanen anderer Deutschen Bundesstaaten zur Erwerbung von Grundeigenthum im Preuß. Staate an sich festgestellt, und der Spezialkonzession des Min. des Inn. bedarf es für dieselben hauptsächlich nur wegen des von dem neuen Erwerber abzuleistenden Homagialeides, durch dessen Ableistung sie das Inkolat (Indigenat) erwerben. Zu dieser Eidesleistung sind sie aber erst nach der wirklichen Erwerbung verpflichtet, und deshalb kann nicht angenommen werden, daß sie vorher nicht befugt seien, auf ein zur Subhastation gestelltes Rittergut zu bieten und sich den Zuschlag ertheilen zu lassen. Der §. 19. h. t. steht dem nicht entgegen, weil der Art. 18. Nr. 1. der Deutschen Bundesakte anerkannt hat, daß Unterthanen anderer Deutschen Bundesstaaten Grundeigenthum im Preuß. Staate zu erwerben und zu besitzen fähig sind, und weil nirgend vorgeschrieben ist, daß sie nicht das Recht haben sollen, Rittergüter im Preuß. Staate zu erwerben, ihnen vielmehr nur die Ableistung des Homagialeides zur Pflicht gemacht ist. Kann demnächst die Spezialkonzession nicht beschafft werden, so kann dies nur die Wirkung haben, daß das betreff. Rittergut von Neuem, sei es aus freier Hand, sei es mittelst nothwendiger Subhastation, zum Verkauf gestellt werden muß.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 238 Nr. 39.)

6) Ueber den Erwerb eines mit einem Apotheker-Privilegium beliehenen Grundstückes ohne Nachweis der Approbation als Apotheker vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1852 Nr. 2412. in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §§. 456. sqq. zur Apoth. O. v. 11. Okt. 1801 §. 2.

Anh. §. 12. Der §. 12. des Anh. hat mit der veränderten Militair-Verfassung des Staates seine Bedeutung verloren.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 10.)

[1]) Vergl. dieselbe in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 6—8. Zus. V.

Ueber die Entstehung des §. 12. des Anh. vergl. Dr. Löwenberg's Mat. des Anh. S. 26, 27. u. 114.

§§. 28—45. Erfordernisse eines gültigen Kaufs in Ansehung des Gegenstandes.

§. 30. 1) Wenn bei noch obschwebender Separation einer Dorfs-Feldmark der Besitzer eines Bauerngutes von dem auf dieses fallenden Sollhaben eine bestimmte Anzahl Metzen Roggen jährliche Rente mit der Bestimmung verkauft hat, daß dem Käufer der nach jener Rente sich ergebende Betrag an Morgenzahl bei der künftigen Planlage eigenthümlich überwiesen werden soll, so ist dadurch der Gegenstand der Kaufhandlung hinreichend bestimmt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1846 (Präj. Nr. 1751.), da die erwähnte Bezeichnung des verkauften Gegenstandes der Bestimmung des §. 30. genüge, und der Fall des §. 31. nicht vorliege, auch die §§. 582., 583. hier nicht Anwendung fänden. (Präj. Samml. S. 48, Entsch. Bd. 13. S. 168.)

2) Bei Waaren, die in beliebigen Quantitäten nach dem Gewichte verkauft werden, ist die Bezeichnung der zu verkaufenden Quantität nach einem geringsten und höchsten Gewichte, z. B. 1000 bis 1500 Ctnr. Syrup, zur Gültigkeit des Vertrages hinreichend.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Juli 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 120 Nr. 32.)

§. 31. 1) Verträge, wodurch gewisse Bergwerke oder Kuxen gegen einen bestimmten Preis überlassen worden, sind nicht als gewagte Geschäfte, sondern als Kauf-Kontrakte zu betrachten.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 24. Nov. 1836.

Obgleich es eine gewagte Sache ist, sich mit Bergwerken abzugeben, weil die Ausbeute immer mehr oder weniger unsicher ist, so nennt doch das A. L. R. II. 16. §§. 260. u. 322. dergleichen Verträge, wodurch gewisse Bergwerke oder Kuxen gegen einen bestimmten Preis überlassen werden, ganz konform mit den allgemeinen Begriffen vom Kaufe, Käufe im eigentlichen Sinne des Wortes. Nicht die künftigen noch unbestimmten Vortheile, sondern die Bergwerke selbst, d. h. die Grundstücke, bilden den Gegenstand des Vertrages. Wollte man also auf den ungewissen Ertrag Rücksicht nehmen, so müßte man, da alle Grundstücke überall mehr oder weniger ungewisse Nutzungen gewähren, jeden Kaufvertrag über nutzbare Grundstücke als gewagtes Geschäft betrachten, was Niemand annehmen kann. (J. W. 1837 S. 325.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 31. h. t.)

2) Ein Vertrag, wodurch Jemandem die Ausbeute eines bestimmten Bergwerksantheils für bestimmte Jahre gegen eine jährliche Pachtsumme überlassen wird, ist — obwohl als Pachtvertrag von den Kontrahenten bezeichnet — kein Pachtvertrag, aber auch kein Vertrag über ein gewagtes Geschäft im Sinne des §. 31., sondern enthält alle Merkmale des im §. 1. h. t. definirten Kaufs.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 19. Febr. 1857. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 469.)

§. 33. Es enthält keine Verletzung einer wesentlichen Prozeß-Vorschrift, wenn der Richter dem auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommenen Käufer auf den Grund des Kaufvertrages ein von demselben nicht behauptetes Recht zur Auswahl unter mehreren bestimmten Sachen beilegt und hiernach das unter den Parteien bestehende Rechtsverhältniß beurtheilt.

Das dem Käufer vorbehaltene Recht zur Auswahl unter mehreren bestimmten Sachen geht durch Nichtausübung innerhalb der festgesetzten Frist noch nicht verloren.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Dec. 1851, auf Grund des §. 33. und weil der Fall des §. 167. A. L. R. I. 4. hier nicht vorliege.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 180 Nr. 38.)

§. 39. 1) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 20. Febr. 1849 in Sachen Zittmann w. Burchardt angenommen, daß, wenn der Gegenstand des Kaufes schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden und dies beiden Theilen bekannt war, der Kauf nichtig sei. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 23. zum §. 39. h. t.)

Koch bemerkt hierzu, daß, wenn der Käufer auf einen solchen Kontrakt gezahlt habe, er das Gezahlte nicht kondiciren könne, weil er nicht in Irrthum gewesen sei; es sei nicht nothwendig, positiv eine Schenkung zu fingiren, um die Kondiktion auszuschließen, die an sich nicht gegeben sei. (a. a. O.)

Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß in solchem Falle der Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten sei, weil man den Käufer ebensowenig zur Zahlung des ganzen Kaufpreises, als den Verkäufer zur Gewährleistung verpflichten könne. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 20.)

Bornemann ist der Meinung, daß, wenn die verkaufte Sache gar nicht mehr existirt, der Vertrag für nicht geschlossen und das freiwillig gezahlte Kaufpretium für geschenkt zu erachten sei, weil sich eine andere Absicht des Käufers nicht wohl denken lasse.

(System Bd. 3. S. 9, 2. Ausg. Bd. 3. S. 6.)

2) Wenn nur ein Theil der Substanz nicht mehr vorhanden, und dies beiden Theilen bekannt gewesen ist, so kann der Käufer keine Entschädigung fordern.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1800. (Stengel Bd. 16. S. 168.)

Bornemann nimmt an, daß in diesem Falle nach §. 43. h. t. der Vertrag durchweg aufrecht erhalten werden müsse, weil anzunehmen sei, daß der Mangel des fehlenden Theils bei Bestimmung der Gegenleistung berücksichtigt worden.

(System Bd. 3. S. 9, 2. Ausg. Bd. 3. S. 6.)

Koch ist der Ansicht, daß in dem erwähnten Falle, wenn der eine Theil, namentlich der Verkäufer, bei theilweisem Untergange der Sache das noch Vorhandene übergeben und der Käufer es angenommen hat, hieraus als aus einem unbenannten Realvertrage auf Gegenleistung oder Rückgabe geklagt werden könne, da hierbei ein gegenseitiger Dolus nicht vorkomme, sondern Jeder sehe und wisse, was er giebt und empfängt. (Landr. Bd. 1. Anm. 23. zum §. 31. h. t.)

§§. 46—57. Erfordernisse eines gültigen Kaufs in Ansehung des Kaufpreises.

§. 46. Wenn der Preis der verkauften Waare nach Maßgabe des nach ihrer vorgängigen Bearbeitung Seitens des Empfängers sich ergebenden Gewichts derselben vereinbart worden, so fehlt es an dem Erfordernisse des §. 46. h. t., und der Vertrag ist deshalb nicht rechtsgültig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 72 Nr. 19.)

§§. 46—48. Vergl. das R. v. 26. Jan. 1806, betr. die Berichtigung des Besitztitels aus einem Kaufkontrakte, worin das Kaufpretium nicht in einer bestimmten Summe angegeben ist (Rabe Bd. 8. S. 480), in den Erg. zur Hyp. O. Tit. I. §§. 43. u. 44.

§§. 46. 47. 49. 1) Ist die Höhe des Kaufpreises von einem künftigen von der Willkühr der Kontrahenten unabhängigen Ereignisse abhängig gemacht, so wird durch Beihülfe eines der Kontrahenten rücksichtlich des Eintritts dieses Ereignisses das Kaufgeschäft vereitelt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1853, weil ein solches Geschäft einem bedingten ähnlich sei (L. 37. D. 18. 1.) und daher die §§. 104. 116. A. L. R. I. 4. darauf Anwendung fänden, wie auch der 49. h. t. für einen analogen Fall anerkenne. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 14 Nr. 4.)

2) Ein Vertrag, wodurch ein Grundstück für einen bestimmten Preis in einer Geldsumme, und außerdem eine jährlich für die Lebensdauer des Verkäufers zu entrichtende Rente veräußert wird, ist ein Kaufgeschäft und kein Leibrenten-Vertrag.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 16. Okt. 1856. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 434.)

§. 50. Arithmetische Erläut. des §. 50. in Siewert's Material. Hft. 8. S. 305.

§. 52. Zur Abschließung eines Kaufvertrages über öffentlich feil gehaltene Sachen ist eine ausdrückliche Verabredung des Kaufpreises nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn sich Jemand dergleichen Sachen in der ausgesprochenen oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht verabfolgen läßt, darüber als Eigenthümer zu verfügen. Der Käufer muß in diesem Falle den dort üblichen Kaufpreis entrichten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1831. (Simon's R. Bd. 3. S. 224.)

§§. 56. u. 57. Vergl. das G. v. 30. Sept. 1821 über die Münzverfassung in den Preuß. Staaten, besonders dessen §. 7. in den Erg. zum A. L. R. II. 13. §. 12.

§§. 58—69. Von der Verletzung über die Hälfte.

C. L. Paalzow, de laesione ultra dimidium. (In ej. Observation. ad jus Borussic. commune. Fasciculus 1. No. XII.)

Von der Verletzung über die Hälfte beim Kaufvertrage nach Röm. Rechte und nach Preuß. Landrechte. (Jahrb. Bd. 41. S. 339.)

Suarez, Schlußrev. (Jahrb. Bd. 41. S. 15.)

1) Findet die Läsionsklage auch bei anderen Verträgen analoge Anwendung?

a) Die Gesetzrevisoren beschränken dieselbe auf Kauf-, Tausch- und Lieferungsverträge, weil sie in den übrigen Fällen (§§. 390., 486., 528—530., 876., 926. h. t., §. 439. I. 16., §. 112. I. 17.) ausdrücklich ausgeschlossen sei. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 26.)

b) Derselben Ansicht ist Bornemann.

(System Bd. 3. S. 72, 2. Ausg. Bd. 3. S. 39.)

c) Bielitz folgert daraus, daß der Verletzung über die Hälfte nur beim Kaufe gedacht werde, daß dieser Einwand bei anderen Verträgen nicht eintrete. Indessen finde sie Anwendung beim Tausch und bei der Angabe an Zahlungsstatt, weil hier dieselben Rechte und Pflichten, wie zwischen Käufern und Verkäufern begründet würden.

(Nachtr. Hft. 2. S. 71.)

d) Der Verfasser der Abhandl. in den Jahrb. Bd. 41. S. 347 ff. bemerkt, daß eine Ausdehnung der Läsionsklage auf alle onerosen Verträge deren Sicherheit zu schwankend gemacht haben würde, als daß nicht eine Menge von Ausnahmen nöthig geworden wären. Diese letzteren seien denn auch so zahlreich (cf. §§. 391., 926., 528., 529. h. t.), daß angenommen werden müsse, daß unter denselben alle anderen Verträge, außer dem Kaufe und Tausche begriffen seien, bei welchem letzteren aber selbstredend beiden Theilen der in Rede stehende Einwand kompetire.

e) Dem Pächter steht der Einwand der Verletzung über die Hälfte nicht zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850. (Präj. Nr. 2227.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 40, Entsch. Bd. 19. S. 489.)

2) In Hinsicht der bei einer Verletzung über die Hälfte zum Besten des Käufers entstehenden rechtlichen Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthumes ist anzunehmen, daß die Verletzung allein, und ohne andere Gründe, dem Vertrage noch nichts von seiner Gültigkeit benimmt, vielmehr auch in dem Falle einer Verletzung dennoch die rechtliche Möglichkeit und Wirksamkeit des Irrthums nach eben den Grundsätzen, wie bei allen Verträgen beurtheilt werden soll.

(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 29. Juli u. 31. Dec. 1828, Simon's R. Bd. 3. S. 339.)

§. 68. 1) Kommen die den Lauf der Verjährung überhaupt hindernden Umstände dem Käufer, welcher die im §. 68. erwähnten Fristen verabsäumt hat, ebenfalls zu statten?

Bielitz bejahet, weil der Begriff der Verjährung, welche eine Veränderung der Rechte wegen unterlassener Ausübung derselben binnen einer bestimmten Zeit sei, auf die Verabsäumung der für gewisse Handlungen vorgeschriebenen Fristen ebenfalls passe, wofür auch der §. 2. des Publ. Pat. v. 15. Nov. 1816 spreche.

(Nachtr. Hft. 2. S. 69.)

2) Kann der Käufer nach Ablauf der im §. 68. bestimmten Fristen die Verletzung über die Hälfte dem auf Bezahlung des Kaufgeldes klagenden Verkäufer als einen Einwand entgegensetzen?

a) Bielitz verneint, weil der §. 68. den Käufer binnen der daselbst erwähnten Fristen die Aufhebung des Kaufes nachzusuchen verpflichte, und weil dies auch mit den allgemeinen Vorschriften beim Rücktritte von Käufen übereinstimme. Der Käufer werde jedoch dadurch nicht verhindert, nach Ablauf jener Fristen in dem auf Bezahlung des Kaufgeldes vom Verkäufer angestellten Prozesse sich zur Verminderung des Kaufgeldes, des Einwandes des Irrthumes und der Gewährsmängel zu bedienen. (Nachtr. Hft. 2. S. 69.)

b) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 345.

§. 69. Durch die von dem Verkäufer eines Grundstücks wegen Verletzung über die Hälfte gegen den Käufer angestellte Klage auf Rescission des Verkaufes wird die verkaufte Sache nicht zu einer res litigiosa im Sinne des gemeinen Rechtes, und die nach Anstellung der Klage von dem Verklagten einem Dritten eingeräumte Hypothek behält auch nach anerkannter Auflösung des Vertrages und erfolgter Wiederabtretung der Sache an den Verkäufer ihre volle Wirkung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. März 1843.

(Entsch. Bd. 9. S. 426.)

§§. 70—74. Von simulirten Käufen.

1) P. v. 29. Mai 1797, zur Verhütung der simulirten Kauf- und Tauschpreise der adelichen Güter und anderer Grundstücke in Schlesien (Hoffmann's Repert. der Hyp. G. S. 124, Stengel Bd. 8. S. 133, Rabe Bd. 4. S. 175), welches im Wesentlichen gleichlautend ist mit:

2) P. v. 20. Febr. 1802, wegen Verhütung der nachtheiligen Folgen simulirter Kauf-, Tausch- und Pacht-Kontrakte.

Seine Königl. Maj. von Preußen 2c. haben durch das Publik. v. 29. Mai 1797 bereits für das Herzogthum Schlesien diejenigen Vorschriften ertheilen lassen, welche erforderlich gewesen, um diejenigen, welche Grundstücke kaufen oder Geld darauf leihen wollen, gegen die Besorgniß zu sichern, bei Beurtheilung des Werthes der Grundstücke durch simulirte Kauf- und Tauschkontrakte getäuscht zu werden. Die Erfahrung hat indessen gelehrt, daß diese schädlichen Simulationen auch in anderen Provinzen hin und wieder üblich geworden und sich nicht bloß auf Kauf- und Tauschverträge, sondern auch auf Pacht-, Mieths- und andere die Nutzungen der Grundstücke betr. Kontrakte erstreckt haben.

Seine Königl. Maj. finden daher für nöthig, das oben gedachte Publik. näher zu bestimmen und zur allgemeinen Befolgung in Höchst Dero gesammten Staaten Nachstehendes hierdurch zu verordnen und festzusetzen.

§. 1. Jeder, welcher ein Landgut oder anderes Grundstück kaufen, oder ein Darlehn darauf geben will, wird zuvörderst erinnert, daß der in dem Hypothekenbuche eingetragene Werth von der Behörde, welche das Hypothekenbuch führt, keinesweges vertreten wird, sondern es vielmehr lediglich seine Sache bleibt, sich von dessen Richtigkeit durch zulässige Nachfragen und Erkundigungen zu überzeugen.

§. 2. Um jedoch die Mittel, wodurch diese Ueberzeugung bewirkt werden kann, zu erleichtern, sollen künftig in den Hypothekenscheinen nicht, wie an einigen Orten geschehen, nur die neuesten Erwerbspreise, sondern auch die früheren, soweit sie aus dem Hypothekenbuche hervorgehen, aufgeführt werden. Außerdem muß die von dem Landgute oder anderem Grundstücke vorhandene, ritterschaftliche oder gerichtliche Taxe, und zwar im letzteren Falle mit Benennung des Gerichtes, welches die Abschätzung bewirkt hat, in den Hypothekenscheinen vermerkt werden.

§. 3. Wer durch Errichtung simulirter Kauf-, Tausch-, Pachts-, Mieths-, Erbzins- oder anderer ähnlicher Verträge einem Grundstücke den Schein eines höheren Werthes beilegt, soll als ein Betrüger von Amtswegen zur Untersuchung gezogen, und nach dem Grade der dabei zum Grunde liegenden mehr oder minder gefährlichen Absicht, auch nach dem Verhältnisse des daher entstandenen größeren oder geringeren Gewinnes oder Schadens, mit den in dem A. L. R. II. 20. §§. 1259—1268. bestimmten Strafen belegt werden.

§. 4. Wenn der Besitzer eines Grundstückes durch dergleichen Scheinverträge Andere verleitet hat, ihm einen höheren Kredit zu bewilligen, und es entsteht demnächst über sein Vermögen Konkurs, wobei solche hintergangene Gläubiger Verlust leiden, so soll derselbe niemals zur Cessione bonorum verstattet, sondern nach Vorschrift des A. L. R. II. 20. §§. 1458—1472. und nach Beschaffenheit der sonst eintretenden Umstände als ein muthwilliger oder fahrlässiger Banquerotier betrachtet werden.

§. 5. Gleiche Strafen, wie die Kontrahenten selbst (§. 3.), haben auch alle diejenigen verwirkt, welche an den mehrgedachten simulirten Verträgen als Mittelspersonen auf irgend eine Weise wissentlich Theil nehmen, und überdies sind dieselben denen, die hierdurch Schaden erleiden, mit den Hauptkontrahenten, einer für alle und alle für einen, zur Entschädigung verpflichtet.

§. 6. Weder die Gerichte, noch die Justiz-Kommissarien und Notarien, imgleichen die patentirten Mäkler und Agenten sollen sich bei Aufnehmung der Kontrakte zu Werkzeugen unerlaubter Simulationen gebrauchen lassen, vielmehr müssen sie, wenn sie wegen einer solchen Simulation erheblichen Verdacht haben, und die Kontrahenten sich durch Vorhaltungen von ihrem strafbaren Vorhaben nicht abbringen lassen wollen, den ihnen gemachten Auftrag ganz ablehnen. Außerdem müssen diejenigen Gerichtspersonen, welche bei Ausübung ihres richterlichen Amtes von solchen Simulationen glaubhafte Kenntniß erlangen, davon der Behörde Anzeige thun, damit nach Beschaffenheit des obwaltenden Verdachtes und der sonst eintretenden Umstände die Untersuchung wegen der unternommenen Simulation veranlaßt, und bis zu deren Erledigung die Eintragung solcher verdächtiger Kontrakte in die Hypothekenbücher nicht gestattet werde.

§. 7. Gerichtspersonen, Notarien, Mäkler und Agenten, welche wissentlich simulirte Verträge von der oben erwähnten Art unterstützen und begünstigen, sollen außer der §. 5. bestimmten Strafe, ihres Amtes entsetzt; wenn sie aber die ihnen §. 6. auferlegten Pflichten aus Fahrlässigkeit verabsäumen, nach Verhältniß des Grades der verschuldeten Fahrlässigkeit, nach Anleitung des A. L. R. II. 20. §§. 334—336., bestraft werden.

(N. C. C. Tom. XI. p. 767. No. 14. de 1802, R. A. Bd. 2. S. 311, Stengel Bd. 15. S. 287, Rabe Bd. 7. S. 55.)

§. 70. 1) Der Einwand der Simulation des Kaufvertrages wird durch ein Judikat, durch welches der Verkäufer zur Räumung des vorbehaltenen Miethsbesitzes verurtheilt worden, nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 261 Nr. 62.)

2) Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 27. Mai 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 207 Nr. 43) in den Erg. zum A. L. R. I. 4. §§. 52—55.

§§. 70. u. 71. Auch außer dem Falle des G. v. 26. April 1835 (jetzt des G. v. 9. Mai 1855) ist jeder Gläubiger befugt, Veräußerungskontrakte seines Schuldners anzufechten, wenn er den Beweis zu führen vermag, daß dieselben von beiden Seiten ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, und lediglich zum Schein abgeschlossen worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1844. (Präj. Nr. 1513.)

Es läßt sich aus den positiven Bestimmungen der Konk. O. §§. 42—55. und des G. v. 26. April 1835, welche ganz ernstlich gemeinte Veräußerungsverträge im Auge haben, nicht folgern, daß solche Verträge des Schuldners mit einem Dritten, die ausgemachterweise simulirt sind, außerdem von den Gläubigern nicht angetastet werden dürften. Es ist für das Prinzip, nämlich für die Legitimationsfrage, gleichgültig, ob der Gläubiger als Verklagter oder als Kläger die Simulation geltend macht. In solchen Fällen hat seine Klage nicht die Natur einer Vindikations- oder Resciſſionsklage, sondern seine Behauptung geht nur dahin, daß der andere Kontrahent in Wirklichkeit, auch nach seinem eigenen Willen, nicht Besitzer der Sache für sich selbst sei, sondern dieselbe nur für seinen Schuldner in Gewahrsam habe. Dies zu beweisen und die Sache als gar nicht aus dem Eigenthum seines Schuldners herausgetreten, sondern als fortwährend im Eigenthumsbesitze seines Schuldners verblieben, zum Verkaufe zu bringen, muß jedem Gläubiger freistehen, sollte der Schuldner auch nicht gerade in Konkurs verfallen sein.

(Präj. Samml. S. 402, Entsch. Bd. 10. S. 355.)

Koch ficht diese Begründung des Rechtssatzes zwar an, gelangt aber zu gleichem Resultate.

(Beurtheil. S. 710, Landr. Bd. 1. Anm. 45. zum §. 71. h. t.)

§. 71. Ueber die Begründung der Klage auf Erstattung des Kaufpreises bei einem Scheinkaufe vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 15. März 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 14 Nr. 7.) in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 200.

§. 72. Der §. 72. ist nicht auf den Fall, daß Behufs Täuschung dritter Personen der Kaufpreis höher oder niedriger angegeben worden, zu beschränken; er ist vielmehr in allen Fällen anwendbar, in welchen hinsichtlich der Höhe des Kaufpreises das Geschäft anders niedergeschrieben, als verabredet worden. Der §. 72. setzt voraus, daß die Abrede wegen des höheren oder niederen Kaufgeldes mit dem Willen beider Theile nicht in den schriftlich errichteten Vertrag aufgenommen worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 3 Nr. 2.)

§. 74. 1) Die Vorschrift des §. 74. findet nicht bloß bei Kaufgeschäften über bewegliche Sachen, sondern auch bei Verträgen über Grundstücke statt, und es muß daher in einem solchen Falle der Käufer eines Grundstückes, welcher dasselbe bereits übergeben erhalten hat, den mündlich versprochenen Preis dafür zahlen, wenn er nicht, was ihm freisteht, den ganzen Kauf rückgängig machen will.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1838. (Präj. Nr. 531.) (Präj. Samml. S. 48.)

2) Ist ein formell gültiger Kaufvertrag über ein Grundstück, wobei der wahre Preis nur mündlich verabredet worden, im Wesentlichen von beiden Theilen erfüllt, so darf der Verkäufer von dem Vertrage nicht mehr zurücktreten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1371.) (Präj. Samml. S. 48.)

3) Wenn nach dem schriftlichen Kaufvertrage der Kaufpreis baar zu zahlen, in Wirklichkeit aber dessen Berichtigung auf andere Art vereinbart ist, so ist der Vertrag ungültig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 284 Nr. 58.)

4) In einem älteren Präj. (aus dem J. 1805) hat das Ob. Trib. angenommen, daß ein Kaufkontrakt, in welchem der Kaufpreis höher, als er mündlich verabredet worden, angegeben ist, ohne Unterscheidung nichtig und für keinen der Kontrahenten verbindlich sei, in soweit nicht der wirkliche Kaufpreis anderweit in gültiger Form festgesetzt worden. (Mathis Bd. 3. S. 3.)

Koch bemerkt hierzu, daß dies Präj. unrichtig und daß die neuere Praxis des Ob. Trib., wie die (oben mitgetheilten) Präj. Nr. 531. und Nr. 1371., so wie das Präj. Nr. 2152.[1]) ergäben, davon abgegangen sei. (Landr. Bd. 1. Anm. 49. zum §. 74. h. t.)

§. 75. Form der Kaufverträge.

Ueber die Form der Kaufverträge unter Eheleuten vergl. A. L. R. II. 1. §§. 198—201. und die Erg. dazu.

§§. 76 — 114. Verbindlichkeiten des Verkäufers.

§§. 78—82. In Ansehung der Pertinenzstücke.

1) Der Käufer eines Grundstücks ist als solcher nicht berechtigt, die vor Abschluß des Kaufgeschäftes Seitens des Verkäufers durch mündlichen Vertrag davon veräußerten unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiciren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1840. (Präj. Nr. 852. b.)

Wenn auch der Veräußerungsvertrag über die Substanztheile nicht schriftlich geschlossen ist, aber die Grundstücke übergeben und die Kaufgelder dafür bezahlt sind, so sind sie dadurch aus dem Besitze des Verkäufers ausgeschieden und in den vollständigen Besitz des Erwerbers übergegangen. Dadurch ist ihr bisheriges Pertinenzverhältniß zu dem Hauptgute aufgelöst. Denn der Besitz geht auch durch Tradition an einen Anderen ohne vorgängigen schriftlichen Vertrag verloren, und wenn das Pertinenzverhältniß einer Sache zu einer anderen überhaupt durch die Dispositionen des Eigenthümers aufgehoben werden kann, so muß insbesondere die Uebertragung des Besitzes auf einen Andern gewiß ebenfalls diese Wirkung äußern. Auch erkennen die Gesetze in der That denjenigen, welcher eine Sache durch mündlichen Vertrag erworben hat, während das Geschäft eigentlich eines schriftlichen Vertrages bedurfte, als vollständigen Besitzer an. (A. L. R. I. 5. §. 163., A. L. R. I. 7. §§. 188., 7., Suarez Schlußverhandl. in den Jahrb. Bd. 52. S. 6—7.) Hieraus folgt, daß der Tradent seinerseits nicht mehr der Besitzer ist, und daß die abgetretene Sache als Zubehör einer anderen von ihm nicht mehr besessen werden kann. Das Hauptgut aber, zu dem das Pertinenzstück bisher gehörte, kann den Besitz des letzteren nicht fortsetzen; denn das würde ebenso viel heißen, als der besessenen Sache einen besonderen Willen gegen den ihres Besitzers oder neben diesem zuschreiben. Der Tradent mag immerhin die Befugniß behalten, den Vertrag wegen mangelnder Form anzufechten und das Grundstück von dem Erwerber zurückzufordern; allein hierin liegt nur ein persönliches Recht, das zugleich mit der persönlichen Verpflichtung zur Restitution des für das Grundstück Empfangenen verbunden ist (A. L. R. I. 5. §§. 156. ff.). Als Befugniß des zurückbehaltenen Hauptgutes, als subjektiv-dingliches Recht, ist jenes Klagerecht auf Resciſſion des Vertrages gesetzlich nicht anerkannt und konnte es auch nicht werden, da das Gut, als bloße Sache, eine Verbindung nicht aufrecht zu erhalten im Stande ist, die sein Besitzer aufgehoben hat. Der Erwerber eines Gutes durch Singularsukceſſion kann daher die persönliche Befugniß des Verkäufers zur Rückforderung der vordem durch mündlichen Vertrag davon dismembrirten Stücke nur mittelst Ceſſion erlangen. Aus dem Kaufgeschäfte über das Hauptgut erlangt er nur Ansprüche auf die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages dabei befindlichen Pertinenzien (§. 83. h. t.); die früher vorgenommenen Veräußerungen sind in Beziehung auf ihn bereits vollendete Thatsachen. Der §. 313. h. t. setzt nur bei wieder verkäuflich veräußerten Pertinenzien eine Ausnahme fest.

(Präj. Samml. S. 49, Entsch. Bd. 6. S. 279.)

Denselben Grundsatz hat der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Mai 1856 angenommen, welches zugleich ausführt, daß

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 159.

auch der Adjudikatar in der nothwendigen Subhastation nicht berechtigt sei, die vor der Einleitung der Subhastation von dem bisherigen Besitzer des Grundstückes davon veräußerten Substanztheile oder unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiciren.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 16 Nr. 6.)

Koch hält die in dem Präj. Nr. 852. b. ausgesprochene Ansicht für richtig.

(Landr. Bd. 1. Anm. 51. zum §. 78. h. t.)

Vergl.: Bielitz Komm. Bd. 1. S. 332—334 Nr. 2—4. und Grävell's Kom. zur A. G. O. Bd. 6. S. 215, 216, 278.

2) Wenn der Adjudikatar wirkliche Pertinenzien des subhastirten Grundstückes nicht gegen den vorigen, sondern gegen einen dritten Besitzer in Anspruch nimmt, so kann auch von dem Letzteren dieser Anspruch durch den Einwand, daß die Pertinenzien in der Taxe nicht mit abgeschätzt seien, nicht abgewendet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1840. (Präj. Nr. 852. a.)

Wenn der Adjudikatar das Gut als Ganzes erstanden hat, so sind ihm die Pertinenzien, wenn sie auch nicht mit abgeschätzt worden, falls sie zur Zeit der Adjudikation noch Pertinenzien waren, auch mit adjudicirt; er ist alsdann Eigenthümer derselben geworden und zu ihrer Vindikation berechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob sie in der bei der Taxation zum Grunde gelegten Spezifikation mit enthalten sind oder nicht. (A. L. R. I. 2. §. 107., A. L. R. I. 11. §§. 78. ff., Anh. §. 407. zur A. G. O. I. 52.) Die Ansicht, daß die Vorschrift des §. 407. des Anh. zur A. G. O. dem Adjudikatar nicht zu statten komme, weil er hier nicht gegen »den vorigen Besitzer« im Sinne dieses §., d. h. nicht gegen denjenigen, wider den das Subhastationsverfahren ausgebracht war, auf Herausgabe nicht mittaxirter Grundstücke klage, ist unrichtig. Ist der Adjudikatar der wahre Eigenthümer aller auch bei der Taxation übersehenen Pertinenzien des ihm zugeschlagenen Gutes, ist er dies namentlich dem vorigen Besitzer gegenüber, so muß er dafür auch gegen Alle gelten, welche ihre Rechte nur von dem Letzteren herleiten oder gar keine Rechte an den Pertinenzien haben.

(Präj. Samml. S. 49, Entsch. Bd. 6. S. 279.)

3) Wenn bei der gleichzeitigen nothwendigen Subhastation zweier Grundstücke deren Pertinenzien in den Taxverhandlungen ohne Widerspruch der Subhastations-Interessenten verwechselt worden sind, so hat es dabei sein Bewenden, und es kann keiner der beiden Adjudikatare die ursprünglich zu dem von ihm gekauften Grundstücke gehörig gewesenen Pertinenzien vindiciren.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1853, mit Rücksicht auf den §. 12. A. G. O. I. 52. und da das Präj. Nr. 852. a.[1]) nicht entgegenstehe, weil dasselbe voraussetzt, daß die vom Adjudikatar in Anspruch genommenen Realitäten zur Zeit der Subhastation wirklich noch diese Eigenschaft gehabt haben, unter welcher Voraussetzung der Anspruch bloß dadurch, daß dieselben in der Taxe nicht mit abgeschätzt worden, nicht beseitigt werde.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 330 Nr. 78.)

§§. 83—101. Bei Verkäufen in Pausch und Bogen.

§. 83. Ueber die Frage: ob der Verkauf eines Landgutes »mit allen Zubehörungen, Freiheiten und Lasten, wie solche im Hypothekenbuche verzeichnet und von dem Verkäufer und seinen Vorfahren benutzt worden sind«, ein Verkauf in Pausch und Bogen ist, und ob der Ausdruck »Hufe« eine bestimmte Größe bezeichnet, und das Flächenmaß der Hufe durch alle drei Felder der Bewirthschaftung oder nur in einem Felde zu rechnen ist? vergl. die (in den Gründen abweichenden) konformen, durch das Revisions-Urtel, de publ. den 10. Okt. 1806, bestätigten Erk. des Stadtg. zu Berlin, de publ. den 18. Febr. 1805, und des Kammerg., de publ. den 25. Nov. 1805.

(Mathis Bd. 4. S. 11.)

§. 84. 1) R. v. 17. Juni 1831, R. v. 5. Mai 1834 und R. v. 29. Dec. 1837. Im §. 84. ist statt: »verkauft« zu setzen: »erkauft«.

(Jahrb. Bd. 37. S. 323, Gräff Bd. 6. S. 7, Jahrb. Bd. 43 S. 445, Gräff Bd. 8. S. 3, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

Derselbe Druckfehler ist auch bereits gerügt von Suarez in den Schlußbemerkungen. (Jahrb. Bd. 41. S. 16.)

[1]) Vergl. Zus. 2 ad h. l.

2) Sind bei einem Kaufe in Pausch und Bogen die bereits verkauften, auf dem Gute aber noch vorhandenen Früchte als mitverkauft anzusehen?

a) Bornemann bejahet, insofern der Käufer davon, daß die Früchte bereits verkauft waren, keine Kenntniß hatte.

(System Bd. 3. S. 21.)

b) Bielitz folgert das Gegentheil aus §§. 81., 87. h. t., §. 54. Tit. 7. u. §. 23. Tit. 10. (Komm. Bd. 2. S. 426.)

c) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die Frage nach den Grundsätzen des Tit. 10. Thl. 1. des A. L. R. zu entscheiden sei.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 29.)

d) Koch nimmt an, daß der Käufer des Gutes auf die einem Dritten verkauften und (körperlich oder symbolisch) übergebenen, einstweilen aber noch auf dem Gute vorfindlichen Früchte und Vorräthe keinen Anspruch habe, wenn er auch die Veräußerung nicht gekannt hat. Wenn dagegen dergleichen besonders verkaufte Früchte 2c. dem Käufer derselben noch nicht übergeben worden, und wenn die Uebergabe des Gutes an den Gutskäufer ohne Vorbehalt erfolgt, so erwerbe dieser das Eigenthum derselben mit. In wiefern der Fruchtkäufer seinen Titel gegen ihn zur Geltung bringen könne, sei nach den Grundsätzen des Tit. 10. zu entscheiden.

(Landr. Bd. 1. Anm. 54. zum §. 84. h. t.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 2. §. 106.

§§. 84. u. 85. Der III. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 12. Mai 1854 aus:

Die Bestimmung der §§. 84. u. 85. gestattet in Beziehung auf geschlagenes und schon verkauftes Holz keine weitere Folgerung, als daß es für das Verhältniß der Kontrahenten von dem Verkaufe für ausgeschlossen erachtet wird, wenn auch der Käufer desselben zu seinem Wirthschaftsbetriebe benöthigt wäre. Nach anderer Seite hat der Verkauf in Pausch und Bogen ausgedehntere Grenzen. Er erstreckt sich auf alle bei dem Gute vorhandenen Früchte und Vorräthe, mögen sie gesammelt, zugewachsen oder erkauft sein, während sich gesetzlich die Pertinenzqualität auf die zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur zu erwartenden Wiedergewinnung erforderlichen Vorräthe von Gutserzeugnissen beschränkt (§. 49. A. L. R. I. 2.). Diese eigenthümlichen Grundsätze sind auf andere Verhältnisse nicht anzuwenden und lassen namentlich die Rechte der Hypothekengläubiger unberührt.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 96 Nr. 23.)

§. 89. Bewegliche Zubehörungen eines subhastirten Fabrikwerkes gehen durch den Zuschlagsbescheid in einer Subhastation auf den Adjudikatar über, wenn sie nicht ausdrücklich von der Subhastation ausgeschlossen worden sind.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 12. Okt. 1850, auf Grund des §. 93. A. L. R. I. 2., der §§. 443—445. A. L. R. I. 20. und der §§. 344., 78—80. u. 89. h. t.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 462.)

§§. 92—94. Zeit und Ort der Uebergabe.

§. 93. Bornemann bemerkt, daß der scheinbare Widerspruch zwischen dem §. 93. h. t. und den §§. 27. u. 52. A. L. R. I. 16. sich durch die Erwägung beseitige, daß beim Kaufvertrage, wie bei jedem anderen zweiseitigen Geschäfte, jeder Kontrahent nach übernommener Leistung des anderen Kontrahenten sofort (Zug um Zug) zur Gegenleistung verpflichtet sei. (System 2. Ausg. Bd. 2. S. 313.)

§§. 95—116. In Ansehung der Gefahr, der Lasten und Nutzungen bis zur Uebergabe.

§§. 95. sqq. 1) Suarez, Bemerk. über das Abweichende der Theorie der §§. 95. sqq. von dem Röm. Rechte und die Motive dabei. (Jahrb. Bd. 41. S. 16.)

2) Wenn das Gesetz dem Verkäufer die Gefahr der verkauften Sache auferlegt, so hat nicht etwa der Käufer Anspruch auf Ersatz des Schadens oder Minderung des Preises, sondern nur ein Recht auf Rücktritt vom Vertrage.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1488.)

Das A. L. R. I. 11. §§. 95. ff. giebt die Vorschriften über die Gefahr beim Kauf, ohne ausdrücklich über die Bedeutung dieser Gefahr, »Gefahr und Schaden« sich auszusprechen. Daß es die Gefahr des Verkäufers, wie die eines Versicherers hätte behandeln wollen, ist undenkbar. Eben so wenig ist ersichtlich, daß es den Verkäufer hinsichtlich der Gefahr so stellt, wie wenn er durch seine

Schuld den Schaden verursacht hätte. Vielmehr scheidet es diesen Fall aus,
indem es sogar für den Fall, wenn durch seine Schuld nicht der Schaden, son-
dern nur die Verzögerung der Uebergabe veranlaßt ist, eine besondere Bestim-
mung trifft, ibid. §. 97.; der Verkäufer soll hier zum Schadensersatze ver-
pflichtet sein, und zwar soll er, den allgemeinen Regeln von der Prästation
der culpa gemäß, nicht bloß für den an der Sache entstandenen Schaden, son-
dern auch (beim Vorsatz oder groben Versehen) für den dem Käufer entgangenen
Vortheil haften. — Eine besondere Entscheidung wird noch dem Fall der zu-
fälligen gänzlichen Vernichtung vor der Uebergabe zu Theil, ibid. §. 100.
Hier soll der Kaufkontrakt für aufgehoben geachtet, der Fall also, wie bei
einer sonstigen Unmöglichkeit der Erfüllung, nach Thl. I. Tit. 5. §§. 364. ff.
behandelt werden, worauf denn auch in jener Stelle verwiesen wird. Diese
Entscheidung steht aber nicht in innerem Zusammenhange mit der Gefahr, denn
auch für den Kauf in Pausch und Bogen, wo der Verkäufer schon mit dem
Abschluß des Vertrages der Gefahr entbunden wird, ist dasselbe festgesetzt, ihn
soll auch hier der Verlust treffen. (§. 120. h. t.) Daraus, daß das A. L.
R. die Frage nicht besonders und ausdrücklich entscheidet, ist zu entnehmen,
daß man hinsichtlich der Folgen der Gefahr bei dem aus der Natur des Ver-
hältnisses mit Nothwendigkeit Folgenden stehen bleiben muß. Dies ist, wie oben
angegeben worden: daß der Verkäufer, da ihn, als noch Eigenthümer der
Sache, auch die Beschädigung trifft, den Käufer nicht anhalten kann, um den
verabredeten Preis die beschädigte Sache zu übernehmen; in welchem Fall eben
den Käufer, nicht ihn, der Schaden treffen würde. Mehr aber liegt in dem
Begriff der dem Verluste auferlegten Gefahr nicht; jede weitere Verbindlichkeit
desselben wäre ein Zusatz, zu dessen Begründung es einer besonderen gesetzlichen
oder vertragsmäßigen Festsetzung bedürfte. Ein solcher Zusatz wäre es auch
schon, wenn der Verkäufer verpflichtet sein sollte, sich zu einer entsprechenden
Herabsetzung des Preises zu verstehen, wenn der Käufer es etwa in seinem
Interesse fände, den Vertrag festzuhalten, aber doch nicht den bestimmten Preis
zu geben. Eine solche Pflicht spricht das A. L. R. nirgends als Folge der vom
Verkäufer zu tragenden Gefahr aus, und sie muß daher, da sie nicht inner-
halb der natürlichen Grenzen der Gefahr liegt, verworfen werden.

(Präj. Samml. S. 49, Entsch. Bd. 11. S. 239.)

§§. 102—104. Wenn der Käufer durch seine mora sol-
vendi die Uebergabe der verkauften Sache unmöglich gemacht hat,
so darf der Verkäufer als Schadloshaltung das bedungene Kaufgeld
nebst Zögerungszinsen verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Aug. 1848;
denn da nach §. 103. zur Schadloshaltung schon bei bloß verzögerter
Uebernahme der Sache die Bezahlung des bedungenen Kaufpreises,
auch bei nur mäßigem Versehen des Käufers, geleistet werden müsse,
so müsse dies um so mehr in dem Falle geschehen, wo die Zögerung
die Uebergabe ganz unmöglich gemacht hat, und aus den §§. 64.,
65. A. L. R. I. 16. und den §§. 827. u. 834. h. t. folge, daß
der Käufer von den fällig gewesenen Kaufgeldern auch Zögerungszinsen
zahlen müsse.

(Entsch. Bd. 17. S. 144, Rechtsf. Bd. 4. S. 295 Nr. 115.)

Vergl. gegen die Begründung dieser Entscheidung Koch's Landr.
Anm. 38. u. 39. zum A. L. R. I. 5. §§. 287. u. 288.

§§. 106. u. 107. 1) Zur Erläuterung der §§. 106. u.
107. theilen die Gesetzrevisoren Folgendes mit:

Die §§. 106. u. 107., welche nach Verschiedenheit der Nutzungen deren
Theilung pro rata temporis verordnen, oder den Verfalltag entscheiden lassen,
fanden sich eben so, nur in umgekehrter Ordnung, in dem gedruckten, so wie
in dem ungedruckten Entw. (cf. Material. des A. L. R Bd. 28. Fol.
238., gedr. Entw. Thl. II. Tit. VIII. §§. 147., 148.) Auf den Grund der
eingegangenen Monita wollte Suarez sie abändern; er sagte darüber in der
rev. mon.:

Viele Monenten sind der Meinung, daß zwischen den §§. 147. u. 148.
bestimmten Nutzungen kein Unterschied zu machen, vielmehr alle fructus tam
naturales quam civiles zwischen dem Käufer und Verkäufer pro rata ihrer
Besitzzeit zu theilen. Diesem voto würde ich beitreten, da zwischen beiderlei
Arten von fructus kein reeller Unterschied anzutreffen ist, und die gemachte
Distinktion nur zu Prozessen und Weiterungen, welche Nutzungen zu dieser
oder jener Klasse gehören, Anlaß geben würde.

Demzufolge hatte er eine Bestimmung entworfen, des Inhalts:
Auch Pacht- und Miethzinsen, imgleichen alle Geld- und Natural-Abgaben
werden, wenngleich der Termin ihrer Zahlung erst nach der Uebergabe ein-
tritt, dennoch, falls nicht ein Anderes verabredet worden, zwischen dem Käufer
und Verkäufer nach Verhältniß ihrer Besitzzeit getheilt.

In dem umgearbeiteten Entw. ist indeß diese Bestimmung durchstrichen und
ad marg. sind unter Suarez Handschrift die Vorschriften, die wir jetzt §§. 106.
u. 107. d. T. finden substituirt. (cf. Material. des A. L. R. Bd. 81. Fol. 93.)

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 37.)

2) Borneman'n ist der Meinung, daß die Redaktoren bei Ab-
fassung der §§. 106. u. 107. nur Grundstücke im Auge gehabt
hätten, daß daher bei Verkäufen beweglicher körperlicher Sachen und
nutzbarer Gerechtigkeiten, in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen,
welche für Auseinandersetzungen zwischen dem Eigenthümer und red-
lichen Besitzer maßgebend seien, der §. 105. unbedingt zur Anwen-
dung gebracht werden müsse.

(System Bd. 3. S. 50, 2. Ausg. Bd. 3. S. 28.)

§. 109. 1) Wann ist anzunehmen, daß die gleichzeitige
Nutzung der Sache und des Kaufgeldes wider den Willen des
Anderen geschehe?

a) Das O. L. G. zu Stettin hat in dem Erk. v. 6. Aug.
1845 die Ansicht ausgesprochen, daß es in allen Fällen anzunehmen,
in welchen Kaufgelder erst nach der Uebergabe gezahlt werden sollten
und im Vertrage nichts über die Verzinsung bestimmt worden sei.

(Entsch. Bd. 13. S. 179.)

b) Das Ob. Trib. hat sich darüber in folgenden Präj. ausge-
sprochen:

α) Der Käufer eines Grundstückes, welchem im Kaufkontrakte
die Befreiung desselben von den darauf haftenden Schulden und
Realverbindlichkeiten bis zur Verlautbarung des Kontraktes zugesagt,
und für den Fall der Nichterfüllung dieser Zusage das Recht vorbe-
halten ist, das Restkaufgeld, welches er bis zu einem bestimmten
Zeitpunkte verzinsen sollte, bis zur vollständigen Erfüllung des Ge-
gentheils retiniren zu dürfen, ist nicht verpflichtet, das Restkaufgeld
über diesen Zeitpunkt hinaus, bis zur viel später geleisteten Liberation
des fundi zu verzinsen, obwohl das Grundstück schon beim Kontrakts-
abschluß naturaliter übergeben worden. Die Vorschrift des §. 109.
findet hier keine Anwendung, weil sie im Falle der Anwendung gegen
den Käufer voraussetzt, einmal, daß ihm eine vertragsmäßige Ueber-
gabe geleistet, und zweitens, daß von ihm wider den Willen des
anderen Theils res et pretium genutzt sei.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. im J. 1833. (Präj.
Nr. 82.) (Präj. Samml. S. 49.)

β) Wenn in einem Kaufkontrakte für die Zahlung des Kauf-
geldes Termine festgesetzt sind, welche erst nach der Uebergabe der
Sache eintreten, ohne daß Zinsen vom Kaufgelde vorbedungen sind,
so können diese erst seit dem Eintritt der Fälligkeitstermine gefordert
werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. April
1846. (Präj. Nr. 1742.)

Die im §. 109. aufgestellte Regel ist zwar eine allgemeine, gestattet aber
nicht den Schluß, daß dieselbe auch dann Anwendung finden müsse, wenn in
dem Vertrage ausdrücklich nichts darüber bestimmt ist, ob die erst nach der
Uebergabe zu zahlenden Kaufgelder verzinset werden sollen. Die Regel lautet
nicht so: keiner der Kontrahenten kann Sache und Kaufgeld zugleich nutzen, son-
dern nur dahin, daß dies nicht wider den Willen des Anderen geschehen
kann. Sobald also der Kontrakt den Willen der Kontrahenten über den Zeit-
punkt, wann der Käufer die Sache und der Verkäufer das Kaufgeld erhalten
soll, unzweideutig ausdrückt, entscheidet dieser Wille, und es kann nicht ange-
nommen werden, daß der Verkäufer ausdrücklich auf das Recht verzichten müsse,
von den erst nach der Uebergabe fälligen Kaufgeldern Zinsen von der Uebergabe
ab zu verlangen. Jede Zinsverbindlichkeit, also auch jedes Recht, Zinsen zu
fordern, muß auf einem positiven Gesetze, oder auf einem speziellen Rechtstitel
beruhen; man kann daher die Uebereinkunft, daß ein Kaufgeld nicht verzinset
werden solle, nur dann einen Verzicht nennen, wenn ein positives Gesetz oder
eine Bestimmung im Kaufkontrakte die Pflicht der Verzinsung ausgesprochen hat.
Wenn nun nach §§. 221., 224., 227. h. t. die Kaufgelder nur, »im Falle
nichts Anderes verabredet worden«, mit der Uebergabe fällig werden, und nur
die Kaufgelder zu verzinsen sind, deren baare Zahlung bei der Uebergabe ver-
sprochen, aber nicht geleistet wurde, diejenigen Kaufgelder dagegen nach §. 861.
h. t. für kreditirt erachtet werden, rücksichtlich deren solche Festsetzung nicht ge-
troffen worden, so ergiebt dies, daß das Schweigen des Kontraktes über die
Verzinsung der Kaufgelder nicht als ein Verzicht auf ein Recht betrachtet wer-
den kann. In diesem Falle kommt es daher darauf an, ob der Vertrag den
Willen der Parteien erkennen läßt. Ist der Zeitpunkt, wann die Uebergabe
stattfinden, und der, wann die Kaufgelder gezahlt werden sollen, genau bestimmt,
so ist der Wille der Kontrahenten unzweideutig ausgesprochen. Wird dann
Uebergabe und Zahlung der Kaufgelder zur festgesetzten Zeit geleistet, so ist der
Wille der Kontrahenten erfüllt, und es ist nicht wider ihren Willen, daß bei-
des zu verschiedenen Zeiten geschieht; es liegt dann nichts vor, woraus ent-

nommen werden könnte, daß es wider ihren Wille wäre, wenn der Käufer die Kaufgelder noch bis zu dem erst nach der Uebergabe eintretenden Zahlungstage nutzt. (Präj. Samml. S. 49., Entsch. Bd. 13. S. 178.)

Vergl. gegen die Begründung dieser Entscheidung aus dem §. 861. h. t. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 70. zum §. 109. h. t.

2) Die Rechtsregel des §. 109. gilt auch bei solchen Käufen, welche wegen Ungültigkeit wieder zurückgehen, selbst wenn der Inhaber der Sache für einen redlichen Besitzer erklärt worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. März 1843.

Obgleich der §. 109. sich in der Lehre von Kauf- und Verkaufsgeschäften befindet, so ist doch nicht darin enthalten, daß derselbe nur von gültig bestehenden Kaufgeschäften spreche. Er hat nur Kaufgeschäfte im Allgemeinen zum Gegenstande, und läßt es dahin gestellt sein, ob solche rechtsbeständig sind oder nicht. Hierfür sprechen auch die §§. 290—292. h. t., indem auch in diesen von rückgängig gewordenen Kaufgeschäften die Rede ist, wo Alles in den vorigen Stand zurückgebracht werden muß, und nunmehr die Frage entsteht, was ein Kontrahent dem anderen demnächst zu leisten habe? die sodann in den §§. 291. u. 292. h. t. entschieden wird, welche Entscheidung auf beiderlei Fälle paßt, und wodurch es bestätigt wird, daß das im §. 109. ausgesprochene Prinzip nicht bloß bei bestehenden, sondern auch bei solchen Käufen Anwendung findet, welche in der Folge wieder aufgehoben werden. Hiermit harmoniren auch die Grundsätze der §§. 232—236. und der §§. 250—256. h. t.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 381.)

3) Wenn das Grundstück keine Revenüen-Ueberschüsse gewährt hat, so findet aus §. 109. keine Verpflichtung des zum Besitze desselben gelangten Käufers zur Verzinsung des nicht gezahlten Kaufgeldes statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 122 Nr. 33.)

§. 110. Der Verkäufer muß das vor der Uebergabe der verkauften Sache empfangene Kaufgeld bis zur Uebergabe auch in dem Falle landüblich verzinsen, wenn das Kaufgeld durch Kompensation mit einer unverzinslichen Gegenforderung des Käufers berichtigt ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1853; denn die Vorschrift des §. 110. sei allgemein und unterscheide nicht, auf welche Art das Kaufgeld berichtigt worden.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 37 Nr. 7.)

§§. 113. u. 114. Der Käufer hat im Falle des §. 114., wenn dem Verkäufer Vorsatz oder grobes Versehen zur Last fällt, nicht bloß das Recht, Rechnungslegung über die gezogenen Nutzungen, statt der Verzinsung, zu fordern, sondern er darf zwischen beiden Gattungen der Entschädigung wählen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1847; denn das Recht, die Nutzungen des Grundstückes zu verlangen, sei nach dem Gesetze das Größere, indem der §. 114. eine Steigerung des Interesses enthalte, die nur dem unredlichen Besitzer gegenüber stattfinde. (Rechtsf. Bd. 2. S. 202 Nr. 102.)

§§. 117—120. Bei Verkäufen in Pausch und Bogen.

§§. 117. 118. 120. Das Eigenthum der freiwillig, aber in Pausch und Bogen verkauften Sache geht dennoch erst mit der Tradition auf den Käufer über.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 533.) (Präj. Samml. S. 50.)

Denselben Rechtssatz spricht der IV. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 23. Aug. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 183 Nr. 91.) und v. 8. Sept. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 117 Nr. 28.) aus.

Derselben Ansicht sind ferner:

a) Bornemann, welcher bemerkt:

In den §§. 117—120. ist nicht nur zwischen der Zeit vor und nach der Uebergabe ausdrücklich unterschieden, sondern auch in dem §. 120. bestimmt worden, daß das periculum interitus bei dem Verkäufer verbleibe, was mit der Annahme, daß das Eigenthum sofort mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Käufer übergehe, im Widerspruche stehen würde. Der §. 118. endlich sagt keinesweges, daß der Verkäufer Verwalter fremder Sachen sei, sondern bestimmt nur, daß derselbe bis zur Uebergabe die Rechte und Pflichten eines Verwalters fremder Sachen haben solle.

(System Bd. 3. S. 47, 2. Ausg. Bd. 3. S. 27.)

b) Koch, indem er bemerkt, daß aus dem §. 118. das Gegentheil nicht folge, indem es sich hier vielmehr nur um die Bezeichnung des Umfanges der obligatorischen Verbindlichkeit handle, wozu jedes andere obligatorische Verhältniß dienen könne.
(Recht der Ford. Bd. 3. S. 637.)

c) Temme. (Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 496.)

Dagegen nimmt das O. L. G. zu Halberstadt in dem Erk. v. 22. Juni 1824 an, daß in diesem Falle das Eigenthum schon mit dem Abschlusse des Vertrages übergehe.

Bei Fassung des §. 117. berechtigt insbesondere der darin gebrauchte Ausdruck: »sonst« zu der Annahme, daß es eines besonderen Aktes der Uebergabe nicht bedürfe, daß vielmehr der Vertrag zugleich die Stelle der Uebergabe vertrete, und der §. 118. setzt den Uebergang des Eigenthums vor der wirklichen Uebergabe voraus, wenn er dem Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkte die Rechte und Pflichten eines Verwalters fremder Sachen beilegt.

(Simon's R. Bd. 1. S. 413 ff.)

§§. 117—120. Die Vorschriften der §§. 117—120. finden auf die subhastatio necessaria, für welche der §. 344. besondere Bestimmungen trifft, nicht Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 537.) (Präj. Samml. S. 50.)

Ebenso von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Aug. 1847.
(Rechtsf. Bd. 2. S. 183 Nr. 91.)

§. 120. Das Marginale gehört zum §. 121.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 124—127. Wie die Uebergabe geleistet werden müsse.

§§. 124. 135. 222. Vergl. die Präj. Nr. 659. v. 3. Mai 1839 und Nr. 2002. v. 18. April 1848. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 271. Zus. 7.

§§. 124. 135. 222. 184. Vergl. das Präj. Nr. 1051. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 271.

§§. 124—127. Ueber die Frage: ob der Käufer einer Jagdgerechtigkeit, falls deren Uebergabe erfolgt ist, von der Verbindlichkeit zur Entrichtung des Kaufpreises dadurch befreit wird, daß dem Verkäufer die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung, die Berichtigung des Besitztitels für den Käufer zu erwirken, in Folge des G. v. 31. Okt. 1848 unmöglich geworden ist? vergl. die Erg. zu den §§. 1—3. des G. v. 31. Okt. 1848 Zus. c.
(s. ob. S. 226.)

§. 126. Eine Klage des Käufers gegen den Verkäufer, welche nur ganz allgemein den Antrag stellt, den Letzteren zu verurtheilen, alles dasjenige zu thun, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung des verkauften Grundstückes an den Kläger zu bewirken, ist nicht zuläßig, sondern der Klageantrag muß auf dasjenige gerichtet werden, was in dem konkreten Falle von dem Verkäufer geschehen soll, um die gerichtliche Zuschreibung des verkauften Grundstückes im Hypothekenbuche auf den Namen des Käufers zu bewirken.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 10. Sept. 1855. (J M. Schr. Bd. 1. S. 631.)

§§. 128—134. Besonders unter Abwesenden.

Die Gesetzrevisoren bemerken zu diesen §§.:

Die Grundsätze, welche das A. L. R. (in §§. 128—134. h. t.) über die Uebergabe unter Abwesenden aufgestellt hat, stehen mit der Lehre von Gefahr und Nutzen einer verkauften Sache in genauer Verbindung. So lange nämlich der Grundsatz galt, daß Gefahr und Nutzen mit dem Augenblicke, wo der Kauf zur Perfektion gediehen war, auf den Käufer übergingen, so lange konnte es auch keinem Bedenken unterliegen, daß die Absendung einer verkauften Sache an den entfernten Käufer auf Gefahr des letzteren erfolge. (Glück's Pand. Komm. ad lib. 18. tit. 6. §. 1036. in fine.) Als man aber von jenem Grundsatze des Röm. Rechtes abging, wie dies von dem ersten Entw. an die Absicht der Verf. des A. L. R. war, da mußten für die Uebergabe unter Abwesenden besondere Bestimmungen getroffen werden; es mußte angenommen werden, daß die Absendung die Stelle der Uebergabe vertreten solle, wenn man bei der allgemein bekannten, tagtäglich ins Leben eingreifenden Ansicht, daß die Uebersendung einer verkauften Sache auf Gefahr des Käufers erfolge, stehen bleiben wollte. So werden dann die §§. 128—134. d. T., welche übrigens mit dem §. 248. Tit. 5. und. §§. 58. sqq. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. keinesweges übereinstimmen, ganz erklärlich; das Prinzip selbst läßt sich durch alle

Entwürfe zum A. L. R. hindurch verfolgen, und ist beinahe ohne Erinnerungen in den Text übergegangen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. zu Thl. I. Tit. 11. S. 30 ff.)

Vergl. Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 30, 2. Ausg. Bd. 3. S. 18.

§. 128. 1) Hat der Käufer die mit einem in die Augen fallenden Fehler behaftete Waare von dem abwesenden Verkäufer bloß durch einen Fuhrmann abholen lassen, so kann ihm, wenn er wegen jenes Fehlers Gewährleistung fordert, nicht auf Grund des §. 330. A. L. R. I. 5. und des §. 128. h. t. entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Waare an den Fuhrmann gerügt worden sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1815.)

Durch den §. 128. Tit. 11. sollten offenbar, wie der §. 130. noch deutlicher ergiebt, die darin erwähnten Handlungen nur als die geeigneten Mittel, unter Abwesenden Eigenthum und Gefahr auf den Käufer zu übertragen, bezeichnet werden, und es ist damit keineswegs zugleich gesagt, daß der Käufer durch die im §. 128. genannten Personen nun auch nach jeder anderen Richtung hin, namentlich in sofern es auf etwanige Erinnerungen gegen die Qualität der gekauften Sache ankommt, für vollständig vertreten zu erachten sei. Noch weniger aber läßt sich aus jener Bestimmung, oder aus dem §. 330. Tit. 5. die zugleich sonst nirgends ausgesprochene Verpflichtung des Käufers, zur Uebernahme der Waare an dem Orte des abwesenden Verkäufers einen Bevollmächtigten zu bestellen, herleiten. Auch leuchtet ein, daß es gar nicht in der Tendenz des §. 128. Tit. 11. liegen konnte, den Käufer, wenn nur eine der daselbst verzeichneten Arten der Uebergabe stattgefunden hat, ohne Weiteres für einen Empfänger im Sinne des §. 330. Tit. 5. Thl. 1. l. c. gelten zu lassen; denn zuletzt gedachter §. bezieht sich überhaupt gar nicht, wie der §. 128. Tit. 11., ausschließlich auf Kaufverträge, und die Uebergabe im Sinne des §. 128. ist schon durch die Abgabe der gekauften Sache an die Post, so wie durch die Ueberlieferung an einen von dem Verkäufer gewählten Schiffer oder Fuhrmann, für vollzogen zu erachten, sobald der Käufer ihm die Art der Uebermachung auch nur stillschweigend überlassen hat. Vielmehr hängt es lediglich von dem besonderen Verhältnisse, in welchem der abwesende Käufer zu dem Uebernehmer der Waare gestanden hat, ab, ob er einen in die Augen fallenden Fehler desselben, den Letzterer nicht gerügt hat, noch rügen kann, nachdem er seinerseits die Waare in Empfang genommen, oder ob er dieses Rechts bei dem Schweigen des unmittelbaren Uebernehmers für verlustig zu erachten ist. Hat er einen Bevollmächtigten bestellt, so werden ihm dessen Unterlassungen nach Umständen auch zum Nachtheil gereichen können. Hat er aber einem Fuhrmanne bloß den Transport der Waare übertragen, so liegt die Prüfung ihrer Beschaffenheit ganz außerhalb des demselben gegebenen Auftrags. Er wird durch ihn in dieser Beziehung gar nicht vertreten, und es muß ihm selbst die Rüge der vorhandenen Mängel oder Fehler bis zum wirklichen Eingange der Waare an ihrem Bestimmungsorte vorbehalten bleiben.

(Präj. Samml. S. 17, Entsch. Bd. 14. S. 186, Gräff's Arch. Bd. 2. S. 76.)

2) Der §. 128. setzt einen rechtsgültig abgeschlossenen Vertrag voraus. Bei einem bloß mündlich abgeschlossenen Vertrage, welcher aber nach seinem Gegenstande die schriftliche Form erforderte, wird daher dadurch, daß die verkaufte Sache dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden, keine Uebergabe bewirkt, und es geht eben deshalb Eigenthum und Gefahr dadurch nicht auf den Käufer über. Es ist daher in einem solchem Falle nicht anzunehmen, daß der Käufer die Erfüllung des mündlich abgeschlossenen Vertrages angenommen habe.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1841. (Präj. Nr. 1064.) (Präj. Samml. S. 50.)

Denselben Rechtssatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1855 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 7 Nr. 2.)

3) Die Wirkung der Uebergabe der Waare zu Eigenthum kann dadurch nicht verhindert werden, daß der Absender das dritte, für ihn selbst bestimmte Exemplar des Konnossements dem Destinaten nicht nachgesandt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai u. 7. Juli 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 85 Nr. 16.)

§§. 128. u. 129. 1) Die Verabredung, daß die Uebersendung der Waare kostenfrei geschehen solle, hat nicht die Folge, daß nicht dennoch die Ablieferung an den Fuhrmann als Uebergabe zu betrachten wäre.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11 Okt. 1845. (Präj. Nr. 1629.)

Die allgemeine Vorschrift im §. 128. setzt keineswegs nur den Fall zu ihrer Anwendbarkeit voraus, daß der Käufer der Waare die Kosten des Transports trage. Es kann hierauf um so weniger Gewicht gelegt werden, als namentlich bei der, auch nur stillschweigend dem Gutbefinden des Verkäufers anheimgestellten Uebersendungsart der Waare kein Merkmal erkennbar wird, welches einen Einfluß auf die Behandlung dieses Verhältnisses äußert.

(Präj. Samml. S. 50, Entsch. Bd. 12. S. 200.)

2) Die Uebergabe der bei einer überseeischen Fabrik bestellten Waaren an den Besteller ist durch deren Behufs der Verschiffung erfolgte Hingabe zum Landtransport für bewirkt zu erachten, und geht daher mit diesem Zeitpunkte Eigenthum und Gefahr auf den Besteller über. Der Fabrikbesitzer ist ohne Auftrag nicht verpflichtet, die abzusendenden Waaren zu versichern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 280 Nr. 69.)

§§. 128–133. Die Uebergabe bestellter Waaren geschieht, nach völligem Abschlusse des Kaufvertrages, mit der Wirkung, daß Eigenthum und Gefahr auf den Käufer übergehen, durch Ablieferung der Waaren an den Fuhrmann selbst, wenn dem Verkäufer die Art der Uebermachung auch nur stillschweigend überlassen ist, ohne daß es alsdann noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung bedarf.

Erkannt von dem Rheinischen Revis.- u. Kassationshofe unterm 29. März 1834.

Der §. 133. h. t. stellt, wenn man ihn mit dem darin bezogenen §. 129. in Verbindung setzt, lediglich eine Thatsache fest, wodurch jeder Zweifel wegen einer stillschweigenden Ueberlassung und überhaupt jeder Einwand gegen die Uebergabe durch Absendung vermittelst nachfolgender Genehmigung ausgeschlossen sein soll; keineswegs aber ist die im §. 133. erwähnte Genehmigung nothwendig, wenn anderweitig aus konkludenten Handlungen geschlossen werden kann, daß dem Absender die Uebersendung überlassen worden ist. (Simon's R. Bd. 3. S. 313.)

Vergl. hierzu: Bornemann's Syst. 2. Ausg. Bd. 3. S. 18 ff., Temme's Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 497.

§. 129. Bei einer Waarenbestellung unter Kaufleuten ist die Art des Transports, wenn sie der Besteller unbestimmt läßt, dem Absender als stillschweigend überlassen anzusehen.

Erkannt von dem Rheinischen Revis.- u. Kassationshofe unterm 29. März 1834, theils weil die Natur solcher Geschäfte die schleunige Ausführung nöthig macht, theils weil dazu die Gelegenheit vorhandener Fuhrleute benutzt werden muß, wodurch eine vorgängige Rückfrage bei dem Besteller meist unmöglich wird.

(Simon's R. Bd. 3. S. 314.)

§§. 135–214. Von der Gewährleistung überhaupt.

§§. 135. u. 136. Der Verkäufer ist zur Gewährleistung verpflichtet, wenn einzelne in dem Hypothekenbuche weder besonders vermerkte, noch abgeschriebene Parzellen des Gutes vor dem Verkaufe desselben an dritte Personen veräußert und übergeben worden sind, und der Käufer des Gutes hiervon keine Kenntniß erlangt hatte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. März 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 51 Nr. 12.)

§§. 136–152. Insonderheit gegen die Ansprüche eines Dritten.

§§. 136. 155–156. Bei mangelnden kontraktlichen Bestimmungen ist der Verkäufer eines mit einem gesetzlichen Vorkaufsrechte belasteten Gutes dem Käufer die Gewähr zu leisten nicht schuldig, wenn in Folge der Ausübung solchen Vorkaufsrechtes das Gut dem Käufer entzogen wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Juni 1847.

Denn der Käufer ist verpflichtet gewesen, den gesetzlichen Anspruch des Vorkaufsberechtigten zu kennen, und ein solches Geschäft ist daher den gegebenen Umständen nach als ein gewagtes anzusehen, wobei die Voraussetzungen, unter welchen solchenfalls nach §§. 539. ff. h. t. der Verkäufer zu einer Vertretung gesetzlich verpflichtet ist, nicht zutreffen. Dem Käufer ist durch die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes nichts evincirt, was ihm übereignet war; es können daher die für den Fall der Eviktion in den §§. 136., 155., 156. h. t. dem Käufer ertheilten Rechte ihm nicht zu Theil werden.

(Entsch. Bd. 15. S. 147.)

§. 136. Kann der Käufer, welcher sich überzeugt und nachzuweisen vermag, daß ihm das Eigenthum an der verkauften Sache wegen der Ansprüche eines Dritten nicht verschafft worden sei, sofort von dem Verkäufer verlangen, daß er entweder die Einwilligung des wahren Eigenthümers in die Veräußerung beschaffe, oder, falls er dazu nicht im Stande ist, mit Auflösung des Vertrages gegen Zurücknahme der Sache den gezahlten Kaufpreis erstatte, und nach Verhältniß seiner Verschuldung Schadloshaltung gewähre, oder muß er abwarten, bis ihm die Sache wirklich entzogen wird?

a) Arndts nimmt Ersteres an.

Denn bei einem Kaufgeschäfte übernimmt der Verkäufer die Verbindlichkeit, dem Käufer Eigenthum zu gewähren. So lange also Letzterer wegen der Eigenthums-Ansprüche eines Dritten in Folge der Uebergabe Eigenthum nicht erhält, so lange hat der Verkäufer gerade seine Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt, und so lange muß der Käufer befugt sein, von dem Verkäufer die Erfüllung dieser Hauptverbindlichkeit, oder Gewährleistung zu fordern. Außerdem kommt bei dem Käufer die mala fides superveniens von dem Zeitpunkte seiner Wissenschaft hinsichts der Rechte des Dritten in Betracht. Wenngleich er dieserhalb den Anspruch des redlichen Erwerbers auf Erstattung des Kaufpreises nicht verliert, so macht ihn derselbe doch im Uebrigen zum unredlichen Besitzer; er kann nicht mehr erwerbend verjähren, er wird also nie durch Zeitverlauf vor der Eviktion gesichert; er verliert das Recht in Ansehung des Fruchtgenusses, er wird für das geringste Versehen, zum Theil gar für casus verhaftet, und macht sich durch jede den Eigenthümer beeinträchtigende Disposition über die Sache, wie aus einer unerlaubten Handlung, verantwortlich. Es leuchtet ein, daß derjenige, dessen Dispositionen den Charakter und die Folgen unerlaubter Handlungen annehmen, über die Sache, nach der dem Vertrage zum Grunde liegenden Absicht, nicht verfügen kann. Schon hieraus läßt sich nach §. 124. h. t. die Klage gegen den Verkäufer rechtfertigen. Aber auch abgesehen hiervon muß dem Käufer gestattet sein, sich durch eine Klage gegen den Verkäufer aus seiner unangenehmen Lage zu befreien, da die gegen den Eigenthümer zulässige provocatio ad agendum, wenn nicht Umstände halber unmöglich, so doch für den Käufer mit Weitläuftigkeiten und Kosten verknüpft ist.

(J. W. 1839 S. 401—412.)

Dieser Ansicht ist auch Koch.

(Landr. Bd. 1. Anm. 89. zum §. 136. h. t.)

b) Bornemann hält Letzteres für richtig, weil es erst dann, wenn die Eviktion wirklich erfolgt sei, feststehe, daß dem Empfänger die Sache entzogen worden, während vorher der Evinzent entweder immer noch abstehen oder von dem Verpflichteten abgefunden werden könne. Derselbe läßt eine Ausnahme von der Regel, daß die Eviktion wirklich erfolgt sein müsse, um einen Anspruch auf Gewährleistung zu begründen, nur eintreten:

α) wenn der Verkäufer dolose handelt, wegen §. 349. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R.;

β) wenn vor der Uebergabe der Sache der Anspruch des Evinzenten, und daß dieser klagen werde, evident sei, wegen §. 222. h. t.

(Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 361 und System Bd. 2. S. 612, 2. Ausg. Bd. 2. S. 333.)

§. 139. Die bloße Wissenschaft der Kontrahenten, daß die den Gegenstand des Kaufes bildende Sache einem Dritten gehöre, ist zur Anwendung des §. 139. nicht genügend, sondern es bedarf hierzu der ausdrücklichen Erwähnung im Kaufinstrumente, daß die verkaufte Sache eine fremde Sache sei.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. im J. 1838. (Präj. Nr. 526.) (Präj. Samml. S. 51.)

§§. 153—163. Verpflichtung des Verkäufers bei gänzlicher Entziehung der Sache.

§. 155. Ist der §. 155. stricte so zu interpretiren, daß ein Anspruch auf entgangenen Gewinn gegen den Käufer niemals, selbst nicht bei dolus und culpa lata gemacht werden kann; oder ist ungeachtet dieser Vorschrift anzunehmen, daß bei dolus und culpa lata auch der entgangene Gewinn prästirt werden müsse?

1) Die erstere Alternative vertheidigt:

a) Bornemann, denn nach einer Revisionsbemerkung von Suarez scheine der Ausdruck: »wirklicher Schaden« nur gebraucht zu sein, um der Meinung, als könne die von dem Evinzenten erhaltene Vergütigung unter einem anderen Namen von dem Verkäufer noch einmal gefordert werden, zu begegnen. Auch sei die Absicht der Redaktoren vielleicht nur dahin gegangen, anzudeuten, daß der Käufer, wie in dem §. 161. gedachten Falle, die Differenz zwischen dem Kaufgelde und dem inzwischen gestiegenen Werthe der Sache niemals fordern dürfe, sich vielmehr immer mit der Restitution des Kaufgeldes begnügen müsse; wobei sie dann übersehen haben würden, daß auch ein anderweitiges lucrum cessans, welches durch die Entziehung der Sache dem Käufer entgehe, vorkommen könne. Der Richter dürfe übrigens keinen Falls von den deutlichen Worten des §. 155. in irgend einem Falle abweichen.

(System [1. Ausg.] Bd. 3. S. 63).

Derselben Ansicht sind aus gleichen Gründen:

b) das Berggericht zu Eslohe in dem Erk. v. 10. Juni 1834. (J. W. 1837 S. 326.)

c) das O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 24. Nov. 1836. (J. W. 1837 S. 332.)

2) Dagegen nehmen die letztere Alternative an:

a) Bielitz, welcher vermuthet, daß am Schlusse des §. 155. die Worte: »oder entgangener Gewinn« nur aus Versehen weggeblieben und daher zu subintelligiren seien, theils weil die Worte: »nach Verhältniß der obwaltenden Verschuldung« eine Steigerung in den Verbindlichkeiten des Verkäufers voraussetzten, diese aber nur eintreten könne, wenn zwischen dem wirklichen Schaden und entgangenen Gewinne unterschieden werde, theils weil im §. 2. h. t. auf die allgemeinen Grundsätze von Verträgen und insbesondere im §. 104. h. t. auf §. 360. A. L. R. I. 5. verwiesen werde.

(Komm. Bd. 2. S. 447).

b) Der Civ. Sen. des O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 27. März 1845, indem anzunehmen sei, daß der §. 155. einen Widerspruch enthalte, der darin liege, daß der Verkäufer nach Verhältniß der Verschuldung haften und doch nur den wirklichen Schaden ersetzen solle, weshalb der §. so interpretirt werden müsse, daß er von den allgemeinen Grundsätzen von der Prästation der culpa nicht abweiche. (Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 576.)

c) Koch.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 396, Landr. Bd. 1. Anm. 4. zum §. 155. h. t.)

3) Arndts führt aus:

Es ist zu unterscheiden, ob der Verkäufer von Anfang an gar nicht Eigenthümer war, oder ob er nach dem Verkaufe und vor der Tradition das Eigenthum verlor. Der letztere Fall ist bei Abfassung des §. 155. von den Redaktoren gar nicht ins Auge gefaßt worden. Deshalb kann man kein Bedenken tragen, diesen Fall von den §§. 155. sqq. ganz auszunehmen und lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, zumal hier der Verlust der aus dem Vertrage erwarteten Vortheile ebenso eine Folge des kontraktwidrigen Verhaltens ist, wie wenn der Verkäufer die Sache vernichtet hätte, wo er doch ohne Zweifel zur Entschädigung verpflichtet ist. Was dagegen den ersten Fall, wenn der Verkäufer schon zur Zeit des Verkaufes nicht Eigenthümer war, anbetrifft, worauf der §. 155. zu beschränken ist, so involvirt derselbe nichts, als eine bedingte Unmöglichkeit des Vertrages, welche die Aufhebung desselben zur Folge hat. Daß der Gesetzgeber bei Abfassung des §. 155. absichtlich die Entschädigungsverbindlichkeit auf den wirklichen Schaden beschränkt habe, ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte. In keinem Falle also kann man bei der deutlichen Fassung des §. 155. über die Worte des Gesetzes hinwegkommen. Inzwischen läßt sich wenigstens für den Fall des wissentlichen Verkaufs fremder Sachen die hierin liegende Inkonsequenz beseitigen. Denn in diesem Falle ist nach §. 53. A. L. R. I. 5. der Vertrag keineswegs als nicht geschlossen zu betrachten, wovon der §. 155. h. t. ausgeht, vielmehr muß dem Käufer die Wahl freistehen, ob er von dem Vertrage zurücktreten oder dabei stehen bleiben will, d. h. er kann, je nachdem es ihm am vortheilhaftesten ist, das Kaufgeld zurücknehmen und den sonstigen wirklichen Schaden nach Maßgabe des §. 155. berechnen, oder aber volles Interesse nach §. 287. Tit. 5. liquidiren. Diese Annahme wird zwar dadurch zweifelhaft, daß die Bestimmung des Entwurfes, welcher gerade beim Betruge dem Käufer das volle Interesse zu fordern verstattet hatte, bei der Umarbeitung fortgelassen ist, indessen aus den Materialien ergiebt sich, daß Suarez nur an die Grundsätze vom Schadensersatze, an die Folgen der Verschuldung, also an die Fälle der Auflösung des Vertrages gedacht, die Möglichkeit aber, daß in einzelnen Fällen der Vertrag verbindlich, und deshalb das volle Interesse zu leisten sei, übersehen hat.

(J. W. S. 305 ff., 321 ff., 745 ff., 761 ff.)

4) Rönen folgert aus der Entstehungsgeschichte des §. 155. und aus einer Vergleichung desselben mit §§. 171., 489. u. 490., u. 424. u. 425. h. t., daß durch den §. 155. nur habe verordnet werden sollen, der höhere Werth der Sache zur Zeit ihrer Eviktion

könne nicht erstattet verlangt werden, und daß auch nur dann der höhere Werth als lucrum cessans nicht vergütet zu werden brauche, wenn der dolus oder die culpa lata des Verkäufers eine beim Abschlusse, nicht bei der Erfüllung des Vertrages begangene Pflichtwidrigkeit, aber im Uebrigen in den allgemeinen Grundsätzen nichts geändert worden sei. (J. W. 1837 S. 477.)

§§. 157. u. 163. Hat der §. 157. den Fall im Auge, wo der Käufer das Kaufgeld von dem Dritten ersetzt erhalten, oder wo er ohne solchen Ersatz die Sache herausgeben muß, und wie ist der §. 157. mit dem §. 163. zu vereinigen?

a) Bielitz bemerkt, daß, obgleich die Worte des §. 157.: »ein solcher Käufer« auf den im §. 154. erwähnten Fall zurückwiesen, doch nicht anzunehmen sei, daß der Käufer, welcher gegen Herausgabe der gekauften Sache das Kaufgeld dafür von dem Dritten zurückempfangen habe, nachher noch die Verzinsung desselben vom Verkäufer fordern könne. Der §. 157. sei vielmehr nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Käufer bei der Herausgabe der Sache das Kaufgeld nicht zurückerhalten habe, weil außerdem kein Grund zur Verzinsung des Kaufgeldes vorhanden sei. (Komm. Bd. 2. S. 448.)

b) Die Gesetzrevisoren bemerken:

U. E. ist der Sinn des G. nicht dunkel; man muß nur beim §. 157. an den Zeitraum von Behändigung der Klage bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse denken. Für diesen Zeitraum müssen nämlich jedesmal mit der Sache zugleich deren Nutzungen herausgegeben werden, ohne daß von Verzinsung des Kaufgeldes die Rede sein kann. Es ist also selbst für den redlichen Besitzer, dem die Sache evinzirt wird, ein Zeitraum vorhanden, für welchen er die Nutzungen nicht gewinnt, und mithin von seinem Verkäufer Zinsen des Kaufgeldes zu fordern berechtigt sein muß. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 44.)

c) Arndts führt aus:

Nach der Natur der Sache müßte der Käufer die Zinsen des Kaufpreises von dem Zeitpunkte an fordern können, von welchem an er wegen des Eigenthums des Dritten die Nutzungen der Sache entbehrt. Dies ist auch die Absicht der Redaktoren bei dem §. 157. gewesen. Dieser §. bezieht sich nur auf den Fall, wenn der Käufer die vollen Rechte des redlichen Besitzers erlangte, sagt aber, daß derselbe die Zinsen von dem Zeitpunkte fordern könne, »wo er, mit der Sache zugleich, die Nutzungen derselben habe herausgeben müssen.« Dies ist indeß nicht der Zeitpunkt, von wo ab der Käufer die gezogenen Früchte zu erstatten hat, sondern der Zeitpunkt der wirklichen Herausgabe der Sache mit den Nutzungen. Liegt diese Unangemessenheit nicht bloß im Ausdrucke, so kann sie nur daher rühren, weil man im Auge gehabt, daß der redliche Besitzer die gezogenen Früchte behalte, aber vergessen hat, daß er sie dennoch von dem Zeitpunkte an, wo er von dem Eigenthume des Dritten Wissenschaft erlangt, und jedenfalls vom Tage der insinuirten Klage an herausgeben muß. Der §. 163. bezieht sich nach dem Zusammenhange nur auf den Fall des §. 161.
(J. W. 1838 S. 764.)

§. 159. Wenn der Verkäufer den Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages von den Ansprüchen des Dritten in Kenntniß gesetzt hat, so cessirt nach §. 159. jeder Anspruch auf Gewährleistung gegen den Verkäufer. Doch muß der Käufer von den Ansprüchen des Dritten überzeugt sein. Denn so lange dies nicht der Fall ist, würde der Kaufvertrag, wenn durch ihn der Gewährsanspruch gegen den Verkäufer aufgegeben werden sollte, eine Verzichtleistnng involviren, welche nach §. 381. A. L. R. I. 16. ausdrücklich erfolgen muß. Insofern also eine solche ausdrückliche Verzichtleistung nicht vorliegt, behält auch der Käufer seinen Anspruch gegen den Verkäufer.

(Erk. [Gerichtshof und Datum konstiren nicht] in der J. Z. 1834 S. 611 u. 686.)

§. 163. Vergl. die Erg. zum §. 157. h. t.

§§. 164—174. Verpflichtung des Verkäufers bei Entziehung von Theilen oder Pertinenzstücken.

§. 164. Wenn nicht aus einem Mangel in dem Rechte des Auktors, sondern von der Staatsgewalt aus politischen oder Verwaltungsgründen nach der Uebergabe einzelne Theile oder mitverkaufte Gerechtigkeiten entzogen werden, so ist keine wahre Entwährung geschehen, folglich kann dafür keine Gewährleistung gefordert werden. (G. v. 28. Okt. 1810 §. 2., G. S. 1810 S. 95.)

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v 15. Juli 1833.
(Simon's R. Bd. 4. S. 27 ff.)

§. 167. Der §. 167. fand sich in dem gedr. Entwurfe noch nicht. Er wurde bei dessen Umarbeitung eingeschoben, um, wie Suarez in der rev. mon. bemerkt, den Weiterungen ein Ziel zu setzen, welche bei einer theilweisen Eviktion durch Berechnung der Nutzungen entstehen würden.
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 45.)

§. 169. Die im §. 169. in Bezug genommenen Grundsätze finden keine Anwendung auf den Fall, wenn ein Theil der verkauften Sache, namentlich die Gebäude von einem Landgute, zufällig, (durch Brand) vor der Uebergabe zu Grunde gegangen ist; denn der Zufall und die Eviktion können nicht unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten stehen und eine analoge Anwendung der Grundsätze über diese auf jene ist unzulässig.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Sept. 1844.
(Entsch. Bd. 11. S. 245.)

§§. 173. u. 174. Die Bestimmungen der §§. 173. u. 174. fehlen noch in dem gedr. Entw. Statt derselben findet sich Thl. II. Abthl. 2. S. 255 die Anmerkung:

War der Verkäufer in bona fide, so können die beweglichen Sachen von dem Dritten nicht vindizirt werden. Es bedarf also auch keiner Gesetze über die Eviktionsleistung.

Diese Anmerkung darf nicht berücksichtigt werden, da sie mit der ursprünglichen, später aufgegebenen Absicht zusammenhängt, die Vindikation beweglicher Sachen auszuschließen.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 17. zum §. 174. h. t.)

§§. 175—191. Gewährsleistung für die auf der Sache haftenden Lasten.

1) Unter den »Lasten« werden hier die Reallasten oder die beständigen Lasten und Abgaben gemeint. (Hyp. O. Tit. I. §§. 47. bis 49.)

2) Der Verkäufer, welcher mehrere Parzellen seines mit einer Reallast behafteten Gutes in derselben Verhandlung an verschiedene Personen verkauft hat, wird durch die in dieser Verhandlung von Einem der Käufer allein geschehene Uebernahme der Reallast von der Verbindlichkeit zur Gewährleistung gegen die Käufer der übrigen Parzellen nicht befreit.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Dec. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 220 Nr. 47.)

§. 180. Zu der Verpflichtung des Verkäufers nach §. 180. ist erforderlich, daß vor dem darin genannten Zeitpunkte eine Verhaftung des Grundbesitzes als solchen für die Beiträge zu der fraglichen Last feststand.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 15. März 1852. (Präj. Nr. 2353.)

Die in §§. 175—191. h. t. gegebenen Bestimmungen lassen sich auf den Grundsatz zurückführen, daß der Verkäufer Gewähr zu leisten habe für die auf dem Grundstücke ruhenden ungewöhnlichen Lasten und Abgaben und für alle Abgabenrückstände aus der Zeit bis zur Uebergabe, daß dagegen der Käufer die gewöhnlichen und alle nach der Uebergabe auferlegten Lasten und Abgaben übernehmen müsse. Zwischen ordentlichen, regelmäßig wiederkehrenden Lasten und Abgaben, und zwischen solchen, die nur bei besonderer Gelegenheit zu entrichten sind, also zu den außerordentlichen gehören, ist in soweit nicht unterschieden; die außerordentlichen Lasten und Abgaben folgen vielmehr derselben Regel. In allen von dem Gesetze vorgesehenen Fällen handelt es sich aber, und kann es sich nach der Natur der Sache auch nur handeln, von Lasten und Abgaben, welche auf dem verkauften Grundstücke haften. Dies folgt schon aus dem Begriff der Last, unter welchem Ausdrucke, denselben schlechthin gebraucht, die auf einem Grundstücke ruhende Verbindlichkeit verstanden wird; desgl. aus dem Marginale zu §. 175., nach welchem von diesem §. bis zum §. 187. die Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten abgehandelt wird, so wie denn auch in dem §. 175. ausdrücklich von den »auf einem Grundstücke haftenden Lasten« die Rede ist. Ein Gleiches gilt in soweit auch von den Abgaben. — Zunächst nach demselben Marginale, sodann nach dem Ausdrucke im §. 179. »werden einem Grundstücke neue öffentliche Lasten und Abgaben auferlegt«, nach dem §. 183., welcher von Lasten und Abgaben spricht, welche nicht allen Grundstücken gemein zu sein pflegen, und ferner nach §. 185., nach welchem die Unwissenheit von dergleichen auf dem Grundstücke haftenden Lasten (§§. 180. u. 184.) von der Vertretung nicht befreien soll. Handelt es sich sonach von Lasten und Abgaben, welche auf dem verkauften Grundstücke haften, folglich mit dem verkauften Grundstücke in rechtlicher Beziehung stehen, so versteht es sich von selbst, daß der verpflichtende Grund nicht

fehlen darf, welcher diese Verbindung vermittelt, mag dieser Grund unmittelbar
auf dem Gesetze, auf Verfassung, Herkommen oder auf Willenserklärung be-
ruhen. Wird dieser Gesichtspunkt festgehalten, so kann über die eigentliche Be-
deutung des §. 180. kein Zweifel sein. Nach dem klaren Wortlaute des §. 180.
wird vorausgesetzt, daß die Verbindlichkeit des Grundstückes zur Entrichtung
einer gewissen Last oder Abgabe an sich schon vor dessen Uebergabe an den
Käufer bestanden habe, und es ist daher durch den §. 180. nur die Frage ent-
schieden, wie es gehalten werden soll, wenn sich schon vor der Uebergabe alles
dasjenige zugetragen hat, woraus den Gesetzen und den Rechten gemäß, ver-
möge der schon vor dem Abschlusse des Kaufvertrages auf dem Grundstücke
ruhenden Verbindlichkeit, die Belastung des Grundstückes folgt. In einem
solchen Falle soll der Umstand, daß die Festsetzung des auf das verkaufte Grund-
stück fallenden Antheils an der Last nach ihrem Betrage und etwaigen sonstigen
Modalitäten erst nach der Uebergabe erfolgt ist, den Verkäufer von seiner ihm
nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Verbindlichkeit nicht entbinden. Der
§. 180. stellt nicht eine vorhin bestandene Verbindlichkeit schlechthin einer erst
nachher konstituirten Verbindlichkeit gegenüber, sondern spricht von der vor-
her bestandenen als einer Verbindlichkeit, die schon vor der Uebergabe den
allgemeinen Charakter einer auf der Sache ruhenden Last oder Abgabe hat,
und dieser allgemeinen Reallast wird die nach der Uebergabe auf die einzel-
nen Grundstücke vertheilte Last gegenübergestellt. Daß der §. 180. nur
in diesem Sinne zu verstehen ist, daß also die Verbindlichkeit als eine reale
schon vor dem Verkaufe und vor der Uebergabe mindestens im Allgemeinen
bestanden haben muß, wenn auch ohne Feststellung des Betrages und der etwaigen
sonstigen Modalitäten, ergiebt sich auf das unzweideutigste aus dem zur näheren
Verdeutlichung des §. 180. in dem §. 181. beigefügten Beispiele, welches den
§. 180., wenn derselbe in dem obigen Sinne verstanden wird, vollkommen er-
läutert; es würde aber offenbar übel gewählt sein, wenn der §. 180. aus-
drücken sollte, es sei gleichgültig, ob die Verbindlichkeit vor dem Verkaufe schon
den Charakter einer realen gehabt habe oder nicht. Für diese Auffassung
spricht auch, daß, wenn unter der im §. 180. vorausgesetzten Verbindlichkeit
auch eine solche zu verstehen sein sollte, welche nicht den Charakter einer realen
hat, dies zu einer Unbestimmtheit und Härte hinführen würde, welche von dem
Gesetzgeber unmöglich gewollt sein kann. Denn fragt man zunächst, in welcher
Beziehung nicht reale Verbindlichkeit zu der späteren Grundstückslast stehen soll,
so könnte man etwa meinen wollen, die frühere Verbindlichkeit müsse eine per-
sönliche des Gutsbesitzers gewesen sein. Davon sagt das Gesetz aber
nichts; auch läßt sich nicht behaupten, daß eine Provinzial- und Kreisschuld
zugleich eine persönliche Schuld aller Eingesessenen der Provinz oder des Kreises
sei, ebenso wenig, wie eine Staatsschuld oder Gemeindeschuld als persönliche
Schuld des einzelnen Staats- oder Gemeindebürgers angesehen werden mag.
Sucht man etwa den Nexus darin, daß der Verkäufer ein Glied derjenigen
Korporation oder Genossenschaft gewesen sein müsse, auf welcher die Verbind-
lichkeit ruhte; oder darin, daß die nachherige Reallast als Mittel zur Deckung
der früheren Schuld erscheinen müsse, so legt man auch damit in das Gesetz
unwillkührlich etwas hinein, wovon es nichts enthält. Es würde deshalb nur
übrig bleiben, den Nexus etwa darin zu setzen, daß die frühere Schuld irgend-
wie den Anlaß zu der späteren Gutslast geboten haben müsse. Dadurch aber,
ja selbst noch bei Hinzunahme der vorgedachten beiden Erfordernisse, würde sich
für die Anwendung des §. 180. ein überaus weites Feld mit völlig unsicheren
Grenzen und mit seltsamen Forderungen eröffnen ꝛc. (Dies wird durch Bei-
spiele zu belegen gesucht.) Es muß daher die Verbindlichkeit des §. 180.
als eine Verbindlichkeit des Grundstückes aufgefaßt werden, welche nach dem
Verkaufe nicht erst erzeugt, sondern nur in ihrem Betrage, der Erhebungsweise
u. s. w. näher festgestellt wird. — Es ist indessen darauf aufmerksam zu machen,
daß die in dem Vorstehenden beantwortete Frage keinesweges das Gebiet er-
schöpft, welches die bei Entscheidung der Streitfrage zur Erwägung kommenden
Rechtsverhältnisse umfassen, da es namentlich in Beziehung auf die Kriegs-
schulden der Neumark, und auch der anderen Provinzen, Fälle giebt, in welchen
es auf den Grundbesitz und auf Vertheilung der Kriegssteuer auf die Grund-
stücke überall nicht ankommt und durch welche der §. 180. Tit. 11. Thl. I.
A. L. R. überhaupt nicht berührt wird. Dieser Fall tritt namentlich ein bei
der Provinzial-Kriegsschuld der Neumark ꝛc.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 18, Entsch. Bd. 22. S. 161, J. M. Bl. 1852 S. 162, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 84 Nr. 18.)

§. 183. 1) Die im §. 183. dem Verkäufer zur Pflicht gemachte Anzeige hat nur den Zweck, den Käufer von dem Dasein einer Privatdienstbarkeit oder Last in Kenntniß zu setzen, und sie ist daher in dem Falle nicht wesentlich nöthig, wo der Käufer die Existenz der auf dem verkauften Grundstücke haftenden Last oder Dienstbarkeit auf andere Weise, vor abgeschlossenem Kaufe, mit Zuverlässigkeit in Erfahrung gebracht hat.*

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1840. (Präj. Nr. 807.)

Aus den Worten des §. 183. ließe sich zwar folgern, daß es nicht genug
sei, wenn der Käufer die Existenz der Last gekannt habe, indem das Gesetz
verlange, daß der Verkäufer dem Käufer das Dasein einer solchen Last aus-
drücklich anzeige. Eine solche Folgerung würde jedoch unbegründet sein. Das
Gesetz unterscheidet hinsichts der Gewährleistung für die auf einem verkauften
Grundstücke haftenden Lasten:

1) die gemeinen Lasten, welche der Verkäufer nur alsdann gegen den
Käufer zu vertreten braucht, wenn er dieselben in Abrede gestellt, oder ihre
Vertretung ausdrücklich übernommen hat (§. 175.);

2) die Privat-Dienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, von denen
der §. 183. handelt, und

3) die auf dem Gute haftenden Privatschulden und Verbindlich-
keiten, welche der Verkäufer allemal vertreten muß, wenn der Käufer dieselben
nicht ausdrücklich übernommen hat (§. 184.).

In dem ersten Falle kommt auf die Kenntniß des Käufers von dem Dasein
der Lasten nichts an; er darf auch dann nicht Vertretung fordern, wenn er
dieselben nicht gekannt hat, vorausgesetzt, daß er von dem Verkäufer nicht dar-
über in Irrthum versetzt worden. In dem dritten Falle dagegen schadet dem
Käufer seine Wissenschaft von dem Vorhandensein der Privatschulden nicht, da
es einer ausdrücklichen Uebernahme der letzteren von seiner Seite bedarf, wenn
er des Eviktionsanspruches verlustig gehen soll. In dem zweiten Falle soll
der Verkäufer die Existenz von Privatdienstbarkeiten oder Privatlasten, die etwas
Anderes sind, als die im §. 184. gedachten Privatschuldverbindlichkeiten, dem
Käufer anzeigen, um sich von ihrer Vertretung zu befreien. Die angeführten
Vorschriften enthalten mithin nur die Anwendung der in der allgemeinen Theorie
von Verträgen (§§. 329 — 335. Tit. 5. u. §§. 81. u. 82. Tit. 4.) aufge-
stellten Grundsätze, denen zufolge wegen solcher Lasten, die einer Sache derselben
Art gewöhnlich ankleben, keine Vertretung stattfindet, sobald nicht etwas Anderes
vorbedungen worden ist, während wegen einer für Sachen solcher Art unge-
wöhnlichen Last eine Vertretung gefordert werden kann, sobald nicht der irrende
Theil seinen Irrthum durch grobes oder mäßiges Versehen veranlaßt hat. —
Bei einer nothwendigen Subhastation darf nun der Käufer nur die Löschung
der eigentlichen Hypothekenforderungen (§. 184.), nicht aber die Löschung der
Servituten oder anderen Reallasten (§. 183.), erwarten. Weiß daher der
Käufer, daß eine Last der letzteren Art auf dem zu kaufenden Grundstücke haftet,
so berechtigt ihn das Gesetz nicht zu der Voraussetzung, daß ihm das Grund-
stück frei von den darauf ruhenden Lasten werde übergeben werden, und wenn
er dennoch unter einer solchen Voraussetzung gekauft hat, so hat er durch eigenes
Versehen geirrt und kann deshalb keinen Anspruch an den Verkäufer machen.
Der §. 183. macht dem Verkäufer nur deshalb zur Pflicht, dem Käufer das
Dasein von Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben anzuzeigen, weil nicht
präsumirt werden darf, daß der Käufer diese nur aus speziellen Titeln her-
rührenden Lasten gekannt habe; die Anzeige hat nur den Zweck, dem Käufer
diese Kenntniß zu verschaffen. Hat er davon also auf anderem Wege Nachricht
erhalten, so muß dies dieselbe Wirkung haben, wie die vorgeschriebene Anzeige.
Er würde in bösem Glauben sein, wenn er dessenungeachtet das Unterbleiben
der Anzeige für sich geltend machen wollte.

(Präj. Samml. S. 51, Entsch. Bd. 6. S. 178.)

2) Der Verkäufer eines Grundstückes wird von der ihm im §. 183. auferlegten Pflicht dadurch allein nicht befreit, daß die in Frage stehenden Privatdienstbarkeiten, Lasten oder Abgaben im Hypothekenbuche eingetragen stehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. Mai 1857. (Präj. Nr. 2688.)[1])

Der §. 183. ist ganz allgemein gefaßt und enthält keine Beschränkungen in
Betreff der aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Lasten, sondern ergiebt im
Gegentheil, daß eine solche Beschränkung nicht beabsichtigt sein kann. Die
gemeinen Lasten (§. 175.) bedürfen überhaupt, um als dingliche Lasten auf den
dritten Erwerber überzugehen, keiner Eintragung (Hyp. O. Tit. I. §. 48.).
Dagegen gehören die im §. 183. erwähnten der Regel nach zu denjenigen,
welche nach §. 89. Tit. I. der Hyp. O. eingetragen sein müssen, um auf den
dritten Erwerber überzugehen, weil sie vermöge speziellen Titels auf das Grund-
stück gelegt worden. Solche eingetragene Lasten müssen von dem Käufer an
den Berechtigten entrichtet werden, ohne daß er nach §. 19. A. L. R. I. 4.
Unkenntniß gegen den Berechtigten vorschützen darf. Wenn nun also, wie hier

1) Das Präj. des III. Sen. des Ob Trib. v. 16. Febr. 1847 (Präj. Nr. 1846., Präj. Samml. S. 51, Entsch. Bd. 14. S. 232) hatte dagegen angenommen: »Die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die auf der verkauften Sache haftenden Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben anzuzeigen, ist, um denselben gegen Gewährsansprüche zu schützen, in dem Falle nicht wesentlich nöthig, wenn dieselben im Hypothekenbuche eingetragen stehen.« — Der Pl. Beschl. v. 18. Mai 1857 erklärt (in seinen Motiven) dies Präj. ausdrücklich für unhaltbar und aufgehoben, bemerkt aber, daß das Präj. Nr. 807. (vergl. ob. Zus. 1. ad h. 1.) hierdurch nicht berührt werde.

überhaupt, so auch im §. 183. von einer Vertretung für ungewöhnliche Lasten des Grundstückes Seitens des Verkäufers dem Käufer gegenüber die Rede ist, so sind unter diesen Lasten offenbar auch solche verstanden, welche eben, weil sie eingetragen waren, auf den Käufer übergegangen sind, und von ihm, ohne daß er dem Berechtigten gegenüber seine Unkenntniß vorschützen darf, entrichtet werden müssen. Der §. 183. muß also nothwendig auch hypothekarisch eingetragene Lasten und Abgaben solcher Art im Auge gehabt haben, da sonst der Fall einer Gewährleistung für dieselben, und zwar bei der damals noch bestehenden Zwangstitel-Berichtigung der durchgreifenden Regel nach gar nicht denkbar wäre. — Die Schlußfolgerung, daß, wenn die im §. 183. bezeichneten Lasten im Hypothekenbuche eingetragen stehen, der Käufer rechtlich für einen solchen gelten müsse, welchem die Last bei der Kaufhandlung bekannt gewesen sei, steht mit den Bestimmungen der §§. 183—185. und der darin dem Verkäufer auferlegten Pflicht in einem nicht zu lösenden Widerspruche. Es wird zwar für diese rechtliche Präsumtion darauf verwiesen, daß das A. L. R. sowohl im Allgemeinen, als auch in einzelnen Fällen denjenigen, welchem etwas bekannt war, und denjenigen, welchem etwas ohne sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen nicht unbekannt sein konnte, einander ganz gleich stelle. Allein die hierüber in Bezug genommenen Citate §§. 16., 17. I. 3. §§. 81., 82. I. 4., §. 39. I. 16. und §. 6. I. 21. beweisen jedenfalls nicht die Gleichstellung des aus grobem oder mäßigem Versehen Irrenden mit demjenigen, welcher sich, als Wissender, in bösem Glauben befindet. Außerdem verlieren jene allgemeinen Bestimmungen hier alle rechtliche Bedeutung, weil wegen der dem Verkäufer im §. 183. auferlegten Pflicht, den Käufer in Kenntniß zu setzen, ein Versehen des Letzteren darin gar nicht gefunden werden kann, daß er sich nicht selbst Kenntniß durch Einsicht des Hypothekenbuches verschafft hat. Im §. 19. A. L. R. I. 4. aber, auf welchen auch noch Bezug genommen wird, ist nur von dem Verhältnisse des dritten Erwerbers dem Berechtigten gegenüber, keinesweges aber von dem Verhältnisse des Käufers dem Verkäufer gegenüber die Rede, sondern deren Verhältniß wird durch ihren Kontrakt, und eventuell in Beziehung auf die Gewährleistung durch die §§. 175. ff. h. t. normirt. (Entsch. Bd. 36. S. 1, J. M. Bl. 1857 S. 239.)

3) Der Verkäufer, welcher eine auf dem verkauften Grundstücke haftende Privatdienstbarkeit, Last oder Abgabe, die nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemein zu sein pflegt, dem Käufer bei der Kaufhandlung nicht angezeigt hat, wird von der Vertretungsverbindlichkeit dadurch befreit, daß der Käufer schon bei dem Kaufe Kenntniß von der betreffenden Last hatte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1857.

Dies entspricht schon dem in dem Präj. Nr. 807[1]) aufgestellten Grundsatze. Der §. 183. kann nur dahin aufgefaßt werden, daß die genannten Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben ohne Vertretung des Verkäufers auf den Käufer übergehen, wenn dieselben dem Käufer von dem Verkäufer angezeigt worden. Diese Anzeige kann allerdings dem Käufer Veranlassung geben, hinsichtlich solcher Privatdienstbarkeiten besondere kontraktliche Bestimmungen zu treffen; in Ermangelung solcher Bestimmungen aber soll es bei den hinsichtlich der dinglichen Lasten in dem §. 7. A. L. R. I. 19. u. §. 137. A. L. R. I. 2. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen bewenden. Der §. 183. h. t. hat also unzweideutig die Folgen bestimmt, welche rechtlich eintreten sollen, wenn der Käufer, wiewohl bekannt mit den auf dem Grundstücke haftenden Realverbindlichkeiten, es unterlassen hat, sich durch besondere kontraktliche Bestimmungen gegen deren Uebernahme zu sichern; es soll da n angenommen werden, daß die Kontrahenten es bei dem gesetzlichen Grundsatze, nach welchem dingliche Verpflichtungen der Art ohne Weiteres auf den Käufer übergehen, haben belassen wollen. Das Gesetz aber legt dem Verkäufer die Verpflichtung der Vertretung nur auf, wenn er unterlassen hat, dem Käufer Anzeige von dem Vorhandensein solcher Privatdienstbarkeiten zu leisten, und einer solchen Anzeige muß es offenbar ganz gleich stehen, wenn der Käufer bei der Kaufhandlung schon Kenntniß von der Privatdienstbarkeit gehabt, da es unter dieser Voraussetzung, um den Zweck des Gesetzes zu erreichen, nicht erst der besonderen Anzeige Seitens des Verkäufers bedürfen kann. (Entsch. Bd. 36. S. 59, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 153 Nr. 39.)

4) Die Vorschrift des §. 183. findet auch auf Wald- und Weide-Servituten Anwendung. Insbesondere tritt die Entschädigungsverbindlichkeit des Verkäufers dann ein, wenn derselbe dem Käufer einige dergleichen Servituten anzeigt, andere aber verschweigt, weil in diesem Falle immer anzunehmen ist, daß der Käufer in Betreff der Letzteren im Irrthume gewesen ist. Dasselbe findet überhaupt dann Statt, wenn die Servitut auf einem speziellen Erwerbstitel beruhet, da der §. 183. sich nur auf solche Befugnisse bezieht, welche in der allgemeinen Verfassung des Landes oder der Provinz ihren Grund haben, und deshalb allen Grundstücken derselben Art gemein zu sein pflegen.

(Erk. des Ob. Trib. [Datum konstirt nicht], Centralbl. 1840 S. 200.)

---

1) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

5) Unter die »Privatdienstbarkeiten« des §. 183. sind auch Wohnungsrechte zu subsumiren.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 15. Mai 1854[1]) (Präj. Nr. 2520.), weil das Wohnungsrecht ein der Servitut ähnliches dingliches Recht, mithin ein losgelöster Theil des Eigenthums sei, auf welchen sich der §. 184. nicht anwenden lasse.

(J. M. Bl. 1854 S. 288, Entsch. Bd. 28. S. 29, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 331 Nr. 75.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 342.

Koch tritt dieser Ansicht zwar bei, jedoch mit der Beschränkung auf ein selbstständiges Wohnungsrecht im Sinne des Röm. jus habitationis, indem er bemerkt:

Nicht damit gleichgestellt werden darf die Verbindlichkeit, einem Anderen Wohnung oder Aufenthalt, gewöhnlich in der eigenen Stube, aber doch nicht ausschließlich daselbst oder überhaupt in einem bestimmten Raume, zu gestatten, beziehungsweise zu verschaffen. Ein solches, nicht auf dem ausschließlichen Besitze einer bestimmten Gebäulichkeit beruhendes Recht ist nichts weiter, als eine Obligation, deren Eintragung nur das akcessorische Recht einer Hypothek erzeugt. (Landr. Bd. 1. Anm. 25 a. zum §. 183. h. t.)

§§. 183. u. 184. Gehört der Altentheil (Ausgedinge, Auszug, Leibzucht) zu den Lasten und Abgaben des §. 183., oder zu den Privatschulden und Verbindlichkeiten des §. 184.?

Der III. Sen. des Ob. Trib. führt in den Erk. v. 30. Sept. und 14. Okt. 1853 Ersteres aus, unter Bezugnahme auf die Motive des Pl. Beschl. v. 22. April 1844 (Entsch. Bd. 10. S. 12)[2]) und mit dem Bemerken, daß der §. 50. Tit. 1. der Hyp. O. von Realverbindlichkeiten, der §. 184. h. t. dagegen von Privatverbindlichkeiten redet, auch die §§. 183. u. 184. zwischen Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben auf der einen, und Privatverbindlichkeiten auf der andern Seite unterscheiden.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 229 Nr. 52. u. Bd. 12. S. 25 Nr. 7.)

Die Redaktion des Archivs bemerkt hierzu:

Der §. 183. umfaßt Reallasten im technischen Sinne, bei welchen das Grundstück, auf dem sie haften, das verpflichtete Subjekt ist, und welche nur der Erkenntlichkeit wegen im Hypothekenbuche eingetragen werden. Sie sind nicht in der III., sondern in der II. Rubrik einzutragen (Ges. v. 24. Mai 1853 §. 2.) und finden überhaupt die Bestimmungen des Hypothekenrechtes auf sie in keiner Beziehung Anwendung. Der §. 184. spricht dagegen von Hypotheken-Forderungen (§. 1. A. L. R. I. 20.).

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 229 Anm.)

§. 184. 1) Zu den Privatschulden und Verbindlichkeiten, die der Verkäufer allemal vertreten muß, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat, gehören die Verbindlichkeiten aus Verpachtungen nicht. Damit der Verkäufer von deren Vertretung befreiet bleibe, genügt es, daß dieselben vor Abschluß des Kontraktes dem Käufer bekannt gewesen sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1846. (Präj. Nr. 1757.) (Präj. Samml. S. 51.)

2) Eine auf ein Gut auf Grund einer gerichtlich bestätigten Stiftungsurkunde »radicirte« in Rubr. II. eingetragene Familienstiftung von 10,000 Thlrn. ist von dem I. Sen. des Ob Trib. in dem Erk. v. 14. Jan. 1856 für eine Privatschuld im Sinne des §. 184. mit dem akcessorischen Rechte der Hypothek erachtet worden.

(Entsch. Bd. 31. S. 385.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 28 zum §. 184. h. t.

3) Ueber die Frage: ob der Verkäufer des Gutes verpflichtet ist, dem Käufer für die dem Vorbesitzer bestellten zur Gutskasse eingezahlten Kautionen der Schäfer, Viehzüchter ꝛc. zu haften? vergl. den Rechtsfall und das Erk. des Ob. Trib. v. 3. Dec. 1847.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 193 Nr. 97.)

4) Die im §. 184. ausgesprochene Haftbarkeit des Verkäufers stellt sich als ein eigentlicher Eviktionsfall im Sinne der §§. 135. ff., §. 164. h. t. erst dar, wenn in Gefolge der Hypothek dem Käufer

---

1) Dieselbe Ansicht hatte der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. v. 25. Jan. 1840 (Entsch. Bd. 6. S. 178) angenommen, wogegen der IV. Sen. die entgegengesetzte Meinung hegte, worauf die Pl. Entsch. herbeigeführt wurde.

2) Vergl. in den Erg. zum §. 342. h. t.

die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen worden ist. So lange dies noch nicht geschehen, bleibt die Bestimmung des §. 184. indeß keineswegs wirkungslos; sie hat eben die Wirkung, daß die auf dem Gute haftende Hypothek hinweggeschafft werden muß. Denn der Käufer hat das Recht, gegen die Folgen solcher Ansprüche gesichert und in den Stand gesetzt zu werden, sich der Sache, unbeschränkt durch die Pfandrechte Dritter, bedienen zu können.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 2. Febr. 1852. (Entsch. Bd. 22. S. 156.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 325—328., 334.

§. 187. Die Vorschrift des §. 187. bezieht sich nicht auf jeden Kauf, sondern nur auf den Kauf in Pausch und Bogen, also nur auf den §. 186. und nicht auf den §. 184.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1856.

Der §. 184. schreibt vor, daß der Verkäufer die Privatschulden allemal vertreten soll, wenn der Käufer dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat. Wenn nun der §. 187. auch eine gefolgerte oder stillschweigende Uebernahme zuläßt, so darf diese Zulassung schon äußerlich nicht auf den Fall des §. 184., d. h. auf die Regel zurückbezogen werden; denn das »Es wäre denn« des §. 187. läßt sich nur an den vorhergehenden §. 186., der vom Verkaufe in Pausch und Bogen handelt, aber nicht mehr an jenen weiter zurückliegenden Satz anknüpfen. Entscheidend aber ist für die einschränkende Deutung, daß die Vorschrift des §. 187., wenn für alle Fälle des Verkaufes als Regel gedacht, ja das »ausdrücklich« in §. 184. geradezu wieder aufheben würde.

(Entsch. Bd. 31. S. 385.)

§. 188. Der §. 188. ist nicht auf den Fall zu beziehen, wenn der Verkäufer die Liberation des verkauften Grundstückes von einer Hypothek versprochen hat; hier kann schlechtweg kontraktmäßige Erfüllung sogleich gefordert werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 2. Febr. 1852. (Entsch. Bd. 22. S. 145.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 325—328., 334.

§§. 189. 190. Der Minderwerth des Grundstückes wegen einer auf demselben haftenden, von dem Verkäufer zu vertretenden Servitut besteht, — insofern die Vermuthung, daß der Kaufpreis dem wahren Werthe des Grundstückes entspreche, nicht widerlegt ist, — in dem zwanzigfachen Betrage des jährlichen Minderertages des Grundstückes.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Nov. 1854.

Die §§. 12. ff. A. G. O. II. 6. finden für diesen Fall eben so wenig Anwendung, als die Bestimmungen der landschaftlichen Kredit-Taxordnungen, wohl aber ergiebt sich aus dem §. 189. h. t., welcher auch für den Fall des §. 190. h. t. maßgebend ist, daß der landübliche Zinsfuß in Frage kommt, welcher als allgemeine Regel gilt, von welcher nur durch positive, nicht durch Analogie auszudehnende, gesetzliche Bestimmungen Ausnahmen festgestellt werden, wie dies bei den älteren Agrargesetzen und der Sportelgesetzgebung der Fall ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 27 Nr. 10.)

§§. 192—206. Wegen fehlender Eigenschaften.

§§. 192. 197. 198. Die Annahme der gekauften Sache durch den Käufer muß unbedingt und ohne Vorbehalt geschehen, wenn aus ihr ein Anerkenntniß der gehörig geschehenen Erfüllung durch den Verkäufer entnommen werden soll.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Nov. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 55 Nr. 13.)

§§. 194. u. 196. Diese Vorschriften gelten auch bei der nothwendigen Subhastation, mit den sich von selbst verstehenden Modifikationen aus dem §. 213. h. t.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 534.) (Präj. Samml. S. 51, J. W. 1839 S. 601 u. 629.)

Vergl. das Präj. Nr. 532. in den Erg. zum §. 340. h. t. Zus. 2.

§§. 197—199. 203. Jede zur Zeit des Abschlusses des Vertrages über den Verkauf eines Pferdes bereits vorhanden gewesene, jedoch erst später entdeckte Krankheit desselben, welche sich als ein Mangel an den ausdrücklich vorbedungenen oder stillschweigend vorausgesetzten gewöhnlichen Eigenschaften des Pferdes betrachten läßt, berechtigt den Käufer zum Rücktritt vom Vertrage, auch wenn das Pferd in der Folge von dieser Krankheit befreit worden ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 14 Nr. 4.)

§. 199. Die Frist von 24 Stunden zur Begründung der Vermuthung, daß ein Stück Vieh schon vor der Uebergabe krank gewesen, endet mit dem Moment, in welchem sie am vorhergehenden Tage zu laufen angefangen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1848. (Präj. Nr. 2100.)

Es liegt hier ein Fall, wie ihn die §§. 45—47. A. L. R. I. 3. voraussetzen, nicht vor. Von einer Pflicht, welche dem Käufer an einem bestimmten Tage geleistet werden soll, und wobei ihm der ganze Tag zu statten kommen könnte, ist gar nicht die Rede, und eine Verlängerung der auf den Zeitraum von 24 Stunden ausdrücklich beschränkten Frist, je nachdem dieselbe früher als Mitternacht begonnen, kann nicht stattfinden. Der Verlust eines Rechtes ist nicht bestimmt, sondern nur die Vermuthung für ein Faktum an eine Frist von Stunden, nicht von Tagen oder von einem Tage gebunden.

(Präj. Samml. S. 227, Entsch. Bd. 17. S. 152.)

§§. 199—203. Der in den §§. 201. u. 202. vorgeschriebenen Anzeige bedarf es nur dann, wenn der Käufer sich auf die im §. 199. aufgestellte Vermuthung stützt, nicht aber dann, wenn er den im §. 203. nachgelassenen Beweis führen will.

Die bei der Abwesenheit des Verkäufers im §. 201. vorgeschriebene Anzeige bei den Ortsgerichten oder einem Sachverständigen, ist dem Käufer nur zu seinen Gunsten nachgelassen worden, so daß er sein Recht nicht verliert, wenn er dem Verkäufer, der Abwesenheit desselben ungeachtet, dennoch die Anzeige zeitig gemacht hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1837. (Präj. Nr. 257.) (Präj. Samml. S. 51.)

§. 200. 1) Diese Vorschrift bezieht sich nicht bloß auf die allgemeine im §. 199. aufgestellte Vermuthung, sondern auch auf die speziellen in den §§. 204. u. 205. und den §§. 13. u. 14. Anh. zum A. L. R. aufgestellten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Okt. 1839. (Präj. Nr. 747.) (Präj. Samml. S. 52.)

2) Der Ausdruck: »bei Verlust seines Rechtes« im §. 200. ist nicht dahin zu verstehen, daß der Anspruch auf Gewährsleistung überhaupt verloren gehe, sondern er bedeutet, wie sich aus dem Zusammenhange und aus §. 203. ergiebt, nur, daß die aufgestellte Vermuthung erlösche und der Käufer nunmehr das frühere Dasein der Krankheit beweisen müsse.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 40, Bornemann's System Bd. 3. S. 65, 2. Ausg. Bd. 3. S. 35, Bielitz's Komm. Bd. 2. S. 454 u. Nachtr. Hft. 1. S. 47.)

§. 201. Die Gesetzrevisoren werfen den Zweifel auf, was der Gesetzgeber durch die im § 201. als nothwendig verordnete Anzeige bei den Gerichten des Ortes bezweckt habe, ob der Käufer eine Untersuchung des krankhaften Zustandes in Antrag bringen müsse, und wie solche einzuleiten, indem sich dafür in der A. G. O. keine andere Form, als die Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse auffinden lasse. Sie entscheiden sich dafür, daß der Käufer hierauf seinen Antrag richten müsse, da die Anzeige ohne Beweisaufnahme zu nichts führen könne. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 41.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System Bd. 3. S. 65, 2. Ausg. Bd. 3. S. 35) und Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 454).

§§. 204. u. 205., Anh. §§. 13. u. 14. 1) Die Gesetzrevisoren theilen über die Entstehung und zum Verständniß dieser Vorschriften Folgendes mit:

Der §. 205. war von Suarez nach den Anträgen einiger ständischen Monenten abgefaßt worden; der §. 14. des Anh. änderte denselben in verschiedenen Punkten auf den Grund eines Antrages der Gesetz-Kommission v. 27. März 1801, welcher durch ein von dem Ober-Stallmeister Grafen v. Lindenau mitgetheiltes Gutachten der Professoren an der Thierarzneischule, Naumann und Sick, und des Stallmeisters Ploen veranlaßt worden. Die jetzt zum Zweck der Gesetzrev. erfolgte Mittheilung des Medizinal-Departements giebt den Bestimmungen des Anh., soviel die Stätigkeit, die Räude und den Rotz betrifft, den Vorzug vor dem A. L. R.; es ist aber dabei bemerkt, daß auch des Wurmes gedacht werden müsse, und daß Dämpfigkeit oder schwarzer Staar sich ebenfalls binnen 14 Tagen äußern müßten, wenn darauf Rücksicht genommen werden solle, weil diese Krankheiten nicht gut länger verborgen bleiben, wohl aber in sehr kurzer Zeit sich ausbilden könnten ꝛc. Was die Krankheiten des Rindviehes betrifft, so war derselben in dem A. L. R. gar nicht besonders gedacht; es findet sich darüber bei dem ersten Entwurf

zum Gesetzbuch eine Note von der Hand des verstorbenen Ministers v. Kirch- eisen, worin gesagt wird, der Französischen Krankheit beim Rindvieh werde man nicht erwähnen dürfen, da solche nach dem vor einigen Monaten erlassenen Publikandum des collegii sanitatis ein Vorurtheil sei. Dessenungeachtet ist später- hin in dem §. 13. des Anh., welcher von der Gesetz-Kommission auf den Grund des schon oben erwähnten von dem Grafen v. Lindenau mitgetheilten Gut- achtens in Antrag gebracht worden, die sogenannte Französische Krankheit des Rindviehes mit aufgenommen worden. Jetzt hat sich das Medizinal-Departe- ment wiederum dahin ausgesprochen, daß diese Krankheit keinen Gewährsmangel abgeben könne, weil sie dem Verkauf des Fleisches nicht entgegenstehe, sich sehr langsam entwickele, und beim Leben des Thieres gar nicht erkannt werden könne.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 41.)

2) Vergl. Löwenberg's Motive des Anh., S. 27 und 114.

§§. 207—214. Wegen fehlender Quantität.

§§. 207. u. 209. Wenn der Käufer die Bestellung nicht durch die augenblickliche und gleichzeitige Lieferung der ganzen bestellten Quantität bedingt hat, auch das Geschäft nicht von der Art ist, daß eine solche Bedingung vermuthet werden kann, so ist derselbe die An- nahme einer geringeren Quantität zu verweigern nicht berechtiget.
(Erk. des Rhein. Revisions- und Kassationshofes v. 29. März 1834, Simon's R. Bd. 3. S. 313.)

Koch hält dies für unrichtig und nach §. 209. den Käufer in jedem Falle zum Rücktritte für berechtigt, wenn nicht Alles zur be- stimmten Zeit geliefert wird.
(Landr. Bd. 1. Anm. 51. zum §. 207. h. t.)

Die Gesetzrevisoren folgern aus §. 209., daß der Käufer den Vertrag aufzurufen berechtigt sei, wenn die Nachlieferung in der bestimmten Zeit nicht erfolge. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 43.)

§. 210. Kann im Falle des §. 210. der Käufer sich bei An- nahme der Stücklieferung das Recht zum Rücktritte durch einen Vor- behalt sichern?

Koch verneint mit dem Bemerken, daß nicht einmal die An- nahme zur Verwahrung dem Käufer das Recht zum Rücktritte erhalte, sondern daß er jede Annahme zurückweisen müsse.
(Landr. Bd. 1. Anm. 53. a. zum §. 210. h. t.)

Dagegen ist Dr. Sommer für die Bejahung, weil ein solcher Vorbehalt nirgend verboten sei und der Vorbehaltende alsdann nur in das Rechtsverhältniß eines Depositars trete.
(Ulrich's Archiv Bd. 16. S. 236.)

§§. 210. u. 211. Die für die fehlende Quantität der ver- kauften Sache dem Käufer zu gewährende Vergütigung ist ihrem Be- trage nach mit Rücksicht auf die mittlere Güte und Art der wirklich übergebenen Quantität zu bestimmen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 298 Nr. 65.)

§. 213. a) Bei einem in Pausch und Bogen geschlossenen Kaufkontrakte ist, den Fall der nothwendigen Subhastation ausgenom- men, der Verkäufer für die Existenz sämmtlicher, als Gegenstand des Verkaufs ausdrücklich angegebenen Rubriken auch in dem Falle Ge- währ zu leisten verbunden, wenn kein besonderer Anschlag gegeben, oder die im Kontrakte angegebenen Rubriken in dem bloß zur Information des Käufers gegebenen Anschlage nicht mit veranschlagt worden sind.

b) Dagegen darf, bei einem im Wege der nothwendigen Sub- hastation erfolgten Verkaufe, der Käufer für die Existenz solcher Ru- briken nur dann Gewähr fordern, wenn dieselben bei Aufnahme der Taxe mit veranschlagt worden sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1838. (Präj. Nr. 583.) (Präj. Samml. S. 52.)

§§. 215—228. Verbindlichkeiten des Käufers.

§§. 216—220. Wegen Uebernahme der Sache.

§. 215. 1) Zeigen sich Gewährsmängel, welche den freien vertragsmäßigen Gebrauch der Sache hindern oder erschweren, z. B. Beschränkungen der Disposition, oder Belastung mit bedeutenden nicht angezeigten oder nicht übernommenen Hypotheken, so kann der Käufer die Uebernahme verweigern, bis der Mangel gehoben ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. in Sachen v. Below wider v. Müller unterm 16. Jan. 1849.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 56. zum §. 215. h. t.)

Vergl. die Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Okt. 1841 (Nr. 1051.) und v. 5. Aug. 1845 (Nr. 1592.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5 §. 271., desgl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Mai 1844 (Nr. 1442.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 319. ff.

2) Bestehen die Gewährsmängel nur in, den Gebrauch nicht er- schwerenden Ansprüchen Dritter, so muß der Käufer wegen der zu befürchtenden Ansprüche noch vor der Uebernahme sicher gestellt wer- den, wenn er kein Kaufgeld mehr in Händen hat, andern Falls der §. 222. h. t. zur Anwendung kommen.

Erkannt von dem Ob. Trib. in Sachen Menzel wider Heinrich unterm 2. März 1849.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 56. zum §. 215. h. t.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 221—223. h. t.

§. 216. Zur Erläuterung des §. 216. bemerken die Gesetz- revisoren:

Die Bestimmung des §. 216. ist wörtlich aus dem gedr. Entw. (§. 230. h. t.) übernommen, hatte indeß auch dort schon ihre Bedeutung verloren. Im ersten ungedr. Entw. bezog sie sich auf das periculum et commodum rei venditae nondum traditae. Nachdem nämlich, so wie jetzt in den §§. 117. u. 121. d. T. gesagt war, beim Verkaufe in Pausch und Bogen, und beim Verkaufe eines Inbegriffes solle Gefahr und Nutzen sofort auf den Käufer über- gehen, hatte man in den §§. 113. u. 114. (des ungedr. Entw.) als erläu- ternde Bestimmungen beigefügt, daß der Verkäufer bei einem Verzuge für Ge- fahr und Schaden hafte, daß dies aber im Falle eines bloßen Zufalles oder eines Verzuges von Seiten des Käufers nicht stattfinden solle; und nun hieß es im §. 154. (des ungedr. Entw.) unter der Rubrik, Verbindlichkeiten des Käu- fers: »Was nach §§. 113., 114. den Verkäufer wegen verzögerter Uebergabe entschuldigt, muß auch von Seiten des Käufers in Rücksicht der Uebernahme als eine rechtsgültige Verhinderung angesehen werden (cf. Material. des A. L. R. Bd. 28. Fol. 239., 245.).« Es war mithin in Rücksicht auf das peri- riculum et commodum rei venditae nondum traditae unter die Verbind- lichkeiten des Käufers eine Vorschrift aufgenommen, welche ihn dem Verkäufer gleichstellte, in sofern dieser durch den Verzug eine sonst nicht stattfindende Ver- haftung auf sich laden würde. Dies findet jetzt seine Erledigung durch die später aufgenommenen §§. 118. u. 119. des Textes, und der §. 216., welcher aus dem angeführten Satze des ungedr. Entw. geworden ist, hat auf diese Weise seine Bedeutung verloren; er wird nur verständlich, wenn man weiß, daß er sich auf das periculum et commodum rei venditae nondum traditae beziehen soll. (Gesetzrev Pens. XIV. S. 31.)

§§. 221—228. Wegen Bezahlung des Kauf- geldes.

§§. 221. u. 222. 1) Die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers be- gründet die persönliche Verbindlichkeit des Letzteren zur Exnexuation des Verkäufers.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1837. (Präj. Nr. 185.) (Präj. Samml. S. 52.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. auch in dem Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 (Präj. Nr. 1096.) aufrecht erhalten.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 54.

2) Muß ein verkauftes Gut dem Käufer frei von Hypotheken übergeben werden, so gehört der Nachweis, daß das Gut frei von solchen Schulden sei, zur Vollständigkeit der Uebergabe, und der Ver- käufer kann vor Führung dieses Nachweises die an ihn bedungene baare Zahlung des Kaufgeldes nicht fordern.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1051.) (Präj. Samml. S. 14.)

Das Präj. Nr. 1051. ist indeß nur anwendbar, wenn die Na- turalübergabe des verkauften Grundstückes noch nicht erfolgt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1845. (Präj. Nr. 1592.) (Präj. Samml. S. 15.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 271.

3) Fällt der in dem Kaufkontrakte zur Bezahlung des Kaufgeldes ohne Vorbehalt festgesetzte Termin auf einen früheren Tag, als der ebenfalls ausdrücklich vereinbarte Termin, bis zu welchem der Ver- käufer die Befreiung des Grundstückes von bestimmten Lasten und Hypotheken bewirken soll, so kann der Käufer, auch wenn er erst nach Ablauf dieses letzteren Termins auf Bezahlung belangt wird, aus der

noch nicht erfolgten Löschung jener Lasten und Hypotheken keinen Einwand entnehmen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1771.) (Präj. Samml. S. 52.)

4) Zu den im §. 222. bezeichneten Gewährsmängeln gehören nicht bloß diejenigen, welche sich an bereits übergebenen Gegenständen, sondern auch diejenigen, die sich in dem Nichtübergeben versprochener Gegenstände äußern.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1174. b.)

Daß der Mangel versprochener Pertinenzien einem Gewährsmangel im Sinne des Gesetzes gleichzustellen und diesem Begriff unterzuordnen sei, ergiebt der §. 207. h. t., welcher unter den Gewährsmängeln den Fall aufzählt, wenn der Verkäufer ein bestimmtes Maß oder Gewicht, oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet hat, und es daran bei der Uebergabe fehlt. Der Gewährsmangel setzt keinesweges thatsächlich voraus, daß an dem empfangenen Verkaufsgegenstande nach dessen Tradition Gewährsmängel — fehlerhafte Eigenschaften der übergebenen Sache zum Vorschein kommen, sondern es beruht der gesetzliche Grund der Gewährsleistung vielmehr umgekehrt darauf, daß die Sache schon von dem Tradenten fehlerhaft übergeben worden, und die Fehlerhaftigkeit nicht erst nach der Zeit der Uebergabe entstanden ist. Die Zeit, wann der Fehler zum Vorschein gekommen, ist für die Beantwortung der Frage unerheblich, wie der Anspruch eines Dritten ebenfalls dadurch, daß er vor der Uebergabe schon bekannt gewesen, aus der Kategorie der Gewährsmängel nicht ausscheidet. Daß die Entscheidung der Frage über die Pertinenz-Eigenschaft recht eigentlich ein Streit wegen fehlender Eigenschaften ist, ergiebt auch die analoge Vorschrift des §. 213. h. t., welche ebenfalls unter den Gewährsmängeln wegen fehlender Eigenschaften aufgeführt ist. (Präj. Samml. S. 52, Entsch. Bd. 8. S. 232.)

5) Findet die Bestimmung des §. 222. auch für den Fall Anwendung, wenn vor der Uebergabe Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten zum Vorschein kommen?

Bejahet von dem Appell. Ger. zu Arnsberg in dem Erk. v. 9. Juli 1852. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 237.)

Verneint von Dr. Sommer, weil der Bejahung der §. 271. A. L. R. I. 5. und die §§. 215., 207—210. h. t. entgegenstehen. (a. a. O. S. 233—336.)

6) Der Käufer kann das Kaufgeld nur wegen solcher Ansprüche dritter Personen an die Sache zurückhalten und deponiren, hinsichtlich deren die Klage gegen ihn entweder schon angestellt oder doch genügend bescheinigt ist, daß sich eine solche begründen lasse.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1844. (Präj. Nr. 1507.)

Denn unter dem im §. 222. erwähnten zum Vorscheinkommen der Ansprüche eines Dritten kann nicht jedes willkührliche Berühmen derselben verstanden werden. Der Verkäufer kann nicht wegen seiner ganz liquiden Kaufgelderforderung den Launen und Berühmungen dritter Personen und dem einseitigen Belieben des Käufers, darauf zu hören, preisgegeben sein, sondern nur die objektive Gefahr ist zu berücksichtigen. Solche tritt aber nur in obigen beiden Fällen ein. Nur aus einer solchen Bescheinigung kann der Richter, der dem Käufer das Zurückbehaltungsrecht an dem fälligen Kaufgelde zusprechen soll, einen materiellen Grund dafür entnehmen, daß der Käufer wirklich in der Gefahr schwebe, den angesprochenen Theil des verkauften Gegenstandes zu verlieren oder das sonst daran prätendirte Recht anerkennen zu müssen. Dies behauptete Recht selbst muß also bescheinigt werden, und dies entspricht auch der analog anzuwendenden Vorschrift des A. L. R. I. 20. §. 541.

(Präj. Samml. S. 52, Entsch. Bd. 10. S. 366.)

Dagegen hält das Erk. zweiter Instanz eines nicht bezeichneten Gerichtshofes in Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 218 die Bescheinigung nicht für erforderlich und findet den §. 222. schon alsdann anwendbar, wenn auch nur eine Anmeldung der Ansprüche des Dritten bei der Theilungsbehörde gemacht ist, da nicht zu vermuthen sei, daß dies ohne Rechnung auf Erfolg geschehen sei.

Dr. Sommer hält ebenfalls die Entsch. des Ob. Trib. v. 16. Nov. 1844 nicht für gerechtfertiget, da dem Käufer, der eben den Anspruch bestreite, aber durch dessen Erhebung mit Recht beunruhigt sei, nicht zugemuthet werden könne, sich um Bescheinigungen des gegen ihn aufgestellten Anspruches, den er eben bestreiten wolle, zu bemühen. Die Sache falle vielmehr in dem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen darüber anheim, ob der Anspruch wirklich als zum Vorschein gekommen anzusehen sei. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 218.)

7) Der §. 222. berechtigt in dem dort gedachten Falle, auch wenn die Uebergabe der verkauften Sache erfolgt ist, den Käufer nicht, einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes zurück zu behalten, oder ihn gerichtlich niederzulegen, sondern nur: einen solchen Theil zurückzuhalten unter gleichzeitiger gerichtlicher Niederlegung desselben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 3. Juli 1854. (Präj. Nr. 2527.)[1])

Die Bedeutung des §. 222. findet ihre Erläuterung in den Vorschriften von der gerichtlichen Deposition. Die gehörige gerichtliche Deposition einer schuldigen Summe befreiet den Schuldner, gleich der Zahlung. (Thl. I. Tit 16. §§. 213., 228., 229.) Das A. L. R. gedenkt in dem Sitze der Materie Thl. I. Tit. 16. Abschn. 3. zweier Hauptfälle solcher Deposition, nämlich im §. 215. und im §. 226. Im letzteren Falle bestreitet der Schuldner ganz oder theilweise seine Verbindlichkeit zur Zahlung, er will dem Gläubiger das Geld nicht in die Hände geben, der seinerseits zum Empfange vollkommen bereit und legitimirt sein mag; das Gesetz gestattet dem Schuldner, der sein Bestreiten einigermaßen unterstützen kann, die Deposition zu seiner Sicherheit, sorgt aber, weil der Gegenanspruch noch illiquide ist, dadurch gleichzeitig für den Gläubiger. — Es ist hier also auch denkbar, daß, zur Erreichung der Sicherheit für beide, noch der andere Weg einer Zahlung an den Gläubiger gegen Sicherstellung als Gegenrecht des Gläubigers zugelassen werde, wovon im Falle des §. 215., wo der Schuldner nichts als zu zahlen begehrt, nicht die Rede ist. Der Schuldner deponirt hier also, um der Gefahr und den Nachtheilen einer Zahlung zu entgehen; die Befreiung von der Gefahr für die Sache, von den Folgen der mora tritt, wie im Falle des §. 215., so freilich auch hier ein, ist aber nicht das Motiv der Deposition. Die Alternative für den Schuldner ist hier Erfüllung der Verbindlichkeit durch Zahlung oder durch Deposition; zurückbehalten kann er nicht. — Andere Stellen des A. L. R. (worauf schon §. 227. a. a. O. hinweiset) und der A. G. O. führen noch zahlreiche konkrete Fälle der gerichtlichen Deposition auf, theils solche, welche einem oder dem andern jener beiden Hauptfälle sich anschließen, theils solche, welche von beiden in sofern abgehen, als dem Schuldner die Deposition statt der Zahlung zu einer Pflicht aus Rücksicht auf die Interessen Dritter gemacht (z. B. Thl. I. Tit. 11. §. 419., Thl. I. Tit. 13. §. 136., Thl. II. Tit. 8. §§. 891., 1145. ff., 1160., 1171. ff.), oder als die Deposition von Amtswegen veranlaßt wird (z. B. Thl. I. Tit. 14. §§. 92., 93.). Aus diesen sonstigen Fällen sind als solche, welche die obige Charakterisirung des zweiten Hauptfalles in seinem Gegensatze zu dem ersten bestätigen und veranschaulichen, hervorzuheben: A. L. R. I. 16. §§. 359., 360.; II. 8. §§. 924., 925., 1248., 1249.; A. G. O. I. 14. §. 6. sub 2., §. 7.; I. 27. §. 51. (vergl. I. 28. §. 9.). In diese Reihe von Fällen gehört auch der §. 222. h. t., dessen Voraussetzung ist, daß, während ein Käufer das Kaufgeld noch schuldet, Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache zum Vorschein kommen. Solche Mängel und Ansprüche berechtigen einen Käufer nach Um-

[1]) Die Bestimmung des §. 222. kann dahin verstanden werden, daß der Käufer einfach befugt sei, die Zahlung des Preises vorzuenthalten, und wenn er will, auch zu deponiren; sie kann aber auch als eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes angesehen werden, dergestalt, daß der Käufer das Kaufgeld zwar zurückzuhalten, aber nur in der Form der gerichtlichen Niederlegung zurückzuhalten befugt ist. Das Ob. Trib. hat die Bestimmung in beiderlei Auffassungen zur Anwendung gebracht. In dem Präj. v. 2. März 1849 (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 66. zum §. 222. h. t.) spricht dasselbe aus: »Der Käufer, welcher zufolge des §. 222. Kaufgelder retiniren will, ist dieselben zu deponiren verpflichtet, nicht bloß befugt.« — Dagegen lautet das Präj. des III. Sen. v. 18. Sept. 1850 (Präj. Nr. 2236.): »Der §. 222. spricht nur die Befugniß des Käufers zur Deposition aus, stellt es also in die Willkühr des Käufers, ob er wegen Gewährsmängel einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes einfach zurückbehalten, oder — um sich von der Verzinsung desselben und von der Gefahr zu befreien (§§. 228., 229. A. L. R. I. 16.) — zugleich deponiren will.« (Entsch. Bd. 20. S. 535.) — Denselben Grundsatz hat der III. Sen. in dem Präj. v. 26. Okt. 1847 ausgesprochen. (Rechtsf. Bd. 3. S. 16 Nr. 8.) Im Widerspruche hiermit hatte demnächst der IV. Sen. in dem Erk. v. 8. Sept. 1853 angenommen, »daß der Käufer eines Grundstücks, auf welchem von ihm nicht in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommene und nach des Verkäufers Versicherung bereits bezahlte Hypothekenschulden haften, nicht berechtigt sei, von dem Kaufgelde einen verhältnißmäßigen Theil einfach zurückzubehalten, sondern daß er vielmehr den ganzen Kaufpreis zahlen oder den zurückzubehaltenden verhältnißmäßigen Theil gerichtlich niederlegen müsse.« (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 117 Nr. 28.) — Die Streitfrage ist jetzt durch den Pl. Beschl. v. 3. Juli 1854 entschieden.

Vergl. darüber: Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 66. zum §. 222. h. t. — Vergl. auch die Abhandl. von Haushalter in dessen civil- und criminalrechtl. Abhandl. S. 57 ff.

ständen zur Aufhebung des Kaufes oder zu Entschädigungsforderungen; sie be-
gründen also für ihn, wenn er noch nicht erfüllt hat und auf Erfüllung be-
langt wird, Einwendungen und Gegenforderungen. Diese Einwendungen ꝛc.
sollen den Käufer zur Deposition befugen, falls die Mängel ꝛc. zum Vor-
schein gekommen. Die Voraussetzungen sind also nicht die des ersten,
sondern die des zweiten Hauptfalles. Die Deposition, welche unter solchen
Voraussetzungen dem Schuldner eingeräumt wird, kann ihn nicht gegen die
Nachtheile des Behaltens, sondern gegen die Gefahr des Auszahlens an
den Gläubiger schützen sollen; die Alternative kann auch hier nicht für ihn sein:
deponire oder behalte, sondern: deponire oder zahle. — Zu demselben Ergebnisse
führt die Verbindung des §. 222. mit dem vorangehenden und dem nachfolgen-
den §., welche sämmtlich unter der Rubrik: »Verbindlichkeiten des Käufers
wegen Bezahlung des Kaufgeldes« stehen. Der §. 222. ergiebt, daß da-
durch eine Ausnahme von der Zahlungsverpflichtung begründet wird,
so daß, wenn der Käufer von der ihm dadurch gegönnten Befugniß nicht Ge-
brauch machen will oder kann, eben nur die Regel der Zahlungspflicht übrig
bleibt. Die im §. 223., gleich wie in dem Falle des §. 925. Thl. II. Tit. 8.
eingeräumte Befugniß beweiset, daß die im §. 222. zugelassene Deposition nicht
im alleinigen Interesse des Schuldners, sondern weil dessen Gegenansprüche noch
nicht feststehen, auch mit Rücksicht auf den Gläubiger angeordnet worden. Der
Schuldner kann unter der Voraussetzung des §. 222. nur Sicherheit be-
gehren; es sind dafür zwei Wege eröffnet, unter welchen wieder der Gläubiger
die Wahl hat. Der eine (§. 223.) Zahlung der Schuld an den Käufer, der
dann eine gleiche Summe deponirt, der andere (§. 222.) Zahlung des Käufers
in's Depositum unmittelbar. Aushändigen soll der Schuldner immer, die Alter-
native für ihn ist nur, ob ohne oder mit Sicherheit, nicht aber, ob Aus-
händigen oder Behalten. — Die Wortfassung des §. 222. steht dieser Ansicht
gleichfalls zur Seite. Fragt es sich nämlich, ob die Vorschrift »er kann das
Kaufgeld zurückhalten und gerichtlich niederlegen« eine Befugniß, zu deren
Ausübung ein doppelter Akt gehört, oder zwei getrennte Befugnisse ausdrücke,
ob mit andern Worten das »und« konjunktiv für »und zugleich« oder dis-
junktiv für »oder auch« stehe, so wird zwar diese letztere Bedeutung des »und«
häufig genug angetroffen, allein der genauere Sprachgebrauch entscheidet doch für
die erstere. Auch ist keineswegs etwas Ueberflüssiges, sondern eben nur das
Nothwendige gesagt, wenn dem Käufer die Befugniß beigelegt wird, daß er
einen Theil des Kaufgeldes zurückhalten könne; dies mußte zuvor aus-
gesprochen werden, wenn der Käufer die Zahlung sollte verweigern dürfen, und
daran schließt sich alsdann die gerichtliche Niederlegung, als die legale Form
jenes Zurückhaltens, so daß Beides zusammen genommen — das thatsächliche
Zurückbehalten und das unmittelbar darauf folgende Niederlegen des Kaufgeldes
— diejenige Handlung ausmacht, zu welcher der Käufer hier für berechtigt er-
klärt wird. Es läßt sich annehmen, daß deshalb auch das Wort »zurück-
halten« und nicht »zurückbehalten« gewählt worden, da dies letztere dem
A. L. R. das technische Wort für Retentionsrecht (Abschn. 2. Tit. 20.
Thl. I. A. L. R.) ist. Das »Kaufgeld zurückhalten« drückt nicht so bestimmt
wie das »zurückbehalten« ein Verbleiben des Geldes in den Händen des Käu-
fers aus; es geht weniger auf einen Akt gegen die Sache, als gegen den Ver-
käufer, auf ein Vorenthalten, es paßt besser als ein »zurückbehalten« auf eine
Handlung, die nur zum Behufe des Niederlegens dienen soll. Ein Retentions-
recht ist hier nicht gemeint und kann nicht dem Käufer beigelegt sein, da die
unbedingt nothwendigen Erfordernisse eines solchen (§§. 540—541. Tit. 20.
Thl. I. A. L. R.) im §. 222. h. t. nicht erwähnt, noch vorausgesetzt sind.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 18, Entsch. Bd. 28. S. 1, Striethorst's
Arch. Bd. 14. S. 112 Nr. 30, J. M. Bl. 1854 S. 342.)

8) Die Vorschrift des §. 222. findet da keine Anwendung, wo
das Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag eingeräumt worden ist, viel-
mehr kommt es zunächst auf die Feststellung des Willens der Kontra-
benten über die Nothwendigkeit der Deposition der zurückbehaltenen
Kaufgelder an.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk.
v. 19. Jan. 1855.

Der Pl. Beschl. v. 3. Juli 1854[1]) hat, wie die Motive klar ergeben und die
Fassung desselben ausspricht, nur den Zweck, festzustellen, wie die Worte: »so kann
der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten und gerichtlich
niederlegen« auszulegen seien. Wird aber das Recht, die Kaufgelder wegen
Gewährsmängel zurückzubehalten, nicht auf Grund des Gesetzes (§. 222. h. t.) gel-
tend gemacht, beruht dasselbe vielmehr auf Vertragsbestimmung, so kann jener
Beschluß selbstredend keine Anwendung finden, vielmehr kommt es auf Erörte-
rung des Willens der Kontrahenten an, welcher vorzugsweise entscheidet und
nur subsidiär könnte der §. 222. zur Anwendung kommen.
(Entsch. Bd. 29. S. 355.)

9) Der Käufer, welcher wegen Gewährsmängel einen verhältniß-
mäßigen Theil des Kaufgeldes zurückhalten will, braucht nicht, außer
dem Nachweise, daß der zurückzubehaltende Theil dem Werthe des
entzogenen Pertinenzstückes entspricht, auch noch den Nachweis zu
führen, daß er in demselben Verhältnisse zum Kaufpreise des Ganzen
steht, welches zwischen dem Taxpreise des entzogenen Pertinenzstückes
und dem Taxpreise des ganzen Grundstückes besteht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. u. 13. Okt.
1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 98 Nr. 23.)

10) Ist der Käufer einer Sache zu deren Uebernahme verpflichtet,
auch wenn sie nicht die ausdrücklich vorbedungenen oder stillschweigend
vorausgesetzten Eigenschaften hat?

Müller verneint und führt aus, daß der Käufer, namentlich
eines Immobile, berechtiget ist, die Uebernahme so lange zu ver-
weigern, bis das verkaufte Immobile sich in dem kontraktmäßigen
Zustande befindet, und daß ihm freisteht, im Falle dieser nicht be-
werkstelligt werden kann, eine andere, dem Sachverhältnisse angemessene
Erfüllungsart des Kontraktes zu wählen.

Dagegen ist in dem Rechtsfalle, welcher als die Veranlassung
dieses Aufsatzes mitgetheilt wird, (wo nämlich der Verkäufer ver-
sprochen hatte, dem Käufer bei der Tradition fundum liberum zu
gewähren), in dem, das erste Erkenntniß abändernden Appellations-
Urtel der Grundsatz aufgestellt, daß eine erkaufte Sache in termino
traditionis, auch wenn sie in offenbar kontraktwidrigem Zustande sich
befinde, übernommen werden müsse, und nur die Deposition einer
solchen Kaufgeldersumme, als zur Deckung des Gewährsmangels hin-
reiche, dagegen stattfinden dürfe. (Jahrb. Bd. 31. S. 12—24.)

Koch hält die in dem Erk. in den Jahrb. Bd. 31. S. 12 ff.
aufgestellte bejahende Ansicht für die richtige. Denn wenn der
Käufer auch so viel Kaufgelder zurückbehalten und deponiren könne,
als zu seiner Deckung erforderlich, so könne er wegen entdeckter Ge-
währsmängel die Uebernahme nicht verweigern, da er nicht mehr als
Genugthuung fordern könne.
(Recht der Ford. Bd. 3. S. 630 Anm. 7. b.)

§§. 224—227. 1) Ueber die Entstehung dieser §§. machen
die Gesetzrevisoren folgende Mittheilung:

Die §§. 224—227. sind durch eine Beziehung auf den Rücktritt wegen
Mangels gegenseitiger Erfüllung veranlaßt. In dem ersten ungedruckten Ent-
wurfe fanden sich nämlich unter der Rubrik: Pflichten des Käufers, folgende
Bestimmungen:

§. 155. »Findet der Käufer bei der Uebernahme, daß die Sache nicht
bedungenermaßen übergeben werden solle, so ist er die Annahme derselben zu
verweigern berechtigt.«

§. 157. »Ist der Kauf auf baare Zahlung geschlossen, und erfolgt solche
bei der Uebergabe nicht, so steht es bei dem Verkäufer, ob er das Kaufgeld
einklagen oder die verkaufte Sache zurückfordern wolle.«

§. 158. »Will er die Sache wieder haben, so muß er binnen acht Tagen
nach verzögerter Zahlung auf deren Rückgabe gerichtlich antragen.«

Bei Revision der Monita gegen den ungedr. Entw. fand Suarez, daß
diese Bestimmungen unter den Pflichten des Käufers noch zu früh vorkämen,
und dort aufgenommen werden müßten, wo von Aufhebung der Kaufkontrakte
die Rede sei (cf. Material. des A. L. R. Bd. 28. Fol. 242 v. Fol. 245.).
Deswegen finden wir im gedr. Entw. unter der Rubrik: Pflichten des Käufers,
nur folgende Sätze:

§. 234. »Ist baare Zahlung bedungen, und solche bei der Uebergabe nicht
geleistet worden, der Verkäufer aber hat sich länger als acht Tage nach er-
folgter Uebergabe dabei beruhigt, so ist das Kaufgeld für kreditirt anzusehen.«

§. 235. »Einem abwesenden Verkäufer läuft diese Frist erst von der Zeit
an, wo er von der nicht erfolgten Zahlung Nachricht erhalten hat.«

Auf diese Bestimmungen ist unter der Rubrik: Aufhebung der Kaufverträge,
in folgender Weise Bezug genommen:

§. 240. »Ebenso (wie nach dem vorhergehenden §. der Käufer), kann der
Verkäufer, dem die bei der Uebergabe baar bedungene Zahlung des Kaufgeldes
nicht geleistet wird, von dem Kontrakte zurücktreten.«

Aus jenen §§. 234. u. 235. des gedr. Entw. sind die §§. 224. u. 225.
des Textes geworden; der Rücktritt aber, oder die Aufhebung der Verträge wegen
Mangels gegenseitiger Erfüllung war im Entw. nicht von denjenigen Bedingungen
abhängig gemacht, wie späterhin in dem A. L. R. geschehen ist. Anstatt, daß
die §§. 393—407. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. die Befugniß zum Rücktritte
von einem vorgängigen Erkenntnisse abhängig machen, sollte die Aufhebung des
Vertrages stattfinden, wenn nur die Erfüllung unter zweifelhaften, weitläuf-
tigen Ausflüchten verweigert würde. Hierbei wollte Suarez, auch bei der
Umarbeitung des gedr. Entw. noch stehen bleiben, und deswegen wird es

[1]) Vergl. den Zus. 7. ad h. l.

ganz erklärlich, wenn er bei Revision der Mon. gegen den gedr. Entw. zu den oben angeführten §§. 234. u. 235. des Entw. bemerkt:

Hier wird der Effekt, wenn der Käufer die bedungene baare Zahlung nicht leistet, und der Verkäufer das Kaufgeld nicht kreditirt, mit Verweisung auf den §. 240. dahin zu bestimmen sein, daß alsdann der Verkäufer den Kontrakt aufrufen und die Sache zurückfordern könne.

Dieser Bemerkung verdankt der §. 226. h. t. seine Entstehung. Als nun aber die Lehre von der Aufhebung der Verträge wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung, worauf sich die §§. 224—226. h. t. bezogen, eine ganz andere Gestalt erhielt, als im §. 240. h. t. der Rücktritt wegen nicht geleisteter Baarzahlung von der verweigerten Uebergabe abhängig gemacht wurde, da wurde die Frist, mit deren Ablauf, vom Tage der Uebergabe an gerechuet, das Kaufgeld als geborgt angesehen werden sollte, bedeutungslos, und die §§. 224—226. sind aus dem Entw. übernommen, oder vielmehr in der ersten Umarbeitung desselben, wie sie aus Suarez Hand hervorging, stehen geblieben, während die Beziehung auf ein anderes Rechtsverhältniß, dem sie ihre Entstehung verdanken, verschwunden ist. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 33.)

2) Ueber die Auslegung der §§. 224—227. vergl. die nachstehenden Abhandlungen:

von und zur Mühlen, über die gesetzliche Bestimmung, daß das Kaufgeld für geborgt anzusehen ist, wenn der Verkäufer wegen der im Kontrakte vorbedungenen und bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung des Kaufgeldes die gerichtliche Klage innerhalb acht Tagen nach der Uebergabe nicht anmeldet. (Simon's Z. Bd. 1. S. 21—26.)

Fritze, von welchem Zeitpunkte an sind dem auf Zahlung des Kaufpreises klagenden Verkäufer einer Sache Verzugszinsen von dem rückständigen Kaufgelde in dem Falle zuzubilligen, wenn im Kaufkontrakte wegen der Zeit der Zahlung nichts Besonderes stipulirt worden, die Uebergabe der Sache aber erfolgt, und die Klage innerhalb der im §. 224. h. t. bestimmten achttägigen Frist nicht angemeldet worden ist? (Simon's Z. Bd. 1. S. 432—444.)

Bemerk. über die §§. 224—226. (J. Z. 1833 S. 610.)

Ueber die Vorschriften des A. L. R. in §§. 224—226. (J. Z. 1835 S. 489 Nr. XXII., J. Z. 1835 S. 1121 Nr. XXVII.) nebst Nachtrag zur letzteren Abhandlung (J. Z. 1835 S. 1145).

Die abweichenden Meinungen der Rechtslehrer über das Verständniß der erwähnten §§. lassen sich auf drei verschiedene Ansichten zurückführen, nämlich:

a) daß das Kaufgeld, wenn der Käufer die im §. 224. gestattete achttägige Frist verstreichen läßt, ohne klagbar zu werden, für geborgt anzusehen sei, und daher ein solcher Kaufgelderrückstand nunmehr die Natur eines Darlehns annehme, daß mithin der Verkäufer die Zahlung und Verzinsung desselben erst nach vorgängiger Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist fordern könne;

b) daß zwar das nach §. 224. für geborgt anzusehende Kaufgeld die Natur eines Darlehns nicht annehme, die Zahlung desselben mithin ohne vorgängige Kündigung jeder Zeit sofort gefordert werden dürfe, daß aber der Verkäufer Verzugszinsen erst vom Tage der Mahnung oder Klagebehändigung zu fordern berechtigt sei;

c) daß, wenngleich das Kaufgeld nach §. 224. als geborgt angesehen werden müsse, der Käufer dennoch zur Zahlung und Verzinsung desselben vom Tage der Uebergabe in allen Fällen verbunden sei, in welchen ein späterer Zahlungstermin nicht ausdrücklich verabredet worden.

Die letztere Ansicht, welche in der Abhandlung von Fritze aus dem Parallelismus entwickelt und vertheidigt ist, hat nach der Abhandlung von von und zur Mühlen auch die aus den Materialien des A. L. R. sich ergebende Entstehungsgeschichte der citirten §§. für sich. Es ergiebt sich aus letzteren nämlich, daß die Redaktoren des A. L. R. keinesweges beabsichtiget haben, durch die erwähnten §§. eine Bestimmung über die Verzinsung des Kaufgeldes zu treffen, sondern daß solche nur in sofern eine Bedeutung gehabt haben, als in dem Entw. zum A. L. R. das Prinzip aufgestellt war, daß jeder Kontrahent durch Nichterfüllung eines Kontraktes von der anderen Seite, auch seinerseits berechtiget sein sollte, das Geschäft aufzurufen und das bereits Gegebene zurückzufordern, so daß nach der Ansicht von von und zur Mühlen, nach Abänderung dieser Theorie, die §§. 224—226. h. t. in den Text des A. L. R. übergegangen sind, ohne jetzt noch eine Bedeutung zu haben, wogegen Fritze, welcher im Uebrigen mit von und zur Mühlen übereinstimmt, der Meinung ist, daß die erwähnten §§. sich auf die Aufhebungs-Klage beziehen.

Dagegen wird in der Abhandlung in der J. Z. 1833 S. 610 auszuführen gesucht, daß die rückständigen Kaufgelder allerdings die Natur eines Darlehns annehmen und als solches gekündigt werden müssen, weil nämlich der Verkäufer hierdurch den Vortheil erlange, daß seine Forderung nicht eher, als bis sie gekündiget worden, verjähren könne, indem in Betreff der auf Kündigung stehenden Darlehne die Verjährung erst von der Fälligkeit zu laufen beginne. Uebrigens wird auch in dieser Abhandlung, mit Fritze und von und zur Mühlen, angenommen, daß die rückständigen Kaufgelder von der Tradition der verkauften Sache an zu verzinsen sind, wobei P. R. in der Abhandl. in der J. Z. 1835 nur noch auf eine Ausnahme in §§. 684. sqq. A. L. R. II. 8. aufmerksam macht. Letzterer nimmt zwar an, daß die mehrerwähnten §§. noch gegenwärtig Bedeutsamkeit haben, jedoch nicht aus dem in der Abhandlung in der J. Z. 1833 S. 610 angedeuteten Gesichtspunkte, sondern daß dieselben, wie auch Fritze behauptet, auf den Fall zu beziehen sind, wo wegen verweigerter Zahlung der Kaufelder die Aufhebung des Kontraktes von Seiten des Verkäufers beantragt wird.

Vergl. auch Grävell Komm. zur A. G. O. Bd. 5. S. 360 ad 4. und Nachtr. S. 141 u. 142.

Bornemann entscheidet sich für die sub c. erwähnte Ansicht.

Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, daß es keinesweges die Absicht der Redaktoren gewesen sei, in den §§. 224—226. über die Verzinsung des Kaufgeldes eine Bestimmung zu treffen, daß dieselben vielmehr nur die Ueberreste einer später verlassenen Theorie von der Aufhebung der Verträge bildeten, also bedeutungslos seien. Demnach müsse es bei der Regel des §. 227., wo »baar bedungene Zahlung« nichts weiter als der Gegensatz zu der ausdrücklichen Kreditirung des Kaufgeldes bezeichne, verbleiben. Diese Annahme werde dadurch bestätigt, daß a) nach §. 109. h. t. keiner der Kontrahenten Kaufgeld und Sache zugleich nutzen dürfe, eine Regel, welche auf den Käufer niemals zur Anwendung kommen könne, wenn man annehme, daß derselbe immer erst durch den Ablauf der bestimmten Zahlungsfrist, oder Klage, oder Mahnung in moram versetzt werden müsse, um zur Verzinsung des Kaufgeldes verpflichtet zu sein. Dazu komme b) daß bei dieser letzteren Annahme der §. 227. ebenfalls niemals zur Anwendung gebracht werden könne, weil der Käufer, sobald das Kaufgeld im Vertrage ausdrücklich kreditirt oder nach §. 224. für kreditirt anzusehen sei, niemals in die Lage komme, vom Tage der Uebergabe an Zinsen zu entrichten. Endlich c) führe die wörtliche Interpretation des §. 224. zu dem Resultate, daß nicht einmal die schriftliche Mahnung, sondern nur die Klage den Käufer in moram versetze, was gewiß die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sei. Uebrigens habe das Kammergericht in judicando die oben sub b. angeführte Ansicht angenommen, weil der Kaufpreis nach §. 224. h. t. auf unbestimmte Zeit als geborgt anzusehen sei, also angenommen werden müsse, daß der Käufer nicht ohne rechtlichen Grund (§. 227.), sondern mit dem Willen des Verkäufers die Zahlung so lange zurückhalte, bis ihm von demselben eine Zahlungsaufforderung zugehe.

(Syst. Bd. 3. S. 39 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 22. ff.)

Koch führt aus, daß, wenn der Handel nicht ausdrücklich auf Kredit abgeschlossen worden, der Preis bei der Uebergabe bezahlt oder von da an verzinst werden müsse. Eine spätere Stundung hebe die Zinsobligation nicht auf, weil nicht die Mora Grund derselben sei. Daraus folge, daß die Bestimmung des §. 224. gar keinen Einfluß auf die Zinsobligation habe, wie dies auch der Inhalt der Materialien bestätige. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 643.)

3) Der §. 224. findet nur auf Kauf-, nicht auf Lieferungsverträge Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib unterm 1. Nov. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 259 Nr. 63.)

4) Vergl. die Erg. zum §. 109. h. t.

§§. 229—256. Aufhebung der Kaufverträge.

§§. 229—246. Wegen nicht geleisteter Erfüllung.

§§. 229. u. 230. Ueber die Entstehung dieser §§. vergl.:
a) Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 18.)
b) Bornemann's Mittheilungen.
(System Bd. 3. S. 77 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 42 ff.)

§. 230. 1) Die Vorschrift des §. 230. ist nicht auf Kaufverträge über bewegliche Sachen unter 50 Thlr. beschränkt, sondern findet auf alle Kaufverträge, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit und den Werth der verkauften Sache, Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Mai 1838 (Präj. Nr. 484.), weil das Wort: »Ebenso« im §. 230. nur auf die im §. 229. aufgestellte Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage zu beziehen, keineswegs aber dahin zu deuten sei, daß im §. 230. ebenso wie im §. 229. ein Vertrag über eine Sache unter 50 Thlr. vorausgesetzt werde. (Präj. Samml. S. 53, J. W. 1838 S. 794.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. auch in den neueren Entscheidungen v. 11. und 21. Juni 1852 und v. 26. April 1853 aufrecht erhalten.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 174 Nr. 42., u. Bd. 9. S. 147 Nr. 31.)

Derselben Ansicht sind die Gesetzrevisoren unter Bezugnahme auf das von ihnen über das Verhältniß des §. 230., der aus dem §. 240. des gedruckten Entw. entstanden ist, zu den §§. 224—226. Mitgetheilte[1]). (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 47.)

Auch Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 78, 2. Ausg. Bd. 3. S. 42), Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 645) und Hinschius (J. W. 1835 S. 308 u. 1838 S. 793) halten diese Auslegung für die richtige.

Dagegen bezieht Korte den §. 230. nur auf Kaufverträge über Sachen unter 50 Thlr. an Werth.

Denn der §. 230. würde, wenn er eine allgemeine, von dem §§. 229. unabhängige Regel hätte aufstellen wollen, dem letzteren vorzustellen, und nicht ihm nachzusetzen gewesen sein, wie in dem Entw. des Gesetzb. (nach Ausweis der Material.) der Fall gewesen (cf. Simon's Z. Bd. 1. S. 24 ff.), welches absichtlich geändert worden, für welche Ansicht auch das Register zum A. L. R. sub voce: Kauf, spreche. Wo nun der Verkäufer in der Regel nicht zurücktreten könne, also nicht:

a) bei unbeweglichen Sachen und bei Mobilien von einem Werthe über 50 Thlr.,
b) wenn das Kaufgeld bei Bagatellkäufen ausdrücklich oder stillschweigend kreditirt ist,

da habe er auch nicht einmal mehr ein dominium reservatum, welches vielmehr ein wirkliches pactum adjectum erfordere.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 63—72.)

2) Die im §. 230. dem Verkäufer eingeräumte Befugniß findet insbesondere auch bei Kaufgeschäften über unbewegliche Sachen statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1843 (J. W. 1846 S. 64), 17. Sept. 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 258 Nr. 130.) und 12. Okt. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 6 Nr. 3.).

Denn nur wo bei Kaufverträgen nicht spezielle Ausnahmen gemacht sind, gilt auch bei ihnen die Regel des §. 393. A. L. R. I. 5. Zu den im §. 231. h. t. erwähnten Fällen gehört selbstredend auch der im vorhergehenden §. 230. angeführte. Weder der Wortsinn dieses §., noch sein Zusammenhang mit dem vorhergehenden rechtfertigt eine einschränkende Auslegung auf »den Verkäufer einer beweglichen Sache unter 50 Thlr.«, dessen vorher der §. 229. erwähnt hat. Das Eingangswort »ebenso« geht nur auf die vorher erwähnte Befugniß, vom Vertrage zurückzutreten. Zwar könnte man durch das Register zum A. L. R. (sub voce Kauf bei IX. Aufhebung des Kaufes) auf eine andere Auslegung kommen, dieses kann jedoch, als eine nicht vom Gesetzgeber ausgehende Privatarbeit, nicht als Quelle der Auslegung von Gesetzvorschriften dienen. Uebrigens wird jeder Zweifel durch den §. 226. gehoben, wo, wie die §§. 221—228. ergeben, von jedem Verkäufer überhaupt die Rede ist. Auch der Einwand, daß der Verkäufer, weil er selbst im Verzuge gewesen, nicht zurücktreten könne, greift hierbei nicht durch; denn die Verpflichtung des Verkäufers, Alles zu thun, was erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung des Grundstückes an den Käufer zu bewirken, bildet einen Theil der Erfüllung des Vertrages. Braucht aber der Verkäufer nicht zu erfüllen, so können auch etwanige Mängel der Erfüllung, die erst nach der Uebergabe würden erkennbar geworden sein, dem Käufer keinen Einwand geben.

Derselben Ansicht sind: Gräff (J. W. 1846 S. 57) und Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 644).

3) Wenn bei einem Kaufe über bewegliche Sachen dem Käufer die Abnahme der verkauften Sache zu einer bestimmten Zeit und zugleich gegen baare Zahlung des Kaufpreises obliegt, und der Käufer diese Zeit verstreichen läßt, ohne sich zur Abnahme der Sache zu melden und den Kaufpreis anzubieten, so steht dem Veräufer frei, die Uebergabe zu verweigern und den Vertrag aufzuheben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1847. (Präj. Nr. 1951.)

(Präj. Samml. S. 53, Entsch. Bd. 15. S. 502.)

4) a) Die dem Verkäufer zustehende Befugniß, in dem Fall, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welches er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe zu verweigern und den Kontrakt aufzuheben, findet bei Käufen über vertretbare, in einzelnen Quantitäten nach und nach, gegen jedesmalige baare Zahlung für jede einzelne Lieferung zu gewährende Sachen, auch dann Anwendung, wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben, die Nichtleistung der Zahlung bei einer späteren Theillieferung sich ereignet und der Verkäufer den Vertrag in Beziehung auf die noch nicht bewirkten künftigen Lieferungen aufheben will.

b) Der Verkäufer verliert durch die, ohne den sofortigen Empfang der Zahlung bewirkte Uebergabe allein, noch nicht diese Befugniß zur Aufhebung des Vertrages; er kann vielmehr, wenn er die Sache in der Erwartung der gleichzeitigen Zahlung übergeben hat, die letztere zwar nicht erhält, jedoch binnen 8 Tagen, von der Zeit der Uebergabe an, die gerichtliche Klage auf Zahlung des Kaufgeldes anmeldet, in diesem Fall von dem Vertrage für die Zukunft, so weit er denselben noch nicht erfüllt hat, ebenfalls noch abgehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1849. (Präj. Nr. 2188.)

Der einfache gewöhnliche Fall des §. 230. ist der, wenn die Erfüllung ungetheilt, auf einmal durch Hingabe des ganzen Gegenstandes des Kaufes, gegen Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll, und der Käufer dem zur Uebergabe der Sache bereitwilligen Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Die wörtliche Fassung der Vorschrift leitet auf diesen einfachen Fall. Der Verkäufer soll befugt sein, die Uebergabe zu verweigern und den Vertrag aufzuheben. Es wird so angesehen, als wenn noch nichts in Beziehung auf die Erfüllung geschehen wäre; und es soll nun auch, weil vertragsmäßig Zug um Zug erfüllt werden muß, der eine Kontrahent aber nicht erfüllen will, der andere Theil den Vertrag als gar nicht geschlossen ansehen dürfen, und soll diese Folge die Aufhebung des Kontraktes durch seine bloße Erklärung, verbunden mit der Weigerung der Uebergabe herbeiführen können. Ist es noch von keiner Seite zu einer Erfüllung, auch nicht theilweise gekommen, so löst dann ein solcher Rücktritt des Verkäufers das ganze Geschäft in allen Beziehungen auf. Zu einer Rückleistung oder einer Erfüllung von der einen oder der anderen Seite ist in einem solchen Falle keine rechtliche Veranlassung vorhanden; das Verhältniß beider Kontrahenten zu einander rechtfertigt bei einem solchen Stande des Geschäfts, das für beide Theile noch im gleichen Stadium sich befindet, als Folge der Weigerung der Erfüllung von Seiten des einen Theiles, die gleiche Weigerung der Erfüllung von Seiten des anderen Theiles, und damit zugleich die gänzliche Auflösung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten zu einander. Anders steht die Sache im Allgemeinen dann, wenn die Erfüllung schon begonnen hat, durch diese schon rechtliche Wirkungen unter den Kontrahenten sich erzeugt haben und später bei der rückständigen Erfüllung der Käufer seiner Zahlungsverbindlichkeit vertragsmäßig zu genügen Anstand nimmt. Die schon erfolgte Erfüllung läßt sich ohne Weiteres nicht als rückgängig werdend ansehen. Die Stellung der Kontrahenten zu einander ist in Folge der Erfüllung auch nicht durchweg mehr eine gleiche. Die bloße Erklärung der Kontrahenten ist nicht im Stande, das Rechtsgeschäft in allen Beziehungen als aufgehoben erscheinen zu lassen. Es muß in der Regel zu einem solchen Rücktritte von der einen oder anderen Seite noch etwas hinzutreten. Dieser Unterschied liegt im Allgemeinen auch den gesetzlichen Bestimmungen über Aufhebung der Verträge, überhaupt durch wechselseitige Einwilligung, A. L. R. I. 5. §§. 385. ff., zum Grunde. Man geht aber zu weit, wenn man annimmt, daß die Vorschrift des §. 230. unbedingt und ohne Ausnahme in Ansehung eines jeden Kaufs den Fall voraussetze, daß noch gar keine Erfüllung stattgefunden habe. Zu denjenigen Kaufgeschäften, auf welche auch nach schon begonnener Erfüllung ihrer rechtlichen Natur nach der §. 230. dennoch Anwendung finden kann, gehören Käufe über Quantitäten fungibler Sachen, wenn einzelne Lieferungen gegen jedesmalige baare Zahlung für die einzelne Lieferung bei der Uebergabe vorbedungen worden sind. In einem solchen Falle lassen sich die einzelnen schon erfolgten, gegen baare Zahlung vom Käufer angenommenen Lieferungen als vollständig abgemachte Theile des ganzen Geschäfts ansehen, so daß, wenn demnächst weitere künftige Lieferungen gegen baare Zahlung geschehen sollen, und die letztere bei einer solchen einzelnen späteren Lieferung vom Käufer bei der Uebergabe verweigert wird, der Vertrag in Ansehung der noch rückständigen Leistungen, unabhängig von der früheren theilweisen Erfüllung in Beziehung auf das Recht des Verkäufers, den Kontrakt aufzuheben, gleichsam als ein für sich bestehendes unerfülltes Geschäft sich darstellt. Diese Art der Auffassung wird wenigstens in den meisten Fällen gerechtfertigt erscheinen; auf letztere ist dann auch der §. 230. anzuwenden. Dem Rechte des Verkäufers, den Vertrag aufzuheben, steht auch der Umstand für sich allein noch nicht entgegen, daß er die Theillieferung, die sofort baar bezahlt werden soll, dem Käufer übergiebt, sodann die Zahlung erwartet und demnächst, wenn sie verweigert wird, den Vertrag aufhebt. Eine

---

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 224—227. h. t. Zus. 1.

Erfüllung Zug um Zug ist nach Lage der Sache nicht immer dergestalt zu bewerkstelligen, daß die Leistung beider Theile sich ungetrennt in einem Akt zusammenfassen läßt. In der Uebergabe allein ist deshalb auch noch kein Verzicht von Seiten des Verkäufers auf das ihm im §. 230. beigelegte Recht zu finden. Die etwanigen früheren baar bezahlten Lieferungen kommen, so weit es sich um die Anwendung des §. 230. auf die späteren Lieferungen handelt, nicht in Betracht. — Es ist indeß mit dem §. 230. die Bestimmung des §. 224. A. L. R. I. 11. zu verbinden. Nach der letzteren ist das Kaufgeld für geborgt anzusehen, wenn der Verkäufer wegen der im Kontrakt vorbedungenen und bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung des Kaufgeldes die gerichtliche Klage nicht innerhalb 8 Tagen nach ver Uebergabe anmeldet. Ein Verkäufer, der diese Frist nicht inne hält, und dadurch zu erkennen giebt, daß er dem Käufer das Kaufgeld kreditirt habe, verzichtet dadurch zugleich auf das ihm im §. 230. beigelegte Recht, den Vertrag wegen der bei der Uebergabe nicht baar geleisteten Zahlung aufzuheben. In einer solchen Stundung des Kaufgeldes für die übergebene Sache tritt der Wille des Verkäufers hervor, den Vertrag auch für die künftigen Leistungen nicht rückgängig machen, sondern bei diesem stehen bleiben zu wollen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 18, Entsch. Bd. 19. S. 144.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Febr. 1854 folgende Grundsätze ausgesprochen:

Die Vorschrift des §. 230. bezieht sich zwar zunächst nur auf solche Kaufverträge, bei welchen die Hingabe einer Sache, als des ganzen Gegenstandes des Kaufes, ein- für allemal zu leisten ist; bei Kaufverträgen über vertretbare, in einzelnen Quantitäten nach und nach gegen jedesmalige baare Zahlung für jede einzelne Lieferung zu gewährende Sachen, z. B. Milchlieferungsverträgen, äußert jedoch die Nichterfüllung Seitens des Käufers rücksichtlich einer einzelnen Lieferung ihre Wirkung auch in Betreff der künftig fällig werdenden Lieferungen dahin, daß der Verkäufer die Uebergabe dieser künftigen Lieferungen zu verweigern und vom Vertrage zurückzutreten befugt ist. Ob bei solchen Verträgen die Nichtzahlung einzelner Lieferungen an den jedesmaligen Lieferungstagen eine Nichterfüllung des Vertrages Seitens des Klägers im Sinne des §. 230. enthält, ist nach den jedesmaligen Umständen zu beurtheilen.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 187 Nr. 42.)

5) Abgesehen von den Kaufgeschäften über Quantitäten fungibler Sachen, wenn einzelne Lieferungen gegen jedesmalige baare Zahlung für die einzelne Lieferung bei der Uebergabe vorbedungen worden sind, setzt der §. 230. voraus, daß nach der vertragsmäßigen Einigung die Baarzahlung des ganzen Kaufgeldes bei der Uebergabe erfolgen soll, und daß das Kaufgeschäft noch von keiner Seite, auch nicht theilweise, erfüllt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1856.

Der §. 230. ist eine Ausnahme von der in den §§. 393., 394. A. L. R. I. 5. aufgestellten Regel, und setzt nach seiner Wortfassung den Fall voraus, daß nach der Vereinbarung der Kontrahenten die Erfüllung des Kaufgeschäftes von Seiten des Verkäufers durch Uebergabe, von Seiten des Käufers durch baare Zahlung des Kaufgeldes ungetheilt und gleichzeitig erfolgen soll. In einem solchen Falle soll die Thatsache, daß die vorbedungene baare Zahlung nicht erfolgt, den Verkäufer berechtigen, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, diese Thatsache allein ausreichen, um das Kaufgeschäft aufzulösen. Hieraus folgt aber von selbst, daß sich das Kaufgeschäft zur Zeit des Rücktrittes auch in solcher Lage befinden muß, daß die einseitige Erklärung des Verkäufers geeignet ist, die gänzliche Auflösung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten herbeizuführen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Erfüllung bereits begonnen ist, durch diese schon rechtliche Wirkungen unter den Kontrahenten sich erzeugt haben. Diese bereits erfolgte Erfüllung ist durch die bloße Erklärung des Verkäufers, von dem Vertrage zurücktreten zu wollen, nicht rückgängig zu machen; es muß vielmehr nothwendig noch Etwas hinzutreten, um das Kaufgeschäft in allen Beziehungen aufzulösen.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 109 Nr. 28.)

Diese Ansicht des Ob. Trib. wird auch vertheidigt von: von und zur Mühlen (Simon's Z. Bd. 1. S. 21), Bornemann (System Bd. 3. S. 77, 2. Ausg. Bd. 3. S. 42) u. Merkel (Komm. zum §. 230. h. t.).

Dagegen vergl. Grävell (Komm. zur A. G. O. Bd. 5. S. 360) und den Aufsatz im Centralbl. 1840 S. 260.

6) Zu der im §. 230. dem Verkäufer gestatteten Beschließung resp. Erklärung, den Vertrag aufzuheben, wenn der Käufer die bei der Uebergabe bedungene Zahlung nicht leistet, bedarf es keiner schriftlichen Form. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, auch nur thatsächlich, namentlich durch den weiteren Verkauf der Sache, so kann er auch den früheren Käufer nicht mehr in Anspruch nehmen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1847 (Präj. Nr. 1840.); denn der Vertrag ist eben in einem solchen Falle durch die Wahl und den Willen des Verkäufers selber aufgehoben, und aus einem aufgehobenen Vertrage kann man keine Rechte mehr herleiten. (Präj. Samml. S. 53, Entsch. Bd. 14. S. 197.)

7) Ueber die anscheinende Antinomie zwischen den §§. 229. und 230. h. t. in Verbindung mit §. 393. A. L. R. I. 5. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 393. Klein hat zur Behebung des Widerspruches die Ansicht aufgestellt, daß in §§. 229. sqq. h. t. nur vom Rücktritte von Seiten des Verkäufers, nicht aber des Käufers die Rede sei, weil letzterer nur unter den in §§. 229–232. A. L. R. I. 5. angeführten Umständen, wegen verzögerter Erfüllung vom Vertrage zurücktreten könne.

(Siewert Hft. 5. S. 130 Nr. 11., Klein Syst. 2. Ausg. 1835—1836 §. 267. S. 285.)

§. 233. Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 22. Jan. 1841 (Präj. Nr. 973.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 163., 164.

§§. 257–339. Von Nebenverträgen.

§§. 258–265. Von bedingten Käufen.

§. 265. Der Käufer eines bäuerlichen Grundstückes kann der Gutsherrschaft, welche die nach dem Urbarium auf dem erkauften Grundstücke haftenden, wenn auch im Hypothekenbuche nicht eingetragenen, Abgaben und Leistungen von ihm fordert, nicht den Einwand entgegensetzen, daß er bei dem Abschlusse des Kaufkontraktes den Inhalt des Urbariums nicht gekannt habe.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Dec. 1844. (Präj. Nr. 1517.) (Präj. Samml. S. 54.)

§§. 266–271. Vom vorbehaltenen Eigenthume.

Jesse, über die Natur und Wirkung des Eigenthums-Vorbehalts.
(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 101 ff.)

1) Vergl. das R. v. 1. Febr. 1796 über das Verhältniß des §. 266. h. t. zu den Vorschriften der Hyp. O. Tit. I. §. 52. und Tit. II. §. 83. in den Erg. zur Hyp. O. Tit. I. §. 52.

2) Die Nebenabrede des vorbehaltenen Eigenthums auf den Fall, daß ein Käufer das kreditirte Kaufgeld oder einen gewissen Theil desselben in einem bestimmten Termine nicht zahlen werde, ist nach §. 266. h. t. ebensowohl zulässig, als darnach ein solches Abkommen die Wirkung einer auflösenden Bedingung äußert. Wenn daher bei einem Kauf oder Kauf- und Tauschgeschäft der eine Theil sich das Eigenthum der übertragenen Grundstücke vorbehalten, der andere Theil aber in dem bestimmten Termine das Kaufgeld oder die Zugabe nicht bezahlt hat, so ist die Resolutiv-Bedingung eingetreten, mithin der Vertrag selbst als wieder aufgehoben zu betrachten.

(Erk. des L. u. St. G. zu Plettenberg v. 31. Mai 1833 und des O. L. G. zu Hamm v. 20. Febr. 1834.)

Sommer bemerkt dagegen, daß bei Redaktion der §§. 266., 268. die gemeinrechtliche Kontroverse, ob das pactum reservati dominii das Eigenthum des Käufers suspendire, oder es nur im eintretenden Falle resolviren lasse, oder überhaupt nur als eine Verpfändung zu betrachten sei, habe entschieden werden sollen, indem nur da, wo ein bestimmter Zahlungstermin verabredet, der Eigenthumsvorbehalt, und zwar mit Resolutivwirkung, zugelassen, sonst aber angenommen werde, daß nur ein Hypothekenvorbehalt beabsichtiget sei; so daß also von den Redaktoren die Aufhebung des Vertrages selbst mit Ablauf der Zahlungsfrist keinesweges ausgesprochen, und die lex commissoria mit dem bloß der Sicherheit wegen verabredeten pactum reservati dominii nicht verwechselt worden, worin der Irrthum der obigen Erkenntnisse bestehe. Nirgends sei bestimmt, daß der Vorbehalt des Eigenthums als eine auflösende Bedingung für den Vertrag selbst anzusehen sei, sondern er sei es nur für die Uebertragung des Eigenthums, die Kaufverhältnisse beständen aber auch schon, wenn der Verkäufer noch das Eigenthum der Sache an sich habe, hörten also nicht darum auf, weil dieser das Eigenthum wieder erworben habe. Demzufolge kommen, nach der Ansicht Sommer's, die Rechtsverhältnisse bei der Ausübung des Eigenthums-Vorbehaltes dahin zu stehen:

a) der Verkäufer stellt nach Ablauf des Zahlungstermins die Klage auf Wiederüberlieferung der Sache gegen den Käufer, oder den mit dem Eigenthums-Vorbehalte wirklich, oder Kraft rechtlicher Fiktion bekannten dritten Erwerber an;

b) die Sache muß ihm zurückgegeben werden, ohne daß die Einrede stattfände, daß zugleich der früher schon gezahlte Theil des Kaufschillings erstattet werden müsse, denn dies hat auf die realen Verhältnisse keinen Einfluß, bedingt das Eigenthum und dessen Rückgang nicht und begründet am allerwenigsten dieserhalb ein Kommunionverhältniß;

c) die Rückgabe des Eigenthums ändert in den persönlichen Kontraktsverhältnissen nichts. Der Käufer kann durch Zahlung des Rückstandes mit Zinsen sich zur Klage auf (neue) Ueberlieferung befähigen und der Verkäufer kann auf Zahlung des rückständigen Kaufschillings klagen und im Exekutionswege sich an die verkaufte Sache und das sonstige Vermögen des Käufers, so wie an den Bürgen halten. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 614—626.)

3) In wieweit kann der, welcher eine Sache unter einer Resolutiv-Bedingung, namentlich des reservati dominii gekauft hat, in der Zwischenzeit bis zum Eintritte der Resolutiv-Bedingung rechtsgültig über die Substanz der Sache disponiren?

Die General-Kommission der Kurmark bemerkt (Datum des Erk. konstirt nicht), daß zwar die Gesetze keine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthielten, daß aber die Vorschriften vom Wiederkaufe (§§. 298. u. 399. h. t.), und, da derjenige, welcher eine Sache unter einer Resolutiv-Bedingung gekauft habe, und dadurch bis zum Eintritte der Bedingung vollständiger Eigenthümer werde, doch jedenfalls in der Dispositions-Befugniß einem redlichen Besitzer gleichgeachtet werde, auch die Vorschriften des A. L. R. I. 7. §§. 188. u. 219. analoge Anwendung fänden, woraus folge, daß derjenige, welcher unter einer Resolutiv-Bedingung erworben habe, bis zu deren Eintritt vollgültig über die Sache disponiren könne.

(Centralbl. 1843 S. 52.)

4) Findet der §. 268. auch dann Anwendung, wenn die Zahlung des Kaufgeldes von einer vorgängigen Kündigung abhängig gemacht ist?

Es bejahen:

a) die Gesetzrevisoren, weil hier der Vorbehalt nichts Anderes, als eine Verpfändung bezwecken könne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 49.)

b) Bornemann, weil hier ein bestimmter Zahlungstermin nicht beigefügt sei. (Syst. Bd. 3. S. 85, 2. Ausg. Bd. 3. S. 46.)

§§. 272—294. Vom Vorbehalte eines besseren Käufers.

§. 276. Zur Erläut. des §. 276. bemerkt Bornemann:

Aus der Vorschrift (§. 276.) könnte gefolgert werden, daß der Verkäufer noch bei der Uebergabe befugt sei, den auf unbestimmte Zeit gestellten Nebenvertrag durch Beifügung eines gewissen Termins wirksam zu machen. Die Materialien ergeben indessen, daß man bei dem §. 276. einen sehr speziellen Fall vor Augen gehabt hat. Der Entw. hatte nur die Vorschrift des §. 275. (II. 8. §. 285.). Einige Monenten fragten nun, wie es zu halten sei, wenn bei Leistung der Uebergabe der Vorbehalt eines besseren Käufers gemacht, und gleichwohl auch da keine Frist bestimmt werde; Suarez erwiderte hierauf:

Ich würde in einem solchen Falle das ganze pactum pro non adjecto achten. Den Partheien kann nicht gestattet werden, durch solche pacta indiscreta Ungewißheit und Stoff zu Prozessen zu verbreiten. Der ganze Vorbehalt eines besseren Käufers verdient, sobald einmal traditio erfolgt ist, keinen favorem. Die Partheien müssen gewöhnt werden, ihre Verträge deutlich und bestimmt abzufassen.

Der §. 276. sagt daher mehr, als er nach Absicht des Gesetzgebers sagen soll, und bezieht sich auf einen Fall, der in der Praxis schwerlich vorkommen wird. (System Bd. 3. S. 86, 2. Ausg. Bd. 3. S. 47.)

Temme meint, daß wenn auch nach den Materialien anzunehmen sei, daß der §. 276. einen andern Sinn haben solle, dies doch nur eine Vermuthung bleibe, die gegen den klaren Wortsinn des Gesetzes nicht aufkommen könne.

(Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 501 Anm. 2.)

§§. 296—330. Vom Wiederkaufe.

§. 296. Es widerstreitet nicht dem Wesen und Charakter des Wiederkaufsrechtes, wenn der verkaufende Vater das Wiederkaufsrecht seinem Sohne vorbehält.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. März 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 80 Nr. 18.)

§§. 296. 314. Ist nach dem Tode des Bauergutsbesitzers das Gut der Wittwe für einen bestimmten Kaufpreis auf gewisse Jahre übertragen, das Wiederkaufsrecht aber einem der miterbenden Kinder für denselben Preis vorbehalten und das Bauergut für die Erbtheile der Kinder verpfändet worden, so liegt ein Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufs, nicht aber ein Vertrag über eine bäuerliche Interimswirthschaft vor.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Dec. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 124 Nr. 33.)

§§. 303—305. Der Wiederkäufer kann nach Abschluß des Wiederkaufsvertrages außer dem Wiederkaufspreise eine nicht ausdrücklich ausbedungene Vergütung für seine etwanigen Verbesserungskosten nicht beanspruchen, und gilt dies auch in dem Falle, wenn der Wiederkauf in Folge rechtskräftiger Verurtheilung erfolgt ist.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. März 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 80 Nr. 18.)

§. 312. 1) Der §. 31. findet auf den Fall eines Uebertrags des ganzen Vermögens unter Lebendigen keine Anwendung.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 31. Jan. 1844.

Der §. 312. bezieht sich, wie aus den folgenden §§. hervorgeht, nur auf die Singularsukcession unter Lebenden. Nach §. 316. geht das Wiederkaufsrecht nur dann nicht auf die Erben über, wenn keine Zeit zu dessen Ausübung bestimmt ist. Kann dies Recht aber vererbt werden, so ist es auch einer Uebertragung bei einer Universalsukcession unterworfen. Der Universalsukcessor repräsentirt in Beziehung auf Vermögensrechte seinen Antecessor. Die Gründe, welche den §. 312. hervorgerufen haben können, fallen bei der Universalsukcession weg. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 226.)

2) Wenn bei einem auf Wiederkauf veräußerten Lehne, nach dem provinziellen Lehnrechte (z. B. dem Pommerschen), den sämmtlichen Agnaten des Veräußerers, gleich ihm, das Wiederkaufsrecht zusteht, so ist der eine Agnat dem anderen gegenüber nicht als ein »Dritter« im Sinne des §. 312. anzusehen; der Nächste zur Ausübung kann mithin das Wiederkaufsrecht einem Entfernteren cediren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Okt. 1856. (Entsch. Bd. 34. S. 102.)

§§. 316—318. 1) Kann der Erbe des Käufers, wenn derselbe die wiederkäuflich veräußerte Sache in dem Glauben, daß solche unbedingt seinem Erblasser gehört habe, die Verjährungszeit hindurch besessen hat, dem Verkäufer oder dessen Erben gegenüber behaupten, daß er die Sache als unwiderrufliches Eigenthum ersessen habe, und in Folge dessen das Wiederkaufsrecht nothwendig cessiren müsse?

a) Bornemann verneint, weil der Käufer bereits Eigenthümer sei, also die Verjährung weder nöthig habe, noch vorschützen, vielmehr von seiner durch das pactum de retrovendendo begründeten Verbindlichkeit nur mittelst der Verjährung durch Nichtgebrauch frei werden könne. (System Bd. 3. S. 97, 2. Ausg. Bd. 3. S. 53.)

b) Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß der Erbe auf den Grund seines Erbrechts, als eines Titels, einzelne im Nachlaß vorgefundene Sachen durch Ersitzung erwerben, daß also eine erwerbende Verjährung vorkommen könne, welche das Wiederkaufsrecht vernichte, wenngleich dieses Recht selbst nach den Regeln der Klageverjährung noch nicht erloschen wäre, sei es wegen der verschiedenen Verjährungsfristen, oder weil man das Wiederkaufsrecht gleich dem Rechte, das gegebene Faustpfand einzulösen, bis dahin für unverjährbar halte, daß eine Thatsache vorliege, welche das Klagerecht erzeuge, z. B. ein Widerspruch des Verpflichteten. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 51.)

c) Vergl. Koch, zur Kritik der Ansicht der Gesetzrevisoren, in dessen Recht der Ford. Bd. 3. S. 232—234.

2) Das Verhältniß eines dritten Erwerbers der verkäuflich veräußerten Sache gegen den Wiederkaufsberechtigten wird durch den §. 317. gar nicht berührt, sondern ist lediglich nach §§. 264. u. 265. zu beurtheilen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 51.)

§. 318. Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 16. März 1849 (in Sachen Aschenau w. Sturies) angenommen, daß nur der Suberbe, nicht der auf den Nießbrauch eingesetzte, dies Recht habe. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 21. zum §. 318. h. t.)

Koch (a. a. O.) stellt die Richtigkeit dieser Ansicht in Zweifel.

§. 319. Statt: »Abschnitt 4.« ist zu lesen: »Abschnitt 6.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§. 321. Vergl. Zus. 3. zum §. 1. h. t.

§§. 322—325. Die Bestimmungen der §§. 322—325. finden auch auf Cessionen und vorbedungene Rückcessionen von Forderungen Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1853, mit Rücksicht auf §. 381. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 345 Nr. 72.)

§. 330. Vergl. §§. 91—94. des Ablös. G. v. 2. März 1850.

§§. 331. u. 332. Vom Reukaufe.

Ueber die beiden verschiedenen Arten des Reukaufs vergl. Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Mai 1847.
(Rechtsf. Bd. 1. S. 215 Nr. 101.)

§§. 333—339. Vom Verkaufe auf die Probe.

1) Der Kauf »nach Probe« setzt ein völlig perfektes und im Uebrigen nach den allgemeinen Grundsätzen von Kauf und Gewährleistung in Beziehung auf vorbedungene Eigenschaften zu beurtheilendes Kaufgeschäft voraus, wogegen der Kauf »auf Probe« seine volle Wirksamkeit erst durch die von dem Käufer erklärte Zufriedenheit mit der behandelten Sache erlangt.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Febr. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 192 Nr. 43.)

2) Wenn ein Käufer mit der Klausel »bis zum Besehen« gekauft hat, so ist er zum Rücktritt von einem solchen Vertrage berechtigt, sobald er erklärt, daß ihm die Sache nicht anstehe, und es ist ein solcher Vertrag gleichartig mit einem »auf Probe«, oder mit einem über den Kauf einer genießbaren Sache »bis zum Kosten« geschlossenen Kontrakte. (§. 335. h. t. und L. 34. §. 5. D. de contrah. emt. vend.)

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Jan. 1817.
(Simon's R.. Bd. 1. S. 227.)

§§. 340—362. Von gerichtlichen Verkäufen.

§§. 340. sqq. 1) V. v. 14. Juli 1797, gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen.

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen, wie uns angezeigt worden, daß bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen hin und wieder der Mißbrauch überhand nehme, daß ein Lizitant, um einen anderen Bietungslustigen zu entfernen und von einem Mehrgebote abzuhalten, sich mit demselben über ein sogenanntes Abstandsgeld vereinigt und dadurch bewirkt, daß er solchergestalt das ausgebotene Objekt zu einem niedrigeren Preise erhält, als geschehen sein würde, wenn nicht andere Kauflustige durch einen solchen Winkelvertrag vom Mitbieten wären zurückgehalten worden. Dergleichen Verabredungen gründen sich nun zwar auf einen unmoralischen und unerlaubten Eigennutz, den die Gesetze niemals begünstigen können, indem dadurch der Zweck der öffentlichen Veräußerungen gänzlich vereitelt, dem Eigenthümer des zu verkaufenden Objekts, oder dessen Gläubigern der rechtmäßige Vortheil, welchen sie durch diesen gesetzmäßig veranstalteten Weg der Veräußerung hätten erhalten können, zu Gunsten eines Dritten, welcher darauf nicht den entferntesten Anspruch zu machen hat, entzogen, und gerichtliche Handlungen, bei welchen Treue und Glauben, so wie ein grades und offenes Verfahren mit Recht gefordert und erwartet werden können, in Gelegenheiten zu gewinnsüchtigen Spekulationen verwandelt werden. Da es inzwischen an einem positiven Verbotsgesetz gegen solche Winkelverträge bishrr noch ermangelt hat, so haben Wir nöthig gefunden, darüber Nachstehendes festzusetzen:

1) Alle Verträge und Verabredungen, bei welchen die Absicht zum Grunde liegt, bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Auktionen, sie mögen zu den nothwendigen oder freiwilligen gehören, Kauflustige zum Vortheil eines Lizitanten von der Abgebung ihres Gebots, oder von weiterem Mitbieten zurückzuhalten, es geschehe nun solches durch Bewilligung eines gewissen Abstandsgeldes, oder durch Versprechung, oder wirkliche Einräumung anderer Vortheile, werden hiermit für unerlaubt und strafbar erklärt.

2) Dergleichen Verträge können daher auch unter den Kontrahenten selbst keine rechtliche Wirkung haben, und es kann keinem derselben mit einer daraus hergeleiteten Klage rechtliches Gehör verstattet werden.

3) Vielmehr soll alles dasjenige, was der zurückstehende Kauflustige durch einen solchen unerlaubten Vertrag gewonnen hat, dem vorigen Eigenthümer des Objekts, bei dessen Versteigerung der Vertrag vorgefallen ist, oder dessen Gläubigern, zu deren Befriedigung der gerichtliche Verkauf veranlaßt gewesen, zu gute kommen und von dem Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes, als Entschädigung wegen des dadurch entzogenen rechtmäßigen Vortheils, den sie aus einer ordentlichen Fortsetzung der Lizitation zu hoffen hatten, herausgegeben werden.

4) Außerdem sollen diejenigen, die sich in einen solchen Vertrag eingelassen haben, in eine fiskalische Geldstrafe, welche dem doppelten Betrage des nach §. 3. zu bestimmenden gesuchten unerlaubten Gewinnes gleichkommt, verurtheilt, und von ihnen zu gleichen Theilen, allenfalls aber von jedem unter ihnen auf das Ganze beigetrieben werden.

5) Auch solche Verträge, wo mehrere sich vereinigen, ein zum öffentlichen Verkauf gestelltes Objekt durch einen unter ihnen ausgemittelten und vorgeschobenen Namensträger an sich zu bringen und es sodann zu ihrem gemeinsamen Vortheil wieder zu verkaufen, werden hiermit für unerlaubt ausdrücklich erklärt.

Es soll daraus auch unter den Interessenten selbst kein Recht entstehen und keine Klage stattfinden; vielmehr soll auch in diesem Falle den Kontrahenten der gesuchte unerlaubte Gewinn entrissen und derselbe denjenigen, welche dadurch einen zu hoffenden rechtmäßigen Vortheil verloren haben, zuerkannt, die Paciszenten auch außerdem mit gesetzmäßiger Ahndung nach Vorschrift Unseres A. L. R. II. 20. §§. 1259—1264.[1]) ohne Nachsicht belegt werden.

(N. C. C. Tom. X. No. 55. de 1797 p. 1313, Auszug p. 256, Rabe Bd. 4. S. 204.)

Dazu:

a) R. v. 6. April 1822. Die V. v. 14. Juli 1797 hat fortwährende Gültigkeit, indem dieselbe dadurch, daß sie sich weder in dem Anh. zur A. G. O., wohin sie als ein das Materielle betreffendes Gesetz nicht gehört, noch in der im Büreau des Justizministers redigirten Sammlung der sich auf das Strafrecht beziehenden Vorschriften findet, nicht aufgehoben worden ist.
(Jahrb. Bd. 19. S. 304, Gräff Bd. 1. S. 32.)

b) Nach der V. v. 14. Juli 1797 ist in dem Falle einer Verabredung, durch welche Jemand sich von einem Anderen gegen ein Abstandsgeld versprechen läßt, ihn nicht überbieten zu wollen, das Recht des Eigenthümers, resp. der Gläubiger, welche den öffentlichen Verkauf nachgesucht haben, auf Entschädigung wegen des ihnen dadurch entzogenen Vortheils, den sie aus einer ordentlichen Fortsetzung der Subhastation zu hoffen hatten, beschränkt. Die Aufhebung der ergangenen Adjudikatoria und die Fortsetzung der Subhastation können sie nicht verlangen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 16. Aug. 1841[2]). (Präj. Nr. 1026.)

---

[1]) Jetzt nach Vorschrift des §. 270. des Strafgesetzb.

[2]) a) Das Ob. Trib. hatte schon in einem früheren Erk. (Datum konstirt nicht), von gleichem Gesichtspunkte ausgehend, ausgeführt, daß die V. v. 14. Juli 1797 zwar alle Verträge und Verabredungen, bei welchen die Absicht zum Grunde liegt, bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Auktionen, sie mögen nothwendige oder freiwillige sein, Kauflustige zum Vortheile eines Lizitanten, von der Abgabe ihres Gebotes oder vom weiteren Mitbieten zurückzuhalten, für strafbar, und unter den Kontrahenten ohne rechtliche Wirkung erkläre, jedoch nicht festsetze, daß auch die Adjudikationsbescheide, durch welche ein Grundstück demjenigen, welcher Andere vom Mitbieten abgehalten hat, zugeschlagen worden, ungültig sein, und daß die Eigenthümer des verkauften Grundstückes, oder die sonst bei dem Verkaufe interessirten Personen den Verkauf aufzuheben und das Grundstück zurückzufordern berechtigt sein sollen, welches auch in dem A. L. R. nicht verordnet sei. Zwar könne auch ein Adjudikationsbescheid, der einem Vertrage gleichstehe, wegen dabei vorgefallenen Betruges aufgehoben werden, allein nicht jeder Betrug mache den Vertrag ungültig, sondern es müsse der Vertrag dadurch veranlaßt, oder der Irrthum, zu welchem der Betrogene verleitet worden, so beschaffen sein, daß er nach gesetzlichen Vorschriften die Willenserklärung entkräften würde; außerdem sei der Betrüger nur zur Entschädigung des Betrogenen verpflichtet. Wenn der Adjudikatar andere Kauflustige durch Versprechungen vom Mitbieten abgehalten, und dadurch den Zuschlag für ein niedriges Gebot erlangt habe, so sei dadurch der im Wege der Exekution eingeleitete Verkauf nicht veranlaßt, auch betreffe die Verheimlichung der Kauflustigen weder das Wesentliche des Geschäftes, noch den Hauptgegenstand der Willenserklärung der Subhastations-Interessenten, noch die Person desjenigen, für den aus der Willenserklärung ein Recht entstehen solle, noch eine ausdrücklich oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft, sondern nur Nebenumstände, die auf die Höhe des Gebots Einfluß haben konnten, mithin sei kein die Willenserklärung ganz entkräftender Irrthum vorhanden und daher keine Klage auf Zurückgabe des Fundi, sondern nur eine Klage auf Schadensersatz zulässig. (J. W. 1836 S. 236.)

Hiergegen sucht Bielitz auszuführen, daß der vorgefallene Betrug ein dolus causam contractui dans sei, und daß auch nach §. 358. des A. L. R. I. 5. ein von dem anderen Theile hervorgebrachter Irrthum über wesentliche, auf die Willenserklärung Einfluß habende Punkte eines Vertrages stets ein Grund zum Rücktritt vom Vertrage, welcher Fall bei der heimlichen Entfernung der Kauflustigen vom Mitbieten offenbar vorhanden sei. Er ist daher der Meinung, daß die Rückgabe des Grundstückes erfolgen müsse.
(J. W. 1836 S. 240.)

b) Das O. L. G. zu Breslau hat in dem Erk. v. 7. Febr. 1839 ausgeführt, daß die V. v. 14. Juli 1797 nur bestimme, daß gegen dergleichen

Die Begriffe von Irrthum und Betrug, und mithin die Vorschriften des A. L. R. I. 4. §§. 75., 76., 84., 85. passen nicht auf den Fall, da die Subhastations-Interessenten weder über die Person des Käufers, noch über den Betrag des Kaufpreises im Irrthum gewesen. Die etwanige Voraussetzung derselben bei Ertheilung der Zustimmung in den Zuschlag, daß von dem Meistbietenden ein Abstandsvertrag nicht geschlossen worden, obwohl dies in der That der Fall ist, mit Rücksicht auf §. 49. A. L. R. I. 4., unerheblich. Das bloße Verschweigen und Vorenthalten der mit dritten Personen in Beziehung auf den gesuchten Gegenstand bereits getroffenen Verabredungen enthält weder die Erregung eines Irrthums bei dem Besitzer der Sache (A. L. R. I. 4. §. 84., II. 20. §. 1256.), noch eine Verletzung vertragsmäßiger oder gesetzlicher Rechte desselben. Nur *positive* falsche *Vorspiegelungen* dürfen nicht stattfinden; im Uebrigen hat jeder sein eigenes Interesse selbst wahrzunehmen. Nach allgemeinen Grundsätzen können demnach auch die bei Gelegenheit öffentlicher Verkäufe vor oder in den Lizitationsterminen angewendeten Bemühungen eines kauflustigen, die übrigen zum Aufgeben ihrer Konkurrenz zu bestimmen, die Ungültigkeit des hiernächst zwischen ihm und den Subhastations-Interessenten zu Stande gekommenen Geschäfts nicht begründen; sogar die Ungültigkeit der Abstandsverträge selbst würde an sich zweifelhaft sein, wenn sie nicht durch §. 1. der V. v. 14. Juli 1797 ausgesprochen worden wäre. Hierüber hinaus darf aber auch dies Gesetz nicht interpretirt werden. Auch der §. 35. A. L. R. I. 3. spricht nicht für die entgegengesetzte Ansicht. Denn wenn auch der Adjudikatar selbst durch dergleichen Verträge andere Kauflustige vom Mitbieten abgehalten, so kann doch nur angenommen werden, daß *bei Gelegenheit der Lizitation* eine durch die V. v. 14. Juli 1797 bei fiskalischer Strafe verbotene und daher unerlaubte Handlung vorgefallen sei, nicht aber, daß der Adjudikatar seinen Anspruch auf die zugeschlagene Sache aus *dieser* unerlaubten Handlung *erworben* habe.

(Präj. Samml. S. 306, Entsch. Bd. 7. S. 114, J. M. Bl. 1841 S. 356, J. W. 1841 S. 867.)

Koch hält diesen Pl. Beschl. für falsch und sucht darzuthun, daß eine Verabredung, welche gegen die V. v. 14. Juli 1797 verstößt, das Kaufgeschäft *annullire*.

(Beurtheil. S. 484, Landr. Bd. 1. Anm. 37. ad h. l.)

c) Aus dem Umstande, daß einem Adjudikatar nachgewiesen worden: er habe, dem Verbote der V. v. 14. Juli 1797 und resp. des §. 270. des Strafgesetzbuchs v. 14. April 1851 zuwider, bei der öffentlichen Versteigerung Kauflustige durch Versprechung oder Gewährung von Vortheilen vom Mit- oder Weiterbieten abgehalten, — kann von dem Eigenthümer des versteigerten Objekts oder den Gläubigern desselben ein auf die allgemeinen Vorschriften des Tit. 6. Thl. I. A. L. R. über die Rechte und Pflichten aus unerlaubten Handlungen gegründeter Entschädigungsanspruch nicht hergeleitet werden; vielmehr steht den Beeinträchtigten kein weiterer Civilanspruch zu, als derjenige, welchen die V. v. 14. Juli 1797 dahin bestimmt: daß ein auf diese Art Benachtheiligter *nur* die Herausgabe des widerrechtlich versprochenen *Vortheils* von dem Inhaber desselben zu fordern befugt ist.

Erkannt von dem I. Sen. des *Ob. Trib.* unterm 16. Dec. 1853. (Präj. Nr. 2494.)

Die Vorschrift des §. 3. der V. v. 14. Juli 1797 ist durch kein späteres Gesetz aufgehoben, und nur an die Stelle des §. 4. ist gegenwärtig der §. 270. des Strafgesetzbuchs getreten, der hinsichtlich des Civilanspruchs nichts geändert hat. Bei dem Vorhandensein dieser positiven speziellen Bestimmung, welche für den im Rede stehenden Fall — augenscheinlich mit Rücksicht darauf, daß mit Gewißheit niemals festgestellt werden kann, ob der Eigenthümer des versteigerten Objekts, oder dessen Gläubiger durch das verpönte Verfahren der Bieter wirklich einen Verlust erlitten haben, der außerdem nicht eingetreten sein würde, namentlich aber auf welchen Betrag der Verlust sich belaufe? eine bestimmte Entschädigungssumme, nämlich den Werth der versprochenen oder gegebenen Abstandsvergütung, festgesetzt hat, erscheint es völlig unzulässig und ganz dem Sinne der gesetzlichen Bestimmung entgegen, die allgemeinen Vorschriften vom Schadensersatze aus unerlaubten Handlungen auf einen solchen Fall in Anwendung zu bringen. Die Vorschriften der gedachten V. ergeben zwar, daß der Beeinträchtigte dasjenige Quantum, welches der meistbietend gebliebene Bieter den Mitbietern für das Zurücktreten vom Mitbieten, oder weiteren Bieten, gezahlt oder versprochen hat, als Entschädigung zu fordern berechtigt ist; er soll solches aber nur von dem Inhaber des unerlaubten Vortheils fordern können; gegen den Adjudikatar, als *solchen*, gewährt das Gesetz keinen Anspruch, sondern er verfällt nur der im Strafgesetzbuche angedrohten Strafe.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 6, Entsch. Bd. 26. S. 246, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 143 Nr. 33.)

Denselben Grundsatz hat der I. Sen. des *Ob. Trib.* schon in dem Erk. v. 17. April 1848 angenommen, in welchem ausgeführt wird:

Nach allgemeinen Grundsätzen muß es dem Verkäufer rechtlich gleichgültig sein, was vor dem Abschlusse des Kaufgeschäfts, in Beziehung darauf, von dem Käufer mit dritten Personen beredet worden ist, und ob und welche Mittel er dazu angewendet hat, ihm den Vorzug bei dem Kaufe zu überlassen, der Verkäufer wird dadurch weder in Irrthum versetzt, noch betrogen, wenn er nun wirklich mit einer bestimmten Person um einen mit derselben verabredeten Preis abschließt. Wenn daher die V. v. 14. Juli 1797 »alle Verträge, bei welchen die Absicht zu Grunde liegt, Kauflustige von der Abgebung ihres Gebots oder vom weiteren Mitbieten zurückzuhalten«, *hiermit* für unerlaubt und strafbar erklärt, so verbietet sie eine bis dahin erlaubt gewesene Handlung, spricht aber auch zugleich einerseits die Strafe aus, welche der Uebertretung des Verbots folgen soll, und andererseits die civilrechtliche Folge (letztere dahin, daß der zurückstehende Kauflustige alles das als Entschädigung dem Verkäufer herausgeben müsse, was er durch einen solchen unerlaubten Vertrag gewonnen habe). An diesen von dem Spezialgesetz selbst ausgesprochenen Folgen muß festgehalten, und darf nicht dem im Sinne der V. beeinträchtigten Verkäufer die Wahl gelassen werden, statt jener von ihr festgesetzten civilrechtlichen Folge eine nach den allgemeinen Grundsätzen des sechsten Titels über die Folgen unerlaubter Handlungen normirte Entschädigung zu fordern.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 39 Nr. 19.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieser Präj. Er sieht die Bestimmung des §. 3. der V. v. 14. Juli 1797 als eine Aushülfe für den Beschädigten an, ohne daß dadurch der erweisliche höhere Schadenersatz ausgeschlossen werde, und bemerkt, daß das »*nur*« nicht im Gesetze stehe, welches nicht den Zweck habe, dem Verletzten sein Recht aus der Verletzung zu schmälern, sondern noch mehr zu sichern und zu bessern. (Landr. Bd. 1. Anm. 38. ad h. l.)

Dazu:

Soweit ein Adjudikatar dasjenige, was er andern Kauflustigen gegen das Verbot der V. v. 14. Juli 1797 und resp. des §. 270. des Strafgesetzbuchs versprochen, um dieselben vom Mit- oder Weiterbieten abzuhalten, noch nicht gegeben hat, ist er als Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes im Sinne des §. 3. der V. v. 14. Juli 1797 anzusehen.

Der vorstehende Grundsatz widerspricht nicht dem Präj. v. 16. Dec. 1853 Nr. 2494., sondern ist nur eine nähere Ausführung und spezielle Anwendung desselben.

Erkannt von dem I. Sen. des *Ob. Trib.* unterm 5. Juli 1854 (Präj. Nr. 2532.), weil der §. 3. der V. v. 14. Juli 1797 die angeordnete Ersatzverbindlichkeit keineswegs allein auf den zurücktretenden Mitbieter beschränke, sondern ganz allgemein *den Inhaber des unerlaubten Gewinnes* zur Entschädigung verpflichte.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 119, Entsch. Bd. 28. S. 240, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 117 Nr. 31.)

d) Genügt zur Anwendung der V. v. 14. Juli 1797, daß der Eine sich im Verkaufstermine mit dem Anderen vereinigt, diesen nicht mehr abzubieten, und beide sich an dem Kaufe oder dem dadurch zu erzielenden Vortheile gleichmäßig betheiligen wollen?

Verneint von dem *Appell. Ger.* zu *Arnsberg* unterm 1. Juni 1850; denn aus der Einleit. zu der V. erhelle, daß es die Bedingung der Anwendung derselben sei, daß ein Licitant, um einen anderen Bietungslustigen zu entfernen, sich mit demselben über ein sogen. Abstandsgeld vereinigt und dadurch bewirkt haben müsse, daß er das zum Verkaufe ausgesetzte Objekt zu einem niedrigern Preise erhalten habe, als es der Fall gewesen sein würde, wenn der andere

---

Machinanten die strafbare Handlung im Wege der Untersuchung festgestellt werden könne, daß die Paciszenten *daraus* weder gegen Dritte, noch unter einander Rechte erwerben könnten, und daß sie den wirklich erhaltenen Gewinn herausgeben und resp. die Strafe des Betrugs erleiden müßten. Nur solche Verträge seien nichtig, die Subhastation selbst sei nicht für nichtig erklärt.

Das *Ob. Trib.* hat indeß unterm 5. Juni 1840 in diesem Falle auf Ermittelung über die behaupteten Machinationen interloquirt und demnächst die anderweitige Vorlegung der Akten zum Spruch in zweiter Instanz verordnet, worauf das genannte O. L. G. unterm 17. Juni 1841 den erwähnten Einwand für erheblich erachtete. Dies wird aus den Vorschriften des A. L. R. I. 11. §. 340. mit Rücksicht auf §§. 49., 75., 84., 87. I. 4., §§. 349., 358. I. 5. gefolgert, welche durch die V. v. 14. Juli 1797, die sich über diese Unverbindlichkeit nicht ausdrücklich ausspreche, nicht abgeändert würden. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 142.)

Kauflustige nicht durch einen solchen Winkelvertrag vom Mitbieten wäre zurückgehalten worden. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 613.)

Dr. Sommer tritt dieser Ansicht bei, da nie verboten werden könne, einen Vertrag über eine gemeinschaftlich zu erwerbende Sache einzugehen, und der auftretende Genosse nicht schuldig sein könne, dem Gerichte, bei welchem er bietet, diese Eigenschaft anzuzeigen.
(a. a. O. S. 612.)

2) Die Vorschriften der §§. 192—196. h. t. finden auch bei nothwendigen Subhastationen statt. Der Adjudikatar erlangt daher beim Mangel anderweitiger Verabredungen auf die erstandene Sache nur in dem Zustand, in welchem sich dieselbe bei Abgabe seines Gebotes befunden hat, ein, noch durch die Vorschrift §. 213. h. t. beschränktes Recht; und die Zahlung des Meistgebotes befreit ihn insbesondere nicht von Ansprüchen wegen nützlicher Verwendungen, die in das Grundstück vor Publikation der Adjudikatoria gemacht worden, in soweit diese nach den allgemeinen Grundsätzen über die versio in rem begründet werden können.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 532.)
(Präj. Samml. S. 54, J. W. 1839 S. 601 u. 629.)

§. 342. 1) Ludewig, über die Gefahr der erkauften Sache bei gerichtlichen Verkäufen. Die Entstehungsgeschichte des §. 342. und die Motive der danach von der Theorie bei Käufen aus freier Hand bestehenden Abweichung werden mitgetheilt.
(Jahrb. Bd. 5. Hft. 2. S. 91—105.)

2) Wenngleich das Eigenthum der subhastirten Sache erst durch die Adjudikation auf den Käufer übergeht, so ist doch der Kaufvertrag selbst bei der nothwendigen Subhastation mit Ablauf des ordnungsmäßig abgehaltenen Bietungstermines, wenn auf diesen der Zuschlag erfolgt ist, für geschlossen (perfekt) zu achten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 535.) (Präj. Samml. S. 54.)

3) a) Unter den im §. 342. erwähnten Lasten, welche bei gerichtlich nothwendigen Verkäufen durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen, sind nicht bloß die keiner Eintragung bedürfenden, im §. 49. Tit. I. der Hyp. O. bezeichneten, sondern auch diejenigen, im §. 48. ebendas. gedachten Lasten zu verstehen, welche aus besonderen Kontrakten oder sonstigen speziellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen sind.

b) Dagegen sind diese letzteren Lasten keinesweges gleich den ersteren von der Einlassung in den über das Vermögen oder den Nachlaß des Besitzers eines zu subhastirenden Grundstückes eröffneten Konkurs- oder erbschaftlichen Liquidations-Prozeß befreit, vielmehr muß auch das Recht auf solche Lasten selbst, nicht bloß der Betrag der rückständigen und laufenden Prästationen, im Konkurs- oder erbschaftlichen Liquidations-Prozesse liquidirt werden, und unterliegt der Präklusion in allen den Fällen, wo nicht die Vorschrift des §. 21. der Subh. V. v. 4. März 1834 und die V. v. 28. Dec. 1840 Anwendung finden [1]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 22. April 1844 [2]). (Präj. Nr. 1435.)

Nach §§. 340—342. finden bei gerichtlichen Verkäufen die allgemeinen Grundsätze von Kaufgeschäften überhaupt und in soweit Anwendung, als nicht besondere Ausnahmen vorgeschrieben sind. Bei Privatkäufen gehen aber die aus dinglichen Rechten entspringenden Verpflichtungen auf den Käufer über (A. L. R. I. 19. §. 7., I. 2. §. 137.). Eine solche Ausnahme ist bei gerichtlichen Verkäufen nicht gemacht; also muß der Adjudikatar die Rubr. II. eingetragenen Lasten übernehmen. Dies liegt auch in der Natur der Sache. Denn wenn eine fortdauernde Last dinglich mit einem Grundstücke verbunden worden ist, so war der Zweck des Geschäfts von vornherein dahin gerichtet, daß nicht sowohl der Besitzer des Grundstücks, als vielmehr das Grundstück selbst als das Verpflichtete angesehen werden und dies beständig bleiben solle, so, daß hier von einer Rückzahlung oder Ablösung nicht die Rede ist. Nun können zwar allerdings bei einem nothwendigen Verkaufe Fälle eintreten, wo auch ein solcher Realberechtigter bei der Subhastation wesentlich interessirt ist, auch z. B. mit Rücksicht auf die Ansprüche früher eingetragen gewesener Pfandgläubiger, die fragliche Realberechtigung in Beziehung auf das Recht selbst geltend zu machen, ja solches aufzugeben, oder Vergütigung dafür aus den Kaufgeldern anzunehmen genöthigt sein kann. Solche Fälle finden aber theils nur unter besonderen, die Regel nicht bildenden Voraussetzungen statt, theils macht der Eintritt solcher Voraussetzungen auch dann allemal bestimmte ausdrückliche Verabredungen in Beziehung auf Lasten dieser Art bei der Subhastation nöthig, hinsichts welcher der Adjudikationsbescheid das Erforderliche feststellen muß, der dann die Norm der Beurtheilung abgiebt. Wo aber Bestimmungen dieser Art sich nicht vorfinden, tritt auch die allgemeine Regel ein, daß sämmtliche dauernd und dinglich mit dem Grundstücke verbundenen Lasten auf demselben haften geblieben, und auf den Käufer übergegangen sind, und bei Vertheilung der Kaufgelder demgemäß auf Forderungen dieser Art nicht Rücksicht genommen zu werden braucht, solche vielmehr nur unter die Gläubiger geschieht, deren Befriedigung die Veranlassung und der Zweck der Subhastation war.
(Präj. Samml. S. 54, Entsch. Bd. 10. S. 12, J. M. Bl. 1844 S. 234.)

Koch, welcher das in dem ersten Satze dieses Pl. Beschl. aufgestellte Prinzip für bedenklich hielt (Arch. Bd. 6. S. 169), hat dasselbe demnächst in der Beurtheil. der Entsch. S. 673. u. 427. für richtig anerkannt.

Vergl. über die Frage auch: Grävell (Komm. zur A. G. O. Bd. 6. S. 281, 235), Temme (Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 503 Anm. 1.), Büsching und Hinschius in der J. W. 1839 S. 637. u. 645.

In Beziehung auf den vorstehenden Pl. Beschl. hat das Ob. Trib. demnächst folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Ein Adjudikations-Erkenntniß, in welchem davon ausgegangen ist, daß eine der im §. 48. Tit. I. der Hyp. O. gedachten Lasten den Adjudikatar nur dann treffe, wenn deren Uebernahme ihm in dem Licitationstermine ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden, verletzt den Pl. Beschl. Nr. 1435. und kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Die in dem Pl. Beschl. aufgestellte Regel kann nun zwar durch anderweitige Verabredungen in Beziehung auf die im §. 48. a. a. O. gedachten Lasten ausgeschlossen, und dies bei eintretender Kollision solcher Lasten mit früher eingetragenen Hypothekenforderungen sogar nothwendig werden. Allein derartige Verabredungen müssen entweder wirklich zu Stande kommen, wenn danach verfahren werden soll, oder es muß über das Verlangen des Gläubigers, daß das Grundstück ohne die Prästation zum Verkauf gestellt werde, in Ermangelung der Zustimmung des Prästationsberechtigten eine Entscheidung herbeigeführt werden. Die Ausbietung muß in einem solchen Falle mit und ohne die Last erfolgen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 24. Febr. und 19. März 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 261 Nr. 55., J. M. Bl. 1853 S. 116 Nr. 59.)

b) Das Zuschlagserkenntniß kann aber, wenn bei dessen Abfassung gegen diese Regeln gefehlt worden, immer nur von dem als nichtig angefochten werden, welcher dadurch verletzt worden ist. Hat daher der Subhastationsrichter ein Grundstück, auf welchem ein Ausgedinge und theils früher, theils später eingetragene Hypotheken haften, ohne nähere Bestimmung wegen des Ausgedinges ausgeboten, und demnächst ohne ausdrückliche Befreiung des Adjudikatars von der Uebernahme

---

[1]) Der Satz zu b. ist nur noch von transitorischem Interesse, nämlich in den Fällen, in welchen die V. v. 28. Dec. 1840 noch nicht zur Anwendung gebracht worden, indem nach derselben die Liquidation einer Realforderung als solcher beim Konkurse und die Präklusion des Realgläubigers mit dem Realanspruche nicht mehr vorkommt.

[2]) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1842 (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 424) und eine neuere Entsch. desselben Sen. aus dem J. 1844 hatten sich in Beziehung auf die durch den ersten Satz dieses Pl. Beschl. demnächst festgestellte Frage widersprochen. Vergl. auch das Erk. des Ob. Trib. (Datum konstirt nicht) in Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 181. — Das Justizmin. hat in seiner Ansicht über diese Frage gleichfalls variirt. Das R. v. 16. Nov. 1832 bestimmte, daß auf Grund der Adjudikatoria und des Kaufgelder-Belegungs-Attestes die Löschung aller vom Adjudikatar nicht ausdrücklich übernommenen Intabulate bewirkt werden müsse. (Jahrb. Bd. 40. S. 480, Gräff Bd. 7. S. 188.) Das R. v. 28. Juni 1838 bemerkt, daß ein Wohnungsrecht, welches auf dem subhastirten Grundstücke haftet, ebenso, wie die eingetragenen Hypotheken, gelöscht werden solle. (J. W. 1839 S. 640.) Das R. v. 24. April 1839 macht dagegen in Betreff der auf einen besonderen Titel gegründeten Lasten einen Unterschied zwischen solchen, die sich zur Ablösung eignen, und solchen, die sich nicht dazu eignen, und spricht aus, daß letztere nicht in Folge der Subhastation erlöschen, sondern auf den Adjudikatar von selbst übergehen. (J. W. 1839 S. 647, J. M. Bl. 1839 S. 162.)

des Ausgedinges zugeschlagen, so kann, wenngleich das Verfahren ein unrichtiges ist, das Zuschlagserkenntniß von dem, welchem das Ausgedinge zusteht, nicht als nichtig angefochten werden. Denn aus dem Zuschlagserkenntnisse folgt alsdann nicht, daß der Adjudikatar von der Verpflichtung, das Ausgedinge zu prästiren, frei geworden ist. Aus dem Präj. Nr. 1435. folgt vielmehr das Gegentheil; der Berechtigte kann daher nicht behaupten, daß zu seinem Nachtheile der §. 342. und das Präj. verletzt worden. Er ist zwar der möglichen Gefahr ausgesetzt, daß in dem gegen den Adjudikatar anzustellenden Prozesse der künftige Richter ihm das Ausgedinge abspricht; aber erst, wenn dies geschehen, kann er eine ihm zugefügte Verletzung durch Nichtanwendung des §. 342. und des Präj. Nr. 1435. behaupten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 305 Nr. 63., J. M. Bl. 1853 S. 116 Nr. 59.)

4) Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlags-Bescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Wohnungsrecht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Licitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, nichts destoweniger neben dem Kaufgelde übernehmen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 15. Mai 1854. (Präj. Nr. 2520.) [1])

Ein bei käuflicher Ueberlassung eines Grundstückes vorbehaltenes, auf bestimmte Räume angewiesenes und Rubr. II. eingetragenes Wohnungsrecht wird sowohl gemeinrechtlich (vergl. Danz Handb. Bd. 5. §. 522 a., Mittermaier's Deutsch. Priv. R. §. 174., Curtius Civilr. §. 1114., Pfeiffer's prakt. Ausführ. Bd. 4. S. 139 u. 193, Bd. 8. S. 312 u. 329, Holzschuher's Kasuistik Bd. 2. Abth. 1. S. 327 u. Abth. 2. S. 689, Budbeus in Weiskes Rechtslexikon Bd. 1. S. 530, Hänsel's Lehre vom Auszug S. 7, 83, 131, 135), als nach Preuß. Rechte theils als Servitut (habitatio, usus) (vergl. A. L. R. I. 19. §§. 22. ff.), theils als Reallast betrachtet, welches nicht, wie die Hypothek, accessorium einer obligatio ist. (Entsch. Bd. 16. S. 200, Bd. 18. S. 319, Bd. 20. S. 200, Bd. 26. S. 28 u. Arnsb. Arch. Bd. 15. S. 616.) Es handelt sich dabei nicht um die Konstituirung eines akcessorischen dinglichen Rechtes zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechtes, vielmehr ist dieses Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches, indem die entsprechende Verpflichtung, die Reallast, mit dem Besitze einer bestimmten Sache verbunden sein soll. Die Eintragung bezweckt daher, die Dinglichkeit des Rechts für jeden Besitzer der belasteten Sache erkennbar zu machen, den Uebergang der Verpflichtung auf jeden Besitzer zu ermitteln. (Vergl. Hyp. O. Tit. I. §. 50. Tit. II. §§. 80. und 124., G. S. 1853 S. 529 §. 28.) Dieser Unterschied zwischen der Reallast und der Hypothek tritt insbesondere auch bei der Subhastation des damit beschwerten Grundstückes hervor. Die Hypothek kann im Falle eines solchen Verkaufes nicht auf den Adjudikatar ohne Weiteres übergehen, sondern muß gelöscht werden, sobald die Zahlung des Kaufgeldes erfolgt ist. Dagegen ist das Rubr. II. eingetragene Wohnungsrecht durch die Eintragung auf das Grundstück nicht bloß sichergestellt, sondern ruht darauf selbst und schränkt das Recht des Eigenthümers ein, und der Käufer muß das Grundstück mit dieser Beschränkung übernehmen.

Die Subhastation hat auf ein solches Recht keinen Einfluß, und eine Ausnahme tritt nur in dem Falle ein, wenn das Wohnungsrecht mit einem älteren Hypothekenrechte kollidirt. Gegen dieses kann der Wohnungsberechtigte sein Recht nicht geltend machen und mithin auch nicht hindern, daß das Grundstück ohne das Wohnungsrecht zum Verkaufe gebracht werde, wenn es sich ergiebt, daß die Verbindlichkeit zur Uebernahme desselben von Seiten des Käufers den zu erlangenden Kaufpreis so weit herabdrücke, daß derselbe zur vollen Befriedigung jenes hypothekarischen Gläubigers nicht ausreicht. Tritt aber ein solcher Fall ein, so liegt es in der Natur der Sache, daß der bevorzugte Hypotheken-Gläubiger das Ausgebot des Grundstückes ohne das Wohnungsrecht speziell beantragen muß, und wenn diese Bedingung die Unterlage der Licitation und des Zuschlags bildet, so kann auch von einer Verpflichtung des Erstehers, für das Wohnungsrecht zu haften, nicht weiter die Rede sein. — Dies führt hinsichtlich des Wohnungsrechtes zu demselben Resultate, welches der Pl. Beschl. v. 22. April 1844 (Entsch. Bd. 10. S. 12 ff.)[1]) festgestellt hat. Nach seinem Wortlaute hat zwar dieser Pl. Beschl. nur darüber entschieden, ob die aus besonderen Kontrakten oder sonstigen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragenen beständigen Lasten auf den Adjudikatar übergehen. Diese Entscheidung beruht aber darauf, daß die, wenn auch aus speziellen Rechtstiteln hervorgegangenen dauernden Lasten durch die Eintragung mit dem Grundstücke

[1]) Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Jan. 1840 (Entsch. Bd. 6. S. 178) hatte dies bereits angenommen, wogegen der IV. Sen. hiervon abwich, wodurch die Pl. Entsch. herbeigeführt wurde.

verbunden sind und solche Lasten nicht zu denjenigen Forderungen gerechnet werden könnten, deren Löschung nach Berichtigung des Kaufgeldes zu fordern der Adjudikatar ein Recht habe, da hierunter nur solche Forderungen zu verstehen sind, welche vom Hause aus auf dereinstige Auszahlung und Tilgung gerichtet sind, und für welche das Grundstück nur akcessorisch als Pfand haftet. Nicht anders verhält es sich aber mit dem auf einem speziellen Rechtstitel beruhenden eingetragenen Wohnungsrecht, da auch ein solches durch die Eintragung mit dem Grundstücke dinglich verbunden ist und nicht zu denjenigen Forderungen zu rechnen ist, welche nach der Ausführung in dem gedachten Pl. Beschl. durch die nothwendige Subhastation erlöschen.

Bei Entscheidung der Frage kann übrigens auf die §§. 183. ff. h. t. deshalb nicht zurückgegangen werden, weil diese lediglich das Verhältniß des Käufers dem Verkäufer gegenüber betreffen, das Verhältniß des Ersten gegen den Wohnungsberechtigten aber dadurch nicht berührt wird. Will man indessen diesen Vorschriften, wie dies in dem Pl. Beschl. v. 22. April 1844 geschehen, eine analoge Anwendung geben, so kann das Wohnungsrecht nur unter den §. 183. subsumirt werden, da es sich, wenn auch nicht von einer Servitut, jedenfalls von einem Servitut ähnlichen Verhältnisse, welches mit der Servitut gleiche rechtliche Natur hat, handelt, der §. 184. aber nur auf Forderungsrechte zu beziehen ist, welche ein rein obligatorisches Verhältniß darstellen. Auf dingliche Rechte, welche, wie das Wohnungsrecht als losgelöste Theile des Eigenthums aufzufassen sind, läßt sich daher der §. 184. nicht anwenden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 84, Entsch. Bd. 28. S. 29, J. M. Bl. 1854 S. 288, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 331 Nr. 75.)

5) Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlags-Bescheide muß der Adjudikatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Altentheil nicht bloß in sofern, als es in Wohnung, sondern auch in soweit, als es in Nießbrauch und in wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen besteht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Licitation, noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden, neben dem Kaufgelde übernehmen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1855 [1]). (Präj. Nr. 2593.)

Die Gründe nehmen auf die (oben zu 3. und 4. gegebenen) Pl. Beschl. v. 22. April 1844 (Präj. Nr. 1435.) und v. 15. Mai 1854 (Präj. Nr. 2520.) Bezug und bemerken sodann im Wesentlichen:

Die Motive beider Plenar-Beschlüsse verwerfen den Satz, daß jede Last, welche nicht gemeine öffentliche Last ist, der gesetzlichen Regel nach hinsichtlich des Adjudikatars bei der nothwendigen Subhastation wie eine Hypothekenforderung zu behandeln sei, und nehmen den Grundsatz an:

daß die speziell begründeten, in die zweite Rubrik nach §. 49. Tit. I. Hyp. O. einzutragenden Lasten hinsichtlich der Löschung bei nothwendigen Subhastationen nicht den Hypothekenforderungen, sondern den öffentlichen gemeinen Lasten gleichstehen.

Dies muß auch vom Altentheile gelten. Aus den Bestimmungen des A. L. R. über das Altentheil ergiebt sich, daß dasselbe diejenigen Vortheile begreift, weil der Uebernehmer einer bäuerlichen Stelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenslang anweist (§. 602. h. t.), daß somit alle diese Vortheile durch den angegebenen gemeinsamen Zweck zu einem rechtlichen Ganzen verbunden werden; ferner, daß der Richter die Einräumung solcher übermäßigen Vortheile verhüten soll, wodurch der Uebernehmer an der Tragung der Lasten der Stelle gehindert wird, eine Hindeutung wenigstens darauf, daß das Altentheil gleichfalls die Stelle beschwert. Die einzelnen Bestandtheile sodann können zuerst auf Nutzungsrechte und Reallasten zurückgeführt werden. Die Reallasten betreffend, so fehlt es unseren Gesetzbüchern an einer zusammenfassenden Behandlung derselben und auch an einem festen Sprachgebrauche. — Dagegen scheidet A. L. R. I. 11. §§. 183. ff. Lasten und Abgaben

[1]) Schon das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Sept. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 323 Nr. 76.) hatte angenommen, daß auch bei nothwendigen Subhastationen, in Ermangelung anderer Bestimmungen des Zuschlagsurtheils, nicht bloß die gemeinen, keiner Eintragung bedürfenden, sondern auch die auf speziellen Rechtstiteln beruhenden und eingetragenen besonderen Lasten — z. B. Altentheile, und zwar mit Einschluß der Geldleistungen — auf dem Grundstücke haften bleiben und daher auf den Käufer übergehen, ohne daß derselbe die Realberechtigten auf die Kaufgelder verweisen oder aus diesen Entschädigung verlangen kann, und daß es hierin nichts ändert, wenngleich die Lasten in der Subhastationstaxe nicht veranschlagt worden sind. — Diesem Grundsatze war auch der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Sept. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 217 Nr. 53.) beigetreten. Der IV. Sen. erachtete indeß in Betreff der unter dem Altentheile befindlichen, nicht zum Wohnungsrechte gehörigen Lieferungen und Leistungen, diese Entsch. für unrichtig und deshalb gelangte die Frage an das Plenum, welches die ältere Meinung aufrecht erhielt.

eines Grundstückes von den Dienstbarkeiten und den auf dem Gute haftenden Schulden, und die Hyp. O. Tit. 1. §§. 47., 54., 55. trennt 1) die auf einem Grundstücke haftenden beständigen Lasten, Tit. II. §. 124. onera realia genannt, welche wieder in gemeine und auf einem besonderen Titel beruhende, zerfallen, 2) Realverbindlichkeiten im engeren Sinne oder Beschränkungen der Disposition des Besitzers, welche, wie die ad 1. in die zweite Rubrik eingetragen werden, 3) Realservituten, welche, wenn überhaupt, gleichfalls dort einzutragen sind, 4) alle übrige auf einem Grundstücke haftende Schulden, welche in die dritte Rubrik gehören. Die üblichen Bestandtheile eines Altentheils fallen hiernach sämmtlich in die zweite Rubrik, sei es als Realverbindlichkeiten im engeren Sinne (Hyp. O. Tit. I. §. 50.), worunter namentlich Nutznießung und Wohnung aufgezählt werden, sei es als onera realia im engeren Sinne (§§. 48., 49.) und zwar hier als nicht gemeine, sondern auf besonderen Titeln beruhende Lasten. Der §. 49. ebendas. führt als solche namentlich an: »unablösbare Geld- oder Kornzinsen, Renten und andere Hebungen, welche gewissen Personen von einem Grundstück gebühren, und die ein Kauflustiger bei seinem Gebote von dem Ertrage des Grundstückes abzuziehen pflegt.« Daß aber auch Dienste, wenn sie auf dem Grundstücke liegen (A. L. R. I. 9. §. 509., II. 7. §§. 90., 471., 472.), nur hierher gehören können, wird nicht bezweifelt werden. Für die im Altentheile enthaltenen Nutzungsrechte erwächst der Charakter der Dinglichkeit nach §§. 2., 3. A. L. R. I. 19. schon durch den Besitz der zu nutzenden Sache, so daß die Pflicht, dem Berechtigten die Ausübung des Rechtes zu gestatten, auf den neuen Eigenthümer der belasteten Sache mit übergeht, welcher dieselbe schon mit dieser sein »Eigenthum und dessen Wirkungen limitirenden Befugniß« überkommt. Die Reallasten im engeren Sinne sind zwar, strenge genommen, nicht als Einschränkungen des Eigenthumsrechtes aufzufassen, wie dies im §. 28. der Hyp. Novelle v. 24. Mai 1853 geschehen ist (G. S. S. 521). Indessen geht der Novelle in dieser Auffassung schon das A. L. R. voran, da es nach §§. 15., 16. I. 19. als eine Einschränkung des Eigenthums auch gilt, wenn der Eigenthümer »in seiner Sache etwas zu thun« verpflichtet ist. Und wenngleich einzelne Prästationen bedungen werden mögen, welche von jedem und allenthalben geleistet und genossen werden können, so müssen doch auch diese der Richtung des ganzen Institutes, als welches der §. 602. h. t. das Altentheil mit seinen einzelnen Vortheilen hinstellt, folgen. Der Zweck desselben wird nur dadurch erreicht, daß die Verpflichtung unmittelbar und unverändert auf den neuen Hofbesitzer übergeht, nicht dadurch, daß eine nur persönliche Verbindlichkeit des ersten Promittenten mittelst einer Hypothek verstärkt wird; denn diese könnte dem Gläubiger doch nur das Interesse der Nichtleistung mit einem bestimmten Geldwerthe, nicht die Leistung selber wahren. Das Altentheil ist also auch seiner innerlichen Bestimmung nach, und zwar in allen seinen Bestandtheilen unmittelbar dinglicher Natur. Diesem dinglichen Charakter steht für die auf ein Thun oder Geben gerichteten Bestandtheile insbesondere auch der Umstand, daß sie nur lebenslänglich geleistet werden sollen, nicht im Wege. Die Bezeichnung »beständige Lasten«, welche die Hyp. O. Tit. I. §§. 47—49., Tit. II. §. 109. §. 112., für die in die zweite Rubrik einzutragenden Lasten gebraucht, ergiebt keinesweges das Gegentheil. Denn aus §§. 113. u. 112. a. a. O. geht hervor, daß die »Beständigkeit« in formeller Beziehung für die eigentlichen Reallasten (Tit. I. §§. 48., 49.) eben so wenig ein essentiale bildet, wie für die Realverbindlichkeiten, unter denen auch der Nießbrauch enthalten ist. Deshalb hat das Ob. Trib. stets den Charakter des Altentheils, auch in sofern er in Leistungen besteht, als einer Reallast im Gegensatz einer Hypothekenforderung, ungeachtet seiner auf das Leben des Auszüglers beschränkten Dauer anerkannt. Daraus folgt aber, daß außer dem Wohnungsrecht (Pl. Beschl. v. 15. Mai 1854) auch alle übrigen Altentheilsprästationen, theils als Nutzungsrechte, theils als Lasten, welche unter den Pl. Beschl. v. 22. Febr. 1854 fallen, bei nothwendigen Subhastationen, der gesetzlichen Regel nach, auf den Adjudikatar übergehen, an welchen sich demnach der Berechtigte zu halten hat.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 29. S. 301, Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 120 Nr. 36., J. M. Bl. 1855 S. 54.)

6) Ein während des Exekutions-Verfahrens nach Eintragung des Subhastations-Vermerkes und nach Einleitung der Subhastation des Grundstückes für den Exequendus von dem Käufer des Grundstückes bestelltes Realrecht, z. B. das Recht auf ein Altentheil, hat für die Subhastations-Interessenten keine bindende Kraft. Haben diese daher das gedachte Realrecht ganz unberücksichtigt gelassen und das Grundstück ohne dasselbe ausgeboten, so geht dieses ohne die Reallast auf den Adjudikatar über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1856, weil dies schon aus dem §. 48. A. G. O. I. 7. folge und die Pl. Beschl. Nr. 2520. u. 2593. nicht durch diese Annahme verletzt werden.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 200 Nr. 42.)

7) Der Käufer eines nothwendig subhastirten, verpachteten oder vermietheten Grundstückes ist gesetzlich schon auf den Grund des Zuschlagsurtheils berechtigt, die während der Zeit seines Besitzes aus Verträgen seines Vorbesitzers fällig gewordenen Pacht- oder Miethzinse für sich zu erheben und resp. einzuklagen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juli 1850, auf Grund der Annahme, daß der §. 358. A. L. R. I. 21. nicht auf nothwendige Verkäufe Anwendung finde, sondern der §. 342. h. t. in Verbindung mit §§. 117., 106. h. t. und §§. 9—12. A. L. R. I. 8. entscheidend seien. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 193 Nr. 41.)

§. 343. Kommt die Vorschrift des §. 343. auch dann zur Anwendung, wenn die Auktion nicht im Auftrage einer Gerichts-Behörde, sondern auf Verfügung einer anderen öffentlichen Behörde, oder auf Ansuchen einer Privat-Person veranlaßt und abgehalten worden ist?

Bejahet in dem Auff. im Centralbl. 1838 S. 299.

Denn wenngleich unter gerichtlichen, ganz besonders die in Folge eines gerichtlichen Auftrages abgehaltenen Verkäufe verstanden würden (§§. 78—92. A. G. O. I. 24.), so seien doch die Pflichten der Auktions-Kommissarien durch das Regl. und die Instr. für die Auktionatoren v. 12. April 1756 (C. C. M. II. 43. p. 58) und das Regl. für die Auktions-Kommissarien v. 6. und 15. Juni 1827 auch für die ihnen von anderen Behörden oder Privatpersonen übertragenen Auktionen fixirt. Hieraus und da die Auktions-Kommissarien vermöge ihres Diensteides als öffentliche Beamte betrachtet werden müßten, folge die Vermuthung, daß die von ihnen vorgenommenen Handlungen gesetzlich vorgenommen seien, also jede mögliche Uebervortheilung und Betrügerei ausgeschlossen bleibe. Diese Vermuthung sei der Grund des §. 343. und daher derselbe auf jede unter öffentlicher Aufsicht vorgenommene Auktion anzuwenden.

§. 344. Nur in Ansehung der Gewährleistung im Sinne des §. 213. h. t. ist die nothwendige Subhastation dem Verkaufe in Pausch und Bogen gleichgesetzt; dagegen finden die Vorschriften über die Gefahr der Sache bei Verkäufen in Pausch und Bogen aus §§. 117—120. h. t. bei der Subhastation ebensowenig Anwendung, als die über den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer; vielmehr entscheidet über beiderlei Beziehungen Rücksichts der nothwendigen Subhastation nur allein der §. 342.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1838. (Präj. Nr. 536.) (Präj. Samml. S. 55.)

§. 346. 1) Auch der dritte Besitzer des subhastirten Grundstückes muß sich die Resubhastation gefallen lassen, wenn dasselbe noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragen ist.

Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1949. b. in den Erg. zum A. L. R. I. 10. §§. 7. u. 8. Zus. 3.

2) Verlieren die Gläubiger ihr Recht, auf Resubhastation anzutragen, dadurch, daß sie die Zahlung des Kaufgeldes über die festgesetzte Zeit hinaus stunden, oder Abschlagszahlungen annehmen?

a) Vielitz bejahet, weil er im §. 346. eine lex commissoria annimmt. (Komm. Bd. 2. S. 496.)

b) Bornemann verneint, weil die stillschweigende Bedingung der Resubhastation keine lex commissoria involvire, der Vertrag vielmehr dergestalt rechtsbeständig bleibe, daß der Käufer bis zur anderweitigen Adjudikation als Eigenthümer betrachtet werden müsse.

(System [1. Ausg.) Bd. 3. S. 106.)

3) Vergl. A. G. O. I. 52. §. 62. und V. v. 4. März 1834 §. 20. und die Erg. dazu.

§§. 347. sqq. Ueber die Frage, welche Förmlichkeiten gegenwärtig für dergestalt wesentlich zu achten sind, daß deren Nichtbeobachtung die Nichtigkeit des Adjudikations-Erkenntnisses zur Folge hat, vergl. Art. 2. der Dekl. v. 6. April 1839 und Nr. 21., 32. u. 38. der Instr. v. 7. April 1839 in den Erg. zur A. G. O. I. 16.

§. 348. 1) Zu Nr. 1. a) Wenn ein Grundstück mit anderen zusammen abgeschätzt wird, ohne daß deren Werth getrennt worden ist, und hiernächst das eine Grundstück allein, ohne Feststellung seines alleinigen Werthes, subhastirt wird, so ist dies kein Nichtigkeitsgrund, wenn nicht der Mangel vor dem Bietungstermine gerügt wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1847.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 118 Nr. 65.)

b) Es ist kein Nichtigkeitsgrund, wenn die Gebäude eines sub hasta gestellten Grundstückes nach Aufnahme der Taxe abbrennen,

und die Adjudikation ohne nochmalige Abschätzung desselben erfolgt, da das Gesetz die Nichtigkeit nur an den gänzlichen Mangel einer Taxe knüpft.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1837.

(Themis 1838 S. 329.)

2) Zu Nr. 2.

a) Diese Bestimmung ist nicht bloß auf die öffentlichen Bekanntmachungen zu beschränken, sondern kommt auch dann zur Anwendung, wenn einer der Hypothekengläubiger zum letzten Licitations-Termine nicht vorgeladen worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1834. (Präj. Nr. 52.) (Präj. Samml. S. 55.)

b) Die unterlassene Bekanntmachung des Bietungstermins an einen der besonders davon zu benachrichtigenden Subhastations-Interessenten, insbesondere an den Eigenthümer, kann durch eine nachträgliche Aufforderung desselben zur Erklärung über die Licitations-Verhandlung, wenn diese Erklärung keine ausdrückliche Einwilligung enthält, nicht wieder geheilt werden. Die Warnung, daß er bei Versäumung des zur Erklärung angesetzten Termins für einwilligend werde erachtet werden, ist unwirksam.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 1542. v. 21. Sept. 1844 und in dem Erk. v. 1. März 1845.

Auf den Subhastationsprozeß können die Vorschriften über die Folgen der Kontumaz im §. 14. Tit. 6., §. 27. Tit. 8., §. 44. Tit. 9. der Proz. O. keine Anwendung finden. Sie setzen Rechtsstreitigkeiten voraus. Eine Subhastation, und namentlich eine nothwendige, ist aber ihrem Wesen nach ein Verkauf, wobei der Eigenthümer und die übrigen auf Seiten der verkaufenden Partei stehenden Interessenten das Recht haben, bei dem Geschäfte zugezogen zu werden. Deshalb gehört die gesetzlich vorgeschriebene Bekanntmachung des Licitationstermins an die Subhastations-Interessenten, beziehungsweise die Zuziehung derselben zu dem Geschäfte, wesentlich zur Vollständigkeit und Rechtsgültigkeit des Akts der Eigenthumsübertragung von Seiten der veräußernden Partei, und dahin zählt sie auch der Art. 2. der Dekl. v. 6. April 1839 und der hier in Bezug genommene §. 348. Nr. 2. h. t., welcher alle im Gesetze vorgeschriebenen Arten der Bekanntmachung des Bietungstermines als wesentliche Förmlichkeiten bezeichnet. Der §. 9. der V. v. 4. März 1834 schreibt auch die besondere Bekanntmachung dieses Termines an die Subhastations-Interessenten, mit Einschluß des Besitzers des ausgebotenen Grundstücks, ausdrücklich vor, und deshalb ist er eine Nullität, wenn diese besondere Bekanntmachung unterblieben ist, sei es rücksichtlich aller oder der Mehrzahl, oder nur eines der ihrem Aufenthalte nach unbekannten Interessenten. Die Bedeutung des Interesses, welches die Subhastations-Interessenten an dem Bietungstermine haben, ergiebt aber auch ferner, daß sie dieses Interesse, wenigstens theilweise, nur bei dem Licitationsgeschäfte selber ausüben können, und daher kann ihre Zuziehung anbei durch keine nachträgliche Vorladung zu einem Termine, in welchem sie allein erscheinen sollen, ersetzt werden. Es giebt auch kein Präj. für diese nachträgliche Vorladung. Denn das Kontumazialpräj. für eigentliche Prozesse ist nicht anwendbar; die Subh. O. selbst aber, sowohl der §. 34. A. G. O. I. 52., als die V. v. 4. März 1834 schreiben bloß die einfache Bekanntmachung des Bietungstermines an die Interessenten vor, ohne irgend ein Präj. zu sanktioniren, und ebensowenig ermächtigt sie den Richter, die zum öffentlichen Verkaufe selbst nicht zugezogenen Betheiligten demnächst bloß zu einer Erklärung darüber aufzufordern, und aus ihrem Schweigen oder Nichterscheinen zu folgern, daß sie in den Zuschlag willigten und das nichtige Geschäft genehmigten. Hierin würde daher eine Ueberschreitung der richterlichen Amtsgewalt und eine Verletzung des §. 62. A. L. R. I. 4. liegen.

(Präj. Samml. S. 393, Entsch. Bd. 11. S. 486.)

c) Vergl. die Erg. zum §. 9. der Subh. V. v. 4. März 1834 zur A. G. O. I. 52.

3) Zu Nr. 3.

a) Nach §. 8. der V. v. 4. März 1834 wird in allen Fällen nur ein Bietungstermin anberaumt. Darüber, in wiefern in diesem Falle der Umstand, daß der Termin kürzer bestimmt ist, als nach den Gesetzen hätte geschehen sollen, eine Nichtigkeit zur Folge hat, vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 52. §. 31.

b) Die Vorschrift des §. 348. Nr. 3., nach welcher ein gerichtlicher nothwendiger Verkauf widerrufen werden kann, wenn der Richter den letzten Verkaufstermin kürzer bestimmt hat, als nach den Gesetzen hätte geschehen sollen, bezieht sich nur auf die gesetzlichen Subhastationsfristen, welche nicht abgekürzt werden dürfen, nicht aber auf die Zeit, welche der Abhaltung des Bietungstermins gewidmet wird; und wenn daher auch nach §. 37. A. G. O. I. 52. der ganze zum Licitationstermine angesetzte Tag für das Geschäft bestimmt ist, so kann doch eine Adjudikatoria aus dem Grunde, weil die Licitation nicht schon am Vormittage, sondern erst am Nachmittage vorgenommen worden ist, nicht angefochten werden.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1839. (Präj. Nr. 641.) (Präj. Samml. S. 55.)

Vergl. den Bericht des Ob. Trib. v. 16. März 1839.

(J. M. Bl. 1839 S. 189.)

Dieselbe Ansicht hat auch das O. L. G. zu Hamm in dem Erk. v. 8. Mai 1838 ausgeführt. (Centralbl. 1838 S. 900, vergl. S. 875.)

Vergl. die Zus. zum §. 10. der Subh. V. v. 4. März 1834 in den Erg. zur A. G. O. I. 52. §. 37.

4) Zu Nr. 4.

Unter diese Bestimmung ist auch die nicht in gehöriger Form oder von dem Bieter gar nicht erfolgte Vollziehung des Licitations-Protokolls, ebenso wie sonstige materielle Mängel in Betreff der Verfügungsfähigkeit der Kontrahenten, des mutuus consensus ꝛc., zu subsumiren.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1856.

An sich sind zwar Willenserklärungen, bei denen die Erfordernisse der §§. 2., 3., 4. A. L. R. I. 4. vorhanden sind, gültig und einer besonderen Form nur da bedürftig, wo das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Erklärung ausdrücklich erfordert. (A. L. R. I. 3. §. 40. u. I. 4. §§. 94., 95.) Für Verträge, deren Gegenstand sich über 50 Thlr. beläuft, so wie für Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, ist indeß die schriftliche Form nothwendig. (A. L. R. I. 5. §. 131., I. 10. §§. 15. ff.) Dies gilt namentlich von Kaufverträgen über Immobilien (§. 15. h. t.), zu deren Perfektion hiernach wesentlich die Unterschrift durch die Erklärenden gehört. Nothwendige Subhastationen sind aber ihrem Grundcharakter und ihrer Natur und Bestimmung nach nur als Kaufverträge anzusehen (§§. 340., 341. h. t.); allein auch wenn man in dem Licitationsprotokolle nur eine erst durch den Ausspruch des adjudicirenden Richters zum perfekten Kontrakt zu erhebende Kaufpunktation erblicken könnte, bedarf die Licitationsverhandlung der schriftlichen Vollziehung von Seiten des Bieters. Daraus, daß der §. 40. A. G. O. I. 52., der sich nur über den Inhalt, nicht über den Zweck des Licitationsprotokolls verbreitet, von der Nothwendigkeit seiner Unterschrift und des darin gethanen Meistgebots durch den Bieter nichts enthält, läßt sich kein Argument gegen die Richtigkeit des aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge von selbst folgenden Grundsatzes herleiten. Ebenso wenig daraus, daß überhaupt in dem Tit. 52. der Proz. O. und in der V. v. 4. März 1834 nichts von der Nothwendigkeit der schriftlichen Erklärung des Bieters enthalten ist. Die Nothwendigkeit dieser Unterschrift ergiebt sich auch dann, wenn man bei Beurtheilung der formalen Gültigkeit des Licitationsprotokolls vorzugsweise den Charakter der Prozeßverhandlung ins Auge fassen und hierauf die Bestimmungen der Proz. O. Einl. §. 42. und Anh. §§. 68., 69. ff. anwenden wollte. Die in nicht gehöriger Form erfolgte Vollziehung des Licitationsprotokolls ist ebensowohl unter die Bestimmung des §. 348. sub 4. h. t. zu subsumiren, als sonstige materielle Mängel in Betreff der Verfügungsfähigkeit der Kontrahenten, des mutuus consensus ꝛc. darunter zu begreifen sein würden.

(Entsch. Bd. 33. S. 266, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 352 Nr. 84.)

5) Zu Nr. 5.

a) In denjenigen Provinzen des Staates, in welchen noch Intelligenzblätter verlegt werden, ist es für eine Verabsäumung einer wesentlichen Förmlichkeit bei der Subhastation nicht zu achten, wenn auch bei den Einrückungen des Licitationstermins in den öffentlichen Anzeiger zum Regierungs-Amtsblatte und in andere öffentlichen Blätter um mehr als 14 Tage von der Zeit gefehlt worden, sofern nur rücksichtlich der Intelligenzblätter ein solches Versehen nicht vorliegt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1848. (Präj. Nr. 2058.) (Präj. Samml. S. 56, Entsch. Bd. 16. S. 519.)

Dies Präj. hat sich dadurch modifizirt, daß durch das G. v. 21. Dec. 1849 (G. S. S. 441) der Intelligenzzwang aufgehoben und der Amtsblatts-Anzeiger an die Stelle der Intelligenzblätter gesetzt ist.

b) Die Vorschriften des §. 348 Nr. 5. und des §. 15. des Anh. zum A. L. R. sind durch den §. 8. der Subh. V. v. 4. März 1834 nicht aufgehoben.

Vergl. die Zus. zum §. 8. der V. v. 4. März 1834 in den Erg. zur A. G. O. I. 52. §. 31.

Anh. §. 15. Der §. 15. des Anh. ist (gleich dem ersten Satze des §. 400. des Anh. zur A. G. O.) dem R. v. 12. Jan. 1801

entnommen, welches sich auf das Gutachten der Gesetz-Kommission v. 21. Dec. 1800 stützt.

Vergl. die Erg. zum §. 400. des Anh. zur A. G. O. I. 52. §. 31. und Dr. Löwenberg's Material. des Anh. S. 27, 28, 114 und 115.

§. 351. Dieser §. ist beseitigt durch den Art. 2. Litt. c. der Dekl. v. 6. April 1839. (G. S. S. 127.)

Vergl. die Zus. zum §. 7. der V. v. 14. Dec. 1833 in den Erg. zur A. G. O. I. 16.

§. 353. Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlags-Erkenntnisses begründet für den Adjudikatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde die Verpflichtungen eines unredlichen Besitzers. Derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1851. (Präj. Nr. 2274.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 20. S. 106.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 222.

§§. 360. 362. Der Verkauf im Wege der freiwilligen Auktion schließt ein Vertragsverhältniß zwischen dem Eigenthümer, der die Sache zur Auktion gegeben hat, und dem Ersteher nicht aus; vielmehr unterliegt auch ein solches Kaufgeschäft hinsichtlich ihrer den gewöhnlichen Regeln der Kaufverträge, während das rechtliche Verhältniß des Auktionators nach den Regeln von Vollmachtsverträgen zu beurtheilen ist. Der Umstand, daß der Auktionator das del credere übernommen hat, ändert hierin nichts.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Juni 1855, unter Bezugnahme auf die §§. 21., 23., 24., 349. ff., 360., 362. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 299 Nr. 58.)

§. 361. Der §. 361. ist durch §. 2. des G. v. 6. April 1839 betr. das Verfahren bei freiwilligen Subhastationen (G. S. 1839 S. 125), aufgehoben. Es findet nach diesem G. bei freiwilligen Subhastationen die Abfassung eines Adjudikations-Erkenntnisses nicht mehr statt, vielmehr vertritt die Ausfertigung der Licitations-Verhandlungen und Kaufbedingungen die Stelle des Kaufkontraktes.

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 52. §§. 66. sqq.

Zweiter Abschnitt.

Vom Tausch-Vertrage.

§. 363. Ueber die Unterscheidung zwischen Tausch- und Lieferungs-Verträgen vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Mai 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 30 Nr. 6.) in den Erg. zum §. 981. h. t.

§. 370. 1) Die Vorschrift des §. 370. bezieht sich nicht auf den Fall der Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten (§§. 175. ff. h. t.), sondern auf den Fall der Entziehung eines Theiles oder Pertinenzstückes der Sache (§§. 164. ff.). Der erste Fall ist vielmehr auch bei dem Tausche nach §§. 189., 190. zu entscheiden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1844. (Präj. Nr. 1514.) (Präj. Samml. S. 56.)

2) Der §. 370. setzt voraus, daß die eingetauschte Sache selbst, soweit sie nach Entziehung des Theiles noch vorhanden, nicht zurückgegeben werden solle, sondern nur ein Anspruch auf Schadloshaltung stattfinde. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 64.)

3) Wenn eine Abschätzung bei der eingetauschten Sache verordnet wird, nach welcher der Werth des entzogenen Theiles verhältnißmäßig bestimmt werden soll, so kann man dabei an nichts Anderes denken, als an die Werthbestimmung nach Verhältniß des für das Ganze verabredeten Kaufpreises, wie sie im §. 171. vorgeschrieben ist. Es soll mithin im Falle einer theilweisen Eviktion der Werth, welcher durch Abschätzung des gegebenen Aequivalentes ermittelt wird, zum Maßstabe dienen, um den Werth des entzogenen Theiles festzusetzen. Die zu erstattende Summe, welche nach Verhältniß des Ganzen zu dem entzogenen Theile zu bestimmen, soll gefunden werden mittelst Vergleichung des Werthes, den die Schätzung des gegebenen Aequivalentes ergiebt, so wie sie beim Kaufe nach §. 171. durch Vergleichung des Kaufpreises gefunden wird.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 64.)

Dritter Abschnitt.

Von Abtretung der Rechte.

Schoultz v. Ascheraden, Bemerkungen über die Verschiedenheiten in den die Cession der Schuldforderungen betr. Gesetzen des Röm. und Preuß. Rechtes. Greifswald 1822.

Koch, die Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte, S. 32 ff. u. Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 2. S. 134 ff.

Burchardi, Beiträge zur Lehre von der Cession. (J. W. 1842 S. 769 ff.)

König, zur Versöhnung der Doktrin und Praxis in der Lehre von der Cession. (J. W. 1842 S. 837 ff.)

Burchardi, Replik auf vorstehende Abhandlung, nebst Duplik von König. (J. W. 1843 S. 65 ff.)

§§. 376—381. Begriffe und Grundsätze.

§§. 376. u. 377. 1) Zur Bestimmung des landrechtlichen Begriffes der Cession ist zu bemerken, daß die Redaktoren von der Ansicht der neueren Juristen ausgegangen sind, daß die Begriffe von Besitz und Eigenthum auf die Forderungsrechte übertragen werden können, wobei die Cession als eine Quasi-Tradition gedacht und angenommen wird, daß, da zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes stets ein titulus und ein davon verschiedener modus gehöre, das der Cession zum Grunde liegende Rechtsgeschäft der Titel sei. Schon der Entw. zum Gesetzbuche bestimmte, hiervon ausgehend, in Thl. II. Abthl. II. Tit. 8. §. 340.:

Die Abtretung der Rechte ist ein Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Anderen das Eigenthum seines Rechtes gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen.

Hierzu bemerkte Suarez in der rev. mon.:

Um akkurat zu sprechen und Chikanen gegen die Definition zu vermeiden, muß man nicht sagen: die Cession der Rechte ist ein Vertrag u. s. w., sondern: die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus. Denn Cession ist eigentlich traditio des Rechtes, oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechtes dem Anderen übertragen wird.

(Mot. der Gesetzrev. zum Entw. der Tit. 11. u. 13. S. 66.)

Hieraus sind die §§. 376 und 377. h. t. entstanden. Nach dem Begriffe des A. L. R. ist also Cession bloß der Akt, wodurch Jemand das Eigenthum seines Rechtes auf Grund eines onerosen Titels einem Anderen überträgt. Es schließt daher der Umstand, daß der Titel mit diesem Akte zusammenfällt oder gleichzeitig entsteht, den Begriff der Cession nicht aus.

(Koch, vom Uebergange der Forderungsrechte, §. 9. S. 32—38.)

Das Gegentheil des letzteren Satzes wird indeß in dem Erk. des Instr. Sen. des Kammerg., de publ. den 4. März 1816, ausgeführt (Simon's Recht Bd. 1. S. 155,) wogegen jedoch das reformirende Urtheil des Ob. Trib., de publ. den 27. Febr. 1817 (ibid. S. 158), annimmt, daß das Sachverhältniß dadurch, daß der Andere die Cession annimmt, ein Realkontrakt wird.

Bornemann bemerkt: die Cession bei Forderungen habe keinesweges ganz dieselbe Wirkung, wie die Tradition bei Sachen. Denn durch die Cession erlange zwar der Cessionar das Eigenthum der Forderung in Bezug auf den Cedenten, den Verpflichteten dagegen tangire diese Operation nicht eher, als bis er von derselben Kenntniß erlange. Also nicht durch die Cession allein, sondern erst durch diese in Verbindung mit der Bekanntmachung an den Debitor cessus erwerbe der Cessionar das bei Sachen durch die bloße Tradition entstehende vollständig wirksame Eigenthum.

(System Bd. 3. S. 121, 2. Ausg. Bd. 3. S. 66).

Vergl. auch über den Begriff der Cession Burchardi in der J. W. 1842 S. 769 und König a. a. O. S. 840.

2) R. v. 7. März 1835. Die aus einem Kaufkontrakte über Grundstücke vor deren Uebergabe erlangten Rechte können durch Cession weiter übertragen werden.

(Jahrb. Bd. 45. S. 274, Gräff Bd. 9. S. 202.)

3) Die von einem Erben an einen Dritten geleistete Cession des Erbtheils, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf Höhe

einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen, den Erbtheil bildenden Gegenständen der Erbschaft. Der Cessionar erlangt vielmehr durch eine solche Abtretung nur einen persönlichen Anspruch an den Erben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1838. (Präj. Nr. 465.)

Ein Erbrecht besteht in dem Inbegriffe der Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers. Es steht entweder einer Person oder mehreren gemeinschaftlich zu; der Inbegriff, als ein Ganzes betrachtet, bildet ein für sich bestehendes Recht, dessen Bestandtheile oder Gegenstände die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen sind. (A. L. R. I. 2. §§. 22—34., 9. §§. 350., 351.) Sowohl der Inbegriff, das Erbrecht, als die Gegenstände dieses Rechtes unterliegen der Veräußerung. Die Arten der Uebertragung sind indeß verschieden. Das Erbschaftsrecht wird gültig veräußert durch einen Erbschaftskauf, und hierauf beziehen sich die §§. 447., 451. sqq. h. t. Ein solches Geschäft enthält die in Rede stehende Cession nicht, vielmehr ist ein solches nur vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht ganz oder theilweise, und zwar nicht bloß Befugnisse, sondern auch Pflichten, gegen einen bestimmten Kaufpreis übertragen werden. Die Veräußerung der in dem Erbschaftsrechte begriffenen Gegenstände an Sachen und Rechten ist entweder auf einen bestimmten Inbegriff, oder auf einzelne dieser Objekte gerichtet. Von der Veräußerung eines Inbegriffes von Erbschaftssachen handeln die §§. 448., 449. h. t.; werden nur einzelne Gegenstände aus der Erbschaft gegen Entgeld übertragen, so ist dies Kauf oder Cession. Hieraus folgt, daß die Abtretung des Erbtheils, als eines solchen, ganz wirkungslos ist, wogegen das Eigenthum des Erben an den zur Erbschaft gehörigen einzelnen Rechten cedirt werden kann, wobei es gleichgültig ist, ob die Erbtheilung bereits stattgefunden hat oder nicht; das Recht des Erben ist so wenig vorher, als nachher eine Forderung, ein Geldanspruch an die Verlassenschaft, sondern immer nur ein Eigenthum an den Gegenständen der Erbschaft. Auf diese Gegenstände ist die Uebertragung zu richten. Wird ein Erbtheil, ohne Bestimmung der zu übertragenden Rechte, ganz oder theilweise, oder nur auf Höhe einer bestimmten Geldsumme cedirt, so erlangt der Cessionar kein Eigenthum an einem bestimmten, in der Erbschaft begriffenen Rechte, als dem Gegenstande des Eigenthums, sondern nur einen persönlichen Anspruch an den Erben.

(Präj. Samml. S. 56, Entsch. Bd. 3. S. 302, Koch's Arch. Bd. 4. S. 12.)

Koch hält die Begründung dieser Entscheidung für unzutreffend. Der angewendete, aus den Entscheidungsgründen sich ergebende Satz sei der, daß ein Erbtheil kein Forderungsrecht sei, folglich eine bestimmte Summe davon nicht cedirt werden könne; es könne als ein Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris) nur Gegenstand eines Kaufs sein. Daher sei es nicht zulässig, die Uebertragung auf die Gegenstände der Erbschaft zu richten. Die Miterben brauchten sich eine solche theilweise Uebertragung einzelner Sachen nicht gefallen zu lassen, weil kein Miterbe ein ausschließliches Recht auf einzelne untheilbare Sachen habe, vielmehr Alles erst noch der familiae erciscundae unterliege, wobei kein extraneus konkurriren dürfe und nicht nothwendig jene Sache dem veräußernden Miterben zufallen müsse. So lange nicht durch die Theilung feststeht, welche einzelne Gegenstände jeder Miterbe bei derselben zugetheilt erhalte, könne er nicht Eigenthümer derselben sein, mithin auch nicht darüber disponiren. (Beurtheil. der Entsch. S. 196, Arch. Bd. 4. S. 16 ff.)

4) Cession ist kein Titel zur Uebertragung des Eigenthums von Pfandbriefen oder anderen geldgleichen Papieren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. April 1848.

Wie nach §§. 1—3. A. L. R. I. 2. die Begriffe einer Sache im engern Sinne und eines Rechtes einander ausschließen, so stehen sich auch im Tit. 11. die Rechtsgeschäfte: Kauf und Tausch auf der einen, und Cession auf der andern Seite einander gegenüber. Nur Sachen können verkauft oder vertauscht, nur Rechte cedirt werden, nicht umgekehrt. Wenn nun gleich nach Tit. 2. §. 12. die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe rc., gleich anderen Schuldinstrumenten zum Kapitalsvermögen gerechnet werden, und wenngleich zufolge der Posenschen Kredit-O. v. 15. Dec. 1821 §. 25. die dortigen Pfandbriefe vom Eigenthümer der Landschaft gekündigt werden können, der Eigenthümer also ein Forderungsrecht gegen die Landschaft hat, so hat doch auch die im §. 8. ebendas. ausgesprochene Bestimmung dieser Papiere, ohne alle Förmlichkeiten im Publikum zu kursiren, dahin geführt, sie als etwas Selbstständiges zu betrachten. Diese Betrachtungsweise führte schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes zu der Dekl. v. 23. Mai 1785, welche von der Anwendung der Röm. Vindikation auf dergleichen Pfandbriefe handelt. Die Definition des A. L. R. I. 2. §. 3., wonach eine Sache im engern Sinne entweder von Natur oder »durch die Uebereinkunft von Menschen« eine Selbstständigkeit gewinnt, vermöge deren sie Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann, scheint recht eigentlich auf dergleichen Papiere mit berechnet zu sein, welche unter öffentlicher Autorität, nicht mehr als bloßes Beweismittel eines Forderungsrechtes, sondern als der Gegenstand selbst, an dem solches haftet, betrachtet werden. Nur weil der Inhalt dieses Rechtes auf Forderung einer Summe Geldes gerichtet ist, werden sie §. 12. a. a. O. zum Kapitalsvermögen gerechnet. Gerade die Stellung dieses §. unter den Definitionen der einzelnen Arten von Sachen im Sinne des §. 3. a. a. O. bestätigt aber, daß dergleichen Papiere, gleich anderen in den vorhergehenden und folgenden §§. definirten Arten, zu den Sachen gehören. Noch unzweifelhafter wird dies durch den nur von Verfolgung des Eigenthums an Sachen handelnden Tit. 15. bestätigt, indem nach den §§. 45—47. das. dergleichen Papiere denselben Regeln der Vindikation unterworfen sind, wie baares kursirendes Geld. Hiervon ausgegangen, ist es ganz richtig, daß nach A. L. R. I. 11. §§. 363., 376., 377. an Pfandbriefen ein Kauf oder Tausch, nicht aber eine Cession stattfinden kann.

(Entsch. Bd. 17. S. 154, Rechtsf. Bd. 4. S. 83 Nr. 40.)

Denselben Rechtssatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 30. April 1847 ausgesprochen.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 145 Nr. 68.)

Insbesondere sind Pfandbriefe des landschaftlichen Kreditvereins für das Großherzogthum Posen, welche zur Deckung noch ungelöschter Hypotheken-Kapitalien von der Landschafts-Direktion verwahrlich niedergelegt worden, Eigenthum des die Pfandbriefschuld kontrahirenden Gutsbesitzers, bilden aber nicht ein Aktivum desselben und können daher nicht durch Cession oder Anweisung einem Anderen übereignet werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1847. (Präj. Nr. 1928.)

In den Gründen wird aus der Posenschen landschaftlichen Kredit-Ordnung v. 15. Dec. 1821 §§. 15., 17., 25. ff., 30., 230—234., 333. entwickelt, daß die für den Gutsbesitzer ausgefertigten Pfandbriefe sein Eigenthum sind. Sodann wird ausgeführt:

Von einem Forderungsrechte kann hier nicht die Rede sein, weil der Gutsbesitzer eben der Schuldner der Pfandbriefe, und kein anderes verpflichtetes Subjekt einer Obligation in Bezug auf diese Pfandbriefe vorhanden ist. Der Anspruch, den jener darauf hat, daß die Landschaftsbehörde ihm seine Pfandbriefe nicht gegen die Vorschriften der Kredit-Ordnung zurückhalte, ist kein Aktivum, sondern nur ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen, das er gegen jeden, der dieselben widerrechtlich in Besitz halten möchte, ausüben darf. Es kann dann auch von einer Anweisung oder Cession in dem Sinne, daß dadurch das Eigenthum der bei der Landschaft beruhenden Pfandbriefe von dem Schuldner selbst, gleich wie das einer ausstehenden Forderung übertragen würde, nicht die Rede sein, beide Rechtsgeschäfte setzen voraus, woran es hier fehlt, daß der Anweisende oder der Cedent etwas von einem Dritten, seinem Schuldner zu fordern habe. Die Annahme einer Anweisung verpflichtet zwar den Assignaten zur Zahlung an den Assignatar, selbst wenn jener dem Anweisenden nichts schuldig wäre, es muß aber doch die Existenz eines Schuldverhältnisses zwischen Anweisenden und Assignaten gedacht werden können, wenn eine Anweisung zulässig sein soll, und dies trifft da nicht zu, wo der Assignat nur eine dem Anweisenden gehörende Sache für diesen aufbewahrt. Mag man in einem solchen Falle die Ermächtigung, die der Eigenthümer einem Andern zum Empfange dieser Sache ertheilt hat, im gewöhnlichen Leben eine Anweisung nennen, so ist sie dies doch nicht im gesetzlichen Sinne. Daher kann nur durch Kauf oder Uebergabe an Zahlungsstatt das Eigenthum der Pfandbriefe übergehen.

(Präj. Samml. S. 349, Entsch. Bd. 16. S. 360, Rechtsf. Bd. 3. S. 41 Nr. 21.)

§§. 376. 393. 394. 1) Zur Rechtsbeständigkeit einer Cession ist ein vorgängiger, in an sich rechtsbeständiger Form abgeschlossener Vertrag nicht erforderlich; das Cessionsinstrument ist, als die Erfüllung einer mündlichen Verabredung enthaltend, genügend, indem in solchem Falle die Annahme desselben als Vollendung des Cessionsgeschäftes zwischen dem Cessionar und dem Cedenten zu betrachten ist.

Liegt aber nichts weiter vor, als die geschehene Zusendung eines Schuldinstrumentes an einen Dritten, nebst einer darin von dem genannten Gläubiger und diesem Dritten ausgestellten Cessionsurkunde, so kann aus dem Stillschweigen des Letzteren und der nicht erfolgten Zurücksendung jener Urkunden die geschehene Abschließung eines Cessionsgeschäftes nicht gefolgert werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1345.)

Der §. 393. zeigt deutlich, daß die Begriffsbestimmung des §. 376. nicht den Sinn hat, einen besonderen Vertrag vorauszusetzen, der an und für sich rechtsbeständig sein müßte, weil sonst, nähme man die Nothwendigkeit eines vorausgehenden pactum de cedendo in an sich verpflichtender Form an, nicht die bloße Erklärung der Abtretung des Rechtes und die Annahme Seitens des Anderen die Uebertragung des betr. Rechtes bewirken könnte, wie dies doch nach §. 393. der Fall ist. Hiernach ist durch die Aeußerung im §. 376. nur auf den gewöhnlichen Hergang hingedeutet, daß es ohne vorgängige Verständigung nicht zu einer Cession kommen werde, wie dies auch eine Aeußerung von Suarez in der rev. mon. ergiebt. Dagegen ist allerdings das Rechtsgeschäft der Cession kein einseitiges, und es kann somit nicht der Wille des Cedenten allein es sein, der den Cessionar verpflichtet, sich auf die vom Cedenten erklärte Abfindung einzulassen. Der einseitige Akt der Ausstellung der Cessionsurkunde muß, der Regel nach, als die Ausführung einer Verständigung, die über das vorzunehmende Geschäft vorher eingegangen wird, gedacht werden. Hieraus ergiebt sich der Unterschied, welcher mit der Existenz einer Cessionsurkunde in der Hand des darin bezeichneten Cessionars verbunden ist, je nachdem dieser dem Schuldner gegenüber, oder in Beziehung auf den Cedenten betrachtet wird. Dem Schuldner gegenüber muß dieser Besitz als die erfolgte Vollziehung der Uebereinkunft gelten, welche in dem Akt der Cession ausgedrückt ist, weil sich hier mit der Erklärung der Abtretung Seitens des Cedenten zugleich die Annahme der Cession Seitens des Cessionars verbindet, die eben aus der Geltendmachung des cedirten Rechtes sich ergiebt. Um dagegen annehmen zu können, daß aus dem Besitze des Dokuments nebst Cessionsurkunde in den Händen des in letzterer bezeichneten Cessionars so viel folge, daß das betreffende Rechtsgeschäft auch in der That so vorgegangen, wie die Cessionsurkunde lautet, muß ein Moment vorliegen, aus dem zu entnehmen ist, daß eine Einwilligung des Cessionars stattgefunden. Die bloße Zusendung der Urkunden und die ohne weitere Erklärung eingetretene Zurückbehaltung derselben durch den darin bezeichneten Cessionar ist nicht entscheidend, da Letzterer mit Rücksicht auf die Vorschriften des A. L. R. I. 3. §. 26. und I. 4. §. 61. keine Verpflichtung zur Erklärung darüber hat. Ist dagegen die Cessionsurkunde nebst der Art, wie die Cessionsvaluta berichtigt werden soll, in Folge vorausgegangener mündlicher Verabredung ausgestellt, so ist dies als Erfüllung eines mündlich geschlossenen Vertrags aufzufassen, welcher nach §. 146. A. L. R. I. 5. der Anfechtung, daß schriftliche Abfassung nothwendig gewesen, mit Rücksicht auf §. 7. A. L. R. I. 2., nicht unterliegt.

(Präj. Samml. S. 57, Entsch. Bd 9. S. 213.)

Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juli 1851 (Entsch. Bd. 21. S. 351, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 228 Nr. 48.) in den Erg. zum §. 393. h. t.

2) Zur Erfüllung eines über Cession einer solchen Schuldforderung, worüber eine briefliche Urkunde vorhanden ist, mündlich abgeschlossenen Vertrages reicht die bloße Einhändigung der zu cedirenden Schuldurkunde an den Cessionar nicht hin; vielmehr ist die schriftliche Abfassung der Cession zur vollständigen Uebertragung des Eigenthums des abgetretenen Rechtes an den neuen Erwerber desselben erforderlich.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1845. (Präj. Nr. 1663.)

Das A. L. R. hat den Begriff der Cession, abweichend vom Röm. Rechte, aber in Uebereinstimmung mit der damaligen gemeinrechtlichen Praxis, dahin festgestellt, daß das Eigenthum eines Rechts einem Andern überlassen werde (§. 376. h. t.). Eigenthümer wird der Andere durch die Uebertragung des Rechts an ihn. Was bei verkauften Sachen die Uebergabe, das ist bei cedirten Rechten die Uebertragung, und diese heißt eigentlich Cession (§. 377. h. t.), welche in diesem eigentlichen Sinne also kein Vertrag, sondern eine Handlung ist, die zur Erfüllung eines Vertrages geschieht, wenn die causa praecedens der Uebertragung ein Vertrag war. Beide hält das A. L. R. genau auseinander. Die Uebertragung geschieht nun zwar der Regel nach durch bloße Willenserklärung (§. 393.), und deswegen fällt mit dem Cessionsvertrage in der Regel auch die Handlung der Uebertragung zusammen; dessenungeachtet sind beide in ihrem rechtlichen Charakter verschiedene Manifestationen. Dieser Unterschied wird praktisch von Einfluß für den Ausnahmefall des §. 394., dessen Norm, wie der §. 395. ergiebt, bindend ist nicht bloß für die causa praecedens, den Cessionsvertrag, sondern zugleich für »die Cession selbst«, die Handlung der Uebertragung. Darüber läßt der §. 395. keinen Zweifel. So lange also die schriftliche Cession fehlt, ist der Cessionarius nicht im Stande, sich des Rechts, das ihm abgetreten werden soll, zu bedienen. Hieraus ergiebt sich, daß die Schriftlichkeit der Uebertragung erst deren Existenz bedingt, daß also gerade diese Form zur Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten gehört, welche der Cedent durch die mündliche Abtretung einer auf brieflichen Urkunden beruhenden Forderung übernommen hat, und daß die bloße Aushändigung der cedirten Urkunde die Erfüllung keineswegs erschöpft.

(Präj. Samml. S. 57, Entsch. Bd. 14. S. 237, J. W. 1846 S. 320.)

3) Mit Bezugnahme auf die obigen Präj. Nr. 1345. und 1663. führt der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Sept. 1854 aus:

Die Cession setzt nach §. 376. zwar einen Vertrag, ein pactum de cedendo, als vorangegangen voraus, ist aber selbst kein Vertrag, sondern die Erfüllung des vorangegangenen Vertrages von Seiten des einen Theiles, die Tradition des Rechts oder die Handlung selbst, wodurch das Eigenthum des Rechts dem Andern übertragen wird. Diese Handlung ist eine einseitige, unterliegt daher nicht den gesetzlichen Erfordernissen des Vertrages, und die Gegenwart des Cessionars bei der Aufnahme der Cessions-Urkunde ist dabei etwas Unerhebliches. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 276 Nr. 66.)

4) Die zum Wesen der Cession erforderliche Erklärung des Cedenten, daß er sich seines Rechtes entschlagen und dasselbe dem Cessionar überlassen wolle, wird durch das bloße Anerkenntniß des Cedenten, daß dem Cessionar dieses Recht zustehe, nicht entbehrlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1851, mit Rücksicht auf die §§. 376. u. 393.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 158 Nr. 35.)

5) Die Ausstellung einer notariellen Cessions-Urkunde und die Aushändigung derselben und des cedirten Dokumentes Seitens des vom Cedenten hierzu nicht beauftragten Notars an den Cessionar enthält keine rechtsgültige Cession.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Sept. 1855.

Die Cession ist traditio des Rechts, oder die Handlung, wodurch das Eigenthum des Rechts dem Andern übertragen wird. (Erk. des Ob. Trib. v. 30. Sept. 1843, Entsch. Bd. 9. S. 213 [1]). Wie bei der Tradition ein Zusammenwirken beider Theile erforderlich, so ist auch bei der Cession eine Thätigkeit beider Theile nothwendig, die Erklärung des Cedenten und deren Annahme von Seiten des Cessionars. Um aber durch diese Annahme das Cessionsgeschäft zur Vollendung zu bringen, muß die Erklärung des Cedenten von der Art sein, daß sie als ein dem Cessionar gemachtes Anerbieten angesehen werden kann. Diesem Erfordernisse genügt es nicht, wenn Nichts vorliegt, als daß der Cedent bei einem Notar eine einseitige Erklärung wegen Uebertragung des Rechts an den Cessionar hat aufnehmen lassen. Denn hierin liegt noch kein dem Cessionar gemachtes Anerbieten. Der Cedent kann vielmehr eine solche Erklärung von dem Notar zurückfordern und der darin genannte Cessionar erlangt durch dieselbe allein noch keine Befugniß, sie zu akceptiren und dadurch die Uebertragung des Rechts zur Vollendung zu bringen. Es muß vielmehr, um für ihn diese Befugniß hervorzubringen, noch etwas hinzukommen; die Erklärung des Cedenten muß in einer Art erfolgt sein, daß darin ein dem Cessionar gemachtes Anerbieten gefunden werden kann. Ist dies Erforderniß nicht anzutreffen, so kann die Cession auch dadurch nicht gültig werden, daß der Notar ohne besondere Ermächtigung hierzu das Dokument nebst der Cessions-Verhandlung dem Cessionar ausgehändigt hat, weil nur dann, wenn er dazu vom Cedenten beauftragt worden wäre, für diesen dadurch rechtliche Folgen entstehen könnten. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 47 Nr. 15.)

§. 381. 1) Wenn in einem pactum de cedendo ausbedungen worden ist, daß die Ausstellung der Cession zu einer bestimmten Zeit gegen baare Zahlung der Cessionsvaluta erfolgen solle, so kann der Cedent die erstere verweigern und den Kontrakt aufheben, — eben so, wie dies beim Kaufvertrage über bewegliche Sachen unter gleicher Voraussetzung stattfindet, — sobald ihm die versprochene Zahlung in dem festgesetzten Zeitpunkte nicht geleistet wird.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1848. (Präj. Nr. 2087.)

Der §. 381. h. t. enthält einen so allgemeinen und unbedingten Grundsatz, daß er nothwendig die allgemeine Regel für alle die Fälle bilden muß, in denen nicht besondere Vorschriften für das Cessionsgeschäft gegeben sind. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die gegen Zahlung einer Valuta erfolgte Cession einer Forderung, da sie nach dem A. L. R. für einen Preis das Eigenthum derselben überträgt, dem Kauf einer beweglichen Sache sehr ähnlich ist, wie man allgemein vom »Kaufe« solcher Forderungen redet. Es zeigt sich eine große Uebereinstimmung der Definition beider Rechtsgeschäfte, da nach §. 1. h. t. das Kaufgeschäft ein Vertrag genannt wird, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigenthums einer Sache und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet, und §. 376. eben auch in der Verpflichtung zur Abtretung des Eigenthums eines Rechts an die anderen, gegen eine bestimmte Vergeltung, das Wesen des Cessionsgeschäftes sieht. Erwägt man nun, daß nach §. 377. die Cession selbst von jenem, derselben vorhergehenden Vertrage unterschieden, und daß dieselbe die Handlung genannt wird, wodurch das abzutretende Recht dem Anderen wirklich übertragen wird, und daß diese Hand-

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

lung auch äußerlich als eine für sich bestehende in allen den Fällen hervortritt, wo über das abgetretene Recht schriftliche Urkunden vorhanden sind, indem alsdann auch die Cession, d. h. die wirkliche Uebertragung, schriftlich geschehen muß; so ergiebt sich, daß bei dem Cessionsgeschäfte das pactum de cedendo eigentlich derjenige Vertrag ist, der dem Kaufkontrakte beim Kaufgeschäfte entspricht, und daß die Ausstattung der Cession selbst nach voraufgegangenem pactum de cedendo mit zur Erfüllung des ganzen Geschäftes gehört, in ähnlicher Weise wie die Uebergabe der gekauften beweglichen Sache zur Erfüllung des Kaufkontraktes nothwendig ist. Erst durch diese förmliche Cession, oder durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszugeben befugt sein soll (§. 393.), und durch die (wenn auch nur stillschweigende) Annahme dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über, — gerade so, wie zur Erwerbung des Eigenthums einer beweglichen Sache außer dem Kaufvertrage noch die Uebergabe der Sache an den Käufer erfordert wird. (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 2—6., Thl. I. Tit. 10. §. 1.) Hieraus folgt, daß, wenn der Cessionar auf Grund des geschlossenen pactum de cedendo die Ausstellung der förmlichen Cessionsurkunde zu fordern berechtigt ist, der Cedent ihm in dem Falle, wo in jenem Vertrage verabredet worden war, daß die Cession nur gegen baare Zahlung der Cessionsvaluta erfolgen solle, — ohne solche Zahlung zu empfangen, die Cessionsurkunde auszustellen und auszuhändigen nicht schuldig ist. Es schützt ihn hier der §. 230., gegen welchen, als die lex specialis für den Kauf, und gemäß §. 381. auch für die Cession, die allgemeinen Grundsätze von Erfüllung der Verträge im Tit. 5. Thl. I. A. L. R. nicht in Betracht kommen können. (Präj. Samml. S. 53, Entsch. Bd. 17. S. 158.)

2) Was ein Cedent nach der Cession auf die cedirte Forderung von dem Schuldner erhebt, ist er dem Cessionarius, kraft des der Cession zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, herauszugeben schuldig.

Erkannt von der Deput. des II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (Datum konstirt nicht). (Koch's Arch. Bd. 6. S. 333.)

§§. 381. 390. Unterliegt die unentgeltlich geschehene Abtretung eines Forderungsrechtes der Anfechtnng wegen Verletzung über die Hälfte?

Koch zieht aus dem §. 381. die Folgerung, daß, wenn das der Cession zum Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Kauf ist, die Cession auch wegen einer laesio enormis angefochten werden kann, wenn deren Voraussetzungen vorhanden sind.

(Uebergang der Forderungsrechte S. 202.)

Gruchot sucht zu zeigen, daß diese Folgerung unhaltbar sei und daß die Anfechtbarkeit des Cessionsgeschäftes wegen Verletzung über die Hälfte, ungeachtet des im §. 381. ausgesprochenen Prinzips, durch die besondere Natur des Cessionsgeschäftes ausgeschlossen sei.

(Beiträge Bd. 1. S. 59 ff.)

§§. 382—389. Was cedirt werden könne.

§. 382. I. Im Allgemeinen sind alle obligatorischen Rechte cessibel, bei welchen keine positive Beschränkungen nachzuweisen sind.

(§. 382. h. t., Einl. §§. 99. u. 104., vergl. Koch, vom Uebergange der Forderungsr. S. 44.)

1) Auch die Rechte aus einem Kauf- oder Lieferungsvertrage können von dem einen Kontrahenten, ohne Zuziehung und Genehmigung des Anderen an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeiten des Cedenten die Erfüllung des Vertrages von Seiten des anderen Kontrahenten zu verlangen und darauf zu klagen befugt ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846[1]). (Präj. Nr. 1669.)

Das A. L. R. Einl. §. 99. und §. 382. h. t. spricht die Uebertragbarkeit der Rechte als Regel aus, wenn nicht von solchen die Rede, welche an die Person des Berechtigten oder an gewisse Eigenschaften desselben gebunden sind. Sofern nicht durch spezielle Bestimmungen weitere Ausnahmen verordnet sind, muß jede Cession für gültig erachtet werden, falls sie nicht die Verbindlichkeiten des Schuldners erschwert. Insbesondere ist keine Ausnahme hinsichts der aus lästigen Verträgen erworbenen Rechte verordnet. Die Zulassung der Abtretung von Rechten aus lästigen Verträgen verstößt auch nicht gegen den Grundsatz, daß Verträge nur unter den Kontrahenten selber gelten, daß der eine Kontrahent nur von dem andern belangt werden könne. Der Cessionar des andern Kontrahenten klagt eben nur aus dem Rechte dieses Kontrahenten. Dem Gegner kann es bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten auch nur darauf ankommen, daß er diese auf eine gültige, für ihn nicht erschwerte Weise tilgt und abträgt, und dies thut er, wenn er dem tradirt oder zahlt, den der andere Kontrahent dazu berechtiget hat. Es würde den Verkehr unnöthig beschränken, wenn jeder Kontrahent die durch den Vertrag erlangten Rechte jedesmal erst selbst einklagen und überhaupt realisiren müßte und nicht schon durch Cession darüber disponiren dürfte. Auch kann nicht eingewandt werden, es dringe hier ein Fremder in ein zwischen bestimmten Personen bestehendes Obligationsverhältniß ein. Denn nicht die obligatio wird cedirt, sondern das Recht — die actio. Die vertragsmäßige persönliche Verpflichtung zur Gegenleistung bleibt bei dem ursprünglichen Kontrahenten, und nur gegen diesen übernimmt der Cessionar seinerseits die persönliche Verpflichtung, den Vertrag statt seiner zu erfüllen.

(Präj. Samml. S. 57, Entsch. Bd. 12. S. 11, J. M. Bl. 1846 S. 34.)

Schon vor diesem Pl. Beschl. hat der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. v. 11. Juni 1839 (Präj. Nr. 695.) angenommen, daß auch Rechte aus zweiseitigen Verträgen cedirt werden können, daß aber der Verpflichtete wider den Willen des anderen Kontrahenten seine Verbindlichkeit nicht auf einen Dritten übertragen kann.

(Präj. Samml. S. 57.)

Unter den Rechtslehrern besteht Streit über die Richtigkeit des Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846.

a) Koch hatte sich schon früher für die Cessibilität der Rechte aus zweiseitigen Verträgen ausgesprochen; nur mit dem Hinzufügen, daß durch die Cession der Cedent nicht ganz aus dem Verhältnisse ausscheide, weil sich Niemand von seiner Verbindlichkeit willkührlich losmachen könne.

(Uebergang der Forderungsr. S. 39 u. 44, Beurtheil. der Entsch. S. 40, Arch. Bd. 320.)

b) Temme sucht die Unrichtigkeit des Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846 zu zeigen, indem er von dem Grundsatze ausgeht, daß jeder Obligirte seine Verbindlichkeit in Person erfüllen müsse, welches zwar nicht ausdrücklich im A. L. R. ausgesprochen sei, aber aus dem Wesen der obligatio und aus vielen einzelnen landrechtlichen Bestimmungen folge. (J. W. 1847 S. 155.)

In seinem Lehrb. des Preuß. Civ. Rechtes (2. Ausg.) Bd. 1. S. 508 vertheidigt Temme dagegen die Ansicht, daß Forderungsrechte, die mit Verbindlichkeiten verbunden sind, also namentlich die Obligationen aus den wesentlich zweiseitigen Verträgen, nicht cessibel seien. Diese Ansicht nimmt derselbe indeß in der Anm. 13. zu der Abhandl. in der J. W. 1847 S. 159 ausdrücklich zurück.

c) Gegen die Ansichten Temme's nehmen den Pl. Beschl. in Schutz:

α) Vogler in der Abhandl. in der J. W. 1847 S. 292.

β) Roloff in der Abhandl. in der J. W. 1848 S. 4.

d) Bornemann nimmt an, daß die Cession eines Rechtes, dem eine Befugniß des Verpflichteten gegenübersteht, respectu des debitor cessus unwirksam sei. Hinsichts der beiden anderen Interessenten sei dagegen eine solche Abtretung nach den Regeln von Verträgen über die Sachen oder Rechte eines Dritten zu beurtheilen (A. L. R. I. 5. §§. 46 ff.). Dies gelte jedoch nicht von Rechten, die nur unter Beobachtung gewisser Modalitäten ausgeübt werden dürfen und insofern mit einer Verbindlichkeit, die nicht als Gegenleistung zu betrachten, verknüpft seien. (System [2. Ausg.] Bd. 3. S. 74.)

e) Vergl. Gräff's Arch. Bd. 2. S. 24—25 für den Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846.

Der III. Sen. des Ob. Trib. (Datum der Entsch. konstirt nicht) hat übrigens in dem Falle, wenn der Käufer eines Grundstückes seine Rechte aus dem Kaufvertrage einem Dritten cedirt, ohne daß dieser Letztere zugleich die Erfüllung der Verbindlichkeiten (die Zahlung des Kaufgeldes) gegen den Verkäufer übernimmt, angenommen, daß der Dritte aus einer solchen Cession nicht gegen den Verkäufer auf Uebergabe des Grund-

[1]) In dem Erk. v. 13. Aug. 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 161—177) hatte das Ob. Trib. ausgeführt, daß nur Rechte, nicht Verbindlichkeiten, cedirt werden könnten, weshalb namentlich die Cession der Verpflichtung zur Lieferung von Staatspapieren aus einem sogenannten Zeitkaufsgeschäfte nicht statthaft sei. Die abweichenden Entscheidungen, welche über die Frage demnächst ergangen waren, führten den Pl. Beschl. darüber herbei. Vergl. über die Frage auch die Rechtsfälle in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 290 und im Centralbl. 1842 S. 84. — Anwendungen des Pl. Beschl. Nr. 1669. in den Präj. des Ob. Trib. v. 4. Okt. 1849 und v. 11. u. 21. Juni 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 187 Nr. 40. und Bd. 6. S. 174 Nr. 42.)

stückes klagen könne. Denn bei zweiseitigen Verträgen seien Leistung und Gegenleistung durch einander bedingt; es sei von dem Rechte des einen Kontrahenten die dem Rechte des anderen Kontrahenten gegenüberstehende Pflicht nicht trennbar, und nach §. 408. h. t. dürfe durch Abtretung des Rechtes die Pflicht des Schuldners niemals erschwert werden. Es würde aber zur Beeinträchtigung des anderen Kontrahenten führen, wenn er seine Leistung dem Cessionar zu erfüllen verpflichtet, dagegen nicht berechtigt sein solle, den Cessionar zur Erfüllung der Gegenleistung anzuhalten. (J. M. Bl. 1851 S. 287.)

2) Der Staat kann sein Recht, zum Wohle des gemeinen Besten Jemand zum Verkaufe seiner Sache zu zwingen, auch einem Dritten eigenthümlich überlassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1831.
(Simon's R. Bd. 3. S. 311.)

3) Der Eigenthümer einer zum gerichtlichen Depositorium eingezahlten baaren Geldsumme kann sein Recht auf den Rückempfang dieser Summe gültigerweise durch Cession auf einen Anderen übertragen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1848. (Präj. Nr. 1996.) (Präj. Samml. S. 58, Entsch. Bd. 16. S. 499.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105.

4) Ist eine Konventionalstrafe cessibel?

Es verneint das Erk. eines nicht näher bezeichneten L. u. St. Ger. v. 23. Mai 1845, weil nur Rechte, nicht Verbindlichkeiten cedirt werden könnten (§. 376. h. t.), auch das Recht, eine Konventionalstrafe zu fordern, ein rein persönliches, nach §. 382. h. t. nicht abtretbares Recht sei. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 323.)

Dagegen bejahet Koch.

Es ist irrig, sich eine aus einem wechselseitigen Vertrage entstandene Verbindlichkeit als aus Rechten und Pflichten bestehend zu denken. Ein wechselseitiger Vertrag erzeugt auf jeder Seite eine Obligation; das Verhältniß beider Obligationen zu einander ist bei vielen wechselseitigen Rechtsgeschäften wie das einer Bedingung zur Obligation, dergestalt, daß jeder der beiden Gläubiger seine eigene Verbindlichkeit (Passiv-Obligation) erfüllen muß, bevor er sein Forderungsrecht (seine Obligation) erfüllt verlangen kann. Die einem Forderungsrechte anklebende Eigenschaft der Bedingtheit ist aber kein Hinderniß der Cessibilität derselben und berührt nicht das Interesse des Schuldners, sondern nur des Cessionars, welcher, wie der Cedent selbst, die Bedingung erfüllen muß. Von dieser Natur ist auch die aus der Stipulation einer Konventionalstrafe entstehende Obligation. Die Konventionalstrafe ist keine Privatstrafe, sondern eine bedingte Forderung dessen, was ein Paciscent dem Andern unter der Bedingung, daß er sein Hauptversprechen überhaupt oder auch in Nebenumständen nicht halten würde, zu geben oder zu leisten versprochen hat. Ganz unjuristisch aber ist es, die Konventionalstrafe als ein jus personalissimum zu erachten.
(Koch's Arch. Bd. 6. S. 321.)

5) Eine Wittwe kann das, von ihrem Wittwenstande abhängige, nicht ausdrücklich an ihre Person gebundene Witthum cediren.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Okt. 1837 auf Grund des §. 382. (Entsch. Bd. 3. S. 324.)

6) Der Gläubiger, welcher im Wege der Exekution durch richterliche Verfügung ermächtigt worden, eine Forderung des Schuldners mit den Rechten eines Assignatars selbst einzuklagen und bis zum Betrage seiner Forderung einzuziehen, ist berechtigt, die aus der gerichtlichen Ueberweisungsverfügung erworbenen Rechte zu cediren.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. März 1839.
(Entsch. Bd. 4. S. 224.)

In dem Erk. v. 3. April 1856 nimmt der IV. Sen. des Ob. Trib., unter Bezugnahme auf dies Präj., an, daß die aus einer im Wege der Exekution ertheilten Assignation erlangten Rechte auch ohne spezielle Uebertragung der Forderung selbst, wegen welcher die Assignation ertheilt worden, wirksamer Weise durch Cession abgetreten werden können. (Entsch. Bd. 34. S. 450.)

7) Der Anspruch des Mandatars an seinen Mandanten auf Befreiung von der bei Ausführung des Auftrages gegen den Dritten übernommenen Verbindlichkeit (A. L. R. I. 13. §. 82.) ist cessibel.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 297 Nr. 53.)

8) Das Recht des Assignatars aus einer im Wege der Exekution geschehenen gerichtlichen Ueberweisung einer ausstehenden Forderung des Schuldners ist cessibel.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 14. Juni 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 352 Nr. 71.)

Vergl. das Erk. desselb. Sen. v. 16. Aug. 1847.
(Rechtsf. Bd. 2. S. 78 Nr. 36.)

9) Die Cession des Gewinnantheils und der Zinsen des Einlage-Kapitals eines Socius an einen Nichtsocius ist zulässig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 165 Nr. 42.)

10) Die Vindikationsklage ist cessibel.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 80 Nr. 20.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 2—6.

11) Ueber die Cessibilität der Rechte aus dem Meistgebote bei Subhastationen vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 52. §. 41. und zum §. 12. der Subh. V. v. 4. März 1834.

12) Vergl. die Präj. des Ob. Trib. Nr. 1096. und 1116. in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 54.

II. Beschränkungen der Cessibilität.

1) Die Rechte auf übernommene Post-Fahrten und Post-Ritte, oder der in Entreprise übernommene Transport der Posten dürfen nicht cedirt werden.

(C. des General-Postamtes v. 7. Nov. 1803 und v. 2. Febr. 1805, welche sich auf die (in keiner Samml. abgedr.) Koursordre v. 19. Febr. 1790 gründen, Rabe Bd. 7. S. 514 u. Bd. 8. S. 242.)

2) Publ. v. 18. Nov. 1802 (mitgetheilt durch das R. de eod. dato), wegen des Mißbrauches bei Cessionen und Verpfändungen der Besoldungen und Pensionen der Königl. Offizianten.

Da verschiedentlich der Mißbrauch wahrgenommen worden, daß besoldete Offizianten ihre Besoldungen im Voraus cediren, verpfänden, sich dadurch Anleihen und Kredit verschaffen, alsdann aber auf die Wohlthat der Abtretung des Vermögens provoziren, wodurch ihre Gläubiger diese vermeintlich erhaltene Sicherheit verlieren, da es mit dem Zwecke der Besoldungen und der damit zu bestreitenden Bedürfnisse unvereinbar sein würde, solche Cessionen und Verpfändungen ohne Einschränkung als gültig anzuerkennen, vielmehr auf jeden Fall dem Offizianten der gesetzliche Theil seines Gehaltes frei bleiben muß; so wird solches auf den Grund der Allerh. K. O. v. 16. Nov. a. c.[1]) dem Publikum hierdurch bekannt gemacht, um sich bei Geschäften dieser Art vor jedem Nachtheil und Bevortheilung von Seiten ihres Schuldners zu sichern.

(N. C. C. Tom. XI. p. 1213 No. 52. de 1802, Stengel Bd. 16. S. 102, Rabe Bd. 7. S. 272.)

Vergl. Anh. §. 163. zur A. G. O. I. 24. §§. 106—108.

3) Der Anspruch auf den Mitbau zur Hälfte, bevor noch eine Muthung eingelegt und die vorgeschriebene Erklärung über Ausübung des Mitbaurechtes von dem Grundherrn erfordert und abgegeben worden, kann als ein cessibles Recht nicht angesehen werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1851 (Präj. Nr. 2322.) mit Bezug auf die Vorschriften des A. L. R. II. 16. §§. 118., 122—127. u. §. 376. h. t.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 71, Entsch. Bd. 21. S. 385, Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 179 Nr. 38.)

§. 383. 1) Das R. v. 29. Dec. 1837 bemerkt, daß es ein Druckfehler sei, wenn in einigen Ausgaben des A. L. R. im §. 383. das Wort: »ist« vor »Sachen« stehe.
(Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß der §. 383. dem §. 48. Litt. c. A. G. O. I. 7. widerspreche. Sie nehmen indeß an, daß die letztere Gesetzesstelle nur unpassend gefaßt, und die Absicht des Gesetzgebers im §. 383., womit sowohl die §§. 15. u. 16. A. L. R. I. 15. als auch §. 9. A. G. O. I. 24. übereinstimmten, ausgesprochen sei. (Gesetzrev. Pens XIV. S. 67.)

Koch findet keinen Widerspruch zwischen §. 383. h. t. und §. 48. A. G. O. I. 7. Denn letzterer spreche von dem Falle, wenn der Beklagte den Besitz der Sache aufgebe, ersterer dagegen betreffe die Befugniß des Klägers, seinen Anspruch zu cediren.
(Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 112, Lehrb. des Pr. Priv. R. Bd. 2. S. 139 Anm. 20.)

§. 384. 1) Die Bestimmung des §. 384. findet auch in dem Falle Anwendung, wo nicht die Sache selbst, welche Gegenstand des

---

[1]) Diese K. O. ist gleichlautend mit dem abgedr. R.

Prozesses, sondern nur das zur Sicherheit eines Anspruches bestellte Pfand durante lite und in specie im Laufe der Exekutions-Instanz von dem Schuldner veräußert worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1837. (Präj. Nr. 265.) (Präj. Samml. S. 58.)

2) Ueber die Befugniß zur Fortsetzung der Exekution aus dem gegen den Vorbesitzer der Sache ergangenen Judikate vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 5—9.

§§. 384. u. 408. Wenn in erster Instanz einer Partei der ihr von dem Gegentheile de veritate deferirte und von ihr akceptirte Eid durch Erkenntniß auferlegt ist, und dieselbe hiernächst in zweiter Instanz die eingeklagte Forderung an einen Dritten cedirt, so kann nicht ohne Weiteres der Cessionar zu einem Eide de ignorantia verstattet werden; vielmehr ist vorher darüber: von wem und in welcher Weise der Eid zu leisten ist, unter den Parteien zu verhandeln.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1851, mit Rücksicht auf die §§. 384. u. 408.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 44 Nr. 9.)

§§. 385—387. u. Anh. §§. 16. u. 17. 1) Zur Erläut. dieser Vorschriften hat der Justizmin. folgende Reskr. erlassen:

a) R. v. 5. Sept. 1796.

Auf Eure, bei Gelegenheit der einem Stadger. Aktuario cedirt gewordenen streitigen Forderung unterm 17. m. pr. geschehene Anfrage, ertheilen Wir Euch zur gnädigen Resolution, daß

ad 1. es kein Bedenken habe, daß die Vorschrift des A. L. R. I. 11. §. 386. sqq. auch auf Aktuarios Anwendung finde[1]).

Das Gesetz redet nicht bloß von Richtern im engeren Verstande, sondern von richterlichen Personen. Die Parallelstelle Tit. 20. §. 404. deklarirt den Sinn derselben, und ratio legis findet, wie Ihr selbst bemerket, auch auf Aktuarios so gut, wie auf Justizkommissarios Anwendung.

ad 2. kann das Pönalgesetz nicht über seinen Inhalt extendirt werden. Die Cessiones aller streitigen Forderungen im Sinne des §. 386. Tit. 11. sind nichtig, strafbar aber sind nur die Cessiones solcher Forderungen, welche nach §. 404. Tit. 20. schon im Prozeß oder in der Exekution befangen sind.

ad 3. Ist bei der Uebernahme streitiger Verbindlichkeiten eine besondere Bestimmung des effectus civilis nach §. 387. Tit. 11. nicht nöthig gewesen, weil ohnehin einem Kreditori ein anderer Debitor wider seinen Willen nicht aufgedrungen werden kann.

ad 4. Kann durch die Genehmigung des Vorgesetzten nur die Strafe, nicht aber das Interesse privatum debitoris cessi, in welchem der Grund des G. §. 387. liegt, gehoben werden.

Hiernach habt Ihr Euch sowohl in soweit, als von der fiskalischen Untersuchung gegen den Cessionarium die Rede ist, als generaliter in künftigen Fällen zu nehmen. Sollte aber im gegenwärtigen Falle, welcher zur Anfrage Gelegenheit gegeben, ein oder anderer Theil auf Einholung eines Conclusi der Gesetzkommission bestehen, so ist ihm darin, jedoch nur so weit, als es das Interesse privatum der Parteien angeht, zu willfahren.

(N. C. C. Tom. X. p. 635. No. 90. de 1796, Stengel Bd. 4. S. 307, Rabe Bd. 3. S. 523.)

b) R. v. 3. Okt. 1801.

Die Bedenken, welche Ihr in Eurem Ber. v. 19. v. M., über den eigentlichen Sinn der §§. 404. u. 1339. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. vortraget, finden bereits in der Parallelstelle Thl. I. Tit. 11. §§. 385—387. und in dem R. v. 5. Sept. 1796, Ed. Samml. 1796 Nr. 90. ihre Erledigung.

ad 1. gehören nach Anleitung des §. 386. Tit. 11. Thl. I. a. a. O. zu den streitigen Rechten, deren Cession an Justizbediente und Justizkomm. untersagt ist, alle diejenigen, welche zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten ganz oder zum Theil nicht anerkannt werden. Hierin liegt es bereits, daß das Anerkenntniß nicht bloß auf die Richtigkeit des Titels, sondern auf den ganzen Umfang des Rechtes und alle aus demselben herzuleitenden Folgerungen gerichtet sein müsse, woraus von selbst folgt, daß in dem eingetretenen Falle, der die Anfrage veranlaßt hat, die an einen Justizkommissarius erfolgte Cession des Kollokationsrechtes eines auf ein Gutsantheil angewiesenen Gläubigers dadurch nicht rechtsbeständig geworden, daß das wirkliche Dasein dieses Rechtes zur Zeit der Cession in den Hypothekenakten anerkannt gewesen ist, indem nichtsdestoweniger bei der Ausübung desselben und der wirklichen Einräumung des angewiesenen Grundstückes noch vielfache Widersprüche und Zweifel obwalteten, mithin das cedirte Recht keinesweges zu den unstreitigen hat gerechnet werden können. Welcher Unterschied übrigens hierbei zwischen den bereits rechtshängigen Forderungen und denen, weshalb die Klage noch nicht angemeldet worden, stattfindet, ist bereits in dem oben erwähnten R. v. 5. Sept. 1796 näher deklarirt worden, und hat es dabei überall sein Bewenden.

ad 2. kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich das in den angeführten Gesetzstellen enthaltene Verbot in Betreff der Cessionen auf alle bei einem Justizkollegio oder anderem Gericht angestellte Offizianten erstrecke, da die §. 404. Tit. 20. Thl. II. gebrauchte Benennung der Justizbedienten ganz allgemein ist und auch der Grund des G. ebensowohl auf Subalternen, als auf die Mitglieder eines Justiz-Kollegii und die Justiz-Kommissarien Anwendung findet.

(Mathis Bd. 2. S. 6, N. A. Bd. 3. S. 247, Rabe Bd. 6. S. 601.)

c) R. v. 17. Nov. 1823.

Zur Gültigkeit der Cessionen aller Forderungen an Justizbediente, welche bei dem Gerichtshofe angestellt sind, bei welchen die Forderung in erster oder in einer der folgenden Instanzen erörtert werden müßte, selbst der Hypothekenforderungen, ist nöthig, daß die Forderungen zur Zeit der Cession von dem Verpflichteten besonders anerkannt werden, und bis zur Beibringung eines solchen Anerkenntnisses die Eintragung der Cession zu versagen. Dies ist für gewöhnliche Cessionen unzweifelhaft. Der Cessionarius der gedachten Art soll zur Zeit der Cession das Anerkenntniß von Seiten des debitor cessi sich verschaffen, und wenn er dies nicht kann, von der Cession abstrahiren. Bei den Hypothekenforderungen hingegen ist die Sache nicht ohne Zweifel. Der Mangel eingelegter Protestation von Seiten des Schuldners scheint das besonders vom Gesetz erforderte Anerkenntniß zur Zeit der Cession zu ersetzen, da nach Verlauf von 38 Tagen exceptio non numeratae valutae und nach Verlauf von 4 Wochen andere Einwendungen gegen die eingetragene Post dem Cessionario nicht gültig entgegengesetzt werden können. — Um indeß gewiß zu sein, jeden Prozeß zu vermeiden, welcher aus einer Unterlassung der Nachforderung eines Anerkenntnisses der Schuld entstehen kann, wird der Hypothekenrichter am besten thun, die Eintragung der Cession so lange zu versagen, bis ein solches Anerkenntniß beigebracht ist. (Jahrb. Bd. 22. S. 169, Gräff Bd. 1. S. 42.)

Dazu: R. v. 19. Aug. 1836.

Die Materialien bestätigen die Auslegung, welche das R. v. 17. Nov. 1823 dem §. 386. giebt, vollkommen. Suarez trat nämlich bei dem §. 347. des gedr. Entw. zum Gesetzb. der Ansicht der Monenten bei, welche dahin ging: »daß Gerichtspersonen streitige Rechte gar nicht an sich lösen sollen«, weil es der bisherigen Theorie gemäß und wirklich zur Salvirung der Integrität der richterlichen Personen in den Augen des Publikums heilsam sei. Er folgerte hieraus wörtlich:

»Eine Gerichtsperson also, welche eine Forderung an sich lösen will, muß sich immer erst bei dem debitori cesso erkundigen, ob er solche pure et simpliciter anerkenne. Leugnet oder bezweifelt er sie, so muß die Gerichtsperson sich auf die Cession nicht einlassen.«

In Ansehung der Justiz-Kommissarien, bemerkte er ferner, könnte es so bleiben, wie es abgefaßt ist, ob ich gleich allenfalls nichts dawider hätte, wenn sie den richterlichen Personen gleich gesetzt würden. Hieraus ist die Fassung des §. 386. hervorgegangen.

(Jahrb. Bd. 48. S. 207, Gräff Bd. 10. S. 12.)

d) R. v. 7. Nov. 1829, betr. die Frage, zu welcher Zeit das Anerkenntniß des Schuldners erfolgen müsse.

Der §. 386. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. erfordert nicht, daß die cedirte Schuld gerade zur Zeit der Cession anerkannt sein müsse, sondern nur, daß aus dem Anerkenntnisse hervorgehe, der Schuldner habe zur Zeit der Cession dagegen keine Einwenduugen gehabt. Die Zeit der Cession ist hier der Zeit vor der Cession entgegengesetzt worden, indem es darauf, ob auch vor der Cession die Forderung streitig gewesen, nicht ankommen soll. In sofern also nur das Anerkenntniß dahin geht, daß zur Zeit der Cession die Forderung ihre Richtigkeit gehabt habe, ist die Gültigkeit der Cession außer Zweifel gesetzt. Einer Wiederholung der letzteren bedarf es nicht, und noch weniger ist es erforderlich, daß diese Wiederholung der Cession mit dem Anerkenntnisse der Schuld zu einer und derselben Zeit erfolge.

(J. M. Akten B. 2641., R. P. 14. Fol. 31.)

e) R. v. 10. Okt. 1834. Auch der Schuldner muß in die Abtretung streitiger Rechte an Justiz-Kommissarien willigen, und bevor dies nicht nachgewiesen worden, soll die Genehmigung des Geschäftes vom Richter nicht ertheilt werden.

(Jahrb. Bd. 44. S. 341, Gräff Bd. 8. S. 16.)

2) Die Gesetzrevisoren sprechen sich über diese §§. dahin aus:

a) in den Motiven zum A. L. R. I. 11.:

Um den möglichen Nachtheilen, welche aus der Abtretung rechtshängiger Sachen hervorgehen können, vorzubeugen, sind in den §§. 385—387. d. T. diejenigen Personen von der Erwerbung ausgeschlossen, deren Einfluß und Rechtskenntnisse eine Gefährdung des weniger einflußreichen und weniger kundigen Inhabers der Forderung zur Folge haben könnten. Die Vergleichung dieser Bestimmungen mit den §§. 404. sqq., 1339. sqq. Tit. 20. Thl. II. des A. L. R. erregte sehr bald nach der Emanirung des Gesetzes verschiedene Bedenken, deren Beseitigung das R. v. 5. Sept. 1796 bezweckte. Da der

[1]) Vergl. die hieraus entnommene Vorschrift des Anh. §. 16.

§. 385. d. T. nur der richterlichen Personen gedenkt, der §. 404. Tit. 20. Thl. II. A. L. R. aber den Ausdruck: Justizbediente gebraucht, so nahm man an, daß die Bestimmung auch auf Aktuarien sich erstrecke. Das R. v. 3. Okt. 1801 (Rabe Bd. 6. S. 603) bestätigte diese Ansicht, und der §. 16. d. Anh. hat sie zum Gesetz erhoben. Da ferner der §. 404. Tit. 20. Thl. II. A. L. R. nur der im Prozeß oder in der Exekution befangenen Forderungen gedenkt, während in den §§. 385., 386. h. t. die streitigen Forderungen ganz anders bezeichnet werden, so nahm man an, die Cession aller streitigen Forderungen sei nichtig, strafbar dagegen nur die Cession der im Prozeß oder in der Exekution befangenen Forderungen. Auch diese Ansicht bestätigt das oben angezogene R. v. 3. Okt. 1801 und giebt dabei eine, wenn auch noch nicht klar ausgesprochene Andeutung, daß die Forderung zur Zeit der Cession speziell anerkannt sein müsse. Weiter schließt sich hieran das R. v. 17. Nov. 1823 (mit der Anfrage, worauf es ergangen, abgedruckt in v. Kamptz Jahrb. Bd. 22. S. 164 sqq.), welches zur Gültigkeit der Cession an Justizbediente des Gerichtshofes, vor welchen die Erörterung der Sache gehören würde, schlechthin jedesmal ein besonderes Anerkenntniß des Verpflichteten erfordert.

Daß ein solches Anerkenntniß die Gültigkeit der Cession bedingen solle, wird in mehreren der zum Zweck der Gesetzrev. eingegangenen Gutachten getadelt, und das Justizmin. ist selbst in neuerer Zeit wiederum davon abgegangen. Der Grund zu den von einander abweichenden Ansichten liegt indessen u. E. sehr nahe; bemerkenswerth ist dabei, wie sich schon in den Vorarbeiten des A. L. R. der Keim zu der 30 Jahre später entstandenen Kontroverse nachweisen läßt. In dem gedr. Entw. zum Gesetzb. hieß es nämlich:

(§. 347.) Doch können richterliche Personen und Justiz-Kommissarien Prozesse, deren Betrieb ihnen obliegt, nicht an sich lösen.

Dazu bemerkte Suarez in der rev. mon.:

Die Monenten unterscheiden Gerichtspersonen und Justiz-Kommissarien. Erstere sollen gar keine streitigen Rechte an sich lösen können, nicht bloß, wenn dieselben schon rechtshängig sind, sondern auch, wenn der Prozeß bevorsteht, sobald die Erörterung der Sache in erster oder zweiter Instanz vor das judicium, bei welchem sie angestellt sind, gehören würde. Diesem würde ich beitreten, weil es der bisherigen Theorie genügt, und wirklich zur Salvirung der Integrität der richterlichen Personen in den Augen des Publikums heilsam ist. Eine Gerichtsperson also, welche eine Forderung an sich lösen will, muß sich immer erst bei dem debitori cesso erkundigen, ob er solche pure et simpliciter anerkenne. Leugnet oder bezweifelt er sie, so muß die Gerichtsperson sich auf die Cession nicht einlassen. In Ansehung der Justiz-Kommissarien könnte es so bleiben, wie es gefaßt ist, ob ich gleich allenfalls nichts dawider hätte, wenn sie den richterlichen Personen gleichgesetzt würden. Auf bloße Subalternen aber es zu extendiren, scheint kein hinlänglicher Grund zu sein.

Aus dieser Bemerkung ist der Begriff entnommen, welchen der §. 386. d. T. mit dem Ausdrucke: streitige Rechte, verbindet; es ist aber dabei übersehen, daß es an einem erkennbaren Zeichen des Streitigseins einer Forderung fehlt. Wenn auch der Cessionar sich bei dem debitori cesso erkundiget, ob er die Forderung anerkenne, so genügt dies nicht für den Dritten, der über die Rechtsbeständigkeit der Cession urtheilen soll. Für einen solchen Dritten muß ein äußerlich erkennbares Merkmal vorhanden sein. Dieses kann nur durch ein Anerkenntniß von Seiten des Verpflichteten gegeben werden, und so mußte man, wenn man davon ausging, »streitig seien diejenigen Rechte, welche nicht anerkannt worden«, nothwendig dahin kommen, statt der Negative die gegenüberstehende Affirmative, das ist, ein wiederholtes Anerkenntniß zu erfordern.

U. E. aber geht man zu weit, wenn man in jedem Falle, wo eine richterliche Person derjenigen Behörde, zu deren Entscheidung die Sache künftig einmal kommen kann, eine Forderung an sich bringen will, zur Gültigkeit der Cession ein neues Anerkenntniß des Schuldners fordert. Nach diesem Prinzip kann ein Mitglied des Ob. Trib., dessen Jurisdiktion sich über die ganze Monarchie (mit Ausschluß einzelner Provinzen) erstreckt, keine inländische Forderung ohne neues Anerkenntniß an sich bringen; und ein Mittelweg ist zwischen der Nothwendigkeit eines solchen Anerkenntnisses und der Beschränkung des Prohibitivgesetzes auf wirklich rechtshängige Forderungen nicht aufzufinden, weil es außer der Rechtshängigkeit kein erkennbares Zeichen für streitige Forderungen in dem Sinne, den der §. 386. d. T. mit diesem Ausdrucke verbindet, giebt.

In einiger Verbindung mit dem Gesagten steht die Frage, ob die Erwerbung streitiger Forderungen auch anderen beim Gerichte angestellten Personen außer den Richtern und Justizkommissarien untersagt werden solle. Nimmt man nämlich streitige Rechte in der umfassenden Bedeutung d. T., so ist kein Grund vorhanden, die Subalternen des Gerichtes von der Erwerbung auszuschließen; auch lag dies, wie die oben extrahirte Stelle der rev. mon. zeigt, ursprünglich nicht in der Absicht des Gesetzgebers, sondern diese Ansicht ist später hineingetragen rc. (Gesetzrev. Pens. XIV. Motive S. 67.)

b) In den Motiven zum Kriminalrecht:

Die §§. 405—407. A. L. R. II. 20. verbieten den Justizbedienten und Justiz-Kommissarien nicht bloß die Erwerbung streitiger Forderungen (durch Cession), sondern auch zugleich die Uebernahme fremder streitiger Schulden. Von einem solchen Verbote findet sich in dem Civilrechte nirgends eine Spur, auch ergeben die Materialien zum A. L. R., daß Suarez weder bei Abfassung des Civilrechtes, noch bei dem ersten Entw. des Cr. Rechtes an ein solches Verbot gedacht hat. Er untersagte in dem letzteren (§. 358. Thl. I. Tit. 8. des Entw. zum A. G. B.) nur die Uebernahme streitiger Aktivforderungen, und erst die gegen diese Vorschrift eingegangenen Monita (namentlich des Prof. Egger's. Motive zum A. L. R. Bd. 52. Fol. 308 v.) bewogen ihn, das Verbot auch auf die Uebernahme fremder Schulden auszudehnen, ohne daß er jedoch gleichzeitig hiernach den Text des Civilrechtes vervollständigt hätte. Das Argument, welches das R. v. 5. Sept. 1796 ad 3. für dies Schweigen des Civilrechtes anführt, ist nicht durchgreifend. Denn nicht auf den Kreditor, dessen Interesse durch eine solche, ohne seine Einwilligung oder mit derselben geschlossene Uebereinkunft zwischen dem Schuldner und dem Dritten nicht gefährdet sein könne, sondern auf den Debitor kommt es hier an, welcher den Dritten, der seine Befreiung von der Schuld übernimmt, dafür entschädigen muß, und der bei der Stipulation dieser Entschädigung durch den der Rechte besser kundigen Justizbeamten vielleicht übervortheilt werden kann.

(Gesetzrev. Pens. I., Mot. zum Abschn. 6. Tit. 2. des 1. Entw. des neuen Cr. Gesetzb. Bd. 3. Abthl. I. S. 83.)

3) Auf welche Justizbediente findet das Verbot des §. 385. Anwendung?

Nach Inhalt der Materialien (Mot. zum Entw. des A. L. R. I. 11. S. 68, Bornemanns System Bd. 3. S. 125, 2. Ausg. Bd. 3. S. 69) ist nur beabsichtigt, den richterlichen Personen der ersten und zweiten Instanz und den Justizkommissarien die Erwerbung streitiger Forderungen zu versagen, deren Erörterung vor das Gericht, bei welchem sie angestellt sind, gehören würde, und danach ist der §. 385. gefaßt; da aber der §. 404. A. L. R. II. 20. den allgemeinen Ausdruck: Justizbedienten gebraucht, so dehnte man, wie das durch den Anh. §. 16. bestätigte R. v. 5. Sept. 1796 [1]) ergiebt, die Bestimmung auch auf Subaltern-Beamte, jedoch nur auf Aktuarien aus. Das R. v. 3. Okt. 1801 sub 2. [2]) bezeichnet dagegen alle Subaltern-Beamte der Justizbehörden als zu den ausgeschlossenen Personen gehörig.

Das Ob. Trib. ist in dem Erk. v. 30. Juli 1836 der Ansicht, daß unter den »richterlichen Personen« auch die bei den Gerichten angestellten Sekretaire zu verstehen sind.

(Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 581.)

Jungmeister meint, daß diese Auslegung zwar den Wortverstand, nicht aber die ratio legis für sich habe, und bemerkt, daß, wenn man den Ausdruck: »Justizbedienten« in der erwähnten Allgemeinheit nehme, alsdann auch der Chef der Justiz und die Ministerialräthe darunter begriffen seien.

(J. W. 1835 S. 224 ff.)

Bornemann (System Bd. 3. S. 126, 2. Ausg. Bd. 3. S. 69) und Koch (vom Uebergange der Forderungsrechte §. 19. S. 102) nehmen ebenfalls an, daß von den Redaktoren nicht beabsichtigt worden, das Verbot auf die Mitglieder des Ob. Trib. und auf die Unterbedienten der Justiz zu erstrecken.

4) Streitig in dieser Hinsicht heißen nicht Rechte, wenn es zur Zeit der Cession bloß an einem ausdrücklichen Anerkenntnisse des Rechtes von Seiten des Verpflichteten mangelt, sondern nur dann, wenn das Recht zur Zeit der Cession von den Verpflichteten ganz oder zum Theil, gerichtlich oder außergerichtlich, bestritten worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1842, auf Grund der Wortstellung des §. 386., der ratio legis und des Inhaltes der Materialien. (Präj. Nr. 1144. b.)

(Präj. Samml. S. 58, Entsch. Bd. 7. S. 395.)

Dieselbe Ansicht hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 7. Aug. 1829 (Koch, Uebergang der Forderungsr. S. 104) und vom 30. Juli 1836 (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 587) angenommen, welche insbesondere auch ausführen, daß die Vorschrift in keinem Falle auf Hypothekenrechte, gegen welche der Schuldner vor der Cession noch keine Einwendungen oder Protestationen erhoben, auszudehnen sei.

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. zu a.
[2]) Vergl. ob. Zus. 1. zu b.

Vergl. dagegen die oben (Zus. 1.) mitgetheilten R. v. 17. Nov. 1823 und 13. Aug. 1836 und gegen die Auslegung des Justizmin. Bornemann (System Bd. 3. S. 127, 2. Ausg. Bd. 3. S. 70) und für dieselbe Rören in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 99.

Vergl. Koch, vom Uebergange der Forderungsr. S. 103.

5) Der Grundsatz des Präj. Nr. 1144.a. (s. ob. Zus. 4.) findet auch auf Kautionsforderungen Anwendung, welche keineswegs ihrer Natur nach als bestrittene anzusehen, und daher nicht unbedingt bis zu ihrer definitiven Feststellung dem Verbote des §. 385. unterworfen sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Dec. 1855.

Die §§. 385., 386. setzen streitige Rechte voraus, nicht beschränkte. Das cedirte Recht wird nicht schon durch die Beschränkungen, denen es wegen seines rechtlichen Charakters als Kautionsforderung unterliegt, von der Zeit seiner Entstehung an zu einem bestrittenen. Um die cedirte Forderung zu einer streitigen zu machen, muß ein Streit darüber zwischen dem Cedenten als Gläubiger, und dem Schuldner gerichtlich oder außergerichtlich wirklich hervorgetreten sein.

(Entsch. Bd. 32 S. 59.)

6) Bei einer nach dem Grundsatze des Präj. Nr. 1144. a. (s. ob. Zus. 4.) gültigen Cession hat der Umstand, daß die cedirte Forderung zur Zeit derselben in der Exekution befangen ist, nur Einfluß auf die Strafbarkeit des Justizbeamten, der sich auf die Cession eingelassen hat, nicht aber auf die Rechtsbeständigkeit der letzteren.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1842[1]. (Präj. Nr. 1144. a.)

(Präj. Samml. S. 58, Entsch. Bd. 7. S. 395.)

7) In den §§. 385. sqq. ist nur die Cession nicht anerkannter eigentlicher Forderungen an die dort bezeichneten Justizbeamten verboten. Auf die Uebertragung körperlicher Sachen, deren Eigenthum nicht anerkannt oder sogar bestritten, worüber aber noch kein Rechtsstreit anhängig ist, beziehen sich jene Vorschriften nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1840. (Präj. Nr. 953.) (Präj. Samml. S. 58.)

Ueber die Unklarheit dieses Präj. vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 14. zum §. 386. h. t.

8) Die §§. 385. sqq. hindern richterliche Personen und Justizkommissarien nicht, Forderungen, welche vor die Gerichte gehören, bei denen sie angestellt sind, für den Schuldner an den Gläubiger zu bezahlen, und den wirklich gezahlten Betrag nach §§. 43. ff. A. L. R. I. 16. von dem Schuldner zurückzufordern.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1625.) (Präj. Samml. S. 58.)

9) Rechte aus dem Meistgebote können, wenn dem Zuschlage aus irgend einem Grunde widersprochen wird, an einen bei dem subhastirenden Gericht angestellten Rechtsanwalt nicht abgetreten werden. Eine solche Cession ist vielmehr nichtig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1852, auf Grund des §. 387., welcher sich allgemein auf streitige Rechte, nicht bloß auf eigentliche Aktiva erstrecke. (Entsch. Bd. 23. S. 95.)

10) Ist das Verbot auch auf Assignationen anzuwenden?

Es verneinen:

a) Jungmeister, denn die Assignation enthalte nicht, wie die Cession (§. 376.) eine wirkliche Uebertragung des Eigenthumes, weshalb auch (nach §. 380.) Assignation einer Schuldforderung nicht für Cession derselben erachtet werden solle, und wo dadurch das Eigenthum übertragen werde, seien gerade bei der Assignation diejenigen Eigenschaften vorhanden, welche das Gesetz zur Gültigkeit der Cession einer Forderung an Justizbedienten und Justizkommissarien erfordere, nämlich Anerkenntniß. (J. W. 1835 S. 233.)

b) Koch, mit dem Bemerken, daß man das Verbot eben so gut auf das Mandat ausdehnen könne; denn der Assignatar sei, so lange zwischen ihm und dem Assignanten das Geschäft in den Grenzen der bloßen Assignation bleibe, bei der Verfolgung der angewiesenen Forderung gegen den Assignatar ein bloßer Mandatar des Assignanten. (A. L. R. I. 16. §. 281.) (Lehre vom Ueberg. der Forderungsr. S. 108.)

11) Wird das Geschäft durch hinzutretende Genehmigung des Vorgesetzten gültig?

a) Bornemann führt aus:

Es ist keineswegs die Absicht der Redaktoren gewesen, daß nur die Strafbarkeit des Cessionars wegfallen, das Geschäft selbst aber nicht gültig werden solle. Denn zuvörderst beweist der Ausdruck: »an sich lösen« im §. 385., daß der Gesetzgeber die Fälle einer nothgedrungenen Uebernahme von Forderungen nicht im Auge gehabt hat. Außerdem aber setzt der §. 405. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. stillschweigend voraus, daß die Genehmigung des Vorgesetzten das Geschäft auch in privatrechtlicher Beziehung gültig mache, da es sich nicht denken läßt, daß der Vorgesetzte eines Justizkollegii zur Genehmigung eines unzweifelhaft nichtigen Geschäftes autorisirt werden solle, und endlich ist es doch jedenfalls zulässig, daß einem Justizbedienten auch ungeachtet des fehlenden Anerkenntnisses im Wege der Exekution oder bei der Vertheilung im Konkurse streitige Forderungen seines Schuldners zugeschlagen werden. Es läßt sich also nicht absehen, warum ein Justizbedienter das Ziel, zu welchem er durch eine Klage doch endlich kommen kann, nicht auf einem kürzeren und für beide Theile wohlfeileren Wege sollte erlangen dürfen. Die R. v. 5. Okt. 1796 und v. 3. Okt. 1801, so wie der aus demselben entnommene §. 17. des Anh., folgern daher aus den §§. 385—387. mehr, als in denselben liegt.

(System Bd. 3. S. 128, 2. Ausg. Bd. 3. S. 71.)

b) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Das R. v. 5. Sept. 1795, woraus der §. 17. des Anh. entstanden ist, nimmt an, daß die Genehmigung des Vorgesetzten nur die Strafe des Cessionarius, nicht aber diejenigen Folgen aufhebe, welche das Privatinteresse des Schuldners betreffen. Der neue Entwurf zum Strafgesetzbuche abstrahirt ganz von einer Bestrafung der Justizbeamten wegen verbotener Erwerbung streitiger Forderungen; man hat angenommen, daß die Nichtigkeit des Geschäftes genüge. Auch ist es unverkennbar eine Anomalie, wenn man von der Genehmigung des Vorgesetzten nur die Straflosigkeit und nicht die Gültigkeit des Geschäftes abhängig machen will. (Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. a. a. O. S. 70.)

c) Koch hält, gestützt auf §. 17. des Anh., dafür, daß die Genehmigung des Vorgesetzten nur die Strafe, nicht aber die Folgen aufhebe, welche das Privatinteresse des Schuldners betreffen, weshalb die Cession dadurch nicht gültig werde. (a. a. O. S. 106.)

12) Ueber die Material. der §§. 16. und 17. des Anh. vergl. Dr. Löwenberg's Motive des Anh. S. 28 und 115.

§. 387. Die Strafbestimmungen der §§. 406., 407. und 1309. A. L. R. II. 20. sind in das Strafgesetzb. v. 14. April 1851 nicht übergegangen.

Koch nimmt an, daß die Uebertretung des Verbotes der §§. 385. sqq. h. t. jetzt unter den §. 1. des Disziplinargesetzes falle.

(Landr. Bd. 1. Anm. 15. zum §. 387. h. t.)

§§. 390—392. Von der Valuta bei Cessionen.

§. 390. 1) Wenn die Cessions-Urkunde keine Angabe des Betrages der Valuta, sondern nur die Erklärung des Cedenten enthält, daß er den Preis der Verabredung gemäß baar empfangen habe, so liegt dem Cessionar, welcher behauptet, daß er den Nominalwerth der Forderung als Valuta bezahlt habe, der Beweis hierüber ob.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Okt. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 195 Nr. 47.)

2) Wenn bei einer Cession beiden Theilen, dem Cedenten und dem Cessionar, zur Zeit der Cession bekannt war, daß der cedirte Anspruch nicht nur nicht dem Cedenten zusteht, sondern überhaupt gar nicht existirt und gar nicht zur Geltendmachung bestimmt ist, so fehlt der Cession das wirkliche, ernstlich gemeinte Objekt, und dann ist die Cession, so wie das Versprechen der Zahlung einer Cessions-Valuta simulirt, weshalb der Cedent daraus die Cessions-Valuta auch in dem Falle nicht beanspruchen kann, wenn ihm der Cessionar die Gewährleistung ausdrücklich erlassen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd 18. S. 127 Nr. 29.)

§§. 393—401. Form der Cession.

§. 393. 394. 1) Betreffend das Erforderniß des Bekenntnisses des Empfanges der Valuta.

---

[1] Dies Präj. bezieht sich zunächst auf den §. 404. A. L. R. II. 20., wo von Forderungen, die in Prozessen oder in der Exekution befangen sind, die Rede ist. Die Bestimmungen des §. 404. sind aber in das Strafgesetzb. v. 14. April 1851 nicht übergegangen.

a) Die Gültigkeit einer Cession ist nicht davon abhängig, daß aus dem Cessionsinstrumente die über die Zahlung der Valuta getroffenen Verabredungen ersichtlich sind. Es genügt auch eine darüber stattgefundene, der Cession vorhergegangene, im Laufe des Prozesses ihrem Inhalte nach anerkannte Verabredung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1845. (Präj. Nr. 1573.)

Das A. L. R. unterscheidet in den §§. 376., 377. u. 393. bei der Cession zwei verschiedene Akte, nämlich ein pactum de cedendo, als causa praecedens, und die wirkliche Cession, welche als Erfüllung des vorhergehenden pacti, als actus traditionis, das Geschäft beendet. Nur hinsichtlich des zweiten Aktes, der wirklichen Cession, enthält das A. L. R. in den §§. 393. ff. Vorschriften über die Form und Perfektion des Geschäfts, nicht aber hinsichtlich des als vorhergehend gedachten pacti de cedendo. Die Zerlegung des Cessionsgeschäftes in zwei verschiedene Theile hat nur zum Zweck, den Begriff desselben klarer zu machen, und es kann daraus nicht geschlossen werden, daß es außerdem, was der §. 393. zur Perfektion des Cessionsgeschäftes erfordert, noch eines besonderen vorhergehenden, in rechtsbeständiger Form errichteten pacti de cedendo bedürfe; vielmehr muß das der Vorschrift des §. 393. entsprechende Cessionsgeschäft, als die Erfüllung einer mündlichen Verabredung enthaltend, für genügend erachtet werden.

(Präj. Samml. S. 59, Entsch. Bd. 12. S. 204.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Febr. 1847 (Koch's Arch. Bd. 6. S. 479) und der III. Sen. desselben in den Erk. v. 11. und 21. Juni 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 175 Nr. 42.) ausgesprochen.

In dem Erk. v. 31. Mai 1844 wird von dem Ob. Trib. ausgeführt, daß die allgemeine Angabe, daß eine Gegenleistung stattgehabt, hinreiche, um festzustellen, daß eine Schenkung nicht beabsichtigt worden, und daß die Frage, wie die Valuta berichtigt worden, vom Schuldner nicht zur Erörterung gezogen werden könne.

(Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 574.)

In dem Erk. v. 11. Okt. 1847 spricht das Ob. Trib. auf Grund des §. 393. aus, daß zur Gültigkeit der Cession die Erklärung, daß Valuta gezahlt sei, nicht erforderlich sei.

(Entsch. Bd. 16. S. 253.)

b) Die Gesetzrevisoren äußern sich über die Frage, ob das Bekenntniß der empfangenen Valuta zur Rechtsbeständigkeit der Cession erforderlich sei, in folgender Art:

Wenn die Cession nichts Anderes ist, als die Tradition des Rechtes, so muß allerdings die einfache Erklärung, daß der Cessionar das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein solle, genügen, und der §. 393. ist in sofern ganz richtig gefaßt. Es kann aber alsdann aus der Cession auch nichts weiter gefolgert werden, als aus der Uebergabe einer körperlichen Sache. Diese bewirkt nur in Verbindung mit einer causa praecedens (einem genügenden Titel) die Uebertragung des Eigenthums. Ist dagegen nichts weiter nachgewiesen, als die Thatsache der Tradition, so kann über das dabei zum Grunde liegende Geschäft noch in vielfacher Beziehung gestritten werden. Folgerecht muß dasselbe gelten, wenn eine Cession vorliegt, welche der gezahlten Valuta keine Erwähnung thut. Nun wird aber durch die Cession ein Mehreres bezweckt, sie soll den neuen Gläubiger legitimiren, ihn als den Eigenthümer der Forderung darstellen, mit anderen Worten, die Wirkung hervorbringen, welche die traditio in Verbindung mit der causa praecedens erzeugt; daraus folgt, daß die Cessionsurkunde der causa praecedens erwähnen, wenigstens ein Bekenntniß enthalten müsse, daß der Cedent des Aequivalents wegen zufrieden gestellt worden. Ein solches allgemeines Bekenntniß aber wird genügen, weil es lediglich von der Verabredung der Parteien abhängt, was für das abgetretene Recht gezahlt oder gegeben werden soll. Die Cessionsurkunde mit einem solchen Bekenntniß liefert den Nachweis einer vorangegangenen Verabredung, welche, als mündlicher Vertrag gedacht, durch die hinzugekommene Erfüllung rechtsbeständig geworden ist. — Enthält diese Cessionsurkunde kein Bekenntniß, daß der Cedent wegen der Gegenleistung zufrieden gestellt worden, so ist sie schlechthin mit dem actus traditionis zu vergleichen. Es würde nun behauptet werden können, daß auch in diesem Falle der vorangegangene mündliche Vertrag durch die Erfüllung rechtsbeständig geworden sei, wenn anderweit nachgewiesen werden könnte, daß der Cedent wegen der Gegenleistung zufrieden gestellt worden, jedenfalls würde auch ohne diesen Nachweis ein einseitig vollzogener mündlicher Vertrag gedacht werden können, selbst eine dem Geschäfte zum Grunde liegende bloß mündlich erfolgte Schenkung würde durch die hinzugekommene Uebergabe nach Verlauf von sechs Monaten gültig geworden sein (A. L. R. I. 11. §. 1090.). In allen diesen Fällen müßte freilich der Nachweis des mündlichen Vertrages geliefert werden, und die Cessionsurkunde würde für sich allein zur Legitimation des Cessionars nicht ausreichen; sie würde aber dem zwischen dem Cedenten und Cessionar geschlossenen mündlichen Vertrage Rechtsbeständigkeit geben, und mithin unter den Kontrahenten Rechte und Verbindlichkeiten begründen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 74, 75.)

c) Derselben Ansicht ist Koch (Uebergang der Forderungsr. S. 138.)

d) Bornemann hält das Bekenntniß der empfangenen Valuta im Allgemeinen nicht für erforderlich.

Wenngleich ohne dies Bekenntniß oder ohne ein sonstiges Anerkenntniß der causa praecedens sich nicht mit Gewißheit entnehmen läßt, ob das Eigenthum der Forderung auf den Cessionar wirklich übergegangen sei, so involvirt doch die Cessionsurkunde jedenfalls die Willenserklärung des Cedenten, daß der Cessionar befugt sein solle, die cedirte Forderung für sich selbst einzuziehen. Der Einwand, daß der Cessionar zuvörderst sein Eigenthum näher nachweisen müsse, würde daher eine exceptio de jure tertii sein. Nur beim Indossamente von Wechseln tritt nach §§. 819. u. 820. A. L. R. II. 8. eine Ausnahme ein, und ebenso ist bei Cessionen hypothekarischer Forderungen die Angabe der causa praecedens oder das Bekenntniß der empfangenen Valuta erforderlich, weil ohne dieses die Hypothekenbehörde nach §. 12. Tit. 2. der Hypotheken-O. die Eintragung nicht bewirken darf. (System Bd. 3. S. 145, 2. Ausg. Bd. 3. S. 80.)

e) Burchardi ist ebenfalls der Ansicht, daß das Bekenntniß über den Empfang der Valuta Seitens des Cedenten nicht zum Wesen der Cession gehöre; denn diese vertrete nur die Stelle der Tradition, wobei der Empfang der Gegenleistung als etwas ganz Gleichgültiges erscheine. (J. W. 1842 S. 773.)

Vergl. hierzu die Bemerk. von König. (a. a. O. S. 853.)

f) Temme hält das Bekenntniß des Empfanges der Valuta für unwesentlich, da dasselbe gar kein Theil der Cession, sondern des den Titel derselben bildenden Vertrages sei.

(Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 511 Anm. 5.)

g) Vergl. den Aufsatz von Hälschner in der J. W. 1836 S. 757.

2) In welcher Form muß die Annahme der Cession von Seiten des Cessionars erfolgen?

a) Das Justizmin. hat sich darüber in folgenden R. ausgesprochen:

α) R. v. 28. Nov. 1834.

Das Gericht über B. hat in dem Ber. v. 2. Nov. 1834 darüber Beschwerde geführt, daß das Gericht der Herrschaft G. und das Königl. Kammergericht Anstand genommen haben, die Eintragung der Cession einer intabulirten Forderung in das Hypothekenbuch vor ausdrücklich erfolgter oder durch Handlungen erklärter Akceptation von Seiten des Cessionars zu verfügen.

Das bei dieser Eintragung gefundene Bedenken muß der Justizmin. allerdings für begründet erachten, da jede Cession einen zweiseitigen Vertrag enthält, die Akceptation des Cessionars also auf irgend eine Weise dargethan werden muß, was am zweckmäßigsten in der Art nachgeholt werden kann, wenn der Cessionar zur Erklärung darüber, ob er die Cession annehme oder nicht? unmittelbar aufgefordert und zu deren Abgebung ein Termin anberaumt wird.

(J. W. 1836 S. 849.)

β) R. v. 6. März 1840. Zur Vollendung einer Cession gehört zwar die Annahme derselben von Seiten des Cessionars, diese kann aber auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen. Der Richter hat die geschehene Akceptation nicht zu bezweifeln und mit der Eintragung der Cession keinen Anstand zu nehmen, sobald der Cedent solche als erfolgt erklärt. (J. M. Bl. 1840 S. 96.)

b) Die von den Gerichtshöfen und Rechtslehrern über die aufgeworfene Frage ausgesprochenen Ansichten knüpfen sich zugleich an die speziellere Frage, ob eine schriftliche Cession gültig sei, wenn der Cessionarius zwar die Cessions- und Schuldurkunde ausgehändigt erhalten hat, aber Analphabet ist?

α) Der Instr. Sen. des Kammerger. hat in dem Erk. v. 23. Aug. 1804, mit Bezugnahme auf die Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 174. u. 175. ff. die Affirmative angenommen, wogegen der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. sich in dem Erk. v. 7. Jan. 1805 für die Negative entschieden hat, annehmend, daß (nach §. 172. a. a. O. und §. 394. h. t.) die Cession gerichtlich oder coram notario et testibus hätte errichtet werden müssen, und in Ermangelung dieser Form einer bloß mündlichen gleich zu achten sei, weshalb darauf die Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 156. ff. Anwendung fänden.

(Mathis Bd. 1. S. 236—240.)

β) Gegen diese Entscheidung des Ob. App. Sen. des Kammerger. führen Merkel (ad h. l.) und Grävell (Kreditgesetze Bd. 4. S. 102 Anm. *) aus, daß die Annahme der Cession nicht schriftlich zu geschehen brauche, sondern auch durch Handlungen, z. B. Annahme der Cessionsurkunde, erfolgen könne, weshalb die Entscheidung des Instr.

Sen. richtig sei. Nur wenn der Cessionar zu einer Leistung oder Verzichtleistung verbindlich gemacht werden solle, bedürfe es von seiner Seite einer schriftlichen Erklärung; wogegen bei der bloßen Akceptation die Cession die einseitige schriftliche Erklärung des Cedenten (gemäß A. L. R. I. 5. §§. 81. u. 134.) oder auch (nach §§. 134. u. 174. a. a. O.) nach der Qualität des Cedenten dessen gerichtliche Erklärung erfordert werde.

γ) Bornemann hält die Ansicht des Ob. Appell. Sen. für die richtige.

Nach Preuß. Rechte müsse zur Abtretung eines Rechtes, wie bei jeder anderen mittelbaren Erwerbungsart, zu dem Titel ein modus acquirendi kommen. Der letztere (die Handlung oder Cession selbst) werde, der Natur der Sache gemäß, durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein solle, und durch die Annahme dieser Erklärung von Seiten des Cessionars vollzogen. In der Regel fielen indeß Titel und modus acquirendi dergestalt zusammen, daß nur eine Cessionsurkunde, als Folge und Anerkenntniß der vorhergegangenen mündlichen Abrede, ausgestellt und angenommen werde. Hierdurch werde das Geschäft für beide Theile perfekt, wenn dieselben des Lesens und Schreibens kundig seien (§§. 393. ff. h. t. u. A. L. R. I. 5. §. 185.). Sei aber der eine oder der andere Kontrahent ein Analphabet, so lasse sich nicht dasselbe behaupten. Denn einmal sprächen der Zweck und die ratio legis (A. L. R. I. 5. §§. 171. u. 172.) dagegen. Der Unkundige könne sich nicht durch eigene Wahrnehmung von dem richtigen Inhalte der Urkunde überzeugen, weshalb aus der Annahme derselben weder deren Genehmigung, noch auch überhaupt gefolgert werden könne, daß ein Cessionsvertrag abgeschlossen sei. Auch die Zahlung der Valuta Seitens des Analphabeten ändere hierin nichts, vielmehr müsse, damit der Effekt des §. 394. h. t. eintrete, zuvörderst feststehen, daß ein mündliches pactum de cedendo wirklich geschlossen, und lediglich in Folge dessen einerseits das Geld gezahlt und andererseits die Cessionsurkunde ausgeantwortet sei. Dies lasse sich gegen den Analphabeten nicht durch den Inhalt der Cessionsurkunde feststellen, würde also nur angenommen werden können, wenn der Cessionar von der Cessionsurkunde bereits Gebrauch gemacht oder durch andere konkludente Handlungen die Existenz des pact. de ced. anerkannt habe, in welchem Falle aber auch wiederum nur der Abschluß eines solchen überhaupt, nicht aber, daß dasselbe gerade wie die Cessionsurkunde besage, abgeschlossen worden, feststehe. Es könne ebenso gut der Cessionar oder Cedent ein Papier hingegeben oder hingenommen haben, welches, seiner Meinung nach, etwas ganz Anderes enthielt. Die ratio legis aber sei, den Analphabeten durch die Form vor Uebereilung und Uebervortheilung zu schützen, welcher Zweck indeß verfehlt werde, wenn man aus Annahme einer Schrift, von deren Inhalt der Unkundige nur durch dritte Personen unterrichtet werden konnte, folgern wollte, daß der Vertrag nach Inhalt der Urkunde wirklich abgeschlossen und eben deswegen durch Einhändigung der letzteren erfüllt worden. Die Vorschrift des A. L. R. I. 5. §. 146. endlich finde hier keine Anwendung, weil sie nur von Sachen im engeren Sinne spreche.

(System Bd. 2. S. 468 ff., 511 ff., Bd. 3. S. 136 ff., 2. Ausg. Bd. 2. S. 284 u. 292, Rechtsgesch. 2. Ausg. S. 275.)

δ) Koch hält ebenfalls das Erk. des Ob. Appell. Sen. für richtig.

Es werde darin keineswegs die stillschweigende Annahme der Cession an sich für ungültig erklärt, sondern nur behauptet, daß die Cession, als scriptum proprium, gegen einen Menschen, der sie nicht verstehe und nicht lesen könne, nicht beweise: daß der Kontrakt, worauf sie sich angeblich gründe (das Kaufgeschäft), auch wirklich zu Stande gekommen sei. Könne das der Cession zum Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht bewiesen werden, oder sei es nicht gültig, so gelte auch die Cession nicht. Die causa praecedens, der Cessionsgrund, könne nicht durch das eigene Skriptum des Cedenten bewiesen werden, und wenn es gleich zugegeben werde, daß durch die Annahme der Cession der Kontrakt von beiden Seiten erfüllt werde, so sei doch die Cession nicht der Kontrakt, sondern sie sei die Erfüllung eines Kontraktes, dessen Existenz bewiesen werden müsse, weil die Uebergabe aus verschiedenen Gründen geschehen könne. Daß ein auf Abtretung einer Forderung gerichteter Kaufkontrakt zu Stande gekommen, würde keineswegs dadurch erwiesen, daß dem Analphabeten eine schriftliche Cession in die Hände gesteckt worden; es passe hier mithin dasjenige nicht, was von der Erfüllung mündlicher Verträge dagegen angeführt werde.

(Lehre vom Uebergange der Ford. S. 136.)

ε) Die Gesetzrevisoren äußern sich hierüber in folgender Art:

Es ist die Frage entstanden, in welcher Form die Annahme der Cession von Seiten des Cessionars erklärt werden müsse. Die tägliche Erfahrung lehrt uns in dieser Beziehung, daß die Cessionen einseitig von dem vormaligen Gläubiger ausgestellt und von dem neuen Gläubiger stillschweigend angenommen werden. Ob jedoch diese Form für die Gültigkeit des Geschäfts genüge, ist eine durch richterliche Erkenntnisse schon verschieden beantwortete Frage geworden. In Mathis Monatsschrift Bd. 1. S. 236 sqq. findet sich ein Urtheil des Ob. Appell. Sen. des Kammerg. abgedruckt, welches eine schriftliche Cession um deswillen für ungültig erachtete, weil der Cessionar, der nicht lesen und schreiben konnte, dieselbe nicht auf eine rechtsgültige Weise vollzogen hatte. Jene Entscheidung wird zwar von Grävell (Kreditgesetze Bd. 4. S. 102), so wie von mehreren Monenten, welche sich über die Form der Cessionen verbreitet haben, als irrig verworfen, indeß ist doch dabei von dem Referenten des O. L. G. zu Magdeburg bemerkt, daß die Frage, in welcher Form die Annahme einer Cession von Seiten des Cessionars erklärt werden müsse, auch bei dem dortigen Kollegium zu weitläuftigen Diskussionen Veranlassung gegeben habe. Wir finden nicht das entfernteste Bedenken, eine stillschweigende Annahme der Cession für genügend zu erklären.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. a. a. O. S. 73.)

ζ) Burchardi ist der Ansicht, daß die Akceptation des Cessionars nicht bloß zur Vollendung, sondern zum Begriff der Cession gehöre; denn jede Cession sei das Analogon eines Kauf- oder Tauschgeschäftes (§. 381.) und vertrete hierbei die Stelle der Uebergabe (§. 377.). Daher gehe erst nach erfolgter Annahme der Erklärung des Cedenten das Eigenthum des cedirten Rechtes auf den Cessionar über (§. 393.). (J. W. 1842 S. 772.)

Vergl. hiergegen die Ausführung von König (a. a. O. S. 840) und die weiteren Ausführungen von Burchardi (J. W. 1843 S. 66), nebst Duplik von König (a. a. O. S. 91).

c) Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 5. Juli 1851 angenommen, daß zur Rechtsbeständigkeit der Annahme einer Cession die schriftliche Form nicht erforderlich sei, sondern die Annahme gültig auch stillschweigend, durch Handlungen, erfolgen könne.

Nach dem A. L. R. ist die in den allgemeinen Bestimmungen Thl. I. Tit. 2. §§. 131., 132. u. Thl. I. Tit. 9. §§. 1. u. 2. abgehandelte Lehre vom titulus und modus acquirendi, als den gesetzlichen Erfordernissen zur Erwerbung des Eigenthums überhaupt, auch auf die Abtretung der Rechte übertragen worden. In den §§. 376. u. 377. A. L. R. I. 11. findet sich das pactum de cedendo als Titel, und die Cession als Uebereinigungsakt sehr bestimmt auseinander gehalten. Die Cession als solche ist deshalb kein Vertrag, sondern die Erfüllung einer vorgängigen Abrede, d. i. die Handlung, durch welche der für den einen Kontrahenten aus dem pactum de cedendo entspringenden Verbindlichkeit von diesem Genüge geleistet wird. Die Annahme einer Erfüllung ist allerdings in soweit nothwendig, als überhaupt kein Rechtserwerb aus der Handlung eines Dritten, ohne den Willen desjenigen, welcher erwerben soll, stattfinden kann. Darum erfordert auch der §. 393. a. a. O. die Annahme von Seiten des Cessionars. Die Willensäußerung ist aber, soweit sie die Kraft einer gültigen Annahme haben soll, nirgends an eine bestimmte Form gebunden. Der §. 394. das., der die Schriftlichkeit der Cession als ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit der letzteren vorschreibt, bezieht sich nur auf die Erklärung der Cedenten. Das darin vorkommende Wort »Cession« ist im Sinne des §. 377. a. a. O. aufzufassen. In dieser letzteren Bestimmung bezeichnet der Gesetzgeber die Handlung, durch welche das abzutretende, den Gegenstand des pacti de cedendo bildende Recht dem anderen Kontrahenten wirklich übertragen wird als Cession. Es muß hier an die Handlung des Cedenten als des Uebertragenden gedacht werden. Ueber die Form der Annahme der Cession enthält diese Gesetzstelle keine Feststellung. Es ist daher nicht abzusehen, warum die allgemeinen Grundsätze über die Beschaffenheit der Willenserklärungen überhaupt Behufs der Erwerbung von Rechten im A. L. R. I. 4. enthalten, nicht auch auf die Annahme der Cession anwendbar sein sollen. Die Anwendung erscheint vielmehr vollkommen gerechtfertigt. Das A. L. R. bestimmt aber im Thl. I. Tit. 4. §§. 58., 59., 60. in Verbindung mit §. 81. Tit. 5., daß schlüssige Handlungen mit ausdrücklichen Willenserklärungen in der Regel gleiche Kraft haben sollen. Die Nothwendigkeit der schriftlichen Annahme ist in den Gesetzen für die Annahme der Cession nicht vorgeschrieben.

(Entsch. Bd. 21. S. 351, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 228 Nr. 48.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Mai 1844 an. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 570.)

Gegen die Begründung der Entsch. des Ob. Trib. v. 5. Juli 1851 vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 2. zum §. 376. h. t.

3) Wenn die Uebertragung einer Forderung, worüber ein Dokument vorhanden ist, vereinbart, und dem neuen Erwerber jenes Dokument mit der zum Zeichen der Uebertragung darunter gesetzten Namensunterschrift des Cedenten ausgehändigt worden ist, so kann der Cedent der Gültigkeit des Cessionsgeschäftes den Einwand nicht entgegenstellen, daß es an einer schriftlichen Cession fehle.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1965.)

Allerdings genügt zur Erfüllung des Cessionsvertrages nicht die Uebergabe der cedirten Urkunde; vielmehr bildet nach §. 393. die angenommene Erklärung

des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige ausüben soll, den Akt der Cession, das Analogon der Tradition körperlicher Sachen, und diese Erklärung bedarf bei Abtretung einer geleisteten Forderung nach §. 394. der Schriftform. So lange also bei einem mündlich verabredeten Cessionsvertrage es an einer diesen Requisiten entsprechenden Erklärung des Cedenten fehlt, ist auch der Vertrag auf dessen Seite noch nicht erfüllt. Das sogenannte Blanko-Giro ist aber eine den §§. 393. u. 394. entsprechende Erklärung. Geht die Vereinbarung der Parteien, wie es bei einem Blanko-Giro der Fall, dahin, daß das Eigenthum der cedirten Urkunde auf denjenigen, welchem sie, mit der Namensunterschrift des früheren Eigenthümers versehen, ausgehändigt wird, übergehen und dieser berechtigt sein solle, über jene Unterschrift den Uebertragungsvermerk zu setzen, wozu ihn eben die Aushändigung der Urkunde mit der Unterschrift in den Stand setzt, so ist eben dieser Vereinbarung nach von Seiten des Cedenten durch die Unterschrift seines Namens das ganze Maß der Schriftlichkeit erfüllt, welches eintreten soll. Man kann von dem Cedenten nicht verlangen, daß er den Cessionsvermerk ausfülle, da vertragsmäßig dies dem Cessionar überlassen worden ist, dessen Lage dadurch nur erschwert werden würde, indem er vermöge der Blanko-Unterschrift ermächtigt war, statt seiner eigenen Person etwa sofort einen Andern als Cessionar einzurücken. Dem steht §. 136. A. G. O. I. 10. nicht entgegen (vergl. Rechtsf. Bd. 1. S. 189). Was der Cessionar der Unterschrift des Cedenten noch hinzufügen muß, um gegen den Schuldner der Post davon Gebrauch machen zu können, gehört nicht zur Vollendung des Akts der Abtretung. Es steht also dem Cessionar, der die cedirte Urkunde mit dem Blanko-Giro angenommen hat, nicht frei, sich unter dem Vorwande von dem Geschäfte als einem nicht erfüllten loszusagen, daß er von der nach Zeit und Art ganz in seine Willkühr gestellten Ausfüllung des Giro zur Zeit noch keinen Gebrauch gemacht habe. Denn eben die Befugniß, dieses nach Gefallen zu thun oder zu unterlassen, bildet einen Bestandtheil der nach der Vereinbarung auf ihn übergegangenen Rechte.

(Präj. Samml. S. 59, Entsch. Bd. 16. S. 142, Rechtsf. Bd. 3. S. 291 Nr. 142.)

Daß die Aushändigung der mit dem Blankogiro versehenen Urkunde die vollständige Erfüllung von Seiten des Cedenten dem Cessionar gegenüber ertheilt, hat das Ob. Trib. auch schon in dem Erk. v. 27. Febr. 1817 angenommen. (Simon's R. Bd. 1. S. 159.)

Dagegen hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Aug. 1836 ausgeführt, daß eine durch bloße Unterschrift in blanco erfolgte Uebertragung an sich ungeeignet sei, als Cession zu gelten, und daß dieser Legitimationsmangel auch nicht behoben sei, wenn dies Blanquet von dem Cessionar mit Einwilligung des Cedenten ausgefüllt worden.

Nach §. 394. muß jede Cession einer verbrieften Forderung schriftlich erfolgen, und schriftliche Verträge werden erst durch die Unterschrift gültig (A. L. R. I. 5. §. 116.). Bei einer Cession in blanco ist ein solcher Vertrag gar nicht vorhanden. Nur im Wechselprozeß ist der Einwand, daß der Wechsel bloß in blanco indossirt worden, und die Ausfüllung ohne Vorwissen des Indossanten geschehen sei, unzulässig (A. L. R. II. 8. §. 818.). Im ordentlichen Prozeß ist dieser Einwand zugelassen, kann aber gegen einen Dritten durch die Behauptung nicht widerlegt werden, daß die Ausfüllung des Blanquets, dem Willen des Cedenten gemäß, ohne seine Zuziehung erfolgt sei. Denn ein solcher Auftrag würde ein Mandat enthalten, welchem es an der rechtsverbindlichen Form gebricht. Jeder Dritte, welcher mit einem Bevollmächtigten, der mit schriftlicher Vollmacht nicht versehen ist, sich eingelassen hat, kann auf Erfüllung des mit selbigem geschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht klagen (A. L. R. I. 13. §. 8.).

(Entsch. Bd. 1. S. 161, J. W. 1840 S. 482.)

Koch tritt der Ansicht dieses letzteren Präj. bei.

(Beurtheil. S. 40.)

Gräff tritt gleichfalls dieser Meinung darin bei, daß ein bloßes mit der Unterschrift des Cedenten versehenes Blanquet nicht als eine rechtsgültige Cession anzusehen; er ist aber der Meinung, daß das Ob. Trib. darin zu weit gehe, daß es selbst einen mit Einwilligung des Cedenten ausgefüllten Cessionsvermerk nicht für geeignet erachte, um die Legitimation des Cessionars zu begründen, indem eben durch diese Einwilligung dargelegt werde, daß die Extension des Blanquets nicht hinter seinem Rücken, d. h. ohne sein Vorwissen, geschehen sei. (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 1. S. 96.)

Pape hält die Entscheidung des Ob. Trib. v. 13. Aug. 1836 nicht für gerechtfertigt. Denn es liege in dem Wesen eines Blanquets, daß der Aussteller die Ausfüllung desselben dem Dritten überlasse. Die Sache sei ganz dieselbe, als ob der Aussteller über seiner Namensunterschrift ausdrücklich vermerke, er überlasse die Ausfüllung des Blanquets dem Dritten. Was hier ausdrücklich, sei ohnedies stillschweigend erklärt worden. Jedenfalls sei daher der Dritte berechtigt, auch ohne schriftliches Mandat, rechtsgültig die Cession auszufüllen. (J. W. 1840 S. 458 u. 482.)

4) Die Uebertragung des Eigenthums an Eisenbahn-Quittungsbogen kann auch durch Blanko-Unterschrift, verbunden mit der Aushändigung der Quittungsbogen, geschehen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1850.

Die Ansicht, daß es bei einem Blanko-Giro an zweien Kontrahenten fehle, ist nicht begründet. Nach §. 376. setzt die Abtretung der Rechte einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum des Rechtes gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen, während nach §. 377. die Handlung selbst, wodurch die wirkliche Uebertretung des abzutretenden Rechtes von dem einen Theile auf den andern geschieht, Cession genannt wird, und es leuchtet ein, daß darum nicht minder zwei Kontrahenten vorhanden sind, wenn auch die Cession der von ihnen getroffenen Uebereinkunft gemäß nur in blanco erfolgt ist. Auch muß diese Form der Cession um so mehr für vollkommen ausreichend erachtet werden, als dem Cessionar dabei die Ausfüllung des Giro unbenommen bleibt, und ihre Unzulässigkeit ist aus dem Verbot der Ausgabe auf den Inhaber lautender Interimsscheine oder Promessen nicht abzuleiten.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 14 Nr. 2.)

5) Vergl. oben die Erg. zu den §§. 376., 393. u. 394. h. t.

§. 394. Bei verbrieften Forderungen ist es eine gültige Uebergabe, wenn der Gläubiger die Urkunde dem Schuldner zurückgiebt, diesem eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars oder Beschenkten ausstellen läßt, und Letzterer solche annimmt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1709.) (Präj. Samml. S. 60.)

§. 395. 1) Ist die Aushändigung des Instruments über eine verbriefte Forderung zur Gültigkeit der Cession erforderlich?

a) Das Justizmin. hat in dem R. v. 16. Aug. 1844 verneint.

Zur Gültigkeit der Cession wird nur die Ausstellung einer schriftlichen Cession erfordert (§. 394.); die Uebergabe des Dokumentes, resp. die Abzweigung eines solchen, wird nur angeordnet, einmal, damit der Cessionar sich gegen den Schuldner gehörig legitimiren könne, und sodann zur Verhütung eines Mißbrauchs des Dokuments. Hierin ändert das G. v. 4. Juli 1822 für den Fall einer nothwendigen Cession nichts ab. Der Vermerk der Cession soll nach §. 9. desselben nur auf das Dokument gesetzt werden, davon ist aber die Cessionsverfügung ganz unabhängig. (J. M. Bl. 1844 S. 190.)

b) Das Ob. Trib. hat sich über die Frage in folgenden Präj. ausgesprochen:

α) Das Eigenthum einer cedirten Forderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, geht auch bei Partialcessionen auf den Cessionar durch die bloße schriftliche Erklärung des Cedenten, ohne Uebergabe des betreffenden Dokumentes, oder der davon abzuzweigenden Urkunde über. Ob die Forderung eine bloß persönliche, oder eine hypothekarische ist, macht dabei keinen Unterschied.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. März 1837 (Präj. Nr. 193.), weil der §. 393. die Uebergabe des Dokumentes nicht zur Bedingung der Gültigkeit des Geschäftes macht und die §§. 395—397. nicht von der Form der Cession, sondern nur von den Pflichten des Schuldners bei der von ihm zu leistenden Zahlung handeln. (Präj. Samml. S. 59, Entsch. Bd. 2. S. 332.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Mai 1838 an. (Entsch. Bd. 4. S. 70.)

Ebenso der IV. Sen. in dem Erk. v. 14. Mai 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 111 Nr. 53.) und der III. Sen. in dem Erk. v. 28. Jan. 1848 (a. a. O. Bd. 3. S. 312 Nr. 153.)

β) Wenn jedoch ein Aktivum, ganz oder theilweise, Mehreren cedirt worden, und diese ihren Titel insgesammt von einem und demselben Autor herleiten, so schließt derjenige, welcher den Besitz der Schuld-Urkunde in gutem Glauben eingeräumt erhalten hat, auch die durch frühere Cession erworbenen Ansprüche der übrigen aus.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Mai 1838, weil Rechte nach §. 7. A. L. R. I. 2. als bewegliche Sachen zu betrachten und hier daher die §§. 21—25. A. L. R. I. 10. Platz greifen.

(Entsch. Bd. 4. S. 71.)

Gegen dies Präj. vergl. den Auff. im Centralbl. 1840 S. 132.

c) Koch nimmt an, daß die Aushändigung des Instrumentes mit zur vollständigen Uebergabe oder Erfüllung des pactum de ce-

dendo, wenngleich nicht wesentlich zur Uebereignung des Forderungsrechtes selbst gehört. Der Fall der Cession einer verbrieften Forderung, namentlich einer Hypothekenforderung, ohne Aushändigung des Instrumentes, sei analog dem der Uebergabe eines Grundstückes, von welchem der Tradent die Besitztitelberichtigung nicht vorbereitet, der Erwerber könne sich dann des Gegenstandes nicht bedienen. Es mache übrigens, in Beziehung auf den Uebergang des Rechtes auf den Cessionar, keinen Unterschied hinsichtlich der Aushändigung des Instrumentes, ob die Forderung ganz oder nur theilweise cedirt ist. Der Satz des Präj. Nr. 193.[1]) sei indeß nur in Beziehung auf den Cedenten unbedingt wahr, nicht in dem Verhältnisse des Cessionars zu dem Schuldner und zu einem Dritten, wie dies das Präj. v. 5. Mai 1838[2]) auch selbst anerkenne, indem dadurch der Satz des Präj. Nr. 193. in Beziehung auf das Verhältniß des Cessionars zu dem Schuldner und zu dritten Personen wieder aufgehoben werde.

(Landr. Bd. 1. Anm. 22. zum §. 395. h. t.)

Vergl. Koch, vom Uebergange des Forder. R. S. 39 und Beurtheil. der Entsch. S. 123 u. 220.

d) Gräwell hält die Uebergabe des Schulddokumentes für dergestalt wesentlich, daß der Cessionar bis dahin nicht als Eigenthümer der Forderung betrachtet werden könne, weil nach §§. 395—397. der Schuldner nur verpflichtet sei, gegen Ausantwortung des Instrumentes zu zahlen. (Kreditges. Bd. 4. S. 101 u. 356.)

e) Scheele nimmt an, daß der Cessionar ohne Beibringung der cedirten Schuldurkunde durch das bloße Cessionsinstrument legitimirt sei.

Der §. 393. macht die Uebergabe des Schuldinstrumentes nicht zur Bedingung der Gültigkeit des Cessionsgeschäftes; die §§. 393. und 395—397. aber handeln nicht von der Form der Cession, sondern nur von den Pflichten des Schuldners bei der von ihm zu leistenden Zahlung; er kann sich gegen die Exekution durch gerichtliche Deposition schützen (§§. 213., 222. A. L. R. I. 16.). Auch erklärt der §. 4. Nr. 6. A. G. O. I. 5. die Beibringung der Schuldurkunde zur Legitimation des Cessionars nicht für nöthig.

(J. W. 1847 S. 487.)

2) Das im Centralbl. 1837 S. 563 mitgetheilte Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) nimmt an, daß die Legitimation des Cessionars einer Forderung aus einem rechtskräftigen Erk. nicht durch eine bloße Privaturkunde, sondern durch ein gerichtliches oder notarielles, mindestens doch durch ein auf diese Weise beglaubigtes Instrument nachgewiesen werden müsse, wenn sie zu exekutivischen Anträgen oder zu einer Disposition über das Streitobjekt berechtigen solle.

Jahn, welcher dies Erk. mittheilt, ist der Meinung, daß diese Anforderung zu weit gehe, denn der Grund, weshalb man eine strengere Form der Cession verlange, liege darin, daß der Schuldner seine Einwendungen gegen letztere in der Exek.-Instanz nicht mehr vorbringen könne. Indessen dieser Grund sei nicht durchgreifend, weil dem Schuldner unter allen Umständen die Deposition helfe, wodurch er völlig frei werde.

3) Die Einrede der Simulation steht dem debitor cessus gegen die Klage des Cessionars, die sich auf eine der Form nach gültige Cession gründet, nicht zu, ist vielmehr für eine exceptio de jure tertii zu erachten. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch ein, wenn der debitor cessus den §. 2. des Gesetzes v. 26. April 1835 (jetzt Gesetz v. 9. Mai 1855) über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger für sich in Anspruch zu nehmen befugt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1845. (Präj. Nr. 1654.) (Präj. Samml. S. 59.)

Vergl. das Präj. Nr. 2074. zum §. 412. h. t.

4) Die schriftliche Form des Cessionsaktes in Verbindung mit der Aushändigung der Cessionsurkunde an den Cessionar und deren Annahme durch den Letzteren ergänzt die fehlende schriftliche Form des pacti de cedendo.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 149 Nr. 34.)

§§. 395—397. 1) Zwischen den §§. 395—397. h. t. und den §§. 407. und 413. h. t., so wie den §§. 126. und 127. A. L. R. I. 16. findet eine Antinomie statt.

a) Die Gesetzrevisoren sprechen sich hierüber in folgender Art aus:

Nach §. 395. soll der Schuldner nur an einen solchen Cessionar mit Sicherheit zahlen können, der durch den Besitz des Instrumentes und einer auf ihn gerichteten Cession legitimirt ist, ferner soll er sich nach geleisteter Zahlung den Schuldschein ausantworten, nach Unterschied die Abschlagszahlung darauf vermerken lassen, und wenn er diese Vorschriften vernachlässigt hat, so soll er mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung sich nicht schützen können (§§. 396., 397.). Weiter unten finden wir dagegen die Bestimmung des §. 407. und des §. 413. Hierbei ist des Instrumentes gar nicht gedacht; die Zahlung, die der Schuldner leistet, ohne sich das Instrument ausantworten zu lassen, ist aber ausgemacht eine solche, wie die hier beschriebene Verhandlung zwischen Schuldner und Gläubiger, und man fragt mit Recht: wie ist es damit zu vereinigen, daß der Schuldner, wenn er sich das Instrument nicht aushändigen ließ, die geleistete Zahlung einem dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht soll entgegensetzen können? wie soll man sich einen dritten redlichen Inhaber denken, wenn nicht der §. 413. d. T. entgegenstände? — der nicht die Zahlung gegen sich gelten lassen müßte, obwohl dem Schuldner das Instrument nicht ausgeantwortet worden?

Man hat verschiedentlich versucht, diese Frage zu lösen. Es ist die Ansicht aufgestellt worden, der §. 413. rede nur von dem Verhältnisse des Schuldners zu dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Cessionar, während sich der §. 397. auf das Verhältniß des Schuldners zu dem ersten und zweiten oder folgenden Cessionar beziehe. Nach dieser Ansicht würde die Lage des Schuldners durch die Cession verschlimmert werden. Er würde dem ursprünglichen Gläubiger, unbekümmert um das Instrument, und hinreichend gedeckt durch den §. 413., Zahlung leisten können, von dem Cessionar aber würde er die Rückgabe des Instrumentes verlangen müssen, widrigenfalls ein folgender Cessionar ihm den §. 397. entgegensetzen könnte. Einen Rechtsgrund für diese Verschiedenheit der Verhältnisse hat man darin zu finden geglaubt, daß bei dem Anspruche des ursprünglichen Gläubigers an den Schuldner die Schrift gar nicht wesentlich ist, indem der Gläubiger seine Klage begründen kann, ohne der Schrift zu erwähnen; wogegen der Cessionar sich durch Vorlegung der Cession in Verbindung mit dem Instrumente legitimiren muß, und seine Klage nicht mehr, wie der ursprüngliche Gläubiger, ohne die Schrift fundiren kann.

Diese Auslegung des Gesetzes ist aber nicht die richtige. Es ist im §. 413., so wie in sämmtlichen vorhergehenden, namentlich im §. 407., ganz allgemein von dem Cedenten die Rede, ohne Rücksicht auf den Umstand, ob dieser der ursprüngliche Gläubiger oder selbst schon ein Cessionar des ersten Gläubigers war. Auch ist gar kein Grund aufzufinden, weshalb der Umstand, daß sich der Cessionar legitimiren muß, ein anderes Rechtsverhältniß hervorbringen sollte, je nachdem sich der Schuldner mit dem ursprünglichen Gläubiger oder mit dem anerkannten Cessionar eingelassen hat. Das Gesetz macht diesen Unterschied nicht, es beantwortet im Allgemeinen die Frage, welche Einreden, die der Schuldner gegen den Cedenten hatte, auch dem Cessionar entgegengestellt werden können, und man darf wohl mit Gewißheit annehmen, daß der Verfasser desselben, wenn er in der eben gedachten Beziehung den ursprünglichen Gläubiger, der eine Forderung abtrat, von dem Cessionar, der sie weiter cedirte, hätte unterscheiden wollen, solches mit Bestimmtheit würde ausgesprochen haben.

Andere Monenten haben deswegen eine andere Auslegung versucht. Um die §§. 397. und 413. mit einander in Uebereinstimmung zu bringen, setzen sie folgenden Fall: der Schuldner habe dem Cessionar, der sich durch das Instrument und die Cession legitimirte, Zahlung geleistet, ohne sich das Instrument ausantworten zu lassen; das Instrument komme nun durch irgend einen Zufall wieder in die Hände des ursprünglichen Gläubigers, und dieser cedire es einem Anderen. In dem letzteren wollen sie den redlichen Inhaber gefunden haben, gegen den sich der Schuldner mit der geleisteten Zahlung nicht schützen kann; der §. 413. soll ihm nicht entgegenstehen, weil er sein Recht nicht von demjenigen ableitet, an den der Schuldner gezahlt hat.

Allein diese Auslegung ist nicht haltbarer, wie die vorige; denn auf irgend eine Weise muß doch immerhin das Instrument von dem zeitigen Inhaber, der die Zahlung erhielt, wieder in die Hände des ursprünglichen Gläubigers gekommen sein, entweder durch Zurückgabe der Cession oder durch eine neue Uebertragung; es kann daher kein dritter Inhaber vorkommen, der nicht von dem Zahlungsnehmer, in sofern diesem wirklich das Eigenthum der Forderung zustand, mittelbar oder unmittelbar sein Recht ableitet.

U. E. ist der §. 397. mit dem §. 413. durchaus nicht zu vereinigen, und eben so wenig läßt er sich mit den Bestimmungen des Tit. 16. über Mortifizirung abhanden gekommener Instrumente in Uebereinstimmung bringen. Nach §§. 126. u. 127. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. vertritt die Ausstellung eines Mortifikationsscheines die Stelle der Rückgabe eines abhanden gekommenen Instrumentes, und nach §. 128. daselbst muß sich der Schuldner, wenn die Schuld mit seiner Einwilligung an einen Dritten gediehen, mit einem von diesem letzten Inhaber ausgestellten Mortifikationsscheine begnügen. Er würde aber doch ungerechter Weise zur Doppelzahlung angehalten werden, wenn er sich mit dem Mortifikationsscheine nicht schützen könnte, sondern an den dritten

[1]) Vergl. ob. sub b. α.
[2]) Vergl. ob. sub b. β.

rechtlichen Inhaber auf den Grund des §. 397. h. t. nochmals Zahlung leisten müßte.

Es ergiebt sich hieraus, daß entweder die §§. 395—397. oder die übrigen Bestimmungen, mit denen sie nicht in Einklang zu bringen sind, geändert werden müssen. Inzwischen verdient es um so mehr angeführt zu werden, wie die Verfasser des A. L. R. auf dieselben gekommen sind, als eben dadurch der Weg zu demjenigen Standpunkte gewiesen wird, der unserer Ansicht nach der allein richtige ist.

Der gedr. Entw. zum Gesetzb. hat folgende Bestimmungen:

§. 354. Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß die Cession auf das Instrument selbst vermerkt, und solches dem neuen Inhaber ausgehändigt werden.

§. 355. Ist auf dem Instrumente kein Raum zum Vermerk der Cession mehr übrig, so kann letzterer zwar auch auf einem besonderen Bogen geschehen.

§. 356. Es muß aber alsdann dieser Bogen mit dem Hauptinstrumente dergestalt verbunden werden, daß beide, ohne daß es sichtbar wird, nicht getrennt, noch von einem oder dem anderen Mißbrauch zur Hintergehung eines Dritten gemacht werden könne.

§. 357. Ist der Vermerk ganz unterblieben, so ist der Schuldner dem Vorzeiger der angeblich cedirten Urkunde Zahlung zu leisten nicht verpflichtet.

§. 358. Hat er solches gleichwohl gethan, so kann er sich damit gegen den vorigen Inhaber nur alsdann schützen, wenn er die erfolgte Cession auf andere Art gehörig nachzuweisen vermögend ist.

§. 359. Kann das Instrument selbst bei der Cession dem neuen Inhaber nicht ausgehändigt werden, so findet die Vorschrift der Hyp. O. Tit. 2. §. 206. Anwendung.

Es darf kaum bemerkt werden, daß hier eine Verbindung zwischen Schuldschein und Forderung vorausgesetzt ist, welche der Natur des einfachen Schuldscheines, als eines Beweismittels, widerspricht. Allerdings giebt es Verschreibungen, bei denen eine solche Verbindung als vorhanden gedacht werden muß, es gehören dahin nicht nur die auf jeden Inhaber lautenden Instrumente, sondern auch andere Schuldverschreibungen, deren Erwerber unter Umständen Rechte erlangt, wenn auch dem Vorbesitzer wohlbegründete Einreden entgegenstanden, und die eben deswegen bei der Zahlung, wenn sie nicht in Natur zurückgegeben werden können, öffentlich aufgeboten und in Folge des Aufgebotes mortifizirt werden müssen, Wechsel nämlich und Hypotheken-Instrumente (A. L. R. I. 21. §. 739., Tit. 20. §§. 423. sqq., Anh. §. 53. §§. 522. sqq., Thl. II. Tit. 8. §§. 1159. sqq. §§. 1172. sqq., Hyp. O. Tit. 2. §§. 211. sqq. §. 273.). Von der Analogie der letzteren waren offenbar die angeführten §§. des Entw. entnommen, wie die Uebereinstimmung mit §§. 202—206. Tit. 2. der Hyp. O. ergiebt. Bei der Umarbeitung des gedr. Entw. hatte Suarez nicht nur die Absicht, die Grundsätze des Entw. beizubehalten, sondern er wollte die dort angedeutete Verbindung zwischen Forderung und Schuldschein noch bestimmter entwickeln und aussprechen. An die Stelle der drei letzten von den angeführten §§. des Entw. hatte er nämlich folgende Bestimmungen treten lassen:

§. a. So lange der Vermerk noch nicht geschehen, ist das Eigenthum der Forderung auf den Cessionarius noch nicht übergegangen.

§. b. Schuldner ist also dem Vorzeiger der cedirten Urkunde Zahlung zu leisten weder berechtigt noch verpflichtet.

§. c. Hat er solches gleichwohl gethan, so kann er damit gegen den dritten redlichen Inhaber der Forderung sich nicht schützen.

§. d. Der Cedent muß aber die geleistete Zahlung wider sich gelten lassen, sobald die von ihm geleistete Cession auch nur auf andere Art nachgewiesen werden kann.

§. e. Wird von mehreren in Einem Instrumente enthaltenen Forderungen nur Eine cedirt, so muß von dem Instrumente eine beglaubigte Abschrift gefertigt, auf diese die Cession gesetzt, auf dem Hauptinstrumente aber, daß und welche der darin enthaltenen Forderung cedirt sei, bemerkt werden.

Gegen diesen Vorschlag wurde von dem Ob. Trib. R. Heidenreich erinnert, es sei dunkel, in wiefern der Schuldner, welcher auf die ihm vorgezeigte Urkunde Zahlung geleistet und nochmals an einen dritten redlichen Inhaber von Neuem Zahlung leisten müsse, gegen den Cedenten zurückgehen könne. Auch ward bemerkt, wenn man sage, der Schuldner sei nicht berechtigt, dem Vorzeiger der Urkunde Zahlung zu leisten, so müsse man voraussetzen, daß der Schuldner die vorgezeigte Schuldurkunde nicht an sich behalten habe. Die letztere Bemerkung hat wahrscheinlich Veranlassung gegeben, von dem Vermerk auf der Urkunde, wozu die Analogie der Hyp. O. geführt hatte, abzugehen, denn die ganze Reihe von §§., welche sich mit diesem Vermerk beschäftigte, ist im Manuskr. des Gesetzb. durchgestrichen, und am Rande sind die §§. 394—398. substituirt. So that man allerdings einen bedeutenden Schritt vorwärts, indem man die Wirkungen der Cession unabhängig von dem Vermerk auf der Urkunde eintreten ließ; allein man machte statt dessen dem Schuldner zur Pflicht, sich bei der Zahlung das Instrument aushändigen zu lassen, widrigenfalls er die geleistete Zahlung einem dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht solle entgegensetzen können. Hätte man das Monitum des Geh. R. Heidenreich: es sei dunkel, in wiefern der Schuldner bei geleisteter Doppelzahlung an den Cedenten zurückgehen könne, weiter verfolgt, so würde sich gefunden haben, daß eben so, wie der Cedent die Zahlung soll gegen sich gelten lassen, eben so jeder dritte Inhaber darauf verwiesen werden kann, weil dem künftigen Erwerber dieselben Einreden entgegenstehen, die dem Cedenten hätten entgegengesetzt werden können. Es ist kein dritter redlicher Erwerber gedenkbar, der nicht nach diesem Grundsatze zurückgewiesen werden müsse, und der §. 397. ist ein Ueberrest der fingirten Verbindung zwischen Forderung und Schuldschein, die man sich, durch die für Hyp.-Instrumente gegebenen Vorschriften verleitet, jedesmal als vorhanden gedacht hatte. Eine solche Verbindung ist bei einfachen Schuldverschreibungen nicht vorhanden; wollte man sie einführen, so dürfte man künftig dem Schuldner gegen den Cessionar keine Einreden mehr gestatten, die nicht aus dem Schuldscheine hervorgingen, es könnte niemals ohne Aushändigung des Instrumentes sicher Zahlung geleistet, und jede abhanden gekommene Verschreibung würde aufgeboten werden müssen ꝛc.

Es hat mit den §§. 395—397. eine ähnliche Bewandniß, wie mit den durch die V. v. 9. Dec. 1809 (Mathis Bd. 9. S. 16 sqq.) abgeänderten §§. 281—283. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. Gegen den Pfandbesitzer einer ausstehenden Forderung, dem das Instrument ausgehändigt war, sollte sich der Schuldner mit der an den Verpfänder geleisteten Zahlung nicht schützen können, wenn nicht das Instrument zurückgegeben, oder die Abschlagszahlung auf demselben vermerkt worden. Daß dies mit dem §. 413. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. unvereinbar war, daß es vollends zur auffallendsten Ungerechtigkeit führte, wenn sich der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber nach §§. 125—128. Tit. 16. Thl. I. mit einem Mortifikationsscheine sollte begnügen müssen, und gegen den Pfandinhaber nicht geschützt wäre, ist in der Abhandlung, welche Mathis (Monatsschr. Bd. 3. S. 419) mittheilte, zur Evidenz nachgewiesen. Die V. v. 9. Dec. 1809 hob diesen Widerspruch, indem sie die Bestimmung des 20. Tit. abänderte. Mit dem §. 2. der V., welcher die Gültigkeit der Verhandlung zwischen Schuldner und Gläubiger ohne Rücksicht auf die Urkunde wiederholt anerkannt, ist aber der §. 397. d. T. eben so unvereinbar, wie mit den anderweitigen oben hervorgehobenen Bestimmungen des A. L. R. ꝛc.

(Gesetzrev. Pens. XIV., Mot. a. a. O. S. 75 ff.)

b) Einen unauflöslichen Widerspruch zwischen den alleg. Gesetzesstellen nehmen ferner an: Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 139, 2. Ausg. Bd. 3. S. 77), Temme (Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 513—514), Koch (Uebergang des Ford. R. S. 139), Burchardi (J. W. 1842 S. 776 ff.)

Ueber die angestellten Vereinigungsversuche vergl. dagegen: Rören in Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 292, König in der J. W. 1842 S. 856 und den Auff. im Centralbl. 1840 S. 132 ff. und 494 ff.

2) Ist die Forderung eines Cessionars zur Kompensation geeignet, wenn dieselbe der Verität nach eingeräumt, aber das über dieselbe ausgefertigte Dokument nicht zu beschaffen ist?

Das Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht) verneint, weil eine Forderung, die wegen mangelnden Besitzes des Dokumentes nicht gleich realisirt werden kann, auch nicht liquide sei.

(J. W. 1846 S. 367.)

§. 399. 1) Schon das R. v. 22. Sept. 1810 (Mathis Bd. 9. S. 323, Rabe Bd. 10. S. 417) erklärte den Cessionarius, welchem nur ein Theil einer kündigungsfähigen Forderung abgetreten ist, für befugt, diesen seinen Antheil zu kündigen, und dessen Bezahlung von dem Schuldner zu fordern. Das Erk. des Ob. Trib. v. 20. Mai 1800 (Stengel Bd. 15. S. 235—237) hatte sich für die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen, wogegen die Entscheidung desselben v. 14. Mai 1803 (Mathis Bd. 1. S. 223) schon zu der Ansicht des R. v. 22. Sept. 1810 übergeht. Diese wurde denn auch sanktionirt durch die:

2) V. v. 8. Febr. 1811, betr. die Kündigung und Abzweigung oder Partialcession der Schuldverschreibungen.

Wir ꝛc. haben von den Zweifeln und Bedenklichkeiten Kenntniß genommen, welche bei einigen Gerichtshöfen über die Kündigung und Abzweigung der Partialcession ausstehender Forderungen entstanden sind.

Um allen ferneren Streit darüber zu heben, verordnen Wir hiermit Folgendes:

1) Der Gläubiger, welcher das Recht hat, eine ganze Schuldforderung aufzukündigen, ist auch zur Kündigung eines Theiles derselben befugt.

2) Eben diese Befugniß steht auch dem Schuldner zu.

3) Beide, der Gläubiger wie der Schuldner, sind berechtigt, auf die ihnen geschehene Partialkündigung sofort die ganze Schuld zu kündigen.

4) Kündigungsfähige Schuldverschreibungen können mit gleicher Wirkung, wie im Ganzen, so auch zum Theil Anderen abgetreten werden.

5) Es ist dabei eben so zu verfahren, wie in dem Falle, wenn von mehreren in einem Instrumente enthaltenen Forderungen Eine cedirt wird. (A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 399.)

6) Derjenige, welchem auf solche Art ein bestimmter Antheil einer kündigungsfähigen Schuldverschreibung abgetreten worden, ist befugt, diesen seinen Antheil dem Schuldner zu kündigen.

7) Die Kündigung muß jedoch dem Schuldner dergestalt zeitig bekannt gemacht werden, daß derselbe die Freiheit behalte, auch zugleich von seinem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen und sich der ganzen Schuld auf einen Tag durch volle Zahlung zu entledigen.

8) Der Einwand des Schuldners, daß nicht ein Theilnehmer allein, sondern nur alle Theilnehmer zusammen zur Kündigung berechtigt seien, findet nicht statt.

9) Diese V. soll nicht nur auf künftige Fälle, sondern auch auf frühere Schuldverschreibungen, Cessionen und Kündigungen, vorausgesetzt, daß der Streit nicht schon rechtskräftig entschieden oder verglichen ist, angewendet werden. (G. S. 1811 S. 150.)

3) K. O. v. 6. Nov. 1834, über die Vidimation der Urkunden und die Abzweigung der Schuldbokumente. (G. S. 1834 S. 180.)

Vergl. diese K. O. nebst deren Erläut. in den Erg. zur A. G. O. II. 3. §. 28.

4) Gesetz v. 24. Mai 1853, betreffend einige Abänderungen der Hypoth. O., §. 9.:

Cessionen und Verpfändungen werden nicht auf dem Instrumente über die cedirte oder verpfändete Post ganz oder zum Theil niedergeschrieben und mit demselben verbunden, sondern müssen abgesondert ausgefertigt und nebst den dazu gehörigen Legitimations-Urkunden des Cedenten oder Verpfänders der Hypothekenbehörde eingereicht werden. (G. S. 1853 S. 521.)

5) R. v. 31. Dec. 1820. Die Vorschrift des §. 399. h. t. gilt auch von Hypothekenforderungen, und es ist durch die neuere allgemeine Vorschrift des A. L. R. die ältere Bestimmung der Hypoth. O. II. §. 208. aufgehoben. (Jahrb. Bd. 16. S. 255, Gräff Bd. 1. S. 42.)

6) Erfolgt, wenn der Eigenthümer einer Forderung einem Anderen die Zinsen seines Kapitals, z. B. als Nießbrauch, abtritt, ohne daß wegen des Vorrechtes eine Stipulation getroffen ist, bei der theilweisen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die Befriedigung des Cedenten und Cessionars verhältnißmäßig oder gehen die Zinsen vor?

Ersteres ist von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau, Letzteres von dem Ob. Trib. (Data der Urtel konstiren nicht) angenommen worden.

Koch, welcher diese Entscheidungen, ohne Mittheilung der Gründe, anführt, hält die erstere Alternative für richtig. Denn Beide, Cedent und Cessionar, seien als Theilnehmer an einer und derselben Obligation zu betrachten. Die Frage also, wie die auf das Ganze gefallene Summe unter den einzelnen Theilnehmern zu vertheilen, müsse lediglich nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume beurtheilt werden. Daß den Zinsen ein Vorrecht vor dem Kapitale gebühre, könne aus §. 512. A. G. O. I. 50. keineswegs gefolgert werden, da dieser §. sich bloß auf das Verhältniß des Zahlenden zum Gläubiger wegen der Abrechnung beziehe, und §. 151. a. a. O. ausdrücklich bestimme, daß den Zinsen derselbe Ort, den das Kapital habe, gebühre. (a. a. O. S. 182 und Recht der Ford. Bd. 1. S. 618.)

7) Muß der Hypothekengläubiger, welcher dem Besitzer bei erfolgter Theilzahlung Quittung (nicht Cession) ertheilt, diese Quittung, wodurch der Besitzer die Rechte eines Cessionars erhält, dergestalt als Partialcession gegen sich gelten lassen, daß der Schuldner oder dessen Cessionar wegen des bezahlten Theiles gleiche Rechte mit ihm geltend machen kann?

Es verneint Koch, denn für den ursprünglichen Gläubiger sei das Geschäft nichts weiter als Zahlung. In Beziehung auf ihn also sei die Forderung, so weit die Zahlung reiche, getilgt, und hieraus folge, daß die vorhandene Sicherheit ihm ausschließlich für den Rest seiner Forderung hafte, und daß er weder den Zahler, noch einen Dritten, auf den derselbe diesen Theil übertragen, für seinen Mitgläubiger und Theilnehmer an dem ihm ungetheilt verbleibenden Pfandrechte (§. 177. A. L. R. I. 20.) anzuerkennen verpflichtet sei. (a. a. O. S. 184.)

§. 401. 1) In den von Mathis mitgetheilten Präjudikaten des Kammergerichts und des Ob. Trib. wird angenommen, daß die Uebertragung des Eigenthums von Seehandlungs-Obligationen durch Cession schriftlich geschehen müsse, weil Seehandlungs-Obligationen keineswegs als billets au porteur zu betrachten seien. Mathis hält dieselben dagegen allerdings für lettres au porteur. (Mathis Bd. 3. S. 129 u. 287.)

2) Bornemann nimmt an, daß der §. 401. sich nur auf diejenigen auf jeden Inhaber lautenden Urkunden beziehe, welche nach dem Gesetz v. 17. Juni 1833 (G. S. 1833 S. 75) vom Staate oder mit landesherrlicher Genehmigung in Umlauf gesetzt worden. Jedes andere Instrument, worin sich der Schuldner verpflichte, jedem Inhaber zu zahlen, müsse förmlich cedirt werden.

(System Bd. 3. S. 137, 2. Ausg. Bd. 3. S. 76.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 376. u. 377. h. t. Zus. 4.

§§. 402—419. Wirkungen der Cession zwischen dem Cessionario und dem Schuldner.

§. 402. 1) Wenn der Kurator einer Konkursmasse mit der, die Aufhebung eines zwischen dem Gemeinschuldner und einem Dritten vor eröffnetem Konkurse beschlossenen lästigen Vertrages bezweckenden, auf Grund des §. 55. A. G. O. I. 50. wider den Letzteren erhobenen Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, so kommt diese Entscheidung auch demjenigen, der die veräußerte Sache von jenem Dritten erworben hat, dergestalt zu statten, daß er wegen Herausgabe derselben auf Grund des §. 56. a. a. O. ebenfalls nicht weiter in Anspruch genommen werden kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2337.)

Es erscheint die aus dem §. 56. A. G. O. I. 50. abzuleitende Verpflichtung des dritten Besitzers zur Herausgabe durch die nach §. 55. anzunehmende Ungültigkeit des von dem ursprünglichen Erwerber der veräußerten Gegenstände mit dem Gemeinschuldner darüber geschlossenen Vertrages wesentlich bedingt, und wenn die Gültigkeit dieses Geschäftes in einem von dem Kurator wider den ursprünglichen Erwerber angestrengten Prozesse einmal rechtskräftig festgestellt ist, so muß hierdurch zugleich das Hauptfundament des gegen den Letzteren vom Kurator zu verfolgenden Anspruches für beseitigt erachtet werden. Denn wenn auch die zu Gunsten des ursprünglichen Erwerbers ausgefallene Entscheidung für den dritten Besitzer nicht die formelle Bedeutung eines von ihm selbst erstrittenen Judikates haben kann, so muß sie ihm doch, namentlich als Cessionar, in Gemäßheit des §. 402. A. L. R. I. 11., dergestalt zu statten kommen, daß ihm gegenüber die Gültigkeit des auf Grund des §. 55. angefochtenen Geschäftes auch nicht weiter in Frage gestellt werden darf.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 81, Entsch. Bd. 22. S. 123, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 1 Nr. 1.)

2) Wenn ein Korrealverpflichteter den Gläubiger gegen jura cessa bezahlt hat und in einem solchen Falle die Forderung des Gläubigers schon vor der Cession rechtskräftig festgestellt worden, so ist der Korrealverpflichtete, welcher die Forderung durch Cession an sich gebracht hat, nicht berechtiget, seine Gerechtsame gegen seine Mitverpflichteten sofort im Wege der Exekution zu verfolgen, sondern er muß gegen dieselben von Neuem klagen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht.) (Simon's R. Bd. 3. S. 91.)

3) Der Cedent einer eingetragenen Darlehnsforderung wird durch die bloße Cession von seiner Verpflichtung nicht befreit, die nicht bezahlte Darlehnsvaluta zu zahlen, oder die Hypothek löschen zu lassen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Nov. 1851.

Die Vorschrift des §. 402. hindert den Aussteller eines Schuldbokumentes, welcher das darin bezeichnete Darlehn nicht vollständig erhalten hat, nicht, das Fehlende von demjenigen, welchem er die Schuldurkunde ausgestellt hat, nachträglich zu fordern; dieser ist persönlich verpflichtet, das Darlehn entweder vollständig zu zahlen oder, so weit dies nicht geschieht, die eingetragene Hypothek wieder löschen zu lassen, und wird durch die erfolgte Cession der Hypothek von der Verpflichtung nicht frei. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 94 Nr. 21.)

4) Der Cessionar eines Eisenbahn-Quittungsbogens ist verpflichtet, dem Cedenten die nach geschehener Cession ausgeschriebenen und von demselben an die Gesellschaftskasse geleisteten Einzahlungen zu erstatten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1850. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 9 Nr. 2.)

5) Der Cedent hat gegen den Cessionar kein Klagerecht auf Erfüllung der ihm gegen den debitor cessus obliegenden, oder gegen denselben übernommenen Verbindlichkeiten, wenn darüber keine Ver-

abredung zwischen dem Cedenten und Cessionar besteht, und resp. der Cessionar sich hierzu gegen den Cedenten verpflichtet hat. Wenn also bei der Cession von Eisenbahn-Quittungsbogen der Cedent die ferneren Einzahlungen leistet, so kann er bloß auf den Grund dieser Thatsache, und wenn eine Stipulation darüber nicht vorliegt, deren Erstattung von dem Cessionarius nicht fordern.

Angenommen von der III. Abthl. des Civ. Sen. des **Kammergerichts** unterm 3. Mai 1850. (Präj. Nr. 8.)

§§. 402. 403. Wenn der Cessionar, welchem der Gläubiger eine Forderung mit dem Versprechen unbedingter Gewährleistung für die Richtigkeit und Sicherheit abgetreten hat, dieselbe anderweitig cedirt, erlangt dadurch der zweite Cessionar auch ohne besondere Cession das Recht, aus jenem Versprechen den Gläubiger in Anspruch zu nehmen?

Verneint von **Gruchot**, weil jener Gewährsanspruch des Cessionars kein mit der abgetretenen Forderung selbst verbundenes Recht ist, sondern seine Entstehung einer besonderen, dem ursprünglichen Schuldverhältniß ganz fremden Obligation verdankt, welche dem den Gegenstand der Cession bildenden Forderungsrechte des Gläubigers keineswegs als Bestärkung hinzutritt, sondern nur im Verhältnisse des Cessionars zum Cedenten ihre Wirksamkeit dahin äußert, daß dem Ersteren der übertragene Gegenstand in der vorausgesetzten Beschaffenheit gewährt werden soll. (Gruchot, Beitr. Bd. 1. S. 21 ff.)

§§. 402. u. 409. Wenn der Cessionar den debitor cessus aus dem Geschäfte, worauf die Cession sich bezieht, in Anspruch genommen und wider den Letzteren ein Judikat erstritten hat, wodurch derselbe zu einer Zahlung oder Leistung gegen eine dem Cessionar obliegende Gegenleistung verurtheilt worden ist, so giebt dies zwar dem debitor cessus noch kein Exekutionsrecht, doch kann er in Folge dessen ebenfalls den Cessionar in Anspruch nehmen, um die ausdrückliche Verurtheilung desselben zur Gewährung dessen, was ihm aus jenem Geschäfte zukommt, zu bewirken.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 28. Okt. 1851.

Wenn auch nicht anzunehmen ist, daß nach §§. 402. und 409. h. t. dem debitor cessus das Recht des ersten Angriffs wider den Cessionar zustehe, so geht doch daraus hervor, daß ihm, sobald er von dem Letzteren in Anspruch genommen worden, die Befugniß nicht abgesprochen werden kann, seinerseits ebenfalls gegen den Cessionar die aus dem Geschäfte, worauf die Cession sich bezieht, ihm zukommenden Rechte geltend zu machen, und es muß sich im Wesentlichen gleich bleiben, ob dies im Wege der Einrede oder der Widerklage geschieht, und ob letztere in dem Prozesse, den der Cessionar wider den debitor cessus angestrengt hat, oder getrennt von demselben erhoben und zur Entscheidung gebracht wird. Hat der Cessionar bereits in jenem Prozesse sich selbst zur Erfüllung der durch die Cession auf ihn übergegangenen Verbindlichkeiten gegen die Leistung dessen, was er vom debitor cessus zu fordern hat, erboten, so ist er seinerseits an diese Erklärung gebunden und der debitor cessus kann dann um so mehr verlangen, daß ihm von dem Cessionar gegen jene Leistung auch wirklich gewährt werde, was ihm aus dem Geschäft zukommt, welches den Gegenstand der dem Letzteren ertheilten Konzession ausmacht.

Es wird sodann weiter ausgeführt:

Es komme nicht darauf an, ob der debitor cessus eine solche Erklärung in dem Vorprozesse abgegeben habe, wenn derselbe in diesem Vorprozesse zu einer Zahlung oder Leistung gegen eine dem Cessionar obliegende Gegenleistung verurtheilt worden sei. Denn dies sei auf Grund der Erörterung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten geschehen und hiermit definitiv festgestellt, was ein Theil dem anderen zu leisten habe. Der Umstand, daß das Judikat nur die Verurtheilung des debitor cessus, nicht aber zugleich des Cessionars enthalte, setze zwar den Ersteren außer Stand, die Exekution aus demselben nachzusuchen; indeß könne dies formelle Hinderniß den materiellen Wirkungen einer von dem Cessionar angestellten Klage, so wie der durch dieselbe herbeigeführten Erörterung und der darauf beruhenden, in dem Vorprozesse ergangenen rechtskräftigen Entscheidung keinen Eintrag thun. Nicht nur die Bestimmung dessen, was der debitor cessus dem Cessionar, sondern auch die Feststellung dessen, was der Letztere dem Ersteren zu leisten verpflichtet ist, bleibe für beide Theile bindend; jedoch könne der Cessionar zugleich, nachdem er einmal selbst zum Zwecke der Auflösung des zwischen ihm und dem debitor cessus bestandenen Nexus den Weg Rechtens beschritten und eine in Bezug auf die gegenseitigen Leistungen maßgebende Entscheidung hervorgerufen habe, nicht mehr die Folgen hiervon einseitig für sich in Anspruch nehmen, vielmehr stehe nun auch dem debitor cessus frei, auf die Auseinandersetzung mit ihm zu bringen und demgemäß die Gewährung dessen, was der Cessionar ihm zu leisten verbunden ist, gegen Erfüllung der ihm seinerseits obliegenden Verbindlichkeiten zu erlangen.

(Entsch. Bd. 22. S. 25.)

Denselben Rechtsgrundsatz hat der IV. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 15. Juni 1854 zur Anwendung gebracht.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 91 Nr. 45.)

§. 404. R. v. 10. Dec. 1836. Die Gebührenforderungen der Justiz-Kommissarien können an Dritte abgetreten und nach geschehener Festsetzung vom Cessionar bei dem Gerichte, bei welchem sie entstanden sind, im Mandatsprozesse eingeklagt werden. Denn die Befugniß der Justiz-Kommissarien, ihre Gebühren und Auslagen bei dem Gerichte, bei welchem der Prozeß und die Rechtsangelegenheit geschwebt hat, worin jene Kosten entstanden sind, gegen ihre Klienten einklagen zu dürfen, ist nicht als ein jus personalissimum anzusehen, sondern im Interesse der Rechtspflege zu Gunsten sowohl des Berechtigten, als des Verpflichteten ertheilt.

(Jahrb. Bd. 48. S. 457, Gräff Bd. 10. S. 136.)

§. 405. Ein Preuß. Unterthan, dem von einem Ausländer eine Forderung cedirt worden ist, welche diesem an einen anderen Ausländer zustand, kann nach §. 405. h. t. wegen dieser ihm cedirten Forderung gegen den ausländischen debitor cessus des, sonst jedem Ausländer zustehenden Vorrechtes, in hiesigen Landen gegen seinen durchreisenden ausländischen Schuldner einen Personalarrest bei einem Preuß. Gerichte auszubringen und demnächst in foro arresti klagen zu können, sich nicht bedienen, wenn nicht einer der im §. 88. A. G. O. I. 29. bemerkten Ausnahmefälle vorhanden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 17. Juni 1837. (Präj. Nr. 297.) (Präj. Samml. S. 251.)

§. 407. 1) Gegenforderungen, welche mit der cedirten Forderung aus demselben Geschäfte herrühren, können im Wege der Kompensation in Anrechnung gebracht werden, wenn sie erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden sind. Insbesondere ist der Cessionar einer dem Käufer aus einem Kaufkontrakte zustehenden Forderung verpflichtet, sich die Zinsen rückständiger Kaufgelder, wenn sie auch erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden, in Abrechnung bringen zu lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 14. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2275.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 30, Entsch. Bd. 20. S. 190.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 313.

2) Vergl. das Präj. des **Ob. Trib.** v. 2. Aug. 1845 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 301.

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 395—397. h. t., Zus. 1.

§§. 407. u. 408. Der debitor cessus kann auf Kompensation mit einer Forderung an den Cedenten nicht Anspruch machen, wenn diese später als die cedirte Schuld fällig wird und zur Zeit der Bekanntmachung der Cession noch nicht fällig war, (vergl. A. L. R. I. 16. §§. 313. ff., 343., A. G. O. I. 19. §. 19.)

Angenommen von der IV. Abthl. des Civ. Sen. des **Kammergerichts** unterm 12. Febr. 1850. (Präj. Nr. 9.)

Vergl. das Präj. des **Ob. Trib.** Nr. 1141. c. v. 23. April 1842 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 313. u. 343.

§. 408. 1) Der dritte Besitzer des für eine Brautschatzforderung verpfändeten Grundstückes muß sich die Kündigung dieser Forderung durch deren Cessionar gefallen lassen, wenngleich die gesetzlich vorhergesehenen Fälle ihrer Rückforderung nicht vorhanden sind.

Angenommen von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 18. Juni 1851; denn der Dritte könne keine Einwendungen erheben, welche lediglich aus dem Verhältnisse der Eheleute selbst herfließen; er müsse wissen und voraussetzen, daß die Ehefrau mit maritalischer Einwilligung die Post einziehen, abtreten, kündigen konnte; deshalb stehe ihm der §. 408. nicht zur Seite.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 183 Nr. 38.)

2) Vergl. das Präj. des IV. Sen. des **Ob. Trib.** v. 12. Juli 1851 in den Erg. zu den §§. 384. u. 408. h. t.

§. 412. 1) Hat der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auch nur in einer einseitigen schriftlichen, vom Cessionar auch nur stillschweigend akceptirten Erklärung einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider

den Cedenten zu haben vermeint, dem Cessionar entgegenzusetzen. Eines besonderen von beiden Seiten schriftlichen Vertrages zwischen dem Schuldner und dem Cessionar bedarf es, um jene rechtliche Wirkung herbeizuführen, nicht.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Dec. 1847 [1]). (Präj. Nr. 1945.)

Weder die Geschichte der Entstehung des §. 412. (welche mitgetheilt wird), noch dessen Wortfassung gewähren einen Anhalt zu der Meinung, daß es im Sinne der Gesetzgebung gelegen, die im §. 412. ausgesprochenen Wirkungen dem Anerkenntnisse des Schuldners nur dann beizulegen, wenn darüber zwischen ihm und dem neuen Gläubiger, dem Cessionar, ein besonderer zweiseitiger Vertrag errichtet worden ist. Vielmehr müßte es als ganz eigenthümlich gelten, wenn das Gesetz für den in solcher Weise vorausgesetzten neuen Vertrag zwischen dem Cessionar und dem Schuldner, — der dann doch schon die Bedingungen, unter denen er zu Stande gekommen wäre, in sich selbst tragen würde, — die eine Bestimmung, daß von den bisherigen Einwendungen und Gegenforderungen nicht mehr die Rede sein solle, schon zum Voraus als eine nothwendige aufgestellt haben sollte, da doch vielmehr auch dies der Willkühr der neuen Paciszenten überlassen bleiben konnte und mußte. Gerade umgekehrt wird man durch dieses Anknüpfen einer gesetzlichen Folge an eine von dem Schuldner nach erfolgtem Wechsel der Gläubiger abgegebene Erklärung dahin geführt, daß nur von einer einseitigen Erklärung die Rede sei. Man ist beflissen, dem §. wegen seiner perikulosen Natur für den debitor cessus eine beschränkte Anwendung angedeihen zu lassen; aber es ist doch gewiß nicht im Interesse des Schuldners, wenn man denjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben werden soll, auch noch heranzieht, da doch derselbe ohne Zweifel sein eigenes Interesse dabei im Auge behalten wird. Das Perikulose des Geschäfts für den Schuldner kann, da im Uebrigen das Gesetz ebensowohl für eine genaue Charakterisirung der cedirten Forderung »wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung«, als für die Beobachtung der zur Abgabe von Erklärungen gesetzlich vorgeschriebenen Form »auf rechtsgültige Weise« einmal gesorgt hat, eben nur darin liegen, daß er überhaupt, da es doch zur Gültigkeit der Cession selbst nach §. 409. seiner Einwilligung gar nicht bedurfte, zur Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers sich verstand. Denn an diese seine Erklärung knüpft sich vermöge des Gesetzes selbst, und ohne daß solches noch erst besonders von ihm auszusprechen gewesen wäre — wie das Präj. 1368. gewollt hat — die Folge, daß er Einwendungen und Gegenforderungen, die ihm gegen den Cedenten zustehen möchten, dem von ihm als seinen Gläubiger ausdrücklich anerkannten Cessionar nicht mehr entgegensetzen durfte. Ins Leben gerufen wurde diese Maßregel durch das Bedürfniß des Geschäftsverkehrs. Das Gesetz wollte einen Weg bezeichnen, wie derjenige, welchem eine Schuldforderung zum Erwerbe angetragen wird, vollkommen sicher gehen könne. Der Cessionar soll dies erreichen, wenn der Schuldner ihn als seinen Gläubiger anerkennt. Es sollte damit auch, wie Kircheisen gleich bei dem ersten Vorschlage andeutete, den Betrügereien vorgebeugt werden. — Man hat an den, dem §. 412. angehängten Allegaten Anstoß genommen, dennoch kann denselben ein Einfluß auf die hier angeregte Streitfrage mit Grunde Rechtens nicht beigemessen werden. Die §§. 37., 38. Tit 5. und dann auch wieder der ebenfalls mitallegirte §. 192. ebend. gedenken des Falles, wo ein Unfähiger einen Kontrakt geschlossen hat; der um deshalb unverbindliche Vertrag soll nicht anders zur Gültigkeit gelangen, als wenn der Stipulant nach gehobener Unfähigkeit den Vertrag in solcher Vollständigkeit anerkennt, daß dieses Anerkenntniß selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Aehnlich ist es mit dem ferner allegirten §. 185. ebend. Ein Analphabet hat einen Vertrag geschlossen, der nach dem Gesetz schriftliche Abfassung fordert, wenn er nun hinterher schriftlich oder zum Protokoll zu dem mündlichen Vertrage sich bekennt, so soll er, soweit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen. Vergleicht man nun diese Allegate mit dem übrigen Inhalt des §. 412. Tit. 11., welchem sie angehängt sind, so muß man inne werden, daß sie nur einzelne Hinweisungen zu dem in dem §. selbst ausgesprochenen Erforderniß haben sein sollen: es müsse das Anerkenntniß »auf rechtsgültige Weise« erfolgt sein. Mit Unrecht will man dagegen, ohne sonstige Andeutung in dem Wortinhalt des §. selbst, bloß aus den Allegaten das neue Erforderniß herausfinden: es müsse das Anerkenntniß in einem neuen besonderen, zwischen dem Schuldner und dem Cessionar errichteten Vertrage abgegeben sein. Der Mißgriff wird in dieser Beziehung um so größer, als die Allegate von dem Anerkenntniß eines früher unvollkommen geschlossenen Vertrages handeln, der §. selbst aber von einem Anerkenntniß ganz anderer Natur, nämlich von der Anerkennung einer dritten dem Vertrage bisher fern gestandenen Person, als jetzigen Gläubigers des Erklärenden. Es ist wohl klar, daß in Beziehung auf Erfordernisse des Geschäfts selbst durch jene Allegate keine Vorschriften haben gegeben werden sollen; wohingegen es unverfänglich war, in Beziehung auf Kontraktsfähigkeit und Kontraktsform durch sie auf allgemeine Regeln hinzuweisen, eine solche Absicht auch ausdrücklich von Suarez angekündigt war. — Nun steht aber auch die Vorschrift des §. 412. keinesweges so vereinzelt da, um für ganz außergewöhnlich zu gelten. In der Lehre der den Cessionen so nahe verwandten Anweisungen heißt es in dem A. L. R. I. 16. §. 259. ohne Weiteres:

»Hat der Assignat die Anweisung angenommen, so muß er dem Angewiesenen (Assignatar) Zahlung leisten, wenn er auch dem Anweisenden (Assignanten) zu nichts verpflichtet wäre«;

und ebenso wegen der kaufmännischen Anweisungen A. L. R. II. 8. §§. 1293. bis 1294.:

»Hat der Assignat die Anweisung akceptirt, so muß er dem Inhaber Zahlung leisten, und kann sich mit einer schon erfolgten Befriedigung des Ausstellers nicht schützen. — Auch andere Einwendungen, die dem Akceptanten gegen den Aussteller zustehen, kann er dem Inhaber nach der Akceptation nicht mehr entgegensetzen.«

Dies ist ganz dasselbe Prinzip, wie bei den Cessionen. Bei dem Anweisungsgeschäft waltet als Regel das Verhältniß vor, daß der Anweisende an einen Dritten eine Forderung hat, welche für seine Rechnung zu erheben er dann einem Andern aufträgt, um damit wieder eine Verbindlichkeit abzutragen, die ihm gegen diesen Andern obliegt. Also auch hier tauscht der Angewiesene statt des bisherigen Gläubigers des Anweisenden oder Assignanten einen neuen Gläubiger ein, den Angewiesenen oder Assignatar. Geht er nun auf das Geschäft ein, akceptirt er die Anweisung — wozu gar nichts weiter erforderlich ist, als daß er auf die ihm vorgelegte Anweisung die Worte schreibt »Angenommen« und seinen Namen — so muß er Zahlung leisten, auch wenn er dem Anweisenden gar nichts schuldig wäre; er verliert also alle ihm gegen seinen alten Gläubiger zustehenden Einwendungen, oder er darf sie doch gegen den neuen Gläubiger, den Assignatar, nicht geltend machen. Jeder, der eine Anweisung akceptirt, muß dieser von dem Gesetze an solche Handlung geknüpften Folge sich bewußt sein; es ist nicht abzusehen, warum es anders sein soll, wenn der debitor cessus unter der Schuld- und Cessionsurkunde einseitig vermerkt, daß er den Cessionar zu seinem Gläubiger annehme, woran das Gesetz dieselbe Folge knüpft.

(Präj. Samml. S. 60, Entsch. Bd. 16. S. 31, J. M. Bl. 1848 S. 121.)

2) Eine Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers kann nur alsdann, als von dem debitor cessus erklärt, angenommen werden, wenn aus der betreffenden Erklärung die Aufhebung des ursprünglichen Schuldverhältnisses sich entnehmen läßt. Die bloße Bitte des debitor cessus an den ihm bekannt gewordenen Cessionar, um Gestattung von Zahlungsfristen, enthält eine solche Wirkung noch nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1368.)

Es ist mit Rücksicht auf die aus den §§. 407. u. 408. h. t. aus der Natur des Verhältnisses sich ergebenden Voraussetzungen, um den §. 412. zur Anwendung bringen zu können, ein unerläßliches Erforderniß, daß in der betr. Handlung des Schuldners, die er dem Cessionar gegenüber vornimmt, die Absicht erkennbar sei, sein Rechtsverhältniß aus der obligatio, in welches der Cessionar eingetreten, zu verändern, wohingegen eine dem Schuldner nachtheilige Interpretation ausgeschlossen bleiben muß, wenn das, was wirklich vorgegangen, auch auf andere Weise genügend erklärt werden kann, ohne den hier erforderlichen Willensakt darin zu finden.

Der §. 412. setzt eine nach Qualität und Quantität bestimmte Forderung voraus, und verlangt sodann, daß von dem Schuldner

a) eine Anerkennungshandlung geschehen,
b) daß diese in rechtsgültiger Weise vorgenommen worden,
c) daß sie darauf gerichtet sei, den Cessionar nicht etwa als solchen, sondern als eigenen Gläubiger anzuerkennen.

Dieser letztere Punkt ist der entscheidende und drückt unmittelbar den Vorgang aus, von welchem in der That auch die Wirkung, welche der §. 412. feststellt, ganz unzertrennbar ist. Denn dem wirklichen eigenen Gläubiger

[1]) Das Ob. Trib. hatte früher andere Grundsätze angenommen. In dem Urtel v. 11. Nov. 1843 (Entsch. Bd. 11. S. 251) war angenommen worden: »Soll die Erklärung des Schuldners, daß er den Cessionar für seinen Gläubiger anerkenne, die Wirkung haben, daß er demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten zu haben vermeint, nicht mehr entgegensetzen kann, so muß sie ausdrücklich diese Anerkennung aussprechen.« Ein Urtel v. 27. Jan. 1844 (Präj. Nr. 1406.) war noch strenger: »Das Anerkenntniß, durch welches der Schuldner einer abgetretenen Forderung nach §. 412. A. L. R. I. 11. den Cessionar als seinen Gläubiger anerkennt, erfordert zu seiner Gültigkeit einen für sich bestehenden, zwischen dem Schuldner und dem Cessionar in rechtsgültiger Form geschlossenen Vertrag.« Als später von diesem Grundsatze abgewichen worden war, erging der obige Pl. Beschl. (vergl. Entsch. Bd. 16. S. 32). — Vergl. über die Frage auch: Bornemann's System Bd. 3. S. 163, 2. Ausg. Bd. 3. S. 91, Koch, vom Uebergange der Forder. Rechte S. 191.

einer Schuld läßt sich allerdings nur entgegensetzen, was in den für diesen vorhandenen Rechtskreis gehört. Nun können aber für ein und dieselbe Obligation nicht zwei Gläubiger im eigentlichen Sinne bestehen, und da eine Cession nur die Uebertragung des Rechtes bewirkt, ohne bei dessen Ausübung die Beziehung auf den Uebertragenden hinsichtlich der Einreden auszuschließen, so folgt: daß die Anerkennung des Cessionars als eigenen Gläubiger nur durch Novation geschehen kann, das heißt, durch ein solches Uebereinkommen, aus welchem die Aufhebung der alten Verbindlichkeit für den Schuldner unmittelbar hervorgeht. Nicht eine solche aber, sondern ein auf andere Weise völlig erklärbarer Akt ist alsdann vorhanden, wenn der debitor cessus den Cessionar um Stundung bittet. Denn sofern ihm die Cession bereits bekannt gemacht war, konnte er sich nur an diesen wenden, dem die Ausübung des Obligationsrechtes seitdem kompetirte. Ein Akt aber, der eine Verzichtleistung involvirte, kann darin nicht liegen, daß die Bitte um Aufschub des Zahlungsverlangens demjenigen vorgelegt wird, dem sie allein, bei erhaltener Kenntniß der Cession, vorgelegt werden konnte. Es ist hier vom Schuldner bloß der Kenntniß eingetretener faktischer Zustände diejenige Folge gegeben, die sich gar nicht vermeiden ließ. Auf eine Renunziation auf Einreden läßt sich ein solches Begehren nicht ziehen, so wenig wie der Schuldner durch eine Bitte um Aufschub, die er, wenn keine Cession vorgefallen, dem bisherigen Gläubiger vorgelegt hätte, an dem Gebrauche von Einreden im Prozesse verhindert sein könnte.

(Präj. Samml. S. 60, Entsch. Bd. 11. S. 251.)

3) Der gegen die Cession dem abgetretenen Schuldner sonst nicht zuständige Einwand der Simulation ist dann zuläßig, wenn der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hat und es darauf ankommt, ob jener diesem Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegensetzen darf.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1848. (Präj. Nr. 2074.)

Die Cession einer Forderung (§. 376.) läßt zwar den Cessionar in die Stelle des bisherigen Gläubigers treten und unterscheidet sich wesentlich sowohl von der Anweisung, als von dem bloßen Auftrage zum Empfange der Zahlung; allein der desfallsige Unterschied hat ebenso, wie die Frage, ob die Abtretung des Rechtes gegen bestimmte Vergeltung oder ohne eine solche, also als Schenkung (§. 378.) geschehen, hauptsächlich nur Einfluß auf das Verhältniß des Cedenten und Cessionars zu einander; sie berührt nicht den abgetretenen Schuldner, dessen Einwendungen und Gegenforderungen gegen den Cedenten auch dem Cessionar entgegenstehen, dessen Verpflichtung durch die Abtretung nicht erschwert werden darf und der wegen seiner Einwendungen und Gegenforderungen Kaution von dem Cedenten zu fordern berechtigt ist (§§. 407., 408., 410.). Für ihn ist es daher ohne Einfluß, ob die Cession nur ein Scheingeschäft sei; er kann an den durch die formell gültige Cession legitimirten Cessionar gültig zahlen, ihm alle Einwendungen gegen den Cedenten entgegensetzen, nicht aber auch noch dessen etwanige Rechte wahrnehmen. Die Einrede der Simulation steht ihm daher gegen die Klage des Cessionars nicht zu. — Daß der §. 412. einen wahren Cessionar, einen neuen Eigenthümer des abgetretenen Rechtes, voraussetzt, kann nicht bedenklich sein; nur einen solchen kann der Schuldner für seinen Gläubiger anerkennen, und als solchen anzuerkennen beabsichtigen; ihm müssen, wenn der formell gültige Cessionar dennoch ein solcher nicht ist, alle Einwendungen und Gegenforderungen gegen den Cedenten, auch gegen jenen, des Anerkenntnisses ungeachtet, erhalten bleiben, weil nun dennoch nicht der Cessionar, sondern der Cedent in der That Gläubiger geblieben, das Eigenthum des formell abgetretenen Rechtes auf jenen nicht übergegangen ist. Der Einwand der Simulation bezieht sich also hier seiner Wirkung nach auf das Anerkenntniß des Schuldners, und auf seine Rechte, und deren Verlust, dem angeblichen Cessionar gegenüber. Was also den Einwand der Simulation gegen die Cession überhaupt dem Schuldner abschnitt, der Mangel seines Interesses, ist hier nicht, sondern dies allerdings, ebenso wie sein Recht vorhanden; er benutzt das wahre Sach- und Rechtsverhältniß, um seine an sich durch die Cession noch nicht geschmälerten Rechte vollständig auszuüben. Dies kann ihm nicht versagt werden, und am wenigsten der Cessionar ein Anerkenntniß des Schuldners entgegensetzen, welches er nur geltend machen kann, wenn er wirklich Gläubiger geworden, ihm eine wahre Cession ertheilt ist. Der Einwand der Simulation im Falle des §. 412. ist also nicht aus dem Rechte eines Dritten, des Cedenten, abgeleitet, sondern aus dem eigenen Rechte des abgetretenen Schuldners gegen den Cessionar, als Nachfolger und Repräsentanten des Cedenten.

(Präj. Samml. S. 51, Entsch. Bd. 17. S. 164.)

4) a) Das vom Käufer dem Verkäufer im Kaufvertrage geleistete Versprechen, das Kaufgeld zur Bezahlung einer Schuld des Verkäufers an einen Dritten verwenden zu wollen, ist für sich allein, und ohne Beitritt dieses Dritten zu dem Kaufvertrage abgegeben, für kein unter die Vorschrift des §. 412. zu stellendes Anerkenntniß zu achten.

b) Die einem solchen Versprechen des Käufers gegen den Verkäufer gesetzlich dahin beigelegte Wirkung, daß in dem Falle der Käufer zum Nachtheil eines solchen Gläubigers des Verkäufers mit anderen, ihm an den Letzteren zustehenden Forderungen nicht kompensiren kann, tritt zunächst, als Folge einer Festsetzung im Kaufvertrage, nur unter den, den letzteren abschließenden Kontrahenten selbst ein. Der Dritte, zu dessen Vortheil das Versprechen vom Käufer dem Verkäufer geleistet worden ist, erlangt aus demselben ein Recht gegen den Käufer erst durch einen mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritt zum Vertrage.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1844. (Präj. Nr. 1406. b. u. c.) (Präj. Samml. S. 60.)

5) Auch der Einwand der nicht erhaltenen Valuta ist zu denjenigen zu rechnen, von welchen der §. 412. spricht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Aug. 1847, da dies aus der ganz allgemeinen Fassung des §. 412. und aus §. 735. h. t. klar erhelle. (Rechtsf. Bd. 2. S. 91 Nr. 42.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. hat der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Sept. 1851 angenommen, daß der Darlehnsschuldner, welcher den Cessionar als seinen neuen Gläubiger ohne Vorbehalt rechtsgültig anerkannt hat, demselben aus diesem Anerkenntnisse auch dann haftet, wenn er dem ursprünglichen Gläubiger zu Nichts verpflichtet war, und mithin auch die ihm gegen den Letzteren zugestandene Einrede der nicht erhaltenen Valuta dem anerkannten Cessionar nicht entgegensetzen kann. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 208 Nr. 59.)

6) Da der §. 412. ein »auf rechtsgültige Weise« von dem Schuldner abgegebenes Anerkenntniß voraussetzt, so greift dessen Bestimmung in dem Falle nicht Platz, wenn ein Minderjähriger einen Schuldschein ausgestellt und nach erreichter Majorennität die Cession genehmiget hat. Denn nach §. 37. A. L. R. I. 5. muß in diesem Falle das Anerkenntniß selbst die Kriterien eines neuen rechtsgültigen Vertrages besitzen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 289 Nr. 142.)

7) Die bloße Anerkennung des Cessionars als solchen Seitens des Schuldners hat den Verlust der dem Letzteren gegen den Cedenten zustehenden Einreden nach §. 412. nicht zur Folge.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Okt. 1853.

Der §. 412. setzt, um den Schuldner (debitor cessus) seiner Einwendungen und Gegenforderungen dem Cessionar gegenüber verlustig zu machen, nicht bloß voraus, daß der Dritte als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers anerkannt sei; er verlangt vielmehr, daß der Schuldner dem Cessionar als seinen, des Schuldners, Gläubiger anerkannt habe. Ein Anerkenntniß der letzteren Art enthält mehr als das erstere. Es stellt nicht bloß wie dieses die Legitimation des Cessionars fest, sondern begründet ein neues Rechtsverhältniß zwischen Schuldner und Cessionar mit der Folge, daß alle Einwendungen gegen die cedirte Forderung und alle Gegenforderungen des Schuldners damit verloren gehen. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 185 Nr. 43.)

8) Auch wenn in der Form einer einem Dritten ausgestellten und von diesem sodann cedirten Schuldverschreibung, auf welche die Anerkennung des Cessionars als seines Gläubigers von dem Aussteller des Schulddokumentes gesetzt worden, ein Darlehnsverhältniß nebst Cession bekundet ist, von dem angeblichen, mit diesem Sachverhältniß bekannten Cessionar aber die Valuta des verschriebenen Darlehns statt in Geld in Waaren berichtiget worden, unterliegt ein solches Geschäft jener angewendeten, auf Simulation zurückzuführenden Form ungeachtet, der Anfechtung.

Auf einen solchen Fall findet die Regel, daß, wenn der Schuldner den Cessionar als seinen Gläubiger anerkannt hat, er demselben Einwendungen, die er gegen den Cedenten zu haben vermeint, nicht entgegensetzen könne, keine Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht.)

Denn es kann von dem realen Dasein des Rechtsgeschäfts der Cession nicht die Rede sein, wenn der Cedent den Cessionar davon in Kenntniß setzte, daß er wirklich gegen den abzutretenden Schuldner das Recht nicht habe, welches die betr. Urkunde darstellt, vielmehr steht dieser letzteren die durchgreifende Einwendung der nicht gezahlten Valuta entgegen. Daher führt die Frage, ob die Anerkennung eines Cessionars als Gläubiger durch den Schuldner auch alsdann noch unter die Vorschrift des §. 412. sich stellen läßt, wenn dieser ganze Vorgang nur durch eine Simulation hingestellt, in der Wirklichkeit aber nicht existent gewesen ist, auf das Verhältniß simulirter Geschäfte zurück. Diese Simulation nachzuweisen, steht dem Schuldner unbedenklich zu, da die so gestaltete Verthei-

digung sich gar nicht unter das Verbot des §. 412. stellen läßt, weil nicht von einer nur gegen den Cedenten gerichteten Einwendung, sondern von einer solchen, die auf das Anerkenntniß sich bezieht, die Rede ist. (J. W. 1846 S. 340.)

9) Wenn die Forderung des Vermiethers an den Miether aus dem Miethskontrakte cedirt worden ist und der Miether die Cession genehmigt hat, so kann er dem Cessionar bei Einforderung der fällig gewordenen Miethszinsraten nicht einwenden, daß ihm der Vermiether nach der Fälligkeit des fraglichen Zahlungstermins kontraktswidrig gekündigt habe, und daß ihm, wegen zu früher Entziehung der Sache, Schadloshaltung gebühre, um deren Betrag seine Schuld sich von selbst verminderе.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1849, in Sachen Funke wider Sans.

(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 44. zum §. 412. h. t.)

Koch hält dies für unrichtig und nimmt an, daß der Cessionar nur unter Erfüllung aller Obliegenheiten des Cedenten von dem cedirten Rechte Gebrauch machen kann. (a. a. O.)

§. 413. Ueber die Antinomie zwischen dem §. 413. h. t. und den §§. 395—397. h. t. und den §§. 126. u. 127. A. L. R. I. 16. vergl. die Erg. zu den §§. 395—397. h. t. Zus. 1.

§§. 413. sqq. 1) Vor gehörig erfolgter Bekanntmachung der Cession ist der Schuldner berechtigt, nicht aber verpflichtet, an den Cedenten zu zahlen oder sich sonst auf Verhandlungen mit demselben einzulassen, selbst wenn ihm die Cession anderweit bekannt geworden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. März 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 28 Nr. 6.)

2) Hat der Cedent die dem debitor cessus durch den Cessionar ohne Vorzeigung des betreffenden Instruments bekannt gemachte Cession nicht ausdrücklich abgeleugnet, so sind Gegenforderungen des debitor cessus an den Cedenten, welche nach dieser Bekanntmachung entstanden sind, zur Kompensation gegen den Cessionar nicht geeignet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1856.

Die §§. 413—417. bestimmen darüber, in wiefern der Schuldner über die cedirte Forderung noch gültig mit dem Cedenten verhandeln kann. Der Verhandlung über die Forderung steht es gleich, wenn er andere Geschäfte mit dem Cedenten eingeht, und sich durch solche Gegenforderungen wider ihn verschafft, die er auf seine Schuld annehmen will. Der §. 413. setzt die gehörige Bekanntmachung der Cession als denjenigen Zeitpunkt fest, von wo ab der Schuldner sich nicht weiter mit dem Cedenten über die Forderung einlassen darf. Was eine gehörige Bekanntmachung sei, bestimmt der §. 414. Aus den §§. 415. u. 416. folgt aber keineswegs, daß die bloße Mittheilung durch den Cessionar nicht ausreiche, und daß der debitor cessus solche nur alsdann zu berücksichtigen verbunden sei, wenn ihm innerhalb dreier Tage das Instrument vorgelegt wird. Der §. 416. verlangt Zweierlei, nämlich daß die Frist nicht inne gehalten sei, und daß der Cedent die Richtigkeit der vorgeblichen Cession geleugnet habe. Das Ableugnen der Cession Seitens des Cedenten muß daher hinzugekommen sein. In dem Ausdrucke: »leugnet« liegt, daß die Cession nicht bloß verschwiegen, sondern vom Cedenten wirklich in Abrede gestellt sein muß. Dies Erforderniß ist ein wesentliches; es hängt davon der gute Glaube des Schuldners ab, den das Gesetz zur Bedingung der Gültigkeit seiner Verhandlungen mit dem Cedenten, dem Cessionar gegenüber, gemacht hat.

(Entsch. Bd. 36. S. 83, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 303 Nr. 66.)

§§. 420—441. Wirkungen der Cession zwischen dem Cedenten und dem Cessionario.

Temme, über die Natur der Gewährleistung bei der freiwilligen und nothwendigen Cession. (J. W. 1845 S. 649 ff.)

§§. 420. sqq. 1) Da Pfandbriefe nicht Gegenstand der Cession sein können [1]), so enthält die formelle Cession derselben die Abtretung einer im gesetzlichen Sinne unrichtigen Forderung, und deshalb ist der Cedent verpflichtet, dem Cessionar die Cessions-Valuta zu erstatten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 197 Nr. 48.)

2) Bei unentgeltlich geleisteten Cessionen finden die Vorschriften von der Gewährleistung keine Anwendung.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 26. März 1850, auf Grund der §§. 381. u. 378. h. t.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 420.)

3) Ueber die Wirkung der Cession einer Anweisung vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Aug. 1847 (Präj. Nr. 1901.) in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 251. u. 283.

4) Ueber die Gewährleistung bei der nothwendigen Cession vergl. die Erg. zum §. 444. h. t.

§. 420. Der Kläger ist selbst dann noch befugt, die im Urtel erster Instanz verneinte Rechtsgültigkeit der Forderung im Wege der Appellation zur Anerkennung zu bringen, wenn er die Forderung bereits vor Fällung jenes Urtheils cedirt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1857, weil der Cedent nach §. 420. Gewähr leisten muß.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 78 Nr. 22.)

§§. 420. 421. Ist eine Forderung nicht ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten, oder die Gewährleistung dem Cedenten nicht ausdrücklich erlassen, so wird die Pflicht zur Gewährleistung für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der cedirten Forderung dadurch nicht ausgeschlossen, daß dieselbe kraft eines Gesetzes ungültig war, und dieses dem Cessionar bekannt sein mußte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1846. (Präj. Nr. 1808.) (Präj. Samml. S. 61.)

§§. 420—425. Wenn in einem Cessionsvertrage für die Richtigkeit der cedirten Forderung Gewähr versprochen worden, so kann der Gegenstand dieser Gewährleistung nicht über den Betrag der gegebenen Valuta ausgedehnt werden, es sei denn etwas Anderes stipulirt worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1701.) (Präj. Samml. S. 61.)

§§. 424. u. 425. Auch bei einer betrüglichen Cession kann der Cessionar nicht das volle Interesse nach den allgemeinen Vorschriften vom Schadensersatze beanspruchen, sondern nur Erstattung der gezahlten Valuta nebst gesetzlichen Zinsen oder derjenigen Vortheile verlangen, die er mit der Valuta anderweitig hätte erzielen können.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1852.

Die §§. 420—425. sind als Spezialgesetz für Cessionen maßgebend; denn in ihnen wird gerade die Wirkung der Cession zwischen dem Cedenten und dem Cessionar in Ansehung der Richtigkeit der Forderung abgehandelt und dabei auch des Falles, wenn der Cedent den Cessionar betrogen hat, ausdrücklich gedacht. Es kann daher auf die allgemeinen Vorschriften vom Schadensersatze nicht zurückgegangen, insbesondere aus diesen nicht der Begriff dessen hergeleitet werden, was der Cessionar bei der Gewähr für die Richtigkeit der Forderung, im Falle eines vom Cedenten verübten Betruges, als volles Interesse vergütigt verlangen kann; denn gerade darüber disponirt der §. 425. ausdrücklich. Der Gesetzgeber hat die gewinnsüchtige Absicht bei Cessionen nicht noch mehr begünstigen wollen, als durch §. 390. geschehen, und deshalb ist der Begriff des vollen Interesses in den §§. 424. und 425. anders normirt, als in den §§. 285—287. A. L. R. I. 5.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 116 Nr. 30.)

§. 425. Eine Wittwe, welche das von ihrem Wittwenstande abhängige, nicht ausdrücklich an ihre Person gebundene Witthum cedirt, ist dem Cessionar zur Gewährleistung, für den Fall indeß, daß sie nach der Cession den Wittwenstuhl verrückt, und hierdurch dem Cessionar den ferneren Genuß des Rechts vereitelt, bloß zur Erstattung des Empfangenen verpflichtet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Okt. 1837.

Das abgetretene Recht war ein Witthum. Dasselbe war bedingt; der Tod der Cedentin und ihre Wiederverheirathung hoben es auf. Das Rechtsverhältniß unter den Parteien stellt sich hiernach einfach dar. Der Cessionsvertrag war ein lästiger Vertrag. Das Recht war nicht an die Person der Verklagten gebunden, und die Abtretung mithin zuläßig (§. 382.). Bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Verabredungen ein Anderes mit sich bringen, muß ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache oder des Rechtes nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages bedienen könne (A. L. R. I. 5. §. 318.). Bei gewagten Geschäften erleidet dieser allgemeine Grundsatz in soweit eine Beschränkung, als das künftige ungewisse Ereigniß, welches Gegenstand des Vertrages ist, beim Mangel einer ausdrücklichen Verabredung nicht vertreten werden darf (§. 346. ebendas.). Hier findet die Regel des §. 318. und nicht die Beschränkung des §. 346. Anwendung. Die Ungewißheit bestand hier in der Dauer des Rechtes. Diese war durch das Leben und den Wittwenstand der Cedentin bedingt. Das Leben derselben war ungewiß. Die Fortdauer des Wittwenstandes während

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 376 u. 377. Zus. IV.

des Lebens hing dagegen von der Willkühr der Cedentin ab. Sie trat das Recht gegen eine Vergeltung ab. Die Vorschrift des §. 318. begründet die Annahme, daß beide Theile beim Abschluß des Geschäfts von der Voraussetzung ausgegangen sind, »die Cedentin werde das Recht in dem Umfange und in der Beschaffenheit, als sie es zu gewähren vermöge, übertragen, und der Cessionar werde nur das so abgetretene Recht erwerben wollen.« Der Willkühr der Cedentin sollte das Recht des Cessionars, nach der Natur des Geschäfts, nicht überlassen sein. Indem die Cedentin als Wittwe ihr Witthum gegen Entschädigung abtrat, übernahm sie zugleich die Verpflichtung, ihrerseits nichts zu thun, was den Gegentheil in dem Genusse und in der Ausübung seines Rechtes beeinträchtigen, oder dessen Beschaffenheit zu seinem Nachtheile ändern könnte. — Dieser Verpflichtung hat die Cedentin durch ihre Verheirathung, mithin aus freiem Willen, zuwider gehandelt. Sie hat dadurch für den Cessionar den Verlust des Rechtes veranlaßt, nnd dies begründet für sie die Verbindlichkeit den Cessionar zu entschädigen. Die Verpflichtung der Cedentin entspringt gesetzlich aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts. Sie würde nur dann wegfallen, wenn dies im Vertrage ausdrücklich bestimmt worden wäre. Hiernach erscheint die Cedentin nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung der Verträge, dem Cessionar zur Schadloshaltung und Leistung des Interesses verhaftet (A. L. R. I. 5. §§. 285. ff.). Die Vorschriften über die Leistung des Interesses bleiben jedoch hier aus einem anderen Grunde außer Anwendung. Die Verpflichtung der Cedentin bestand darin, »den Wittwenstand nicht zu ändern.« An eine Willenserklärung der Art ist Niemand gebunden (A. L. R. I. 4. §. 11.). Die Cedentin konnte daher ein solches, dem Rechtsgeschäft wirklich zum Grunde liegendes Angelöbniß widerrufen. Dadurch, daß sie dies gethan hat, ist zwar von ihr dem Vertrage zuwider gehandelt worden; es tritt aber, da die Verpflichtung von Anfang an für die Cedentin nicht bindend war, für sie nicht die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesses wegen Verletzung des rechtsbeständigen Vertrages ein, sondern es wird nur der auf einer unverbindlichen Willenserklärung der Cedenten beruhende Vertrag selbst rückgängig. Sie muß daher das, was sie auf Rechnung des Vertrages empfangen hat, dem Cessionar erstatten, und darf sich mit seinem Schaden nicht bereichern. Die Folge ist hier dieselbe, welche eintritt, wenn eine cedirte Forderung sich als unrichtig ergiebt. Der Rechtsgrund ist in beiden Fällen ein gleicher. In dem letzteren Falle wird das Geschäft wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes, des abgetretenen Rechtes, im ersteren wegen der Beschaffenheit der Willenserklärung der Cedentin rückgängig (A. L. R. I. 11. §. 425., Tit. 13. §§. 262., 277.).

(Entsch. Bd. 3. S. 325.)

Koch bemerkt, es komme hier auf eine thatsächliche Voraussetzung an, nämlich: ob es sich verstehe, daß die Cedentin nach der Absicht der Parteien sich habe verpflichten wollen, ehelos zu bleiben. Nur unter dieser Voraussetzung sei das Geschäft nichtig. Wäre dagegen anzunehmen, die Parteien hätten das Eintreffen der Bedingung als einen Zufall dahingestellt sein lassen, oder hätten sie gar ausdrücklich verabredet, daß die Cedentin nicht verpflichtet sein solle, durch Beibehaltung des ehelosen Standes die Dauer des cedirten Rechts möglichst zu verlängern, so würde das Geschäft gültig, d. h. die Cedentin nicht verpflichtet gewesen sein, Etwas wieder zurückzugeben. Nehme man jene thatsächliche Voraussetzung an, so sei die Entscheidung des Ob. Trib. richtig. (Beurtheil. S. 200.)

§§. 427—441. Vergl. Suarez Bemerk. in der Schlußrev. über die Gründe der Abweichungen in den §§. 427—441. von der Röm. Rechtstheorie. (Jahrb. Bd. 41. S. 18.)

§§. 427. 429. 437. In dem durch das Ob. Trib. unterm 14. Mai 1833 bestätigten Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 14. Juli 1831 ist der Rechtssatz angenommen, daß das Versprechen des Cedenten einer Hypothekenforderung, dem Cessionar für jeden Ausfall mit seinem übrigen Vermögen haften zu wollen, die Verpflichtung zur Gewährleistung oder die Uebernahme einer Bürgschaft enthält. (Simon's R. Bd. 4. S. 63.)

§§. 427—435. 1) Wenn bei der Cession einer hypothekarischen Forderung der Cedent dem Cessionar auch für die Sicherheit derselben Gewähr geleistet hat, so tritt das Recht, diese zu fordern, sofort nach Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek ein, und der Cessionar kann nicht genöthigt werden, vorher noch den persönlichen Schuldner der abgetretenen Forderung in Anspruch zu nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1848. (Präj. Nr. 2032.)

Denn die Vorschrift des §. 295. A. L. R. I. 14. findet hier keine Anwendung, da die Pflicht des Bürgen nur eine subsidiarische ist, wogegen die Pflicht zur Gewährleistung zur Erfüllung des Vertrages selbst gehört (A. L. R. I. 5. §. 317.). Die bei der Cession einer Hypothekenforderung für deren Sicherheit verheißene Gewähr hat nach der Absicht der Kontrahenten nur den Sinn, daß der Erwerber seine Befriedigung aus dem Werthe der Hypothek selbst, aus dem verpfändeten Gute erlangen, und eben nicht nöthig haben soll, auf den persönlichen Schuldner zurückzugehen. Bei der Hypothek des Landrechts findet die direkte Klage des Gläubigers gegen den Inhaber des Pfandes statt, auch wenn dieser nicht mehr der Verpfänder oder der ursprüngliche Schuldner ist, und unter der Herrschaft dieses Grundsatzes hat sich die Sache im Leben so gestaltet, daß bei der Erwerbung einer Hypothek gar nicht mehr nach dem ursprünglichen Schuldner derselben gefragt wird, sondern nur nach der Sicherheit der Hypothek selbst, und wo diese zweifelhaft ist, da läßt der Cessionar sich von dem Cedenten Gewähr für die Sicherheit versprechen, während sonst nach dem Gesetz (§. 427.) der Cedent von dieser Art der Gewähr bei Hypothekenforderungen befreit ist.

(Präj. Samml. S. 61, Entsch. Bd. 17. S. 173, Rechtsf. Bd. 4. S. 153 Nr. 74.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Jan. 1851 an. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 183 Nr. 36.)

2) Der Cessionar, welcher nach erfolgter Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek bei der stattgehabten Subhastation des Grundstücks den Cedenten, der für die Sicherheit dieser Hypothekenforderung die Gewährleistung übernommen hat, in Anspruch nehmen will, ist nicht verpflichtet, vorher den Adjudikatar auf Nachzahlung zu dem nach richterlichem Attest, — wenn selbst mit Unrecht, — für vollständig berichtigt erachteten Kaufgelde zu belangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. und 18. März 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 26 Nr. 6.)

3) Der Cessionar ist vermöge des in der Cessions-Urkunde enthaltenen Versprechens des Cedenten: »für die Sicherheit der abgetretenen Forderung vollständige Gewähr als Selbstschuldner leisten zu wollen«, bei ausbleibender Zahlung nicht berechtigt, sich mit Uebergehung des Schuldners ohne Weiteres an den Cedenten zu halten. Er ist dazu auch dann nicht berechtigt, wenn einer der Fälle vorliegt, welche im Verhältnisse des Bürgen zum Gläubiger nach §. 284. A. L. R. I. 14. die Einrede der Vorausklage ausschließen.

Angenommen in dem in Gruchot's Beiträgen Bd. 1. S. 97 ff. mitgetheilten Rechtsfalle.

§. 430. 1) Folgt aus dem Erlaß der Gewährleistung, für die Richtigkeit der Forderung auch der Erlaß der Verpflichtung des Cedenten für die Güte zu haften?

a) Grävell bejahet, weil das majus das minus in sich schließe und ohne Verität die Bonität von gar keinem Nutzen sei.

(Kred. Ges. Bd. 4. S. 120 Anm. *.)

b) Koch verneint, weil beide Arten der Gewährleistung, die rechtliche und die faktische, ganz ungleichartig seien, also von einem majus oder minus nicht die Rede sein könne, vielmehr jede derselben für sich geprüft werden müsse. Ob übrigens der Cessionar bei dem Erlasse der Gewährsleistung für die Verität gleichzeitig auf die Gewährsleistung für die Sicherheit zu verzichten beabsichtigt habe, müsse nach den Umständen beurtheilt werden.

(Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 212.)

2) Dadurch allein, daß der Cedent bei der Cession einer Hypothekenpost, oder einer demselben als zweifelhaft abgetretenen persönlichen Forderung, den einen oder den anderen ihm bekannten, auf die Sicherheit sich beziehenden Umstand anzuzeigen unterlassen hat, wird Letzterer nach erlittenem Ausfalle zur Anfechtung der stattgefundenen Cession noch nicht berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. März 1850. (Präj. Nr. 2202.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 19. S. 492.)

§. 432. Es ist nicht für ein den Regreß ausschließendes Versehen im Betriebe der Exekution zu erachten, wenn der Cessionar nur die Subhastation, nicht aber die Sequestration des verpfändeten Grundstücks nachgesucht hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Febr. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 242 Nr. 57.)

§. 434. 1) Wie ist der Ausdruck: »sofort« im §. 434. zu verstehen?

a) Wenn der Cessionar, um sich den Regreß gegen den Cedenten zu erhalten, nach §. 434. die Forderung nach Ablauf der Verfallzeit »sofort beitreiben« muß, so ist unter diesem Ausdrucke nicht

gerade eine schon am nächstfolgenden Tage anzustellende Klage zu
verstehen; es bleibt vielmehr die Deutung desselben dem Ermessen des
Richters überlassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1844.

Denn der Prozeß kann bei Abschluß der Cession schon im Gange gewesen,
er kann liegen gelassen und nur zu reassumiren sein; der Cessionar kann mit
gutem Grunde von einem anderen erst noch zu versuchenden Schritte Wirkung
erwarten; alles dies läßt sich unter Umständen unter das Wort »bei-
treiben« im §. 434. subsumiren. Auch ist keine Legaldefinition des Wortes
»sofort« gegeben, namentlich nicht dahin, daß darunter der laufende Verfall-
tag selbst oder doch der folgende zu verstehen sind. Es ist dies sehr relativer
Natur und die nähere Festsetzung dem billigen Ermessen des Richters überlassen.
(Entsch. Bd. 10. S. 372.)

b) Bornemann bemerkt, daß strenge genommen der Cessionar
seinen Regreß verliere, wenn er nicht spätestens am nächsten Tage
nach dem Verfalltage die Zahlung von dem Schuldner fordere, und
er darauf klage. Dies könne indeß nicht die Absicht der Redaktoren
gewesen sein, welche vielmehr unter dem Ausdrucke: »sofort« dasselbe
verstanden haben dürften, was die Römer unter „statim" verstehen,
nämlich ein modicum tempus, welches nach den Umständen mit
Rücksicht darauf, ob dem Cessionar eine Vernachlässigung zur Last
fällt, bei eintretender Kontestation vom Richter zu bestimmen sei.
(L. 21. §. 1. D. 13. 5.)
(System Bd. 3. S. 179, 2. Ausg. Bd. 3. S. 100.)

c) Koch nimmt ebenfalls an, daß darunter: »sobald als mög-
lich« zu verstehen, so daß dem Cessionarius keine nicht entschuldbare
Zögerung vorzuwerfen sei, welches der Richter zu ermessen habe.
(A. L. R. I. 4. §. 45.) (Ueberg. der Ford. R. S. 217.)

d) Temme ist gleicher Ansicht.
(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 516 Anm. 2.)

2) Was bedeutet der Ausdruck: »freiwillige Nachsicht«
im §. 434.?

a) Bornemann nimmt an, es habe damit nur eine ganz will-
kührliche, ohne hinreichende Gründe gegebene Zahlungsfrist bezeichnet
werden sollen, da es sich nicht denken lasse, daß der Cessionar durch
Gewährung einer Frist, die Jeder als bonus pater familias ge-
stattet haben würde, seines Regresses verlustig werden solle.
(System Bd. 3. S. 179, 2. Ausg. Bd. 3. S. 100.)

b) Das Ob. Trib. hat (wie die Gesetzrevisoren mittheilen),
in judicando ausgeführt, daß darunter nicht jede, ohne ausdrückliche
Genehmigung des Cedenten bewilligte Zahlungsfrist, sondern eine durch
die Umstände nicht gerechtfertigte Nachsicht verstanden werden müsse.
(Motive a. a. O. S. 89.)

c) Koch hält diese Auslegung des Ob. Trib. nicht für befriedi-
gend, und findet in jenem Ausdrucke den Gegensatz nicht von einer
den Umständen nach rathsamen, durch den Richter erzwungenen
Nachsicht, d. h. von einem durch richterliches Urtel erkannten Indulte,
da der Cessionar ebensowenig, als der Assignatarius auf Rechnung
des Cedenten Nachsicht geben dürfe. Demgemäß hält er dafür, daß
jede, nicht auf Erkenntniß beruhende Nachsicht den Verlust des Re-
gresses nach sich ziehe. (Koch a. a. O. S. 218.)

§§. 434. 435. 1) Die Vorschriften der §§. 434. u. 435.
finden nicht bloß dann Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Ge-
währleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung unmittel-
bar aus dem Gesetze hervorgeht, sondern auch dann, wenn diese Ver-
pflichtung durch Vertrag begründet ist, in sofern Umfang und Dauer
derselben in dem Vertrage nicht anders bestimmt sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v.
16. Dec. 1836 [1]). (Präj. Nr. 137.)

Wenn in dem Cessionsvertrage die von dem Cedenten für die Sicherheit der
abgetretenen Forderung versprochene Gewährleistung nach Umfang und Dauer
genau bestimmt ist, so darf die hierdurch begründete Verbindlichkeit auch nur nach
dem Inhalte des abgeschlossenen Vertrages abgemessen werden (§. 226. Tit. 5.
Thl. I. des A. L. R.). Die Frage, ob die §§. 434. u. 435. auch bei der
vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit zur Gewährleistung zur An-
wendung kommen, kann daher nur entstehen, wenn die Gewähr im Allgemei-
nen verheißen ist, und in diesem Falle muß dieselbe unbedingt bejahet werden.
Denn abgesehen davon, daß die erwähnten §§. einen Unterschied zwischen gesetz-
lich und vertragsmäßig begründeter Verpflichtung zur Gewährleistung nicht
machen, ergiebt auch ihre Stellung, daß sie ebenso wie die §§. 431—433.
ganz allgemein auf alle Fälle, in welchen eine Verpflichtung zur Gewährleistung
existirt, bezogen werden müssen. Dazu kommt, daß, in sofern der Vertrag sich
über den Umfang und die Dauer der übernommenen Verbindlichkeit nicht aus-
spricht, die Lücke schon nach allgemeinen Grundsätzen ex lege, d. h. ex §§. 434.
und 435. h. t. ergänzt werden muß, und daß die in den alleg. §§. ausgesprochenen
Bestimmungen selbst in dem Falle, wenn die Verpflichtung auf Vertrag beruht,
ganz der Natur des hieraus hervorgehenden Rechtsverhältnisses entsprechend sind,
da aus der vertragsmäßigen Uebernahme der Gewährleistung keineswegs ge-
folgert werden kann, der Cedent habe sich dem Cessionar für die Zahlbarkeit
des Schuldners ohne alle Zeitbestimmung gleichsam verbürgen wollen. Endlich
aber beweist die Entstehungsgeschichte der §§. 427—441., daß man von dem
gemeinen Rechte, nach welchem der Cedent selbst bei ausdrücklicher Uebernahme
der Gewähr für die Sicherheit, nur für die Sicherheit des Schuldners zur
Zeit der Cession, nicht aber für die spätere Zeit verhaftet gewesen, nicht hat
abweichen wollen.
(Präj. Samml. S. 62, Entsch. Bd. 1. S. 315, Jahrb. Bd. 49. S. 425,
Gräff Bd. 10. S. 13, J. W. 1837 S. 420.)

Die Ansicht dieses Pl. Beschl. wird als die richtige auch ver-
theidigt in der J. Z. 1836 S. 1042, dann von Bornemann
(System Bd. 3. S. 180, 2. Ausg. Bd. 3. S. 101), Koch (in der Abhandl.
in der J. W. 1836 S. 317, in der Lehre vom Ueberg. der Ford. R. §. 38.
S. 212. ff. und in der Beurtheil. der Entsch. S. 64), Temme (Lehrb. des
Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 516 Anm. 2.).

2) Wenn in einer nach gewissen Jahren zahlbaren hypothekarischen
Obligation von der nicht prompten Zinsenzahlung die frühere Fällig-
keit des Kapitals abhängig gemacht, demnächst aber die Obligation
mit Gewährleistung cedirt worden ist, so muß der Cessionar bei Ver-
lust seines Regresses beim Ausbleiben einer Zinszahlung sogleich zur
Ausklagung des Kapitals schreiten.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in den Erk.
v. 4. Juni 1850 und v. 1. Febr. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 242—248 Nr. 57.)

Ueber die Bedenken hiergegen vergl. die Bemerkungen der Re-
daktion des Archivs, a. a. O. S. 246—247.

3) Ob es für eine die Gewährleistung ausschließende Verzögerung
zu erachten ist, wenn der Cessionar die Subhastation des für die cedirte
Forderung verpfändeten Grundstückes erst mehrere Wochen nach Ablauf
der in dem Zahlungsbefehl dem Schuldner gestellten vierwöchentlichen
Frist nachsucht, muß nach den jedesmaligen Umständen entschieden
werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 182 Nr. 36.)

4) Verliert der Cessionar den Regreß an den Cedenten auch dann
durch Säumniß, wenn erweislich die Forderung schon zur Zeit der
Cession inexigibel gewesen ist?

Koch verneint, denn der Sinn der §§. 434. u. 435. gehe nur
dahin, daß in den daselbst bezeichneten Fällen der Cessionar das peri-
culum nominis trage; sei aber das Aktivum schon zur Zeit der
Cession inexigibel gewesen, so habe durch die Säumniß des Cessionars
auch möglicherweise gar kein Schaden entstehen können, als worauf es
gerade ankomme. (a. a. O. S. 220.)

Bornemann bemerkt hierüber, daß man schwerlich die Bestim-
mung gerecht und billig finden werde, daß ein Cessionar, der die ab-
getretene Forderung nach dem Verfalltage nicht sofort beigetrieben,
oder dieselbe binnen drei Monaten nach erfolgter Cession nicht gericht-

---

[1]) In den Erk. v. 2. März, 14. Mai und 2. Juli 1833 (Simon's R.
Bd. 3. S. 158 und Bd. 4. S. 63 u. 70) hatte das Ob. Trib. das Gegen-
theil des obigen Rechtssatzes angenommen. — Durch den Pl. Beschl. v. 16. Dec.
1836 ist auch die Ansicht beseitiget, welche das (vormalige) O. L. G. zu Glogau
in dem in der Themis 1837 S. 1148 mitgetheilten Erk. (Datum konstirt nicht)
ausgesprochen hat. Dasselbe behauptet nämlich, »daß der Vertrag, in welchem
die Gewährleistung bei einer Cession für eine bestimmte Zeit übernommen wor-
den, ein Vertrag sei, in welchem hinsichts der gesetzlichen Verjährungsfristen eine
Abänderung getroffen werde, daß derselbe also keine Gültigkeit habe, wenn ihm
die im §. 566. A. L. R. I. 9. vorgeschriebene Form der gerichtlichen Verlaut-
barung fehle.« — Danach wären also alle Bürgschaften und alle Pfandbestel-
lungen auf eine gewisse Zeit Verträge über die Verjährung. Es wird hierbei
indeß übersehen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen den Intercessionen auf
Zeit und den Verträgen über die Verjährung besteht. (Vergl. Koch's Landr.
Bd. 1. Anm. 69. zum §. 435. h. t.)

lich gekündigt habe, seinen Regreß an den Cedenten ganz unbedingt verliere; sondern daß man vielmehr die Annahme für begründet halten werde, daß dem Cessionar der Beweis der gleich Anfangs vorhandenen Unsicherheit des Schuldners obliege, und dem Cedenten der Nachweis freistehe, daß dessenungeachtet die Forderung bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte gerettet werden können; denn die Unterlassung einer Handlung, die dem Cedenten nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden, und die überdies auf die Sachlage von keinem Einfluß sei, könne der Natur der Sache nach den Verlust des Anspruchs billiger Weise nicht nach sich ziehen.

(System Bd. 3. S. 178, 2. Ausg. Bd. 3. S. 100.)

Vergl. in Betreff solcher Forderungen, die erst nach erfolgter Aufkündigung zahlbar sind, das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juni 1855 in den Erg. zum §. 435. h. t. Zus. 3.

§§. 434. 438. 439. Die Vorschriften der §§. 434., 438. u. 439. sind auch auf den Fall einer kontraktlich übernommenen Gewährleistung für eine Hypothekenforderung anwendbar.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1836. (Präj. Nr. 106.) (Präj. Samml. S. 62.)

§. 435. 1) Die Pflicht des Cessionars, binnen drei Monaten nach erfolgter Cession die vorbedungene Kündigung gegen den Schuldner vorzunehmen, tritt bei solchen Forderungen, die bis zu einem gewissen Zeitpunkte unaufkündlich sind, erst mit dem Eintritte dieses Zeitpunktes ein.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1844.

Nach §. 432. kommt es im Wesentlichen darauf an, daß dem Cessionar beim Verluste der Forderung kein — auch nur geringes — Versehen zur Last falle; und wenn der §. 435. namentlich hinsichtlich der einer Kündigung bedürfenden Forderungen dem Cessionar kein Versehen imputirt wissen will, wenn derselbe nur nicht über drei Monate nach der Cession mit der Kündigung wartet, so ist diese einmal angemessene Fristbestimmung nach §. 49. der Einl. zum A. L. R. unbedenklich auch auf die Fälle anzuwenden, wo die Kündigung gleich unmittelbar nach der Cession rechtlich nicht möglich ist. Die Umstände sind ganz dieselben, und es versteht sich dann ferner von selbst, daß der Lauf dieser Zeitbestimmung nicht eher beginnen kann, als bis rechtliche Möglichkeit der Kündigung eintritt. (Entsch. Bd. 10. S. 374.)

2) Dem Cessionar einer bereits vor der Cession von dem Cedenten selbst gekündigten Forderung kommt die im §. 435. bestimmte dreimonatliche Frist zur gerichtlichen Aufkündigung nicht zu statten; er muß vielmehr die Forderung nach Ablauf der durch die bereits früher erfolgte Kündigung bestimmten Verfallzeit sofort einklagen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 87 Nr. 22.)

3) Der Cessionar wird dadurch, daß er die ihm cedirte Hypothekenforderung nicht binnen drei Monaten aufgekündigt hat, seines Regresses nicht verlustig, wenn die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher war.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1855, weil der auf den §. 435. unmittelbar folgende §. 436, in Verbindung mit dem §. 431., ergebe, daß es nur darauf ankomme, ob die Forderung schon zur Zeit der Cession unsicher gewesen ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 39 Nr. 8.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 434. u. 435. h. t. Zus. 4.

4) Ist das im §. 435. aufgestellte Erforderniß der gerichtlichen Kündigung dergestalt wesentlich, daß ohne diese Form selbst bei rechtzeitiger Kündigung der Verlust des Regresses eintritt?

Koch nimmt an, daß die Kündigung nicht nothwendig gerichtlich geschehen müsse, daß die Form derselben vielmehr gleichgültig sei, in sofern daraus keine Einwendungen hergenommen würden, daß aber entgegengesetzten Falles die unterlassene gerichtliche Kündigung allerdings den Verlust des Regresses nach sich ziehe, weil in diesem Falle der Cessionar an den Weiterungen und dem Zeitverluste Schuld sei. (a. a. O. S. 218.)

Bornemann hält die gerichtliche Kündigung nicht für wesentlich, sondern nimmt an, daß es nur darauf ankomme, daß die Kündigung von dem Schuldner nicht abgeleugnet, oder ihm nachgewiesen sei.

(System Bd. 3. S. 180, 2. Ausg. Bd. 3. S. 101.)

Temme ist gleicher Meinung wie Bornemann.

(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 516 Anm. 2.)

§§. 435. u. 436. 1) Kann der Cessionar nachweisen, daß der Schuldner bereits in anderen Sachen zahlungsunfähig befunden worden, d. h. daß Exekutionsvollstreckungen sich als erfolglos erwiesen haben, alsdann kann er auch ohne vorgängige Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährleistung zurückgehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1839. (Präj. Nr. 639.) (Präj. Samml. S. 62.)

2) Nicht bloß die Konkurs-Eröffnung über das Vermögen des Schuldners zur Zeit der Cession, sondern auch der Nachweis Seitens des Cessionars, daß gegen den Schuldner zur Zeit der Cession bereits in anderen Prozessen die Exekution erfolglos vollstreckt, derselbe mithin als zahlungsunfähig befunden worden, oder daß schon zu jener Zeit in dem Hypothekenbuche des verpfändeten Grundstücks der Subhastations-Vermerk eingetragen gewesen, berechtigt den Cessionar, auch ohne vorherige Aufkündigung auf den Cedenten wegen Gewährleistung zurückzugehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1855, weil der Fall der Konkurs-Eröffnung im §. 436. nur als Beispiel angeführt sei und das allgemeine Prinzip in der Unsicherheit der Forderung zur Zeit der Cession zu suchen sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 39 Nr. 8.)

§. 436. Ist gegen die im §. 436. aufgestellte Vermuthung der Gegenbeweis zulässig, daß die Forderung zur Zeit der Cession sicher gewesen sei?

Koch (Uebergang der Ford. R. S. 217) und Bornemann (System Bd. 3. S. 178, 2. Ausg. Bd. 3. S. 100) bejahen.

§§. 437. u. 440. 1) Haftet der Cedent, wenn er die Gewährleistung für die Sicherheit der Forderung vertragsmäßig übernommen hat, nur auf Höhe desjenigen, was er gezahlt erhalten (nach §§. 425. u. 440.) oder für den Nominalwerth der Forderung?

a) Das Ob. Trib. hat (wie die Gesetzrevisoren mittheilen), Letzteres angenommen, weil der Cedent als Bürge zu betrachten sei.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 89.)

Koch hält diesen Grund nicht für durchgreifend und bemerkt:

Es kommt bloß auf die Absicht der Kontrahenten an, welche aus den Umständen und aus den gebrauchten Ausdrücken entnommen werden muß. Wenn der Cedent nach der Beschaffenheit der Forderung schon ohne ausdrückliches Versprechen für die Sicherheit zu haften schuldig ist, so ist dem noch dazu kommenden Versprechen allerdings auch eine Bedeutung beizulegen, welche nicht leicht in etwas Anderem bestehen wird, als daß der Promissor für den Ausfall an der Forderung nach ihrem Nominalwerthe habe haften wollen. Wenn aber der Cedent nicht schon ohne ausdrückliche Verabredung für die Sicherheit zu haften schuldig ist, so hat das Versprechen keine Bedeutung, und man kann im Zweifel nicht annehmen, daß er sich zu Mehrerem habe verpflichten wollen, als was die Verbindlichkeit, ohne Rücksicht auf deren Entstehungsgrund, gesetzlich mit sich bringt. (Vom Ueberg. der Ford. S. 222, 223.)

b) Die Gewährleistung für die Sicherheit einer cedirten hypothekarischen Forderung erstreckt sich auch auf die Zinsen und finden daher die bei Bürgschaften gegebenen Vorschriften (A. L. R. I. 14. §§. 258. u. 259.) hier keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1851, da im Sinne des §. 440. bei einem zinsbaren Kapitale der Ausfall an Zinsen zum »Schaden« zu rechnen sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 183 Nr. 36.)

c) Die Stipulation der »Leistung der Gewähr für die Sicherheit der ganzen Forderung« verpflichtet nur zur Gewähr für den Betrag der wirklich gezahlten Valuta, wogegen der Cessionar die ganze Forderung zurückcediren muß.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Okt. 1855, auf Grund des §. 440. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 195 Nr. 47.)

2) In welcher Zeit verjährt der Anspruch des Cessionars gegen den Cedenten?

Koch bemerkt hierüber:

Der Anspruch des Cessionars an den Cedenten wegen Unrichtigkeit ist eine reine Forderung auf Gewährleistung. Der Mangel, wofür Gewähr geleistet werden soll, ist ein juristischer, also ein solcher, den man der Sache nicht gleich ansehen kann. Die Klage verjährt daher in drei Monaten nach der von dem Mangel erlangten Kenntniß. (A. L. R. I. 5. §. 344.) Der Anspruch des Cessionars an den Cedenten wegen Unsicherheit der Forderung dagegen ist gar kein Gewährsanspruch; es finden daher auch nicht die kurzen Verjährungsfristen

der Klagen wegen Gewährleistung Anwendung, sondern diese subsidiarische Klage
verjährt, wie die Klage aus einer Bürgschaft, erst in der gewöhnlichen Zeit
von dreißig Jahren. (Vom Ueberg. der Ford. S. 223.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 74. zum §. 441. h. t.

§§. 442—444. Von nothwendigen Cessionen.

§. 443. Wie soll es gehalten werden, wenn der Zwang frucht-
los bleibt?

a) Grävell will nach Analogie des §. 123. Thl. I. Tit. 5. des
A. L. R. eine Vollziehung der Unterschrift durch den Richter ein-
treten lassen. (Kred. Ges. Bd. 4. S. 122 Anm. **)

b) Der I. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat in einem solchen
Falle einem Justiz-Kommissarius den Auftrag gegeben, die Cession
zu leisten. (Koch, vom Ueberg. der Ford. R. S. 147.)

c) Koch hält Beides für unrichtig, weil der §. 123. A. L. R. I. 5.
voraussetze, daß die Willenserklärung selbst schon in rechtsverbindlicher
Form vorhanden sei, und weil das Verfahren des O. L. G. zu
Breslau nur für solche Handlungen vorgeschrieben sei, welche jeder
Andere, als der Verpflichtete, eben sowohl und mit gleicher Wirkung
verrichten könne, was bei Willenserklärungen einer bestimmten Person
nicht stattfinde. Er hält es für allein richtig, die Cession durch eine
Verfügung des Gerichts zu ertheilen, wie dies in dem G. v. 4. Juni
1822 §§. 6—9. für einen anderen Fall der nothwendigen Cession
vorgeschrieben und im gemeinen Rechte Praxis sei. (a. a. O. S. 148.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 49—52. und zum
§. 9. der Exek. V. v. 4. März 1834.

§. 444. 1) Ein Schuldner, der eine ausstehende Forderung
an einen Dritten cedirt hat, die seinem Gläubiger im Wege der Exe-
kution nach Vorschrift des G. v. 4. Juli 1822 mit der Wirkung
einer Angabe an Zahlungsstatt übereignet wird, haftet diesem Gläu-
biger für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der demselben über-
wiesenen Forderung ebenso, wie bei einer auf einem Vertrage be-
ruhenden Cession der Cedent dem Cessionar nach den allgemeinen
Grundsätzen über die Gewährleistung, gemäß §. 420. A. L. R. I. 11.
Die Ausnahme des §. 444. bei nothwendigen Cessionen findet auf
den Fall einer solchen Uebereignung einer Forderung im Wege der
Exekution nicht Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. April 1848.
(Präj. Nr. 2012.)

Der §§. 442. betrifft den Fall, wenn ein Dritter statt des Schuldners
dem Gläubiger Zahlung leistet, und dadurch nach Vorschrift der Gesetze in die
Stelle des befriedigten Gläubigers tritt, und steht mit den §§. 43. ff. A. L.
R. I. 16. in genauer Verbindung. Es soll dann der zahlende Dritte von
dem befriedigten Gläubiger eine ausdrückliche Cession zu fordern befugt und auf
Anruf des Zahlenden der Richter den Gläubiger zur Ausstellung der Cession
durch Exekution anzuhalten verpflichtet sein. Völlig angemessen und in der
rechtlichen Natur des ohne die freie Mitwirkung des Gläubigers gestatteten Eintritts
des Dritten in ein zwischen bestimmten Personen bestehendes Schuldverhältniß
begründet, ist in solchem Falle die Bestimmung des §. 444., daß der Cedent,
wofern er sich eines Betruges nicht schuldig mache, für Richtigkeit und Sicher-
heit der Forderung nicht gerecht werden dürfe. Dahingegen kann der Fall der
Uebereignung einer Forderung im Wege der Exekution nach den Bestimmungen
des Ges. v. 4. Juli 1822 an den Gläubiger des Eigenthümers der Forderung
nicht eben so behandelt werden. Es leistet dann nicht ein Dritter Zahlung,
sondern der Schuldner gewährt dem Gläubiger auf Anhalten des Richters Be-
friedigung durch Ueberlassung der Forderung. Diese bildet das Zahlungsmittel,
das in die Stelle der von dem Exequendus an den Exekutionssucher zu leisten-
den Geldzahlung zu tretende Objekt. Der Exekutionssucher darf die Uebereig-
nung eines solchen Aktivums fordern, welches als ein Objekt zur Tilgung der
Schuld auch wirklich anzusehen ist. Dazu gehört als wesentlichste Eigenschaft
die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der Forderung. Nach allgemeinen Rechts-
grundsätzen über die Rechte eines Gläubigers gegen seinen Schuldner im Fall
fruchtloser Vollstreckung der Exekution muß der Gläubiger, wenn er in der
übereigneten Forderung in der That nichts empfangen hat, befugt sein, seine
Befriedigung anderweitig zu verlangen. Dies führt auf die Anwendung der
Vorschriften über die Gewährleistung bei freiwilligen Cessionen (§. 420.).
Auch bei der Angabe an Zahlungsstatt wird der Schuldner durch die Hingabe
der Sache an den Gläubiger von der Gewährleistung nicht frei; es treten als-
dann die Rechte und Pflichten wie zwischen Käufer und Verkäufer ein (§§. 242. ff.
I. 16. und §§. 135. ff. I. 11. A. L. R.).

(Präj. Samml. S. 345, Entsch. Bd. 17. S. 168, Rechtsf. Bd. 4.
S. 99 Nr. 48.)

2) Das Justizmin. hat dagegen in dem R. v. 24. Febr. 1831
angenommen, daß in dem Falle der Uebereignung einer Forderung
an Zahlungsstatt auf Grund des §. 6. des G. v. 4. Juli 1822 der
Exequendus (Cedent) nicht für die Richtigkeit der abgetretenen For-
derung haftet.

Auf die unterm 31. Dec. v. J. eingereichte Vorstellung wird Ihnen zur
Resolution ertheilt, daß die darin geführte Beschwerde nicht für gegründet er-
achtet werden kann. Wenn es auch zweifelhaft sein mag, ob Sie durch die
Vorstellung v. 21. März 1828 die wirkliche Uebereignung der Forderungen
Ihres Schuldners zum Nennwerth an Zahlungsstatt — in Gemäßheit des
§. 6. des Ges. v. 4. Juni 1822 — nachgesucht haben, so ist doch diese Ueber-
eignung zum Nennwerth in Zahlung durch die an Sie erlassene Verf. v. 21. April
1828 deutlich ausgesprochen worden.

Da Sie nun gegen diese Verf. nichts eingewendet haben, so muß angenom-
men werden, daß Sie Eigenthümer der qu. Forderungen geworden sind. Die-
ses vorausgesetzt, sind Sie nun aber nicht berechtigt, wegen eines etwanigen
Ausfalles an den Ihnen zugeschlagenen Forderungen an Ihren ursprünglichen
Schuldner, Ihren Regreß zu nehmen. Die Uebereignung einer Aktivforderung
zu ihrem Nennwerthe im Wege der Exekution vertritt nach §. 6. des vorge-
dachten Gesetzes die Stelle einer Cession, und da diese Cession nur als eine
nothwendige betrachtet werden kann, so müssen auch die in den allgemeinen
Gesetzen bestimmten Folgen einer nothwendigen Cession dabei eintreten.

Der Exequendus wird auf Höhe der übereigneten Forderungen von seiner
Verbindlichkeit gegen den Exekutionssucher befreit und haftet nach §. 444. Tit. 11.
Thl. I. des A. L. R. nur für einen von ihm verübten Betrug. Dasselbe
Resultat ergiebt sich, wenn die Uebereignung der Forderung als eine Angabe an
Zahlungsstatt betrachtet wird (§. 242. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.). Es
muß hiernach bei den Bescheidungen des hiesigen Stadtgerichts und des Kam-
mergerichts sein Bewenden haben.

(Justizmin. Akten B. 186., Landr. Nr. 13. Vol. 4. fol. 52e.)

3) Bornemann hält die Ansicht des Justizmin. für richtig, weil
der Buchstabe des Gesetzes derselben zur Seite stehe.

(System Bd. 3. S. 186, 2. Ausg. Bd. 3. S. 103.)

4) Arndts ist entgegengesetzter Meinung, indem er bemerkt:

Der §. 444. spricht nicht von unfreiwilligen Cessionen überhaupt, sondern nur
von den im §. 442. bemerkten besonderen Fällen, und daher ist nicht zu fol-
gern, daß dasjenige, was für diese nothwendigen Cessionen bestimmt worden,
auf alle unfreiwilligen Cessionen Anwendung finden solle. Das Richtige ist,
daß der Exequendus niemals für die Sicherheit, wohl aber für die Richtigkeit
haftet. Die exekutivische Uebereignung ist eine durch den Richter bewirkte An-
gabe an Zahlungsstatt, welche beider Theile Vortheil bezweckt; der Exekutions-
sucher soll befriedigt und der Exequendus liberirt werden, die Liberation ist nur
das Entgeld für die zwangsweise erfolgte Abtretung einer Forderung des Exe-
quendus. Wenn nun aber die vermeintliche Forderung nicht besteht, oder der
Exequendus nicht Eigenthümer der richtigen Forderung, also in der Wirklichkeit
dem Exekutionssucher keine Forderung übertragen und aus dem Vermögen
des Schuldners kein Recht entnommen worden ist, so zerfällt damit auch der
Grund der Liberation. Der Exequendus wird zwar nicht eigentlich zu einer
Gewährleistung verpflichtet, aber es kann ihm auch kein Vortheil zugestanden
werden, der allein darauf beruht, daß eine ihm zustehende Forderung ihm genom-
men und dem Gläubiger übereignet worden. Er kann sich mithin nicht auf die
Liberation berufen und muß die alte Schuld wieder anerkennen. Der Gläubiger
kann unter Umständen die Erklärung, daß er die Forderung an Zahlungsstatt
annehmen wolle, wegen eines wesentlichen Irrthumes über die Substanz des
Gegenstandes als unverbindlich anfechten (A. L. R. I. 4. §. 75.) und es
würde höchstens eine Ausnahme eintreten, wenn er die Unrichtigkeit gekannt oder
die Forderung ausdrücklich auf seine Gefahr übernommen hätte. In dieser
Art würde mithin eine Verhaftung des Exequendus für die Richtigkeit an-
zunehmen sein. Anders ist es aber wegen der Sicherheit. Bei der Ueber-
eignung will und soll der Exekutionssucher nicht, wie bei der Ueberweisung in
vim assignationis, durch das, was der Schuldner des Exequendus zahlen
werde, sondern vielmehr durch die Forderung selbst befriedigt werden. Steht
dem Exequendus die Forderung wirklich zu, so erhält der Exekutionssucher durch
die Ueberweisungsverfügung die gewählte Befriedigung wirklich und vollständig.
Auf die Sicherheit kommt es nicht an, weil die Existenz der Forderung von
der Zahlungsfähigkeit des debitor cessus unabhängig ist. Es tritt mithin die
Liberation des Exequendus ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit sofort und
unbedingt ein. Der Gläubiger kann nicht hinterher von seiner Wahl zurück-
treten; denn auf einen Irrthum kann er sich nicht berufen, da er das gewählte
Recht vollständig erhalten hat, und sieht man die Zahlungsfähigkeit des Schuld-
ners als eine Eigenschaft dieses Rechtes an, so ist diese weder ausdrücklich vor-
ausgesetzt, noch als eine gewöhnlich vorauszusetzende Eigenschaft anzusehen (A.
L. R. I. 4. §§. 77., 81.). Bei der vertragsmäßigen Cession soll zwar nach
§. 430. h. t. der Cedent unter Umständen für die Sicherheit haften. Aber
der Grund dieser Bestimmung in Verbindung mit den §§. 427. bis 429. ist

nur der, daß es bei dem Forderungskaufe, außer den ausgenommenen Fällen, ein naturale negotii ist, daß sich der Verkäufer stillschweigend zur Gewährleistung für die Sicherheit habe verpflichten wollen. Sie setzt auf Seiten des Cedenten eine vertragsmäßige Verpflichtung voraus, die hier nicht anzunehmen. (J. W. 1845 S. 426.)

5) Temme führt aus, daß von einer Evictionsleistung bei einer nothwendigen Cession gar nicht die Rede sein könne, sondern daß das Gesetz diesen Begriff nur für freiwillige Cessionen aufgestellt habe. Bei nothwendigen Cessionen lasse der Gläubiger sich von seinem Schuldner ein Forderungsrecht desselben durch den Richter an Zahlungsstatt überweisen. Existire nun ein solches Recht des Schuldners nicht, so sei ihm eben nichts an Zahlungsstatt geworden, sondern seine Forderung existire noch gerade wie vorher. Das bloße Rechtsgeschäft der Cession sei völlig gleichgültig gewesen. Es habe kein Objekt gehabt. Ein Rechtsgeschäft ohne ein Objekt sei rechtlich gar keins und das R. v. 24. Febr. 1831 gehe offenbar von einer falschen Auffassung des Rechtspunktes aus.
(J. W. 1845 S. 653, Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 517.)

6) Koch bemerkt ebenfalls, daß das R. v. 24. Febr. 1831 auf einem vollkommenen Mißverständniß beruhe. Denn im rechtlichen Sinne nothwendig sei die Cession nur in den Fällen, wo Jemand durch eine für einen Anderen geleistete Zahlung von Rechtswegen (ipso jure) in die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt. (§. 442.)
(Lehrb. des Preuß. Priv. R. [1. Ausg.] Bd. 2. S. 147 Anm. 3.)

Vierter Abschnitt.

Vom Erbschaftskaufe.

§§. 445—450. Was für Erbschaften verkauft werden können.

§. 445. Was ist unter einer »freien« Erbschaft zu verstehen?

Bielitz meint, daß der §. 495. dies ergebe, und daß aus §§. 495. u. 496. hervorgehe, daß der Verkauf einer mit einer Bedingung belasteten Erbschaft nicht schlechterdings, sondern nur in gewissen Fällen nichtig sei und rückgängig gemacht werden könne.
(Komm. Bd. 2. S. 562.)

Die Gesetzrevisoren bemerken indeß:

Der §. 495. erklärt den Verkauf einer dem Verkäufer unter einer Bedingung zugefallenen Erbschaft nur dann für nichtig, wenn die Bedingung beiden Theilen unbekannt war. Es kann also aus demselben nicht entnommen werden, was unter einer nicht freien Erbschaft, die nicht verkauft werden darf, zu verstehen sei. Daß eine mit einer Substitution oder einem Fideikommiß beschwerte Erbschaft auch nicht darunter gemeint sein kann, lehrt der §. 488., nach welchem der Käufer nur den gezahlten Kaufpreis zurückfordern kann, und außerdem noch entschädigt werden muß, wenn ihm die Belastung nicht bekannt gemacht worden ist.

Die Materialien lassen jedoch darüber, was unter einer freien Erbschaft zu verstehen sei, keinen Zweifel.

In dem ersten von Klein angefertigten Entw. ist nur von einer angefallenen Erbschaft die Rede. Bei der Revision desselben bemerkte Kircheisen (Vol. 27. fol. 276.):

Nicht jedes Erbschaftsrecht ist verkaufbar, z. B. bei der Lehn- und Fideikommißfolge. Ich habe also das Wort: »freies« hinzugefügt. Die Renunciation eines Agnaten zum Vortheile eines Entfernten gehört nicht hierher.

In diesem Sinne erscheint der Zusatz aber ganz überflüssig. Denn Lehne und Fideikommisse, welche ein Verstorbener besessen, gehören nicht zu dessen Nachlaß (A. L. R. I. 9. §. 354.), und sind also auch in Beziehung auf denjenigen, der darin succedirt, nicht eine Erbschaft im rechtlichen Sinne. Wollte also Jemand seine nach dem Tode eines anderen ihm zukommenden Rechte auf Lehne und Fideikommisse verkaufen, so wäre dies eine bloße Cession, nicht aber ein Erbschaftskauf. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 50.)

Vergl. auch Bornemann's System Bd. 6. S. 525. und 2. Ausg. Bd. 6. S. 346, wo dasselbe mitgetheilt wird.

§§. 445. 446. Ueber die in einem wechselseitigen Testamente, in welchem sich Eheleute gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, einem Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten zugewendete Quote des Vermögens, welches der längstlebende Ehegatte nachlassen wird, kann während des Lebens des Letzteren durch Erbschaftskauf verfügt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1857 [1]).
(Entsch. Bd. 36. S. 62, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 310 Nr. 58.)

§. 447. 1) Die von einem Erben an einen Dritten geleistete Cession des Erbtheils, ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf Höhe einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen, den Erbtheil bildenden Gegenständen der Erbschaft.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1838. (Präj. Nr. 465.)

Vergl. in den Erg. zu den §§. 376., 377. h. t. Zus. 2.

2) Ist die Ueberlassung des Erbtheils bei einer Erbtheilung an einen Miterben gegen eine bestimmte Abfindung für einen Erbschaftskauf zu erachten?

a) Sommer bemerkt, daß für die Bejahung spreche, daß es nach §. 447. auch ein Erbschaftskauf sei, wenn auch nur ein Theil des Erbschaftsrechts verkauft worden, und daß also die Ueberlassung der Erbquote auf dem Wege der Erbtheilung nichts als ein Erbschaftskauf zu sein scheine, da es im rechtlichen Verhältnisse nichts ändern könne, daß der Erwerber des Erbtheils selbst schon Miterbe sei. Mit Rücksicht auf §§. 448—450. werde dies unzweifelhaft sein, wenn ein Inventarium des Nachlasses vorgelegen habe. Ein Vertrag also, wodurch der Miterbe nur das inventarisirte Aktiv- und Passiv-Vermögen übertrage, sei kein Erbschaftskauf, wohl aber gehöre ein solcher Vertrag unter diese Kategorie, wenn auch unbekannte Zuwüchse und Schulden auf den erwerbenden Miterben übergehen sollen.
(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 407.)

b) Bornemann bemerkt, daß die Absicht der Parteien in einem solchen Falle keineswegs auf eine Uebertragung des Erbschaftsrechts, sondern auf eine Realisirung des Erbschaftsanspruchs von der einen Seite, durch Hergabe einer bestimmten Summe von der andern Seite gerichtet sei. Dies habe auch das Ob. Trib. [2]) fortwährend, zuletzt unterm 24. Okt. 1842 in Sachen Frochte w. Böker angenommen.
(System [2. Ausg.] Bd. 6. S. 347.)

c) Temme ist der Ansicht, daß es in jedem einzelnen Falle auf die Absicht der Parteien ankomme, namentlich in wiefern diese auf eine Uebertragung des Erbrechts des Abgefundenen gerichtet ist, so daß derselbe in Beziehung auf die übrigen Miterben ganz als Erbe ausscheiden solle. (Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 2. S. 296 Anm. 2.)

d) Koch spricht sich dahin aus:

Die Ausscheidung eines von mehreren Miterben gegen eine bestimmte Abfindung sei kein Kauf, sondern Erbtheilung, indem die übrigen Erben nur behalten, was sie mit dem Ausgeschiedenen schon in solidum hatten. Wenn aber einer von mehr als zwei Erben seine Erbquote nur dem Einen der Uebrigen gegen Vergeltung abtritt, so sei das Geschäft Erbschaftskauf und nicht Theilung. Diese Auslegung trete indeß nur dann ein, wenn keine andere Absicht der Parteien in dem ersten Falle erhelle. Wenn dagegen in jenem Falle die Kontrahenten erklären, daß der ausscheidende Erbe sein Erbschaftsrecht als Ganzes auf die Uebrigen übertragen und nicht bloß das Eigenthum der einzelnen Stücke überlassen wolle, so sei auch in diesem Falle ein Erbschaftskauf vorhanden. Der Unterschied zwischen Erbschaftskauf unter Erben und Erbtheilung liege nämlich in dem Gegenstande des Rechtsgeschäftes. Ist dieser der Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris), so sei es Kauf; sind es die einzelnen Sachen, Rechte und Schulden, so sei es Erbtheilung.
(Landr. Bd. 1. Anm. 3. zu §. 447. h. t.)

e) Das Appell. Ger. zu Arnsberg hat in dem Erk. v. 8. Mai 1852 angenommen, daß der nach geschehener Zahlung einer Abfindungssumme, also gegen Entgelt geschehene Verzicht eines Miterben auf fernere Ansprüche an den Nachlaß nicht als Erbschaftskauf zu erachten sei. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 118.)

f) Das Justizmin. spricht sich über die Frage in dem R. v. 4. Aug. 1837 dahin aus:

Der hier in Rede stehende Vertrag enthält die Vertheilung des Nachlasses einer Ehefrau zwischen den Kindern und dem Ehemanne der Verstorbenen, wovon dem Letzteren 6 Zehntel und jedem der Ersteren 1 Zehntel gebührt. Dieses Zehntel wird auf 500 Thlr. festgestellt, welches der Vater als Inhaber des Nachlasses auszuzahlen verspricht und dagegen zugleich die Erbschaft zu ver-

[1]) So ist dies Präj. in den Entsch. Bd. 36. S. 62, dagegen in Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 310 Nr. 58. v. 15. Mai 1857 datirt.

[2]) Vergl. auch die Gründe des Präj. des Ob. Trib. v. 28. Febr. 1848 (Entsch. Bd. 16. S. 443).

treten übernimmt. — In soweit ist nur eine Erbtheilung vorhanden, welche durch die außergerichtliche aber schriftliche Form nicht entkräftet wird. Wenn daher auch die weitere Bestimmung des Vertrages, wonach dem Vater der Nachlaß gegen die Auszahlung der Erbtheile überlassen wird, als ein Erbschaftskauf angesehen werden könnte, so würde doch die Erbtheilung selbst gültig bleiben. Der Vertrag kann mithin auch in der letzteren Beziehung nicht als Erbschaftskauf angesehen werden, da ihm ein Inventarium nicht allein zur näheren Bestimmung und Bezeichnung der Erbschaft, sondern als Grundlage der Erbtheilung untergelegt worden ist. (§§. 449., 450. Tit. 11. Thl. I. A. L. R.)
(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 411.)

2) Der Begriff des Erbschaftskaufs wird durch Verabredungen, welche die gesetzliche Vertretungspflicht des Käufers abändern, nicht aufgehoben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1849.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 21 Nr. 7.)

§§. 454—461. Was unter einem Erbschaftskaufe begriffen sei, oder nicht.

§. 454. 1) Bei dem Mangel ausdrücklicher Bestimmungen über die Entrichtung des Erbschaftsstempels in einem Erbschaftskaufvertrage liegt dieselbe dem Erbschaftskäufer ob, und kann der Verkäufer, wenn er nach Abschluß des Vertrages den Erbschaftsstempel dem Fiskus hat entrichten müssen, von dem Käufer die Erstattung fordern.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juni 1847 (Präj. Nr. 1873.), auf Grund der §§. 447., 454., 456. h. t.
(Präj. Samml. S. 343, Entsch. Bd. 14. S. 464, Rechtsf. Bd. 1. S. 207 Nr. 97.)

2) Die von dem Erben vor erfolgter Theilung geschehene Cession seines Erbtheils an einen Dritten auf den Betrag einer bestimmten Summe gewährt, wenn hiernächst über das Vermögen des Erben ein Kreditverfahren eröffnet, und bei inzwischen erfolgter Theilung das Erbtheil zur Masse eingezogen wird, dem Cessionar kein Vindikationsrecht gegen diesen Theil der Masse, oder überhaupt das Recht der ersten Klasse, — sondern nur, wenn bei der Cession der Empfang der Valuta bekannt ist, wegen des persönlichen Rechts gegen den Cedenten, die Auszahlung der bestimmten Summe aus dem Erbtheile zu fordern, einen Anspruch auf die siebente Klasse.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. März 1846.
(Entsch. Bd. 12. S. 211.)

3) Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 7. Mai 1838 Nr. 465. in den Erg. zu den §§. 376. u. 377. h. t., Zus. 3.

§§. 454—456. 462. 463. 466. 483. Wenn ein Erbschaftskäufer in Betreff einer in der verkauften Erbschaft begriffenen Nachlaßschuld nachher das Recht des Gläubigers erwirbt, so kann sich der Erbschaftskäufer nicht darauf berufen, die Schuld sei durch Konfusion aufgehoben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1849.
(Entsch. Bd. 18. S. 232.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 493., 494.

§§. 455 u. 456. Ueber den Widerspruch zwischen den §§. 455. u. 456. h. t. und dem §. 480. h. t. vergl. die Erg. zum §. 480. h. t.

§§. 462—472. Verhältnisse in Ansehung der Legatarien, Gläubiger und Schuldner.

§§. 462—472. Nach dem Röm. Rechte hatten die Gläubiger des Erblassers und die Legatarien kein Recht, den Käufer der Erbschaft wegen ihrer Forderungen zu belangen, jedoch wurde ihnen dasselbe später durch die Praxis gestattet. (Voët. Com. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 6.) Da nun aber der Erbe dem Gläubiger mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars haften kann, oder auch ohne diesen Vorbehalt, so fragt es sich: ob und in wieweit auch dem Käufer der Erbschaft die Rechtswohlthat zu statten kommt?

Das A. L. R. entscheidet die Frage nicht. Die Gesetzrevisoren bemerken darüber Folgendes:

Um die Frage über die Verhaftung der Kontrahenten nach dem Verkaufe der Erbschaft zu lösen, lassen sich drei Ansichten aufstellen. Man nimmt entweder an:

1) daß beide Kontrahenten ganz unabhängig von einander den Gläubigern haften, und daß die Erklärung, Handlung oder Unterlassung des Einen noch nicht für den Anderen den Verlust der Rechtswohlthat des Inventariums zur Folge hat, oder

2) daß die Erklärungen, Handlungen oder Unterlassungen des Erben und Verkäufers allein entscheiden, oder

3) daß ein Unterschied zwischen der Zeit vor und nach dem Verkaufe gemacht werden müsse.

Nach der ersten würden Verkäufer und Käufer den Gläubigern als Benefizialerbe haften, bis sie durch ihre ausdrückliche Erklärung oder wegen unterlassener Einreichung eines Inventars der Rechtswohlthat verlustig werden.

Der Verlust der Rechtswohlthat in Hinsicht des Einen würde jedoch dem Anderen nicht schaden; wohl aber würde die Einreichung des Inventariums von Seiten des einen dem anderen, als dessen negotiorum gestor er zu achten, zu statten kommen.

Für diese Meinung läßt sich anführen, daß der Erbe ursprünglich nur nach den Kräften der Erbschaft haftet, und daß er über dieselbe nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn er sich der Rechtswohlthat ausdrücklich begiebt, oder durch seine Handlungen oder Unterlassungen sich derselben verlustig macht. Der Erbe bleibt, des Verkaufes ungeachtet, immer Erbe, und seine Verpflichtungen gegen die Gläubiger können durch die Erklärungen des Käufers oder durch dessen Handlungen und Unterlassungen, vorausgesetzt, daß er selbst die ihm als Erben zur Erhaltung der Rechtswohlthat obliegenden Pflichten erfüllt, nicht geändert werden, der Käufer der Erbschaft dagegen hat nach den Gesetzen alle Rechte und Pflichten des Erben, und in Hinsicht seiner findet also dasselbe statt. Will man dagegen anführen, daß er sein Recht von dem Verkäufer herleitet, und daß er alle dessen Rechte und Pflichten überkommt, daß also, wenn dieser sich vor dem Verkaufe schon der Rechtswohlthat begeben und dem Gläubiger unbedingt haften muß, er mit den Rechten des Erben auch diese Verbindlichkeit übernehmen müsse, so steht dem entgegen, daß bei dem Erbschaftskaufe die Sache so angesehen werden soll, als wäre die Erbschaft sogleich dem Käufer angefallen, daß ferner die Verpflichtung, über die Kräfte der Erbschaft zu haften, nicht aus dem Erbrechte selbst, sondern aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Entsagung der Rechtswohlthat entspringt, und daß nur die aus dem Erbrechte selbst, nicht die aus besonderen Handlungen des Erben entstehenden Verpflichtungen auf den Käufer übergehen. Ueberdies sind die Erbschaftsgläubiger schon genug begünstigt. Sie behalten nach dem Verkaufe ihre Rechte gegen den Verkäufer als ursprünglichen Erben und haben überdies noch ein Klagerecht gegen den Käufer, und es ist kein Grund vorhanden, gegen diesen ihr Recht so weit auszudehnen, daß er ihnen mit seinem eigenen Vermögen haften soll, wenn von seiner Seite das geschieht, was die Gesetze zur Verhütung der Verdunkelung der Masse verlangen.

Aus diesen Gründen ergiebt sich schon die Unrichtigkeit der zweiten Ansicht. Auf keinen Fall möchte es sich rechtfertigen lassen, die Verpflichtungen des Käufers von den Erklärungen des Verkäufers nach dem Verkaufe abhängig zu machen, denn durch den Verkauf begiebt sich der Verkäufer seines Rechtes auf die Erbschaft und überträgt solche dem Käufer. Allein zweifelhafter ist es, ob der Käufer der Erbschaft nicht dann verbunden sei, den Gläubigern über die Kräfte der Erbschaft zu haften, wenn der Verkäufer schon vor dem Verkaufe der Rechtswohlthat ausdrücklich entsagt, oder derselben verlustig erklärt worden ist. Indessen, wenn man erwägt, daß der Käufer nur mit dem Erben, nicht mit den Gläubigern kontrahirt, und daß seine Verpflichtung, diese zu befriedigen, nur aus dem Besitze der Erbschaft und der Billigkeit hergeleitet werden könnte, so kann man den Käufer nur dann für verpflichtet erachten, den Gläubigern über die Kräfte der Erbschaft zu haften, wenn er selbst entweder diese Verpflichtung ausdrücklich übernimmt, oder wenn er als Stellvertreter des Erben ein Inventarium des Nachlasses weder selbst einreicht, noch durch den Erben selbst einreichen läßt, und auf den Antrag der Interessenten der Rechtswohlthat verlustig erklärt wird. (Gesetzrev. Pens. XVI. Mot. S. 57.)

Bornemann führt aus:

Es ist anzunehmen, daß, wenn der Erbe schon vor Abschluß des Erbschaftskaufes der Rechtswohlthat ausdrücklich entsagt, oder sich derselben verlustig gemacht hat, auch der Erbschaftskäufer unbedingt haften muß, weil er in alle Rechte und Pflichten des Erben tritt. Der §. 456. steht wegen der Vorschriften in §§. 466., 469. nicht entgegen. Wenn beim Abschluß des Erbschaftskaufes noch res integra war, so kann keiner von beiden Kontrahenten dem anderen präjudiziren; denn wenn auch der Verkäufer in Hinsicht auf die Erbschaftsgläubiger Erbe bleibt, so können diese doch, wenn sie sich an den Käufer halten, nur aus dessen eigenen Handlungen, nicht aus den nach Abschluß des Verkaufes vorgenommenen Handlungen des Verkäufers Rechte herleiten. Sie können alsdann nur denjenigen von beiden Theilen als Erben ohne Vorbehalt belangen, der sich ausdrücklich oder stillschweigend der Rechtswohlthat des Inventariums begeben hat.
(System Bd. 6. S. 533, 2. Ausg. Bd. 6. S. 351.)

§. 465. Ueber die Entstehung des §. 465. und zu dessen Auslegung, insbesondere über die Bedeutung des darin gebrauchten Ausdruckes: »sogleich« bemerken die Gesetzrevisoren Folgendes:

Das A. L. R. überläßt es zwar den Erbschaftsgläubigern, ob sie sich ihrer Befriedigung halber zuerst an den Verkäufer der Erbschaft oder an den Käufer zuerst halten wollen, es macht aber denselben zur Pflicht, wenn sie zuerst den Käufer in Anspruch nehmen, und von der Befugniß, auf den Käufer wieder zurückzugehen, Gebrauch machen wollen, sich dieses sogleich ausdrücklich vorzubehalten, und diesen Vorbehalt dem Verkäufer gerichtlich bekannt machen zu lassen.

Es ist darüber angefragt worden:

ob dieser Vorbehalt gleich in der Klage geschehen müsse, oder

ob es nicht noch im Laufe der Instruktion geschehen könne und es hinreichend sei, wenn der Verkäufer von dem Vorbehalte nur Nachricht erhalte, ehe die Akten zum Spruch vorgelegt werden.

Das vorhandene Gesetz, der §. 465., giebt keinen Anlaß zu einer solchen Anfrage. Es wird darin den Gläubigern zur Pflicht gemacht, sogleich, wenn sie die Käufer in Anspruch nehmen, den Vorbehalt zu machen, und dies kann nichts Anderes heißen, als daß es gleich bei Einreichung der Klage geschehen müsse. Eine Deklaration dieses Gesetzes ist also nicht erforderlich.

In dem gedr. Entw. findet sich die gedachte Bestimmung des A. L. R. noch nicht (cf. §§. 412. sqq.); in einem der früheren Entw. hatte jedoch Klein bemerkt (Vol. 27. Fol. 125. v.), daß zwar nach Röm. Rechte den Gläubigern nicht das Recht zustehe, den Erbschaftskäufer zu belangen, daß jedoch nach der Behauptung des Voëtius der Gerichtsgebrauch dagegen sei, und daß es den Erbschaftsgläubigern allerdings freistehe, den Käufer zu verklagen. Sie könnten jedoch an den Käufer der Erbschaft wider ihren Willen nicht verwiesen werden; hätten sie aber den Käufer einmal belangt, so könnten sie sich nicht an den Erben regressiren.

Diese Bemerkung griff Suarez in der rev. mon. wieder auf. Er meinte, die Frage:

ob der Gläubiger, der sich an den Käufer halte, seinen Regreß an den Erben verliere?

würde zu entscheiden sein. Das Röm. Recht statuire es, er sehe aber dazu keinen Grund, und hierauf ist nach der am Rande befindlichen Bemerkung beschlossen, daß der Gläubiger dem Verkäufer es gerichtlich bekannt machen lassen müsse. Gründe dieses Beschlusses sind nicht angegeben. Es sind aber wohl keine anderen vorhanden, als daß der Verkäufer dadurch Veranlassung erhalten soll, sein Interesse wegen der an die Erbschaft zu machenden Ansprüche wahrzunehmen, und entweder den Käufer anzuhalten, die Gläubiger zu befriedigen, oder mit demselben gegen die Gläubiger gemeinschaftliche Sache zu machen.

(Gesetzrev. Pens. XVI. Mot. S. 59.)

§. 468. Kann der Ersatz der baaren Auslagen gefordert werden, wenn dergleichen bei den Leistungen vorkommen?

Es bejahen:

a) Bielitz, indem er noch anführt, daß nach §. 468. der Verkäufer bloß keine Vergütigung seiner Bemühungen bei dieser Leistung fordern könne. Wenn daher z. B. der Erbschaftskäufer, vermöge der Vorschrift des Testamentes, eine Reise zu unternehmen, oder sonst etwas, wozu ein Geldaufwand erforderlich werde, zu verrichten habe, so müsse der Käufer dazu die Kosten hergeben. (Komm. Bd. 2. S. 569.)

b) Bornemann, weil die Absicht des Gesetzgebers offenbar nur dahin gegangen sei, daß für die unschätzbare Leistung selbst kein Anspruch auf Vergütigung stattfinden solle.

(System Bd. 6. S. 533, 2. Ausg. Bd. 6. S. 351.)

c) Die Gesetzrevisoren theilen mit, daß das O. L. G. zu Hamm dieselbe Ansicht habe und fügen hinzu:

Diese Meinung ist auch richtig, denn in der rev. mon. bemerkt Suarez: Wenn dem Erben praestationes personales auferlegt werden, die keiner Schätzung nach Gelde fähig sind, so kann der Praestantiarius sich dieserhalb an den Käufer nicht halten, sondern nur an den Verkäufer, und dieser, wenn er die Leistung entrichten muß, kann dafür von dem Käufer keinen Ersatz fordern, nisi aliter conventum.

Auf den Grund dieser Bemerkung ist der in dem gedr. Entw. fehlende §. 468. eingeschoben, und es geht daraus hervor, daß nur für die persönliche Leistung keine Vergütigung gefordert werden sollte, nicht aber, daß man den Käufer auch von dem Ersatze der dabei gemachten nothwendigen baaren Auslagen, die allerdings nach Gelde zu berechnen sind, befreien wollte, wozu auch sonst kein rechtlicher Grund vorhanden war. Da die Fassung des §. 468. indessen die Auslegung zuläßt, daß der Käufer gar keine Vergütigung, auch nicht für die bei einer persönlichen Leistung gehabten baaren Auslagen, fordern könne, so ist in den Entw. eine Bestimmung nach dem Antrage des O. L. G. zu Hamm aufgenommen worden. (Gesetzrev. Pens. XVI. Mot. S. 60.)

§. 473. Form.

Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte verordnet im §. 1.:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für die Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

ꝛc. ꝛc. c) bei Erbschaftskäufen (§. 473. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. und §. 9. Nr. 2. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O.).

(G. S. 1845 S. 495.)

§§. 474—483. Wirkungen eines Erbschaftskaufs.

§. 480. 1) Die Bestimmung des §. 480. harmonirt nicht mit der Vorschrift des §. 456. und des §. 455.

Die Gesetzrevisoren sprechen sich hierüber an zwei verschiedenen Orten (zum §. 456. und zum §. 480.) in nachstehender Art aus:

a) Nach den Grundsätzen des Röm. Rechtes nahm man an, daß durch die Schließung eines Erbschaftsverkaufes der Erbe zwar nicht aufhöre, Erbe zu sein, daß jedoch alle aus dieser Qualität ihm zustehenden Rechte auf den Käufer übergingen, und die Sache so angesehen werden müsse, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer zugefallen sei. Daraus entstanden die wichtigen Folgerungen: daß der Erbe auch nach dem Verkaufe seine gegen den Erblasser ihm zugestandenen Forderungen geltend machen konnte, und eine Konfusion seiner Forderungen mit denen des Erblassers nicht erfolgte, und daß ihm der Käufer der Erbschaft die Erbschaftsschulden, welche er berichtigt, selbst die bezahlten Begräbnißkosten, wieder erstatten mußte.

Das A. L. R. nimmt §. 456. auch an: daß bei einem Erbschaftskaufe die Sache so genommen werden müsse, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer und nicht dem Verkäufer angefallen wäre, und es läßt daher keine Konfusion zwischen Forderungen des Erblassers und des Erben zu; dagegen aber bestimmt dasselbe jenem Grundsatze entgegen, §. 480., daß, wenn der Verkäufer vor geschlossenem Vertrage Kapitalsschulden des Erblassers bezahlt oder Legate entrichtet und sich dieserhalb bei dem Verkaufe nichts vorbehalten hat, er dafür von dem Käufer keine Vergütigung fordern kann. Beide Vorschriften, nämlich §§. 456. u. 480., stehen im offenbaren Widerspruche, denn ist der Käufer der Erbschaft als Eigenthümer derselben mit dem Anfalle derselben anzusehen, so darf der Verkäufer nur als sein negotiorum gestor oder als bonae fidei possessor betrachtet werden, und wenn dieser Schulden der Erbschaft bezahlt und dadurch den Zustand derselben verbessert, so kann er von dem Eigenthümer derselben, also von dem Käufer, Erstattung seiner Auslagen fordern. Es fragt sich, welcher dieser Sätze künftig beizubehalten?

Daß der Käufer der Erbschaft so zu betrachten, als sei ihm, und nicht dem Verkäufer, die Erbschaft angefallen, folgt aus dem Begriffe des Erbschaftskaufes selbst. Denn nach diesem ist der Gegenstand desselben das Erbschaftsrecht selbst, nicht aber die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Gegenstände. Sollten einzelne, zur Erbschaft gehörige Gegenstände von dem Kaufe ausgeschlossen sein, so können die Kontrahenten dies zwar bestimmen; aus der Natur des Kontraktes folgt dies aber nicht. Unstreitig ist auch die Bestimmung des §. 480. nur zur Vereinfachung der Auseinandersetzung zwischen Verkäufer und dem Käufer der Erbschaft erlassen. Sie befindet sich nicht in den Entwürfen zum Gesetzbuche, selbst nicht in dem gedruckten, sondern in diesem ist, §§. 418. sqq., ausdrücklich gesagt: daß der Verkäufer schuldig sei, dem Käufer Alles das auszuliefern, was aus der Erbschaft wirklich an ihn gelangt ist, daß er die seit dem Tode des Erblassers von der Erbschaft gezogenen Nutzungen nicht berechnen und vergüten, dagegen aber auch von dem Käufer wegen der seit dem Tode des Erblassers verwendeten Ausgaben und Kosten keinen Ersatz fordern darf. Gegen diese vorgeschlagenen Bestimmungen waren auch keine Monita erhoben, vielmehr war darauf angetragen worden, dem Verkäufer auch das Recht wegen Erstattung der Begräbnißkosten und der an die Legatarien geleisteten Zahlungen vorzubehalten (Vol. 60. Monita des von Lindenau Fol. 78.). Statt dessen aber schlug Suarez in seiner rev. mon. vor, die §§. 422. u. 421. des Entw. dahin abzuändern:

daß der Verkäufer der Erbschaft in Ansehung der Nutzungen und der davon zu entrichtenden Lasten in dem Zeitraume vom Tode des Erblassers bis zum Verkaufe einem bonae fidei possessor gleich zu achten;

daß er dagegen die Konversationskosten nicht fordern könne, weil anzunehmen, daß darauf schon bei Bestimmung des Kaufgeldes reflektirt worden und daß ein Gleiches wegen der von dem Verkäufer zwischen der Zeit vom Tode des Erblassers bis zum Verkaufe etwa bezahlten Kapitalschulden und Legate anzunehmen. Habe der Verkäufer sich deshalb im Kontrakte nichts vorbehalten, so müsse man annehmen, daß er seine Vergütigung dafür durch das Kaufgeld erhalten.

Aber um dies anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden. Wenn die Gesetze sagen, daß nach dem Erbschaftskaufe angenommen werden müsse, die Erbschaft sei nicht dem Verkäufer, sondern sogleich dem Käufer angefallen, wenn dies der Natur des Geschäftes auch gemäß ist, und die Gesetze nun auch noch ausdrücklich dem Verkäufer die Pflicht auferlegen, die Erbschaft in dem Stande auszuliefern, wie sie ihm angefallen ist, so darf man nicht vermuthen, daß der Verkäufer habe auf den Ersatz der bezahlten Legate und Kapitalschulden des

Erblassers Verzicht leisten wollen. Ist also wegen derselben in dem Kontrakte nichts erwähnt, so muß man gerade das Gegentheil annehmen, also: daß der Verkäufer dafür durch das Kaufgeld noch nicht befriedigt worden und daß der Käufer noch besonderen Ersatz dafür leisten solle.

Hiernach würde also der §. 480. abzuändern und die Bestimmung des Röm. Rechtes, nach welcher der Verkäufer die vor geschlossenem Vertrage bezahlten Legate und Kapitalschulden des Erblassers von dem Käufer erstattet fordern kann, wieder herzustellen, die in den §§. 454—457. ausgesprochenen Grundsätze dagegen aufrecht zu erhalten sein. Was den §. 455. insonderheit anbetrifft, so lautete dieser im gedr. Entw. §. 406.:

Selbst die Verbindlichkeit, mit welcher der Erbe dem Erblasser verhaftet war, so wie die Forderungen des Erben an den Erblasser bleiben, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, ungeändert.

Der im A. L. R. befindliche §. 457. fehlte dagegen in dem Entw., und Suarez bemerkte daher in seiner rev. mon.:

Um den Sinn des §. 406., daß keine confusio jurium defuncti et heredis erfolge, noch bestimmter auszudrücken, könnte man das Principium juris Romani ausdrücklich aufnehmen, daß die Sache so genommen werde, als wenn die Erbschaft unmittelbar auf den Käufer devolvirt worden.

Mit der Einschiebung dieses in dem §. 456. enthaltenen Satzes ist zugleich eine Abänderung des §. 406. des Entw. erfolgt; allein die frühere Fassung war gewiß deutlicher als die jetzige. (Gesetzrev. Pens. XVI. Mot. S. 53.)

b) Die Bestimmung des §. 480., nach welchem der Verkäufer die vor geschlossenem Vertrage bezahlten Kapitalschulden und Legate nicht vergütigt fordern darf, wenn er sich dies nicht ausdrücklich vorbehalten hat, widerspricht dem vorher ausgesprochenen Grundsatze, daß bei einem wirklichen Erbschaftskaufe der Käufer in alle Rechte und Pflichten des Erben tritt, und die Sache so genommen wird, als wenn die Erbschaft sogleich dem Käufer und nicht dem Verkäufer angefallen wäre. Auch die Bestimmung des §. 455. läßt sich damit nicht vereinigen, nach welcher eine Konfusion der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers und des Erben nicht stattfinden, und der Erbe nach dem Verkaufe der Erbschaft noch das Recht haben soll, seine eigenen Forderungen an den Erblasser gegen den Käufer geltend zu machen und selbst die ihm ausgesetzten Prälegate zu fordern (§. 460.), und daher tritt nach dem A. L. R. wegen der eigenen Forderungen des Verkäufers an den Erblasser keine Konfusion ein; wohl aber wegen der Forderung dritter Personen, welche der Verkäufer nach dem Anfalle der Erbschaft bezahlt hat.

Außerdem scheint aber bei der Bestimmung des §. 480. nur der Fall berücksichtigt zu sein, wenn der Verkäufer vor dem Verkaufe der Erbschaft Kapitalsschulden und Legate aus seinem Vermögen bezahlt hat, nicht aber, was gewiß doch am häufigsten ist, wenn die Zahlung aus den Beständen der Erbschaft selbst erfolgt ist. Man fragt mit Recht: ob in dem letzten Falle der Verkäufer dem Käufer ohne Abzug die gezahlte Summe übergeben muß, oder ob er letztere in Abzug bringen dürfe? Bejaht man die Frage, entweder, weil der Erbschaftskauf ein Kauf in Pausch und Bogen ist und die Sache so übergeben und angenommen werden muß, wie sie steht und liegt, oder weil man den §. 477. in Anwendung bringt, nach welchem einzelne Sachen, die seit dem Tode des Erblassers, bis zum geschlossenen Kaufe, im ordentlichen Laufe der Geschäfte von der Erbschaft abgesondert werden, von dem Verkäufer nicht gewährt werden dürfen, so geräth man wieder auf den Widerspruch, daß der Verkäufer die bezahlten Erbschaftsschulden einmal dem Käufer abziehen kann, das andere Mal nicht, und daß dies von dem an sich ganz unerheblichen Umstande abhängig gemacht wird, ob der Verkäufer das zur Befriedigung der Gläubiger erforderliche Geld aus den gefundenen Baarschaften genommen, oder aus seinem eigenen Vermögen Vorschüsse geleistet hat. Will man dagegen die Frage verneinen, weil der §. 480. gar nicht den zuletzt bezeichneten Unterschied macht, so begeht man die größte Unbilligkeit gegen den Verkäufer, denn daß dieser die aus den Beständen der Erbschaft selbst zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatarien verwendeten Gelder nicht habe in Abrechnung bringen, sondern gleiche hohe Summen aus seinem Vermögen wieder habe zu der Erbschaft bringen und sich der weiteren Ansprüche daraus an den Käufer habe begeben wollen, ist doch nicht im Geringsten wahrscheinlich.

Alle diese Widersprüche schwinden, wenn man zu den Vorschriften des Röm. Rechtes wieder zurückkehrt. Es können dann freilich zwischen dem Verkäufer und Käufer darüber Streitigkeiten entstehen, ob ersterer eine wirklich rechtsbeständige Forderung bezahlt hat; allein in einem solchen Falle befindet sich die Sache in derselben Lage, in welcher sie sich befinden würde, wenn der Verkäufer die Schulden und Legate nicht bezahlt hatte, nur mit dem Unterschiede, daß alsdann der Prozeß selbst mit dem Verkäufer geführt werden muß, statt daß, wenn der Verkäufer nicht Zahlung geleistet hätte, die Kreditoren und Legatare selbst würden klagen müssen. Ueberhaupt kann der Verkäufer nur ex jure subintrandi die Erstattung der von ihm an die Erbschaftsgläubiger und Legatarien geleisteten Zahlungen fordern, und der Käufer der Erbschaft kann daher dem Verkäufer alle Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den Kreditor und Legatar, die hier als Cedenten anzusehen sind, zugestanden haben würden, sie mögen nun die Verität der Forderung oder die Priorität derselben betreffen. Wenn also bei wirklicher Unzulänglichkeit der Erbmasse der Verkäufer einen Legatar oder einen Gläubiger, der nicht zur Hebung kommen würde, befriedigt hätte, so würde er von dem Käufer, vorausgesetzt, daß dieser nur als Benefizialerbe haftet, keine Zahlung verlangen können. (a. a. O. S. 63.)

Bornemann erwähnt ebenfalls, daß der §. 480. (nach einer Bemerkung von Suarez in der rev. mon.) auf der Annahme beruhe, daß der Verkäufer, wenn er sich deshalb nichts vorbehalten habe, seine Vergütigung schon durch das Kaufgeld erhalten haben werde, und bemerkt hierbei zugleich, daß es sich übrigens von selbst zu verstehen, und auch aus dem §. 477. zu folgen scheine, daß, wenn der Verkäufer die Erbschaftsschulden und Legate aus den Beständen des Nachlasses bezahlt habe, der Käufer auf Gewährung der dazu verwendeten Gegenstände keinen Anspruch machen könne.
(Syst. Bd. 6. S. 530, 2. Ausg. Bd. 6. S. 349.)

2) Ist der Käufer berechtigt, dem Verkäufer den Einwand der Kompensation solcher Forderungen entgegen zu stellen, die ihm vor Abschluß des Erbschaftskaufes und vor der Befriedigung des Gläubigers durch den Verkäufer gegen den Gläubiger zugestanden haben?

Die Gesetzrevisoren bejahen, weil nach dem Erbschaftskaufe die Sache so angesehen werde, als sei die Erbschaft sogleich dem Käufer zugefallen. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 65.)

Fünfter Abschnitt.

Vom Trödelvertrage.

§§. 513—515. Wie ist der §. 513. mit dem §. 515. zu vereinigen?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Mit dem §. 513., wonach das Eigenthum der Sache auf den Empfänger mit Ablauf des Termines übergehen soll, läßt es sich nicht füglich vereinigen, daß der vorige Inhaber von eben diesem Zeitpunkte an die noch unverkauft beim Empfänger vorhandene Sache zurückzunehmen befugt sein soll, wie solches der §. 515. verordnet. Allerdings war dies im Röm. Rechte, vermöge des bei allen unbenannten Realkontrakten stattfindenden jus poenitendi, der Fall; und rechtfertigen ließe sich die Bestimmung nach §§. 155., 161. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R., wenn ein bloß mündlicher Vertrag vorläge, und wenn man annähme, daß auch derjenige, der den mündlichen Vertrag seinerseits vollständig erfüllt hat, so lange die Erfüllung von der anderen Seite nicht erfolgt ist, zurückzutreten und das Gegebene zurückzufordern befugt sei. Auf solche Weise würde man voraussetzen, daß der mündliche Vertrag erst durch die beiderseitige Erfüllung unumstößliche Kraft erlange. Dies ist aber nicht die Ansicht der Verfasser des A. L. R. gewesen; der §. 515. d. Tit. hat vielmehr eine andere Bedeutung, er bezieht sich auf den Rücktritt von einem rechtsbeständigen Vertrage wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung, während der Trödelvertrag selbst durch die Uebergabe der beweglichen Sache ohne Rücksicht auf schriftliche Abfassung seine Gültigkeit erlangt. Jene Bestimmung fand sich im gedr. Entw. zum Gesetzbuche noch nicht, in der rev. mon. bemerkte Suarez darüber:

Der vorige Inhaber kann die Sache ante lapsum terminum nicht zurückfordern. Wenn ihm aber elapso termino der bestimmte Preis nicht geliefert wird, und die Sache bei dem Empfänger noch unverkauft vorhanden ist, so kann er von dem Vertrage zurücktreten, folglich die Sache wiederfordern; argum. §. 240. (des Entw.).

Dieser Bemerkung verdankt der §. 515. d. Tit. seine Entstehung; der angezogene §. 240., dem der §. 230. des jetzigen Textes entspricht, hing im Entwurfe mit den übrigen Bestimmungen, betreffend den Rücktritt wegen Mangels gegenseitiger Erfüllung, auf das Genaueste zusammen. Der §. 515. soll daher mit anderen Worten Folgendes sagen: »Zahlt der Empfänger den Preis nicht gleich mit Ablauf des Termines, so ist dies ein Mangel der Erfüllung, welcher den anderen Kontrahenten berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, und demzufolge seine Sache zurückzufordern.«
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 93 u. 94.)

b) Bornemann bemerkt, daß der §. 230. A. L. R. I. 11. in seiner jetzigen Fassung die Zurücknahme einer bereits tradirten Sache nicht gestatte, und daher nicht einmal analogisch auf den Fall anzuwenden sei, wenn die Uebergabe bereits erfolgt ist und die tradirte Sache zurückgefordert werden soll. Dessenungeachtet sei der §. 515. eine angemessene Ausnahme von den sonst geltenden allgemeinen Grundsätzen über die Folgen der Nichterfüllung zweiseitiger Verträge; denn bei dem Trödelgeschäft beabsichtige der Empfänger, den Ueberschuß über den bestimmten Preis für sich zu behalten; er müsse daher, wenn die rechtzeitige Rückgabe der Sache unterbleibe, den bestimmten Preis

unbedingt zahlen, und dies sei als ein beneficium für den Geber zu betrachten. Nach dem Grundsatze, daß beneficia nicht obtrudirt werden, könne aber der Ablauf des Termins nur den Verlust des Wahlrechtes des Empfängers und dessen Uebergang auf den Geber bewirken, welcher letztere also nunmehr alternativ befugt sei, die Sache zurückzufordern oder die Zahlung des bestimmten Kaufpreises zu verlangen. (System Bd. 3. S. 188, 2. Ausg. Bd. 3. S. 104.)

c) Koch will die §§. 513. u. 515. dahin vereinigen, daß, wenn der Uebernehmer die Sache nicht angebracht hat, aber an dem bestimmten Tage den Preis zahlt, das Eigenthum der Sache auf ihn selbst mit Vollziehung der Zahlung übergeht; wogegen, wenn er nicht zahlt, es in der Wahl des Auftraggebers steht, ob er die Sache zurück oder den Preis fordern will.

(Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 2. S. 458.)

d) Temme hält die Ansicht der Gesetzrevisoren, daß nach §. 515. der Geber ganz von dem Vertrage zurückgehen könne, nicht für begründet; der §. 515. besage nur, daß der Geber nur die Sache, nicht auch die Nutzungen, zurückfordern könne.

(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 519 Anm. 1.)

Sechster Abschnitt.

Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen.

§. 527. Begriff.

1) Wenn ein interimistisch angestellter Schullehrer, welcher einer Unterstützungs-Anstalt für Schullehrer-Wittwen und Waisen beigetreten ist, aus derselben ausscheiden muß, weil er die vorschriftsmäßige Prüfung nicht bestanden hat, und deshalb nicht definitiv angestellt wird, so kann er die bis dahin zu der Unterstützungs-Anstalt eingezahlten jährlichen Beiträge zurückfordern, sofern ihm ein Verschulden bei dem ungünstigen Ausfall der Prüfung nicht nachgewiesen ist, auch die Statuten der Anstalt nicht etwas Anderes bestimmen. Denn der Beitritt zu einer Privat-Unterstützungs-Anstalt für Wittwen und Waisen enthält, als ein gemischtes Geschäft, sowohl eine emtio spei, als eine emtio rei speratae, und muß im Zweifel nach den Regeln der letzteren beurtheilt werden.

(Erk. des O. L. G. zu Insterburg v. 8. Dec. 1838 und des Ob. Trib. v. 29. Juni 1839, J. W. 1840 S. 389.)

Koch bemerkt hierzu, daß der Fall aus dem Gesichtspunkte angesehen werden müsse, daß Jeder, welcher einer schon gültig bestehenden Gesellschaft unter einer nachher nicht zutreffenden Voraussetzung beitrete, als unter einer Resolutivbedingung beigetreten zu betrachten sei und die gezahlten Beiträge mit der Kontraktsklage zurückfordern könne. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 707 Anm. 8.)

Vergl. Temme's Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 520 Anm. 6.

2) Wenn Jemand sich verpflichtet, gegen Empfangnahme einer bestimmten Zahl Eisenbahnquittungen eine bestimmte Summe als Kaufgeld zu zahlen, so ist dies kein gewagter Vertrag. Denn wenn auch das ganze Unternehmen der Eisenbahnen insofern ein gewagtes Unternehmen ist, als der Ertrag sich mit einiger Zuverlässigkeit kaum irgend bestimmen läßt, und von vielen Umständen und Verhältnissen abhängt, über welche man noch nicht hinreichende Erfahrungen hat sammeln können, so folgt doch daraus nicht, daß alle darauf Bezug habende Verträge in die Kategorie der gewagten Verträge fallen; denn jene Gefahr ist bei anderen Erwerbungen von Staatspapieren, nutzbaren Grundstücken u. a. ebenso vorhanden, ohne daß dergleichen Rechtsgeschäfte als gewagt angesehen werden. Im vorliegenden Falle ist nur der Umfang und Werth noch ungewiß, das Recht selbst aber wird effektiv übertragen.

(Erk. [Gerichtshof und Datum konstiren nicht] Themis 1837 S. 976.)

§§. 528—545. Allgemeine Grundsätze.

§§. 539—541.

Ueber die Bedingungen des Verschweigens und des vorsätzlichen Verschweigens bei gewagten Verträgen. (Mathis Bd. 6. S. 175. ff.)

§. 546. Statt »Abschnitt 14.« ist zu lesen: »Abschnitt 13.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 547—568. Von Lotterieen.

1) Schon vor der Emanation des A. L. R. war jede Art von Privat-Lotterie verboten.

(P. v. 23. Aug. 1782, Ediktensamml. von 1782 S. 1523.)

Ebenso war auch der Einsatz in fremde Lotterieen mit Strafe bedroht.

Pat. v. 8. Juni 1731. (C. C. Tom. V. Abtheil 2. No. 218.)
Cirk. v. 3. Juli 1751. (N. C. C. Tom. I. p. 102.)
C. v. 1. Sept. 1767. (N. C. C. Tom IV. p. 975.)

Zur Zeit der Publikation des A. L. R. bestanden im Preuß. Staate nebeneinander eine Zahlen- und eine Klassen-Lotterie, welche bis zum 1. Juni 1794 verpachtet waren, seitdem aber für Rechnung der Staatskassen verwaltet wurden. (Lotterie-E. v. 20. Juni 1794.)

Durch das Ed. v. 28. Mai 1810 wurde die Zahlen-Lotterie aufgehoben, und statt derselben eine Quinen-Lotterie eingeführt, deren Einrichtung sich aus dem Plan de eod. dato (Mathis Bd. 9. S. 213—219) ergiebt. An die Stelle der letzteren ist später die kleine Geld-Lotterie getreten, welche indeß ebenfalls wieder eingegangen, so daß zur Zeit die Klassen-Lotterie die einzige Staats-Lotterie ist.

2) Bei den Staats-Lotterien sind die durch den Druck bekannt gemachten Pläne, Instruktionen und Publikanda die Gesetze, nach welchen die Rechte und Pflichten der General-Lotterie-Direktion und der autorisirten Einnehmer, dem Publikum gegenüber, zu beurtheilen sind und neben welchen die Vorschriften der §§. 547—568. h. t. nur subsidiarisch entscheiden. Als solche Bestimmungen, welche vor dem A. L. R. zur Anwendung kommen, sind hier zu bemerken:

a) das Lotterie-Edikt v. 20. Juni 1794, dessen Bestimmungen, insoweit sie nicht durch die späteren V. modifizirt werden, noch in Gültigkeit stehen.

Wir ꝛc. Nachdem Wir beschlossen haben, die in Unseren Königl. Landen bisher verpachtet gewesenen Zahlen- und Klassenlotterien, v. 1. Juni d. J. an, zum Besten der Invaliden- und Wittwen-Versorgungs-, auch Schul- und Armen-Anstalten, durch die in Unsern Allerh. Dienst genommenen beiden bisherigen Direktionen, denen Wir eine besondere General-Lotterie-Administration vorgesetzt haben, verwalten zu lassen, so haben Wir zugleich resolvirt, die Gesetze und Bestimmungen, wonach bei deren Einrichtung und Verwaltung verfahren werden soll, hierdurch zu Jedermanns Wissenschaft öffentlich bekannt machen zu lassen.

Wir setzen demnach fest und ordnen hierdurch Folgendes:

§. 1. Da Wir in Unserem A. L. R. I. 11. §§. 547. ff., imgleichen II. 20. §§. 248. u. 249. bereits die allgemeinen Gesetze in Absicht der Lotterieen überhaupt gegeben haben, so ist es Unser Wille, daß solche auch auf Unsere nunmehr in Administration genommenen Zahlen- und Klassen-Lotterieen angewendet werden sollen, in sofern sie nicht in diesem Unserem Edikte, der besonderen Einrichtung dieses Institutes gemäß, näher bestimmt worden. Die Ziehungen der Zahlen- und Klassen-Lotterieen selbst aber sollen unter Aufsicht der von Unserer General-Lotterie-Administration dazu erwählten nöthigen Kommissarien geschehen.

§. 2. Die sowohl jetzt öffentlich durch den Druck bekannt gemachten Pläne, Instruktionen für Einnehmer und Avertissements, als auch die künftig gleichmäßig bekannt zu machenden Abänderungen derselben sind die einzelnen Gesetze, wonach die Rechte und Pflichten Unseres General-Lotterie-Administrations-Kollegii und der unter dessen Autorität von den Lotterie-Direktionen angenommenen Einnehmer, in Gemäßheit Unserer V. des A. L. R. I. 11. §. 548., beurtheilt werden sollen.

§. 3. Unsere General-Lotteriekasse soll für alle und jede Gewinne haften, welche auf die, in Gemäßheit der §. 2. gedachten Pläne ꝛc., von den mit Bestallungen versehenen Einnehmern der beiden Lotterie-Direktionen ausgefertigten Klassen- und Zahlen-Lotterieloose und Billets plan- und instruktionsmäßig fallen, in sofern nur die Zahlen-Lotteriebillets von den Einnehmern in den vorschriftsmäßigen Listen gehörig eingetragen und diese Listen der Lotterie-Direktion drei Tage vor der Ziehung zugekommen und von derselben angenommen worden sind.

§. 4. Dagegen können Untereinnehmer die General-Lotteriekasse nicht verpflichten. Sollten indessen wirklich bestallte Einnehmer auf ihre Gefahr dergleichen angenommen haben, und dabei dasjenige beobachten, was Art. 24. des Unterrichts den Einnehmern der Zahlenlotterie vorgeschrieben ist, so sollen die Gewinne, welche auf die drei Tage vor der Ziehung der Lotterie-Direktion zugekommenen, von derselben angenommenen und von dem wirklichen Einnehmer kontrasignirten Listen fallen, demselben zugesandt werden, an den oder dessen Untereinnehmer sich alsdann die Gewinner allein zu halten haben.

§. 5. Da sowohl die Klassenloose, als Zahlenbillets auf jeden Inhaber lauten, so sollen auch die darauf fallenden Gewinne ohne andere Legitimation

jedem Inhaber eines solchen Looses oder Billets von dem Einnehmer, bei welchem dasselbe gewonnen ist, ausgezahlt werden.

Es bleibt indessen einem jeden rechtmäßigen Inhaber überlassen, die in Unserem A. L. R. I. 15. §§. 47—53. vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln zur Erhaltung seines Eigenthumes eines ihm etwa abhanden gekommenen Looses zu ergreifen. Unterläßt derselbe aber dabei vor der Zahlung dem Einnehmer, von dem er das Loos oder Billet genommen, und den Lotterie-Direktionen davon Anzeige zu thun, so muß er es seiner eigenen Sorglosigkeit beimessen, daß ihm die General-Lotteriekasse so wenig, als der Einnehmer für den auf ein solches Loos gefallenen und bereits an den Inhaber desselben ausgezahlten Gewinn, weiter verantwortlich ist.

§. 6. Aus eben diesem Grunde sollen auch keine Lotteriegewinne mit Arrest belegt werden können.

§. 7. Wenn ein Einnehmer dem Spieler das Einsatzgeld stundet, so geschieht solches zwar nur auf seine Gefahr; indessen wollen Wir die V. Unseres A. L. R. I. 11. §. 558. dahin bestimmen, daß der Einnehmer nichtsdestoweniger den kreditirten Einsatz gegen den Spieler einzuklagen befugt ist[1]), so wie es auch bishero der Verfassung und den Lotteriegesetzen gemäß gewesen und beständig gerichtlich beobachtet worden ist.

§. 8. Die Bestimmung der Lotterie-Ziehungstermine hängt von der General-Lotterie-Administration ab, welche solche noch erforderlichen Falls weiter hinaussetzen kann, ohne deshalb den Einsetzern zu irgend einer Entschädigung gerecht zu werden.

§. 9. Die General-Klassenlotterie soll, gleich allen übrigen Unsrigen Kassen, jura fisci, sowohl in dem Vermögen ihrer Einnehmer und übrigen Offizianten, als in dem Vermögen derjenigen haben, mit denen die General-Lotterie-Administration und die Lotterie-Direktion kontrahirt haben. Es sollen daher auch sämmtliche mit Bestallungen versehene Einnehmer, wenn sie schon nicht besonders verpflichtet worden, nach Vorschrift Unseres Kassenediktes v. 30. Mai[2]) und der demselben beigefügten Instruktion v. 27. Febr. 1769[3]) bestraft werden, in sofern sie sich Vergehungen dawider zu Schulden kommen lassen.

§. 10. Uebrigens lassen Wir es bei der Vorschrift Unseres A. L. R. 1. 11. §. 547. und II. 20. §§. 248. und 249., sowohl in Absicht des Verbotes aller übrigen Lotterieen, Glücksbuden und anderer dergl. Glücksspiele, worunter auch die sogenannten Ausspielungen zu verstehen, als in Ansehung der Bestrafung der Unternehmer derselben und derjenigen, welche in auswärtigen Lotterieen setzen, bewenden. Zugleich aber verordnen Wir, daß auch Niemand, bei Vermeidung der im gedachten §. 248. bestimmten Strafe, sich beikommen lassen soll, Loose auswärtiger Lotterieen in Unseren Staaten zu debitiren.

§. 11. (Bestimmt die Gerichtsbarkeit in Lotteriesachen und ist antiquirt durch §. 14. d. V. v. 26. Dec. 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial- und Finanzbehörden (Mathis Bd. 7. S. 346, X. C. C. Tom. XII. p. 679, Rabe Bd. 9. S. 467), wodurch die bis dahin als fora specialia bestandenen Lotteriegerichte aufgehoben und deren Geschäfte den gewöhnlichen Gerichten überwiesen sind.)

§. 12. Bezieht sich lediglich auf die Art der Ziehung der aufgehobenen Zahlenlotterie.

§. 13. Damit der Inhalt dieses Unseres Ed. zu Jedersmanns Wissenschaft gelange, so befehlen Wir Unserer General-Lotterie-Administration, solches durch den Druck öffentlich bekannt machen zu lassen.

(N. C. C. Tom. IX. p. 2335 No. 58. de 1794, Rabe Bd. 2. S. 643.)

b) Das neuere Lotterie-Ed. v. 28. Mai 1810[4]).

Wir 2c. Bei den nachtheiligen Einwirkungen des Zahlenlottos auf die Moralität der minder begüterten Klassen Unserer Unterthanen, die es bei den so sehr geringen Einsätzen, und indem es Veranlassung zu Traumdeuterei und anderem Aberglauben giebt, auf eine verderbliche Art zum Spiele reizt, hatten Wir schon früher dessen Aufhebung in Unseren Staaten beschlossen. Die eingetretenen Kriegsunruhen haben die Ausführung Unserer landesväterlichen Absicht verzögert.

Wir haben nunmehr beschlossen, durch eine veränderte Form den wesentlichen Nachtheilen der bisherigen Lotterie-Verfassung zu begegnen, ohne den Vortheilen ganz zu entsagen, und zu dem Ende die nachtheilige Theilnahme der ärmeren Volksklassen an dem Lotteriespiel zu entfernen, die bisherigen Revenüen des Staates aber dabei auf eine minder schädliche Art zu decken.

Demnach verordnen Wir und setzen hiermit fest:

§. 1. Das Zahlenlotto, wird hierdurch in Unseren Staaten aufgehoben. Unser Finanzmin. ist beauftragt, die letzte Ziehung zu bestimmen.

---

1) Vergl. Anm. zum §. 10. des Lott. Ed. v. 28. Mai 1810.

2) N. C. C. Tom. IV. p. 5807 No. 42. de 1769, Rabe Bd. 1. Abthl. 3. S. 555.

3) Rabe Bd. 1. Abthl. 3. S. 480.

4) Dies Ed. nebst den daselbst ergänzenden, erläuternden und abändernden Bestimmungen gilt auch in den Hohenzollernschen Landen.
(G. v. 7. Mai 1853, G. S. S. 180.)

§. 2. In Stelle derselben tritt eine Quinen-Lotterie 2c.[1]).

§. 3. Die Klassen-Lotterie wollen Wir nach einem veränderten, den jetzigen Verhältnissen angemessenen Plane fortdauern und nach den Umständen mit der Quinen-Lotterie abwechseln, oder mit solcher spielen lassen.

Unser Finanzmin. wird nach den Umständen ermessen; wann die Ziehungen derselben wiederum in Gang gesetzt werden können, und sodann den abgeänderten Plan zur Kenntniß des Publikums bringen.

§. 4. (Dieser §., welcher die Ausspielung der Grundstücke allgemein freigab, ist durch die V. v. 31. März 1812[2]) ausdrücklich wieder aufgehoben und mithin antiquirt.)

§. 5. (Bezieht sich nur auf die Art der Ziehung der aufgegebenen Quinen-Lotterie.)

§. 6. Die bisherige General-Lotterie-Administration haben Wir mit der Lotterie-Direktion unter der Benennung der General-Lotterie-Direktion vereinigt. Von ihr werden die Quinen- und Klassen-Lotterie verwaltet.

§. 7. Die durch den Druck bekannt zu machenden Pläne, Instruktionen für die Einnehmer und Publikanda sind die Gesetze, nach welchen die Rechte und Pflichten Unserer General-Lotterie-Direktion und der unter ihrer Autorität und von ihr angenommenen Einnehmer beurtheilt werden sollen.

Subsidiarisch entscheidet hiernächst Unser Landr.

§. 8. Für alle Gewinne der Quinen- und Klassen-Lotterie haftet Unsere General-Lotteriekasse, in soweit sie auf die in Gemäßheit der §. 7. erwähnten Pläne von den mit Bestallungen versehenen Einnehmern der General-Lotterie-Direktion ausgefertigten Quinen- und Klassen-Lotterieloose plan- und instruktionsmäßig fallen, wogegen Unter-Einnehmer die General-Lotteriekasse nicht verpflichten.

§. 9. Die Quinen- und Klassen-Lotterieloose sind auf jeden Inhaber lautende Papiere, daher die darauf fallenden Gewinne ohne andere Legitimation jedem Inhaber von dem Einnehmer, bei welchem das Loos genommen worden, ausgezahlt werden, auch kein Arrestschlag stattfindet.

§. 10. In Ansehung der Stundung des Einsatzgeldes wollen Wir die bei den Klassenloosen bisher gesetzliche Ausnahme von der Vorschrift des A. L. R. §. 558. Tit. 11. Thl. I. sowohl bei den Quinen- als Klassenloosen dahin bestätigen, daß der Einnehmer den kreditirten Einsatz gegen den Spieler einzuklagen befugt sein soll[3]). Eben dieses soll bei Ausspielungen der Grundstücke in Anwendung kommen.

§. 11. Die Bestimmung der Ziehungstermine Unserer Quinen- und Klassen-Lotterie hängt von der General-Lotterie-Direktion ab, welche solche auch nöthigenfalls weiter hinaussetzen kann, ohne deshalb den Einsetzern zu einiger Entschädigung verpflichtet zu sein.

§. 12. Die General-Lotteriekasse hat, gleich allen Unseren übrigen Kassen, fiskalische Rechte, sowohl in dem Vermögen ihrer Einnehmer und übrigen Beamten, als im Vermögen derer, die mit der General-Lotterie-Direktion kontrahirt haben.

(G. S. 1810 Anh. S. 712, N. C. C. Tom. XII. p. 1041, Mathis Bd. 9. S. 202, Rabe Bd 10. S. 350.)

c) K. O. v. 21. Juli 1841, betr. Veränderungen in der Lotterie-Verwaltung.

Da die Lage des Staatshaushaltes mit Rücksicht auf die anderweit beabsichtigten Steuer-Erleichterungen die Abschaffung der Lotterie noch nicht gestattet, so will Ich, um den Wünschen mehrerer Provinzial-Landtage zu entsprechen, zur möglichsten Beschränkung des Lotteriespieles auf Personen der wohlhabenden Klassen und zur Abstellung der bei dem bisherigen Betriebe bemerkbar gewordenen Uebelstände auf Ihren im Staatsmin. berathenen Antrag v. 8. d. M. hierdurch Folgendes bestimmen:

1) Der §. 10. des Ed. v. 28. Mai 1810, wonach den Lotterie-Einnehmern ein Klagerecht auf gestundete Einsatzgelder eingeräumt ist, soll vom 1. Jan. 1842 ab nicht mehr in Anwendung kommen, vielmehr in Ansehung aller von diesem Zeitpunkte ab gestundeten Einsatzgelder die Vorschrift des §. 558. Thl. I. Tit. XI. des A. L. R. wieder in Kraft treten, nach welcher den Lotterie-Einnehmern und Unter-Einnehmern, sofern sie auf den Einsatz Kredit gegeben

---

1) Da die Quinen-Lotterie ebenfalls nicht mehr existirt, so sind die allein darauf bezüglichen Bestimmungen dieses Ed., als antiquirt, weggelassen.

2) Vergl. §. 268. des Strafgesetzb. und die Erg. dazu.

3) Die Vorschriften des A. L. R. I. 11. §§. 557—558. sind durch §. 7. des Ed. v. 20. Juni 1794 für die damalige Zahlen- und Klassen-Lotterie aufgehoben, hinsichts der Zahlen-Lotterie aber durch eine K. O. v. 16. Juli 1799 (Paalzow Bd. 1. S. 109, Rabe Bd. 5. S. 496), woraus der Anh. §. 18. entnommen ist, wieder hergestellt worden. Durch das Ed. v. 28. Mai 1810 ist die Zahlen-Lotterie abgeschafft und dafür die (jetzt auch aufgehobene) Quinen-Lotterie neben der Klassen-Lotterie eingeführt, hinsichts beider aber im §. 10. die Kreditirung des Einsatzes gestattet. (Vergl. Bornemann's System des Civilrechtes Bd. 3. S. 213—220, 2. Ausg. Bd. 3. S. 109 ff.) Die K. O. v. 21. Juli 1841 hebt indeß den §. 10. des Ed. v. 28. Mai 1810 wieder auf und stellt die Vorschrift des §. 558. h. t. her.

haben, deshalb keine gerichtliche Klage, sondern nur die Kompensation gegen den auf ein solches Loos fallenden Gewinn zusteht.

Diese Vorschrift soll auch in allen Landestheilen, in welchen das A. L. R. nicht eingeführt ist, von demselben Zeitpunkte ab zur Anwendung kommen.

2) Die sämmtlichen Stellen der Lotterie-Untereinnehmer sollen nach und nach eingehen, und es soll daher, wenn dergleichen Stellen durch den Tod der jetzigen Inhaber oder sonst zur Erledigung kommen, die Annahme anderer Unter-Einnehmer von Seiten der Lotterie-Direktion nicht ferner genehmigt werden. Auch die Stellen der Lotterie-Einnehmer sollen vermindert, und insbesondere dergleichen Stellen in den kleineren Städten oder auf dem platten Lande nicht wieder besetzt werden.

Wo aber für jetzt die Wiederbesetzung erledigter Einnahmestellen erforderlich ist, so soll dieselbe nur auf Kündigung erfolgen.

3) Auf die Beobachtung der schon bestehenden Vorschrift, wonach es den Lotterie-Einnehmern untersagt ist, mündlich oder schriftlich zum Lotteriespiel aufzufordern, und ohne vorangegangene Bestellung Loose persönlich anzubieten oder in Briefen zu übersenden, oder durch einen Dritten anbieten oder zusenden zu lassen, ist auch ferner streng zu halten und insbesondere dahin zu sehen, daß nicht die Lotterie-Einnehmer statt der eingehenden Unter-Einnehmer andere Privat-Kommissionaire annehmen. Lotterie-Einnehmer und Unter-Einnehmer, welche diesen Vorschriften zuwiderhandeln, müssen sofort entlassen werden[1]).

4) Die Zahl der in jener Lotterie spielenden Loose soll vermindert, der Einsatz für jedes Loos hingegen erhöht und ein hiernach zu entwerfender Plan zu Meiner Genehmigung eingereicht werden. (G. S. 1841 S. 131.)

3) Ist der Spieler der Klassenlotterie verbunden, das Loos der 5. Klasse 14 Tage vor der Ziehung bei Verlust seiner Ansprüche darauf zu renoviren?

Die Erk. des Ober-Lotterie-Gerichts, des Ober-Revisions-Kollegiums, und der Ober-Revisions-Deputation vom Jahre 1803 und 1804 (für die damals gezogene 19. Klassenlotterie) verneinen, denn wenn auch der §. 7. des Planes für die Berliner Klassenlotterie verordne, daß jeder Spieler bei Verlust seines Rechtes verbunden sein solle, das Loos 14 Tage vor der Ziehung jeder Klasse zu renoviren, so könne doch dieses Gesetz nicht auf die Loose der 5. Klasse angewendet werden, indem jeder rechtliche Einnehmer das Loos der 5. Klasse mit Recht als ein Eigenthum des Spielers ansehe, weil derjenige, welcher ein Loos durch alle vier Klassen fortspiele, hierdurch schon stillschweigend erkläre, daß er es auch in der 5. Klasse fortspielen wolle, da er sonst dem Einnehmer ein Geschenk machen würde, was nicht zu vermuthen sei. Auch leide der Einnehmer darunter nicht, da er selbst den Werth der Loose der 5. Klasse nach der Ziehung berichtige.

Mathis hält diese Entscheidung nach dem klaren Wortsinne des angeführten §. 7. für unrichtig und willkührlich.

(Mathis Bd. 1. S. 337.)

4) Was ist Rechtens, wenn ein von dem Lotterie-Einnehmer oder von einem Spieler im Laufe der Ziehungen verkauftes Loos beim Abschlusse des Vertrages schon gezogen und als Niete herausgekommen, oder ein Gewinn darauf gefallen war?

Bornemann erachtet die allgemeinen Grundsätze der §§. 532. bis 545. h. t. für maaßgebend, daher der Vertrag in Ansehung desjenigen Kontrahenten, der die wahre Sachlage bereits gewußt, oder habe wissen können, bindend, in Ansehung des anderen Kontrahenten dagegen unverbindlich sei. Einem Lotterie-Einnehmer dagegen, der eine Niete verkauft habe, könne auch der Mangel der Wissenschaft nicht zur Entschuldigung gereichen. Denn dem Käufer stehe der Einnehmer gleichwie die Lotterie-Direktion gegenüber, und diese könne bereits gezogene Loose gültiger Weise gar nicht mehr verkaufen.

(System Bd. 3. S. 200, 2. Ausg. Bd. 3. S. 114.)

5) Kann in dem Falle, wenn der Einnehmer die nicht erneuerten Loose weder zurückreicht, noch auch davon, daß sie verlassen und anderweitig darüber disponirt worden, Anzeige macht, sondern das Fortspielen des ursprünglichen Spielers fingirt, und die Einsätze der früheren Klassen nicht in Rechnung stellt, der auf ein solches Loos gefallene Gewinn von dem dritten Inhaber oder dem Einnehmer selbst, wenn dieser das Loos behalten hat, beansprucht werden?

Bornemann bejahet hinsichtlich des dritten Inhabers, weil diesem die Unredlichkeit des Spielers nicht nachtheilig sein könne; dagegen verneint er hinsichtlich des Einnehmers, weil dieser sich einer unerlaubten Handlung gegen die Direktion schuldig gemacht habe, und aus unerlaubten Handlungen nur Verbindlichkeiten, niemals Rechte entstehen, oder aber unter den angegebenen Umständen gar kein Geschäft zwischen der Direktion und dem Einnehmer zu Stande gekommen sei. Der Einnehmer sei und bleibe vielmehr Depositar der Direktion, und müsse daher, wenn auf das Loos eine Niete falle, die entzogenenen Einsätze erstatten, so wie er gleichzeitig auf einen etwanigen Gewinn keinen Anspruch habe.

(System Bd. 3. S. 204 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 113.)

6) Welche civilrechtlichen Folgen zieht eine beim Debit der Loose vorgekommene Verwechselung nach sich?

Bornemann unterscheidet:

a) Was die Loose erster Klasse betreffe, so könne ein bereits verkauftes Loos dem Käufer nicht wieder abgefordert werden, derselbe habe denn vor dem Erwerb den früheren Titel des Anderen gekannt. Dem Besteller bleibe daher in diesem Falle höchstens der Regreß gegen den Einnehmer übrig, dieser aber müsse, wenn der Regreß begründet sei, dem Spieler vollständige Entschädigung leisten, mithin den ganzen auf das Loos etwa fallenden Gewinn zahlen. Der Regreß falle jedoch fort, wenn der Spieler seine Zufriedenheit mit dem empfangenen Loose ausdrücklich oder stillschweigend erklärt habe; letzteres sei anzunehmen, wenn der Besteller, im Fall er das Loos selbst abhole, nicht sofort protestire oder, im Fall ihm das Loos zugesandt werde, nicht mit der nächsten Post das richtige einfordere.

b) In Ansehung der Erneuerungsloose begründe der Besitz eines Looses zur ersten Klasse das Recht auf die Erneuerung dieses bestimmten Looses für die folgenden Klassen. Jeder Spieler sei mithin zu der einmal gewählten Nummer, seinen Mitspielern gegenüber, durch alle Klassen ausschließlich berechtigt, in Betreff jeder anderen Nummer aber nicht titulirter Besitzer. Demzufolge gebühre nur dem berechtigten Spieler der Gewinn, wenn auch ein Anderer im Besitze des Looses sei. Eben so müsse aber, wenn einem Spieler statt seines Erneuerungslooses eine von dem bisherigen Spieler verlassene Nummer irrthümlich ausgehändigt worden, der auf die verlassene Nummer fallende Gewinn dem Staate, der auf das Erneuerungsloos fallende Gewinn dem Spieler zuerkannt werden.

Wenn endlich das Erneuerungsloos anderweitig als Kaufloos abgesetzt und dem Spieler irrthümlich eine unrichtige Nummer eingehändigt worden, so sei zwar der rechtmäßige Inhaber zu dem etwanigen Gewinne berechtigt, der ältere Spieler aber habe eine Regreßklage gegen den Einnehmer nach Maßgabe der sub a. vorgetragenen Gründe.

(System Bd. 3. S. 207, 2. Ausg. Bd. 3. S. 115.)

7) Greift die Vorschrift, daß Lotteriegewinne von Gläubigern niemals mit Beschlag belegt werden können, auch dann Platz, wenn der Spieler das Original-Trefferloos zur Einziehung des Gewinnes von der Lotterie-Direktion dem Einnehmer ausgehändigt hat, und nur auf den in den Händen des Einnehmers befindlichen Gewinnbetrag Arrest nachgesucht wird?

Bornemann bejahet; denn obwohl der Einnehmer als Mandatar des Spielers auftrete, so cessire doch darum seine Qualität als Einnehmer und Bevollmächtigter der Direktion nicht; ratio legis sei überdies die Aufrechthaltung des Kredites des Lotterie-Institutes.

(System Bd. 3. S. 227, 2. Ausg. Bd. 3. S. 123.)

Bender ist der entgegengesetzten Ansicht. (a. a. O. S. 95.)

8) Begründet der Besitz des Original-Trefferlooses eines Spielers für den Einnehmer die Vermuthung der Zahlung, oder muß diese dessenungeachtet von dem Einnehmer bewiesen werden, wenn der Spieler solche ganz oder zum Theil bestreitet?

Bornemann hält die §§. 97 sqq. A. L. R. I. 16. nicht für anwendbar, und ist der Ansicht, daß es darauf ankomme, ob das Loos nur zur Erhebung des Gewinnes oder gegen vermeintlich vollständige Befriedigung dem Einnehmer ausgehändigt worden sei; denn im ersten Falle scheine die Vermuthung für den Spieler, im zweiten für den Einnehmer zu sprechen; wobei übrigens auch zu berücksichtigen sei, ob vom Einnehmer Rechnung gelegt sei, indem alsdann die Vermuthung offenbar gegen den Spieler spreche.

(System Bd. 3. S. 229, 2. Ausg. Bd. 3. S. 124.)

---

[1]) Das den Lotterie-Einnehmern gemachte Verbot, ihre Loose durch einen Dritten ausbieten zu lassen, gilt nur als Disziplinargesetz gegen den Lotterie-Einnehmer, ohne die civilrechtlichen Folgen des zwischen dem Einnehmer und dem Kommissionair geschlossenen Vertrages zu berühren. Ohne eine ausdrückliche dies bestimmende Festsetzung des Vertrages ist der Kommissionair nicht verpflichtet, dem Einnehmer die nicht abgesetzten Loose vor der Ziehung zurückzugeben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 116 Nr. 22.)

9) Ueber die Frage: inwiefern durch die Zahlung des Gewinnes an den das Gewinnloos in Händen habenden Unter-Einnehmer der Lotterie-Einnehmer von seiner Verbindlichkeit gegen den Spieler liberirt werde? vergl. die (auf den Plan zur 81. Lotterie Bezug habenden) Erk. des I. Sen. des O. L. G. zu Glogau v. 2. Juni 1842 und des Ob. Trib. v. 11. Febr. 1843.

(J. W. 1843 S. 469 ff. u. S. 485 ff.)

10) Zur Unterbrechung der Verjährung des Rechtes auf Erhebung eines Gewinnes in der Klassen-Lotterie genügt die bloße Präsentation der Gewinn-Loose in dem Lokale der General-Lotterie-Direktion an die Kassenbeamten nicht; vielmehr ist dazu die Aushändigung der Loose daselbst an die zu deren Empfangnahme berechtigten Beamten dergestalt, daß die Loose auf diesem Wege wirklich in die Gewahrsam der General-Lotterie-Direktion gelangen, erforderlich.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Sept. 1851, auf Grund des Lotterieplanes v. 30. Okt. 1847 §. 9.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 243 Nr. 51.)

§§. 577. u. 578. Vom Spiele.

Gans, über Spiele und Wetten. (Abhandl. in dessen Beitr. Bd. 1. Abthl. 2. Nr. XIV. S. 164.

§. 577. Eignen sich Spielschulden zur Kompensation, und können sie durch Ausstellung eines Schuldscheines klagbar werden?

Bornemann verneint Beides, weil der Schuldner auch per indirectum zu einer Zahlung nicht gezwungen werden solle; er gestattet die Kompensation nur im Falle einer ausdrücklichen Novation.

(System Bd. 3. S. 235, 2. Ausg. Bd. 3. S. 127.)

Bielitz dagegen nimmt hinsichtlich der Kompensation das Gegentheil an, weil diese der Zahlung gleichgeachtet werde.

(Komm. Bd. II. S. 590.)

Koch hält auch die Kompensation nicht für zuläßig, weil die Schuld ungültig sei (§. 86. Einl. und §. 342. I. 16. A. L. R.). Mittelst Wechsels könne jedoch eine Spielschuld auf dem Umwege realisirbar gemacht werden, daß der Wechsel einem Unwissenden girirt wird. (Landr. Bd. 1. Anm. 28. zum §. 577. h. t.)

§. 578. Kann das im unerlaubten Spiele verlorene und bezahlte Geld vom Zahlenden zurückgefordert werden?

Es bejahen:

a) die Gesetzrevisoren, sofern nicht der Fiskus nach §. 205. bis 212. I. 16. an die Stelle des Zahlenden trete; denn die durch verbotenes Spiel entstandene obligatio sei eine civiliter reprobata und könne daher auch die soluti retentio nicht rechtfertigen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 100.)

b) Bielitz unbedingt, theils auf Grund des §. 578. h. t., theils weil in den Strafgesetzen das verbotene Spiel nur mit einer Geldbuße bedroht sei. (Komm. Bd. 2. S. 592.)

Dagegen verneint Bornemann, weil die §§. 172., 173. A. L. R. I. 16. ganz deutlich für den Fiskus und gegen das Rückforderungsrecht des Zahlenden sprächen.

(System Bd. 3. S. 235 Anm., 2. Ausg. Bd. 3. S. 127.)

Koch nimmt gleichfalls an, daß hier ob turpem causam Seitens des Zahlers nicht kondicirt werden könne; nur dem Fiskus stehe die Kondiktion zu; denn die causa sei hinsichtlich aller Theile turpis (§§. 172., 173. A. L. R. I. 16.).

(Landr. Bd. 1. Anm. 29. zum §. 578. h. t.)

§§. 579—581. Von Wetten.

Vergl. die in den Erg. zu den §§. 577. u. 578. alleg. Abhandl. von Gans.

§. 579. Bedeutet das im §. 579. gebrauchte Wort »baar«, daß eine Wette immer in geprägtem Gelde oder gemünzten Papieren bestehen müsse, oder hat der Gesetzgeber nur sagen wollen, daß der Wettpreis, er bestehe in Geld oder Sachen, in natura niedergelegt werden müsse, die Deposition eines über die versprochene Summe ausgestellten Schuldscheins also nicht genüge?

Bielitz behauptet die erstere Alternative.

(Komm. Bd. 2. S. 593.)

Bornemann nimmt Letzteres an.

(System Bd. 3. S. 239, 2. Ausg. Bd. 3. S. 130.)

Ebenso Koch. (Landr. Bd. 1. Anm. 30. zum §. 579. h. t.)

§. 581. Können Gelder, die ausdrücklich zum Ankauf eines Lotterie-Looses verlangt und geliehen worden, eingeklagt werden?

Bornemann bejahet, weil der §. 581. nur auf die Geschäfte, von denen in den §§. 577—581. die Rede sei, einzuschränken, da Ausnahmen von der Regel stricte zu interpretiren seien, und der Lotterie-Vertrag vom Spielvertrage sehr verschieden sei.

(System Bd. 3. S. 218, 2. Ausg. Bd. 3. S. 128—129.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd 1. Anm. 31. zum §. 581. h. t.)

§§. 582—594. Vom Verkaufe künftiger Sachen.

§. 583. Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte verordnet im §. 1.:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

rc. rc. d) bei Verkäufen künftiger Sachen, wenn der Kaufpreis die Summe von hundert Thalern übersteigt. (§. 583. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. und §. 9. Nr. 3. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O.) (G. S. 1845 S. 495.)

§. 588. Unter dem Ausdruck: »Zuwachs« im §. 588. sind die zu hoffende Ernte oder andere Erzeugnisse, mithin Früchte zu verstehen, und nicht die im §. 222. A. L. R. I. 9. beschriebenen An- und Zuwüchse.

(Herrmann's Fragmente und rechtl. Bemerkungen Hft. 1. S. 4, Siewert Hft. 3. S. 51.)

§. 594. 1) K. O. v. 22. Mai 1842 über den Verkauf der Früchte auf dem Halme und den Verkauf des künftigen Zuwachses in der Provinz Westphalen[1]).

Da die Westphälischen Provinzialstände auf dem letzten Landtage die Aufhebung des §. 12. Tit. 7. Thl. II. A. L. R., nach welchem es keinem Bauer erlaubt ist, seine Früchte auf dem Halme zu verkaufen, in Antrag gebracht haben, und das Staatsmin. in dem Bericht v. 28. v. M. sich hiermit einverstanden erklärt, und zugleich die Aufhebung einer ähnlichen Beschränkung im §. 594. Tit. 11. Thl. I. A. L. R., wonach mit gemeinen Landleuten ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur nach Zahl, Maß oder Gewicht und nach den zur Zeit der Ernte marktgängigen Preisen geschlossen werden kann, beantragt hat, so will Ich diesen Anträgen stattgeben und hiermit anordnen, daß die gedachten beiden Bestimmungen in der Provinz Westphalen nicht ferner zur Anwendung kommen sollen. Das Staatsmin. hat diesen Befehl durch die G. S. zur öffentl. Kenntniß zu bringen. (G. S. 1842 S. 200.)

2) V. v. 9. Nov. 1843 wegen des Verkaufs der Früchte auf dem Halme und des künftigen Zuwachses[2]).

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, nach Anhörung Unserer getreuen Stände, auf den Antrag Unseres Staatsmin. für diejenigen Landestheile Unserer Monarchie, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, mit Ausnahme der Provinz Westphalen, für welche unter dem 22. Mai 1842 eine besondere O. ergangen ist, was folgt:

Die Vorschrift des §. 12. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R., nach welcher es keinem Bauer erlaubt ist, seine Früchte auf dem Halme zu verkaufen,

so wie die Vorschrift des §. 594. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.,

nach welchem mit gemeinen Landleuten ein Kauf über ihren künftigen Zuwachs nur nach Zahl, Maß oder Gewicht und nach den zur Zeit der Ernte marktgängigen Preisen geschlossen werden darf,

werden hierdurch aufgehoben.

Urkundlich rc. rc. (G. S. 1843 S. 347.)

---

[1]) Das R. v. 24. Okt. 1840 (an das O. L. G. zu Münster) hatte die Ansicht ausgesprochen, daß die Vorschriften des A. L. R. II. 7. §. 12. und der §. 594. h. t. in der Provinz Westphalen noch in Gültigkeit ständen und nicht durch die K. O. v. 8. Aug. 1832 (s. zur A. G. O. I. 24. §. 71.) für aufgehoben zu erachten seien, da letztere sich nur auf die im Exekutionswege stattfindenden Verkäufe beziehe. (J. M. Bl. 1840 S. 341.)

[2]) Durch diese V. sind die Kontroversen für antiquirt zu erachten:

a) welche Personen unter den im §. 594. genannten gemeinen Landleuten zu verstehen?

Vergl. Bornemann System Bd. 3. S. 8, Bielitz Komm. Bd. 2. S. 597 und Erk. des Ob. Trib. v. 5. Mai 1838 in der J. W. 1839 S. 334, s. Centralbl. 1839 S. 594;

b) ob unter dem »künftigen Zuwachs« auch der künftige Wollgewinn zu verstehen?

Vergl. Siewert Mat. Hft. 3. S. 51, Bielitz Komm. Bd. 2. S. 597 und Erk. des Ob. Trib. in der J. W. 1839 S. 324.

§§. 595—601. Vom Ankaufe fortdauernder Prästationen.

§. 601. Bezieht sich der §. 601. bloß auf das von einem Fremden, oder auch auf das von dem Manne oder dessen Verwandten ausgesetzte Witthum?

Die Gesetzrevisoren entscheiden sich für die erstere Alternative, weil von dem Wittwengehalte der letzteren Art nur im Eherechte gehandelt werde. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 103.)

Desgleichen Bornemann. (System a. a. O.)

§§. 602—605. Vom Altentheile.

G. A. Bielitz, Darstellung der Rechtsverhältnisse beim Auszuge oder Altentheile, besonders nach Preuß. Rechte. Leipzig 1838.

§. 602. 1) In Betreff der Frage: wann ein Auszug als vorhanden anzunehmen? sind verschiedene Bedenken erhoben worden.

a) Ob der Auszug auch bei dem Vorbehalte des Nießbrauches an der ganzen veräußerten Besitzung als vorhanden anzunehmen?

Bielitz verneint, denn schon die Benennung Auszug oder Altentheil ergebe, daß der Auszügler sich nur Einiges ausziehen, und nur gewisse Vortheile im Alter sich vorbehalten könne. Auch folge die Verneinung aus der im §. 604. enthaltenen Vorschrift bei Regulirung der zum Auszuge ausbedungenen Vortheile, daß sie nicht übermäßig, und so, daß der neue Besitzer dadurch der Stelle gehörig vorzustehen, und die Lasten davon zu übernehmen nicht unvermögend werde, beschaffen sein sollen. Einzelne Stücke der Besitzung könne sich hingegen der Auszügler zur eigenen Benutzung ausbedingen. (Bielitz, vom Altentheile S. 4.)

b) Ist es zum Wesen des Auszuges erforderlich, daß er auf Lebenszeit ausbedungen werde?

Bielitz nimmt die Negative an; der Ausdruck auf Lebenszeit scheine nur deshalb in den §. 602. gekommen zu sein, weil dies der gewöhnliche Fall sei. Durch die Dauer des Auszuges ändere sich offenbar dessen Natur nicht. (a. a. O. S. 5.)

c) Ist die Ausbedingung einer lebenslänglichen Versorgung, auch dann, wenn sie nicht bei der Abtretung eines Grundstückes, sondern durch einen mit dem bleibenden Besitzer desselben geschlossenen Vertrag, oder durch einen letzten Willen und nicht für den vorigen Besitzer, sondern für einen Dritten bestellt wird, als ein Auszug anzusehen?

Bielitz bejahet, weil die Natur des Auszuges weder durch die Gelegenheit, bei welcher, noch durch die Person, für welche er ausbedungen wird, sich ändere. (a. a. O. S. 5.)

d) Sind die jährlichen Leistungen und Vortheile, welche für die künftige, mit ihrem Manne nicht in Gütergemeinschaft lebende Wittwe des abgehenden Besitzers einer Rustikalstelle bei der Ueberlassung der Stelle an den Uebernehmer, ausbedungen worden, ein Auszug (Altentheil) oder ein bei der Wiederverheirathung der Wittwe aufhörendes Leibgedinge?

Der II. Sen. des O. L. G. zu Ratibor nimmt in dem Erk. v. 13. April 1833 Letzteres an. Der Altentheil werde nach §. 602. dem bisherigen Besitzer der Rustikalstelle, und zwar bei Ueberlassung derselben an einen Anderen, stipulirt. Werde also bei nicht obwaltender Gütergemeinschaft der Wittwe des abgehenden Besitzers ein Auszug stipulirt, so falle solcher unter den Begriff des §. 457. A. L. R. II. 1., wobei es irrelevant, ob der Nießbrauch eines ganzen Gutes oder nur eines ideellen Theiles des Gutes angewiesen werde, aber die Vorschrift des §. 471. cit. zur Anwendung komme. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 516.)

Koch erklärt sich hiermit einverstanden. (a. a. O.)

2) Begriff der in einem Altentheilsvertrage zugesicherten: »freien Wohnung«.

Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Sept. 1853 führt aus:

Nach §. 602. ist es ein wesentliches Merkmal des Auszugs, daß die darin begriffenen Naturalleistungen dem Altentheilsberechtigten aus dem Gute durch Einräumung einzelner Gebrauchs- und Nutzungsrechte zu erfüllen sind, woraus folgt, daß die in einem Altentheilsvertrage ohne nähere Bestimmung zugesicherte »freie Wohnung« lediglich in dem unentgeltlichen und lebenslänglichen Obdache auf der belasteten bäuerlichen Stelle, von der den örtlichen Verhältnissen und der Stellung eines bejahrten Mitgliedes der Hausgenossenschaft, besteht. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 327 Nr. 75.)

3) Muß der bäuerliche Wirth das abgebrannte Auszüglerhaus seinem Altsitzer wieder aufbauen?

a) Der I. Sen. des O. L. G. zu Ratibor hat in dem Erk. v. 20. Dec. 1842 verneint und angenommen, daß das Verhältniß nach den Regeln vom Nießbrauche (A. L. R. I. 21. §§. 55. sqq. 184.) zu beurtheilen sei. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 372 ff.)

b) Koch hält diese Entscheidung für unrichtig, indem er davon ausgeht, daß der Altentheilsvertrag eine in fortdauernden Leistungen bestehende Obligation erzeuge, welche ihrer Art nach eine Alimentations-Verbindlichkeit sei, wie aus §. 602. folge, und ausführt, daß die Einräumung des Auszüglerhauses, in dem Verhältniß der Kontrahenten unter sich, nicht die Konstituirung eines ususfructus, sondern der verabredete Modus der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit, freie Wohnung zu geben, sei, und daß in dieser bestimmten Erfüllungsart der Schuldner bis zum Tode des Auszüglers fortfahren, mithin das durch Zufall zerstörte Haus wieder in bewohnbaren Stand setzen müsse. (a. a. O. S. 375.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 39. zum §. 602. h. t. und Recht der Ford. Bd. 3. S. 714.

c) Der I. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat (Datum des Erk. konstirt nicht) angenommen, daß das Versprechen der Gewährung lebenslänglicher freier Wohnung an den Auszügler nicht bloß ein Nießbrauchsrecht begründe, sondern nach §. 602. eine in fortdauernden Leistungen bestehende Obligation konstituire, welche ihrer Natur nach eine Alimentationsverbindlichkeit sei und nicht durch das Fortbestehen der zur Zeit des Kontrakts vorhandenen baulichen Räume bedingt sei. Die Anweisung des Auszüglerhauses betreffe nur die Art der Erfüllung, welche, weil keine Unmöglichkeit vorwalte, wegen bloßer veränderter Umstände, nach §. 377. A. L. R. I. 5., nicht verringert werden könne. Auch gingen, nach §. 3. A. L. R. I. 16., alle Rechte, die auf dem abgebrannten Hause gehaftet, auf das neu erbaute über. (Rechtsf. Bd. 1. S. 205 Nr. 96.)

Das Ob. Trib. hat die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde unterm 5. Juni 1847 verworfen. Nach §. 602. sei der Altentheil ein Vortheil, welchen der Uebernehmer einer Rustikalstelle dem vorigen Besitzer zu dessen Versorgung auf Lebenszeit anweise, und diese Pflicht müsse daher nach §§. 270., 374 A. L. R. I. 5., auch erfüllt werden. Nur im Falle des §. 377. a. a. O. trete hiervon eine Ausnahme ein, und die Unmöglichkeit der Erfüllung liege nicht vor. (a. a. O. S. 206.)

4) Ein Altsitzer, welcher eine anderweitige Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzunehmen, sofern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalte besondere Prästationen angewiesen worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Mai 1838. (Präj. Nr. 519.)

Da das A. L. R. keine Entscheidungsquelle für die Frage enthält, ob ein Altsitzer auf die Leibzucht heirathen, und den neuen Ehegatten, so wie die mit demselben erzeugten Kinder an dem Wohnungsrechte Theil nehmen lassen darf, so muß, in Ermangelung provinzialrechtlicher Vorschriften, und da der §. 22. A. L. R. I. 19. hier nicht anwendbar ist, auf die rechtliche Natur der Leibzucht und auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegangen werden. Es ist aber derjenigen Ansicht gemeinrechtlicher Rechtslehrer beizutreten, welche unterscheiden, ob der Leibzüchter nur Theil an der gemeinschaftlichen Wohnung nimmt und nur die nöthige Pflege von dem Gutsannehmer erhält, oder ob ihm eine abgesonderte Wohnung mit bestimmten Prästationen oder Ländereien gewährt werden muß. Im ersteren Falle ändert sich durch den Tod eines der Berechtigten die Verbindlichkeit des Verpflichteten wesentlich. Der Anspruch des einen Theilnehmers ist erloschen, und das auf das individuelle Bedürfniß des Ueberlebenden beschränkte Verhältniß gestattet keine Theilnahme eines Dritten, die vielmehr eine vertragswidrige Ausdehnung der bewilligten Rechte sein würde. Kann man gleich dem Leibzüchter nicht wehren, zu heirathen, so folgt doch nicht, daß er Rechte, die ihm für seine Person allein zustehen, auch für den neuen Ehegatten und die mit demselben erzeugten Kinder verlangen dürfe. Anders in dem zweiten Falle. Hier ist das Wohnungsrecht untheilbar. Keinem der beiden Ehegatten ist ein bestimmter Theil der Wohnung, ein abgemessener Raum derselben, bestimmt; daher läßt sich auch nicht annehmen, daß durch den Tod des einen

Leibzüchters ein Theil der Wohnung dem Verpflichteten zur Disposition anheimgefallen wäre. Der Ueberlebende ist und bleibt Inhaber des Wohnungsrechtes, und die ihm noch zustehenden Altentheils-Präſtationen sind seiner Verfügung unterworfen; die Last des Verpflichteten wird mithin durch die Aufnahme des neuen Ehegatten in die Leibzuchtswohnung auf keine Weise vermehrt.

(Präj. Samml. S. 109, Entsch. Bd. 4. S. 23, J. W. 1839 S. 235.)

Denselben Grundsatz nimmt der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Sept. 1853 an, welches ausführt, daß der überlebende Ehegatte der Auszügler nur in dem Falle berechtigt sei, den zweiten Ehegatten bei sich in die Auszugswohnung aufzunehmen, wenn dem Auszugsberechtigten der Anspruch auf eine abgesonderte Wohnung zugestanden worden; denn anderenfalls würde in der Aufnahme des zweiten Ehegatten in die Auszugswohnung eine Erschwerung der vertragsmäßigen Last für den Verpflichteten liegen.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 327 Nr. 75.)

Koch tritt dem Präj. Nr. 519. bei und nimmt an, daß das Gleiche, aus gleichen Gründen, in dem Falle gelte, wenn der Auszügler mit Hinterlassung einer zum Auszuge ebenfalls berechtigten Wittwe stirbt und diese wieder heirathet.

(Beurtheil. S. 215, Landr. Bd. 1. Anm. 39. zum §. 602. h. t.)

5) Die aus der Stipulation eines Altentheils für Eheleute entstehende Verpflichtung des Gutsbesitzers wird, wenn der Vertrag nicht ein Anderes bestimmt, durch den Tod eines dieser Eheleute theilweise aufgehoben, dergestalt, daß der überlebende Ehegatte sich mit der Hälfte des stipulirten Auszuges begnügen muß und nur den ungeschmälerten Fortgenuß solcher Vortheile fordern darf, welche ihrer Natur nach nicht theilbar sind, und ihm ohne Verletzung seines Anrechtes nicht entzogen werden können.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Febr. 1839. (Präj. Nr. 618.) (Präj. Samml. S. 62.)

Denselben Grundsatz hat der II. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 4. Sept. 1847 und v. 13. Mai 1848 angenommen, weil hier der §. 616. h. t. analoge Anwendung finde, mithin der Antheil des Verstorbenen erlösche.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 141 Nr. 69. u. Bd. 4. S. 87 Nr. 43.)

Derselbe Sen. führt in dem Erk. v. 24. Juni 1852 aus, daß von theilbaren Präſtationen eines Altentheils der Ueberlebende der berechtigten Ehegatten, in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen, nur die Hälfte zu fordern habe, weil hier die §§. 615. u. 616. h. t. analoge Anwendung finden, und mit Bezug auf die gleiche Ansicht der Lehrer des gemeinen Rechtes (Runde, von der Leibzucht, §. 80. I.). (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 36 Nr. 7.)

Scheele ist ebenfalls der Ansicht, daß von den theilbaren Gegenständen und Leistungen, wozu auch der Nießbrauch eines Grundstückes zu rechnen, der überlebende Theil die Hälfte behalte, von den untheilbaren aber, insbesondere der Auszugswohnung, das Ganze.

Das Rechtsverhältniß eines Ausgedingers ist seiner Entstehung und seinem Zwecke nach dem eines Leibrentenkäufers nahe verwandt, weshalb, mit Rücksicht auf §. 49. Einl. zum A. L. R. der §. 616. h. t. analog anzuwenden, wonach bei den ihrer Natur nach theilbaren Präſtationen, welche zur Unterhaltung und Befriedigung persönlicher Bedürfnisse bestimmt sind, der Antheil des Verstorbenen erlischt. Dagegen behält der Ueberlebende die zwei gleichberechtigten Ausgedingern auf Lebenszeit eingeräumten untheilbaren Gegenstände und Leistungen ganz, weil nach §. 75. A. L. R. I. 17., in Verbindung mit §. 41. A. L. R. I. 2., bei einer communio pro indiviso eine reelle Theilung, mithin auch eine Reduktion auf ein Weniger nicht ausführbar ist.

(J. W. 1848 S. 335.)

6) Das Altentheil der Bauerwittwen geht durch deren anderweitige Verheirathung nicht verloren, es sei denn, daß an einzelnen Orten besondere Observanzen vorhanden wären.

(Erk. des Kammerg. vom Jahre 1784, Stengel Bd. 4. S. 121.)

7) Solche Altentheilspräſtationen, welche, ohne die Verbindlichkeit des Verpflichteten zu verändern oder zu erschweren, nicht von dem auswärts lebenden Auszügler bezogen werden können (z. B. das Recht auf freie Feuerung, freie Weide und freies Futter für einzelne Viehstücke, so wie freie Benutzung eines Gartenantheils), ist der Verpflichtete dem nicht auf dem belasteten Gute sich aufhaltenden Altentheils-Berechtigten zu gewähren nicht verbunden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Sept. 1853, weil bei solchen Präſtationen auf die bei dem belasteten Gute vorhandenen Einrichtungen und Hülfsquellen und resp. die eigene Thätigkeit des Auszüglers mit gerechnet worden.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 327 Nr. 75.)

8) Der Auszug (Altentheil), insofern er nicht in an sich dinglichen Rechten, wie Wohnung und Nießbrauch, sondern in wiederkehrenden Leistungen besteht, gewährt ohne Eintragung in das Hypothekenbuch nach Preuß. Rechte, nur ein Recht zur Sache. Der neue Erwerber des Grundstückes, bei dessen früherer Veräußerung der Berechtigte sich den Auszug vorbedungen hatte, muß die Leistungen aber entrichten, wenn ihm schon bei der Uebernahme der Auszug bekannt gewesen[1]).

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Febr. 1854.

Die Gründe nehmen zuvörderst Bezug auf das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1849[2]) (Entsch. Bd. 18. S. 316), welches den Rechtssatz annimmt:

Die Eintragung einer Reallast in das Hypothekenbuch vermittelt eben so, wie die ausdrückliche Uebernahme einer solchen Last, oder wie die stillschweigende Uebernahme hinsichtlich der gemeinen oder der dem Erwerber der Sache erweislich bekannten, nicht gemeinen Last, den Uebergang einer Reallast auf den neuen Besitzer.

Sodann wird ausgeführt:

Dieser Satz ist in den Gründen des bezeichneten Erk. dadurch motivirt, daß der Erwerber der Sache, dem das Recht des Realberechtigten erweislich zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen, sich auf die Tradition zur Ausschließung des mit seinem Eigenthumsrechte kollidirenden Anspruchs nicht berufen könne, vielmehr in seinem Wissen um die bisherige Behaftung der Sache und gleichwohl deren Erwerben, die Einwilligung in die Fortdauer der Belastung, als in eine Bedingung des Besitzes, enthalten sei. — Es ist hierbei auf das Präj. des Ob. Trib. Nr. 1981. v. 29. Jan. 1848[3]) Bezug genommen,

daß auch bei Kollisionen zwischen persönlich stipulirten Reallasten und Eigenthums-Ansprüchen an ein und dasselbe Grundstück Besitz und guter Glaube entscheiden,

und in welchem ausgeführt ist, daß der Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843[4]) nur bestimmt habe: die §§. 4. u. 5. A. L. R. I. 19. könnten nicht zur Anwendung kommen, wenn Kollision zwischen einem Hypothekengläubiger und einem Eigenthums-Prätendenten eintrete, und daß dieser Beschluß mithin keine Anwendung auf die Kollision zwischen dem Letzteren und einem Realberechtigten finde. — Hiernach kommt es darauf an, ob ein Auszug an Naturalleistungen den Charakter einer Reallast hat? — Diese Frage muß nach Preuß. Rechte im Sinne der durch das in Bezug genommene Erk. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1849 festgestellten Rechtssätze bejahet werden. — Aus den §§. 602—604. h. t. geht hervor, daß die Verpflichtung zur Gewährung des Auszugs mit dem Besitze des Guts verknüpft ist, daß sie den Besitzer desselben als solchen trifft, und in dem Gute wurzelt. — Demgemäß und mit Rücksicht auf §. 430. Tit. 50. in Verbindung mit §. 12. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O., hat die richtige Doktrin angenommen, daß in dem Auszugsvertrage ein Titel zur Eintragung liege, und es deshalb dazu nicht der Genehmigung des Schuldners bedürfe, daß aber, in sofern der Auszug nicht in an sich dinglichen Rechten, als Wohnung und Nießbrauch, sondern in wiederkehrenden Leistungen bestehet, die Dinglichkeit erst durch die Eintragung entstehe, wenn auch dabei von einer Hypothek nicht die Rede sein könne. (Bornemann's Syst. Darstellung Bd. 3. S. 134, Koch's Recht der Ford. S. 565, 566, Koch's Arch. Bd. 1. S. 445 ff., Koch's Lehrb. Bd. 2. S. 419.) — Die in dem gedachten Präj. des Ob. Trib. Nr. 1981. entwickelten Rechtssätze ergeben aber, daß auch der Auszug, in so weit er in wiederkehrenden Leistungen besteht, als ein dingliches Recht, als eine Reallast, deren Eintragung nur zur Erkennbarkeit für den dritten Besitzer der Sache und zur Vermittelung des Ueberganges der Verpflichtung auf jeden Besitzer erforderlich ist, anzusehen ist, und es kommt auch hierbei, wenn die Eintragung nicht erfolgt ist, auf den guten Glauben des Besitzers resp. darauf an, ob ihm das Recht des Anderen zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt

---

1) Gegen die Fassung des obigen (von den Herausgebern der Entscheidungen an die Spitze des Präj. v. 16. Febr. 1854 gestellten) Rechtssatzes vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 39. zum §. 602. h. t., wo ausgeführt wird, daß die Entscheidungsgründe den Auszug als »Reallast« auffassen, wogegen derselbe in der von den Herausgebern der Entscheidungen gewählten Ueberschrift unrichtig als ein »Recht zur Sache« bezeichnet werde.

2) Vergl. in den Erg. zur Hyp. O. Tit. I. §§. 48., 49.

3) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 4—6.

4) Vergl. ebendas.

gewesen. (A. L. R. I. 19. §. 5., G. v. 24. Mai 1853 §§. 2. u. 28., G. S. 1853 S. 521.) Nach dem letztgedachten Gesetze betrachtet der Gesetzgeber den Altentheil als ein Ganzes und sondert nicht die wiederkehrenden Leistungen von dem Wohnungs- und Nießbrauchsrechte, und es soll die Eintragung nur zur Erkennbarkeit für jeden Besitzer erfolgen, der sich aus dem Auszugsvertrage erst von dem Umfange und der Art des Auszuges Kenntniß verschaffen muß.

(Entsch. Bd. 27. S. 280, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 342 Nr. 78.)

9) Der Konstituent eines Altentheils wird dem Altentheils-Berechtigten persönlich verpflichtet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1856. (Präj. Nr. 2665.)

Es ist nicht anzunehmen, daß in der Stipulation eines Ausgedinges nur die Erklärung liege, Jemandem aus einem bestimmten Grundstücke gewisse Vortheile zukommen zu lassen, und daß durch das Altentheil ein rein dingliches Recht konstituirt werde, ohne daß dadurch gegen denjenigen, welcher die Hergabe des Altentheils übernommen, irgend eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung desselben begründet werde. Wie in den Gründen zu dem Pl. Beschl. v. 8. Jan. 1855 (Entsch. Bd. 29. S. 301 ff.)[1]) nachgewiesen worden, hat zwar das Altentheil, auch in soweit es in wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen besteht, die Natur der Reallasten; allein die Stipulation eines Altentheils, bei dem Verkaufe eines Gutes, als ein Theil des Kaufgeldes, bewirkt an sich noch nicht die Dinglichkeit des Altentheils; diese wird vielmehr erst durch die Verbindung mit dem Gute, resp. dadurch erzeugt, daß die Verbindlichkeit, nach der Art der Bestellung, den Besitzer des Guts als solchen trifft (Gerber, Deutsches Privatrecht §. 191. und §. 168. Anm. 3.). An sich ist mithin die Verpflichtung zur Gewährung des Altentheils eine persönliche des Konstituenten. Aber auch die Reallasten sind Obligationen, welche nur das Eigenthümliche haben, daß die wiederkehrenden Leistungen von dem jedesmaligen Besitzer des Grundstücks gewährt werden müssen. Es liegt ihnen eine persönliche Verpflichtung zum Grunde, welche eben nur durch Uebergang mit dem Besitze der Sache dinglich wird (Gerber, a. a. O.; Savigny, Obligationen-Recht S. 134; Koch, Lehrb. §§. 352., 688.; Entsch. des Ob. Trib. Bd. 18. S. 320), und dieser Uebergang vollbringt sich nicht von selbst, sondern allein dadurch, daß der folgende Besitzer sich der Verpflichtung als einer an den Besitz der Sache gebundenen Obligation von Neuem unterwirft, was entweder geschieht, wenn er die Verpflichtung des vorigen Besitzers ausdrücklich übernimmt (§. 3. A. L. R. I. 19.) oder wenn er die Sache stillschweigend als eine solche in Besitz nimmt, mit deren Besitz die betreffende Last verbunden ist, also wenn sie ihm bei der Besitzergreifung bekannt gewesen (§. 56. a. a. O.), oder wenn sie im Hypothekenbuche eingetragen war (Entsch. des Ob. Trib. Bd. 18. S. 321). Ist die Last auf diese Weise auf den neuen Besitzer nicht übergegangen, so bleibt die persönliche Verpflichtung des Konstituenten unverändert bestehen und der Berechtigte kann sie nach §. 3. A. L. R. I. 19. gegen denselben durch die Forderung auf Schadensersatz geltend machen. Dasselbe muß aber gelten, wenn die Altentheils-Verpflichtung aus der Verbindung, in welcher sie mit dem Gute, wie hier, durch die Eintragung in das Hypothekenbuch gebracht worden war, vor deren weiterer Uebertragung auf einen neuen Besitzer, mit Uebereinstimmung beider Theile, wieder gebracht wird. Durch die Aufhebung der Dinglichkeit geht das persönliche Recht nicht verloren; dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Entsagung, eines pacti remissorii. (Entsch. Bd. 32. S. 345.)

Das Erk. desselben Sen. des Ob. Trib. v. 26. April 1855 beruht auf denselben Prinzipien. Es wird darin ausgeführt, daß der ursprüngliche Konstituent des Altentheils zwar keine prinzipale persönliche Verbindlichkeit habe, sondern daß dadurch dem jedesmaligen Besitzer der durch den Auszug beschwerten Rustikalstelle eine Reallast auferlegt werde und daß der Auszügler damit ein selbstständiges dingliches Recht überkomme, welches ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person unmittelbar gegen das Grundstück geltend gemacht werden dürfe, mithin kein bloßes Akcessorium einer persönlichen Verbindlichkeit sei, wie die Hypothek. Der Besteller der Reallast und insbesondere des Altentheils sei daher an sich nicht über die Zeit seines Besitzes hinaus für die Last verhaftet und könne nicht ohne Weiteres deshalb vermöge einer abgesondert bestehenden persönlichen Hauptverbindlichkeit auch nach erfolgter Veräußerung des belasteten Grundstücks in Anspruch genommen werden. Allein dies schließe keinesweges jeden persönlichen Anspruch des Auszüglers gegen den abgezogenen Hofwirth unbedingt aus; vielmehr verbleibe jenem der Entschädigungsanspruch gegen diesen auch noch über seine Besitzzeit hinaus, wenn derselbe durch sein Betragen gegen den Auszügler veranlaßt habe, daß Letzterer richterlich für befugt erachtet worden, vom Hofe abzuziehen und in Gemäßheit des §. 368. A. L. R. I. 5. eine andere Art der Erfüllung zu wählen. (Striethorst's Arch. Bd 16. S. 344 Nr. 75.)

Vergl. dagegen Koch's Landrecht Bd. 4. S. 1256 in dem Nachtr. zur Anm. 39. zum §. 602. h. t.

10) Vergl.: a) über die Maßbestimmung beim Altentheile das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Mai 1847; (Rechtsf. Bd. 1. S. 196 Nr. 92.)

b) über die Rechtsbeständigkeit eines Kaufvertrages über ein Rustikalgrundstück, in welchem die Feststellung des darin verabredeten Altentheils nicht in bestimmter Weise erfolgt ist, die Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 26. April 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 16 Nr. 6.) und des III. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Febr. 1856 (a. a. O. Bd. 20. S. 173 Nr. 43.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 71. u. 125.;

c) über die Frage, ob die ex mora rückständigen Prästationen eines Altentheils in Natur nachgefordert werden müssen, oder auch in ihrem Geldwerthe nachgefordert werden können, das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 325 Nr. 71.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 285.;

d) über das Wahlrecht des Auszüglers Betreffs der Geldentschädigung für die nicht gehörig geleistete Naturalgewährung des Altentheils das Erk. des II. Sen des Ob. Trib. v. 24. Juni 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 197 Nr. 96.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 274.

§§. 603. u. 604. Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte bestimmt im §. 1.:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:

a) bei den Altentheils- oder Auszugsverträgen (§§. 603. u. 604. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. und §. 6. Nr. 6. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O). (G. S. 1845 S. 495.)

Dadurch sind die §§. 603. u. 604. beseitigt.

§§. 606—650. Von Leibrenten.

§§. 606. 1) Zum Begriffe des Leibrenten-Vertrages genügt die allgemein übernommene Verpflichtung zur Alimentirung eines Anderen nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1845 (Präj. Nr. 1664.) (Präj. Samml. S. 63.)

2) Der Leibrenten-Vertrag erfordert eine feste Bestimmung der Rente nach Gelde.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1853; denn dies erhelle nicht nur aus den Worten des §. 606., sondern auch aus den §§. 608. u. 626. ff. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 192 Nr. 41.)

Koch bemerkt gleichfalls, die Abgabe müsse in einer Geldsumme bestehen; sonst sei eine unbenannte fortdauernde Prästation auf die Lebenszeit eines Menschen im Sinne des §. 595. h. t. vorhanden. (Landr. Bd. 1. Anm. 43. zum §. 606. h. t.)

3) Zum Wesen eines Leibrenten-Kontrakts gehört nicht nothwendig, daß die auf die Lebenszeit eines Menschen zu entrichtende »bestimmte Abgabe« eine Geldleistung sein müsse.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2598.)

Daß der Gesetzgeber unter dem im §. 606. gebrauchten Ausdrucke »Abgabe« nicht nothwendig eine Geldleistung verstanden wissen wollte, läßt schon der Ausdruck selbst schließen, da sonst würde gesagt worden sein: »zur Zahlung einer bestimmten jährlichen Geldsumme oder einer baaren Rente«, und zwar um so mehr, als nach gemeinem Rechte die erkaufte Rente gleichfalls in Unterhalt und Verpflegung bestehen konnte (Mittermaier, Deutsch. Privatr. §. 209.). Das Wesentliche dabei ist, daß die zu entrichtende Abgabe, wie dies auch bereits in dem Präj. Nr. 1664.[1]) angenommen worden ist, eine bestimmte und eine schätzungsfähige sei, und ein Mehreres oder dem Widersprechendes geht auch aus den §§. 610—628. nicht hervor. Diese Vorschriften setzen vielmehr nur voraus, daß, wenn die Abgabe nicht in einer Geldleistung besteht, solche doch auf einen bestimmten Geldwerth geschätzt worden ist, wie dies auch nach §. 607. a. a. O. in dem Falle geschehen kann und muß, wenn statt eines baaren

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 342. h. t., Zus. 5.

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

Kaufpreises eine Sache gegeben worden ist. Die K. O. v. 10. Juni 1835 (G. S. S. 100) enthält gleichfalls nichts dem Entgegenstehendes. Sie erledigt vielmehr nur den Zweifel, ob es die Natur des Vertrages ändere, wenn die Rente unter dem Betrage der landüblichen Zinsen des ausbedungenen Kaufpreises verabredet worden, und setzt fest, daß eine solche Verabredung allerdings getroffen werden könne, ohne die Natur des Vertrages zu verändern. Keinesweges bestimmt sie aber oder läßt nothwendig schließen, daß die erkaufte Rente stets eine Geldleistung enthalten müsse; auch ist aus der Natur des Leibrenten-Vertrages eine Nothwendigkeit dafür nicht herzuleiten. Die Stelle einer baaren Rente vertritt vollkommen eine bestimmte, der Schätzung fähige sonstige Leistung, und die Einigung der Kontrahenten über einen bestimmten Geldwerth derselben erscheint nur deshalb erforderlich, damit dieselbe bei einer etwanigen Auflösung des Geschäftes, die eine Rückforderung des Kapitals nach Abrechnung der gezogenen Rente nöthig macht, zum Grunde gelegt werden kann. In dieser Beziehung unterscheidet sich auch der Leibrenten-Kontrakt von dem Ankaufe fortdauernder Präftationen, bei welchen die allgemeinen Regeln von gewagten Geschäften nach §. 595. a. a. O. und resp. von den in letztwilligen Dispositionen ausgesetzten Präftationen dieser Art, nicht aber die den Leibrenten-Verträgen eigenthümlichen in §§. 614—650. enthaltenen Vorschriften zur Anwendung kommen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 29. S. 468 Nr. 2598. u. Bd. 30. S. 43, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 274 Nr. 59.)

4) Vergl. das Erk. des Appell. Ger. zu Hamm v. 16. Okt. 1856 in den Erg. zu den §§. 46., 47., 49. h. t. Zus. 2.

§. 610. K. O. v. 10. Juni 1835 über den Sinn des §. 610. A. L. R. I. 11., in Betreff des Betrages der Leibrenten [1]).

Ueber die Anwendung des §. 610. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. bedarf es, wie Ich Ihnen auf den gemeinschaftlichen Bericht v. 22. v. M. eröffne, keiner Deklaration, da es mit unzweifelhaften Worten ausgedrückt ist, daß bei Leibrenten-Verträgen die Bestimmung der Höhe der Leibrenten von dem Uebereinkommen der Interessenten abhängt, woraus von selbst folgt, daß die Rente auch unter dem Betrage der landüblichen Zinsen des ausgedungenen Kaufpreises verabredet werden kann, ohne daß die Natur eines Leibrenten-Vertrages dadurch geändert wird. Sie haben diesen Erlaß zur Belehrung der Gerichte, die hierüber zweifelhaft gewesen sind, durch die G. S. bekannt zu machen.

(G. S. 1835 S. 100.)

§§. 615—617. Die Gesetzrevisoren bemerken zu den §§. 615—617.:

Die Fassung des §. 617. im Gegensatze zu den §§. 615. u. 616. ist um deswillen von besonderer Bedeutung, weil sie ergiebt, daß eine Leibrente wohl auf die Lebenszeit mehrerer Verkäufer oder mehrerer dritter Personen, nicht aber auf die Lebenszeit mehrerer Käufer in der Weise bedungen werden könne, daß die ganze Leibrente so lange zu zahlen, als noch einer derselben am Leben ist. Für mehrere Käufer kann vielmehr die Leibrente nur nach §§. 615. u. 616. bedungen werden, so daß eine Vertheilung nach Zahl der Köpfe eintritt, und daß mit dem Abgange eines jeden derselben sein Antheil zu Gunsten des Verkäufers erlischt. Der Grund hiervon liegt sehr nahe; denn die für mehrere Käufer in der Weise bedungene Leibrente, daß sie bis zu dem Ableben des Letzten von ihnen ganz zu entrichten wäre, würde aufhören eine Leibrente zu sein; es würde statt einer bestimmten wiederkehrenden Präftation eine wechselnde — je nachdem die Mitkontrahenten bald sterben oder lange leben — früher oder später wachsende Rente werden, und dies widerspricht der Natur des an bestimmte Regeln geknüpften Geschäftes. Das Justizmin. hat noch ganz vor Kurzem, von dieser Ansicht ausgehend, über ein der Leibrente verwandtes Geschäft sich ausgesprochen. Es wurde nämlich die Errichtung einer Tontine in der Weise beabsichtigt, daß von einer Menge Interessenten, die sich mit einer unbedeutenden Summe zu einer geringen Rente einkauften, die länger Lebenden in die Antheile der früher Sterbenden einrücken sollten, und es war die Frage entstanden, ob dies als ein einfacher Leibrenten-Vertrag zu betrachten, um den sich keine Behörde zu kümmern habe, oder ob das Unternehmen als eine eigenthümliche Art von Glücksspiel unter die besondere Aufsicht des Staates zu stellen. Das Letztere nahm das Justizmin. an, und billigte solchergestalt die den §§. 615—617. zum Grunde liegende Ansicht.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 108 u. 109.)

Vergl. gegen diese Ansicht Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 46. zum §. 617. h. t.

§§. 621—624. Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die §§. 621—624. nur den Fall des vorsätzlich veranlaßten Todes berühren, und daß, wenn der Verkäufer durch ein zu vertretendes Versehen den Tod des Käufers oder des Dritten veranlaßt haben sollte, die §§ 619. und 620. zur Anwendung kommen würden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 109.)

§§. 626—629. 1) Schweikart sucht (in dem Aufs.: über Rechnungsfehler im A. L. R.) zu zeigen, daß sich bei Redaktion der §§. 626—629. ein Widerspruch eingeschlichen habe, indem der §. 628. durch die Festsetzung des §. 629. aufgehoben sei, wenn man nicht annehmen wolle, daß der §. 628. auf den Fall zu beschränken sei, wo die Anrechnung der Zinseszinsen ausdrücklich vorbehalten worden, wogegen jedoch das im §. 629. gebrauchte Wort: »aber« spreche, welches andeute, daß die andere Berechnungsart eintreten solle, wenn jener Vorbehalt nicht stattgefunden habe.

(J. W. 1836 S. 109.)

2) Die Gesetzrevisoren machen darauf aufmerksam, daß es irrthümlich im §. 628. heiße, es solle bei Berechnung des über die landüblichen Zinsen gezahlten und deswegen vom Kapital in Abzug zu bringenden Betrages auf Zinsen von Zinsen keine Rücksicht genommen werden, indem der §. 629. diesen Satz wieder aufhebe, wenn er verordne, daß der Ueberschuß in jedem Jahre vom Kapital abgerechnet, und im folgenden Jahre nur vom Ueberreste des Kapitals der landübliche Zins in Anschlag gebracht werden solle; denn es stehe sich ganz gleich, ob eine gewisse jährliche Zahlung mit Zinseszinsen berechnet, oder von einem Zinsen tragenden Kapital abgezogen werde, eben dadurch, daß sich das Zinsen tragende Kapital vermindere, mithin so viel Zinsen weniger trage, kämen Zinseszinsen in Berechnung. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 110.)

§§. 631—634. Finden die §§. 631. sqq. Anwendung, wenn die Dauer der Leibrente von dem Eintritte eines Ereignisses abhängig gemacht worden?

Bornemann verneint. Das Geschäft müsse alsdann nach den §§. 619. ff. beurtheilt werden. Der Verkäufer werde daher mit Eintritt der Bedingung von seiner Verbindlichkeit frei, müsse jedoch, wenn er durch sein Zuthun die Existenz des Ereignisses herbeiführe, das Leibrentenkapital ganz, oder, wenn er nur in culpa levi gewesen, nach Abzug des über den Zinsfuß bereits Gezahlten zurückgeben. Sei dagegen auf das Ereigniß dergestalt Bezug genommen, daß mit dessen Eintritt das ganze Geschäft sich auflösen solle, so kämen die §§. 631. ff. zur Anwendung.

(System Bd. 2. S. 360, 2. Ausg. Bd. 2. S. 137.)

Dagegen führt Koch aus, daß eine Resolutivbedingung den Verpflichteten nicht liberire, wie der Endtermin es thue, sondern das Verhältniß nach beiden Seiten ganz aufhebe. Wenn also z. B. Jemand sich eine Leibrente unter einer auflösenden Bedingung kaufe, und die Bedingung trete ohne Zuthun des Verkäufers ein, so sei der Leibrentenvertrag aufgehoben und der frühere Zustand müsse wieder hergestellt werden. Wie dies geschehen solle, bestimme der §. 631.

(Landr. Bd. 1. Anm. 49. zum §. 631. h. t.)

§§. 637—639. Simon und v. Strampff theilen (in der Abhandlung über den Widerruf eines Leibrenten-Kontraktes wegen Verletzung im Pflichttheile) aus den Materialien die Entstehungsgeschichte der §§. 637—639. ausführlich mit und suchen daraus zu zeigen, daß die Redaktoren dabei von der nach dem Entwurf richtigen, nach dem Landrechte aber nicht mehr begründeten Voraussetzung ausgegangen seien, daß der Pflichttheil immer die Hälfte der Intestat-Erbportion des Notherben betrage. Außerdem hätten die Redaktoren übersehen, daß mit den Notherben, welche gegen den Leibrenten-Verkäufer ihre Rechte verfolgen dürfen, auch andere dergestalt nicht berechtigte Notherben, z. E. nachgeborene Kinder, konkurriren können. Wenn daher die ganze Vorschrift auch begründet wäre, so könne der Leibrenten-Verkäufer dennoch nur für verpflichtet erachtet werden, den nach Zusammenrechnung des noch vorhandenen Leibrenten-Kapitals und reinen Nachlasses sich ergebenden Pflichttheil derjenigen Notherben zu ergänzen, welche überhaupt ihm gegenüber dazu berechtigt sind. (Simon's Z. Bd. 1. S. 75—106.)

§§. 638. u. 639. Die Vorschrift des §. 639., wonach den im Pflichttheil verletzten, den Leibrenten-Kontrakt anfechtenden Notherben die Hälfte des nach §§. 638. u. 639. zu berechnenden

[1]) Vergl. die R. des Justizmin. v. 2. Sept. 1807 (Rabe Bd. 9. S. 76) und v. 12. Febr. 1834 (Jahrb. Bd. 43. S. 105, Gräff Bd. 8. S. 24); desgl. die hiervon abweichenden Urtel des Kammergerichts und des Ob. Trib. v. 23. Okt. 1795 und 27. Mai 1796. (Mathis Bd. 1. S. 233.)

Nachlasses des Leibrenten-Käufers gewährt werden muß, kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Pflichttheil des Notherben nach gesetzlicher Vorschrift nur ein Drittheil seiner Intestatportion beträgt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2598.)

Es ist möglich, daß die Bestimmung des §. 639. h. t. durch die anfänglich beabsichtigte Feststellung des Pflichttheils auf die Hälfte der Intestaterbportion, ohne Unterschied der Fälle, zunächst hervorgerufen ist; da sich aber der Gesetzgeber nicht veranlaßt gesehen hat, sie abzuändern, nachdem der Betrag des Pflichttheils nach Maßgabe der Umstände verschieden festgesetzt worden war, so kann sich der Richter nur das bestehende Gesetz zur Richtschnur dienen lassen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 19, Entsch. Bd. 30. S. 43, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 274 Nr. 59.)

§. 641. Nach §. 99. und §. 102. Nr. 1. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 ist der §. 641. h. t. dahin für abgeändert zu erachten, daß den Gläubigern des Leibrentenkäufers freisteht, den Vertrag, welcher innerhalb der nächstvorhergegangenen zwei Jahre vor der Zahlungseinstellung, oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, oder des Antrages auf Konkurseröffnung geschlossen ist, als ungültig anzufechten.

Ueber das Anfechtungsrecht außerhalb des Konkurses vergl. §. 5. Nr. 1. des G. v. 9. Mai 1855 (G. S. 1855 S. 429) in den Erg. zu §§. 1129—1133. h. t.

§§. 642—645. Die §§. 642—644. sind durch die vorstehend zum §. 641. erwähnten Bestimmungen für aufgehoben und der §. 645. ist dahin für abgeändert zu erachten, daß nach Verlauf der oben zum §. 641. gedachten zwei Jahre der Kontrakt von den Gläubigern des Käufers nicht weiter angefochten werden kann. Es ist die vorgängige Protestation der Gläubiger gegen das Geschäft nicht mehr erforderlich und dagegen das Anfechtungsrecht auf einen zweijährigen Zeitraum festgestellt, während nach dem bisherigen Rechte ein unbestimmter Zeitraum von der Protestation bis zum wirklichen Angriffe des Rentenkapitals verstreichen konnte.

§. 646. u. Anh. §. 19. 1) Der §. 19. des Anh. ist einer Entsch. der Gesetzkomm. entnommen, deren Inhalt das R. v. 11. Jan. 1796 mittheilt.

(N. C. C. Tom. X. p. 1877 No. 18. des Nachtr. 1798, Stengel Bd. 2. S. 280, Paalzow S. 109, Auszug S. 208, Rabe Bd. 3. S. 228.)

Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh. S. 28, 29 u. 116.

Ueber die erwähnte Entscheidung der Gesetzkomm. und den daraus entstandenen §. 19. des Anh. bemerken:

a) die Gesetzrevisoren:

Nach dem Inhalte des Anh. §. 19. soll unter einem durch den Vitalitienkontrakt übertragenen ganzen Vermögen nur dasjenige verstanden werden, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Jenes Konklusum selbst (Rabe, Samml. Bd. 3. S. 231) spricht sich noch deutlicher darüber aus, daß derjenige, der das ganze Vermögen übernimmt, den Gläubigern verhaftet sein solle. Eine solche Uebertragung des ganzen Vermögens von einer Person auf die andere kommt nur vor bei Verlassenschaften und Vermögens-Konfiskationen; in beiden Fällen repräsentirt der neue Erwerber die Person, an deren Stelle er getreten ist, in Beziehung auf deren sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten. Außerdem kennen wir keine Uebertragungen des ganzen Vermögens; der Erbschaftsverkauf kann natürlich nicht dahin gerechnet werden, weil der Gegenstand desselben nicht das Vermögen des einen Kontrahenten, sondern eines dritten Verstorbenen ist. Sollte eine solche Vermögens-Uebertragung durch einen Vertrag unter Lebenden stattfinden, so könnte sie ebensowohl gegen jedes andere Aequivalent, als gegen eine Leibrente erfolgen, und man muß es als einen reinen Zufall betrachten, daß gerade bei Gelegenheit eines Vitalitienkontraktes die Wirkungen dieses Geschäftes zur Sprache kamen. Andeutungen von solchen Vermögens-Uebertragungen haben wir allerdings bei einigen Arten von Verträgen, so bei Schenkungen (§. 1087. h. t.), bei Gemeinschaften (A. L. R. I. 17. §§. 176. sqq.) und im Eherecht (A. L. R. II. 1. §§. 360. sqq.). Nirgends aber finden wir eine Entwickelung der daraus entstehenden Rechtsverhältnisse; und daß wir diese nicht finden, wird durch die in unser Gesetz übertragenen Ansichten des Röm. R. sehr erklärlich. Dort kennt man zwar wohl eine donatio omnium bonorum, und es wird gesagt, daß diese nicht anders als deducto aere alieno zu verstehen (L. 39. §. 1. D. de Verb. sign. [50. 16.], I. 12. D. de donation. [39. 5.], I. 19. §. 1. D. de re judicata [42. 1.]; allein von den Rechtsverhältnissen der Gläubiger zu dem neuen Erwerber ist nirgends die Rede; überhaupt ist eine Vermögens-Uebertragung unter Lebenden dergestalt, daß der eine Kontrahent künftig den anderen, so wie der Erbe den Erblasser repräsentirte, dem Röm. Rechte fremd, und deswegen ist sie auch uns fremd geblieben. Daher kann denn in allen vorhin angeführten Fällen, wo von einer Uebertragung des ganzen Vermögens die Rede ist, kein Klagerecht der Gläubiger gegen den neuen Erwerber entstehen, sofern nicht die Gläubiger durch ihren Beitritt zum Vertrage ein solches Recht erlangt haben, oder der vorige Schuldner, wie im Eherechte bei der Gütergemeinschaft von selbst immer als Mitbeklagter dasteht. (Gesetzrev. Pens XIV. S. 111, 112.)

b) Piners, daß der §. 19. des Anh. zu den im A. L. R. I. 5. §§. 74. 75. aufgestellten Grundsätzen nicht passe, und daher streng und ohne Ausdehnung interpretirt werden müsse.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 217.)

2) Unter welchen Umständen kann ein zwischen Lebendigen geschlossener Vertrag für einen Vitalitien- oder Alimenten-Vertrag erachtet werden?

a) Piners bemerkt, daß auch die Uebertragung eines Kolonats unter Vorbehalt eines Altentheiles unter den im A. L. R. übrigens nicht aufgestellten Begriff eines Vitalitien- oder Alimenten-Kontraktes zu fallen scheine. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 217.)

b) Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 9. Jan. 1837 aus, daß, wenn Jemand seinem Sohne seine Güter mit allen Zubehörungen, und überhaupt sein sämmtliches Immobiliar-Vermögen, auch alle ausstehende Forderungen, Pachtrückstände und Ansprüche, welche aus diesen übertragenen Gütern fließen und ihren Ursprung haben, kontraktlich zum völligen Eigenthume überträgt, sich jedoch die auf einem Gute befindlichen Mobilien und Moventien, so wie die in einem bestimmten Zimmer zu seinem persönlichen Gebrauche befindlichen Mobilien und die Bibliothek zur freien Disposition vorbehält, dennoch bezweckt worden sei, das gesammte Vermögen als einen Inbegriff, und mit alleiniger Ausnahme der speziell bezeichneten Vermögensstücke, zum Eigenthum zu übertragen, resp. zu erwerben; daß durch einen solchen Vorbehalt der Begriff und das Wesen eines Vermögensinbegriffes ebensowenig alterirt werde, wie eine Erbschaft aufhöre Erbschaft zu sein, wenn dieselbe durch ausgesetzte Legate eine Schmälerung erleide, und daß sonach der §. 19. Anh. Anwendung finde, daher der Uebernehmer auch die zur Zeit der Uebernahme vorhanden gewesenen Schulden auf Höhe des übernommenen Vermögens bezahlen müsse. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 501 ff.)

c) Vergl. unten Zus. 7. ad h. l.

3) Derjenige, welchem ein ganzer Vermögensinbegriff durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Vertrag übertragen worden, ist den Gläubigern des Uebertragenden, auch wenn sie dem Vertrage nicht beigetreten sind, unmittelbar verhaftet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. April 1841. (Präj. Nr. 1008.)

Wenn auch weder in dem §. 19. des Anh., noch in dem demselben zum Grunde liegenden R. v. 11. Jan. 1796 und der darin bezogenen Entscheidung der Gesetzkommission ausdrücklich bestimmt ist, daß der Gläubiger des Uebertragenden (Alimentenempfängers) ein Recht haben solle, seinen Anspruch unmittelbar gegen den Uebernehmer der Masse (den Alimentenzahler) geltend zu machen, was vielmehr mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatze des §. 75. A. L. R. I. 5. unvereinbar scheint und auch der gewöhnlichen gesetzlichen Ordnung nicht gemäß ist, da der Gläubiger zunächst seinen Schuldner belangen muß, und der dritte (Uebernehmer) erst nach der rechtskräftigen Feststellung zur Verhaftung an die Reihe kommen kann, so geht doch andererseits die Absicht des Gesetzgebers dahin, daß die Schuldansprüche dem Uebernehmer des ganzen Vermögens folgen sollen, welcher sich daher darauf in Prozesse einlassen muß. Der Abtreter des Vermögens wird als ausgeschieden betrachtet und die Ausführung des Schuldanspruches gegen ihn oder seine Erben nicht für erforderlich gehalten, sondern das ganze Recht und die ganze Pflicht ist auf den Ueberbringer der Masse übergegangen. Für diese Auslegung spricht die Stellung der Worte im Tenor der Entsch. der Gesetzkomm., wie ihn das R. v. 11. Jan. 1796 mittheilt, und der Schlußsatz des R.

(Präj. Samml. S. 63, Entsch. Bd. 7. S. 67, J. W. 1841 S. 653, Centralbl. 1841 S. 950.)

Derselben Ansicht sind die Gesetzrevisoren (vergl. deren Aeußerung über den §. 19. des Anh., ob. Zus. 1.) und Piners in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 215—217, desgl. Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 3. S. 140) und Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 706 u. Beurtheil. S. 478.)

4) Das Recht des Gläubigers gegen den durch einen Vitalitien- oder Alimentationsvertrag zum Besitze des ganzen Vermögens seines Schuldners gelangten Singularsukcessor geht dadurch, daß der Gläubiger hiernächst Erbe des ursprünglichen Schuldners wird, nicht unter.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1854, unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 1008. v. 26. April 1841[1]). (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 182 Nr. 44.)

5) Die vertragsmäßige Abtretung des ganzen vorhandenen Vermögens des Abtretenden an den Erwerber begründet keine Universalsukcession. Dieser Grundsatz gilt auch hinsichtlich der Vermögensabtretung durch einen Vitalitien- und Alimentenvertrag. Der auf Grund eines solchen zum Besitze eines ganzen Vermögensinbegriffs gelangte Singularsukcessor ist zwar den Gläubigern des Uebertragenden unmittelbar verhaftet; er braucht jedoch das bloß gegen den Letzteren ergangene Judikat nicht ohne Weiteres gegen sich gelten zu lassen, und es kann daher die Exekution aus demselben nicht gegen ihn vollstreckt werden; er ist vielmehr zur Vertretung des Uebertragenden in einem besonderen Prozesse anzuhalten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1849 u. 24. Jan. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 65 Nr. 20.)

6) Die im §. 19. des Anh. ausgesprochene Verpflichtung des Vermögensübernehmers in Betreff der vorhandenen Schulden ist nicht auf solche Schuldverbindlichkeiten einzuschränken, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu lösen sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2060.) (Präj. Samml. S. 63, Entsch. Bd. 16. S. 519.)

Unter Bezugnahme hierauf sind folgende Entscheidungen ergangen:

a) Derjenige, welchem durch einen Alimentenvertrag ein ganzer Vermögensinbegriff übertragen worden, ist auch die dem Uebertragenden obgelegene Verpflichtung zur Schichtung mit seinen unabgefundenen Kindern zu erfüllen und zu dem Ende das Vermögen zu manifestiren verpflichtet. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Uebertragende mit seinen Kindern in der prorogirten Rietbergischen oder Paderborn'schen Gütergemeinschaft gelebt und die Gesammt-Vermögensmasse einem Dritten, wenngleich durch einen lästigen Vertrag, zugewendet hat und ist in diesem Falle der Uebernehmer auch verpflichtet, Behufs Ermittelung des den unabgefundenen Kindern zu gewährenden ordnungsmäßigen Abdikats den Vermögensstand durch Inventar und Abschätzung der Vermögensgegenstände darzulegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 209 Nr. 52.)

b) Derjenige, welcher durch einen Vitalitien- oder Alimentenvertrag einen ganzen Vermögensinbegriff übernommen hat, ist nicht bloß verpflichtet, die vorhandenen Schulden im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes zu zahlen, sondern er muß auch wegen der Ansprüche dritter Personen in Betreff einer zugleich mit jenem Vermögensinbegriff übernommenen Erbschaft gerecht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. April 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 96 Nr. 22.)

7) Wenn ein ganzer Vermögensinbegriff dem Verkäufer einer Leibrente für die stipulirte Rente an den Käufer überlassen ist, sind die Gläubiger des Letzteren berechtigt, zum Zwecke ihrer Befriedigung sich an diesen Vermögensinbegriff zu halten. Dies Recht der Gläubiger wird weder durch eine bestimmte Art der Ausübung bedingt, noch durch eine gewisse Zeit beschränkt.

Von dem Anspruche der Gläubiger des Leibrentenkäufers kann der Verkäufer sich nur durch Aufhebung des Vitalitienkontraktes und Zurückgabe des Vermögens an den Käufer befreien.

Erkannt von dem Ob. Appell. Sen. des Kammergerichts unterm 10. Nov. 1833 und bestätigt von dem Ob. Trib. unterm 1. Juli 1839. (Centralbl. 1840 S. 56 ff.)

§§. 647. 648. Wenn der Verkäufer einer Leibrente durch drei hintereinander folgende Jahre mit deren Bezahlung im Rückstande geblieben ist, und deshalb das Kapital auf Verlangen des Leibrentenkäufers an diesen zurückzahlen muß, so ist er zur Verzinsung dieses Kapitals nicht erst vom Ablaufe der drei Jahre an, sondern von der Zeit an verpflichtet, von welcher ab er die Zahlung der Leibrente einzustellen angefangen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 16 Nr. 5.)

[1]) Vergl. ob. Zus. 3. ad h. l.

§§. 651. u. 652. Von Wittwen-, Heiraths- und Sterbekassen.

§. 651. 1) K. O. v. 29. Sept. 1833, wegen Ertheilung der landesherrlichen Genehmigung, welche zur Errichtung von Wittwen- und Sterbekassen erforderlich ist.

Auf den Ber. des Staatsmin. v. 31. v. M. bestimme Ich nach dessen Antrage, daß die landesherrliche Genehmigung, welche nach §. 651. Tit. XI. P. 1. A. L. R. zur Errichtung gemeinschaftlicher Wittwen-, Sterbe- und Aussteuerkassen erforderlich ist, künftig von dem Ober-Präsidenten ertheilt werden soll. Wenn sich jedoch der Wirkungskreis einer solchen Kasse über die Grenzen des Ober-Präsidialbezirkes hinaus erstreckt, oder wenn sich gewisse Klassen von Beamten dazu vereinigen, so hat der Min. des Inn. u. der Pol. letzterenfalls gemeinschaftlich mit dem vorgesetzten Min. der Beamten die Genehmigung zu ertheilen. Unter den Sterbekassen sind übrigens alle Kassen zu verstehen, aus welchen für den Sterbefall eines Mitgliedes der Gesellschaft eine Zahlung zu irgend einem Zwecke zu leisten ist[1]). (G. S. 1833 S. 121.)

2) Strafgesetzbuch v. 14. April 1851 §. 340. Nr. 6.

Mit Geldbuße bis zu funfzig Thalern oder Gefängniß bis zu sechs Wochen wird bestraft:

rc. b) wer ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- und Wittwenkassen oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen, beim Eintritt gewisser Bedingungen oder Termine, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten[2]).

3) R. des Min. des Inn. v. 12. Jan. 1837. Auch sogenannte Krankenkassen, d. h. Gesellschaften, welche mit gemeinschaftlichen Mitteln die Krankenpflege bezwecken, bedürfen der Genehmigung des Staates und sind unter dessen Oberaufsicht gestellt.

(v. K. Ann. Bd. 21. S. 109.)

4) R. des Min. des Inn. und der F. v. 9. Sept. 1843. Die von den Eisenbahngesellschaften für ihre Beamten eingerichteten Unterstützungs- und Sterbekassen bedürfen nicht der ministeriellen Erlaubniß, welche der §. 651. h. t. für dergl. Kassen fordert.

(Min. Bl. d. inn. V. 1843 S. 265.)

5) C. R. des Min. für H., G. und öffentl. Arb., der geistl. rc. Angel., des Inn. und für landw. Angel. v. 31. Aug. 1854. Wo den Unterstützungskassen der Innungen die Staatsgenehmigung bereits in dem ministeriell bestätigten Statut ertheilt ist, bedarf es nicht noch

[1]) Der ungedr. Entw. des Gesetzb. hatte statt des im §. 651. h. t. gebrauchten Ausdruckes: »Sterbekassen« den Ausdruck: »Beerdigungskassen.« Es konstirt nicht, weshalb derselbe mit dem Ausdrucke: »Sterbekassen« vertauscht worden. Man muß annehmen, daß die Ausdrücke: »Sterbekassen, Beerdigungskassen, Begräbnißkassen« synonym sind. (Gesetzrev. Pens. XIV. Motive S. 112). Dies bestätigt der Schlußsatz der K. O. v. 29. Sept. 1833. Daher ist das R. des Min. des Inn. v. 5. Juli 1830, welches ausführt, daß Begräbnißkassen-Vereine der im §. 651. vorgeschriebenen landesherrlichen Genehmigung nicht bedürfen, da der §. 651. lediglich von den Sterbekassen spreche, deren Einrichtung unter die Kategorie der gewagten Geschäfte zu stellen (v. K. Ann. Bd. 14. S. 567), nicht verständlich.

[2]) Das R. der Min. des Inn. und der geistl. rc. Angel. v. 24. Sept. 1849 und die R. des Min. des Inn. v. 10. Nov. 1849 und 26. April 1850 (M. Bl. d. i. V. 1850 S. 173 Nr. 223.) hatten angenommen, daß der §. 651. h. t. und die K. O. v. 29. Sept. 1833 durch den §. 6. der V. v. 6. April 1848 und den Art. 28. der Verf. Urk. v. 5. Dec. 1848, welche das freie Vereinigungsrecht gewährleisten, für modifizirt zu erachten seien, und daß daher Vereinigungen zu gemeinschaftlichen Wittwen-, Sterbe- und Aussteuerkassen der im §. 651. h. t. und in der K. O. v. 29. Sept. 1833 vorgeschriebenen Erlaubniß der betr. Staatsbehörde nicht mehr bedürfen, es sei denn, daß dergl. Unternehmungen für öffentliche Kassen zu erachten sind, in welchem Falle es nach §. 250. A. L. R. I. 20. der ausdrücklichen Erlaubniß des Staates zu deren Errichtung bedürfe. — Der §. 340. Nr. 6. des Strafgesetzb. unterscheidet nicht zwischen bloß gemeinschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen dieser Art; vielmehr bedarf es in allen Fällen der Erlaubniß des Staates zu deren Errichtung. Das R. des Min. des Inn. v. 6. Jan. 1852 (M. Bl. d. i. V. 1852 S. 9 Nr. 11.) hat denn auch angeordnet, daß auch für die seit dem J. 1848 entstandenen Aussteuer-, Sterbe- und Wittwenkassen nachträglich die Genehmigung des Staates nachgesucht werden müsse, wobei dieselben Grundsätze zur Anwendung zu bringen, welche bei Genehmigung neu errichteter Kassen dieser Art maßgebend sind.

der speziellen Genehmigung der Regierung, welche dagegen für die Kassen und Verbindungen der Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter zu gegenseitiger Unterstützung, welche nicht als Innungsinstitute zu betrachten sind, erforderlich ist. Auch unterliegen die Unterstützungskassen der selbstständigen Gewerbetreibenden außer dem Innungsverbande den Vorschriften der K. O. v. 29. Sept. 1833.

(Min. Bl. d. inn. V. 1854 S. 176 Nr. 207.)

6) C. R. des Min. des Inn. v. 5. Febr. 1852, betr. die Grundsätze bei Ertheilung der Genehmigung zur Errichtung von Aussteuer- und Heirathskassen und wegen Kontrollirung des Geschäftsbetriebes solcher Institute. (Min. Bl. d. inn. V. 1852 S. 9 Nr. 12.)

7) Ueber die juristische Persönlichkeit der Kranken-, Sterbe- und ähnlichen Kassen vergl. das R. v. 9. Sept. 1844 (J. M. Bl. 1844 S. 206) in den Erg. zum A. L. R. II. 6. §§. 13—16.

8) Wenn Aussteuer- und Sterbekassen ohne landesherrliche Erlaubniß errichtet, hiernächst aber von der Landesbehörde als gemeinschädlich aufgehoben werden, so sind diejenigen, welche die Kasse errichtet haben, solidarisch verbunden, den Beisteuernden die gezahlten Beiträge zu erstatten.

(Anfrage in der J. Z. 1836 S. 1055 und Antwort darauf von G., ebendas. S. 1120.)

Vergl. über diese Frage Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 61. zum §. 651. h. t.

§. 652. 1) Die Vorsteher einer Sterbegesellschaft sind für ihre Person nicht für die Zahlung des von der Sterbekasse als moralischen Person zu entrichtenden Sterbepfennigs zu haften verbunden, so lange nicht nachgewiesen ist, daß die Sterbekasse zahlungsunfähig ist und daß den Vorstehern eine unzweckmäßige Verwaltung zur Last fällt.

(Erk. des Ob. App. Sen. des Kammerger. de publ. den 26. Nov. 1807, Mathis Bd. 6 S. 474.)

2) Bei Errichtung einer Sterbegesellschaft ist von keinem Unternehmen auf Gewinn und Verlust, sondern von einer Association die Rede, wobei die Mitglieder gleiche Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Gesellschaft überkommen, und unter gleichen Umständen gleiche Vortheile zu genießen haben sollen, auch sich den gesellschaftlichen Beschlüssen des größeren Theils der Mitglieder unterwerfen müssen, oder, wenn sie solches nicht wollen, nur berechtiget sind, mit Aufopferung ihrer bisherigen Beiträge aus der Gesellschaft auszutreten.

(Erk. des Ob. App. Sen. des Kammerger. de publ. 19. Sept 1793, und des Ob. Trib. v. 7. April 1796, Stengel Bd. 2. S. 117—136.)

3) Wenn Jemand einen Anderen bei einer Sterbekasse aufnehmen läßt und die Beiträge dafür leistet, so erlangt der Aufgenommene für seine Person keine Rechte an die Sterbegesellschaft, sondern der Versicherer ist derjenige, welcher den Kontrakt mit der Gesellschaft geschlossen hat und welchem die daraus entspringenden Verbindlichkeiten obliegen, der mithin auch die daraus erwachsenden Rechte genießen muß.

(Erk. des Kammerger. v. 29. Mai 1800, welches in rev. bestätiget ist, Stengel Bd. 16. S. 199—210.)

Siebenter Abschnitt.

Vom Darlehnsvertrage.

§. 653. Begriff.

1) Ueber die Bedeutung des Ausdruckes: »geldwerthe an jeden Inhaber zahlbare Instrumente«, bemerken:

a) die Gesetzrevisoren, daß darunter nur die vom Staate oder unter dessen Autorität in Umlauf gesetzten Papiere zu verstehen seien; denn die von Privatpersonen auf jeden Inhaber ausgestellten Papiere (§. 762. II. 8. A. L. R.) könnten nicht als Gegenstand des Darlehns betrachtet werden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 115.)

b) Bornemann ist mit Bezugnahme auf das Gesetz v. 17. Juni 1833 (s. zum §. 730. h. t.) derselben Ansicht.

(System Bd. 3. S. 265 und Anm. **)

c) Grävell bemerkt, daß der Ausdruck keinen anderen Sinn haben könne, als den: dem Gelde gleich zu achtende, die Stelle des Geldes vertretende Papiere. Da aber das Münzen nicht bloß nach §. 12. A. L. R. II. 13. zu den Hoheitsrechten, sondern auch zu den Regalien gehöre, so folge daraus, daß nur die vom Staate selbst, oder von den unter seiner Leitung stehenden Instituten dem Gelde substituirten Papiere zur Valuta bei eigentlichen Darlehnen gebraucht werden könnten, wogegen die von anderen moralischen Personen oder Individuen ausgestellten lettres au porteur nur verkauft oder cedirt werden könnten. (Komm. zu den Kreditgesetzen S. 3.)

2) Dadurch allein, daß bei einem Darlehn in Pfandbriefen oder in andern geldwerthen, an jeden Inhaber lautenden, mit Zinskoupons versehenen Papieren zugleich die Koupons ausgehändiget werden, wird eine Verpflichtung des Darlehnsempfängers, bei Erstattung des Kapitals in Papieren gleicher Art auch die Koupons seit dem Tage des Empfanges zurückzugewähren, oder deren Geldbetrag zu vergütigen, noch nicht begründet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1847 (Präj. Nr. 1916.), auf Grund der im §. 653. aufgestellten Definition.

(Präj. Samml. S. 63, Entsch. Bd. 15. S. 160, Rechtsf. Bd. 2. S. 291 Nr. 146.)

Gegen die Begründung dieses Präj. vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 2. zum §. 653. h. t.

3) Wenn die Schuldverschreibung über ein baares Darlehn lautet, und, statt Geldes, eine Forderung als Valuta cedirt worden, oder ein aus einer sogenannten Geschäftsverbindung verbliebener Saldo als Valuta des Darlehns betrachtet worden ist, so ist kein Darlehn vorhanden. Der Cession fehlt es in dem ersten Falle an einer gültigen Grundlage; die Quasitradition hat keinen Titel.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1848 u. 2. Febr. 1849. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 3. zum §. 653. h. t.)

4) Zur Konstatirung eines Darlehnsvertrages ist das materielle Zuzählen des Geldes nicht genügend, sondern es ist der Beweis erforderlich, daß dies Zuzählen mit der Absicht und Vereinbarung verbunden gewesen sei, daß der Darlehnsnehmer das Geld zum Verbrauche erhalten und Eigenthümer desselben werden solle.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1855, auf Grund der §§. 653. u. 661.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 116 Nr. 26.)

5) Der Zweck, zu dem der Borger das ihm geliehene Geld in seinem Interesse verwendet oder verwenden will, ist für das Wesen des Darlehns unerheblich. Auch muß angenommen werden, daß derjenige, welcher behauptet, Jemandem eine Summe Geldes als Darlehn gegeben zu haben, damit zugleich die Verabredung der künftigen Rückzahlung, da diese zum Wesen des Darlehns gehörig ist, behauptet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 182 Nr. 44.)

6) Es ändert die Natur des Darlehnsvertrages nicht, wenn die zum Verbrauche übergebene Summe nicht in Einem, sondern durch Abrechnung auf einen vom Empfänger an den Darleiher aus einem beabsichtigten, in der Folge aber nicht zu Stande gekommenen Miethsvertrage zu zahlenden Miethszinse zurückerstattet werden sollte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. April 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 37 Nr. 9.)

§§. 654—660. Von Verträgen über künftige Darlehne.

§§. 654—658. 1) Die Annahme einer von einem Anderen in der Hoffnung des Darlehnsempfanges, oder gegen mündliches Versprechen der Darlehnszahlung, ausgestellten Schuldverschreibung, verpflichtet ohne weiteren, sonst erforderlichen schriftlichen Vertrag nicht zur Darlehnszahlung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1805.

In den §§. 654. u. 655. ist nur verordnet, daß, wenn Jemand sich durch einen gültigen Vertrag verpflichtet hat, einem Anderen ein Darlehn zu geben, er schuldig sei, diesen Vertrag zu erfüllen, nicht aber, daß Jemand, der die von einem Anderen, in der Hoffnung des Darlehnsempfanges oder gegen mündliches Versprechen der Darlehnszahlung ausgestellte Schuldverschreibung an sich genommen, zur Darlehnszahlung ohne weiteren schriftlichen Vertrag verbunden sein solle. Nur von dem Schuldner heißt es im §. 727., daß derselbe durch den bloßen Empfang des Darlehns, auch ohne schriftlichen Vertrag zur Wiedererstattung des Empfangenen verpflichtet werde, wogegen nach §. 729. ein solcher erforderlich ist, wenn dem Gläubiger ein Recht zur Klage aus Verabredung wegen eines Darlehns zustehen soll. Das Gesetz bindet also den Darlehnsvertrag, wie jeden anderen, der eine Summe von mehr als 50 Thlr. zum Gegen-

stande hat, an die im §. 131. A. L. R. I. 5. vorgeschriebene schriftliche Form. Die Verordnung des §. 727. gründet sich darauf, daß, nach §§. 156., 157. A. L. R. I. 5., derjenige Kontrahent, welcher die Erfüllung eines wegen Mangels der schriftlichen Vollziehung ungültigen Vertrages von dem Anderen bereits angenommen hat, nach seiner Wahl entweder das Empfangene zurückgeben, oder den Vertrag auch von seiner Seite erfüllen muß. Hiermit harmonirt der §. 654. Ein schriftlicher Vertrag ist aber erst dann vorhanden, wenn der Kontrahent, welcher dadurch gebunden werden soll, unterschrieben hat (A. L. R. I. 5. §§. 116., 118., 120.). Die Ausstellung einer Schuldverschreibung, worin ein gegebenes Darlehn erwähnt worden, kann mithin nicht als pactum de mutuando verbinden. Auch die Bestimmung des §. 81. A. L. R. I. 5. begründet keine Verbindlichkeit zur Hergabe des mündlich versprochenen Darlehns; denn es ist dort nur von Verträgen im Allgemeinen, nicht von schriftlichen Verträgen die Rede, bei welchen nach §§. 116. sqq. ibid. die Annahme durch Unterschrift geschehen muß, und es folgt daher nach §§. 115. sqq. ibid. aus der Annahme der Schuldverschreibung nur, daß der Empfänger der Obligation dieselbe zurückgeben muß, wenn er keine Zahlung darauf leisten will.

(Simon's R. Bd. 1. S. 120.)

2) Der Darlehnsgeber wird durch die Annahme des Schuldscheines über den ganzen Betrag eines nicht in rechtsgültiger Form versprochenen Darlehns und durch die theilweise Zahlung der darin verschriebenen Valuta nicht verpflichtet, den Rest der letzteren dem Schuldner nachzuzahlen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec 1840. (Präj. Nr. 957.)

Aus dem §. 654. h. t., in Verbindung mit dem §. 131. A. L. R I. 5., folgt, daß nur ein schriftlicher Vertrag den Promittenten verpflichtet, ein versprochenes Darlehn über 50 Thaler dem Borger auch wirklich vorzustrecken (A. L. R. I. 5. §. 155.). Der Darlehnsvertrag (mutuum), im Gegensatze zu dem pactum de mutuando, verpflichtet nur den Schuldner zur Zurückzahlung der wirklich erhaltenen Summe, ohne daß es hierzu eines Vertrages bedarf (§§. 653., 757., 727. h. t.). Der von dem Schuldner nach §. 730. einseitig ausgestellte Schuldschein begründet ebenfalls nur für ihn die Verbindlichkeit zur Erfüllung der darin erkannten Nebenverbindlichkeiten (§. 729.), kann aber keine Verpflichtungen für den Gläubiger hervorbringen; am wenigsten aber kann derselbe gegen die Vorschrift des §. 654. angehalten werden, die nur mündlich versprochene Summe dem Darlehnssucher um deswillen zu zahlen, weil dieser im Schuldschein sich auf Höhe des nur mündlich zugesicherten Darlehns für den Schuldner des Promittenten bekannt und dieser den Schuldschein angenommen hat. Selbst dann, wenn in der Uebergabe des Schuldscheines durch den Borger eine theilweise Erfüllung des mündlich geschlossenen pacti de mutuando, mithin in der Annahme des Schuldscheines Seitens des Promittenten eine Annahme dieser theilweisen Erfüllung zu finden ist, hängt es doch von der Willkühr des Promittenten ab, ob er den Vertrag auch von seiner Seite erfüllen, d. h. das Darlehn vorstrecken, oder ob er den Schuldschein zurückgeben wolle (A. L. R. I. 5. §. 156.). Auch wenn dem Borger schon ein Theil der mündlich versprochenen Summe von dem Darleiher wirklich gezahlt worden, ist letzterer nicht zur Zahlung des Restes des Betrages, worüber der Schuldschein laute, verbunden. Denn dadurch, daß Jemand mit Erfüllung einer nicht in rechtsgültiger Form übernommenen Verbindlichkeit schon den Anfang gemacht hat, wird derselbe nicht verpflichtet, den an sich nicht verbindlichen Vertrag nun jedenfalls vollständig zu erfüllen. (a. a. O. §§. 161., 162.)

(Präj. Samml. S. 64, Entsch. Bd. 6. S. 313.)

Denselben Rechtssatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. April 1853 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 119 Nr. 26.)

Koch tritt dem mit dem Bemerken bei, daß der Rechtssatz auf uneingetragene Darlehne zu beschränken sei, da der Darlehnsgeber, welcher ein Hypothekeninstrument zur vollen Summe cedirt, ohne die Valuta vollständig bezahlt zu haben, zwar nicht aus dem pactum de mutuo dando, wohl aber aus dem Betruge hafte.

(Beurtheil. S. 446.)

Vergl. Recht der Ford. Bd. 3. S. 199 Anm. 3.

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. 17. S. 270) in den Erg. zum §. 739. h. t.

3) Die Gesetzrevisoren halten die schriftliche Form zur Gültigkeit eines pacti de mutuando bei Summen über 50 Thlr. für erforderlich und nehmen für diesen Fall an, daß die bloße Ausstellung und Annahme des Schuldscheins für keinen Theil eine Verpflichtung begründe.

Ein pactum de mutuo dando, wodurch ein klagbares Recht auf das Geben und Nehmen des Darlehns entstanden wäre, kannte das Röm. Recht nicht. Nachdem aber das Gemeine Deutsche Recht aus jedem einfachen Vertrage eine Klage auf dessen Erfüllung zugelassen hatte, mußte nothwendig auch der Vertrag über ein künftiges Darlehn als rechtsgültig betrachtet werden. Durch das A. L. R. trat bloß diejenige Beschränkung jenes gemeinrechtlichen Grundsatzes ein, welche in dem Erforderniß der schriftlichen Abfassung gegeben ist. Es würde mithin das Versprechen, ein Darlehn geben oder annehmen zu wollen, erst bei einem Gegenstande über 50 Thlr. zu seiner Gültigkeit der Schrift bedürfen. Dagegen verordnet der §. 658.: »der Borger, welcher das Darlehn gesucht hat, ist schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen.« Diese Vorschrift ist doppelt befremdend, einmal, weil hier der Schrift ohne Unterschied des Gegenstandes Erwähnung geschieht — mehr aber noch, weil hier eines schriftlich versprochenen Darlehns, und nicht der schriftlich versprochenen Annahme gedacht wird. Die Veranlassung zu der gedachten Bestimmung ist in der Behandlungsweise dieses Gegenstandes im gedr. Entw. zu suchen. Dort fanden sich die §§. 654—660. des jetzigen Textes derjenigen Rubrik angereihet, welche sich mit den Erfordernissen des Schuldscheins beschäftigte (§§. 572—577. im Entw.); es war also vorausgesetzt, daß der Schuldschein bereits ausgestellt worden, und des mündlichen Versprechens, ein Darlehn geben oder nehmen zu wollen, war nicht gedacht. Bei der Umarbeitung des Entw. fand Suarez nöthig, die erforderlichen Bestimmungen über das pactum de mutuo dando zur schärferen Absonderung an die Spitze zu stellen. Dadurch werden dann die Vorschriften d. Tit., an deren Stelle eine einfache Hinweisung auf den fünften Titel genügt hätte, erklärlich; es ergiebt sich, weshalb im §. 665. von der Rückgabe des ausgestellten Instrumentes die Rede ist; es geht ferner aus jener Verbindung hervor, wie es gekommen, daß im §. 658. nur der schriftlich versprochenen Summe, nicht der schriftlichen Verpflichtung zur Annahme Erwähnung geschieht. So wie nämlich der Schuldschein die Schrift von Seiten des Empfängers vertritt, so hatte man nur an das schriftliche Versprechen dessen, der das Darlehn geben sollte, gedacht. Es ist aber klar, daß von den Kontrahenten, deren einer das Darlehn zu geben, der andere es zu nehmen verspricht, ein jeder nur durch seine Schrift verpflichtet werden kann, ganz in derselben Weise, wie bei allen zweiseitigen Verträgen. Beim Darlehn selbst entsteht dagegen die Verpflichtung durch die Uebergabe (re contrahitur obligatio), und der Schuldschein ist nicht eigentlich der schriftliche Vertrag, sondern ein Beweismittel. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 115., 116.)

Bornemann schließt sich der Ansicht der Gesetzrevisoren an.

Nach §. 654. kann es hinsichts der Promittenten nicht zweifelhaft sein, daß das pactum de mutuando bei Summen unter 50 Thlr. der schriftlichen Form nicht bedarf, wogegen hinsichtlich des Akceptanten zwar aus den Worten des §. 658. per indirectum zu folgen scheint, daß nur ein schriftliches pactum de mutuando den Darlehnssucher zur Annahme der versprochenen Summe verpflichtet. Da indeß der Grund eines Unterschiedes zwischen dem Promittenten und Akceptanten nicht abzusehen ist, so kann auf die Worte des §. 658., in welchen eine Ausnahme von der Regel mindestens nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, kein Gewicht gelegt werden, zumal da sich dessen Fassung, wie die Materialien ergeben, als durchaus zufällig und absichtslos darstellt, auch die buchstäbliche Auffassung der Worte: »der Borger ist schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen«, sogar zu der Annahme führen würde, daß schon das einseitige nicht akceptirte schriftliche Versprechen des Anderen den Darlehnssucher verpflichte. Der §. 658. beweist also, wenn man ihn wörtlich auffaßt, zu viel, und läßt sich eben daher nicht wörtlich verstehen. Aus dem Inhalte des Entw. erhellt, daß die Redaktoren der Meinung gewesen, daß durch die in Erwartung künftiger Zahlung erfolgte Ausstellung und Annahme eines Schuldscheines, auch bei Gegenständen über 50 Thlr., gegen beide Theile ein Klagerecht resp. auf Zahlung und Annahme des Darlehns begründet werde. Es ist indeß das Gegentheil anzunehmen. Denn der Schuldschein enthält von keiner Seite das Anerkenntniß eines mündlich geschlossenen pacti de mutuando, sondern ist nur ein Bekenntniß des Schuldners über die bereits stattgefundene Zahlung des gesuchten Darlehns, verbunden mit dem Anerkenntnisse über die besonders verabredeten Bedingungen, weshalb ein Schuldschein, der in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt worden, gar keine bindende und beweisende Kraft hat. Der angebliche Promittent des Darlehns kann den Schuldschein zu irgend einem anderen Zwecke, als um gerade ein Darlehn zu geben, angenommen haben, hinsichtlich des Akceptanten läßt sich zwar ein anderer Zweck, als daß derselbe den Schuldschein, um ein Darlehn darauf zu erhalten, ausgestellt und hingegeben habe, kaum denken; es bleibt aber doch möglich, daß er solchen nur in der Voraussetzung, daß die Valuta bald gezahlt werden würde, ausgehändigt, und deswegen die Bedingungen des pacti de mutuando nicht angegeben habe. Daher kann sein Rechtsverhältniß nicht nach dem, was sich theilweise aus dem Instrumente entnehmen läßt, beurtheilt werden, und es kann somit ein vorläufig ausgestellter und angenommener Schuldschein den Mangel eines schriftlichen pacti de mutuando niemals ergänzen und daraus selbst auf Nachzahlung eines rückständig gebliebenen Theiles der Valuta nicht geklagt werden.

(System Bd. 3. S. 266, 2. Ausg. Bd. 3. S. 141.)

Temme ist der Ansicht, daß das pact. de mut., namentlich in Ansehung des Borgers, keinesweges immer der schriftlichen Form be-

dürfe. Der §. 658. spreche nur von einem schriftlichen Versprechen des Darlehns. (Lehrb. Bd. 1. S. 531 Anm. 2.)

Grävell führt aus, daß nach §. 658. den Borger nur ein schriftlich abgefaßtes pactum de mutuando, kein bloß mündliches Abkommen verpflichte, und zwar ohne Unterschied der Summe; wogegen es in Ansehung des das Darlehn versprechenden Gläubigers bei den allgemeinen Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 131. u. 132. sein Bewenden habe. Die Ausstellung einer Obligation zur hypothekarischen Eintragung in Gemäßheit des §. 738. sei allemal einem ausdrücklichen schriftlichen Versprechen der Annahme des Darlehns gleich zu achten, weil diese Annahme der ausgestellten Obligation selbst erst volle Gültigkeit gebe. (Kreditgesetze Bd. 3. S. 7 Anm. *)

§. 660. 1) Statt »besprochenen« ist zu lesen »versprochenen.« (R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

2) Bornemann bemerkt, daß die im §. 660. bestimmte Entschädigung auch dann gezahlt werden müsse, wenn ein zinsfreies Darlehn versprochen worden sei, oder der Promittent von dem Gelde oder den geldwerthen Papieren, welche der Darlehnsucher erhalten sollte, erweislich Zinsen gezogen habe. Denn die Entschädigung sei dem Promittenten unbedingt und nicht bloß für die entbehrten Zinsen, sondern hauptsächlich auch für allen sonstigen Schaden und Zeitverlust zugestanden worden. (System Bd. 3. S. 269, 2. Ausg. Bd. 3. S. 143.)

§§. 661—673. Vom Darlehnsvertrage selbst, und in wiefern dadurch das Eigenthum des Geldes auf den Borger übergehe.

§. 661. Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 661.:

Es liegt in der Natur des Darlehnsvertrages, welcher sich durch die Verpflichtung und Wiedererstattung in eadem qualitate et quantitate von den übrigen Realkontrakten abzeichnet, daß das Eigenthum des Gegebenen durch die Uebergabe auf den Empfänger übergeht. Wenn der §. 661. dies von der Bedingung abhängig macht, »daß der Vertrag durch Zahlung der versprochenen Summe vollzogen«, so liegt dabei eine Vermischung des mutuum mit dem pactum de mutuo dando zum Grunde, wie sie in dem gedr. Entw. zum Gesetzbuche wirklich stattfand. Soll das Darlehn, wie im §. 653. gesagt worden, eben durch die Uebergabe zu Stande kommen, so ist ein derartiger durch die Zahlung noch nicht vollzogener Vertrag nicht gedenkbar. Es ist bis dahin noch kein mutuum, sondern nur ein pactum de mutuo dando vorhanden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 116.)

§§. 665—667. 1) Zum Verständniß der §§. 665—667. bemerken die Gesetzrevisoren:

Diese Bestimmungen setzen voraus, daß der Eigenthümer des Geldes an die Stelle dessen trete, der das Darlehn gab. Das Eigenthum des Geldes ist aber eben dadurch, daß ein Anderer es an einen redlichen Empfänger zum Darlehn gab, verloren gegangen; das Geld oder geldgleiche Papier kann gegen den dritten redlichen Besitzer nicht vindicirt werden; der Empfänger tritt mithin keinesweges in ein Rechtsverhältniß zu dem Eigenthümer. Diese Lage der Sache ändert sich auch nicht, wenn gleich künftig ermittelt wird, daß fremdes Geld zum Darlehn gegeben worden; der Eigenthümer hat allerdings eine Forderung an den Geber des Geldes erlangt, allein diese Verbindlichkeit (obligatio) kann auf den Empfänger des Darlehns nicht durch die Ermittelung des früheren Eigenthümers übertragen werden. Vielmehr darf der Empfänger keinen Andern, als den Darlehnsgeber für seinen Gläubiger anerkennen, und es ist unrichtig, wenn der §. 666. ihn an den ausgemittelten Eigenthümer verweist; dieser kann sich an die obligatio, welche zwischen dem Empfänger und Geber des Darlehns entstanden, nur in eben der Weise halten, wie an irgend ein anderes Aktivum seines Schuldners. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 117.)

2) Schröter versteht den §. 667. so, daß der Eigenthümer nur rücksichts der Vergangenheit in Ansehung aller Bedingungen an die Stelle des Gebers trete, theils der offenbaren Billigkeit wegen, theils weil kein Nichteigenthümer Eigenthum übertragen könne, theils wegen der Analogie des §. 246. I. 7. A. L. R., wogegen eine Gleichstellung mit den §§. 671—673. h. t. zu einer offenbaren Ungereimtheit führen würde und auch §. 469. II. 18. A. L. R. ex arg. contrario nicht relevire. (Civil Vers. Hft. 1. S. 25.)

§§. 674—677. Von den Personen, welche Darlehnsverträge schließen können.

§. 674. Wenn ein minderjähriger Justizbeamter eine Schuld kontrahirt, so kann er sich mit der exceptio minorennitatis nicht schützen, weil ihm nach der V. v. 25. April 1771 eine dergleichen öffentliche Justizbedienung nicht hätte aufgetragen werden sollen, er also damals sein Alter dolose verschwiegen haben muß.

(Erk. v. Jahre 1787, Stengel Bd. 6. S. 71.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 22. zum §. 674. h. t.

§. 675. Statt: »Tit. 11. Abschn. 4. Tit. 12. Abschn. 3.« ist zu lesen: »Tit. 11. Abschn. 9. Tit. 12.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 676. u. 677. 1) Nach dem Ed. v. 15. Juli 1769 waren Darlehne an Prinzen und Prinzessinnen ganz ungültig.

(N. C. C. de 1769 pag. 5595.)

Damit stimmte auch noch der gedr. Entw. des Gesetzbuches II. 8. §. 528. überein, und erst in dem umgearbeiteten Entw. ist die Abänderung vorgenommen. (Bornemann a. a. O. S. 270.)

2) Koch bemerkt, daß, wenn die in den §§. 676. u. 704. h. t. erwähnten Personen ihren Gläubigern ohne Rechtshülfe gerecht werden, die Zahlung gültig sei, und es dabei bleibe, indem der Grund davon nicht in der Unfähigkeit dieser Personen, sondern in der positiven Rechtsversagung gegen dieselben liege. (Recht der Ford. Bd. 1. S. 25.)

§§. 678—703. Besonders von Militairpersonen.

§§. 678—690. Diese §§. hatten in dem Gesetzbuche eine andere Fassung und gehören zu den Materien, welche in Folge unmittelbaren Befehls umgearbeitet werden mußten.

Vergl. darüber und über die betr. vorlandrechtliche Gesetzgebung Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 75 ff.) und in der Schlußrevision (a. a. O. Bd. 41. S. 30 ff.)

§§. 678—703. 1) Diese Vorschriften finden nur noch auf Offiziere bei dem stehenden Heere, nicht auf Landwehr-Offiziere, welche ihre Civilverhältnisse beibehalten und nur einstweilen zur Dienstleistung einberufen, hiernächst aber wieder entlassen werden, Anwendung; auf den Fall, wo ein Handlungsunfähiger vor Eintritt in den Militairdienst ein Darlehn aufgenommen und dasselbe später, nach erlangter Dispositionsfähigkeit, als Offizier anerkannt hat, sind sie nicht anwendbar. (Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 24. zu den §§. 678. ff. h. t.)

2) Der Crim. Sen. des O. L. G. zu Breslau nimmt an (Datum des Erk. konstirt nicht), daß, wenn gleich das Marginale zu §§. 678. sqq. allgemein von Militairpersonen spricht, dennoch, weil im Texte nur von Offizieren die Rede, und mit Rücksicht auf §. 700., der Fiskus nur bei Darlehnen an Offiziere hinsichtlich der Berechtigung zur Einklagung der Darlehnssumme von dem Schuldner an die Stelle des Darlehnsgebers trete, während ihm bei Darlehnen an Unteroffiziere und Gemeine gleich den Gläubigern gegen die Schuldner kein Klagerecht zustehe.

(Crim. Zeit. 1841 S. 214.)

§. 678. K. O. v. 3. Jan. 1816, betr. die von Subaltern-Offizieren behufs ihrer Association bei der Offizier-Wittwenkasse auszustellenden Wechsel.

Auf Ihren Bericht v. 11. v. M. setze Ich hierdurch fest, daß es bei den von den Subaltern-Offizieren, Behufs ihrer Assoziation bei der Offizier-Wittwenkasse auszustellenden Wechseln, der sonst gesetzlichen Beibringung der Konsense der Kommandeurs, zu Schuldverpflichtungen nicht weiter bedarf.

(G. S. 1816 S. 93.)

§§. 682. 685. u. 694. Die Gesetzrevisoren bemerken zu diesen §§.:

Bedeutungslos sind die §§. 682., 685., 694. In dem ersteren, so wie in den letzteren, ist von einer Verpfändung der Gewehrgelder die Rede. Diese Verpfändung hängt mit dem Eigenthume zusammen, welches dem Kompagnie- oder Eskadrons-Chef an der Kompagnie oder Eskadron zustand, sie basirt auf der Einrichtung, daß die Wirthschaft der Kompagnie oder Eskadron von deren Inhaber geführt würde, dem das Inventarium, die sogenannten Gewehrgelder, eigenthümlich zustanden. Gegenwärtig wird aber die Wirthschaft der Kompagnieen und Eskadrons nicht mehr von den Inhabern, sondern für Königl. Rechnung von den Intendanturen geführt, die Gewehrgelder existiren nicht mehr, es kann mithin von deren Verpfändung nicht mehr die Rede sein. Der §. 685. verordnet ferner in Beziehung auf alle diejenigen, welche nicht etwa nach §§. 292. sqq. keines Konsenses bedürfen, daß die konsentirten Schulden vor den nicht konsentirten den Vorzug haben sollen. Hiermit korrespondiren die Vorschriften der Proz. O. Tit. 50. §§. 690 sqq.; und der §. 694. Nr. 2. das. ergiebt, daß das Vorzugsrecht durch die nach dem Ed. v. 2. Dec. 1766

stattfindende subsidiarische Verhaftung dessen, der den Konsens ertheilt hat, motivirt ist. Jene subsidiarische Verhaftung existirte aber schon seit Publikation des A. L. R. nicht mehr, und dadurch ist das Vorrecht selbst, so wie die verordnete vorzugsweise Befriedigung aus dem Militair-Nachlaß bedeutungslos geworden; denn ein anderer Grund, das Vorrecht künftig noch zu statuiren, ist nicht aufzufinden. Auf solche Weise sind die Wirkungen des Konsenses zur Aufnahme eines Darlehns für die höheren Offiziere in sich selbst zerfallen, und es kommt nur auf diejenigen Militairpersonen an, welche zur Rechtsbeständigkeit des Geschäfts eines Konsenses bedürfen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 120.)

§. 683. In der den Gerichten mittelst P. v. 29. Mai 1798 zur Nachachtung mitgetheilten K. O. v. 26. April 1798, nebst C. V. des Gen. Auditoriats v. 1. Mai ej. á., wird den Regiments- und Bataillons-Kommandeurs zur Pflicht gemacht, den Subaltern-Offizieren den Konsens zu Schulden nur nach vorgängiger Ueberzeugung, daß der Schuldner zur Bezahlung vermögend sei, zu ertheilen.

(N. C. C. Tom. X. p. 1633 No. 96. de 1798 Ausz. S. 337, Stengel Bd. 6. S. 356, Rabe Bd. 5. S. 116—119.)

§. 684. 1) Dekl. v. 27. Juli 1825, betr. den ohne Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs mit einem Subaltern-Offizier geschlossenen Darlehnsvertrag [1]).

Auf den Ber. des Staatsmin. v. 22. d. M. deklarire Ich die mißverstandene Disposition des A. L. R. I. 11. §. 684., welche den ohne die Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs mit einem Subaltern-Offiziere geschlossenen Darlehnsvertrag für nichtig erklärt und das wirklich Gegebene der Invalidenkasse zuspricht, dahin:

daß unter den Worten: »das wirklich Gegebene« keinesweges das von dem Schuldner dem Gläubiger zurückgezahlte, sondern dasjenige Kapital zu verstehen ist, welches der Gläubiger dem Schuldner, ohne wucherliche Erhöhung, wirklich gezahlt hat, und zu dessen Zurückforderung die Invalidenkasse statt des ursprünglichen Gläubigers berechtigt sein soll. (G. S. 1825 S. 188.)

2) Nach dem R. v. 29. Nov. 1809 und dem demselben beigefügten Schreiben des Finanzmin. v. 17. ej. m., tritt an die Stelle der General-Invalidenkasse hinsichts aller Vermögens-Konfiskate, mithin auch in dem Falle des §. 684. die betr. Regierungs-Hauptkasse.

(Mathis Bd. 8. S. 507, Rabe Bd. 10. S. 194.)

Der Crim. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat (Datum des Erk. konstirt nicht) das Gegentheil angenommen, da die K. O. v. 27. Juli 1825 [2]) hiervon nichts erwähne und daher der §. 684. in dieser Beziehung für fortbestehend erachtet werden müsse.

(Crim. Zeit. 1841 S. 214.)

3) R. v. 27. Juli 1821. Zu den Subaltern-Offizieren gehören nur die Premier- und Sekonde-Lieutenants.

(Jahrb. Bd. 18. S. 8, Gräff Bd. 1. S. 222.)

4) R. v. 17. Sept. 1832.

Wenn der Fiskus das ungültige Darlehn eines Subaltern-Offiziers gegen den Cessionar des ursprünglichen Gläubigers einklagt, so ist bei Einleitung der Klage nur zu prüfen:

1) Es war streitig, was unter den Worten: »das wirklich Gegebene« im §. 684. zu verstehen sei. Die Gerichte nahmen zum Theil an: es sei darunter nicht dasjenige, was der Gläubiger zum Darlehn gegeben, sondern nur dasjenige zu verstehen, was dem Gläubiger auf das Darlehn von dem Schuldner zurückgegeben worden; — zum Theil aber: es müsse darunter dasjenige, was als Darlehn von dem Gläubiger wirklich dem Schuldner behändigt worden, verstanden werden, gleichviel, ob und was derselbe davon dem Gläubiger erstattet habe. — Die erstere Auslegung hatte zur Folge, daß dem Fiskus nicht mehr zuerkannt wurde, als was der Schuldner seinem Gläubiger auf die Schuld zurückgegeben hatte, und daß, so lange eine Rückzahlung nicht erfolgt war, überhaupt keine Klage stattfand; im zweiten Falle dagegen erhielt der Fiskus den Betrag des ganzen Darlehns, ohne Unterschied, ob es in dem Vermögen des Schuldners, oder in dem des Gläubigers betroffen wurde. — Das Westpreuß. O. L. G. entschied in dem Erk. v. 25. Jan. 1810 für die erstere Meinung, und es wurde dem Fiskus mittelst K. O. v. 22. März 1810 aufgegeben, sich hierbei zu beruhigen. (Mathis Bd. 10. S. 371—384, Rabe Bd. 10. S. 298.) Das Kammerger. hatte in verschiedenen Erk. bald die eine, bald die andere Ansicht für die richtige erklärt, das Ob. Trib. aber in einem Erk. v. 27. Febr. 1819 die letztere Meinung als die richtige angenommen. (Vergl. die abgedr. Urtel in den Jahrb. Bd. 34. S. 209 bis 225 und das R. des Min. des Inn. u. der Fin. v. 28. Mai 1820, v. K. Anm. Bd. 4. S. 614.) Diese Ansicht wurde durch die K. O. v. 27. Juli 1825 sanktionirt.

2) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

a) ob überhaupt der Offizier Schuldner des Darleihers geworden, und
b) ob die Bedingungen vorhanden sind, von welchen die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften des §. 684. h. t., mithin der Anspruch des Fiskus auf das in Rede stehende Kapital abhängt.

Dagegen ist die Frage: ob die Klage gegen den richtigen Beklagten angestellt worden (die passive Legitimation zur Sache), dem Einwande des Verklagten zu überlassen und kontradiktorisch zu erörtern, welche Erörterung nicht nothwendig zwischen dem Kläger einerseits und

a) dem nominellen Gläubiger (an dessen Stelle Fiskus treten will), und
b) dem Schuldner

andererseits zu erfolgen braucht, sondern auch zwischen dem Kläger und dem Verklagten allein erfolgen kann.

(Jahrb Bd. 40. S. 159, Gräff Bd. 6. S. 8.)

5) Der nach §. 684. dem Fiskus zustehende Anspruch auf das einem Subaltern-Offizier ohne Konsens gegebene Darlehn wird durch ein, nach dem Ausscheiden des Schuldners aus dem Militairdienste, von diesem in Gemäßheit der Vorschrift §. 37. A. L. R. I. 5. bewirktes Anerkenntniß des Darlehnsvertrages oder anderweitig mit dem Gläubiger getroffenes gültiges Abkommen behoben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1846 (Präj. Nr. 1737.) und unterm 29. März 1854.

Der §. 713. h. t. ist allgemein gefaßt und nimmt die Schulden der Militairpersonen nicht aus, deren vielmehr im §. 711. h. t. kurz vorher gedacht ist, und verweist auf die §§. 37., 38. A. L. R. I. 5. in Betreff der Frage, in wiefern durch ein Anerkenntniß, welches von unfähigen Personen nach gehobener Unfähigkeit abgegeben wird, die Schuld Gültigkeit erlange. Der §. 684. hindert die Gültigkeit eines solchen Anerkenntnisses nicht; denn abgesehen davon, daß dieses Gesetz in der Verbindung mit der Dekl. v. 27. Juli 1825 ergiebt, daß dergleichen an Subaltern-Offiziere gegebene unkonsentirte Darlehne keinesweges ganz nichtig und unverbindlich sind, und nicht als gar nicht existirend angesehen werden, daß das Gesetz vielmehr nur das Recht auf die Darlehnsvaluta auf die Invalidenkasse überträgt, so geht auch aus §. 713. in Verbindung mit der letzgedachten Bestimmung hervor, daß, wenn der Fiskus von dem ihm verliehenen Rechte, die dargeliehene Summe statt des Gläubigers für sich einzuziehen, noch nicht Gebrauch gemacht hat, ehe ein dergl. Anerkenntniß des Schuldners erfolgt ist, derselbe dagegen aus §. 684. keinen Widerspruch erheben kann, daß mithin das ihm darauf beigelegte Recht nur dahin zu verstehen ist, daß, so lange die Unfähigkeit des Schuldners und die damit zusammenhängende Unverbindlichkeit der Schuld, dem Gläubiger gegenüber, nicht gehoben ist, dieses Recht durch keinerlei entgegengesetzte Verabredungen, sobald es geltend gemacht ist, wirkungslos werden soll. Als Suarez auf das Konkl. der Gesetzkomm. v. 8. Febr. 1785 [1]) (Rabe's Samml. I. 7. S. 433) aufmerksam gemacht ward, erklärte er (Jahrb. 41. S. 34, 47) in den bei Redaktion des A. L. R. gehaltenen amtlichen Vorträgen:

Vom Kreditgeben und Anerkenntniß nach gehobenem statu militari braucht nichts Besonderes gesagt zu werden, weil deshalb die allgemeinen Vorschriften Tit. 5. §§. 37., 38. und Tit. 11. §§. 862 — 865. eintreten.

Es kann hiernach nicht bezweifelt werden, daß auch bei nicht konsentirten Darlehnen der Subaltern-Offiziere der §. 47. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. maßgebend ist.

(Präj. Samml. S. 64, Entsch. Bd. 27. S. 325, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 303 Nr. 69.)

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 17. Juli 1856 auch angenommen, daß die dem Fiskus nach §. 684. zustehende Konfiskation des unkonsentirten Darlehns eines Subaltern-Offiziers dem Letztern gegenüber nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn derselbe das Darlehn bereits vor Insinuation der Konfiskationsklage zurückgezahlt hat. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 143 Nr. 26.)

Derselben Ansicht ist der Ob. Appell. Sen. des Kammergerichts (Datum des Erk. konstirt nicht). (J. W. 1836 S. 106.)

Dieser Meinung sind auch: Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 276, 2. Ausg. Bd. 3. S. 148) und Jakobi (J. W. 1836 S. 89).

Die Gesetzrevisoren äußern sich dahin:

Es fragt sich, kann der Schuldner durch eine Rückzahlung an den Darlehnsgeber den Fiskus ausschließen? kann das solchergestalt Zurückgezahlte von dem Darlehnsgeber wieder eingefordert werden? oder besteht der Rückzahlung ungeachtet noch der Anspruch des Fiskus an den Empfänger des Darlehns? Wir sind für die Bejahung der ersten dieser Fragen, wodurch dann die beiden

1) Vergl. dies Konkl. in der Samml. der Entsch. der Gesetzkomm. Bd. 1. S. 85 Nr. 63. und in Rabe Bd. 1. Abthl. 7. S. 432. Dasselbe hatte den Grundsatz aufgestellt, daß der Fiskus an die nach erlangtem Abschiede von einem Offizier ratihabirten Schulden einen Anspruch zu machen, nicht befugt sei.

folgenden von selbst verneint werden. Dasselbe, was von der Rückzahlung gilt, würden wir von einem Anerkenntnisse nach gehobener Unfähigkeit gelten lassen.
(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 122.)

In der Meditation im Centralbl. 1838 S. 686 wird dagegen angenommen, daß ein gegen §. 684. geschlossener Darlehnsvertrag nicht sowohl zu denjenigen Verträgen zu rechnen, welchen die gerichtliche Wirkung abgesprochen ist, sondern daß eine sogen. obligatio naturalis reprobata vorhanden sei, welche nichtig und strafbar sei und daher auch nicht durch ein nachheriges Anerkenntniß alterirt werden könne.

Koch führt aus, daß, da das wirklich Gegebene, d. h. das Darlehn, dem Fiskus anfallen solle, die Nichtigkeit bloß auf den Darlehnsgeber für seine Person zu beziehen und es so anzusehen sei, als wenn derselbe Stellvertreter der Fiskus gewesen wäre; der Fiskus habe daher immer nur dieselbe Darlehnsklage, welche der Darlehnsgeber selbst gehabt haben würde. Daraus folge, daß so wenig ein nach Aufhebung des dem Verbote unterworfenen Verhältnisses abgegebenes Anerkenntniß des Schuldners, als die freiwillige Zurückzahlung dem Fiskus die ihm einmal erworbene Forderung entziehen könne. Der Offizier sei kein Unfähiger, das Darlehnsgeschäft auch nicht ungültig; es solle nur der Darlehnsgeber »zur Strafe« für sich keine Forderung erwerben, vielmehr diese dem Fiskus zustehen. Das ältere Recht, insbesondere die Entsch. der G. K. v. 8. Febr. 1785, sei für das neue Recht nicht mehr maßgebend.
(Recht der Ford. Bd. 3. S. 274.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. zum §. 684. h. t.

Temme bemerkt, daß die Deduktion Koch's sich widerspreche. Er führt aus, es sei eben gar kein Darlehn da. Das so ohne (rechtsgültigen) Vertrag dem Offizier Gegebene solle zur Strafe des Gebers dem Fiskus anheimfallen. Das so ohne Vertrag Gegebene existire aber nicht mehr, wenn es zurückbezahlt, oder wenn es, was bei einem verbindlichen Anerkenntnisse der Fall, die Valuta eines gültigen Darlehns geworden ist. Der Fiskus könne es also auch nicht mehr fordern. Der Darlehnsgeber solle nur auf eine Wiederbezahlung nicht hoffen dürfen; daß er, wenn er sie wirklich erhalten, das Empfangene wieder herausgeben solle, sei nirgends vorgeschrieben.
(Lehrb. Bd. 1. S. 534.)

6) Findet der §. 684. auch dann Anwendung, wenn ein Subaltern-Offizier vor dem Eintritte in den Militairstand ungültige Schulden kontrahirt hatte, und dieselben hiernächst ohne Konsens seines Chefs ratihabirt?

Das Konklusum der Gesetzkomm. v. 30. April 1793 spricht sich dahin aus:

Auf die Anfrage des Instr. Sen. des Kammerger. v. 31. März 1793 wegen Gültigkeit solcher Schulden, welche Jemand durante minorennitate oder durante patria potestate, oder im Studentenstande kontrahirt, und als Subaltern-Offizier, ohne Einwilligung seines Chefs oder Kommandeurs, ratihabirt hat, ist von der Gesetzkomm. konkludirt:

daß, wenn von einem Subaltern-Offizier eine vor dem Eintritt in den Militairstand ungültig kontrahirte Schuld für richtig anerkannt worden, dessen Erben der Gültigkeit dieser Ratifikation den Mangel des Konsenses des Chefs oder Kommandeurs nicht entgegensetzen können.
(N. C. C. Tom. IX. No. 34. de 1793 p. 1559, Samml. der Entsch. der Gesetzkomm. II. S. 13 Nr. 186, Rabe Bd. 2. S. 429.)

Das diese Entsch. mittheilende R. v. 6. Mai ej. a. macht noch aufmerksam darauf, daß das Konklusum nur den Fall betreffe, wenn die Erben des Schuldners mit dem Gläubiger streiten.

Bornemann ist der Ansicht, daß die Entsch. nicht wie geschehen ausgefallen sein würde, wenn die Gesetzkomm. der Meinung gewesen wäre, daß in dem bezeichneten Falle der Fiskus ein Klagerecht habe, woraus folge, daß das Konklusum für die Verneinung der Anwendbarkeit des §. 684. h. t. auf den gestellten Fall spreche; es müsse aber das Gegentheil angenommen werden, da die Verbindlichkeit des anerkennenden Offiziers erst mit dem Anerkenntnisse beginne, mithin die Schuld erst jetzt kontrahirt werde.
(System Bd. 3. S. 275, 2. Ausg. Bd. 3. S. 147.)

7) Findet gegen den Fiskus (ex §. 600. der Cr. O. u. A. L. R. I. 9. §§. 363. ff.) der Einwand der fünfjährigen Verjährung statt?

Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. (Datum des Erk. konstirt nicht) verneint.

Das Ed. v. 2. Dec. 1766 Abschn. 5. hat außer der Konfiskation des Vorschusses noch Bestrafung des Darleihers und des Offiziers verordnet, wogegen die dem §. 684. zum Grunde liegende K. O. v. 25. Sept. 1789[1]), obwohl sie das Ed. auf geschärfte Art zu erneuern erklärt, doch nur verordnet, daß der Darleiher niemals auf Wiederbezahlung hoffen dürfe, sondern das Geliehene der Invalidenkasse unwiderruflich anheimfalle und von derselben eingezogen werden solle. Für strafbar erklärt das A. L. R. II. 20. §. 1314. nur Darlehne an Unteroffiziere und Gemeine; in Ansehung der Offiziere hat die Uebertretung des Verbotes nur die Folge, daß sie den Darlehnsgeber des Schutzes der Gesetze beraubt. Da solche Darlehne präsumtiv zu unerlaubten Zwecken gegeben werden, so enthält das Gesetz (§. 684.) nur eine Anwendung des civilrechtlichen Grundsatzes des §. 205. A. L. R. I. 16., welcher zwar im weitesten Sinne eine Strafe, doch seiner vorherrschenden Natur nach einen Civilanspruch festsetzt, auf welchen die fünfjährige Verjährung ex §. 600. der Cr. O. keine Anwendung findet. (J. W. 1836 S. 106.)

Dr. Jakobi ist derselben Ansicht. (a. a. O. S. 94.)

Bornemann ist ebenfalls dieser Meinung. Denn wenn gleich das wirklich gegebene Darlehn zur Strafe konfiscirt werden solle, so treffe doch die Strafe nur den Gläubiger, nicht den Schuldner. Gegen diesen trete vielmehr Fiskus, kraft des Gesetzes und des darin liegenden Titels, lediglich als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers auf, weshalb sein Anspruch gegen den Schuldner ein rein civilrechtlicher sei. (System Bd. 3. S. 275, 2. Ausg. Bd. 3. S. 147.)

8) Wenn, außer dem Falle des §. 690. h. t., einem Subaltern-Offizier ohne Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs, Sachen auf Kredit gegeben worden sind, so hat der Gläubiger kein Klagerecht, allein die kreditirte Summe verfällt nicht dem Fiskus.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Sept. 1837. (Präj. Nr. 327.)

Der §. 684. spricht nur vom Darlehnsvertrage und darf, als Strafgesetz, nicht ausdehnend interpretirt werden; auch sind eigentliche Darlehne und Kreditiren von Sachen in Hinsicht des Zweckes der Kontrahenten sehr verschieden, indem letzteres einen, wenn auch nur vermeintlichen Bedarf von Sachen voraussetzt, während bei ersterem dem Empfänger lediglich überlassen bleibt, ob er das erhaltene Geld nützlich oder zur Schwelgerei verwenden will. Auch die Dekl. v. 25. Juni 1825 bezieht sich nur auf Zahlungen.
(Präj. Samml. S. 64, Entsch. Bd. 2. S. 360, Centralbl. 1838 S. 594.)

Koch tritt dieser Ansicht bei. (Beurtheil. S. 126.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 862—865. h. t.

9) Wenn ein Subaltern-Offizier ein Darlehn aufgenommen hat, und Fiskus an Stelle des ursprünglichen Gläubigers dasselbe gegen den Schuldner einklagt, so gilt das Zeugniß des ursprünglichen Gläubigers über die Hingabe des Darlehns als ein vollwichtiges.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 328 Nr. 69.)

10) Ueber die Wirkungen einer Bürgschaft für die nicht konsentirte Schuld eines Subaltern-Offiziers vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 18. Febr. 1856 (Präj. Nr. 2659.) in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 251. 254.

§. 685. Durch die Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 72—82., in Verbindung mit dem Art. II. des Einf. G. zu derselben, ist das in §. 685. festgestellte Vorrecht, welches schon früher obsolet war, auch formell beseitigt.

§. 686. Anh. §. 20. 1) Das P. v. 14. März 1797, wegen Einführung des A. L. R. bei den Militairgerichten, verordnet sub 2. (aus welcher Bestimmung der §. 20. des Anh. entnommen ist) wörtlich:

»daß wegen einer gehörig konsentirten oder sonst nach den Gesetzen rechtsgültigen Schuld eines Offiziers die Exekution auch in das Mobiliarvermögen des Schuldners, welches derselbe in der Garnison besitzt, zwar stattfinden solle, daß aber dem Schuldner die Montirungsstücke, nebst nothdürftiger Wäsche, Betten und sonstigen Meubles gelassen werden müssen.«
(N. C. C. Tom. X. No. 20, de 1797 p. 981, Auszug S. 236, Rabe Bd. 4. S. 41.)

Vergl. Löwenberg's Mat. des Anh. S. 29 u. 116.

2) Vergl. Zus. zur A. G. O. I. 24. §. 70. Anh. §. 155.

§. 692. u. Anh. §. 21. Auf den durch eine Anfrage des Kammerger. v. 3. Sept. 1796 veranlaßten Bericht des Gen. Audi-

[1]) Vergl. Jahrb. Bd. 41. S. 35 u. 40.

toriats v. 6. Nov. ej. a. erging die K. O. v. 27. Nov. 1796, aus welcher der Anh. §. 21. wörtlich entnommen ist.

(Amelang's Archiv Bd. 2. S. 327, Stengel Bd. 10. S. 394, Rabe Bd. 3. S. 591—593.)

Vergl. Löwenberg's Mat. des Anh. S. 29 u. 116.

§. 697. Die adelichen Fahnen- und Standartenjunker, von welchen der §. 697. spricht, existiren nicht mehr, und Portepeefähnriche sind in Ansehung der Fähigkeit, Darlehne aufzunehmen, den Unteroffizieren gleich zu achten.

Vergl. Schreiben des Kriegsmin. v. 25. Nov. 1838 (J. W. 1839 S. 128) und Erk. des Ob. Trib. v. 21. Juli 1838 (Entsch. Bd. 4. S. 93, J. W. 1839 S. 540, Centralbl. 1839 S. 783.)

§§. 700—703. und Anh. §§. 22. u. 23. 1) V. v. 18. März 1811, betr. die Freiheit der Unteroffiziere und gemeinen Soldaten, über ihr Vermögen zu verfügen.

Da über die Ausdehnung der den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten durch Unsere K. O. v. 25. Sept. 1809 [1]) gestatteten Freiheit, über ihr Vermögen zu disponiren, Zweifel entstanden, so bestimmen Wir Folgendes:

§. 1. Den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten und deren Ehefrauen ist gleich anderen Unterthanen der freie Gebrauch ihrer Kapitalien nebst Zinsen gestattet, wie die K. O. v. 25. Sept. 1809 bereits festsetzt.

§. 2. In Rücksicht der Erwerbung und Veräußerung der Grundstücke hat es bei den Vorschriften des A. L. R. II. 10. §§. 27—32. u. 35. das Verbleiben.

Nach der jetzigen Einrichtung bei der Armee tritt aber anstatt der Genehmigung des Regiments-Chefs die des Kommandeurs des Regiments oder Bataillons ein. Der Kommandeur soll auch die Genehmigung zur Veräußerung eines Grundstückes nur verweigern, wenn der Soldat sich schon einmal des Verbrechens der Desertion schuldig gemacht hat, oder derselbe der Entweichung verdächtig ist.

§. 3. Auch in Rücksicht der Befugniß der Unteroffiziere und gemeinen Soldaten, Darlehne aufzunehmen und Schuldverträge einzugehen, hat es bei den Vorschriften des A. L. R. I. 11. §§. 700., 702. u. 703., und des ersten Anh. §. 22. das Verbleiben.

§. 4. Dagegen soll anstatt der Vorschrift des §. 701. über die ohne Einwilligung ihrer Kommandeurs ungültige Verpfändung ihrer Grundstücke die §. 687. am angeführten Orte für die Offiziere gegebene Bestimmung auch bei den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten dahin in Anwendung kommen, daß sie ohne Konsens des Kommandeurs die Immobilien gültig verpfänden können.

Doch erlangt eine solche Schuld nur von dem Augenblick an ihre Gültigkeit, da die Eintragung in das Hypothekenbuch wirklich geschehen ist.

§. 5. Die den Subaltern-Offizieren in dem §. 688. a. a. O. nachgelassene freie Verfügung über Einkünfte von Grundstücken und über jährliche Hebungen soll gleichfalls den Unteroffizieren und gemeinen Soldaten zu statten kommen.

§. 6. Die Bestimmung des §. 50. des ersten Anh. zum A. L. R., nach welchem in der Regel Niemand etwas käuflich gültigerweise von einem Soldaten erkaufen konnte, wird auf Armatur- und Montirungsstücke beschränkt.

Es kann diesemnach Niemand sich mit einem bekannten oder unbekannten Soldaten ohne Beisein des Feldwebels oder Wachtmeisters in Kaufgeschäfte über diese Sachen einlassen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, daß der Kauf für ungültig erachtet und der unvorsichtige Ankäufer gesetzlich bestraft werden wird.

(G. S. 1812 S. 5.)

2) R. v. 29. Dec. 1837. Im §. 703. muß das aus dem Gesetzbuche stehen gebliebene, jetzt nicht mehr passende Allegat: »§. 679.« wegfallen. (Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

3) Der Anh. §. 22. ist wörtlich aus der Bestimmung sub Nr. 3. des P. v. 14. März 1797, wegen Einführung des A. L. R. bei den Militairgerichten, entnommen.

(N. C. C. Tom. X. No. 20. de 1797 S. 981, Auszug S. 236, Rabe Bd. 4. S. 41.)

4) Der Anh. §. 23. ist wörtlich aus der Bestimmung sub Nr. 2. der mittelst Schreibens des General-Auditoriats v. 1. Mai und P. des Justizmin. v. 29. Mai 1798 mitgetheilten K. O. v. 26. April ej. a. entnommen.

(N. C. C. Tom. X. p. 1633 No. 36. de 1798, Auszug S. 337, Rabe Bd. 5. S. 116.)

5) Ueber die Material. des Anh. §§. 22. u. 23. vergl. Löwenberg's Material. Bd. 2. S. 29, 30 u. 116.

6) a) Zur Gültigkeit der von einem Unteroffizier oder gemeinen Soldaten zu übernehmenden Bürgschaft ist die schriftliche Einwilligung des Kompagnie- oder Eskadron-Chefs erforderlich.

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 10. §. 27. sqq.

b) Die bloß auf Uebernahme einer Bürgschaft gerichtete Einwilligung ertheilt nicht die Befugniß zur Uebernahme einer selbstschuldnerischen Verpflichtung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1847 (Präj. Nr. 1869.), auf Grund des §. 219. A. L. R. I. 14., welchem gegenüber die älteren Gesetze über das Militair-Schuldenwesen, die der Bürgschaft nicht gedenken, nichts entscheiden können, und welcher auf die §§. 678. ff. h. t. verweist. Uebrigens aber sei der Konsens des Kompagnie- oder Eskadron-Chefs nach §. 700. h. t. und §. 3. der V. v. 18. März 1811 genügend, dürfe indeß nicht weiter ausgelegt werden, als er ausdrücklich laute.

(Präj. Samml. S. 64, Entsch. Bd. 15. S. 167.)

§§. 704—706. und Anh. §. 24. Von Personen, die bei den Königl. Schauspielen stehen.

1) R. v. 7. Aug. 1797, nebst Bericht des Kammerger. v. 20. Juli ej. a. (woraus der Anh. §. 24. entnommen ist), daß unter den in dem §. 704. h. t. bezeichneten Personen auch die bei den Schauspielen und der Kapelle der Königin angestellten begriffen sind.

(Stengel Bd. 5. S. 272, Paalzow S. 115, Rabe Bd. 4. S. 224.)

Vergl. Löwenberg's Material. des Anh. Bd. 2. S. 29, 30 und 116.

2) R. v. 28. Juli 1805, wegen der Schuldklagen gegen bei der Oper angestellte Offizianten.

Aus der Anlage ersehet Ihr, was der Kammerherr und Directeur de Spectacles, Freih. v. d. Reck, bei Gelegenheit der wider den Opern-Souffleur Romani von Euch eingeleiteten Schuldklage des J. C. Stech, als Voigt'schen Kurators wegen Annahme dergl. wider Offizianten der Oper angestellten Schuldklagen unterm 18. d. M. allhier vorgestellt und zu verfügen gebeten hat.

Wir finden uns demnach veranlaßt, Euch hierdurch aufzugeben:

a) Bei Einleitung der Klage wider die benannten Personen die Vorschriften des A. L. R. I. 11. §§. 704. sqq. gehörig zu berücksichtigen.

b) Wenn sich die Sache hiernach zur Instruktion eignet, bei der Verfügung auf die Klage Abschrift derselben dem Kammerh. v. d. Reck, als zeitigen Vorgesetzten des Opern-Personals, zu kommuniziren.

c) Die Kosten in dergl. Sachen billigmäßig anzusetzen.

(N. C. C. Tom. XI. p. 2967 No. 45. de 1805, Mathis Bd. 4. S. 312, Rabe Bd. 8. S. 341.)

3) Die Bestimmungen der §§. 704—706. finden auf Wechselverbindlichkeiten der darin genannten Personen keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 214 Nr. 45.)

4) Bornemann nimmt an, daß diese Vorschriften nur auf diejenigen Personen Anwendung finden, welche bei Exekutirung der Vorstellungen wesentlich mitzuwirken haben, nicht aber auf Personen, welche bloße Tagelöhner- oder professionsmäßige Arbeit dabei verrichten. (System Bd. 3. S. 278, 2. Ausg. Bd. 3. S. 149.)

5) Gans, Abhandlung von den Darlehnen der Schauspieler, worin ausgeführt wird, daß die Vorschriften der §§. 704—706. den gegenwärtigen Verhältnissen nicht mehr angemessen sind.

(Gans Bd. 1. Nr. XXVIII. S. 480.)

§§. 707—712. In wiefern Darlehne an unfähige Personen durch nützliche Verwendung gültig werden.

§. 708. 1) Darlehnsforderungen, welche gegen eine Militairperson selbst, auf den Grund nützlicher Verwendung nicht geltend gemacht werden können, geben aus diesem Fundamente auch gegen den Vater des Schuldners kein Klagerecht. Das Nämliche gilt von Forderungen für kreditirte Sachen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Juli 1838.

Der Frage: ob der Vater für die Schuld des Sohnes verantwortlich gemacht werden dürfe, muß immer erst die Frage voraufgehen: ob die Schuld an sich gültig sei. Denn ist die letztere zu verneinen, so hat der Gläubiger kein Klagerecht gegen den eigenen Schuldner, und steht ihm solches gegen den Sohn nicht zu, so kann in Beziehung auf den Vater nur ein Gleiches stattfinden. Da nun aber das Gesetz die Gültigkeit der von gewissen Militairpersonen kontrahirten Schulden von dem Konsense ihrer Vorgesetzten abhängig macht, so würde es ein offenbares Umgehen des Gesetzes sein, wenn dem Gläubiger gestattet sein sollte, unter dem Vorwande der nützlichen Verwendung gegen den Vater des Schuldners diejenige Forderung geltend zu machen, welche er gegen den Schuldner selbst nicht einklagen kann. Uebrigens hat das Gesetz auch solche Fälle,

wo für dergleichen darlehnsunfähige Personen nothwendige Ausgaben bestritten werden, im §. 708. berücksichtigt. Dem Kläger liegt in diesem Falle der Beweis ob, daß der Sohn des Verklagten ohne seine Schuld in Verlegenheit gerathen sei[1]), und schon der Umstand allein, daß der Sohn die seiner Stelle etatsmäßig gebührende Besoldung bezogen, schließt für den Vater die Verpflichtung aus, auf Grund des §. 127. A. L. R. II. 2. diejenigen Verträge des Sohnes zu genehmigen, ohne welche derselbe die ihm von dem Vater zugewiesene Bestimmung nicht erfüllen konnte. Denn eben jener Sold mußte alle für die Bestimmung zum Militair nöthigen Ausgaben decken. Auch liegt dem Vater nicht ob, solche Maßregeln und Einrichtungen zu treffen, daß der Sohn den Sold und die väterliche Zulage nicht zu beliebigen anderen Zwecken verwandte, und dagegen durch Nichtbezahlung der nothwendigen Bedürfnisse den Vater in Gefahr brachte, den Kreditoren dafür noch nebenher gerecht werden zu müssen. Hiergegen schützten den Vater vielmehr die Gesetze wegen des Kreditgebens an Militairpersonen.

(Entsch. Bd. 4. S. 93, J. W. 1839 S. 533, Centralbl. 1839 S. 783.)

Koch sucht auszuführen, daß diese Entscheidung auf irrthümlicher Beweisführung beruhe, indem sie die negotiorum gestio mit der in rem versio verwechsele und den Grundsätzen der letzteren nicht entspreche. (Beurtheil. S. 228, Landr. Bd. 1. Anm. 45. zum §. 708. h. t.)

2) Das Ob. Trib. führt ferner aus (Datum des Erk. konstirt nicht), daß die Anwendbarkeit der §§. 127., 129. A. L. R. II. 2. durch die Spezialgesetze des Darlehens modifizirt werde; nach §. 708. h. t. aber müsse der Gläubiger beweisen, daß der Vater dem Sohne die Mittel zu nothwendigen oder nützlichen Ausgaben nicht verabreicht und der Sohn also ohne eigene Schuld den Kredit gesucht und genossen habe. Ohne diesen Nachweis sei keine nützliche Verwendung anzunehmen. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 68.)

§. 713. Durch Anerkenntniß.

1) Das vom Schuldner nach gehobener Unfähigkeit erklärte Anerkenntniß eines während derselben empfangenen Darlehns von mehr als 50 Thlr. erfordert zu seiner Rechtsverbindlichkeit die schriftliche Form.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1838.

Durch den bloßen Empfang des Darlehns wird der Minderjährige nach §. 674., in Verbindung mit §. 14. A. L. R. I. 5., nicht verpflichtet. Das spätere Anerkenntniß aber muß, um eine Verpflichtung zu begründen, nach §. 713. h. t. und §. 38. A. L. R. I. 5. von der Beschaffenheit sein, daß es selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann. Hierzu gehört nach §. 131. a. a. O. die schriftliche Form, mithin ist ein bloß mündliches Anerkenntniß ungültig. Der §. 727. h. t. steht nicht entgegen, indem auch durch einen Realkontrakt der unfähige Kontrahent nicht verpflichtet wird. (Entsch. Bd. 3. S. 150.)

Koch tritt dieser Entscheidung bei. (Beurtheil. S. 158.)

Dagegen wird dieselbe im Centralbl. 1840 S. 71 angefochten. Der §. 727. disponire allgemein, und der Kontrakt mit dem Minderjährigen sei nicht an sich ungültig, sondern nur von der vormundschaftlichen Genehmigung abhängig, welche nur mündlich erforderlich sei, weshalb auch das jene Genehmigung ersetzende Anerkenntniß des großjährig Gewordenen nur mündlicher Form bedürfe.

Die Gesetzrevisoren bemerken in dieser Beziehung:

Wenn das A. L. R. in Beziehung auf die Wirkung des Anerkenntnisses einer ungültigen Schuld im §. 713. h. t. auf Tit. 5. verweist, so erzeugt dies einige Schwierigkeit, weil der §. 37. I. 5. A. L. R. dem Anerkenntnisse nur in sofern verbindliche Kraft beilegt, als dasselbe für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden könne. Der Darlehnsvertrag kommt nämlich durch die Uebergabe des Geldes zu Stande; der neue Vertrag, der in dem Anerkenntnisse liegen soll, muß mithin anderer Art sein, als der ursprüngliche; es muß in dem Anerkenntnisse eine Novation liegen, welche wegen Ungültigkeit der älteren Verbindlichkeit nur unter denselben Umständen wird angefochten werden können, unter denen eine Rückforderung des Gezahlten stattfindet. (§§. 467., 468. I. 16. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 124.)

[1]) Bornemann bemerkt, daß die Worte: »ohne seine Schuld« nicht strenge zu nehmen seien, indem die ganze Stelle überhaupt aus den allgemeinen Grundsätzen der versio in rem zu interpretiren sei. (System [1. Ausg.] Bd. 3. S. 281 Anm. *) Hiergegen wenden indessen Simon u. v. Strampff ein, es lasse sich nicht annehmen, daß die gedachten Worte ohne Grund beigefügt seien; auch würde, wenn man sie für unwesentlich ansehe, der Zweck des Gesetzgebers, welcher bei den Beschränkungen der Darlehnsfähigkeit gewisser Personen beabsichtigt sei, in vielen Fällen vereitelt werden.

(Entsch. Bd. 4. S. 101 Anm. 5.)

2) Siewert bemerkt:

Ein stillschweigendes Anerkenntniß dürfte für diesen Fall ohne Wirkung sein, da dasselbe die Eigenschaften eines neuen rechtsgültigen Vertrages haben soll. Nur bei Gegenständen, die keine schriftliche Errichtung nothwendig heischen, wäre es allenfalls denkbar, eine stillschweigende Genehmigung (so wie die Akceptation selbst, §. 81. Tit. 5.) auch ohne ausdrückliche Erklärung aus Handlungen zu folgern. (Siewert Hft. 6. S. 22.)

§§. 714—726. Von Darlehnen, die zu einem unerlaubten Zwecke, oder wo Waaren statt baaren Geldes gegeben worden.

§§. 715. sqq. 1) R. v. 11. März 1822. Unter dem in den §§. 715. sqq. gebrauchten Ausdrucke: »Waaren« sind auf einen bestimmten Inhaber lautende Privat-Schuldinstrumente, wenn sie als Valuta eines baar verschriebenen Gelddarlehns gegeben worden, nicht begriffen, weil sie nicht zu den Waarenartikeln, sondern nach §. 12. A. L. R. I. 2. zum Kapitalvermögen gehören, und wenn nachgewiesen wird, daß die cedirten Privataktiva für voll untergebracht worden, so findet der §. 725. keine Anwendung.

(Jahrb. Bd. 19. S. 194, Gräff Bd. 4. S. 219.)

Bornemann bemerkt dagegen, daß, wenn auch in der Regel Schuldinstrumente nicht als Waare behandelt würden, so sei dies doch ausnahmsweise möglich, und in den §§. 720. ff. seien die Ausdrücke: »baares Geld« und »Waare« einander so gegenübergestellt, daß man unter der letzteren alle Dinge außer dem baaren Gelde begreifen müsse. Jedenfalls müsse das, was von anderen Sachen gelte, ob paritatem rationis auch von Schuldinstrumenten gelten, da nach dem Begriffe des Darlehnsvertrages der gegebene und der zu restituirende Gegenstand nicht von verschiedener Beschaffenheit sein könnten.

(System Bd. 3. S. 282, 2. Ausg. Bd. 3. S. 152.)

2) Sind die auf jeden Inhaber lautenden Papiere als »Waaren« im Sinne der §§. 715. sqq. anzusehen?

Die Gesetzrevisoren verneinen:

Die unter öffentlicher Autorität ausgefertigten, an jeden Inhaber zahlbaren Papiere sind, gleichwie das baare Geld, Gegenstand des Darlehns, und gehören mithin nicht zu der dem baaren Gelde gegenübergestellten Waare.

Man hat an die aufgeworfene Frage bei Redaktion des A. L. R. wohl nicht gedacht, daher läßt sich aus den Vorarbeiten desselben keine Aufklärung schöpfen. U. E. aber muß unter Waare Alles verstanden werden, was nicht die verschriebene Valuta ist. So kann selbst baares Geld als Waare betrachtet werden, wenn z. B. fremde Münzsorten statt der in inländischer Münze verschriebenen Valuta gegeben werden; in derselben Weise können öffentliche, an jeden Inhaber zahlbare Papiere als Waare betrachtet werden, wenn die Valuta in baarem Gelde verschrieben ist; soll dagegen die Rückzahlung in denselben Papieren erfolgen, worin das Darlehn gegeben worden, ist mit anderen Worten Valuta in Papieren einer gewissen Art verschrieben worden, so ist ein eigentliches Darlehn vorhanden, und es findet darauf der §. 793. d. T. Anwendung.

(Gesetzrev: Pens. XIV. S. 126.)

Bornemann bemerkt dagegen:

Die auf jeden Inhaber lautenden öffentlichen Papiere dürfen jedoch nach dem Tageskourse statt baaren Geldes in Zahlung gegeben werden (Dekl. v. 4. April 1811); sind sie aber dem Darlehnssucher zu einem höheren Kourse in Rechnung gestellt, so treten die §§. 715. ff. h. t. ein, welche auch anzuwenden sind, wenn bei einem Darlehn statt baaren Geldes ein Privat-Schuld-Instrument übereignet und die Valuta als baar empfangen verschrieben ist.

(System Bd. 3. S. 282, 2. Ausg. Bd. 3. S. 152.)

§. 716. Die Worte: »oder Wechsel« fallen nach Aufhebung des Tit. 8. Abschn. 8. Thl. II. des A. L. R. und Einführung der D. W. O. weg, da das Bekenntniß der empfangenen Valuta jetzt kein Erforderniß eines gültigen Wechsels mehr ist.

§. 719. An die Stelle des im §. 719. allegirten Abschn. 15. A. L. R. II. 20. tritt der Tit. 25. des Strafgesetzb. v. 14. April 1851, welcher dergleichen Bestimmungen nicht enthält. Die in dem §. 719. unter Bezugnahme auf die näheren Bestimmungen des Strafgesetzbuches angedrohte Konfiskation wird mit diesem Gesetze selbst weggefallen sein, und es wird jetzt lediglich das neue Strafgesetz, §. 272., zur Anwendung kommen. Ueberhaupt haben die zum Beweise des Wuchers hier und in den §§. 718. sqq. vorgeschriebenen Vermuthungen mit der Aufhebung der positiven Beweistheorie ihre rechtliche Bedeutung verloren.

(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 51. zum §. 719. h. t.)

§. 724. Im §. 724. h. t. ist statt: »Nachlaß« zu lesen: »Nachweis.«

(R. v. 5. Mai 1834 und R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445. und Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 3 u. Bd. 12. S. 2.)

§. 725. Greift die Vermuthung der wucherlichen Absicht aus §. 725. Platz, wenn ein Darlehn in baarem Gelde gesucht worden, aber theils in baarem Gelde, theils in Waaren gegeben ist?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1848.

Die §§. 715., 736. handeln von »Darlehnen, wo Waaren statt baaren Geldes gegeben worden«, und gleich der §. 715. bestimmt: »Waaren sollen bei Darlehnen statt baaren Geldes nicht gegeben werden.« Wenn nun ein solcher Fall vorliegt, so sollen die in den §§. 717. u. 719. bezeichneten Folgen eintreten. Der weitere §. 725. schließt sich an den §. 721. Er bezieht sich also nicht wieder auf den Fall zurück, daß ein Darlehn in baarem Gelde gesucht worden, und setzt nun voraus, daß in Folge dessen ein Theil des Darlehns in baarem Gelde, sonst aber in Waaren gegeben, dennoch aber über beides zusammen nur Ein Schuldschein, wie über ein baares Darlehn, gegeben ist. Ist nun aber bereits vor Ausstellung des Schuldscheins der Aussteller dem Gläubiger baares Geld schuldig gewesen, so steht letzterem hinsichtlich dieser Summe keinesweges die Vermuthung einer wucherlichen Absicht aus §. 725. entgegen, vielmehr muß der §. 742. zur Anwendung gebracht werden.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 406 Nr. 198.)

§§. 727—732. Form der Darlehnsverträge.

Die V., welche die Beschränkungen der Juden im Großherzogthume Posen und in Westphalen bezüglich der Form der Schuldverschreibungen betreffen, insbes.:

a) V. v. 1. Juni 1833 wegen des Judenwesens im Großherzogthume Posen, §. 25.,

b) K. O. v. 20. Sept. 1836,

sind durch das G. v. 23. Juli 1847, über die Verhältnisse der Juden, §. 1. (G. S. 1847 S. 263) für beseitigt zu erachten.

§. 727. 1) Die zur Gültigkeit der Schuld einer Ehefrau erforderliche Bewilligung des Mannes bedarf, auch bei Gegenständen über funfzig Thaler, nicht unbedingt, und namentlich nicht bei Darlehnen der schriftlichen Form.

Angenommen von dem Ob. Trib. mittelst Pl. Beschl. v. 1. März 1847. (Präj. Nr. 1842.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 320. u. 329.

2) Der Empfänger eines Darlehns wird nicht persönlich verhaftet, wenn er in einer demnächst außergerichtlich, ihrem Inhalte nach vom Gläubiger genehmigten Schuldverschreibung über das Darlehn erklärt, daß er seinem Gläubiger für die geliehene Summe ein bestimmtes Grundstück, mit ausdrücklicher Ausnahme seines Mobiliar- und anderweitigen Vermögens, und seines sonstigen Einkommens dergestalt verpfände, daß der Gläubiger sich nur rein an das Grundstück halten solle.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1827.

(Simon's R. Bd. 2. S. 249.)

3) Darlehne von einem Minderjährigen dem Vormunde gegeben, können nach erlangter Majorennetät des Minorennen von diesem gegen den Vormund eingeklagt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1848, auf Grund des §. 727. h. t. und da der §. 485. A. L. R. II. 18. nicht entgegenstehe. (Rechtsf. Bd. 3. S. 293 Nr. 143.)

4) Zur Begründung der Klage auf Rückzahlung eines Darlehns ist die Beibringung des Schuldscheins nicht erforderlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1854, weil nicht der Schuldschein, sondern das Darlehn die Klage begründet und in Erwägung des §. 727.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 49 Nr. 22.)

5) Mehrere Darlehnsempfänger, welche das gegebene Darlehn gemeinschaftlich in ungetrennter Summe ohne Ausstellung eines Schuldscheins [1]) erhalten haben, sind dafür solidarisch verhaftet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1856.

Dem §. 424. A. L. R. I. 5. zufolge ist, wenn mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in eben demselben Vertrage verpflichtet haben, sobald nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß sie dem Berechtigten Einer für Alle und Alle für Einen verhaftet sind, und nach §. 425. müssen die mehreren Verpflichteten, wenn sie aus dem gemeinschaftlich geschlossenen Vertrage solchergestalt nicht verhaftet sein wollen, sich darüber in dem Vertrage selbst deutlich erklären. Daß hierbei nothwendig ein schriftlicher Vertrag vorausgesetzt sei, läßt sich nicht annehmen und die gedachten Vorschriften finden mithin überhaupt auf jeden Vertrag Anwendung, wodurch eine gemeinschaftliche Verhaftung mehrerer Verpflichteten erzeugt werden konnte. Wenn daher auch keine schriftliche Stipulation vorliegt, woraus sich die solidarische Haftbarkeit der Darlehnsempfänger ableiten läßt, so folgt doch aus der Natur des Darlehnsvertrages, als eines Realkontraktes, daß, so gewiß ein einzelner Empfänger nach §. 727. h. t. durch den Empfang des Darlehns zur Wiedererstattung des Empfangenen verpflichtet wird, auch mehrere gemeinschaftliche Empfänger durch die Hinnahme der geliehenen Summe zu deren Rückzahlung gemeinschaftlich verpflichtet werden, und es muß dies zugleich, wenn nicht etwas Anderes verabredet worden, ihre solidarische Verhaftung nach sich ziehen. Allerdings ist, damit ein wirklicher Darlehnsvertrag zu Stande komme, außerdem noch die bestimmte Willensäußerung des Darlehnsgebers, daß die hingegebene Summe dem Empfänger geliehen sein solle, erforderlich. Werden aber durch eine solche Willensäußerung mehrere Personen, die auch den in Geld oder geldwerthen auf jeden Inhaber lautenden Papieren hingegebenen Betrag als ein ihnen gemeinsam gewährtes Darlehn in ungetrennter Summe eingestrichen haben, als gemeinschaftliche Darlehnsempfänger bezeichnet, so ist hiermit Alles geschehen, um ihre solidarische Verbindlichkeit in Betreff der Wiedererstattung zu begründen, und es bedarf hierzu nicht noch einer anderweiten ausdrücklichen Stipulation zwischen den beiderseitigen Kontrahenten. Der §. 729. steht dem nicht entgegen; denn hier sind nur solche Bedingungen gemeint, welche nicht schon von selbst aus der Natur des Darlehnsvertrages, als eines Realkontraktes, fließen und so wenig insbesondere die oben erwähnte zur Vervollständigung jenes Vertrages gehörige Willenserklärung des Darlehnsgebers schriftlich zu erfolgen braucht, wenn das Darlehn nur einer Person gegeben wird, bedarf es auch dieser Form in dem Falle, wenn mehrere Personen das gemeinsam nachgesuchte Darlehn auch gemeinschaftlich erhalten. Die Zuläßigkeit der Hingabe eines Darlehns an mehrere Empfänger in ungetrennter Summe ist an sich nicht zu bezweifeln und es würde in solchem Falle dem Darlehnsgeber, wenn er nicht einen jeden derselben solidarisch sollte in Anspruch nehmen können, in Ermangelung einer zwischen ihm und dem Verpflichteten über die einzelnen von ihnen zu erstattenden Raten getroffenen Vereinbarung an jedem sicheren und ihn selbst bindenden Maßstabe für den Betrag der wider den Einen oder den Anderen geltend zu machenden Forderung gebrechen. Denn was sie selbst unter sich verabredet haben mögen, hat für ihn keine Bedeutung und ist die hingegebene Summe von den verschiedenen Empfängern ungetheilt erhoben worden, so weiset auch diese die Erstattungs-Verbindlichkeit an sich schon erzeugende Handlung auf keine bestimmte Rate hin, welche von jedem Einzelnen unter den verschiedenen Verpflichteten nur gefordert werden könnte. Es genügt bei der Existenz eines Schuldscheines zur solidarischen Haftbarkeit der verschiedenen Darlehnsempfänger, wenn sie darin nur überhaupt den gemeinsamen Empfang des Darlehns bekannt, so wie sich zur Erstattung desselben gemeinschaftlich verpflichtet haben. Eine gleiche Wirkung aber ist jedenfalls der in ungetrennter Summe durch sie geschehenen Erhebung des Darlehns, in Verbindung mit der, wenn auch nur mündlich getroffenen Uebereinkunft, daß die gegebene Summe ihnen gemeinschaftlich geliehen sein solle, beizumessen.

(Entsch. Bd. 32. S. 349, Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 246 Nr. 60.)

§§. 727—729. Ist die Verabredung eines Rückzahlungs-Termines bei mündlich geschlossenen Darlehnsverträgen zulässig?

Der Verf. des Aufsatzes im Centralbl. 1839 S. 305, welcher bemerkt, daß die ältere Prozeßpraxis diese Frage unbedingt bejahet, die neuere Praxis dagegen auf Grund des §. 729. verneint habe, entscheidet sich für die Bejahung, weil die §§. 727., 728. gleich auf die §§. 761., 762. verweisen und die darin gebrauchten Worte: »gültiger Weise« sich auf die nothwendig schriftlich zu schließenden Darlehnsverträge und auf solche schriftlich geschlossenen Verträge, in welchen kein bestimmter Rückzahlungs-Termin stipulirt sei, nicht aber auf mündlich errichtete Darlehnsverträge bezögen. Ferner ergebe sich aus den Worten des §. 729.: »auf eine andere bestimmte Zeit«, daß der schriftliche Vertrag nur erforderlich sei, wenn derselbe auf eine andere, als die (gesetzlich) bestimmte Zeit (der Kündigung) geschlossen werden solle, so daß also der §. 729. als eine Ausnahme von der Regel des §. 728. und der §§. 761., 762. anzusehen sei. Hierfür sprächen auch §§. 20. u. 54. I. 16. und §. 57. I. 4. A. L. R.

[1]) Ueber die solidarische Verhaftung aus einem Schuldscheine vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2271. v. 13. Jan. 1851 in den Erg. zu den §§. 729. u. 733. h. t.

§. 729. 1) Ein Darlehnsgläubiger, welcher einen ihm vom Schuldner ausgestellten Schuldschein ohne Vorbehalt angenommen hat, kann seinen Anspruch über die in dem Schuldscheine festgestellten Modalitäten hinaus aus dem Grunde allein nicht ausdehnen, weil diese Modalitäten von den gesetzlich anzunehmenden abweichen und er seine Zustimmung zu dieser Abweichung nicht schriftlich erklärt hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Juli 1852 [1]) (Präj. Nr. 2388.); denn der Schuldschein bilde den schriftlichen Darlehnsvertrag; dieser Vertrag sei ein einseitiger, bei dem einseitigen Vertrage aber sei die Akceptation durch keine Form beschränkt, und derjenige, welcher einen Schuldschein ohne Vorbehalt annehme, gebe hierdurch seine Einwilligung in die in dem Schuldscheine ausgedrückten Bestimmungen zu erkennen, und hierzu bedürfe es der schriftlichen Erklärung des Gläubigers nicht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 23. S. 13, J. M. Bl. 1852 S. 306.)

2) Unter Bezugnahme auf den (vorstehenden) Pl. Beschl. v. 5. Juli 1852 hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Zur rechtsgültigen Feststellung der von den gesetzlichen Zahlungsmodalitäten abweichenden Nebenverpflichtungen des Darlehnsschuldners bedarf es der schriftlichen Genehmigung seiner desfallsigen Erklärungen in dem Schuldscheine Seitens des Darlehnsgläubigers nicht; es kann vielmehr diese Genehmigung auch stillschweigend, insbesondere durch Annahme des Schuldscheins ohne Vorbehalt erfolgen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852.

Der Pl. Beschl. v. 5. Juli 1852 hat das Präj. Nr. 1128. [2]) verworfen, und bei Nebenbestimmungen, die für den Schuldner weniger gültig sind, als die gesetzlichen Normen, muß die Ausstellung der einen schriftlichen Urkunde Seitens des Schuldners und deren Annahme Seitens des Gläubigers ohne Vorbehalt genügen, um die Nebenbestimmung der Verbindlichkeit des Schuldners, und folgeweise die Begrenzung des Rechts des Gläubigers, in formell gültiger Weise festzustellen. Denn für solche Nebenbestimmungen ist keine Ausnahme von der in den §§. 729. ff. aufgestellten Regel gemacht, und es handelt sich hier nur um Feststellung der Nebenverpflichtungen einer einseitigen Verbindlichkeit, wozu formell die Unterschrift des Schuldners genügt (A. G. O. III. 7. §. 55., vergl. A. L. R. I. 11. §§. 393. ff. u. §. 1058., I. 13. §. 11., I. 14. §§. 294., 213. u. 215. ff., II. 8. §. 209.). Es braucht daher nur außerdem festzustehen, daß der Gläubiger mit dem, was die Urkunde formell gültig feststellt, einverstanden gewesen ist. Hierzu genügt aber die ohne schriftlichen Vorbehalt erfolgte Annahme der Urkunde Seitens des Berechtigten. (A. L. R. I. 5. §. 81.) (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 231 Nr. 55.)

b) Durch Annahme des über ein empfangenes Darlehn von dem Schuldner ausgestellten Schuldscheins wird der Gläubiger an eine in demselben aufgenommene selbstständige Verfügung über den Darlehnsvertrag hinaus und für die Zeit, wo das Darlehn aufhört, Darlehn zu sein, nicht gebunden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1853, indem der Pl. Beschl. v. 5. Juli 1852 mit dieser Entscheidung nicht im Widerspruch stehe, sondern sich gar nicht auf solche contenta eines Schuldscheins beziehe, welche eine Verfügung des Gläubigers über den Darlehnsvertrag hinaus enthalten.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 257 Nr. 53.)

3) Spricht der §. 729. bloß dem Gläubiger die Klage ab, oder gilt derselbe auch zum Nachtheile des Schuldners, dergestalt, daß derselbe aus den mündlichen, dem Darlehnsvertrage vorangegangenen Verabredungen keine Einwendungen herleiten kann?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 22. April 1852 angenommen:

Wenn ein Darlehn zu Gunsten des Schuldners auf andere, als die gesetzlichen Bedingungen geschlossen worden, so ist die Gültigkeit der desfallsigen Verabredung von der schriftlichen Form abhängig, weil nach §. 729. beim Darlehn alle von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Bestimmungen ohne Unterschied in schriftlicher Form festgesetzt sein müssen, und danach die allgemeinen Vorschriften von den Folgen mündlicher, gesetzlich der schriftlichen Form bedürfender Verträge bei dem Darlehn nicht zur Anwendung kommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 114 Nr. 29.)

4) Ueber die Frage: nach welchem von zwei über dieselbe Darlehnsschuld von demselben Schuldner ausgestellten und dem Gläubiger behändigten Schuldscheinen die Darlehnsschuld zu beurtheilen? vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 13. Juli 1852 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 262.

§§. 729. u. 732. Ein von mehreren Personen ausgestellter Schuldschein begründet aus der Schrift eine Solidar-Verbindlichkeit der sämmtlichen Aussteller für das verschriebene Darlehn auch in dem Falle, wenn die Valuta desselben nicht an sie gemeinschaftlich, sondern an einen oder einige von ihnen ohne Zuziehung der übrigen gezahlt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1851. (Präj. Nr. 2271.)

Der Schuldschein ist nicht ausschließlich Beweismittel, sondern hat zugleich die Natur und die Wirkungen eines schriftlichen Vertrages. Kann daher gegen den Inhalt der Korreal-Obligation der Beweis nicht geführt werden, daß das darin verschriebene Darlehn überhaupt nicht zur Ausführung gekommen sei, und bleibt die Vermuthung für die Richtigkeit des Bekenntnisses der empfangenen Valuta auch nur in Beziehung auf einen der mehreren Aussteller unentkräftet, so finden gegen die übrigen die §§. 424. ff. A. L. R. I. 5., insbes. §§. 424. u. 430. Anwendung. Vermöge des Korreal-Verhältnisses tritt, sofern das Darlehn, über welches die Obligation lautet, durch Zahlung der Valuta an einen der mehreren Mitschuldner perfekt geworden ist, mit der Verbindlichkeit desselben zugleich und in demselben Maße die der übrigen Mitschuldner ein. Die durch den schriftlichen Kontrakt begründete Korreal-Verpflichtung gestattet keinem von ihnen, sich in einem solchen Falle der Verhaftung für das wirklich gegebene Darlehn mit dem Vorgeben zu entziehen, daß die Valuta nicht an ihn persönlich, oder nicht an die mehreren Mitschuldner gemeinschaftlich ausgehändigt sei. Keinesweges ist anzunehmen, daß es alsdann an einer causa debendi fehlen würde. Diese liegt in der Hingabe des Darlehns und in der dafür eingegangenen Korreal-Verpflichtung. Es widerspricht dem Wesen der letzteren, den Vertrag, worauf sie sich gründet, rücksichtlich des einen Mitschuldners als nicht perfekt anzusehen, wenn rücksichtlich des anderen seine Perfektion festgestellt wird. Die Rechte der mehreren Darleiher unter sich in Beziehung auf das gemeinschaftliche Darlehn kommen dem Gläubiger gegenüber nicht in Betracht. Auch der Umstand kann dagegen nicht geltend gemacht werden, wenn die Darleiher sich im Schuldschein in der Mehrzahl zu dem Darlehn bekannt und über dessen Empfang quittirt haben. Das Gesetz untersagt eine solche besondere Bestimmung der Interessenten nicht, sondern erfordert zu ihrer Gültigkeit nur die schriftliche Form. (§. 729.) Durch die Anerkennung des Darlehns als eines gemeinschaftlichen, bei welcher die mehreren Mitschuldner in Beziehung auf das gemeinschaftliche Geschäft als eine Person anzusehen sind, wird die Zahlung der Valuta auch an den einen von ihnen genehmigt, oder wenn die Obligation in Erwartung der zu zahlenden Valuta ausgestellt wäre, bewilligt. Das Geständniß der erhaltenen Valuta in der Obligation giebt gegen den Aussteller vollen Beweis. (§. 733.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 21. S. 421.)

§§. 729. u. 824. 1) Ist der Darlehnsgeber berechtigt, die gezogenen Nutzungen eines ihm in Folge mündlichen Uebereinkommens zum antichretischen Pfandbesitze übergebenen Grundstücks auf die Zinsen des vorgestreckten Darlehns in Abrechnung zu bringen, wenn auch diese Zinsen nur mündlich versprochen worden sind?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 20. Nov. 1855 bejahet.

Zwar bestimmen die §§. 729. u. 824., daß, wenn ein Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen ist, ohne Unterschied der geliehenen Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredungen zustehen soll, und daß, wenn in einem Schuldscheine keine Zinsen versprochen sind, der Gläubiger dergleichen nicht fordern kann. In dem Falle aber, wenn dem Darlehnsgeber zugleich ein antichretischer Pfandbesitz an einem Grundstücke eingeräumt worden ist, verlangt er nicht die erst noch zu leistende Erfüllung des mündlichen Zinsversprechens oder die bisher noch nicht geschehene Zahlung der mündlich versprochenen Zinsen, vorausgesetzt, daß solche gelobt sind; er hat vielmehr diese Zinsen in Folge der mündlich getroffenen Verabredung, wenn sie bewahrheitet wird, bereits durch den jährlichen Bezug der Nutzungen erhalten; in diesen Nutzungen sind sie ihm bereits, und zwar unter voraus erklärter Einwilligung des Schuldners, bezahlt worden. Danach befindet er sich nicht mehr in der Lage, ein von dem Darlehnsempfänger gestelltes Verlangen der Zahlung der mündlich versprochenen Zinsen durch den Einwand des Mangels eines schriftlichen Zinsversprechens zu beseitigen; seine Lage ist viel-

[1]) Hierdurch ist das entgegengesetzte Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 23. April 1842 (Präj. Nr. 1128.), welches angenommen hatte: »Der Darlehnsgläubiger wird zur Festhaltung solcher Zahlungsmodalitäten, welche von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen, durch den Inhalt des Schuldscheines und so lange er selbst sich dazu nicht schriftlich bekannt hat, nicht verpflichtet« (Präj. Samml. S. 64), beseitigt.

[2]) Vergl. die vor. Anm.

mehr die eines Zurückfordernden, welcher die Zinsen schon gezahlt hat und sie nun erstattet verlangt, weil er glaubt, zu einer Zinszahlung überhaupt nicht verpflichtet gewesen zu sein. (Entsch. Bd. 31. S. 393.)

2) Die dem Gläubiger geschehene Zusicherung der Früchte des verpfändeten Gutes begründet keine Zinsverpflichtung. Die hypothekarische Eintragung des Pfandbesitzes kann daher nicht die der Zinsverbindlichkeit vertreten.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Juli 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 347 Nr. 81.)

§. 730. 1) G. v. 17. Juni 1833, betr. die Ausstellung von Papieren, welche eine Zahlungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten [1].

Wir ꝛc. ꝛc. verordnen hierdurch auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Papiere, wodurch die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an jeden Inhaber versprochen wird, dürfen von Niemand ausgestellt und in Umlauf gesetzt werden, der dazu nicht Unsere Genehmigung erhalten hat.

Ausgenommen von dieser Bestimmung bleiben jedoch die auf jeden Briefinhaber gestellten Wechsel derjenigen Personen, welche kaufmännische Rechte haben.

§. 2. Die Genehmigung zur Ausstellung solcher Papiere soll hinfüro nur auf den Antrag der Minister für den Handel und für die Fin. durch ein landesherrliches Privilegium ertheilt werden, welches die rechtlichen Wirkungen desselben bestimmen und seinem ganzen Inhalte nach durch die G. S. bekannt gemacht werden muß.

§. 3. Dergleichen an jeden Inhaber zahlbare Papiere begründen gegen den Aussteller ein Klagerecht.

§. 4. Die bisher ohne landesherrliche Genehmigung ausgegebenen Papiere dieser Art ist jeder Inhaber gegen den Aussteller einzuklagen befugt, ohne die Uebertragung des Eigenthums nachweisen zu dürfen.

§. 5. Wer künftig dem Verbot des §. 1. entgegen, solche Papiere ausstellt und in Umlauf setzt, verfällt in eine, dem fünften Theil des Betrages derselben gleiche Strafe, die jedoch in keinem Falle geringer als hundert Thaler sein darf.

Zugleich muß der Aussteller von Amtswegen angehalten werden, die Einlösung und Vernichtung der ausgegebenen Papiere zu bewirken.

§. 6. Dergleichen Papiere, welche ohne Unsere unmittelbare Genehmigung vor der Publikation dieses G. ausgestellt werden, dürfen, nachdem sie an den Aussteller zurückgekehrt sind, von demselben bei gleicher Strafe, nicht wieder ausgegeben werden. (G. S. 1833 S. 75.)

2) Ohne die Angabe, worin die Valuta bestanden habe (§. 730. Nr. 2.), giebt die Schrift keinen Beweis für ein Darlehn. Wenn daher der Schuldner erklärt hat, daß er den Schuldbetrag nach einer zwischen ihm und dem Gläubiger angelegten Berechnung verschulde, ohne daß sonst eine andere Angabe, worin die Valuta bestanden habe, im Schuldscheine enthalten ist, so begründet der Schuldschein als ein bloßes documentum referens noch nicht die rechtliche Vermuthung, daß der Schuldner die Valuta empfangen habe; es muß vielmehr nach §. 113. A. G. O. I. 10. die Berechnung (das documentum relatum) vorgelegt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. April 1825.
(Simon's R. Bd. 2. S. 75.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 866. u. 867. h. t.

3) Zur Gültigkeit des über ein Darlehn ausgestellten Schuldscheins ist die ausdrückliche Angabe, daß die verschriebene Summe als Darlehn gegeben worden, nicht erforderlich, vielmehr genügt das in dem Schuldscheine enthaltene Bekenntniß der baar empfangenen Valuta.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 19 Nr. 6.)

[1] Das C. R. der Reg. zu Magdeburg v. 25. Nov. 1833 macht bekannt, daß höheren Orts (die Behörde und das Datum sind nicht angegeben) entschieden worden, daß die K. O. v. 17. Juni 1833 keinen Unterschied zwischen zins- und nicht zinstragenden Papieren macht, und daher allgemein anwendbar ist, auch auf Schuldscheine, die mit dem Versprechen der Zahlung einer bestimmten Geldsumme an jeden Inhaber zugleich die Verpflichtung zur Verzinsung derselben enthalten, weßhalb die Bestimmungen jenes G. §§. 4., 5. u. 6. für alle Kommunen, Aktien-Gesellschaften, Sparkassen, Institute ꝛc. gelten, die ohne unmittelbare Allerh. Genehmigung vor der Publik. des Gesetzes Schuldscheine, mit oder ohne Zinsen, an den Inhaber lautend, ausgestellt haben.
(v. K. Ann. Bd. 17. S. 892.)

§§. 730. 731. 1) Der Empfangschein über eine, für Rechnung eines Dritten erhaltene Geldsumme verpflichtet den Aussteller, welcher mit diesem Dritten in laufender Rechnung steht, demselben den Betrag auch dann gut zu schreiben, wenn der Empfangschein weder eine causa debendi, noch ein Versprechen der Rückzahlung enthält. Denn bei der Existenz des Empfangscheines hätte der Aussteller die bereits erfolgte Ablieferung des Geldes oder die Behauptung nachweisen müssen, daß ihm die von ihm in Empfang genommene Summe als Zahlung einer ihm gebührenden Schuld angewiesen worden sei.

Angenommen von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht). (J. W. 1836 S. 722.)

2) Die in der Schuldverschreibung gänzlich mangelnde causa debendi kann nicht durch den Beweis der mündlichen Vereinbarung einer solchen ersetzt werden. Ein derartiger Beweis ergiebt eben nur eine mündliche Vereinbarung. Der an und für sich schriftlich aufzunehmende Vertrag ist somit in einem wesentlichen Punkte nicht schriftlich und daher nicht klagbar.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 315 Nr. 52.)

§. 732. 1) Der §. 106. A. L. R. I. 16. findet hier nicht Anwendung, weil ein Schuldschein (das Bekenntniß des Empfanges der Valuta) nicht die rechtliche Natur einer Quittung im rechtlichen Sinne hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1851.
(Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 65. zum §. 732. h. t.)

Denselben Grundsatz nimmt der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. April 1848 an. (Rechtsf. Bd. 4. S. 63 Nr. 31.)

Koch bemerkt hierüber:

Der Grund überzeugt zwar nicht; denn zwischen einem chirographum über ein Darlehn und einer Quittung (apocha) über die zum Zwecke der Tilgung einer Schuld geleistete Zahlung ist das Aehnliche, daß Beides ein Beweisstück über ein Real-Rechtsgeschäft ist; nur der Zweck der Zahlung unterscheidet Beide. Allein die Unanwendbarkeit liegt in der Verschiedenheit der positiven Gesetzgebung über die sogenannte exc. n. n. pecuniae und über die Beweiskraft der Quittungen. (Landr. Bd. 1. Anm. 65. zum §. 732. h. t.)

2) Die Ehefrau haftet nicht für die von ihr quittirte, jedoch nur an ihren Ehemann gezahlte Darlehns-Valuta.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1852 auf Grund des §. 732. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 71 Nr. 17.)

3) Ueber die Begründung des Einwandes der Simulation gegen Schuldverschreibungen vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Sept. 1852 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 127—130.

§§. 733—748. Von der Valuta bei Darlehnen.

§§. 733. u. 734. 1) R. v. 26. Mai 1804, wonach es bei Darlehnen unzulässig ist, die Kosten, welche der Gläubiger gehabt hat, auf die Valuta in Anrechnung zu bringen.

Wir haben Uns die Gründe vortragen lassen, aus welchen Ihr in Eurem Bericht v. 15. d. M. darüber zweifelhaft seid, ob das in demselben erwähnte Geschäft, wonach ein Grundbesitzer von einem dortigen Einwohner unter Verpfändung seines Gutes ein Kapital von 32,500 Thlrn. erborgt hat, und beide Theile in dem aufgenommenen Separatprotokolle erklärt haben, daß nur 30,000 Thlr. baar, und 1000 Thlr. durch Rückgabe eines Wechsels, der Ueberrest aber dadurch, daß 1000 Thlr. als Porto-Auslagen für den Transport des Geldes von hier dorthin, und 500 Thlr. für die Unkosten, welche der Gläubiger bei Verschaffung des Geldes gehabt, und künftig zur Abtragung der Zinsen annoch haben dürfte, in Anrechnung gebracht, berichtigt worden, als gültig und zu Recht beständig angenommen und mit der Eintragung in das Hypothekenbuch dergestalt verfahren werden könne, daß die Valuta in Uebereinstimmung mit der vor dem Deputato Eures Kollegii über die Anleihe ausgestellten Obligation als baar ausgezahlt registrirt werde.

Hierauf wollen wir Euch nun nicht vorenthalten, wie zuvörderst bei Aufnahme der vor dem Deputirten ausgestellten Hauptobligation gegen die Vorschrift des §. 13. Tit. 3. Thl. II. der G. O. gefehlt worden, nach welcher bei gerichtlich aufzunehmenden Darlehnskontrakten die mögliche Verhütung alles Wuchers und aller Uebervortheilungen des Schuldners, auch durch die genaue Erkundigung darüber vermieden werden muß, ob und wie die Valuta berichtigt worden, und es würde vorausgesetzt, daß die Parteien dabei mit der Wahrheit nicht zurückgehalten, alsdann der Aufnahme des Separatprotokolls so wenig, als Eurer Anfrage darüber:

ob der Inhalt der Hauptobligation allein, oder auch der des Separatprotokolls
in das Hypothekenbuch einzutragen, und demnächst nur erstere oder beide aus-
zufertigen?
bedurft haben, wiewohl es sich von selbst versteht, daß, wenn sonst das Ge-
schäft überhaupt als gültig und zu Recht beständig anzunehmen, beides, die
Eintragung und Ausfertigung, dem in dem Separatprotokolle enthaltenen wahren
Zusammenhange der Sache gemäß erfolgen müßte. Allein beides findet nicht
statt, und Ihr werdet Euch hiervon sofort selbst überzeugen, wenn Ihr in Er-
wägung ziehet, daß Eurem Berichte zufolge, unter den 1000 Thlrn. an Porto-
Auslagen auch diejenigen begriffen sind, welche künftig, bei der Zurücksendung
des angeliehenen Kapitals hierher, auflaufen möchten, und unter den 500 Thlrn.,
welche als Ersatz für die Unkosten, die der Gläubiger bei Verschaffung des
Geldes gehabt, auch diejenigen sich befinden, die derselbe künftig bei Abtragung
der Zinsen haben dürfte. Denn es würde, wenn es dabei sein Verbleiben hätte,
der Gläubiger schon jetzt die Verzinsung von Geldern erhalten, welche er so
wenig dem Schuldner, als einem Dritten ausgezahlt hat, welches gleichwohl,
wie Ihr selbst ermessen werdet, keinesweges stattfinden kann. Allein auch dann,
wenn bloß von der Anrechnung des wirklich verlegten Postgeldes und der wirklich
verausgabten Kosten zur Anschaffung des Kapitals, auf den Betrag des letzteren
die Rede wäre,, würde die Bestätigung und Eintragung desselben in das
Hypothekenbuch ebensowenig erfolgen können.

Zufolge des im §. 653. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. aufgestellten Be-
griffs des Darlehnsvertrages kann und darf der Schuldner das empfangene
Geld nur in gleicher Qualität, also nur das, was er wirklich erhalten hat er-
statten.

Zufolge des §. 757. a. a. O. wird der Schuldner aus diesem Kontrakte
nur verpflichtet, die wirklich erhaltene Summe zur bestimmten Zeit zurückzuzahlen,
und nach mehrerem Inhalt des §. 1278. Tit. 20. Thl. II. macht sich der des
Wuchers schuldig, welcher dem Schuldner außer dem dort bemerkten, hier
keinesweges vorhandenen Falle nicht die volle Summe des Kapitals zahlt.

Ein solcher Wucher würde dann auch offenbar vorhanden sein, wenn es bei
dem geschlossenen Vertrage beider Theile, in Hinsicht der erwähnten, wirklich
verausgabten Transport- und Anschaffungskosten sein Bewenden hätte, und es
macht dabei keinen Unterschied, daß der Gläubiger, nach Eurem Bericht, jene
Gelder wirklich von hieraus bezieht, denn er ist als solcher verpflichtet, das
Darlehn unverkürzt auszuzahlen, es folgt also daraus von selbst, daß es lediglich
seine Sache ist, sich solches an dem Orte, wo nach dem Vertrage die Zahlung
geschehen soll und muß, zu verschaffen; er muß, wenn damit Kosten verbunden
sind, es sich vorher überlegen, ob der durch die zu stipulirenden gesetzlichen
Zinsen zu erhaltende Gewinn damit im Verhältniß stehe, und es würde dem
Wucher Thür und Thor öffnen, wenn man entgegengesetzte Grundsätze an-
nehmen wollte. (N. A. Bd. 3. S. 251, Rabe Bd. 8. S. 63.)

2) Das von dem Aussteller eines Schuldscheins über ein Darlehn
in dem Instrumente abgegebene Bekenntniß der baar empfangenen
Valuta verliert, wenn der Gläubiger einräumt, einen bestimmten
Theil der Valuta nicht baar, vielmehr durch Abrechnung einer Schuld
des Darlehnsnehmers berichtigt zu haben, nicht gänzlich, sondern nur
in Beziehung auf den geständlich nicht baar gegebenen Theil der Va-
luta die Kraft.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1848.
(Präj. Nr. 2006.)

Denn der §. 733. spricht nur den Grundsatz aus, daß das Geständniß der
erhaltenen Valuta gegen den Aussteller des Schuldscheins in dem Umfange gelte,
als es durch die stattgefundene Ausmittelung nicht als unrichtig nachgewiesen ist.
Wenn daher der Gläubiger einräumt, einen bestimmten Theil der Valuta nicht
in der vorgeschriebenen Art baar, sondern durch Anrechnung einer Schuld ge-
geben und nur den übrigen bestimmten minderen Theil des Darlehns baar ge-
zahlt zu haben, so verliert der Schuldschein nur in Ansehung des ersten Theils
die Beweiskraft, behält sie aber hinsichtlich des letzteren Theils der Valuta
nach wie vor.

(Präj. Samml. S. 64, Entsch. Bd. 16. S. 502, Rechtsf. Bd. 4.
S. 37 Nr. 18.)

3) Wenn in einem Schuldscheine über ein Darlehn die Valuta
als in baarem Gelde gegeben bezeichnet, von dem Darlehnsgeber aber
in der Wirklichkeit nicht in baarem Gelde, sondern in Papieren au
porteur gewährt worden ist, so hat der Schuldschein keine Beweis-
kraft, sondern der Beweis muß anderweitig geführt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Okt. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 71 Nr. 16.)

4) Ueber die Rechtfertigung der Vorschriften der §§. 733. u. 734.
vergl. Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 20.)

§§. 733. 738. 739. Durch das Bekenntniß der empfan-
genen Valuta in einseitig ausgestellten, wenn auch in das Hypotheken-
buch eingetragenen, aber in den Händen des Schuldners gebliebenen
Darlehnsinstrumenten, wird das Darlehn nicht erwiesen, und kann
insbesondere eine persönliche Verpflichtung des Ausstellers daraus nicht
hergeleitet werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Nov. 1849.
(Präj. Nr. 2171.)

Eine in den Händen des Ausstellers gebliebene einseitig ausgestellte Obliga-
tion liefert, auch wenn sie in das Hypothekenbuch eingetragen ist, keinen Beweis
dafür, daß das darin verschriebene Darlehn wirklich gegeben sei, weil das darin
enthaltene Empfangsbekenntniß keinem Anderen gegenüber abgegeben ist, indem
auch der instrumentirende Richter oder Notar nicht als ein unbetheiligter Dritter,
dem ein thatsächliches Geständniß abgelegt wird, sondern nur als der mit öffent-
lichem Glauben bekleidete Beamte erscheint, dessen sich der Aussteller zur Auf-
nahme seines Bekenntnisses bedient; worüber er sich aber die Disposition, es
einem Anderen gegenüber abzugeben, thatsächlich dadurch, daß er das aufgenom-
mene Bekenntniß in seinem Gewahrsam behält, reservirt. Was vom aufneh-
menden Richter oder Notar, das gilt ebenso auch vom Hypothekenbuch führenden
Richter, dessen sich der Aussteller zur Vollendung der Ausstellung eines wirk-
lichen Hypotheken-Dokuments bedienen muß. Erst von dem Augenblicke an also,
wo der Aussteller die Obligation dem darin aufgeführten Gläubiger aushändigt
oder aushändigen läßt, ist ein diesem abgegebenes Empfangsbekennntniß vorhan-
den, wie denn in einer einseitig ausgestellten Obligation auch erst von da an
der im A. L. R. I. 11. §. 729. gedachte schriftliche Darlehnsvertrag, welcher
wie jeder andere Vertrag, der Akceptation bedarf, vorhanden ist. Es entspricht
diesem Grundsatze, daß im §. 739. ebend. vorgeschrieben ist: daß nach Verlauf
von 38 Tagen nach erfolgter Eintragung zu Gunsten des ersten Inhabers
aus dem Instrument die Vermuthung der wirklich gegebenen Valuta entsteht,
wenn inzwischen keine Protestation in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist.
Nicht zu Gunsten des in der Obligation genannten und in das Hypothekenbuch
eingetragenen Gläubigers ohne Weiteres, sondern zu seinen Gunsten, wenn er
Inhaber der Obligation geworden ist, entsteht also die Vermuthung der wirklich
gegebenen Valuta bei einseitig ausgestellten Darlehnsinstrumenten. In Be-
ziehung auf den persönlichen Anspruch aber bleibt es bei der Regel des §. 407.
ebend., daß der Cessionar alle dem Cedenten entgegenstehenden Einwendungen
gegen sich gelten lassen muß. Ein Anderes, als das im §. 739. Vorgeschriebene,
läßt sich für den Cessionar einer aus einem einseitigen Darlehnsinstrumente ein-
getragenen Forderung auch aus dem A. L. R. I. 20. §§. 422—456. und der
Hyp. O. Tit. 2. §§. 176—181. nicht ableiten, weil dieselben bei ihrer An-
wendung auf einseitig ausgestellte Schuldinstrumente der Natur der letzteren
folgen. — Wenn nach dem A. L. R. I. 16. §. 98. die Rückgabe eines Schuld-
instrumentes von Seiten des Gläubigers an den Schuldner sogar die Ver-
muthung der geschehenen Tilgung der Schuld wirkt, so ist es noch einleuchtender,
daß das Zurückbehalten eines einseitig ausgestellten Schuldinstrumentes von
Seiten des Ausstellers die Vermuthung nicht eintreten läßt, daß das Darlehn
schon entstanden sei.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 18. S. 197.)

§§. 738. u. 739. 1) Suarez Bemerk. über die Motive,
welche der theilweisen Beibehaltung der exceptio non numeratae
pecuniae in den §§. 738. u. 739. zum Grunde liegen.
(Jahrb. Bd. 41. S. 22.)

2) Die Vorschriften der §§. 738. u. 739., womit der §. 178.
Tit. II. der Hyp. O. übereinstimmt, scheinen mit den §§. 425. u. 426.
A. L. R. I. 20. in sofern in Widerspruch zu stehen, als in den
ersteren Gesetzstellen die Frist zur Eintragung der Protestation auf
38 Tage, in letzteren aber auf 4 Wochen bestimmt wird. Dieser
Widerspruch beseitigt sich aber dadurch, daß in §§. 738. u. 739. h. t.
und im §. 178. Tit. II. der Hyp. O. nur eine besondere (aus
der Eigenthümlichkeit des Hypothekenverkehrs herrührende) Bestim-
mung für den Fall gegeben ist, wenn die exceptio non nu-
meratae pecuniae aufgestellt wird, wogegen in §§. 425 u. 426.
A. L. R. I. 20. die allgemeine Regel für alle übrigen Ein-
reden enthalten ist.

Grävell, Theorie der hypoth. Protestationen S. 8—9 und die Rec., in den
Jahrb. Bd. 5.b. S. 115—116.
Klein, System 2. Ausg. §. 556.b. Bd. 1. S. 547.
Siewert, Hft. 1. S. 254—257, Hft. 5. S. 126—127.
Merkel's Komm. zum A. L. R. I. 20. §. 425.
Bornemann, System Bd. 3. S. 291 Anm.*, 2. Ausg. Bd. 3. S. 157 Anm. 1.
Schepers, in der Abhandl. in den Jahrb. Bd. 25. S. 219—221.

Gegen die von Klein und Grävell a. a. O. vertheidigte An-
sicht übrigens, daß die im §. 425. A. L. R. I. 20. genannten vier
Wochen mit den 30 Tagen des §. 176. Tit. II. der Hyp. O. gleich-
bedeutend seien, und daß, wenn auch im §. 738. h. t. eine

38tägige Frist gestattet sei, wodurch doch nichts Abweichendes von dem Falle des §. 425. A. L. R. I. 20. habe bestimmt werden sollen, sondern hier nur zufällig die, eigentlich zur weiteren gerichtlichen Verfügung auf das Gesuch und zur wirklichen Notirung des Einwandes in dem §. 176. Tit. II. der Hyp. O. bewilligte 8tägige Frist weggelassen sei, weil diese, eigentlich nur formelle Bestimmung richtiger in die Hyp. O. gehört, und daher auch im §. 738. h. t. hätte weggelassen werden können, wird eingewandt, daß solche, als dem Sprachgebrauche widersprechend, nicht im Gesetz liege, auch die oben erwähnte Unterscheidung vollkommen zur Beseitigung jedes Widerspruches genüge. (Klein l. c. S. 574 Anm. 1.)

Das Justizmin. spricht in dem R. v. 18. Juli 1835 ebenfalls die Ansicht aus, daß die §§. 738. u. 739. sich auf Darlehne und den Einwand der nicht empfangenen Valuta beschränken, und stellt folgende Rechtssätze auf:

a) Auch gegen einen eingetragenen Anspruch ist der Schuldner Einwendungen zu machen berechtigt;

b) er kann sie aber gegen den dritten, redlichen Inhaber nicht geltend machen, wenn er sich das Recht dazu nicht durch deren Kundmachung oder Eintragung erhalten hat;

c) der Vermerk der Einwendungen im Hypothekenbuche innnerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung des Anspruchs, erhält dieselben auch gegen denjenigen Dritten, welcher sich schon vor diesem Vermerk mit dem Gläubiger eingelassen hat.

d) Außerdem schützt der Vermerk den Schuldner nur, wenn er früher erfolgt ist, als die Cession oder Verpfändung des Anspruches.

e) Bei Darlehnen gilt innerhalb der ersten 38 Tage zu Gunsten des Schuldners die Vermuthung, daß Valuta nicht gezahlt worden, und diese Vermuthung wird durch die binnen dieser Frist erfolgte Eintragung dem Schuldner erhalten.

f) Ist die Eintragung aber nicht innerhalb 38 Tagen erfolgt, so kommt dem Gläubiger die Vermuthung zu statten, daß die Valuta nach Inhalt des Instrumentes bezahlt worden. Will daher der Schuldner diese Vermuthung widerlegen, so muß er den vollständigen Gegenbeweis führen.

(Jahrb. Bd. 46. S. 149, Gräff Bd. 8. S. 39.)

Die Gesetzrevisoren bemerken zum Verständniß der §§. 738. u. 739. h. t., über deren Vereinigung mit §§. 425., 426. A. L. R. I. 20. und über die Frage, ob durch eine Cession der eingetragenen Forderung innerhalb 38 Tagen der Einwand der nicht gezahlten Valuta ausgeschlossen werde?

In Betreff der Hypotheken-Instrumente ist von dem Grundsatze: »daß gegen den Aussteller eines Schuldscheins das Bekenntniß der empfangenen Valuta bis zur Herstellung des Gegenbeweises gelten solle,« in den §§. 738. u. 739. eine doppelte Ausnahme gemacht. Die Vermuthung, daß Valuta gezahlt worden, tritt nämlich erst nach acht und dreißig Tagen ein, steht aber, wenn bis dahin keine Protestation eingetragen ist, dem Schuldner in der Weise entgegen, daß gegen den dritten Erwerber der Forderung auch kein Gegenbeweis mehr zulässig ist. Welche Ansicht diesem Rechtsverhältnisse zum Grunde liegt, ergiebt deutlich die Hyp. O. Tit. 2. §§. 175—181.; man setzte voraus, daß die Valuta nicht eher gezahlt werden, als der Gläubiger durch Einsicht des Hypothekenscheins die Gewißheit erlange, welche Sicherheit ihm gewährt worden. Das A. L. R. I. 20. §§. 425., 426. hat die Protestationsbefugniß auf alle gegen den Besitzer eines Grundstücks eingetragenen Ansprüche, und zwar wegen aller dagegen zustehenden Einwendungen ausgedehnt, die Frist zur Ausübung jener Befugniß aber auf vier Wochen beschränkt. Es ist verschiedentlich versucht worden, diese Fristbestimmungen mit einander in Einklang zu bringen, und es giebt dazu wohl keinen andern Ausweg, als anzunehmen, wegen nicht erhaltener Valuta finde die Protestationsbefugniß acht und dreißig Tage lang, wegen anderer Einwendungen nur vier Wochen hindurch statt.

Bemerken müssen wir nur noch, daß ohne Grund angeführt wird, der §. 739. lasse die Deutung zu, als ob eine Cession der eingetragenen Forderung innerhalb acht und dreißig Tagen den Einwand der nicht gezahlten Valuta ausschließe. Man muß nämlich nach einer richtigen grammatischen Auslegung die Anfangsworte: »Nach Verlauf dieser Zeit« nicht nur auf den ersten, sondern auch auf den zweiten Nachsatz beziehen, welcher mit den Worten beginnt: »sondern es kann auch« u. s. w. Es ist alsdann klar, daß die Cession einer eingetragenen Forderung innerhalb acht und dreißig Tagen den Einwand nur in sofern ausschließt, als der Schuldner die Frist verstreichen läßt, ohne eine Protestation einzulegen; und es ist hier in dieser Beziehung nichts Eigenthümliches vorgeschrieben, welches eine besondere Erwägung, ob diese Bestimmung beibehalten werden sollte, nothwendig machte.

Etwas anders, wie mit dem §. 739. verhält es sich mit dem §. 738. Dieser berührt nicht das Verhältniß des Schuldners zu einem dritten Erwerber, nicht die aus dem öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs hervorgehenden nothwendigen Folgen, sondern das Verhältniß des Schuldners zu dem ursprünglichen Gläubiger. Auch dem Letzteren soll erst acht und dreißig Tage nach der Eintragung die Vermuthung, daß Valuta wirklich gezahlt worden, zur Seite stehen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 131—133.)

Koch ist der Ansicht, daß der Widerspruch der §§. 738. u. 739. h. t. und der §§. 425. u. 426. A. L. R. I. 20. nicht zu beseitigen, sondern rein zufällig sei und in einem Uebersehen Seitens der Verfasser des A. L. R. seinen Grund habe. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 287.)

3) Das bei wirklich eingetragenen Hypotheken-Instrumenten stattfindende Verhältniß, wonach der Einwand der nicht erhaltenen Valuta einem Cessionar oder Pfandinhaber, der ein solches Instrument erst 38 Tage nach der Eintragung erworben hat, nicht entgegengesetzt werden darf, — findet auf solche Instrumente, welche bei noch nicht vollendetem Hypothekenwesen mit bloßen Rekognitionsattesten versehen worden sind, keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1839. (Präj. Nr. 730.) (Präj. Samml. S. 65.)

In dem Erk. v. 31. Okt. 1856 hat derselbe Sen. die Frage: ob die im §. 738. bestimmte Ausnahme von der Regel in allen Landestheilen, in denen das Hypothekenwesen noch nicht vollendet ist, auf Schuldverschreibungen, welche mit bloßen Rekognitionsattesten versehen worden sind, keine Anwendung findet, bei der Entscheidung eines Rechtsfalles aus dem Herzogthume Westphalen auf sich beruhen lassen; für das Herzogthum Westphalen aber sei die Frage auf Grund der dortigen Spezialgesetze (Pat. v. 21. Juli 1825 §§. 6—13., V. v. 31. März 1834 §§. 4., 24., 25.) zu bejahen.

(Entsch. Bd. 34. S. 114.)

4) Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch zwar bestimmt, aber darin noch nicht wirklich eingetragen sind, tritt die Vermuthung, daß die Valuta nach Inhalt des Instrumentes wirklich gegeben worden sei, ebenfalls nicht ein.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Dec. 1853 [1]). (Präj. Nr. 2489.)

Im §. 738. ist deutlich bestimmt, daß die darin gedachte Vermuthung vor Ablauf der acht und dreißig Tage niemals eintritt, also dem Schuldscheine zu keiner früheren Zeit die auf dieser Vermuthung beruhende Beweiskraft beiwohnt. Dies bestätigt der §. 739. durch die Bestimmung, daß, nach Verlauf jener Zeit die Vermuthung der wirklich gegebenen Valuta zu Gunsten des ersten Inhabers entsteht. Es kann mithin nicht davon die Rede sein, daß ein solches zur Eintragung bestimmtes Schuld-Instrument zwar anfänglich, nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 732., Beweiskraft habe, es dieselbe aber späterhin durch die Eintragung der Schuld und den darauf folgenden Vermerk der Protestation des Schuldners wieder verliere. Vielmehr begründet §. 738. eine durchgreifende Ausnahme von der Regel des §. 732. hinsichts aller zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuld-Urkunden. Und diese Ausnahme betrifft gerade die Beweiskraft dieser Urkunden, von welcher die Existenz der Schuld überhaupt, also auch die persönliche Schuldverpflichtung abhängt, sofern kein anderer Beweis darüber sich erbringen läßt. Dergleichen Schuld-Instrumente entbehren von ihrer Ausstellung an bis zu dem bestimmten Ereignisse und Zeitpunkte der Beweiskraft. — Zwar spricht der §. 738. von den zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten und darin wirklich eingetragenen Schuld-Instrumenten, und diese letztere zusätzliche Bezeichnung erregt Zweifel hinsichts des Falles, wo die für das Darlehn bestellte Hypothek noch nicht zur Eintragung gelangt ist. Da indeß im §. 738. nicht zugleich eine bestimmte Frist, innerhalb welcher die Eintragung der Schuld selbst in das Hypothekenbuch erfolgen müsse, sobald der Schuldner der dort ausgedrückten Wohlthat theilhaft werden solle, vorgeschrieben ist, also selbst, wenn die Eintragung der

[1]) Zu diesem Pl. Beschl. hat die Frage Veranlassung gegeben: ob der §. 738., welcher eine Ausnahme von der Regel des §. 732. aufstellt, auch auf solche Fälle anwendbar ist, in denen der Darlehnsforderung ein Schuldschein zum Grunde liegt, welcher zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt ist, indem er eine Hypothekenbestellung enthält, die Eintragung in das Hypothekenbuch aber nicht erfolgt ist. Der IV. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 20. Febr. 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 243 Nr. 52.) die Anwendbarkeit des §. 738. auf diese Fälle verneint, und angenommen, daß der §. 738. nur auf solche Schuldverschreibungen Anwendung finde, welche wirklich in das Hypothekenbuch eingetragen worden sind, und daß dagegen da, wo die bestellte Hypothek nicht zur Eintragung gelangt ist, die Regel des §. 732. Platz greife. Da in einem späteren Falle derselbe Senat von diesem Grundsatze abwich, so gelangte die Frage an das Plenum, dessen Beschl. v. 5. Dec. 1853 der neueren Meinung den Vorzug gegeben hat.

Schuld erst nach mehreren Jahren stattgefunden hat, immer noch dem Schuldner freisteht, durch Eintragung der Protestation innerhalb der nächst folgenden acht und dreißig Tage sich zu sichern, so ist das Unterlassen der Eintragung der Schuld in Bezug auf die Frage nach der Beweiskraft der Schuld-Urkunde unerheblich. Diese Unterlassung kann die Urkunde nicht beweisender machen, als sie von Hause aus war, und man kann nicht behaupten, daß die Einrede: das Darlehn sei nicht gezahlt, dem Schuldner vor der Eintragung desselben in das Hypothekenbuch nicht zustehen solle, wenn ihm dieselbe doch nach der Eintragung des Darlehns wenigstens acht und dreißig Tage lang noch freisteht. Der §. 738. entscheidet den Fall, wo ein Schuldschein zur Eintragung bestimmt, aber nicht eingetragen, und wo es schon streitig geworden, ob die Darlehns-Valuta gezahlt sei? nicht unmittelbar, aber er begreift ihn mit in sich. Das Gesetz hat diesen Fall nicht besonders bedacht, in der Voraussetzung, daß die Eintragung der Forderung in das Hypothekenbuch der Ausstellung desselben bald, und noch vor Aushändigung desselben an den Gläubiger, nachfolgen werde. Die Erklärungen, durch welche Suarez bei der Schlußrevision des A. L. R. die §§. 732. ff. motivirt hat, enthalten nichts, was dieser Ausführung entgegen steht (vergl. Jahrb. Bd. 41. S. 20 ff.). Er spricht dort aus, daß diese Vorschriften von der bisherigen Theorie circa exceptionem non num. pec. erheblich abweichen, und rechtfertigt dies näher, indem er schließlich bemerkt:

»Wenn in den §§. 738., 739. die exc. non num. pec. in gewissem Maße beibehalten worden, so habe solches seinen Grund darin, weil bei eingetragenen Hypotheken der Kreditor nicht eher mit Sicherheit zahlen könne, als bis ihm der in vim recogn. super facta intabulatione ausgefertigte Hypothekenschein vorgelegt worden, indem er erst dadurch die Gewißheit erhalte, daß seine Forderung im Hypothekenbuche an dem Orte wirklich zu stehen komme, den er sich vorbedungen habe. Vergl. Hyp. O. II. §§. 171. bis 181.«

Hiernach hat also durch §§. 738., 739. allerdings von dem Schuldner, der die Eintragung des Darlehns in das Hypothekenbuch geschehen ließ, bevor er das Darlehn empfing, die daraus möglicher Weise entstehende Gefahr abgewendet werden sollen, und indem Suarez dies ausspricht, redet er auch hier von »eingetragenen« Forderungen; zu diesem Zwecke ist aber, wie Suarez weiter sagt, die Römische exc. non num. pec. so weit nöthig beibehalten, d. h. es ist der Grundsatz, daß der Schuldschein von seiner Ausstellung an, eine gewisse Zeit hindurch, nicht beweisen soll, festgehalten und nur an die Stelle des bloßen Zeitablaufes (des biennii) eine andere, gemischte Bestimmung, die in der Hyp. O. schon früher gegeben war, gesetzt worden. Das mußte aber bei jeder Schuldverschreibung, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt war, eintreten, analog dem eben erwähnten Grundsatze des Röm. Rechtes, wie aus den schon oben entwickelten Gründen. Ist die Eintragung einer solchen Obligation überhaupt nicht erfolgt, so kann eine Protestation gegen dieselbe nicht eingetragen werden und es bedarf deren dann auch nicht; die Beweiskraft der Urkunde selbst aber wird dadurch keine andere.

Da somit in den §§. 732. ff. recht eigentlich von dem Beweise des Darlehns überhaupt, also der durch den Darlehns-Vertrag entstehenden persönlichen Schuldverbindlichkeit, die Rede ist, so kann auch nicht unterschieden werden zwischen der Beweiskraft eines Schuld-Instrumentes in Beziehung auf die persönliche Schuld und in Rücksicht auf die darin enthaltene Bestellung einer Hypothek für das Darlehn. Das Gesetz macht diesen Unterschied nicht, und es läßt sich nicht rechtfertigen, anzunehmen, daß ein Dokument zweierlei Beweiskraft besitzen und daß es insbesondere zum Beweise der Hauptverbindlichkeit tauglich und zum Nachweise des akcessorischen Rechtes unkräftig sein solle. Daß bei einem solchen Schuldverhältnisse die persönliche Verhaftung des Schuldners und das akcessorische Pfandrecht sich wieder trennen lassen und beide in dieser Trennung fortbestehen können, entscheidet nichts; es ist in dem vorliegenden Falle ein Hypothekenrecht noch gar nicht entstanden, und es wird nicht zum rechtlichen Dasein gelangen können, wenn der Schuldschein, aus dem es hergeleitet wird, der Beweiskraft entbehrt. Nach der älteren Meinung stände es aber dem Gläubiger frei, sich die Hypothek auf einem Umwege zu verschaffen, indem er aus der Schuldverschreibung das Darlehn einklagte, und wenn dem Schuldner der Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde mißlänge, die erstrittene Forderung im Wege der Exekution in das Hypothekenbuch eintragen ließe. Auf diese Weise könnte dann die Absicht des §. 738. ganz vereitelt werden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 26. S. 193, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 342 Nr. 81, J. M. Bl. 1854 S. 38.)

Gegen diesen Pl. Beschl. vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 71. zum §. 738. h. t.

5) Der dem Hypothekengläubiger gegen die innerhalb 38 Tagen eingetragene Protestation des Schuldners obliegende Beweis, »daß die Valuta nach dem Inhalte des zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldinstrumentes wirklich gegeben worden«, kann durch ein, von dem Schuldner später ausgestelltes besonderes Empfangsbekenntniß geführt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1848. (Präj. Nr. 1992. [1])

Nach §. 738. begründet allerdings ein Schuldinstrument keine rechtliche Vermuthung für die Zahlung der Valuta, wenn nach erfolgter Eintragung der Schuld innerhalb der 38tägigen Frist auf Antrag des Verklagten eine Protestation wegen nicht erhaltener Valuta im Hypothekenbuche vermerkt ist. Hieraus folgt jedoch nur, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner den Empfang der Valuta leugnet, deren Zahlung anderweitig beweisen muß. In der Wahl der gesetzlichen Beweismittel ist er nicht beschränkt, keines derselben ist für dies thema proband. ausgeschlossen. Es steht ihm daher auch frei, den Beweis durch Zugeständniß des Schuldners zu führen. Auf die Natur und rechtliche Wirkung eines solchen Zugeständnisses ist es einflußlos, in welcher Form es abgegeben ist. Auch kann darauf die Vorschrift des §. 738. nicht Anwendung finden, da sie an sich exzeptioneller Natur ist, und sich ihrer Wortfassung nach, über welche hinaus sie nicht ausgedehnt werden darf, nur auf Schuldinstrumente bezieht, welche zur Eintragung in das gerichtliche Hypothekenb. bestimmt und darin wirklich eingetragen sind. Hierzu gehört aber eine unbeglaubigte Privatquittung nicht, auch wenn man das Wort »Schuldinstrument« in die Worte: »Instrument über Schulden« auflösen wollte. Auch eine Vergleichung mit den Vorschriften der Hyp. O. Tit. II. §§. 175—178. führt zu keinem anderen Resultate, da sie hauptsächlich das Verhältniß zwischen dem Darlehnsempfänger und dem ursprünglichen Darlehnsgeber im Auge haben. Die hinsichtlich des §. 738. aufgestellte Ansicht wird auch durch einen Vergleich mit dem Röm. Recht bestätigt. Die in dem §. enthaltene Bestimmung entspricht der des Röm. Rechtes über die exceptio non num. pec. und das chirographum dem zur Eintragung bestimmten Schuldinstrumente. Beide beweisen erst nach Ablauf einer bestimmten Frist die Zahlung der Valuta, und begründen bis dahin nicht einmal eine Vermuthung dafür, legen vielmehr ihrem Inhaber die Beweislast auf. Auch nach Röm. Rechte ist der Produzent hierbei an bestimmte Beweismittel nicht gebunden, kann den Beweis auch durch ein besonderes ausgestelltes Bekenntniß der erhaltenen Valuta führen, und wird dieser Beweis dann als vollständig geführt erachtet werden müssen, wenn der Aussteller zugleich der exceptio non num. pec. entsagt hat. (Vergl. L. 4. und 13., 14. §. 1. in fine C. IV. 30.; Thibaut's Syst. des Pandektenrechts §. 1180. Anm. p., Hellfeld, jurisprud. for. §. 787.)

(Präj. Samml. S. 65, Entsch. Bd. 16. S. 146, Rechtsf. Bd. 3. S. 367 Nr. 180.)

6) Auch durch schriftliche Anerkenntnisse aus der Zeit vor Ausstellung des förmlichen Hypotheken-Instrumentes kann die wirklich erfolgte Zahlung der Darlehnssumme bewiesen werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Mai 1848 (Präj. Nr. 2009. a.); denn durch Urkunden, die neben dem Haupt-Instrumente bestehen, könne der Beweis der Richtigkeit der Forderung eben so gut geführt werden, wie durch die übrigen gesetzlichen Beweismittel.

(Präj. Samml. S. 65, Entsch. Bd. 16. S. 503, Rechtsf. Bd. 4. S. 100 Nr. 49.)

7) Die Beweiskraft einer hypothekarischen Schuldverschreibung wird in Gemäßheit des §. 738. nur dann aufgehoben, wenn innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung der Schuld die dagegen eingelegte Protestation ebenfalls wirklich in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 16. Febr. 1857. [2]) (Präj. Nr. 2681.)

Der Inhalt der §§. 175—181. Tit. II. der Hyp. O. ist die Quelle der §§. 738., 739. h. t. In dem gedr. Entw. des Gesetzbuches findet sich statt derselben sogar nur eine Hinweisung auf jene Vorschriften der Hyp. O., welche auf die Fassung der landrechtlichen Vorschriften ihren Einfluß geübt haben.

---

[1]) In der Präj. Samml. S. 65, wo dies Präj. irrthümlich die Nr. 1192. führt, ist dasselbe v. 25. Febr. 1848 datirt, in den Entsch. Bd. 16. S. 116 dagegen v. 15. Febr. 1848, und in den Rechtsf. Bd. 3. S. 367 vom 23. Febr. 1848.

[2]) Schon das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Mai 1848 Nr. 2009 b. (Präj. Samml. S. 65, Entsch. Bd. 16. S. 503, Rechtsf. Bd. 4. S. 100 Nr. 49.) hat folgenden Rechtsgrundsatz ausgesprochen: »Soll die Beweiskraft des Hypotheken-Instrumentes nach §. 738. aufgehoben werden, so muß innerhalb der 38 Tage nach Eintragung der Forderung auch die wirkliche Eintragung der Protestation erfolgen. Daß in jener Frist die Eintragung bei den Grundakten nachgesucht worden, kommt nicht in Betracht.« — Als der IV. Sen. hiervon abweichen wollte, wurde die Frage zur Plenar-Berathung gestellt, und das Plenum entschied, daß bei der älteren Meinung zu beharren sei, welche auch das Präj. des III. Sen. v. 22. Sept. 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 277 Nr. 59.) angenommen hatte.

Daraus folgt aber gerade, daß die Eintragung der Protestation im Systeme des A. L. R. eben so sehr eine Nothwendigkeit bildet, wie in der Hyp. O., sie also für die Regelung des Verhältnisses des Schuldners zum ursprünglichen Gläubiger in gleichem Maße erfordert wird, wie zur Erhaltung der Rechte des Schuldners gegen einen weiteren Inhaber der Hypothek. Die Wortfassung der landrechtlichen Vorschrift drückt auch Beides und noch mit größerer Bestimmtheit aus. Aus §. 738. geht klar hervor, daß die bloße Anzeige beim Hypothekenbuche keinerlei Wirkung habe, sondern die Eintragung der Protestation innerhalb der bestimmten Frist geschehen müsse. Und der §. 739. faßt beide Beziehungen des Schuldners sowohl zum ursprünglichen Darleiher, als zum dritten Inhaber der Forderung unter demselben Gesichtspunkte zusammen und bestimmt für beide diejenigen Nachtheile, welche eintreten, wenn die 38 Tage verflossen sind, ohne daß die Protestation eingetragen worden. Die in den §§. 738. u. 739. gebrauchten Ausdrücke: »eingetragen« und »vermerken« können nur einen und denselben Sinn haben, und es ist unmöglich, in dem einen Falle das »Vermerken« oder »Eintragen« für eine bloße Anzeige bei den Akten der Hypothekenbehörde, in dem anderen aber für die wirkliche Eintragung in das Hypothekenbuch gelten zu lassen. Mit gleichem Rechte dürfte man sonst in beiden Fällen die bloße Anzeige oder Anmeldung für hinreichend erklären, also auch für das Verhältniß zu dem dritten Erwerber. Dem stehen indessen jedenfalls die Worte der Hyp. O. und die §§. 424—426. A. L. R. I. 20. offenbar entgegen. Denn die ersteren lassen es nicht bei der Anzeige bewenden, sondern der §. 177. sagt: »anzeigen«, und eine Protestation deshalb — eintragen lassen; daran schließt sich der §. 178. mit der Belehrung: daß also innerhalb 38 Tagen vom Datum der Eintragung (der Schuld) Niemand eine ingrossirte Schuldpost mit Sicherheit an sich lösen könne, weil er »bis dahin« nicht wissen könne, ob nicht dem Schuldner der Einwand der nicht erhaltenen Valuta zustehe, und endlich der §. 181. mit seiner an den §. 178. sich anschließenden, in den §. 739. A. L. R. wirklich übergegangenen lediglich den Ablauf der 38 Tage und die unterbliebene Eintragung der Protestation voraussetzenden Vorschrift. Also am 39. Tage nach der Eintragung der Schuldpost kann der Dritte eine solche Post mit Sicherheit erwerben, wenn »bis dahin« keine Protestation eingetragen worden, und gleicher Weise tritt alsdann die Vermuthung, daß Valuta nach dem Inhalte des Schuldscheines wirklich gegeben worden, in volle Kraft. — Bestätigt wird dies Alles durch dasjenige, was die §§. 424—426. A. L. R. I. 20. allgemein über die Einwendungen des Schuldners gegen eine Eintragung verordnen. Es ist auch hier die wirkliche Eintragung der Protestation gefordert innerhalb bestimmter Zeitfrist; der bloßen Anmeldung oder Anzeige ist keine Wirkung beigelegt.

(Entsch. Bd. 35. S. 1, J. M. Bl. 1857 S. 123, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 160 Nr. 34.)

8) Die Vorschrift des §. 738. findet auch dann Anwendung, wenn ein zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmtes Schuld-Instrument erst mehrere Jahre nach seiner Ausstellung wirklich eingetragen worden ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1850.

Obgleich die Fassung des §. 738. gegenüber der Bestimmung des §. 732., bei Beurtheilung der Beweiskraft eines Hypotheken-Instrumentes in der Zeit zwischen dessen Errichtung und Eintragung zu Widersprüchen führen kann, so läßt doch der klare Wortlaut des §. 738. nicht die Annahme zu, daß er nur in Beziehung zur Hypothekenklage stehe und nur den Fall berühre, wo der Schuldner in Erwartung der Zahlung dem Gläubiger ein Schuldinstrument ausantwortet, dessen Eintragung entweder schon erfolgt ist, oder von ihm sofort nachgesucht werden soll. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 160 Nr. 35.)

9) Wenn wegen nicht gezahlter Darlehnsvaluta eine Protestation im Hypothekenbuche eingetragen worden ist, so kann solche nicht durch die aus einem anderen Geschäfte dem Gläubiger gegen den protestirenden Darlehnsschuldner zustehende Forderung wirkungslos gemacht werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 161 Nr. 40.)

10) Eine vor dem Erscheinen der Hypotheken-Novelle v. 24. Mai 1853 rechtzeitig im Hypothekenbuche erfolgte Eintragung einer Protestation wegen nicht empfangener Valuta einer Hypothek behält ihre Wirkung, wenn sie in Folge der Vorschrift des §. 49. der Hypotheken-Novelle v. 24. Mai 1853 auf einseitigen Antrag des Gläubigers wieder gelöscht worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1856.

Der §. 49. der Novelle ist auf vor ihrer Emanation und Geltung eingetragene Protestationen wegen nicht gezahlter Valuta nach §. 14. der Einl. zum A. L. R. überall nicht anwendbar; nach den bis dahin geltend gewesenen Gesetzen aber wird der Einwand der nicht empfangenen Valuta durch Eintragung der Protestation dergestalt für immer gesichert, daß diese Wirkung wider den Willen des Protestirenden nur durch ein ihn zur Löschung verurtheilendes Judikat beseitigt werden könnte.

(Entsch. Bd. 33. S. 322, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 72 Nr. 14.)

11) Nur der Cessionar in gutem Glauben ist in Ermangelung der rechtzeitig geschehenen Eintragung einer Protestation wegen nicht erhaltener Darlehnsvaluta gegen diese Einrede geschützt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juni 1847 u. 22. Sept. 1851.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 261 Nr. 121. und Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 277 Nr. 59.)

In gleichem Sinne hat das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 7. März 1851 angenommen, daß dem Cessionar einer eingetragenen Darlehnsforderung, hinsichtlich welcher eine Protestation innerhalb 38 Tagen in dem Hypothekenbuche nicht vermerkt ist, der Einwand der gar nicht oder nicht vollständig erhaltenen Valuta auch dann entgegengesetzt werden kann, wenn er vor der Cession von dem Einwande zwar nicht durch den Aussteller der Schuldurkunde benachrichtigt ist, jedoch auf andere Art davon Kenntniß erhalten hat.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 39 Nr. 7.)

12) Dem Cessionar einer eingetragenen Darlehnsforderung, auf welche keine Valuta gezahlt worden, kann der Schuldner den Einwand, daß er demselben den Mangel vorher kund gethan hat, mit Erfolg entgegensetzen, auch wenn er nicht den Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1849.

Das Dahrlehnsgeschäft verpflichtet als Realkontrakt nur zur Nachzahlung des wirklich Gegebenen (§§. 653., 661., 727., 757. h. t.), die Schuldverschreibung ist ein bloßes Beweismittel (§§. 732—736., 746., 867. h. t.), und die erfolgte Eintragung einer Schuldverschreibung, worauf keine Valuta gegeben, ist ungültig (§§. 12. und 445. A. L. R. I. 20.). So lange auf den Schuldschein keine Zahlung an den Darlehnssucher geleistet worden, ist gar kein Forderungsrecht vorhanden, mithin der, welcher einen solchen Schuldschein, wissend, daß darauf kein Darlehn gegeben worden, cedirt, ein Betrüger (§§. 740., 741. h. t.) und der, welcher wider besseres Wissen eine solche Cession annimmt, um die gar nicht vorhandene Forderung gegen den Aussteller geltend zu machen, Theilnehmer am Betruge. Ein solcher unredlicher Cessionar kann aus dieser unerlaubten Handlung niemals ein Recht erwerben (§. 35. A. L. R. I. 3.). Es kommt daher dabei auf eine bestimmte Form der Kundmachung an den Cessionar nicht an, sondern es handelt sich nur um dessen Redlichkeit. Zur Feststellung dieser Thatsache schreibt das Gesetz eine Form nicht vor. Bei uneingetragenen Forderungen kommt es auf den guten Glauben des Cessionars überhaupt nicht an (§§. 407. ff. h. t.); in Bezug auf eingetragene unrichtige Forderungen disponirt der §. 423. A. L. R. I. 20. Hier ist aber die Vorschrift einer bestimmten Form der Kundthuung gar nicht gegeben, und auch in dem §. 424. a. a. O. nicht zu finden. Zwar bestimmt nun der §. 739. h. t., daß der Schuldner sich des nicht eingetragenen Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen den Dritten gar nicht bedienen könne; allein, daß hierdurch eine eingetragene, gar nicht vorhandene Darlehnsforderung nicht unter allen Umständen in den Händen eines Dritten hat für wirksam erklärt werden sollen, ergiebt schon der zwar jüngere, aber den fraglichen Grundsatz bereits voraussetzende §. 53. des Anhanges, der sich auch auf Darlehne bezieht, wie sich aus den Worten: »eingetragenen hypothekarischen Schuldverschreibungen« und aus der Fortsetzung: »und ein Gleiches findet statt, wenn Jemand ein eingetragenes rückständiges Kaufgeld cedirt worden«, ergiebt. Diese Bestimmung: »wenn der Einwand im Hypothekenbuche vermerkt, oder dem Cessionar sonst bekannt gewesen ist«, bezieht sich auf eingetragene Forderungen aller Art. Ueberdies bezieht sich der §. 739. lediglich auf den Einwand der nicht erhaltenen Valuta und auf dessen Voraussetzungen. Dieser Einwand wird an sich nicht durch die Wissenschaft des Cessionars bedingt (§§. 735., 407. ff. I. 11.); er enthält ein Bestreiten des rechtlichen Klagegrundes. Nur bei eingetragenen Forderungen und gegen die Hypothekenklage wird das Vorbringen ein eigentlicher Rechtseinwand. Denn die Hypothekenklage ist begründet durch die Form der Eintragung, die Hypothekenforderung ist insofern eine formelle. Wegen des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuches wird der Einwand nicht gezahlter Valuta gegen den dritten Inhaber nur dann zugelassen, wenn er dieselbe Form hat, auf welche der Kläger sich beruft. Mehr als diese Form ist zur Zulassung dieser Exzeption nicht erforderlich; ob der Kläger sie gekannt hat oder nicht, ist unerheblich; er kann thatsächlich in gutem Glauben sein. Die wirkliche Wissenschaft, die Unredlichkeit des Dritten also, ist kein Erforderniß zur Begründung dieses Einwandes. Ist dem Dritten vor der Erwerbung die wahre Bewandniß des Sachverhältnisses kund gethan worden, so ist der Fall ein anderer; es ist der Fall der exceptio doli, und für diesen Fall ist die Bestimmung des §. 739. nicht gegeben. (Entsch. Bd. 17. S. 270.)

13) Können dem Cessionarius einer im Hypothekenbuche eingetragenen Post solche Einwendungen von Seiten des Schuldners entgegengesetzt werden, die der Letztere zwar nicht in das Hypothekenbuch vor der Cession hat eintragen lassen, welche jedoch offenbar aus den dem Cessionario übergebenen Dokumenten hervorgehen?

Der Verfasser des Aufs. im Centralbl. 1838 S. 36 bejahet gegen das anscheinend wörtliche Verständniß des §. 739. h. t., auf Grund der §§. 422., 423. I. 20. A. L. R. und ex analog. des §. 53. Anh. zum A. L. R.

14) Ueber die Anwendbarkeit des §. 739. bei hypothekarischen Forderungen, welche im Wege der Exekution übereignet worden, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Mai 1855 (Präj. Nr. 2624.) zum §. 6. des G. v. 4. Juli 1822, betr. den Verkauf ausstehender Forderungen ꝛc. im Wege der Exekution, in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105.

§§. 740. u. 741. 1) Ueber die Absicht bei den §§. 740. u. 741. vergl. Suarez's Aeußerung in der Schlußrevision.

(Jahrb. Bd. 41. S. 22.)

2) Die §§. 740. u. 741. haben strafrechtlich keine Geltung mehr. Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. April 1855. (Goltdammer's Arch. Bd. 3. S. 569.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 23. Febr. 1854 nebst Abhandl. a. a. O. S. 605—612.

3) Ueber die Frage: ob der §. 740. auf Wucher-Fälle zu beziehen sei? vergl. das Erk. des Crim. Ger. zu Berlin (Datum konstirt nicht) in der Crim. Zeit. 1841 S. 119.

§§. 749—751. u. Anh. §. 25. Von Darlehnen auf Wechsel.

§. 750. 1) Der exekutivische Prozeß ist durch den §. 6. Nr. 1. der V. v. 1. Juni 1833 (G. S. S. 39) aufgehoben.

2) Dadurch ist auch der §. 25. des Anh. beseitigt, welcher aus dem R. v. 17. Mai 1796 (N. C. C. Tom. X. p. 381. No. 54, Rabe Bd. 3. S. 374) entnommen ist.

§. 751. Die Konk. O. v. 8. Mai 1855 giebt den Wechseln und den wechselmäßigen Schuldscheinen kein Vorrecht.

§§. 752—756. Dauer der Beweiskraft eines Schuld-Instrumentes.

Ueber die Abweichungen der hier aufgestellten Theorie von dem gemeinen Rechte vergl. Suarez in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 22.)

§. 753. Meister, Betracht. über den §. 753. (Jahrb. Bd. 2. S. 261 ff.)

1) Steht der hinterlassenen Ehefrau, welche mit dem Aussteller des Schuldscheines in der ehel. G. G. gelebt hat, aus dem §. 753. der Einwand der Verjährung zu?

a) Schabenberg bemerkt, daß die Frage nur entstehen könne, wenn die Ehefrau Erbin oder Miterbin des Ehemannes geworden, und daß dieselbe bejahet werden müsse. Denn der §. 753. habe den Einwand allen Erben ohne Ausnahme gegeben; auch spreche hierfür der Grund des Gesetzes, nämlich daß durch Ablauf des zehnjährigen Zeitraums die Vermuthung entstehe, daß der Gläubiger während der Lebenszeit des Erblassers befriedigt sei. Diese Vermuthung sei ohne Rücksicht darauf, wer Erbe sei, begründet. Eine Ehefrau, die nicht Erbin ihres Mannes geworden, könne dagegen gar nicht in die Lage kommen, von der Präskription aus §. 753. wegen einer einseitigen Schuld ihres verstorbenen Ehemannes Gebrauch zu machen, da wegen einer solchen Schuld, wie aus der Theorie der G. G. näher gezeigt wird, keine Klage gegen sie stattfinde.

(J. W. 1844 S. 837.)

b) Koch bemerkt, daß die Wittwe, welche aus der G. G. verpflichtet ist, nicht zu den Erben gehöre, und daß, wenn in Beziehung auf sie die Urkunde beweise, aus der Masse bezahlt werden müsse, weil die Wittwe für ihre Person nicht verhaftet sei. Die Gründe der Bestimmung träfen hier ebenfalls zu, vorausgesetzt, daß die Ehefrau sich um die Geschäfte ihres Mannes nicht bekümmert habe. Wenn der Schuldschein gelte, so werde den Erben der Vortheil, welchen ihnen der §. 753. zuspreche, entzogen; wenn er nicht gelte, so erlange die Wittwe, also eine zu den Erben nicht gehörige Person, einen ihr nicht zukommenden Vortheil, und wenn die Schuld verhältnißmäßig getheilt werde, so widerspreche dies dem Grundsatze, daß durch eine auf die G. G. gültig kontrahirte Schuld nicht ein einzelner Antheil derselben, sondern das Ganze in solidum hafte. Das Vernünftigste sei die Meinung, nach welcher in dem Falle, wo eine G. G. verhaftet und noch einer der Eheleute und Mitschuldner vorhanden ist, der von dem verstorbenen Gemeinschafter ausgestellte Schuldschein beweise. Dies gelte um so mehr, wenn die überlebende Ehefrau den Schuldschein mit unterschrieben habe, welcher Umstand bei einer der übrigen möglichen Meinungen in Beziehung auf die Erben folgerecht keinen Einfluß würde haben können.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 290.)

In der Abhandl. von Koch nebst mitgeth. Erk. des O. L. G. zu Marienwerder in der J. Z. 1832 S. 1213 ff. wird ausgeführt, daß der Ehefrau, welche mit dem Aussteller eines Schuldscheines in der ehelichen G. G. gelebt hat, nicht, wie den Erben, die zehnjährige Präskription ex §. 753. zu statten komme; auch stehe dieser Einwand den Erben des Ausstellers eines Schuldscheines alsdann nicht zu, wenn dadurch die Verbindlichkeit einer G. G. bewiesen werden soll und der noch lebende Konsors das Beweismittel gelten lassen muß. Der Grund sei der, weil die Eheleute in Beziehung auf die G. G. eine Gesellschaft bilden, welche durch die Handlungen des Ehemannes verpflichtet wird, und bei welcher durch das Ableben eines Gesellschafters der andere in Beziehung auf Dritte keinen Vortheil erlangen kann; die Erben eines der beiden Ehegatten aber können sich nicht auf die Verjährung berufen, weil sie nur die Stelle des verstorbenen Gesellschafters einnehmen und durch diesen Wechsel in den Rechten der Gesellschafts-Gläubiger nichts geändert wird.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 85. zum §. 753. h. t.

c) Temme bestreitet die Ansicht Koch's. Der Schuldschein beweise auch nach zehn Jahren seit dem Tode des Schuldners gegen die Wittwe, welche mit diesem in G. G. lebte, wenn auch von ihr ein Bekenntniß der empfangenen Valuta in dem Scheine enthalten ist. Sei dies aber nicht der Fall, so sei von ihr überhaupt kein Bekenntniß da, welches einen Beweis gegen sie liefern könnte.

(Lehrb. Bd 1. S. 541 Anm. 3.)

2) Findet in dem Falle, wenn der Gläubiger mit Hinterlassung unmündiger oder unbekannter Erben verstorben ist, die mit der Verwaltung der Erbschaft beauftragten Fremden von der Forderung nichts wissen und der Schuldschein erst nach zehn Jahren nach des Schuldners Tode gefunden wird, auch kein Beweis durch denselben mehr statt?

Koch bemerkt, daß dies zu verneinen sei, wenn die Zeitbestimmung des §. 753. keine Präskription, sondern nur eine Frist zu einer gewissen Prozeßhandlung (Produktion des Instrumentes) sei; dagegen zu bejahen, wenn eine wirkliche Verjährung gemeint sei. Er bemerkt sodann, daß der §. 753., wie die Materialien ergäben, eine wirkliche Verjährung festsetze. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 289.)

Dies letztere bestreitet Temme. (Lehrb. Bd. 1. S. 541.)

3) Die Vorschrift des §. 753. findet auch dann ihre Anwendung, wenn das Schuldinstrument von zwei (oder mehreren) Mitverpflichteten gemeinschaftlich ausgestellt und die Beweiskraft der Urkunde nur zum Vortheil der in Anspruch genommenen Erben des einen Ausstellers durch eine zehnjährige Präskription erloschen ist, nicht aber in Bezug auf die außer Anspruch gelassenen Erben des mitverpflichteten Ausstellers. Der von der Verjährung des Rechts handelnde §. 576. des A. L. R. I. 9. findet keine Anwendung auf die nach §. 753. h. t. den resp. Erben mehrerer Aussteller eines Schuldinstrumentes nach Verlauf von 10 Jahren nach dem Todestage ihrer resp. Erblasser zu Statten kommende Präskription der Beweiskraft des Schuld-Instrumentes.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1840. (Präj. Nr. 924.) (Präj. Samml. S. 65.)

4) Die nach §. 753. zum Vortheile der Erben des Ausstellers mit dem Ablaufe von zehn Jahren seit dem Tode desselben erlöschende Beweiskraft eines von ihm ausgestellten Schuld-

scheines wird durch ein innerhalb jener Frist von Seiten der Erben erfolgtes Anerkenntniß der Schuld an sich nicht aufrecht erhalten; wohl aber kann in solchem Anerkenntniß nach Umständen ein selbstständiger Beweis für die Richtigkeit und Existenz der Schuld gefunden werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1848. (Präj. Nr. 2004.)

In den §§. 753., 754., 755. wird das Erlöschen der Beweiskraft eines Schuldscheines zu Gunsten der Erben des Ausstellers mit Ablauf der zehnjährigen Frist als Wirkung oder Folge einer Verjährung oder Präskription bezeichnet. Soll aber hierbei überhaupt von einer Verjährung die Rede sein, so kann als Gegenstand derselben nur das Recht des Gläubigers, sich des von dem Gläubiger ausgestellten Schuldscheines gegen dessen Erben als Beweismittels zu bedienen, betrachtet, und es kann auch, wenn die Schuld selbst von den Erben innerhalb jenes Zeitraumes anerkannt wird, hierin ein selbstständiges, von dem Schuldscheine ganz verschiedenes Beweismittel gefunden werden.

(Präj. Samml. S. 66, Entsch. Bd. 17. S. 123.)

5) Die zehnjährige Präskription der Beweiskraft von Schuldbekenntnissen zu Gunsten der Erben des Ausstellers beschränkt sich lediglich auf Darlehne. Auf Schuldbekenntnisse aus Vergleichen und gegenseitigen Berechnungen findet dieselbe keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Mai 1847 (Präj. Nr. 1879), wie aus dem Zusammenhange des §. 753. mit den §§. 727., 728., 761., 762., 729. ff., 730., 733. ff., 752. h. t. hergeleitet wird. (Präj. Samml. S. 66, Entsch. Bd. 15. S. 172.)

6) Die Vorschriften der §§. 753—755. finden auf Hypotheken-Instrumente keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Sept. 1852, weil der §. 753. nur von Schuldinstrumenten und deren Beweiskraft spricht. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 1 Nr. 1.)

7) Die Bestimmung des §. 753. enthält keine Verjährungsfrist, und steht also auch Minorennen entgegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Sept. 1853. (Präj. Nr. 2476.)

Der §. 753. bedient sich zwar des Ausdruckes »Präskription«, es mag auch, wenn aus dem Darlehn selbst als aus einem Realvertrage geklagt wird, nach §. 756. auch auf das Privilegium der Minderjährigkeit rekurrirt werden können, das Rechtsverhältniß ist aber ein ganz anderes, wenn lediglich aus der Schuldverschreibung geklagt wird. Der Ausdruck »Präskription« ist hier nur uneigentlich vom Gesetz gebraucht. Die wahre Extinktiv-Verjährung (§. 500. A. L. R. I. 9.) würde hier nur in Frage kommen, wenn es sich um definitive Zu- oder Aberkennung des Darlehns handelte. Nicht aber liegt eine solche vor, wenn es sich nur um die Dauer der Beweiskraft des über das Darlehn ausgestellten Dokuments handelt. Das Gesetz hat im §. 753. nichts weiter, als sagen wollen:

die Beweiskraft des Schuldinstrumentes eines Verstorbenen dauert nur zehn Jahre, von seinem Tode ab gerechnet;

wie es auch §. 595. A. L. R. II. 8. hinsichts der Handelsbücher der Kaufleute ausspricht. — Wie Suarez in s. amtl. Schlußredaktionsbericht (Jahrb. Bd. 41. S. 22) bemerkt, ist nach 10 Jahren anzunehmen, daß ein Darlehn innerhalb dieser Frist schon eingefordert und der Schuldschein nur ex incuria in den Händen des Kreditors zurückgeblieben sei. Es ist daher billig gefunden worden, daß das Gesetz den Erben des Schuldners zu Hülfe komme, weil von deren Seite wegen langen Zeitverlustes um so weniger die Tilgung der Schuld werde ins Licht gesetzt, von dem Gläubiger aber leichter werde nachgewiesen werden können, daß die Schuld noch existire, und wodurch er abgehalten worden, sich früher zu melden, worauf auch Bornemann in seiner syst. Darstellung rc. (Bd. 3. S. 159) hinweist und beim §. 753. das Wesen einer eigentlichen Präskription vermißt. Es ist dieser Gegenstand auch bei der neueren Gesetzrev. zur Sprache gekommen und insbes. (Pens. XIII. Mot. S. 121) auf Distinktion der Klageverjährung und der Verjährung durch Nichtgebrauch, so wie (S. 117, 197) auf die vielfachen Fälle hingewiesen, wo das Gesetz Fristen anordnet, welche nicht eigentliche »Extinktiv-Verjährung« benannt werden können, wo es sich vielmehr nur um einen terminum ad quem oder um eine exceptio temporalis handelt. — Die im §. 753. gedachte Präskription ist ebenso, wie die Fristen bei Rechtsmitteln im Prozeß, etwas Anderes, als die wahre Extinktiv-Verjährung. Der Gläubiger, sei er minorenn oder majorenn, soll seine Schuldverschreibung, wenn er dadurch allein sein Recht geltend machen will, binnen zehn Jahren seit dem Tode des Schuldners geltend machen, widrigenfalls aber sein Schuldinstrument als gar nicht ixistirend erachtet und eine Klage daraus nicht zugelassen werden. Eben deshalb ist dasjenige, was §. 753. besagt, auch im Tit. 9. von der Verjährung nicht aufgenommen, und sowohl in dem Falle, wenn aus dem Darlehn selbst geklagt wird (§. 756.), als in dem Falle, wenn überzehnjährige Zinsrückstände eingeklagt werden (§§. 849., 850.), ausdrücklich auf die Verjährungslehre zurückgewiesen, mithin die Vorschrift des §. 753. der Verjährung und desfallsigen Einreden gar nicht subsumirt worden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 26. S. 263.)

8) Der §. 753. findet auch dann Anwendung, wenn das Schuldinstrument zwar nicht unter der Herrschaft des A. L. R. ausgestellt, aber der Schuldner unter dessen Herrschaft gestorben ist; denn bei Ausstellung des Schuldscheines kann eine Verjährung noch gar nicht gedacht werden; sie tritt erst mit dem Todestage des Ausstellers ein; die Verjährung der Beweiskraft ist also kein Fehler, den der Schuldschein schon bei seiner Ausstellung enthält, sondern sie beginnt erst mit der unterlassenen Verfolgung des Anspruchs gegen die Erben des Schuldners, und daher kann sie nicht nach den Gesetzen beurtheilt werden, welche bei Ausstellung des Schuldscheines gelten, sondern sie ist nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche in Kraft waren, als sie ihren Anfang nehmen konnte.

(Erk. des O. L. G. zu Münster, de publ. d. 1. Juli 1837, Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 223.)

§. 755. 1) Die Vorschrift des §. 755. findet auch Anwendung, wenn das Instrument beglaubigt oder gerichtlich aufgenommen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Okt. 1837. (Präj. Nr. 349.) (Präj. Samml. S. 66.)

2) Der im §. 755. verlangte Beweis, »daß die Schuld während der Lebenszeit des Erblassers nicht getilgt worden sei«, kann auch in dieser Allgemeinheit durch Eidesdelation geführt werden. — Ein Konflikt dieser Ansicht mit dem Präj. Nr. 1521.[1]) (zu §§. 568., 569. A. L. R. I. 9.) ist nicht gefunden worden.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1835.) (Präj. Samml. S. 66.)

3) Da nach §. 753. die Beweiskraft eines Schuldscheins zum Vortheil der Erben des Ausstellers durch eine zehnjährige Präskription vom Todestage des Erblassers erlöschen soll, so muß der Aussteller des Schuldscheins und der Erblasser Eine Person sein. Eben deshalb kann aber die im §. 755. ausgedrückte Wirkung dieser Verjährung nur darin bestehen, daß der Gläubiger den Beweis zu führen habe, die Schuld sei von dem ursprünglichen Schuldner und Aussteller des Scheines während seines Lebens nicht getilgt worden. Von einer Vermuthung aber, daß der Erbe des Ausstellers Zahlung geleistet, kann nicht die Rede sein, und dem Gläubiger nicht zugemuthet werden, auch diese zweite Vermuthung durch Beweis zu widerlegen. Es würde sonst andererseits ebenso zum Nachtheile der Erben des Ausstellers gereichen, wenn konsequenterweise mit dem Todestage jedes späteren Erben die zehnjährige Präskription für unterbrochen erachtet werden müßte; endlich aber darf die ohnehin exceptionelle Vorschrift der §§. 753., 755. auf keinen Fall über ihren deutlichen Inhalt hinaus ausgedehnt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1848. (Rechtsf. Bd. 3. S. 266 Nr. 131.)

§§. 757—760. Zeit der Rückzahlung.

§§. 759. u. 760. 1) Findet die Vorschrift des §. 759. auch dann Anwendung, wenn der Schuldner wegen Verbrechen zum Criminalarrest gebracht wird?

Es verneinen:

a) Grävell, mit Ausnahme des Falles, wenn der Criminalarrest zugleich eine Unsicherheit begründet, weil überhaupt bei anderen Umständen, als den in den §§. 759. und 760. angegebenen, nicht die Klage auf Vorausbezahlung oder Kaution, sondern nur der Arrestschlag stattfinde. (Kreditges. Bd. 3. S. 122 ff.)

b) Bornemann, unter Bezugnahme auf §§. 22., 23. A. L. R. I. 20.

(System Bd. 3. S. 296 Anm., 2. Ausg. Bd. 3. S. 159 Anm. 2.)

2) Findet die Vorschrift des §. 759. auch auf solche Forderungen Anwendung, für welche bereits ein Pfand oder eine Hypothek bestellt worden ist?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Sept. 1847; denn eine Forderung, die erst sichergestellt werden soll,

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 569. Zus. 3. sub a.

könne selbstredend nur eine solche sein, für die noch gar keine Sicherheit bestehe. Der §. 759. gebe keineswegeс einen neuen gesetzlichen Titel zur Kautionsleistung, unabhängig von dem schon bestehenden Vertragstitel. (Rechtsf. Bd. 2. S. 198 Nr. 100.)

§§. 761—768. Von Aufkündigungen.

§§. 761—768. 1) Das G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc., bestimmt im §. 92.:

Die Kündigung von Kapitalien, welche einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit auferlegt werden, kann künftig nur während eines bestimmten Zeitraums, welcher dreißig Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen werden.

Kapitalien, welche auf einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit angelegt sind und bisher Seitens des Schuldners unkündbar waren, können von jetzt ab, sobald dreißig Jahre seit der Verkündung dieses Gesetzes verflossen sind, mit sechsmonatlicher Frist Seitens des Schuldners gekündigt werden.

Diese Bestimmungen finden auf sämmtliche Kreditinstitute keine Anwendung. (G. S. 1850 S. 105.)

2) Ueber die allgemeine Anwendbarkeit des §. 92. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 auf jede Art von Hypothekenbeleihung vergl. Lette und v. Rönne Landeskultur-Gesetzgeb. des Preuß. Staates Bd. II. Abthl. 1. S. 708—710.

In Bezug auf den §. 92. a. a. O. führt das Revis. Kolleg. für L. K. S. in dem Erk. v. 24. Febr. 1854 aus, daß Kapitalien, welche auf einem Grundstücke oder einer Gerechtigkeit zinsbar angelegt sind und bisher Seitens des Schuldners unkündbar waren, zwar nicht für ablösbare Abgaben im Sinne des § 6. des Ablös. G. v. 2. März 1850 zu erachten sind, wohl aber der Kündigung nach Maßgabe des §. 92. a. a. O. unterliegen.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 274.)

3) Die Erklärung, kompensiren zu wollen, hat nicht die rechtlichen Wirkungen der Kündigung der Forderung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 332 Nr. 78.)

§. 761. Ist durch die Bestimmung einer Obligation, daß der Gläubiger bei verzögerter Zinszahlung befugt sein soll, das Kapital sofort ohne Kündigung zurückzuverlangen, die Fälligkeit des Kapitals unbedingt an die Thatsache der Zögerung geknüpft, oder ist es nur der Wahl des Gläubigers überlassen, entweder den Darlehnsnexus ferner bestehen zu lassen, oder das Kapital zurückzuverlangen?

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 6. April 1847 die letztere Alternative angenommen.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 66 Nr. 32.)

§§. 764. 765. Auch eine außergerichtliche Kündigung kann von einem von mehreren Vormündern, resp. Kuratoren und Vorstehern mit rechtlicher Wirkung geschehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juli 1839. (Präj. Nr. 697.) (Präj. Samml. S. 66.)

§. 765. Zur Erläuter. des §. 765. bemerken die Gesetzrevisoren:

Die Kündigung ist an gar keine Form gebunden, sondern kann, es mag eine besondere Schuldverschreibung vorhanden sein, oder nicht, selbst mündlich erfolgen; sollte aber der Nachweis, daß die Kündigung dem Schuldner wirklich zugekommen, nicht geliefert werden können, so läuft die Frist vom Tage der behändigten Klage. Nur so und nicht anders kann man den §. 765. verstehen, wenn derselbe sagt: »die Zahlungsfrist laufe von dem Tage, wo dem Schuldner die gerichtliche Kündigung behändigt worden«; denn an eine besondere gerichtliche Kündigung ist wohl nicht gedacht worden, es hat nur gesagt werden sollen, die Behändigung der Klage vertrete die Stelle der gerichtlichen Kündigung. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 138.)

Bornemann folgt dieser Ansicht und schließt aus §. 765., daß der bloß in Hinsicht der erfolgten Kündigung beweisfällige Gläubiger nicht zur Zeit abgewiesen werden könne, sondern auf Zahlung zur gesetzmäßigen Zeit zu erkennen sei, wobei indeß der Gläubiger die Prozeßkosten trage, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit selbst anerkannt habe. (System Bd. 3. S. 297, 2. Ausg. Bd. 3. S. 160.)

§§. 769—777. Ort der Rückzahlung.

§§. 769. sqq. Der Ausdruck: »an dem Orte, wo der Gläubiger — seinen Wohnsitz gehabt hat«, ist zwar zunächst auf den Wohnort des Gläubigers, d. h. die Stadt oder das Dorf, worin derselbe wohnt, zu beziehen; allein die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, den Gläubiger bei Rückzahlung von Darlehnen in der Art zu begünstigen, daß dieselbe am Orte seines Wohnsitzes geleistet werden muß, sprechen auch für die Verpflichtung des Schuldners, dieselbe in der Wohnung resp. Behausung des Gläubigers zu leisten, wofür insbesondere auch der §. 770. h. t. und die §§. 215—217. A. L. R. I. 16. sprechen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 200 Nr. 41.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 248.

§. 770. Wann sind die Gelder im Sinne des §. 770. für gehörig abgegeben im Hause des Gläubigers zu erachten?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß, wenn man auch unter dem Hause die Wohnung des Gläubigers verstehen wolle, es doch nicht genüge, wenn das Geld dem ersten besten Dienstboten, der die Thüre öffne, oder den der Ueberbringer im Hause des Gläubigers treffe, eingehändigt werde. Das Geld müsse vielmehr einem legitimirten Empfänger, — wofür in jedem Falle, nach §. 130. I. 13. A. L. R., der Besitzer der Quittung zu achten, — übergeben werden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 139.)

b) Derselben Ansicht sind Gräbell (Komm. zu dem Kreditgef. Bd. 3. S. 130. Anm.) und Bornemann (System Bd. 3. S. 301, 2. Ausg. Bd. 3. S. 165).

§. 773. 1) Der §. 773. giebt dem Schuldner nur ein Recht zur Uebersendung oder Deponirung, legt ihm dies aber nicht als Verbindlichkeit auf. Er kann daher dadurch allein, daß er die Uebersendung des Geldes durch die Post oder dessen gerichtliche Niederlegung unterläßt, nicht in Verzug gesetzt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1853.

Auch in anderen Gesetzstellen wird dem Schuldner, wenn der Gläubiger im Verzuge ist, die Befugniß eingeräumt, die zu zahlende Summe gerichtlich niederzulegen (A. L. R. I. 11. §. 228., I. 13. §. 136., I. 14. §. 50., II. 8. §. 890.). An anderen Stellen giebt das Gesetz dem Schuldner in dem gedachten Falle nicht bloß die Befugniß zur Deposition, sondern verpflichtet ihn dazu, wenn er sich vom Zinsenlaufe befreien will (A. L. R. I. 12. §§. 328., 329., II. 8. §. 891.). Es kann daher in Stellen der ersten Art nicht gefunden werden, was in Stellen der zweiten Art ausdrücklich vorzuschreiben nöthig befunden ist. Die Befugniß zu einer Handlung involvirt nicht die Verpflichtung dazu. Die §§. 24., 25. A. L. R. I. 16. ergeben, daß den Schuldner, wenn der Gläubiger im Verzuge ist, keine Nachtheile treffen, die mit einem ihm zur Last fallenden Verzuge verbunden sind, und daß er daher, um solche Nachtheile abzuwenden, zu den im §. 773. h. t. bezeichneten Handlungen nicht verpflichtet sein kann.

(Entsch. Bd. 24. S. 411, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 326 Nr. 66.)

Koch bemerkt hierzu, daß dies Präj. nur von Verzugszinsen im eigentlichen oder engeren Sinne gelte; es dürfe kein anderer, besonderer Grund der Zinsenverbindlichkeit eintreten. Hierauf bezögen sich die Worte: »dadurch allein« in dem Präj.

(Landr. Bd. 1. zum §. 773. h. t.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 24. u. 25.

2) Wo soll die gerichtliche Deposition erfolgen?

Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die Deposition nur an des Gläubigers früherem Wohnorte erfolgen könne, und daß es angemessen sei, dem Schuldner die Wahl zwischen der Deposition an dem früheren Zahlungsorte und der Versendung auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu gestatten. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 139.)

Koch nimmt, mit Bezug auf den §. 772. an, daß die Deposition an dem Zahlungsorte erfolgen müsse.

(Landr. Bd. 1. zum §. 773. h. t.)

§. 774. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf eingetragene Schuldinstrumente über Darlehnsforderungen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Okt. 1839. (Präj. Nr. 734.) (Präj. Samml. S. 67.)

§§. 778—802. Von der Münzsorte.

Dorguth, abstrakte und kasuistische Uebersicht der Gesetze von der Restitution des Darlehns. (J. W. 1843 S. 281.)

§. 778. 1) K. O. v. 12. Dec. 1812, wodurch Schuldnern K. Kassen die Zurückzahlung der schuldigen Kapitalien in Staatspapieren gestattet wird.

Da in mehreren Fällen von Grundbesitzern, welche vor dem Jahre 1806, aus Staatskassen, gegen hypothekarische Verpfändung ihrer Besitzungen Kapitale angeliehen haben, darauf angetragen worden ist, diese Darlehne jetzt in Staatspapieren nach dem Nennwerthe zurückzahlen zu dürfen, so finde Ich es zweckmäßig, zu Vermeidung des Scheins von Begünstigungen durch Gewährung in einzelnen Fällen, Sie hierüber mit einer allgemeinen Bestimmung zu versehen. Ich will daher in Erwägung:

daß das A. L. R. I. 16. §§. 300. ff. die Kompensation in Privatverhältnissen zwischen Schuldnern und Gläubigern auf eine analoge Art gestattet,

daß dem Ed. v. 4. Dec. 1809 §. 13. gemäß, die Zurückzahlung solcher Kapitalien in alten Tresorscheinen geschehen darf, daß der Kredit des Staates die Kompensation seiner Forderungen mit seinen Schuldnern dringend empfiehlt, und daß es in staatswirthschaftlicher Hinsicht von der größten Wichtigkeit ist, die Befreiung des Grundeigenthums von Schulden zu erleichtern,

genehmigen, daß die Zurückzahlung in Staatspapieren in allen Fällen dieser Art angenommen werden darf, in sofern nur

1) die Anleihung wirklich aus einer von Meinen Kassen gegeben worden ist, und

2) das verschuldete Grundstück sich noch im Besitz des ersten Schuldners oder seiner Erben befindet. (G. S. 1813 S. 1.)

2) K. O. v. 31. Mai 1813, betr. die Grundsätze, nach welchen rückständige Zinsen bei K. Kassen in Staatspapieren angenommen werden sollen.

Aus denselben Gründen, in deren Betracht Ich mittelst K. Verf. v. 12. Dec. v. J. genehmigt habe, daß Darlehnskapitalien, welche aus Meinen Kassen auf Grundstücke gegeben worden sind, in sofern letztere sich noch im Besitze des ersten Schuldners oder dessen Erben befinden, in Staatspapieren zurückgezahlt werden können, will Ich auf Ihren Vortrag gleichfalls die Genehmigung hiermit ertheilen: daß auch die rückständigen Zinsen von dergleichen Kapitalien bis zum 1. Jan. 1811 in der Regel in Staatspapieren angenommen werden mögen. Vom 1. Jan. 1811 ab aber müssen dergleichen Zinsen baar entrichtet werden, da der Staat von demselben Zeitpunkte an die Zinsen auf Staatsschuldscheine ebenfalls baar zahlen läßt. (G. S. 1813 S. 73.)

§. 779. Ist gegen die Vermuthung des §. 779. der Gegenbeweis zulässig?

Bornemann bejahet, weil bei Darlehnen immer das re vera Gegebene zurückerstattet werden müsse.

(System 2. Ausg. Bd. 2. S. 163 Anm. 3.)

Koch ist derselben Ansicht, weil dies nicht allein die Natur einer Vermuthung und die des Darlehns mit sich bringe, sondern weil es auch in dem §. 731. noch besonders ausgesprochen sei.

(Landr. Bd. 1. Anm. 4. zum §. 779. h. t.)

Bielitz ist entgegengesetzter Meinung. (Komm. Bd. 2. S. 674).

§. 780. Der §. 780. fällt weg.

(G. v. 30. Sept. 1821 über die Münzverfassung §. 7., G. S. S. 159.)

§. 781. 1) K. O. v. 21. Nov. 1831.

Aus den in Ihrem Ber. v. 6. d. M. angezeigten Gründen genehmige Ich, daß v. 1. Jan. 1832 ab bei allen an die Staatskassen in Silbergelde zu leistenden Zahlungen auch Friedrichsd'or zu dem festen Kourse von $5\frac{2}{3}$ Thlrn. angewendet und angenommen werden dürfen. (G. S. 1831 S. 254.)

2) R. des Min. des K. Hauses, Abth. II. und der Fin. v. 31. März 1842. Goldzahlungen an die landesherrlichen Kassen können zufolge K. O. v. 7. Febr. 1842 allgemein in Silbergeld mit 5 Thlrn. 20 Sgr. für den Friedrichsd'or geleistet werden[1].

(M. Bl. d. i. V. 1842 S. 104.)

3) Der §. 781. stellt nur eine rechtliche Vermuthung auf, die den Gegenbeweis, daß die verschriebene Valuta in anderen als Preuß. Goldmünzen gegeben worden, nicht ausschließt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Mai 1842. (Präj. Nr. 1156.)

Denn der §. 781. will den Hauptgrundsatz des §. 778. nicht ändern, sondern nur eine Vermuthung aufstellen, in was für Sorten Geld das Darlehn gegeben worden. Daß dahin der Sinn des Gesetzes geht, ist aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Vorschriften, aus der Fassung des §. 781. selbst und aus der Natur der Sache klar.

(Präj. Samml. S. 67, J. W. 1845 S. 45.)

§. 782. Da das Münzedikt v. 30. Sept. 1821 §. 1. den Friedrichsd'or für die eigenthümliche Preuß. Goldmünze erklärt, so ändert sich dadurch der §. 782. ab; Dukaten sind daher jetzt als ausländische Goldmünze zu beurtheilen.

(Klein's System Bd. 1. S. 315 Anm. 1.)

§. 785. Die Gesetzrevisoren bemerken, daß der Ausdruck: »Gattung« im §. 785. sich bloß auf den Unterschied zwischen Gold und Silber beziehen könne, weil es sonst häufig der Fall sein könnte, daß keine Gold- oder Silbermünzen vorhanden wären, wie wir z. B. keine den Holländischen Gulden, den Brabanter Kronen u. s. w. entsprechende Preuß. Münzen hätten. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 141.)

Vergl. hierüber Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 9. zum §. 785. h. t.

§§. 785. u. 786. Vgl. die K. O. v. 4. Aug. 1832, betr. die Anwendung der neueren Münzbestimmungen auf Zahlungen, die in fremden Münzsorten stipulirt worden sind (G. S. S. 207), in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 257—259. Zus. 3.

§§. 787. sqq. Koch, Recht der Ford. Bd. 1. §§. 7. u. 8. (Von Veränderungen im Werthe der Münzen) S. 57.

§. 787. 1) Ueber den Begriff des Ausdruckes: »Münzfuß« vergl. die K. O. v. 4. Aug. 1832 (G. S. S. 207.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 257—259.

2) Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib v. 27. Nov. 1851 in den Erg. zum §. 835. h. t.

§§. 788. sqq. Eine Summe, die im Jahre 1800 in Klevischem Gelde bestimmt ist, kann nicht in dem damaligen Verhältniß von 6 zu 5 in Preuß. Kourant gefordert werden, sondern nur in dem erst in der Franz. Zeit von 1800—1813 aufgekommenen Verhältniß von 13 zu 10; denn die §§. 788. sqq. finden hier aus dem Grunde keine Anwendung, weil in denselben von einer bloßen Rechnungsmünze nicht die Rede ist.

(Erk. des O. L. G. zu Halberstadt de publ. d. 10. März 1836, Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 83.)

Der Mittheiler dieses Erk. nimmt das Gegentheil an, indem er aus dem Münzbekl.-R. v. 9. Mai 1765 (Rabe Bd. 1. Abthl. 3. S. 129) deduzirt, daß der Klevische Thaler, als solcher, zwar schon in den J. 1800—1805 eine bloße Rechnungsmünze gewesen, welche sich indeß nach den Klevischen 2 Stüberstücken (nachher $1\frac{1}{2}$ Stüberstücken) richtete, da 60 Stüber gleich einem Thaler waren. Es habe auch noch Preuß. Stüber von eben diesem Werthe ꝛc. gegeben. Daher müsse die Summe nach der zur Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäftes gesetzlichen Münze, nämlich in Preuß. Kourant, bestimmt werden. (a. a. O. S. 94.)

§§. 790. 791. 1) Dekl. des A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 790. und 791. und Tit. 16. §. 74., v. 27. Sept. 1808.

Es sind bei der in jeder Provinz des Preuß. Staates durch ein besonderes Publik. erfolgten Reduktion der Scheidemünze über den Sinn und die Anwendung des A. L. R. I. 11. §§. 790., 791. und Tit. 16. §. 74. auf die in Scheidemünze zu leistenden Verbindlichkeiten, welche vor dem in jedem Publik. bestimmten, oder sonst auf den Tag des Publik. anzunehmenden Reduktionstermin kontrahirt worden, Zweifel entstanden. Um diesen zu begegnen, wird nach eingeholtem Gutachten der Gesetz-Komm. hiermit verordnet:

§. 1. Alle Zahlungen aus Geschäften vor der Münzreduktion, welche nach den Gesetzen oder den besonderen Verabredungen der Parteien in Scheidemünze geschehen sollen, sind in derselben nach dem durch die Reduktion heruntergesetzten Werthe zu leisten. Wer also z. B. vor der Reduktion 100 Thlr in Scheidemünze, den Thaler zu 24 gGr., geborgt hat, muß 100 Thlr in Scheidemünze, den Thaler zu 36 gGr., zurückzahlen.

§. 2. Da aber hierbei vorausgesetzt wird, daß zur Zeit der kontrahirten Verbindlichkeit der koursmäßige Werth der Scheidemünze gegen Kourant in keiner so erheblichen Differenz gestanden, die auf den Werth der Waare einen Einfluß hat, welches jedoch geschieht, sobald das Agio zehn vom Hundert beträgt, so muß dem Schuldner eine solche oder höhere Differenz dergestalt zu statten kommen, daß nur in diesem Falle der koursmäßige Werth der Scheidemünze, wie solcher zur Zeit der entstandenen Verbindlichkeit beschaffen war, völlig vergütet wird. Wer also 100 Thlr. in Scheidemünze zu einer Zeit ge-

[1] Das R. derselben Min. v. 5. Juli 1842 betrifft die demgemäß zu treffende Kassen-Bucheinrichtung der Administrativbehörden.
(Min. Bl. d. i. V. 1842 S. 303.)

borgt hat, da sie koursmäßig 20 pCt. verlor, ist 80 Thlr. in reduzirtem Werthe zu bezahlen schuldig. Damit jedoch über den jedesmaligen Kours kein weitläufiger Streit entstehe, so soll in der Kur- und Neumark der Kours von Berlin[1]), in Pommern der Kours von Stettin, in Westpreußen der Kours von Elbing, in Ostpreußen der Kours von Königsberg und in Schlesien der Kours von Breslau zum Grunde gelegt werden, und zwar ist überall der Durchschnitt der Kourse von 15 zu 15 Tagen zur Norm anzunehmen.

§. 3. Für bereits ohne Vorbehalt abgemachte Geschäfte darf aus der gegenwärtigen Deklaration kein Grund zur Zurück- oder Nachforderung hergenommen werden.

(N. C. C. Tom. XII. p. 441, Mathis Bd. 7. S. 18, Rabe Bd. 9. S. 287.)

2) R. v. 8. Nov. 1808, betr. die Erfüllung der nach Reduktion der Münze eingegangenen Verbindlichkeiten in Scheidemünze.

Eure Anfrage v. 16. Juli und 21. Okt. d. J., die aus der Reduktion der Scheidemünzen entstehenden Differenzen betreffend, findet in der diesfälligen Immediatdeklaration v. 21. Sept. d. J., welche Euch mittelst R. v. 11. Okt. zugefertigt worden ist, ihre vollständige Erledigung, indem dadurch:

1) die Münzreduktion selbst, wie sie in jeder Provinz durch die Administrationsbehörde nach und nach geschehen, Allerhöchst bestätigt ist;

2) die Folgen derselben auf die vor der Reduktion kontrahirten Verbindlichkeiten festgesetzt sind, und

3) in Absicht der nach der Reduktion kontrahirten Verbindlichkeiten in Scheidemünze, es sich von selbst versteht, daß, wo die Verabredung nicht ausdrücklich auf Scheidemünze nach dem ursprünglichen Nominalwerthe getroffen, oder das Darlehn hiernach berechnet und gegeben war, die Lösung der Verbindlichkeit in Scheidemünze nach dem Reduktionswerthe geschehen muß.

(Mathis Bd. 10. S. 327., Rabe Bd. 9. S. 312.)

§. 793. 1) Dekl. v. 4. April 1811, wegen Unzuläßigkeit der Darlehne, wobei Papiere nach ihrem Nennwerthe in Zahlung gegeben werden[2]).

Es ist ein Zweifel entstanden, ob durch die V. v. 14. Juni 1810, welche die Wiederherstellung der früheren Gesetzgebung wider den Wucher anordnet, auch die im §. 5. des G. v. 15. Febr. 1809 enthaltene Erlaubniß, Papiere nach ihrem Nennwerthe bei Darlehnen in Zahlung zu geben, wiederum aufgehoben sei. Wir finden Uns daher bewogen, die V. v. 14. Juni 1810 dahin zu deklariren, daß durch selbige das G. v. 15. Febr. 1809 seinem ganzen Inhalte nach, mithin auch §. 5. desselben aufgehoben werde, daß es also, unangesehen, was frühere G. deshalb verfügen, fernerhin nicht erlaubt sein soll, Staats- und ständische Obligationen, Pfandbriefe oder andere Arten von öffentlichen Papieren, welche für den vollen Werth nicht ausgegeben werden können, bei Darlehnen statt baaren Geldes in Zahlung zu geben, und sich die Zurückzahlung in baarem Gelde nach dem Nominalwerthe der Papiere auszubedingen, vielmehr sollen die Darleiher nur berechtigt sein, dergleichen in Zahlung zu gebende Papiere nach dem jedesmaligen Kourse in der Hauptstadt der Provinz, worin das Geschäft abgeschlossen wird, dem Schuldner in Rechnung zu stellen.

(G. S. 1811 S. 169.)

Mit Bezug hierauf erging die Dekl. v. 28. Dec. 1811, betr. die Darlehne in Staats- und anderen öffentlichen Papieren.

Wir ꝛc. ꝛc thun kund und fügen hiermit zu wissen: Die in Unserer V. v. 16. März d. J. über die Ablösung der Domanialabgaben jeder Art und in dem Ed. v. 27. Juni d. J., wegen Veräußerung der Domainen, Forsten und geistlichen Güter, nachgelassene Bezahlung der Kauf- und Erbstandsgelder und Ablösungssummen mit Staats- und anderen öffentlichen Papieren, veranlaßt Uns, die unter dem 4. April d. J. ergangene Dekl., welche Darlehne in den benannten Papieren nur nach dem jedesmaligen Kours derselben gestattet, näher zu bestimmen, wie folgt:

§. 1. Es können die im §. 6. der V. v. 27. Juni wegen Veräußerung der Domainen, Forsten und geistlichen Güter benannten Papiere[3]) nach ihrem Nennwerthe ausgeliehen werden, und der Gläubiger kann sich die Zurückzahlung des Nennwerthes in baarem Gelde ausbedingen, wenn der Schuldner die ihm geliehenen Papiere, nach ihrem Nennwerthe, zur Bezahlung der Kaufs- und Erbstandsgelder für Domainen, Forsten und geistliche Güter oder zur Ablösung der Domanialabgaben verwendet.

§. 2. Wird bei diesen Darlehnen eine Verpfändung vorgenommen, die sich zur Eintragung in das Hypothekenbuch eignet, so kann dieselbe ohne Anstand geschehen und dadurch dem Gläubiger eine Hypothek für den Nennwerth der vorgeliehenen Papiere bestellt werden.

§. 3. Es muß aber in allen Fällen, in welchen es auf den Nachweis ankommt,

daß von dem Schuldner die vorgeliehenen Papiere in dem §. 1. bestimmten Maße verwendet worden,

ein Attest derjenigen Behörde darüber beigebracht werden, welche die Veräußerung und Vererbpachtung der Domainen, Forsten und geistlichen Güter, oder die Ablösung der Domainenabgaben leitet.

§. 4. Sollte dieses Attest bei Darlehnen, für welche der Schuldner durch Verpfändungen Sicherheit bestellt, vor der Eintragung derselben im Hypothekenbuche nicht beigebracht werden können, so hindert dieses die Eintragung nicht, jedoch kann dieselbe nur mit Hinzufügung des Vermerkes geschehen, daß die dadurch bestellte Hypothek, in Ansehung der den Kourswerth der geliehenen Papiere übersteigenden Summe, erst von rechtlicher Wirkung ist, wenn der Gläubiger das Attest der Verwendung sich verschafft hat. (G. S. 1812 S. 1.)

2) Der §. 793. ist durch die Dekl. v. 4. April 1811 nicht aufgehoben.

Dies nehmen an: Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 21. zum §. 793.) und die Verfasser der Aufsätze in der Themis 1838 S. 15 u. 166, wogegen in dem Erk. des O. L. G. zu Bromberg v. 28. Nov. 1837 (a. a. O. S. 172) das Gegentheil behauptet wird.

3) Bei Darlehnen, welche in geldwerthen an jeden Inhaber zahlbaren Papieren gegeben sind, kann mit rechtlicher Wirkung die Rückzahlung in Papieren derselben Gattung vorbedungen werden; auf ein Geschäft dieser Art ist daher die Dekl. v. 4. April 1811 nicht anwendbar.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1852.

Es wird zunächst auf die Vorschriften der §§. 653. u. 793. Bezug genommen, wonach ein solches Geschäft vollkommen zulässig sei. Sodann heißt es in dem Urtel:

Unterm 15. Febr. 1809 war ein Gesetz ergangen, nach dessen §. 1. es bei Darlehnsgeschäften während der Zeit bis zum letzten Dec. 1810 gestattet war, beliebige Zinsen mit rechtlicher Wirkung auszubedingen. Der §. 5. dieses G. bestimmte insbesondere:

Es ist erlaubt — alle Arten inländischer Staatspapiere bei Darlehnen statt baaren Geldes zu geben und sich die Rückzahlung in baarem Gelde nach ihrem Nominalwerthe auszubedingen.

In einer späteren V. v. 14. Juni 1810, durch welche der allgemeine Indult bis zum 24. Juni 1811 verlängert ward, war gesagt:

daß es übrigens bei dem Ablaufe der gesetzlichen Kraft der V. v. 15. Febr. 1809, durch welche die Wuchergeschäfte suspendirt worden sind, mit dem 31. Dec. 1810 sein Verbleiben habe.

Es war aber Zweifel darüber entstanden, ob hierdurch die im §. 5. des G. v. 15. Febr. 1809 enthaltene Erlaubniß, öffentliche Papiere nach ihrem Nennwerth bei Darlehnen in Zahlung zu geben, wieder aufgehoben sei. Dieser Zweifel ward durch die Deklaration v. 4. April 1811 entschieden. Nach der geschichtlichen Entstehung dieser Deklaration und nach deren Wortlaute ist es klar, daß dieselbe lediglich den Fall betrifft, wenn Papiere, die unter dem Nennwerthe stehen, gleichwohl beim Darlehn nach ihrem Nennwerthe, also zum Vollen, in Zahlung gegeben und die Zurückzahlung in baarem Gelde zum Vollen verheißen wird. Ein solches Geschäft will die Deklaration als ein wucherliches nicht gestatten. — Der Fall, daß das Darlehn in öffentlichen Papieren gegeben und dessen Rückzahlung in denselben Papieren verheißen wird, ist durch die Deklaration nicht berührt und kann durch dieselbe auch nicht berührt sein; die Entstehung der Deklaration läßt gar nicht zweifelhaft, daß es darauf abgesehen gewesen ist, den Rechtszustand so wiederherzustellen, wie derselbe vor dem Erlasse des G. v. 15. Febr. 1809 bestanden hatte, insbesondere also auch dessen Bestimmung im §. 5. zu beseitigen. Nach der vor dem 15. Febr. 1809 bestandenen Gesetzgebung, also nach den Grundsätzen des A. L. R., ist aber ein Darlehn in geldgleichen Papieren, wobei die Rückzahlung in Papieren derselben

---

[1]) Vergl. das P. der Kurmärkischen Kammer v. 25. Nov. 1808, betr. das Damno der Scheidemünze in der Kurmark v. 1. Febr. bis 30. April 1808. (Mathis Bd. 7. S. 178, Paalzow Bd. 1. S. 199, Rabe Bd. 9. S. 378.)

[2]) Durch diese Dekl. sind das R. v. 20. Dec. 1808 (Mathis Bd. 8. S. 61, Rabe Bd. 9. S. 401) und das G. v. 15. Febr. 1809 (N. C. C. Tom. XII. p. 783, Klein Bd. 26. S. 260, Rabe Bd. 10. S. 39), nebst dem dazu ergangenen R. v. 18. Aug. 1810 (Mathis Bd. 9. S. 334, Rabe Bd. 10. S. 405) antiquirt. Die in der Dekl. in Bezug genommene V. v. 14. Juni 1810 (Mathis Bd. 9. S. 134, Rabe Bd. 10. S. 359) verlängerte das laut V. v. 24. Nov. 1807 gegebene General-Indult bis zum 24. Juni 1811.

[3]) Von diesen in dem alleg. §. 6. aufgeführten 21 Arten von Papieren sind jetzt nur noch 5 vorhanden, nämlich: a) die Ziffer 2. gedachten Banknoten und Bankobligationen; b) die Ziffer 16. gedachten Tresorscheine (jetzt Kassenanweisungen); c) die Ziffer 17. gedachten Pfandbriefe, welche auf Gütern haften, die in der Monarchie liegen und für welche regelmäßig die Zinsen gezahlt werden; d) die Ziffer 18. bezeichneten alten Obligationen der Kurmärk. Landschaft, wofür die Einkünfte verpfändet waren, die zu den Staatskassen gezogen worden sind; e) die Ziffer 20. erwähnten »neueren Staatsschuldscheine«.

Gattung verheißen worden, ein durchaus erlaubtes Geschäft; von einem Wucher kann also in soweit nicht die Rede sein. Die Schlußworte in der Deklaration sind hiernach nicht auf den Fall zu beziehen, wenn die Rückzahlung in denselben Papieren verheißen ist; sie haben vielmehr nur den Fall vor Augen, daß geldgleiche Papiere, wiewohl unter dem Nennwerthe stehend, zum vollen Werth auf die Valuta angerechnet werden, die Valuta baar verschrieben und dem entsprechend die Rückzahlung in baarem Gelde nicht nach dem Kourswerth zur Zeit des eingegangenen Darlehnsgeschäfts, sondern nach dem Nominalwerth der öffentlichen Papiere ausbedungen werden. Nur ein solches Geschäft soll als wucherlich betrachtet werden.

(Entsch. Bd. 23. S. 98, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 204 Nr. 49.)

4) Dem von dem Hypothekenschuldner mit dem Hypothekengläubiger getroffenen Abkommen, daß das eingetragene in Staatsschuldscheinen gegebene Darlehn in Kourant nach dem Kourswerthe an dem Tage dieses Abkommens zurückgezahlt werden solle, können die übrigen Hypothekengläubiger nicht widersprechen.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1855, weil dadurch weder das Recht des Gläubigers gesetzwidrig erweitert, noch die Verbindlichkeit des Schuldners unzulässigerweise erschwert wird, sondern eine solche Umwandlung in dem ursprünglichen Umfange der Obligation lag, welches daher auch nicht die Grenzen des dafür bestellten Hypothekenrechtes überschritt.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 75 Nr. 16.)

5) Der durch die Dekl. v. 4. April 1811 verbotenen Stipulation steht der Fall gleich, wo dem Gläubiger das Recht eingeräumt worden ist, die Zurückforderung der statt baaren Geldes gegebenen Papiere in den dargeliehenen Papieren nach dem Nominalwerthe zu fordern. Es ist daher ein solches Abkommen für verboten zu achten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1843. (Präj. Nr. 1292.) (Präj. Samml. S. 319.)

Vergl. den Aufs. in der Themis 1838 S. 167 und dagegen Bornemann's System, 2. Ausg., Bd. 3. S. 168.

6) Wenn bei einem Anlehen Papiere als baare Zahlung angenommen sind, und die Valuta als baar angeliehen bescheinigt ist, so findet der §. 793. nicht Anwendung, sondern die Schuld muß baar zurückgezahlt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Aug. 1810 und 26. Okt. 1811. (Jahrb. Bd. 1. S. 134 Nr. 10.)

7) Die Rückzahlung eines Darlehns muß in baarem Gelde erfolgen, wenn die Valuta in Geldpapieren, die mit baarem Gelde gleichen Werth haben, gegeben, und die Rückzahlung in baarem Gelde versprochen ist. Denn der §. 793. greift nur dann Platz, wenn die Rückzahlung der in Papieren erhaltenen Valuta nicht ausdrücklich in klingendem Kourant versprochen worden ist, und ein solches Versprechen würde nur dann gesetzwidrig sein, wenn demselben ein Wucher zum Grunde läge und die als Valuta gegebenen Papiere weniger als baares klingendes Kourant werth gewesen wären.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Juni 1810.

(Simon's R. Bd. 1. S. 188.)

Auch das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Sept. 1847 nimmt an, daß der §. 793. und die Dekl. v. 4. April 1811 nur verbieten, die daselbst erwähnten Papiere, insofern sie für den vollen Nennwerth nicht ausgegeben werden können, bei Darlehnen statt baaren Geldes in Zahlung zu geben und sich die Rückzahlung in baarem Gelde nach dem Nominalwerthe auszubedingen. Hieraus folge aber, daß solche Papiere, welche sich zu ihrem vollen Nennwerthe anbringen ließen, allerdings statt baaren Geldes hingegeben werden könnten, und daß in diesem Falle die Rückzahlung in baarem Gelde nach ihrem Nominalwerthe vorbedungen und gefordert werden dürfe, gleichviel, ob die in dergl. Papieren erfolgte Berichtigung der Valuta an sich aus der Schuldverschreibung über das kontrahirte Darlehn erhelle, oder darin nicht ausdrücklich erwähnt sei.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 196 Nr. 99.)

§§. 793. 794. Ist in dem Falle, wenn ein Darlehn in Westpreuß. Pfandbriefen vor deren Konvertirung unter der Bedingung der Rückzahlung in Westpreuß. Pfandbriefen gegeben worden, der Gläubiger verpflichtet, die Rückzahlung in konvertirten Westpreuß. Pfandbriefen anzunehmen, oder ist derselbe berechtigt, die Rückzahlung in baarem Gelde nach dem Kourswerthe der Pfandbriefe zur Zeit des Kontrakts zu fordern?

Der III. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 29. Okt. 1847 Letzteres an.

Zwar würde der Schuldner nach §. 793. berechtigt sein, nicht konvertirte Pfandbriefe, wie er sie empfangen, zurückzugeben; indeß gebühren den Inhabern der jetzigen Pfandbriefe $3\frac{1}{2}$ prozentige Renten, welche gleichfalls von der Landschaft gekündigt werden können, und daher nach §. 329. h. t. nur als widerkäufliche Zinsen anzusehen sind. Mit solchen Zinsen oder Renten braucht sich aber der Gläubiger, welcher geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende, eine zinsbare Kapitalforderung begründende Papiere in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, nicht abfinden zu lassen, weil sein Recht auch dahin gerichtet ist, seine Forderung durch unmittelbare Einziehung des Betrages jener geldgleichen Papiere von dem Aussteller und Schuldner zu tilgen. Der Gläubiger hat ein solches Papier zum Darlehn gegeben, braucht daher auch nur ein solches wieder in Zahlung anzunehmen. In der Umschaffung einer auf Kapitalzahlung gerichteten Verpflichtung in die Pflicht zur Zahlung einer Rente liegt eine Novation (A. L. R. I. 16. §. 456.), da den Pfandbriefen hierdurch eine ganz andere rechtliche Bedeutung gegeben ist. Der Gläubiger kann dadurch, daß ihm die direkte Einziehung des alten Nennwerthes entzogen, und nur noch die Befugniß zum Verkaufe oder Angabe an Zahlungsstatt nach dem jedesmaligen Kourswerthe gelassen ist, nicht willkührlich schlechter gestellt werden. Da hiernach Papiere der gegebenen Art nicht vorhanden, so muß die hierfür zu zahlende Geldsumme nach dem Kourswerthe zur Zeit des Kontrakts bestimmt werden (§§. 794., 795.). Rechtsf. Bd. 3. S. 61 Nr. 30.)

§. 797. Der §. 797. findet auch auf andere, nicht aus Darlehnsverträgen herrührende Zahlungen, insbesondere, wenn über die geleistete Zahlung eines eingetragenen Kindestheils quittirt worden ist, Anwendung, denn die §§. 82., 83. I. 16. A. L. R. verweisen ausdrücklich auf §§. 778. sqq. h. t.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Aug. 1836.

(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 133.)

§. 799. Bielitz führt aus, daß der §. 799. bloß von Kapitalzinsen rede, und nur die aus der Münzsorte, worin solche Zinsen bezahlt worden, herzunehmende Vermuthung für die Münzsorte, in welcher das dargeliehene Kapital bestanden habe, verwerfe, daß aber die Frage, ob das Recht, Geldzinsen in der ursprünglichen Münzsorte zu fordern, verloren gehe, wenn sie seit rechtsverjährter Zeit in schlechteren Münzsorten bezahlt worden seien, durch den gedachten §. nicht entschieden worden sei, jedoch mit Rücksicht auf die V. vom 18. Jan. 1819 §. 10. und §. 482. II. 7. A. L. R. bejahet werden müsse. (Nachtr. II. S. 129.)

§§. 803—826. Von Zinsen.

G. Lenz, zur Lehre von den Zinsen nach Röm. und Preuß. Rechte. (In dessen Studien und Kritiken S. 273 ff.)

§§. 804. sqq. 1) Die gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes sind zweimal außer Kraft gesetzt gewesen:

a) durch die V. v. 15. Jan. 1809 (Mathis Bd. 8. S. 28) für die Zeit vom Tage dieser V. bis zum 31. Dec. 1810;

b) durch die V. v. 27. Nov. 1857 (G. S. S. 894) für die Dauer von drei Monaten (vom 27. Nov. 1857 bis zum 27. Febr. 1858).

2) Das A. L. R. II. 20. bestimmt in den §§. 1271. und 1272.:

a) daß höhere Zinsen, als die Gesetze verstatten (§§. 803. sqq. h. t.), rechtsgültiger Weise weder versprochen, noch gegeben werden können;

b) daß dasjenige, was über die gesetzmäßigen Zinsen gezahlt ist, binnen sechs Jahren nach völlig abgetragener Schuld annoch zurückgefordert werden kann.

Diese Bestimmungen sind nach Art. XI. des Einführ. G. v. 14. April 1851 zum Strafgesetzb. ferner in Kraft geblieben.

Dazu:

α) Die §§. 1271., 1272. A. L. R. II. 20. kommen als Verbotsgesetze auch auf Verträge zur Anwendung, durch welche vor Einführung des A. L. R. gültiger Weise höhere Zinsen, als das A. L. R. I. 11. §§. 803 ff. gestattet, stipulirt worden sind, dergestalt, daß von Zeit der Herrschaft des A. L. R. an nur noch der danach zulässige (niedrigere) Zinsfuß gefordert, und was seitdem über

die gesetzlichen Zinsen hinaus gegeben worden, noch binnen sechs Jahren nach völlig abgetragener Schuld zurückgefordert werden kann. Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1847. (Präj. Nr. 1849.) (Präj. Samml. S. 226, Entsch. Bd. 14. S. 456.)

β) Nach §. 1272. A. L. R. II. 20. kann das, was über die gesetzmäßigen Zinsen gezahlt ist, binnen sechs Jahren nach völlig abgetragener Schuld, also nicht bloß innerhalb sechs Jahren nach Zahlung der Zinsen selbst, zurückgefordert werden.

(Centralbl. 1839 S. 1017.)

3) Der ordentliche Zinsfuß beträgt fünf Prozent, welcher nach §. 841. für landüblich gilt und auch bei vertragsmäßigen Zinsen in der Regel nicht überschritten werden darf. (§§. 804. sqq. h. t. und A. L. R. II. 20. §. 1271.) Es gelten hiervon folgende Ausnahmen:

a) Wenn nach dem Provinzialrechte ein höherer Zinsfuß erlaubt ist.

(Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794 §. III., Einl. zum A. L. R. §§. 1. und 2.)

Was die einzelnen Provinzen betrifft, so ist der übliche Zinsfuß verschieden.

α) In der Mark Brandenburg sind die Zinsen auf 5 Prozent herabgesetzt.

(Ed. v. 1565, Mylius Tom. II. Abtheil. 1. No. 11., v. 1695 No. 82., v. 26. Nov. 1700, No. 93., Hyp. O. v. 4. Febr. 1722 §. 18., Dekl. v. 14. Juni 1726 §. 7., Mylius Tom. II. Abtheil. II. p. 238.)

β) In Pommern waren immer nur 5 Prozent üblich.

(Leyser Spec. ad Pand. 245. m. 4.)

γ) In Ostpreußen und Litthauen betrugen die landüblichen Zinsen stets 6 Prozent.

(Instr. v. 30. Juli 1770 Sect. III. §. 18. [N. C. C. Tom. II. Abtheil. 1a. p. 465], Dekl. dazu v. 30. Juli 1774 [Stengel Bd. 12. p. 63—74], Prov. R. Zus. 22. zum §. 804. A. L. R. I. 11., R. v. 12. Mai 1800 [N. C. C. Tom. X. p. 2937, N. A. Bd. 1. S. 153, Rabe Bd. 6. S. 120] u. K. O. v. 30. Dec. 1811 [G. S. 1812 S. 3.])

δ) In Westpreußen wurde der Zinsfuß durch das Preuß. L. R. von 1721 P. II. Bd. IV. Tit. 2. auf 6 Prozent festgesetzt, welches durch die Reg. Instr. v. 21. Sept. 1773 §. 13. No. IV. I. unter näheren Bestimmungen bestätigt worden ist.

Das Westpreuß. Prov. R. v. Jahre 1844 §. 7. (G. S. 1844 S. 105) gestattet, daß Zinsen durch Vertrag auf 6 Prozent festgesetzt werden können, wogegen als gesetzliche Zinsen nur 5 Prozent gefordert werden dürfen, falls nicht das A. L. R. einen höheren Zinssatz festsetzt, welches auch von Zögerungszinsen gelten soll.

ε) In Schlesien sind die Zinsen der Darlehne zuerst durch den Fürstentagsschluß von 1546 auf 6 Prozent festgesetzt. (Vater's Repert. Bd. 1. S. 33, Stengel Bd. 12. S. 351.) Wegen der pragmatischen Sanktion v. 26. Nov. 1704 (Brachvogel's Ed. Samml. Tom I. p. 328, Samml. alter u. neuer Schles. Prov. Gesetze P. I. p. 101) ist dieser Zinsfuß immer als erlaubt anerkannt worden.

(Ed. v. 1. Aug. 1765 §. 6., Samml. Schles. Ed. VIII. p. 117.)

Das R. v. 15. Sept. 1794 (an die Ob. A. Reg. zu Glogau) bemerkt, daß es bei den in Schlesien bisher gesetzmäßig erlaubten Zinssätzen vor der Hand und bis zur Emanation des Provinzial-Gesetzbuches sein Bewenden haben solle.

(Stengel Bd. 11. S. 351 u. Bd. 15. S. 312, Rabe Bd. 2. S. 693.)

Vergl. auch:

αα) A. Wentzel, das jetzt bestehende Provinzialrecht des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz. 8. Breslau 1838. S. 131. ff.

ββ) Hilliges, zwei Abhandlungen aus dem Gebiete des Schlesischen Provinzialrechtes. 8. Glogau 1838. (1. Abhandl. über den sechsten Zinsthaler in Schlesien, S. 1—14.)

ζ) In Betreff der Provinz Posen vergl. die Erg. zum Publ. Pat. v. 9. Nov. 1816 wegen Wiedereinführung der Preuß. Gesetze in die Provinz Posen, §. 17. (s. ob. S. 16—17.)

b) Wenn mit Ausländern kontrahirt ist, sofern sie nach ihren persönlichen Rechten rechtsgültig höhere Zinsen versprechen können, ohne Rücksicht auf die Gesetze des Ortes, wo der Kontrakt geschlossen ist. Dies nehmen an:

α) die Entscheidung der Gesetzkomm. v. 1. Juli 1794 (mitgetheilt durch das R. v. 14. ej. m.), welche ausspricht, das das in der Ostpreuß. Reg. Instr. v. 30. Juli 1794 enthaltene Verbot, wegen Stipulirung höherer Zinsen als 6 Proz., auf Verbindungen, welche mit Ausländern eingegangen worden, nicht anzuwenden, vielmehr es bei der bisherigen Observanz zu belassen sei, nach welcher von Polen und Russen gültigerweise 10 Prozent stipulirt werden können.

(Stengel Bd. 1. S. 367, Klein Bd. 14. S. 386, Rabe Bd. 2. S. 666.)

β) Koch, weil die Verabredung eines beliebigen Miethsquantums für geliehenes Geld an sich etwas Erlaubtes sei und der Richter des Schuldners, welcher denselben auf Anrufen des Gläubigers zur Erfüllung des Versprechens anhalte, die in den ihm zur Richtschnur dienenden Gesetzen nicht anerkannten ausländischen Polizeigesetze (Wuchergesetze) nicht zu vollstrecken habe. Hiernach entscheide sich auch die Frage in dem Falle, wenn ein Inländer, nach dessen Provinzialrechte 6 Prozent gültig versprochen werden können, an einem Orte, wo der Zinsfuß nur 5 Prozent beträgt, höhere Zinsen verschrieben habe. (Recht der Ford. Bd. 1. S. 158.)

c) In Betreff der Kaufleute und der Juden vergl. §§. 805—808. h. t. und die Erg. dazu.

d) In Betreff der öffentlichen Pfandleiher vergl. A. L. R. I. 20. §§. 263—270. und die Erg. dazu.

e) Vergl. auch die Vorschriften des A. L. R. II. 18. §. 486., II. 20. §. 418., §§. 825. u. 826. h. t. u. I. 20. §. 231.

4) Ist es erlaubt, sich von geldwerthen Papieren, deren Rückzahlung ebenso erfolgen soll, doch nach dem Nennwerthe und nicht nach dem Koursbetrage zu 5 vom Hundert Zinsen stipuliren zu lassen?

Der Gesetzrevisor theilt mit, daß das Justizmin. in dem R. v. 27. Sept. 1814 (Justizmin. Akt. Z. No. 3. Bl. 84.) diese Frage bejahe, welches das O. L. G. zu Breslau daraus deducire, daß kein Verbotsgesetz entgegenstehe, und der Zinssatz bloß positiv sei.

Der Gesetzrevisor verneint ex §. 803. h. t. und der Dekl. v. 4. April 1811, und nimmt an, daß die Zinsen nur nach dem Koursbetrage an dem Tage, wo das Darlehn gegeben wurde, abzumessen sind. Denn so viel habe der Schuldner nur zum Verbrauche, den jedes Darlehn voraussetze, bekommen.

(Gesetzrev. Pens. 1. Mot. zu Abschn. 11. Tit. 2. des 1. Entw. zum Crim. Gesetzb. Bd. 4. S. 196.)

5) R. v. 4. Nov. 1818. Beim Zinsenfuß ist auf die zur Zeit des Versprechens gültigen Gesetze zu sehen.

(Jahrb. Bd. 12. S. 258, Gräff Bd. 1. S. 22.)

Koch hält die Annahme dieses R. für unrichtig und nimmt an, daß, wenn ein späteres Gesetz den Zinssatz niedriger stellt, solches auch für die schon bestehenden Verbindlichkeiten gilt, weil Alles, was aus polizeilichen und strafrechtlichen Gründen verboten wird, von dem Augenblicke des Verbotes an nicht mehr geduldet wird.

(Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 2. S. 27.)

§§. 805—807. I. Vorschriften in Betreff der Kaufleute.

1) Vergl. A. L. R. II. 8. §§. 684. sqq.

2) Welche Personen gelten in Beziehung auf das Recht eines erhöhten Zinsfußes für Kaufleute, und wann findet ein Anspruch auf diesen erhöhten Zinsensatz statt?

α) Bielitz führt aus:

Es kommt bei Beantwortung der ersteren Frage theils die Art des Handels, theils der Ort, wo er betrieben wird, in Betracht, und außerhalb einer Stadt genießt nur derjenige die Rechte eines Kaufmannes, welcher den Handel im Großen treibt. Die Beantwortung der zweiten Frage hängt sowohl von dem Geschäfte, wodurch die Schuld entstanden ist, als von der Person des Schuldners ab. Wenn ein Kaufmann Jemandem ein Gelddarlehn vorstreckt, oder baare Vorschüsse für ihn macht, so darf er sich stets Sechs Prozent Zinsen davon ausbedingen, und wegen verjährter Zahlung fordern. Für gelieferte Waaren kann er hingegen Sechs Prozent Zinsen nur von einem anderen Kaufmanne, nicht aber von einem Nicht-Kaufmanne verlangen. Auch fangen die Zögerungszinsen, wenn die Zeit der Zahlung nicht bestimmt worden, bei einem Kaufmanne gleich vom Tage der Verwendung, bei einem Nicht-Kaufmanne aber erst 14 Tage nach der geschehenen Mahnung oder übersendeten Rechnung, und daferne keine solche Erinnerung erfolgt sein sollte, erst nach Verfluß eines Jahres zu laufen an. Bei baaren Geldern, die ein Kaufmann en gros Jemandem ohne besondere Sicherheit auf nicht länger als

6 Monate darleiht, findet gar keine Beschränkung des Zinsfußes statt, und nur nach Ablauf der 6 Monate, oder wenn während derselben der Schuldner in Konkurs geräth, tritt der gewöhnliche kaufmännische Zinsfuß zu 6 Prozent ein. (Nachtr. Hft. 1. S. 131.)

β) Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 26. Jan. 1815 aus, daß bei Forderungen, die sich aus einem Pachtvertrage herschreiben, auch Kaufleute unter einander nur landübliche Zinsen zu fordern befugt seien. Denn der §. 805. beziehe sich nur auf Darlehne der Kaufleute in kaufmännischen Geschäften und finde auf Pacht-Angelegenheiten überall keine Anwendung. (Simon's R. Bd. 1. S. 21.)

3) Der Zinssatz von 6 Prozent ist bei allen von einem Kaufmann gemachten Darlehnen statthaft, ohne Rücksicht darauf, ob der Darlehns-Empfänger ein Kaufmann, oder ob das Darlehn als ein kaufmännisches Geschäft gemacht ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1837. (Präj. Nr. 396.) (Präj. Samml. S. 67.)

Vergl. indeß den §. 808. h. t. und die Erg. dazu.

II. Vorschriften in Betreff der Juden.

1) Erklärung v. 20. April 1813, daß kein Staatsbürger jüdischer Religion höhere, als den Kaufleuten erlaubte Zinsen sich versprechen lassen dürfe.

Ich habe aus Ihrem Berichte mit Mißfallen ersehen, daß einige Juden im Departement der Liegnitz'schen Regierung sich noch jetzt unterfangen, von ihren Schuldnern übermäßige Zinsen unter dem Vorwande zu erheben, daß ihnen solches durch das der Judenschaft zu Groß-Glogau ertheilte Privilegium v. 25. Mai 1743 erlaubt sei. Da dies der Absicht des Ed. v. 11. März 1812 ganz zuwider ist, welches, mit Aufhebung aller die Juden betreffenden und nicht ausdrücklich beibehaltenen früheren gesetzlichen Vorschriften, verordnet, daß die Juden gleiche bürgerliche Rechte und Freiheiten mit den Christen genießen und in ihren privatrechtlichen Verhältnissen nach eben den Gesetzen beurtheilt werden sollen, welche anderen Bürgern des Staates zur Richtschnur dienen, so folgt von selbst, daß auch die in dem Privilegio v. 25. Mai 1743, so wie in dem Generalprivilegio v. 17. April 1750 und in dem A. L. R. I. 11. §. 805. enthaltenen besonderen Bestimmungen wegen der den Juden damals erlaubten Zinsen für aufgehoben zu achten sind.

Kein Jude kann daher höhere, als landübliche, oder, wenn er ein Kaufmann ist, höhere, als den Kaufleuten erlaubte Zinsen rechtsgültigerweise sich versprechen, noch zahlen lassen. Auch aus Verträgen, die vor der Publikation des Edikts v. 11. März 1812 errichtet worden, dürfen keine höhere Zinsen, doch mit Ausnahme der bis zum Tage der Publikation dieses Edikts laufenden, erhoben werden.

In Ansehung der durch rechtskräftige, vor der Publikation des Edikts eröffnete Erkenntnisse, nach damals geltenden Rechten festgesetzten Zinsen soll es bei dem, was einmal erkannt ist, das Verbleiben haben.

Gegen diejenigen Juden, welche höhere Zinsen, als die Gesetze nach den vorstehenden Bestimmungen verstatten, sich versprechen oder geben lassen, ist nach den Vorschriften des A. L. R. II. 20. §. 1271. u. folg. zu verfahren.

Ich beauftrage Sie, dieses durch die G. S. bekannt zu machen und Sorge zu tragen, daß allenthalben fest darüber gehalten werde.

Breslau, den 20. April 1813. Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1813 S. 77.)

2) Da nach §. 1. des G. v. 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden die jüdischen Unterthanen im ganzen Umfange der Monarchie, soweit das G. nicht besondere Ausnahmen verordnet, neben gleichen Pflichten auch gleiche Rechte mit den christlichen Unterthanen haben sollen, so sind sie auch in Betreff der Zinsen den christlichen Einwohnern gleichgestellt. (G. S. 1847 S. 263.)

3) Vergl. Art. 12. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850.

(s. zum A. L. R. II. 13.)

§. 808. 1) Die im §. 808. geordnete Beschränkung des Zinssatzes tritt nicht ein, wenn einem Kaufmanne zur Sicherheit eines gegebenen Darlehns hypothekarisch eingetragene Kapitalien von einem gleichen oder höheren Betrage verpfändet, oder gegen die Verpflichtung zur Rückcession cedirt worden sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1837. (Präj. Nr. 277.) (Präj. Samml. S. 67.)

2) Das Verbot des §. 808. bezieht sich nur auf die Ausbedingung von Konventionalzinsen; für Zinsen aus einem anderen Rechtsgrunde enthält diese Bestimmung keine Beschränkung. Daher kann z. B. ein Kaufmann auch von einer Hypothekenforderung höhere Verzugszinsen fordern; nur haftet die Hypothek überhaupt nicht für die Verzugszinsen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1835.

(J. W. 1835 S. 177 u. 192.)

3) Der §. 808. setzt zu seiner Anwendung voraus:

a) das Vorhandensein eines nach der Preuß. Hyp. O. eingerichteten Hypothekenbuches, so daß dem Gläubiger die diesen Vorschriften gemäß erfolgte Eintragung seines Hypothekenrechtes verschafft werden kann; denn wer sich die daraus entstehenden Vortheile und die Sicherheit einer eingetragenen Hypothek verschaffen will, soll dagegen auf höhere, als landesübliche Zinsen keinen Anspruch machen dürfen;

b) daß die Eintragung wirklich erfolgt sei. Denn der §. 808. bestimmt nicht nur, daß der Zinssatz von 5 Prozent bei Darlehnen stattfinden solle, die gegen Eintragung auf Grundstücke gemacht worden, sondern der §. 172. Tit. II. der Hyp. O. erachtet es sogar als Regel und der Vorsicht eines sorgsamen Gläubigers angemessen, daß er das Darlehn nicht eher zahle, als bis der Schuldner ihm das eingetragene Dokument zu übergeben und daraus die versprochene Sicherheit darzuthun im Stande ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Jan. 1840.

(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 190.)

4) Ein Anerkenntniß des Schuldners kann das Verbot des §. 808. nicht beseitigen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1847.

Bei der Existenz des Verbots, welches in dem §. 808. h. t. und in §§. 1271., 1272. A. L. R. II. 20. ausgesprochen ist, kann auch ein Anerkenntniß dessen Ueberschreitung nicht obligatorisch machen. Selbst in dem Falle, wenn das Anerkenntniß eine neue causa debendi darstellen möchte, würde auch diese unzulässig sein, weil sie in der gesetzlich unstatthaften Stipulation eines höher als zulässigen Zinsbetrages von einem eingetragenen Kapitale bestehen würde. (Rechtsf. Bd. 3. S. 227 Nr. 113.)

5) Wird die Eintragung einer Forderung mit Zinsen nach einem höheren Zinssatze im Wege der Exekution durch das Verbot des §. 808. betroffen?

Es bejahen:

a) das Justizmin. in dem R. v. 2. Aug. 1833, weil die §§. 804., 808. Verbotsgesetze enthielten, welchen auch rechtskräftig erstrittene Forderungen, sobald sie einzutragen, unterlägen.

(Jahrb. Bd. 42. S. 176, Gräff Bd. 7. S. 179.)

b) Bornemann, aus gleichem Grunde und weil der Richter, der doch nur den Konsens des Schuldners ergänze, ein Mehreres, als wozu der Letztere befugt sei, nicht bewilligen und durch Eintragung sanktioniren könne.

(System Bd. 4. S. 372, 2. Ausg. Bd. 4. S. 238.)

Das Justizmin. hat indeß in dem R. v. 30. Dec. 1835 angenommen, daß dem Gläubiger zustehe, zu verlangen, daß der Zinsenrückstand, zu dessen Zahlung der Schuldner rechtskräftig verurtheilt worden, kapitalisirt und im Wege der Exekution als ein neues Kapital eingetragen werde, so daß insoweit auch die Eintragung von mehr als 5 Prozent zulässig.

(Jahrb. Bd. 46. S. 573, Gräff Bd. 8. S. 246.)

Bornemann tritt dieser Meinung ebenfalls bei.

(System Bd. 4. S. 373, 2. Ausg. Bd. 4. S. 238.)

Dagegen hält Schmidt diese Ansichten für unrichtig[1]).

In den Fällen, wo höhere Zinsen als 5 Prozent unzulässig sind, sei nicht bloß die Eintragung verboten, sondern es falle auch die persönliche Forderung weg. Wo aber diese bestehe, da könnten sie auch eingetragen werden. Dies sei namentlich der Fall, wenn ein Provinzialgesetz den Zinsfuß von 6 Prozent erlaube, oder wenn die Eintragung bloß im Wege der Exekution erfolge. Denn in dem letzteren Falle sei das Darlehn nicht »gegen Eintragung« gemacht, sondern der Gläubiger wolle vielmehr durch die Eintragung eine gültig entstandene Forderung nachträglich sichern, und diese Sicherung erfolge aus demselben Rechtsgrunde, aus dem er Pfänder ergreifen lasse. Die Forderung, welche der Gläubiger sogar einziehen lassen könne, dürfe er gewiß um so viel mehr bloß sichern, und der in dem R. v. 30. Dec. 1835 vorgeschlagene Ausweg sei so-

---

[1]) Bornemann bemerkt übrigens selbst, daß für die Verneinung der oben aufgeworfenen Frage angeführt sei, daß das Gesetz nur vrn Darlehnen, oder doch in der möglichst weitesten Ausdehnung nur von freiwilligen Verpfändungen eines Grundstückes zu verstehen, mithin nicht auf Eintragungen, die im Wege der Exekution nachgesucht würden, auszudehnen sei.

(System Bd. 4. S. 372, 2. Ausg. Bd. 4. S. 238.)

mit eben sowohl unrichtig (da der Richter keine Kapitalisation kontrahiren könne), als überflüssig.

(Grundsätze des gem. u. Preuß. Pfandrechts S. 138, vergl. Centralbl. 1840 S. 968.)

Der Verfasser des Auff. im J. M. Bl. 1848 S. 47 tritt der Ansicht Schmidt's bei, indem er mittheilt, daß für dieselbe eine Bemerkung Suarez's in der rev. mon. spreche, und bemerkt, daß, wenn der Zweck der Eintragung eines rechtskräftig erstrittenen höheren Zinssatzes überhaupt auf eine andere Weise, nämlich auf dem in dem R. v. 30. Dec. 1835 angedeuteten Umwege erreicht werden könne, es einfacher und angemessener sei, ohne die damit verbundenen Weitläuftigkeiten und Kosten, die Eintragung unmittelbar aus dem rechtskräftigen Erk. selbst zu gestatten. Auch spreche der §. 808. nur von Darlehnen und könne daher auf Forderungen, die aus einem anderen Rechtsgrunde entspringen, nicht ohne Weiteres ausgedehnt werden.

Das Justizmin. hat neuerdings die Frage für zweifelhaft erklärt und deshalb in einem zur Beschwerde gediehenen Falle die Eintragung einer Protestation wegen des höheren Betrages des Zinssatzes angeordnet. (J. M. Bl. 1848 S. 48.)

Koch spricht sich für die Verneinung der Frage aus.

(Landr. Bd. 1. Anm. 35. zum §. 808. h. t.)

§. 810. 1) Es ist ein wucherliches Geschäft, wenn der Cessionar einer Darlehnsforderung, welche nach dem höchsten erlaubten Zinsfuße verzinst wird, für die Stundung dieser Forderung sich besondere Vortheile vom Schuldner versprechen läßt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. April 1837. (Präj. Nr. 243.) (Präj. Samml. S. 227.)

2) R. v. 13. Aug. 1798. Die Bewilligung von Zahlungsnachsichten gegen Douceurs ist für Wucher zu erachten.

(Rabe Bd. 5. S. 181, 185, Stengel Bd. 7. S. 202.)

3) Das für die Stundung eines fälligen Hypothekenkapitals dem Gläubiger desselben von dem Schuldner Gegebene hat die Natur der Zinsen, und es kann daher der bis zur Rückzahlung des Kapitals mit Hinzurechnung der vorbedungenen, das Maß der gesetzlichen Zinsen übersteigende Betrag zurückgefordert werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1855, unter Bezugnahme auf den nach Art. XI. des Einführungs-Gesetzes zum Strafgesetzbuche v. 14. April 1851 noch geltenden §. 1271. A. L. R. II. 20. und auf den §. 810. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 139 Nr. 33.)

§§. 810. sqq. Der Darlehnsschuldner, welcher dem Gläubiger an Stelle der Zinsen ein fruchttragendes Grundstück zur Benutzung eingeräumt hat, kann dem Ersteren wegen des etwanigen Mehrbetrages der Nutzungen nicht die Einrede der Zahlung auf das Kapital entgegensetzen, vielmehr bleibt ihm nur überlassen, seinen desfallsigen Anspruch, gleich wie bei zuviel gezahlten Zinsen, im Wege der Kompensation oder Rekonvention geltend zu machen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Nov. 1853.

Es liegt hier ein antichretisches Pfandgeschäft, welches die §§. 139—144. A. L. R. I. 20. voraussetzen, nicht vor, sondern es finden die §§. 810. ff. h. t. Anwendung und beiderlei Rechtsgeschäfte sind ganz verschiedenartige. Die Geltendmachung des Mehrbetrages der gezogenen Nutzungen und die Forderung der Abrechnung auf das Kapital involvirt aber bei dem Vorhandensein der Antichrese den Einwand der Zahlung, bei dem Abkommen nach §§. 810. ff. h. t. dagegen den Einwand der Kompensation, welcher nur im Wege dieser letzteren oder der Rekonvention ausgeführt werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 39 Nr. 8.)

§§. 818—821. 1) Ueber die Motive der §§. 818—821. vergl. Suarez Bemerk. in der amtlichen Schlußrevision ad h. l.

(Jahrb. Bd. 41. S. 23.)

2) Meditation über den §. 818. im Centralbl. 1838 S. 37—38.

§. 819. Die Worte: zweijährige oder noch ältere Rückstände, lassen es zweifelhaft, ob von einem Rückstande die Rede, welcher bereits zwei Jahre alt geworden, d. h. seit zwei Jahren fällig gewesen ist, oder von einem zweijährigen Zinsbetrage, ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung, dergestalt, daß sofort, nachdem die Zinsen der letzten zwei Jahre verfallen sind, es möge der Rückstand aus den letzten zwei Jahren herrühren oder älter sein, eine neue Verschreibung ausgestellt werden könne?

Was zuvörderst die Entstehung der erwähnten Bestimmung betrifft, so ergeben die Materialien, nach der Mittheilung der Gesetzrevisoren, darüber Folgendes:

Die Bestimmung ist aus dem gedr. Entw. zum Gesetzbuche §. 616. h. t. wörtlich in den Text übernommen; in dem ungedr. Entw. aber hieß es:

§. 82. Doch können auch über Zinsenrückstände, in sofern solche schon über zwei Jahre alt sind, neue Schuldscheine gegeben, und Interessen darin verschrieben werden.

Hiergegen war von den Geh. Räthen v. Könen und Scholz erinnert worden, die Bestimmung könne zu leicht zum Druck der Schuldner führen. Suarez trat diesem bei, fügte aber hinzu: »allenfalls würde er dergleichen negotia nur in sofern gelten lassen, als solche gerichtlich vollzogen worden.« Darauf entstanden die §§. 616. u. 617. Thl. II. Tit. 8. des gedr. Entw., die sich in den §§. 819. u. 820. d. T. wörtlich wiederfinden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Motive S. 147.)

Von den beiden oben erwähnten Auslegungsarten nehmen die letztere an:

1) das Justizmin. in den R.:

a) v. 2. Nov. 1811.

Die Meinung derjenigen, welche den §. 819. für anwendbar halten, sobald die rückständigen Zinsen eines Kapitals einen zweijährigen Betrag erreichen, es möge dieser Rückstand aus den letzten zwei Jahren oder aus früheren Jahren entstanden sein, ist für die richtige zu achten, und hiernach in vorkommenden Fällen um so mehr zu verfahren, da nach dem §. 46. der Einl. des A. L. R. der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen darf, als welcher aus den Worten und aus dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, deutlich erhellet; in dem vorliegenden Falle aber die Worte des angeführten §. 819.: zweijährige oder noch ältere Zinsenrückstände, deutlich genug zeigen, daß jeder zweijährige oder mehr als zweijährige und ältere Zinsenrückstand, ohne weitere Rücksicht auf die Zeit seiner Entstehung, gemeint ist, wogegen, wenn das Gesetz so erklärt werden sollte, daß der zweijährige Rückstand aus einem Zeitraume vor den letzten zwei Jahren herrühren müsse, die Worte: oder noch ältere Rückstände, etwas ganz Ueberflüssiges enthalten, und ohne allen bestimmten Zweck beigefügt sein würden, welches nicht zu vermuthen, auch nach den, bei der jetzigen Veranlassung zu Hülfe genommenen Materialien und Vorarbeiten des A. L. R. nicht anzunehmen ist, welche vielmehr die natürliche Erklärung des Gesetzes dahin beschränken, daß dasselbe von jedem zwei- oder mehrjährigen Rückstande zu verstehen ist.

(Simon Z. Bd. 1. S. 2.)

b) v. 27. Aug. 1814, indem es lediglich auf den Sprachgebrauch Bezug nimmt.

(Jahrb. Bd. 3. S. 263, Gräff Bd. 1. S. 45.)

2) Grävell, welcher sich auf das R. v. 27. Aug. 1814 stützt und hinzufügt, daß der §. 819. keineswegs dahin zu beschränken sei, daß es gerade ein volle zwei Jahre betreffender Zinsenrückstand sein müsse, worüber der neue Schuldschein ausgestellt werden soll. Es könne solches auch über einjährige oder vierteljährige Zinsen geschehen, wenn nur der Anfang des Zeitraumes, aus welchem sie herstammen, mindestens bis auf zwei Jahre a dato des neuen Schuldscheines oder noch weiter zurückgehe. (Kreditgesetze Bd. 3. S. 146 Anm. *)

3) Bielitz, weil:

a) die im ersten Entw. zum A. G. B. enthaltene Fassung des §. 819. nicht beibehalten, sondern jener §. nachher, so wie er jetzt laute, abgeändert worden sei;

b) in §. 505. A. L. R. I. 20. und §. 151. A. G. O. I. 50. der Ausdruck »ältere Zinsenrückstände« von mehr als zweijährigen solchen Rückständen gebraucht, und aus diesen anderen Gesetzesstellen sich zugleich der Grund ergebe, warum über zweijährige Rückstände die Ausstellung eines neuen Schuldscheines gestattet sei, weil nämlich solche Rückstände, wenn sie nicht beigetrieben wurden, in Konkursen nicht mit dem Kapital gleiche Rechte haben; endlich

c) weil es schon im gemeinen Rechte nicht für einen unerlaubten Anatocismus angesehen worden sei, wenn der Schuldner die Zinsenrückstände als ein neues zinsbares Kapital übernommen habe, und dieses nur bei den nicht mit dem Tage eingehenden Zinsen gemißbilligt worden, woraus wahrscheinlich der §. 819. h. t. entstanden sei.

(Nachtr. II. S. 52, vergl. J. Z. 1836 S. 39.)

Dagegen wird die erstere Interpretations-Art vertheidigt von von und zur Mühlen, welcher dafür anführt:

a) die Wortfassung des §. 819., indem von einem älteren als zweijährigen Zinsenrückstande nur einem zwei Jahr alten gegenüber die Rede sein

könne; während einem zweijährigen Zinsenbetrage ein mehrjähriger hätte entgegengesetzt werden müssen;

b) stehe diese Ansicht mit den Vorschriften der A. G. O. I. 50. §§. 150., 151., 477. b. im Einklange, wonach nur die Zinsen aus den letzten zwei Jahren vor eröffnetem Konkurse an der Stelle des Kapitals, die älteren dagegen post omnes angesetzt werden.

c) Der (oben mitgetheilte) **Inhalt der Materialien** spreche für diese Ansicht. Denn da auf das gegen die Bestimmung gezogene Monitum bei der Umarbeitung des Entw. nicht eingegangen, sondern die Bestimmung so, wie sie sich im A. L. R. findet, in §§. 616—617. Tit. 8. Thl. II. des Entw. hinübergenommen sei, ohne daß die Gründe ersichtlich, so sei anzunehmen, daß der Sinn des Gesetzes nicht habe geändert werden sollen.

(Simon's Z. Bd. 1. S. 1—6.[1])

Bornemann, welcher dagegen der Ansicht ist, daß die Redaktoren die Fassung des Entwurfes nicht verändert haben würden, wenn sie das, was dieser deutlich ausspricht, hätten beibehalten wollen, will deshalb den §. 819. nur aus ihm selbst und nach den darin gebrauchten Worten deuten, und legt denselben, nicht ganz mit der Interpretation des **Justizmin.** übereinstimmend, dahin aus, daß die Ausstellung eines Schuldscheins zulässig sein soll:

a) über einen vollen, zweijährigen Zinsenrückstand vom Tage der beabsichtigten Novation zurückgerechnet;

b) über den älteren Zinsenrückstand, wenngleich derselbe einen zweijährigen Zeitraum nicht umfassen sollte.

(System Bd. 3. S. 316—318, 2. Ausg. Bd. 3. S. 171.)

Koch versteht den Ausdruck: »zweijährige oder noch ältere Zinsrückstände« von Zinsrückständen, d. h. fällig gewordenen Zinsterminen, welche entweder zusammengerechnet einen zweijährigen Betrag ausmachen, oder, wenn sie nicht so viel betragen, wenigstens seit zwei Jahren fällig sind. Für diese Auffassung spreche die Abänderung der ursprünglichen Fassung, nach welcher der nach der ersten Auslegung in der Stelle enthalten sein sollende Sinn wortdeutlich ausgedrückt war. Man habe die Vorschrift in diesem Sinne verworfen. Außerdem werde die Absicht erreicht, daß nicht über jeden zufälligen Zinstermin und nicht über jeden Jahresbetrag eine neue verzinsliche Verschreibung ausgestellt werden solle.

(Landr. Bd. 1. Anm. 40. zum §. 819. h. t.)

§. 821. 1) Die im §. 821. festgesetzte Befugniß, Zinsen von Zinsen zu fordern, setzt ausdrücklich die Existenz eines richterlichen Urtels voraus, und des letzteren Stelle vertritt nicht ein nach §. 15. A. G. O. I. 28. erlassenes Zinszahlungs-Mandat.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** unterm 17. Okt. 1832. (Präj. Nr. 1.)

Der im §. 821. gebrauchte Ausdruck: »Urtel«, »Erkenntniß« setzt voraus, daß der Schuldner durch einen, nach vorgängiger, vorschriftsmäßiger Erörterung des streitigen Sachverhältnisses ergangenen Richterspruch, gegen den die etwanigen Rechtsmittel zulässig, zur Zahlung von Zinsen für verpflichtet erklärt worden. Ein solches Verfahren findet bei Erlassung eines Zinszahlungs-Mandates nach §. 28. A. G. O. I. 15. nicht statt; auch ist bei dieser, zur Vermeidung des Zinswuchers gegebenen Vorschrift der strengsten Interpretation der Vorzug zu geben. (Präj. Samml. S. 67, Simon's R. Bd. 3. S. 155.)

Derselben Ansicht sind:

a) das **Justizmin.** in dem R. v. 1. März 1822; denn der §. 821. setze in mehreren Beziehungen ausdrücklich ein **Urtel** voraus, und es könne dies zur Verhütung des Zinswuchers gegebene Gesetz nicht ausdehnend erklärt und auf bloße Zinszahlungs-Mandate nicht angewandt werden. (Jahrb. Bd. 19. S. 164, Gräff Bd. 1. S. 46.)

b) Die **Gesetzrevisoren**, welche die Entscheidung des R. v. 1. März 1822 in der Natur der Sache begründet finden; dagegen aber die Ansicht aussprechen, daß **Agnitions-Resolute** und **gerichtliche Vergleiche** in dieser Beziehung dem rechtskräftigen Erk. gleichstehen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 148.)

Dagegen ist **Bornemann** der Meinung, daß seit Einführung des Mandatsprozesses die Ansicht des Justizmin. nicht mehr zutreffe.

(System Bd. 3. S. 319, 2. Ausg. Bd. 3. S. 173.)

Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß das Mandat, wenn keine Einwendungen erhoben werden, die Stelle des Urtels vertrete und daß unter dem »Erkenntnisse« jeder exekutorische Titel (auch gerichtliche Vergleiche in Prozessen und Schiedsmannsvergleiche) zu verstehen seien. (Recht der Ford. Bd. 1. S. 171, Landr. Bd. 1. Anm. 41. zum §. 821. h. t.)

2) Ist im §. 821. nur von dem Falle die Rede, wo ein Zinsrückstand für sich allein eingeklagt worden, oder findet die Bestimmung auch dann Anwendung, wenn das Kapital mit den rückständigen Zinsen den Gegenstand des Urtels bildet, und muß nicht wenigstens die Summe des Zinsenbetrages im Erk. angegeben sein, oder genügt es, wenn Jemand zur Zahlung einer gewissen Summe nebst Zinsen von einem bestimmten Termine verurtheilt worden?

Die **Gesetzrevisoren** bemerken, daß die Materialien keinen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage geben; allein die Fassung des Textes lasse eine ausgedehnte Anwendung zu, und es sei kein Rechtsgrund aufzufinden, weshalb die Lage des Gläubigers vortheilhafter sein solle, wenn er einen Zinsrückstand ohne das Kapital, als wenn er ihn mit dem Kapital gefordert hat. (Gesetzrev. a. a. O.)

Derselben Ansicht sind **Bornemann** (System Bd. 3. S. 318, 2. Ausg. Bd. 3. S. 173) und **Koch** (Landr. Bd. 1. Anm. 42. zum §. 821. h. t.)

3) Die gesetzliche Befugniß des Gläubigers, von einem Zinsenrückstande, zu dessen Bezahlung der Schuldner verurtheilt worden, Zögerungszinsen seit dem Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses zu fordern, sobald der Schuldner vor Ablauf der im Urtel bestimmten Frist die Zahlung nicht leistet, erstreckt sich nur auf rückständig verbliebene **vorbedungene**, nicht auf Zögerungszinsen.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 28. Sept. 1839. (Präj. Nr. 738.)

Es ist in der Natur der Sache der vom Gesetze anerkannte Unterschied zwischen vorbedungenen und Zögerungszinsen begründet. Letztere sind der Ersatz des Schadens, welchen der Gläubiger durch die verzögerte Zahlung des Kapitals erleidet, wofür er nach §. 833. keine weitere Vergütigung fordern kann. Wenn der Schuldner durch Erkenntniß zur Zahlung eines Kapitals und der Verzugszinsen von einem bestimmten Tage an verurtheilt wird, so werden dem Gläubiger bei einem fortdauernden Verzuge des Schuldners von dem im Urtel festgesetzten Tage an bis zur Zahlung die ferneren Zinsen des Kapitales als Entschädigung zu Theil. (§§. 827. u. 833.) Zinsen von den bis zur Zahlung laufenden Zinsen können dem Gläubiger nicht zuerkannt werden, weil er sonst gegen die Bestimmung des §. 833. doppelte Entschädigung erhalten würde. Dagegen sind vorbedungene Zinsen keine Entschädigung des Gläubigers für die verspätete Kapitalszahlung, sondern, wie das Kapital selbst, eine vertragsmäßige Leistung des Schuldners, und schon der Vertrag bestimmt deren Zahlung, bei deren Ausbleiben der Gläubiger einen Anspruch auf das Interesse wegen der Nichterfüllung des Vertrages hat. Dies Interesse würde ihm an sich nicht bloß vom Kapital, sondern auch von den Zinsen zu gewähren, mithin hier eine Forderung von Zinsen von Zinsen begründet sein, wenn nicht auch in dieser Beziehung die Gesetze (§§. 818. sqq.) beschränkende Vorschriften enthielten. Auf eine solche Entschädigung in Ansehung der vorbedungenen, aber rückständig gebliebenen Zinsen bezieht sich die Vorschrift des §. 821. Sie findet Anwendung, wenn der Schuldner zur Bezahlung vorbedungener Zinsen für einen bestimmten verflossenen Zeitraum verurtheilt worden, und in der Erfüllung dieser Leistung auch noch über den Zeitpunkt der eingetretenen Rechtskraft des Erk. hinaus säumig ist. Es ist hier schon vor der Entscheidung ein vom Verfalltage der Zinsen beginnender Zinsenrückstand vorhanden, welches nicht der Fall ist, wenn der Termin der Zögerungszinsen erst im Urtel festgesetzt wird, wo vielmehr der Zahlungstag für die Zinsen mit der Rechtskraft des Urtels zusammenfällt. Daher ist der §. 821. auf **vorbedungene** Zinsen zu beschränken, deren Unterschied von Zögerungszinsen sich wesentlich darin zeigt, daß bei jenen durch den im Vertrage bestimmten Verfalltag auch der Rückstand begründet wird, bei diesen dagegen für den Schuldner vor dem durch das Erk. bestimmten Zahlungstage ein Zinsrückstand noch nicht aufgelaufen ist. Hiermit harmoniren auch die §§. 64. ff. A. L. R. I. 16. Der §. 65. cit. verweist auf die §§. 827. bis 834. h. t., aber nicht auf den §. 821. h. t., dessen Anwendung der auf Zögerungszinsen sich erstreckende §. 833. ausschließt.

(Präj. Samml. S. 67, Entsch. Bd. 5. S. 345.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 17. Okt. 1854 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 119 Nr. 28.)

Dieser Ansicht tritt **Lenz** bei. (Studien S. 287 ad 1.)

Auch **Siewert** nimmt an, daß der §. 821. auf Verzugszinsen nicht anzuwenden sei, weil zu gleicher Zeit auch die Zinsen des Hauptstuhls fortlaufen, die viel beträchtlicher seien, und wodurch der Kreditor für die längere Entbehrung des Zinsenquanti schon hinreichend mit entschädigt werde. (Siewert Hft. 7. S. 92—96 Nr. 5.)

[1]) Vergl. dagegen **Wagner** in der Rec. dieses Aufsatzes in der Zeitschr. für Oesterreich. Rechtsgelehrsamkeit Hft. 10. S. 465.

Von anderer Seite her wird dagegen behauptet, daß der §. 821. auch von Verzugszinsen spreche.

Dieser Ansicht sind:

a) die Gesetzrevisoren, indem sie bemerken, daß die Materialien keinen Aufschluß über die Frage geben.

Der §. 821. h. t. ist ad marg. der Reinschrift, wonach der Abdruck erfolgte, beigefügt und wahrscheinlich durch folgendes Monitum des Geh. Raths v. Lamprecht zu der den Mitgliedern der Gesetzkomm. mitgetheilten Umarbeitung des gedr. Entw. veranlaßt. Der Monent bemerkt:

Es dürfte freilich ein neuer Satz sein, wenn man sagen wollte, daß, wenn der Schuldner zu Bezahlung des Zinsenrückstandes kondemnirt worden, und binnen der gesetzten Frist nicht zahlte, er auch von diesen Zinsen seit der Zeit des Erkenntnisses wieder Zinsen geben müßte, aber äußerst billig würde ich es finden, da es sich treffen kann, daß der Kreditor von den Zinsen leben muß.

Hier scheint nur an einen für sich allein ohne das Kapital eingeforderten Rückstand vorbedungener Zinsen gedacht zu sein, und so würde dann allerdings die Meinung etwas für sich haben, daß der Gesetzgeber nur diesen Fall vor Augen gehabt. Allein die Fassung des Textes läßt eine ausgedehntere Anwendung zu, wenn man auch wegen der Stellung des Satzes unter den übrigen Vorschriften über vorbedungene Zinsen auf Zögerungszinsen ihn nicht anwenden will. Vollends ist kein Rechtsgrund aufzufinden, weshalb die Lage des Gläubigers vortheilhafter sein soll, wenn er einen Zinsenrückstand ohne das Kapital, als wenn er ihn mit dem Kapital gefordert hat; nicht minder läßt sich behaupten, daß dasselbe, was von vorbedungenen Zinsen gilt, von Zögerungszinsen gelten müsse. Wie man indeß auch immer die Sache ansehen mag, so viel bleibt ausgemacht, daß das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner in der in Rede stehenden Beziehung durch die Folgen des Verzuges bestimmt wird. (Gesetzrev. Pens. XIV., Mot. S. 149.)

b) Grävell, welcher sich dahin ausspricht:

Es ist im §. 821. nicht an Verzögerungszinsen gedacht, denn es ist in den vorhergehenden und folgenden §§. nur von vorbedungenen Zinsen die Rede. Nichtsdestoweniger glaube ich doch, daß diese Vorschrift volle Anwendung auf solche Verzögerungszinsen findet, die zur Zeit der beschrittenen Rechtskraft des Erkenntnisses schon verfallen waren, weil der Grund bei beiden derselbe ist und die Verzugszinsen nur dann anders, als die vorbedungenen beurtheilt werden können, wenn in dem Gesetze dazu eine Veranlassung gegeben ist. Die Unterlassung der ausdrücklichen Wiederholung der bei der einen oder anderen Art von Zinsen vorkommenden Vorschriften kann dafür noch nicht geachtet werden, und das Argument, warum in Mat. VII. S. 92 Siewert für die entgegengesetzte Meinung sentirt worden ist, kann um deswillen nicht anschlagen, da ganz dasselbe Verhältniß auch bei den vorbedungenen Zinsen eintritt und der Gesetzgeber nichtsdestoweniger deren Verzinsung angeordnet hat.

(Kreditges. Bd. 3. S. 147 Anm. *)

c) Bielitz, welcher die Gründe wiederholt, welche Grävell der entgegengesetzten Ausführung Siewert's entgegensetzt, und sich außerdem noch auf das R. v. 1. Mai 1820 [1]) bezieht.

(Komm. Bd. 2. S. 685.)

d) Bornemann, welcher zwar zugiebt, daß theils der §. 833., theils der Umstand, daß der §. 821. unter den Vorschriften, welche von vorbedungenen Zinsen handeln, steht, für die Meinung Siewert's sprächen, dennoch aber der Ansicht von Bielitz beitritt, weil die in den Materialien angegebene ratio legis, daß nämlich der Gläubiger möglicherweise von den Zinsen leben müsse, auch auf Zögerungszinsen passe, und der eigentliche Grund des Gesetzes, daß ein rechtskräftig zuerkannter Zinsenrückstand die Natur einer Kapitalschuld annehme, gleich sehr für beide Arten von Zinsen passe.

(System Bd. 3. S. 318, 319, 2. Ausg. Bd. 3. S. 173.)

e) Temme, ohne nähere Begründung.

(Lehrb. Bd. 1. S. 544 Anm. 1.)

f) Koch, welcher zugiebt, daß der §. 821. und das Verbot des Anatocismus sich nur auf vorbedungene Zinsen beziehen; indeß die Ansicht ausführt, daß eben deshalb von rechtskräftig zuerkannten, aber zur bestimmten Zeit nicht gezahlten (folglich rückständig verbliebenen) Zögerungszinsen, nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze, seit jenem Tage Verzugszinsen gezahlt werden müssen.

(Landr. Bd. 1. Anm. 43. zum §. 821. h. t., Beurtheil. der Entsch. S. 390.)

§. 824. 1) Der Darlehnsschuldner kann die ohne rechtliche Verpflichtung für das Darlehn gezahlten Zinsen nicht ohne Weiteres auf das Kapital in Anrechnung bringen, sondern nur als eine Nichtschuld zurückfordern, wenn er die Erfordernisse der condictio indebiti nachweist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Sept. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 1 Nr. 1.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1855 und das Erk. des III. Sen. desselben v. 9. Juli 1856 in den Erg. zum §. 729. h. t.

§§. 825. u. 826. 1) Kann als Konventionalstrafe ein sechstes Zinsprozent für den Fall, daß die sonst zu entrichtenden fünf Prozente zur bestimmten Zeit nicht gezahlt werden möchten, vorbedungen und gefordert werden?

Es verneinen:

a) sowohl in Ansehung eingetragener, wie nicht eingetragener Forderungen:

α) die Gesetzrevisoren, weil in den §§. 825. u. 826. ein sechstes Zinsprozent als Konventionalstrafe ausdrücklich nur für den Fall zugelassen werde, wenn die Rückzahlung des Kapitals nicht zur bestimmten Zeit erfolgen sollte, mithin für die verspätete Zinszahlung keine solche Erhöhung des Zinsfußes zulässig sei; ein Entscheidungsgrund, welcher sowohl auf eingetragene, wie auf nicht eingetragene Forderungen Anwendung finde. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 150.)

β) Das Justizmin. in dem R. v. 16. Sept. 1825.

Der Justizmin. kann der von dem (Tit.) in Bezug auf die bei verzögerter Zinszahlung zulässige Konventionalstrafe im Berichte v. 15. April c. ausgesprochenen Meinung nicht beipflichten. Zuvörderst scheint es unbedenklich, daß die §§. 825. und 826. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. auf den Fall eines hypothekarisch versicherten Darlehns keine Anwendung finden, da der §. 208. l. c. für diesen Fall ausdrücklich nur einen Zinssatz von fünf vom Hundert gestattet und diese wohlthätige, auf der größeren Sicherheit des Kapitals beruhende Vorschrift jederzeit vereitelt werden könnte, wenn es dem Gläubiger erlaubt sein sollte, vermittelst einer zu stipulirenden Konventionalstrafe sich sechs und resp. acht Prozent zu verschaffen. Der Entw. eines allgem. Gesetzb. enthält die Vorschrift des §. 808. l. c. des A. L. R. nicht, und danach hat die Bestimmung in Betreff der Konventionalstrafe bei Darlehnen allerdings auch auf eingetragene Kapitalien ausgedehnt werden können. Nachdem nun aber die Gesetzgebung für nöthig befunden, das Maß der erlaubten Zinsen bei hypothekarisch versicherten Darlehnen durchgängig auf fünf Prozent zu beschränken, muß die Vorschrift, nach welcher der Willkühr der Kontrahenten überlassen bleibt, sechs und resp. acht Prozent zu stipuliren, bei hypothekarischen Kapitalien ausgeschlossen bleiben.

Ein zweiter Grund gegen die Ansicht des (Tit.) liegt in der Stellung des §. 826. l. c. des A. L. R.; derselbe steht mit dem unmittelbar vorhergehenden §. 825. in der genauesten Verbindung, welche besonders durch das Wort »aber« im §. 826. ausgedrückt wird. In dem §. 825. ist nur von dem Falle die Rede, wenn der Gläubiger mit der Rückzahlung des Kapitals säumig ist, und eben dieser Fall wird daher auch in dem §. 826. vorausgesetzt. Daß die Stipulation einer Konventionalstrafe auch bei versäumter Zinszahlung zulässig sein sollte, ist in den Gesetzen nicht enthalten, und eine ausdehnende Anwendung kann um so weniger stattfinden, als eines Theils der Gesetzgeber die Konventionalstrafe bei Darlehnen keineswegs begünstigt hat, und anderntheils dem Gläubiger, für den Fall vernachlässigter Zinszahlung, andere bedeutende Vortheile gewährt, wozu bei hypothekarischen Zinsen insbesondere die Leichtigkeit der Einziehung gehört. Es kann nicht angenommen werden, daß auch in diesem Falle mehr als die ausdrücklich stipulirten Zinsen und vermittelst einer Konventionalstrafe sechs und resp. acht Prozent versprochen werden können. Der Justizmin. ist zwar nun weit davon entfernt, den richterlichen Entscheidungen des Kollegii vorzugreifen, er erwartet jedoch nicht allein, daß dasselbe in künftigen Fällen die gegen die angenommene Meinung streitenden Gründe einer nochmaligen sorgfältigen Erwägung unterwerfen, sondern auch, daß es bei Aufnahme der Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den in dieser Verfügung aufgestellten Grundsätzen verfahren werde 2c.

(Gen. Akt. des Justizmin. Landr. Nr. 3. Vol. 5. Fol. 24.)

b) Das Justizmin. verneint ferner, in Ansehung des bei dem Käufer eines Grundstückes sub reservato dominio auf eine bestimmte Zeit gegen Verzinsung stehenbleibenden Kaufgeldes, in dem R. v. 14. Juli 1806, weil es keinem Bedenken unterworfen sei, daß das Kaufpretium, wenn es dem Käufer sub reservato dominio kreditirt werde, die Natur eines gewöhnlichen Darlehns annehme.

(Justizmin. Akt. A. 3814, Gen. G. 14. Fol. 14.)

c) Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß der §. 825. nur für den Fall der verzögerten Rückzahlung des Darlehns-Kapitals gelte, und daß auf den Fall der versäumten Zinszahlung die Verab-

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 849. h. t.

redung einer Konventionalstrafe nicht erlaubt sei. Die Begründung, wodurch das R. v. 16. Sept. 1825 dieselbe Ansicht motivire, sei nicht genügend. Das Verbot sei in demjenigen des Anatocismus enthalten. Von Zinsen solle wegen verzögerter Zahlung in der Regel kein Interesse weiter gefordert werden dürfen; eine Konventionalstrafe sei aber ein solches verbotenes Interesse.

(Landr. Bd. 1. Anm. 44. zum §. 825. h. t.)

Dagegen bejahet der Verfasser des Aufsatzes im Centralbl. 1838 S. 302, weil einer restriktiven Auslegung des §. 825. die allgemein lautende Disposition des §. 826. entgegenstehe, welche das Maximum der bei Darlehnen zulässigen Konventionalstrafe bestimme, ohne zu unterscheiden, für welchen Fall diese Strafe verabredet worden sei, und weil überdies das Interesse des Gläubigers, seine Zinsen prompt zur Verfallzeit zu erheben, ohne zur gerichtlichen, weitläuftigen und kostspieligen Belangung des Schuldners genöthigt zu sein, gewiß bedeutend genug sei, um eine Stipulation einer solchen Konventionalstrafe zu rechtfertigen.

2) Wenn bei Darlehnen für den Fall der nicht pünktlichen Entrichtung der vorbedungenen vier Prozent Zinsen ein fünftes als Strafprozent stipulirt worden, so fällt auch dies fünfte Prozent unter die gesetzlichen Vorschriften über vorbedungene Zinsen, und es ist daher eine solche Stipulation rechtsgültig.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1851; denn die Vorschriften über Konventionalstrafen seien hier nicht anwendbar, die Zinserhöhung sei eine bedingte und als solche gesetzlich erlaubt. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 313 Nr. 69.)

3) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 299—301.

§§. 827—834. Von Zögerungszinsen.

§. 827. u. Anh. §. 26. 1) Ueber den Betrag der Verzugszinsen und die Ausnahmen von dem gewöhnlichen Betrage von fünf Prozent; über die Zeit, von welcher die Verzugszinsen zu laufen anfangen, und über die Umstände, unter welchen dieselben wegfallen, vergl. Abhandl. von Bielitz in dessen Nachtr. II. S. 73 ff.

2) Ueber die Rechte und Pflichten des Fiskus in Betreff der Zinsen nach Preuß. Rechte, insbesondere über die Entstehung des §. 26. des Anh. macht der Gesetzrevisor folgende Mittheilung [1]):

Bis zur Publikation des A. L. R. hatte die Vorschrift der L. 17. §§. 5. ff. D. de Usur:

Fiscus ex suis contactibus usuras non dat, sed ipse accipit

unzweifelhaft gesetzliches Ansehen; sie wurde aber in das neue Gesetzbuch nicht aufgenommen, und das Justizdep. erklärte demnach in dem R. v. 20. Febr. 1797 (Rabe Bd. 4. S. 32), daß dieselbe hierdurch von selbst für aufgehoben zu achten sei. Das Ober-Kriegskollegium und das Generaldir. brachten aber im Jahre 1799 jenes Privilegium wieder in Anregung und veranlaßten dieserhalb die Einforderung eines Gutachtens der Gesetzkomm. Dieses wurde zuerst von der Justizdep. (unter dem 11. März 1799) und dann von den vereinigten Dep. derselben (unterm 16. Aug. und 3. Sept. 1799) dahin angegeben, daß die Vorschriften der cit. L. 17. §§. 5. ff. de Usu. durch das A. L. R. aufgehoben und deren Wiederherstellung eben so wenig gerecht als billig sei. Das Gutachten der Gesetzkomm. fand aber beim Großkanzler und den Generaldir. keinen Beifall, beide vereinigten sich vielmehr zu einer Immediatanfrage, worauf des Königs Maj. die K. O. v. 28. Okt. 1799 (Rabe Bd. 5. S. 629) erließen, wodurch das vormalige Privilegium des Fiskus ganz in der Art, wie ich solches oben bezeichnet habe, wieder hergestellt wurde (cf. act. gen. I. Abth. F. Nr. 3.); von dieser K. O. ist aber nun die erste Hälfte, nämlich die Bestimmung: daß der Fiskus ohne Stipulation Zinsen zu bezahlen nicht schuldig sei, in den Anhang zum A. L. R. §. 26. aufgenommen worden. Aus welchen Gründen der II. Thl. der K. O., daß nämlich der Fiskus ohne Versprechen, ohne vorhergegangene Mahnung und bestimmten Zahlungstag, Zinsen zu verlangen befugt sei, fortgelassen worden ist, läßt sich aus den Akten, betr. die Anfertigung des Anh. zum A. L. R. (cf. act. gen. L. R. Nr. 4.), nicht ersehen.

Jn dem Entw. zum §. 26. war die Disposition der K. O. vollständig enthalten; die zweite Hälfte ist aber ohne weitere Motivirung ausgestrichen worden (cf. cit. act. f. 29.). Ob die letztere hierdurch abrogirt sei, ist als zweifelhaft zu betrachten. Die absichtliche Weglassung derselben aus dem Anhang spricht für die bejahende Meinung, dagegen läßt sich für die verneinende anführen, daß das Patent v. 11. April 1803 die früheren Gesetze, so weit sie nicht in den Anhang aufgenommen sind, nicht ausdrücklich außer Kraft setzt, und der Anhang überhaupt nur eine verkürzte Sammlung der bisherigen Gesetze nennt. Auf eine Entscheidung dieses Punktes wird es aber nicht ankommen können, wenn meiner Meinung gemäß die Bestimmung der K. O. v. 28. Okt. 1799 gänzlich aufgehoben und dem Fiskus in Absicht der Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, und in Absicht der Befugniß, dergleichen zu erheben, gar kein Vorrecht beigelegt werden sollte.

(Gesetzrev. Pens. XII., Mot. zum A. L. R. II. 14. S. 146.)

Die hier (im Jahre 1830) ausgesprochenen Ansichten des Gesetzrevisors sind von der neueren Gesetzgebung bereits berücksichtigt worden, indem das G. v. 7. Juli 1833 (s. Zus. 3.) die Befreiung des Fiskus bloß auf die eigentlichen Zögerungszinsen beschränkt, ihn hingegen zur Entrichtung solcher Zinsen, welche in Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften bei Geschäften eintreten, und selbst der Zögerungszinsen, wenn er durch ein rechtskräftiges Urtel zur Bezahlung einer Geldsumme verurtheilt worden, für schuldig erklärt [1]).

3) G. v. 7. Juli 1833 über das Recht und die Verpflichtung des Fiskus in Ansehung der Zinsen.

Wir ꝛc. verordnen zur näheren Bestimmung und zur Einschränkung des fiskalischen Vorrechtes hinsichtlich der Zinsen, auf den Antrag Unseres Staats-Min. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, wie folgt:

§. 1. Jn Ansehung des Rechtes, Zinsen zu fordern, ist der Fiskus lediglich nach den allgemeinen Rechtsregeln zu beurtheilen.

§. 2. Eben so gelten die allgemeinen Rechtsregeln in Hinsicht der Verpflichtung des Fiskus, vorbedungene Zinsen sowohl, als solche Zinsen zu zahlen, welche in Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften bei gewissen Geschäften eintreten.

§. 3. Eigentliche Zögerungszinsen dagegen ist Fiskus nur von dem Tage der in dem rechtskräftigen Erkenntnisse bestimmten Zahlungsfrist mit Fünf vom Hundert zu entrichten verbunden [2]).

§. 4. Das gegenwärtige G. ist in allen Provinzen Unserer Monarchie zur Anwendung zu bringen, und werden auch alle ihm entgegenstehende allgemeine und provinzielle gesetzliche Vorschriften hierdurch aufgehoben.

(G. S. 1833 S. 79.)

Dazu:

a) Zum §. 2. Welches sind die Fälle des §. 2. des vorstehenden Gesetzes, in welchen die Verpflichtung des Fiskus zu gesetzlichen Zinsen, außer den Zögerungszinsen, eintritt?

α) Bielitz führt als solche die in folgenden gesetzlichen Vorschriften bezeichneten Fälle auf: A. L. R. I. 7. §. 232. und I. 16. §. 194., A. L. R. I. 11. §. 157., ebendas. §§. 109. u. 110., ebendas. §. 227., A. L. R. I. 16. §. 66., A. L. R. I. 12. §. 328., A. L. R. II. 16. §§. 25. u. 26., A. L. R. I. 14. §§. 260., 259., 264. ff., A. L. R. II. 8. §. 1284., A. L. R. I. 14. §. 140., A. L. R. I. 17. §. 225., A. L. R. I. 14. §. 178. und I. 20. §§. 558., 140., 141., 148., A. G. O. I. 47. §. 38.

(J. W. 1838 S. 811, Centralbl. 1839 S. 67.)

β) Hinschius fügt noch die Vorschriften des A. L. R. I. 11. §§. 166., 227., 233. und I. 14. §. 87. hinzu.

(a. a. O. S. 810 Anm. 1.)

γ) Wenn eine Gemeinde eine Brücke baut, zu deren Bau Fiskus verpflichtet ist, und letzterer demnächst zur Erstattung der Auslagen des Brückenbaues verurtheilt wird, so muß er diese Auslagen vom Tage der Zahlung verzinsen. Denn Fiskus hat durch den Bau nur die Pflichten des Machtgebers überkommen, muß daher nach §. 72. A. L. R. I. 13. Zinsen zahlen, und ist dagegen nicht privilegirt,

---

[1]) Ueber das Geschichtliche der Gesetzgebung über die Berechtigung und Verpflichtung des Fiskus hinsichtlich der Zinsen vergl. auch:
a) Löwenberg's Material. des Anh. S. 31 und 216.
b) Dessen Beitr. zur Kenntniß der Mot. der Preuß. Gesetzgebung Bd. 1. S. 203 bis 212 Abhandl. Nr. IV.

[1]) Durch dies G. ist der §. 26. des Anh. zum A. L. R. beseitigt, weshalb hier die demselben zum Grunde liegende K. O. v. 28. Okt. 1799 nebst dem (dieselbe mittheilenden) R. v. 18. Nov. ej. a. (N C C. Tom. X. p. 2687, Stengel Bd. 9. S. 401, Amelang Bd. 3. S. 211, Rabe Bd. 5. S. 629.) nicht gegeben werden. Hiermit erscheinen auch die R. v. 19. Sept. u. 15. Okt. 1801, welche die Befreiung der Seehandlungs-Sozietät, als einer fiskalischen Station, von Verzugszinsen annahmen (Stengel Bd. 14. S. 222, Rabe Bd. 6. S. 642), beseitigt.

[2]) Der in dem Erk. des Ob. Trib. v. 27. Jan. 1812 (Jahrb. Bd. 1. S. 139) angenommene Rechtssatz, daß der Fiskus verbunden sei, Verzugszinsen zu zahlen, wenn er auf das Moratorium provozirt, ist hiernach von keiner Bedeutung mehr.

weil diese Zinsen keine Verzugs-, sondern gesetzliche Zinsen im weiteren Sinne des §. 2. des G. v. 7. Juli 1833 sind.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Breslau v. 30. März 1837, Koch's Arch. Bd. 2. S. 219 ff., 271.)

δ) Zinsen, welche von dem Fiskus aus dem Grunde einer subsidiären Vertretungsverbindlichkeit für einen Beamten als Schadensersatz gefordert werden, sind keine Verzugszinsen, sondern solche, welche in Gemäßheit des §. 2. des G. v. 7. Juli 1833, in Folge besonderer gesetzlicher Vorschrift, prästirt werden; denn zur vollständigen Genugthuung gehört auch der entgangene Gewinn und hierzu die Zinsen.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Glogau v. 10. Febr. 1836, Koch's Arch. Bd. 2. S. 456.)

ε) Ist der Fiskus bei der zwangsweisen Abtretung von Eigenthum zu Staatszwecken schuldig, Zinsen zu zahlen?

Das Ob. Trib. hat unterm 21. Jan. 1843 bejahet, da dergleichen Zinsen zu den im §. 2. des G. v. 7. Juli 1833 bezeichneten zu rechnen, indem die zwangsweise Abtretung von Eigenthum zu Staatszwecken als Verkauf zu betrachten sei (A. L. R. I. 11. §§. 5—9.), weshalb die für die Kontraktsverhältnisse bestimmten Regeln in Anwendung zu bringen. Wenn nun gleich der §. 227. h. t. die Zinsen, welche der Käufer vom Kaufgelde zu zahlen habe, als Zögerungszinsen bezeichne, so gehörten solche doch nicht zu den eigentlichen Zögerungszinsen[1]), von welchen Fiskus nach §. 3. des G. v. 7. Juli 1833 befreit sei, sondern es griffen hier die Regeln der §§. 109. u. 221. h. t. durch. Auch sprächen hierfür die §§. 74. u. 75. der Einl. und die §§. 29—31. des A. L. R. I. 8.

(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 119.)

η) In Betreff der Verzugszinsen des Fiskus bei der condictio indebiti vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 24. Aug. 1840 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 71.

b) Zum §. 3.

α) G. v. 7. März 1845 über die Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Zögerungszinsen.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc.: Um den von den getreuen Ständen mehrerer Provinzen vorgetragenen Wünschen wegen Aufhebung des fiskalischen Vorrechtes hinsichtlich der Zögerungszinsen möglichst zu entsprechen, verordnen Wir, unter Abänderung des §. 3. des G. v. 7. Juli 1833, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsrathes für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

Der Fiskus soll fortan auch in Ansehung der Verbindlichkeit, Zögerungszinsen zu zahlen, in Friedenszeiten den Privatpersonen völlig gleichgestellt sein.

Dagegen soll derselbe während der Dauer eines Krieges von den bis zu dessen Ausbruch gegen ihn noch nicht rechtskräftig festgestellten oder während des Krieges fällig werdenden Forderungen Zögerungszinsen erst von dem Tage an zu entrichten verbunden sein, an welchem das Erkenntniß über die Forderung rechtskräftig wird.

Urkundlich ꝛc. (G. S. 1845 S. 158.)

β) R. v. 20. Okt. 1840. Wenn die von dem Fiskus eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein, das erste Urtheil bestätigendes Appellationserk. verworfen worden, so ist nach §. 10. der. V. v. 11. Dec. 1833 der Tag der Insinuation des zweiten Urtheils als der Tag der Rechtskraft anzusehen, mithin anzunehmen, daß von diesem Tage ab die im ersten Erk. festgesetzte, im zweiten bestätigte Zahlungsfrist von 14 Tagen begonnen habe, welche nach §. 3. des G. v. 7. Juli 1833 dem Fiskus zu statten kommt.

(J. M. Bl. 1840 S. 341.)

γ) Fiskus ist, gemäß §. 26. des Anh. zum A. L. R., bis zur Publikation des G. v. 7. Juli 1833 von der Zahlung solcher Zinsen, welche in Folge besonderer gesetzlicher Vorschriften bei gewissen Geschäften eintreten, befreit gewesen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Juli 1852 (Präj. Nr. 2386), auf Grund der Wortfassung des §. 26. des Anh. und der Entstehungsgeschichte desselben.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 20, Entsch. Bd. 23. S. 271, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 358 Nr. 68., J. M. Bl. 1852 S. 276.)

[1]) Auch zu solchen ist der Fiskus in Friedenszeiten nach dem G. v. 7. März 1845 verbunden, weshalb das obige Präj. nur noch von bedingtem Interesse ist.

§. 828. Ein zum Moratorium verstatteter Schuldner muß vom Verfalltage an 5 Prozent Zögerungszinsen zahlen. Denn aus der Verstattung zum Moratorium folgt, daß Provokant in mora ist, mithin Zinsen ex mora geben muß, zumal nach §. 38. A. G. O. I. 47. der zum Moratorium verstattete Schuldner Verzugszinsen geben muß, wenn auch ursprünglich die Forderung nicht zinsbar ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1813.

(Jahrb. Bd. 3. S. 321.)

§. 830. Vergl. die Erg. zum §. 841. h. t.

§§. 831. u. 832. 1) Kaufleute können jederzeit, auch wenn die Forderung nicht aus einem kaufmännischen Geschäfte entspringt, 6 Prozent Verzugszinsen fordern.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1856. (Präj. Nr. 34.) (Präj. Samml. S. 68.)

2) Wenngleich Zinsen eines Kapitals vorbedungen worden, so sind doch die nach eingetretener mora des Schuldners laufenden Zinsen nach den Vorschriften von Verzugszinsen zu beurtheilen, und auch bei hypothekarischen Forderungen können Kaufleute vom Eintritte des Verzuges 6 Prozent Verzugszinsen fordern, doch haftet die Hypothek nur für die vorbedungenen Zinsen. (§§. 832., 805., h. t., A. L. R. II. 8. §. 803. h. t.)

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1835.

(J. W. 1835 S. 177 ff.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 805—807. h. t.

§§. 835—852. Vorschriften wegen Bezahlung der Zinsen.

§. 835. Bei Entrichtung vorbedungener Zinsen vor Alters ausgeliehener Kapitalien ist das Verhältniß des zur Zeit der Ausleihung bestehenden Münzfußes, verglichen mit dem zur Zeit der Zinszahlung gültigen Münzfuße, maßgebend; Münzveränderungen, welche inmitten dieser beiden Faktoren liegen, sind unerheblich.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1851.

Wenn auch der Einfluß der Veränderung des Münzsystems zunächst und hauptsächlich bei der Rückzahlung des Darlehnskapitals zur Sprache kommt, und hier auch in der Theorie der Rechtswissenschaft und in den Gesetzen abgehandelt wird, so greifen doch die dabei zur Anwendung kommenden Grundsätze auch auf Fälle der vorliegenden Art über, in denen es sich um den Einfluß der Münzveränderung auf die fortdauernde quantitative Entrichtung vorbedungener Zinsen alter, noch ausstehender Kapitalien handelt, da, wie ebenfalls gemeinrechtlich und landrechtlich unbezweifelt Rechtens ist, die vorbedungenen Zinsen in der Münzsorte des Kapitals entrichtet werden müssen. Nach jenem Grundsatz aber sind der Geldwerth zur Zeit der Entstehung der Forderung und der Geldwerth zur Zeit der Kapitalrückzahlung, resp. der jedesmaligen Zinszahlung die einzigen und ausschließlichen Faktoren der Berechnung, woraus folgt, daß ein Wechsel des Münzsystems, welcher sich zwischen diesen beiden Faktoren ereignet, nicht in Betracht kommen kann. Der Berücksichtigung eines solchen Wechsels stellt sich auch die praktische Unausführbarkeit entgegen. Bekanntlich hat das Münzsystem in den Jahren von 1743, 1745, 1750 bis heute in Deutschland, insbesondere im Paderborn'schen mehrfach gewechselt, und die durch die Münz-V. v. 6. Aug. 1763 für Paderborn eingeführte Veränderung ist nicht die einzige geblieben. Nach der entgegengesetzten Ansicht müßten, in konsequenter Durchführung derselben, alle diese verschiedenen Münzveränderungen berücksichtigt werden, dann aber würde jeder feste Halt verloren gehen und die Schwierigkeit unauflöslich sein.

(Entsch, Bd. 22. S. 308, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 115 Nr. 26.)

§. 837. 1) Die Vorschrift des §. 837. findet nur dann Anwendung, wenn der Grund, aus welchem die Zahlung der angeblichen Zinsen erfolgt ist, nicht ermittelt werden kann, in welchem Falle nämlich diesem unbekannten Grunde die Präsumtion eines Darlehns substituirt wird.

(Erk. eines nicht genannten Gerichtshofes II. Inst. in der J. W. 1842 S. 97.)

2) Wenn der Geber einer Geldsumme sich deren Verzinsung durch den Empfänger ausbedungen hat, so entspringt hieraus die Vermuthung für ein Darlehn.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1851.

Wenn auch die Verzinsung allein während eines kürzeren als zehnjährigen Zeitraums noch nicht die Vermuthung des §. 837. begründet, welches Gesetz auf der Voraussetzung beruht, daß es an dem Beweise fehle, daß das dem Zinssatze entsprechende Kapital wirklich gegeben worden sei, so ändert sich die

Sachlage doch bedeutend, wenn der Schuldner den Empfang des Kapitals und sein Zinsversprechen zugleich einräumt. Denn nach §. 803. daselbst heißt bei Darlehnen Zinsen Alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß. Wo also der Empfang eines Kapitals und das Zinsversprechen zugestanden wird, da wird allerdings die Vermuthung begründet, daß ersteres nur geliehen sei. Denn die Zinsen werden für den Gebrauch des Kapitals gegeben. Der entgeltliche Gebrauch aber spricht dafür, daß das Kapital Eigenthum dessen bleibe, welcher nur den Gebrauch, und zwar gegen Entgelt, einem Anderen eingeräumt hat.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 306 Nr. 68.)

§§. 837 – 839. Die §§. 837–839. sind nur auf Zahlungen als solche zu beziehen und können keine analogische Anwendung finden.

Angenommen von dem Kammerger. (Datum des Erk. konstirt nicht), weil der §. 837. voraussetzt, daß nicht bloß eine gewisse Summe jährlich gezahlt, sondern auch, daß diese Summe ausdrücklich als Zinsen eines schuldigen Kapitals entrichtet worden; das Gesetz also das wiederholt ausgesprochene Anerkenntniß einer verzinslichen Kapitalschuld verlange und nur unter dieser Bedingung die Vermuthung eintreten lasse, daß der Zinsenzahler das Kapital nicht bloß verschulde, sondern auch als ein Darlehn empfangen habe.

(Bornemann's System Bd. 3. S. 325–326, 2. Ausg. Bd. 3. S. 117.)

Derselben Ansicht ist Grävell, welcher verlangt, daß selbst bei Zahlungen das Fundament der Zahlung ausdrücklich ausgesprochen sein müsse, weil außerdem die gemachten Zahlungen nur als Geschenke angesehen, oder condictione indebiti revocirt werden könnten.

(Kreditges. Bd. 3. S. 151, 152 Anm. ***)

§. 841. 1) V. v. 2. Juni 1827, wegen Herabsetzung des im Ostpreuß. Provinzialrechte bestimmten Zinssatzes.

Wir ꝛc. thun kund: Wenn Wir auch zur Zeit noch Bedenken tragen müssen, den in dem 24. Zusatze des Ostpreuß. Provinzialrechts bestimmten Zinsfuß mit sechs vom Hundert allgemein herabzusetzen, so wollen Wir dennoch diese Herabsetzung in Bezug auf die durch das Gesetz unmittelbar bestimmten, imgleichen auf die Zögerungszinsen in solchen Fällen, in welchen die verabredeten Zinsen nicht mehr als fünf vom Hundert betragen, eintreten lassen.

Wir verordnen daher, auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach erfolgtem Gutachten Unserer getreuen Stände des Königreichs Preußen, Folgendes:

§. 1. In allen Fällen, in welchen die Verbindlichkeit zur Zinszahlung nicht auf einer Verabredung, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruht, sollen nicht mehr als fünf vom Hundert an Zinsen erfordert werden dürfen.

§. 2. Gleichergestalt werden die Zögerungszinsen von sechs auf fünf vom Hundert herabgesetzt [1]).

§. 3. Betragen die verabredeten Zinsen jedoch mehr als fünf vom Hundert, so werden danach auch die Zögerungszinsen bestimmt.

§. 4. Ist in dem A. L. R. ein höherer Zinssatz ausdrücklich festgesetzt worden, so hat es dabei sein Bewenden. (G. S. 1827 S. 76.)

Dazu:

a) K. O. v. 10. Mai 1828 [2]).

Auf den Bericht des Staatsmin. v. 21. v. M. und nach dessen Antrage gebe ich Ihnen hierdurch zu erkennen, daß durch die Bezugnahme auf das Ostpreuß. Provinzialrecht, welche in der nach dem Gutachten der Stände des Königreichs Preußen wegen Herabsetzung des Zinsfußes ergangenen V. v. 2. Juni v. J. enthalten ist, die gesetzliche Anwendung derselben auf diejenigen Theile der Provinz Westpreußen, worin das Ostpreuß. Provinzialrecht keine verbindliche Kraft hat, nicht ausgeschlossen worden, daß die Bestimmungen dieser V. vielmehr für das ganze Königreich, mithin auch für die gesammte Provinz Westpreußen, nach dem Antrage der Provinzialstände gültig sein sollen.

Ich autorisire Sie, diesen Befehl durch die Amtsblätter der Reg. zu Königsberg, Danzig und Marienwerder bekannt machen zu lassen, und die betr. Gerichte zu deren Befolgung noch besonders anzuweisen.

(v. K. Ann. Bd. 12. S. 316.)

---

[1]) Die in dem §. 2. der V. v. 2. Juni 1827, in der K. O. v. 10. Mai 1828 und in der K. O. v. 3. Febr. 1833 gebotene Herabsetzung der Zögerungszinsen von sechs auf fünf vom Hundert findet auf diejenigen, welche schon vor Publikation der gedachten Verordnungen entstanden sind, wenn dieselben auch erst in späterer Zeit geltend gemacht worden, keine Anwendung.

(Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Juni 1837 Nr. 275., Präj. Samml. S. 359.)

[2]) Koch bemerkt, daß diese K. O. für eine bloße Deklaration angesehen werde, so daß der §. 1. der V. v. 2. Juni 1827 eine ganz allgemeine Bestimmung enthielte. In Schlesien habe solches die Praxis schon immer angenommen. (Recht der Ford. Bd. 1. S. 157 Anm. 1.)

b) K. O. v. 3. Febr. 1833. Die V. v. 2. Juni 1827 soll auch in dem Lauenburg-Bütowschen Kreise, und in den beiden, dem Köslinschen Regierungsbezirke einverleibten Westpreuß. Enklaven verbindliche Kraft haben. (G. S. 1833 S. 15.)

2) Jahn führt aus, daß der im §. 841. bestimmte Zinssatz von einem Mitgliede der Börsenkorporation (Kaufmann) gegen keinen anderen, welcher derselben nicht angehöre (nicht Kaufmann sei), außer dem Darlehnsvertrage geltend gemacht werden könne, weil der Kaufmann schon in der Preisstellung der Waaren außer den Zinsen einen Gewinn ziehe, welcher beim Darlehn nicht stattfinde. Die entgegengesetzte Annahme würde nicht nur den Börsenstatuten, sondern auch den §§. 54., 58., 68. der Einl. zum A. L. R. zuwider sein, und überhaupt dahin führen, selbst den §§. 479–481. A. L. R. II. 8. entgegen, den hierdurch ausgeschlossenen Handelsleuten kaufmännische Rechte beizulegen. (Centralbl. 1837 S. 564., 565.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 8. §§. 684., 690., 691., 695.

§. 842. 1) Ueber das Verständniß des §. 842. h. t. in Verbindung mit dem §. 133. A. L. R. I. 16. bemerken die Gesetzrevisoren:

Es darf nicht befremden, daß der §. 842. d. Tit. aus der Quittung über den letzten Zinstermin die Vermuthung für Berichtigung der vorhergehenden Termine herleitet, während der §. 133. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. dieselbe Vermuthung aus der Berichtigung zweier auf einander folgender Termine entstehen läßt. Bei den Zinsen eines Darlehns tritt nämlich das Besondere ein, daß sie ohne Rücksicht auf den Zahlungstermin für jeden, auch den kleinsten Zeitraum (ex die in diem) laufen, dann aber ist hier §. 642. d. Tit. auch von der Quittung über einen bestimmten Zinstermin, im §. 133. Tit. 16. dagegen nur im Allgemeinen von der Berichtigung zwei auf einander folgender Termine die Rede. (Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 155.)

§. 843. 1) Quittungen, welche nur über Abschlagszahlungen auf das Kapital lauten, haben nicht die Wirkung des §. 843.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. (Datum konstirt nicht); denn eine solche Quittung habe nur die Bedeutung, daß die Abschlagszahlung nicht (ex §. 153. A. L. R. I. 16.) zuvörderst auf die verfallenen Zinsen, sondern mit vorläufiger Uebergehung der Zinsrückstände zunächst auf das Kapital verrechnet werden solle.

(J. M. Bl. 1851 S. 294 Nr. 4.)

2) R. v. 4. Dec. 1835 (sub 2.).

Die Bestimmung des §. 843. ist dann anwendbar, wenn auch nicht im Allgemeinen über Kapital und Zinsen, oder bloß über das Kapital, sondern speziell und ausdrücklich nur über $4\frac{1}{2}$ pCt. Zinsen bei einem zu 5 pCt. elocirten Kapitale quittirt worden. Denn im §. 843. wird nur vorausgesetzt, daß über das ganze Kapital quittirt und daß kein Vorbehalt wegen der Zinsen beigefügt worden. Jeder Vorbehalt aber setzt eine ausdrückliche Erklärung voraus, während die Quittungsleistung über einen Theil der Zinsen keinesweges den Vorbehalt wegen des Ueberrestes enthält. Wenn es zum Erweise der Tilgung der Zinsen genügt, daß über das Kapital allein ohne jede Erwähnung der Zinsen quittirt wird, so kann es hierin um so weniger etwas ändern, wenn noch eine Quittung über die Bezahlung eines Theiles der Zinsen hinzugefügt wird, als aus der Quittung ohne Vorbehalt nicht absolut die Bezahlung der Zinsen, sondern diese oder der Erlaß präsumirt werden soll.

(Jahrb. Bd. 46. S. 568, Gräff Bd. 9. S. 92–96.)

3) Die im §. 843. aufgestellte Vermuthung, »daß die vorbedungenen Zinsen eines Kapitals für bezahlt oder erlassen zu achten seien, wenn über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, wird durch jeden, auch bloß mündlichen Vorbehalt dieser Zinsen gehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 4. Dec. 1854 [1]). (Präj. Nr. 2584.)

---

[1]) Sowohl im §. 843., als im §. 847. ist von der rechtlichen Wirkung einer Quittung über das Kapital ohne Vorbehalt die Rede. Das Ob. Trib. findet in dem »zu erachten« des §. 843. eine Vermuthung, welche durch Gegenbeweis widerlegbar sei. Das Präj. v. 11. Mai 1839 spricht nämlich aus: »Die über die Zahlung eines Kapitals ohne Vorbehalt ausgestellte Quittung begründet zu Gunsten des Schuldners nur die Vermuthung, daß die vorbedungenen Zinsen bezahlt oder erlassen sind; der Nachweis des Gegentheils wird durch diese Vermuthung nicht ausgeschlossen.« (Entsch. Bd. 4. S. 336.) Die Begründung dieses Präj. beruht auf einer Folgerung. Es werde nämlich nicht gesagt, wie im §. 846. und §. 847., daß dergl. Zinsen nicht nachgefordert werden könnten, sondern es werde nur ausgesprochen,

Im §. 843. ist nicht ausgesprochen, daß der Vorbehalt ein schriftlicher sein müsse, mithin kann auch dem bloß mündlichen Vorbehalte die rechtliche Wirksamkeit nicht versagt werden. Es heißt im §. 843. ferner: »zu achten«, gleichbedeutend mit den Worten des folgenden §. 844.: »es folgt daraus«. Von einer unwiderleglichen Vermuthung, von einer Feststellung der Zahlung oder des Erlasses durch das Gesetz, ist also nicht die Rede. Der §. 843. steht in Verbindung mit der Lehre von der Zahlung, und im §. 140. A. L. R. I. 16. ist ausdrücklich auf §§. 837. ff. I. 11. hingewiesen. Wie nun §. 153. I. 16. verordnet, daß bei mangelndem Uebereinkommen eine geleistete Zahlung zuvörderst auf die verfallenen Zinsen anzurechnen sei, so muß aus gleichem Grunde und im Geiste des §. 843. h. t. auch angenommen werden, daß ein Uebergehen vorbedungener Zinsen in einer Kapitals-Quittung keineswegs deren Nachforderung rechtlich unmöglich mache, vielmehr dem Zahler und Empfänger den Beweis frei gebe, ob und was bei der Quittung wegen der Zinsen, als eines Theils der ganzen Forderung, besonders verabredet sei. Kann der Quittungs-Aussteller es beweisen, daß er die Quittung nur mit einem mündlichen Zinsvorbehalte ausgestellt, oder daß er dem Erlasse widersprochen habe, so ist damit die nach §. 843. ihm entgegenstehende Vermuthung beseitigt. Diese Vermuthung ist aber keine solche, welche unwiderleglich wäre.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 21, Entsch. Bd. 29. S. 13, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 261 Nr. 56., J. M. Bl. 1855 S. 38.)

§§. 843—848. Koch nimmt an, daß die in diesen §§. enthaltenen Grundsätze über Zahlung und Nachforderung der Zinsen folgende sind:

a) Bei vorbedungenen Zinsen. α) Der Gläubiger hat geklagt und αα) die Zinsen mitgefordert: dann können sie nicht noch einmal eingeklagt werden, wenn sie im Urtel übergangen oder aberkannt worden sind (§. 846.); oder ββ) nicht mitgefordert: dann können sie a) wenn und so lange das Kapital noch nicht bezahlt ist, noch nachgefordert werden (§. 847.); b) ist das Kapital bezahlt und ohne Vorbehalt wegen der Zinsen quittirt, so findet keine Nachforderung statt (§. 843.)[1]. β) Der Gläubiger hat nicht geklagt, sondern ohne Rechtsweg Bezahlung erhalten. Dann ist es wie in den Fällen a. und b.

b) Bei Verzugs- (und gesetzlichen) Zinsen. α) Es ist wegen der Hauptforderung geklagt worden und αα) es sind Verzugszinsen zugesprochen. Dann können a) die zugesprochenen Verzugszinsen noch immer eingefordert werden, nachdem schon über die Zahlung des Kapitals ohne Vorbehalt quittirt worden (§. 844.); b) die zu wenig zuerkannten, mögen sie gefordert oder nicht gefordert worden sein, können nicht mehr eingeklagt werden (§. 848.). ββ) Es sind keine Verzugszinsen zuerkannt. Hier gilt das Gleiche, wie in dem vorigen Falle b. β) Der Gläubiger hat wegen der Hauptforderung nicht geklagt, aber über das Kapital quittirt; αα) ohne Vorbehalt: dann kann er keine Nachforderung machen; ββ) mit Vorbehalt: dann kann er das Vorbehaltene mit der Hauptklage noch nachfordern.

(Landr. Bd. 1. Anm. 68. zum §. 848. h. t.)

Vergl. Recht der Ford. Bd. 1. §. 10. S. 117—120.

---

daß die Zinsen für bezahlt oder zu erlassen zu erachten seien; es solle also vermuthet werden, daß sie bezahlt oder erlassen worden. — In einer späteren Entsch. des III. Sen. v. 23. Nov. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 148 Nr. 75.), wo diese Deutung aufrecht erhalten wird, sind anderweitige Gründe dafür gegeben. »Der Grund des §. 843. liege nicht in der Thatsache der auf irgend eine Weise eingetretenen Aufhebung der bis dahin bestandenen Hauptverbindlichkeit. Die rein accessorische Natur der Zinsen höre auf, wenn sie verfallen seien; es werde alsdann ein selbstständiger Anspruch aus ihnen. Das Gesetz knüpfe die Vermuthung des Erlasses an das Bekenntniß der erfolgten Aufhebung der Hauptverbindlichkeit, an die Quittung ohne Vorbehalt (A. L. R. I. 16. §. 86.).« — Als nun später der I. Sen. von dem bisher befolgten Prinzip abgehen und statt dessen annehmen wollte, daß der §. 843. eine praesumtio juris et de jure aufstelle, gelangte die Streitfrage an das Plenum, welches die ältere Meinung aufrecht erhalten und den in dem obigen Präj. ausgesprochenen Grundsatz angenommen hat. — Die Richtigkeit dieser Meinung hat indeß schon früher von verschiedenen Seiten Widerspruch erfahren und es ist auszuführen gesucht worden, daß gegen die Vermuthung des §. 843. ein Gegenbeweis nicht zulässig sei, sondern der Fall eines stillschweigenden Erlasses (A. L. R. I. 16. §. 105.) vorliege. Vergl. Bornemann's Syst. 2. Ausg. Bd. 3. S. 180, Rören in Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 137 ff., Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 273, Lenz Studien S. 301, Temme's Lehrb. des Preuß. Civilr. Bd. 1. S. 545. — Ueber den Pl. Beschl. v. 4. Dec. 1854 bemerkt Koch (Landr. 3. Aufl. Bd. 1. Anm. 64. zum §. 843. h. t.), daß derselbe den eigentlichen streitigen Rechtssatz nicht entscheide, nämlich den Rechtssatz: daß ohne wörtlich ausgedrückten Vorbehalt die Vermuthung (Fiktion) nicht umgestoßen werden kann, d. h., daß der Gegenbeweis nicht auf die Thatsache der Nichtzahlung oder des Nichterlasses, sondern auf die Thatsache des ausdrücklichen Vorbehaltes bei der Quittungsertheilung gerichtet sein müsse; denn nur ein Vorbehalt schließe die Fiktion aus.

[1]) Dies ist aber streitig. (Vergl. die Erg. zum §. 843. Zus. 3.)

§§. 844. u. 845. 1) Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtel beruhen, können nicht nachgefordert werden, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, mag über die Zahlung des Kapitals ein Erkenntniß ergangen sein oder nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1336.)

Denn wenn ein Urtel auf Zahlung von dergl. Zinsen vorhanden ist, so wird dadurch die Verbindlichkeit des säumigen Schuldners gesetzlich festgestellt, den Gläubiger für den ungebührlich fortgesetzten Gebrauch des Kapitals zu entschädigen. Diese Entschädigungsforderung kann daher durch Quittungsleistung über das Kapital, oder Rückgabe des Schuldscheins, nach §. 844., nicht mehr verloren gehen, weil sie neben dem Anrechte auf das Kapital rechtlich bestehen und Verzichtleistungen auf erwachsene Rechte eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern (A. L. R. I. 16. §. 381.). Ist dagegen über die Zinsforderung noch nicht erkannt, so steht eine Entschädigungsverpflichtung des Säumigen nicht fest, möge über das Kapital ein Prozeß geschwebt haben oder nicht. So wie bei einer zu früh geleisteten Zahlung von den Zahlenden keine Entschädigung an Zinsen für die Zwischenzeit bis zum Eintritt des Termins gefordert werden darf (§. 168. A. L. R. I. 16.), so kann auch der Empfänger einer zu spät angenommenen Zahlung keine Nachforderung wegen der für den Verzug sonst stattfindenden Entschädigung machen. Wenn im Falle des §. 845. keine Verzugszinsen nachgefordert werden dürfen, so kann dies um so weniger geschehen, wenn noch gar kein bestimmter Termin des Eintritts des Verzugs unter den Parteien durch Erkenntniß feststeht.

(Präj. Samml. S. 68, Entsch. Bd. 9. S. 225, J. W. 1843 S. 811.)

Koch ist derselben Ansicht. (Beurtheil. S. 275 u. 630.)

Dagegen hält Lenz die Entscheidung für unrichtig, da Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtel beruhen, überhaupt nicht nachgefordert werden könnten, auch wenn ein solcher Vorbehalt gemacht worden. Denn man könne nicht reserviren, was man nicht hat, und eine besondere Klage wegen derselben habe der Gläubiger nicht.

(Studien S. 311.)

2) Die Einklagung der vom Tage des rechtskräftig ergangenen definitiven Erkenntnisses an laufenden Verzugszinsen ist so lange gestattet, als noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden; denn unter dem »Urtel« ist hier (in den §§. 844. u. 845.) nur das definitive rechtskräftige Erkenntniß zu verstehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Okt. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 119 Nr. 28.)

§§. 845—848. 1) a) Verzugszinsen, welche bei Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt worden sind und worauf der Richter nach §. 58. A. G. O. I. 23. nicht von Amtswegen erkannt hat, können in einem späteren Prozesse nicht mehr nachgefordert werden[1]).

b) Verzögerungszinsen, welche vom Tage des ergangenen Urtels zu laufen anfangen, können dagegen so lange gefordert und eingeklagt werden, als noch nicht über das erstrittene Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 12. Sept. 1845[2]). (Präj. Nr. 1605.)

---

[1]) Dadurch ist das frühere Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 20. April 1839 (Präj. Nr. 656.) beseitigt, welches ausgesprochen hatte: »Die Vorschrift des §. 848. kommt nicht zur Anwendung, wenn der Richter nicht geforderte Verzugszinsen im Urtel übergangen.« (Präj. Samml. S. 68.)

[2]) Auch Siewert (Material. Hft. 7. S. 100), Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 698) und Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 328—330, 2. Ausg. Bd. 3. S. 179 ff.) hatten schon früher die Ansicht vertheidigt, daß der §. 848. dahin zu verstehen sei, daß Verzugszinsen, welche der Richter nicht zuerkannt hat, nur vom Tage des ergangenen Urtheils an von Neuem gefordert werden dürfen, die Forderung aber cessirt, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden ist. — Dagegen hatte Gräbell (Kreditges. Bd. 6. S. 154) angenommen, daß die nicht geforderten, von dem Richter bloß übergangenen Verzugszinsen so lange nachgefordert werden dürften bis über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, und diese Ansicht ist auch von Geck (Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 120) vertheidigt worden. — Die Gesetzrevisoren haben sich dagegen für die Meinung Siewert's entschieden. Sie bemerken:

»Welche Auslegung die richtigere sei, ist aus den Vorarbeiten des A. L. R. nicht zu entnehmen; die §§. 845—847. sind ad marg. der Kanzleiabschrift des umgearbeiteten Entw., wonach der Druck erfolgte, beigefügt. Suarez

Der §. 845. hat die gemeinrechtliche Kontroverse beseitigen sollen: ob und in wiefern usurae rei judicatae gefordert werden können, und es ist dabei der Grundsatz als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß Verzugszinsen mit der Hauptklage zusammen geltend gemacht werden müssen. In Beziehung auf die streitige Frage wird festgesetzt, daß, wenn über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, eine Nachforderung der Judikatszinsen auch nicht stattfinde;

wobei in dem Wörtchen »auch« wahrscheinlich eine hinlänglich deutliche Bestätigung des für ganz bekannt angenommenen Satzes, daß nicht-zuerkannte Verzugszinsen niemals nachgefordert werden könnten, gefunden sein mochte. — Das Wort auch bedeutet daher hier nicht soviel als »selbst«, sondern steht vielmehr für »ebenfalls« und bezieht sich auf das Vorhergehende. Der Gesetzgeber will sagen:

Verzugszinsen, auf welche der Richter nicht erkannt hat, können nicht nachgefordert werden. Auch die vom Tage des ergangenen Urtels an laufenden Verzugszinsen können es nicht, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden.

Er hat aber nur für nöthig gehalten, diese letztere Festsetzung ausdrücklich im Gesetze auszusprechen, theils weil der andere Satz daraus von selbst folgte, theils als bekannt vorausgesetzt wurde.

Für diese Absicht des Gesetzgebers sprechen selbst mehrere andere Stellen im A. L. R. Zunächst nämlich finden sich im A. L. R., insbesondere in §§. 307. und 310. Tit. 5. Thl. I. ähnliche Grundsätze, wie diejenigen, welche das Röm. Recht über die Erlöschung der Klage auf Zögerungs-Zinsen aufgestellt hatte, hinsichtlich der Konventional-Strafe (die im §. 834. Tit. 11. Thl. I. den Zögerungs-Zinsen gleich gesetzt wird) ausgesprochen, indem nach §. 307. l. c. ein Kontrahent, welcher die anfänglich Seitens des Anderen verzögerte Erfüllung nachher ohne Vorbehalt angenommen hat, auf die Konventional-Strafe nicht ferner antragen kann, und nach §. 310. in allen Fällen, wo die Klage auf Erfüllung des Vertrages nicht stattfindet, auch die Forderung einer Konventional-Strafe nicht geltend gemacht werden kann. Außerdem erscheint auch die Absicht des Gesetzgebers, daß nicht-zuerkannte Verzugs-Zinsen nicht nachgefordert werden sollen, darum um so wahrscheinlicher, weil nach §. 58. Tit. 23. Thl. I. A. G. O. dem Richter ausdrücklich die Pflicht auferlegt ist, da, wo nach den Gesetzen ein Grund zur Zinsenforderung obwaltet, von Amtswegen darauf zu erkennen. Denn danach wird die Forderung von Verzugs-Zinsen, selbst in Ermangelung eines ausdrücklichen Antrages des Klägers, als Mitgegenstand des Prozesses angesehen werden müssen, und wenn dessenungeachtet der Richter nicht auf Zinsen erkennt, läßt sich auch nur voraussetzen, daß der Vorwurf eines widerrechtlichen Verzuges aus den Akten für den Kläger nicht begründet befunden worden sei, so daß die Sache ebenso zu stehen kommt, als wenn eine wirklich angebrachte Forderung aberkannt worden wäre. — Es ließe sich zwar noch entgegnen, daß §. 848. Tit. 11. nur den Fall vor Augen habe, wenn Verzugs-Zinsen ausdrücklich gefordert worden, und daß nur, wenn dergleichen Verzugs-Zinsen im Urtheil übergangen worden, dieses eben die Wirkung habe, als wenn er sie aberkannt hätte. Allein aus dieser Vorschrift kann nicht gefolgert werden, daß nicht-geforderte Verzugs-Zinsen noch nachgefordert werden könnten. Denn wie oben gezeigt, lag der Grund, weshalb nicht-geforderte Verzugs-Zinsen nicht nachgefordert werden dürfen, darin: weil die Gesetze die Geltendmachung der Verzugs-Zinsen überhaupt nur mit der Hauptklage zugleich gestatten, und eben deshalb erklärt sich auch, weshalb im §. 848. noch ausdrücklich besondere Bestimmung für den Fall erlassen worden, wo mit der Hauptklage Verzugs-Zinsen wirklich gefordert waren, dennoch aber im Erkenntniß darüber nichts festgesetzt ist. Hier konnte, der allgemeinen Bestimmung des §. 845. ungeachtet, der Zweifel entstehen: ob nicht solche Verzugs-Zinsen doch noch nachgefordert, oder vielmehr ein nachträgliches Erkenntniß über die angebrachte Forderung verlangt werden könnte; da hier der Grund, aus welchem gar nicht geforderte Verzugs-Zinsen nicht nachgefordert werden sollen, nicht Platz zu greifen schien. Um diesen Zweifel zu lösen, ist dann bestimmt, daß die übergangenen Zinsen für aberkannt angesehen werden sollen. — Ganz besonders aber unterstützt auch noch die hier vertheidigte Auslegung des §. 845. die Erwägung, daß wenn nicht-zuerkannte, nicht-geforderte Verzugs-Zinsen noch immer, so lange nicht ohne Vorbehalt über das Kapital quittirt worden, nachgefordert werden könnten, gar nicht abzusehen wäre, wie der Gesetzgeber dazu gekommen sein sollte, die §§. 845—848., so, wie geschehen, zu trennen; denn dann würden in dieser Beziehung vorbedungene und Verzugs-Zinsen völlig gleichstehen, da nach §. 846. geforderte und übergangene vorbedungene Zinsen für aberkannt zu achten sind, und nach §. 847. nicht-geforderte vorbedungene Zinsen immer noch nachgefordert werden können, so lange keine Quittung ohne Vorbehalt über das Kapital ausgestellt ist. Augenscheinlich hätte sich dann in einem, höchstens zweien §§. das sagen lassen, was jene vier enthalten, die offenbar als Gegensatz einander gegenüber stehen sollen. — Da nun außerdem der §. 847. ausdrücklich nur für vorbedungene, nicht eingeklagte Zinsen das Recht der Nachforderung einräumt, so folgt auch schon daraus, daß der Gesetzgeber bei Verzugs-Zinsen eine gleiche Bestimmung nicht habe wollen eintreten lassen, und dies führt dann wiederum darauf hin, daß der §. 845. so verstanden werden müsse, wie oben entwickelt worden. — Es ließe sich ferner noch entgegnen, daß die Nachforderung nicht eingeklagter, und vom Richter nicht-zuerkannter Verzugs-Zinsen auch aus dem Grunde gerechtfertigt erscheine, weil, wie aus §. 844. folge, das Gesetz die Verzugs-Zinsen als eine für sich bestehende, auf anderem Fundamente beruhende Forderung betrachte. Denn obwohl nach §. 843. bei einer ohne Vorbehalt über das Kapital ausgestellten Quittung sogar die vorbedungenen Zinsen ohne alle Einschränkung, folglich auch, wenn sie schon zuerkannt worden, für bezahlt oder erloschen geachtet werden sollten, bestimme der §. 844. dagegen, daß aus einer solchen Quittung keinesweges die Zahlung oder Erlassung der vom Richter zuerkannten Verzugs-Zinsen folge, welche Bestimmung sich nur dadurch erklären lasse, daß der Gesetzgeber die Verzugs-Zinsen als eine von der Hauptforderung unabhängige Forderung betrachte. Sei aber dies der Fall, so folge aus den Vorschriften der A. G. O. und den im A. L. R. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen, daß eine Forderung, über welche noch nicht zum Nachtheile des Berechtigten erkannt worden, noch jeder Zeit vor dem Richter geltend gemacht werden könne. Nun kann man allerdings zugeben, daß die Vorschrift des §. 844. ihren Grund darin haben möge, daß die dort erwähnten Verzugszinsen als eine selbstständige, von der Hauptforderung unabhängige Forderung betrachtet worden sind. Daraus folgt aber gar nicht das, was daraus hergeleitet wird. Der §. 844. spricht ausdrücklich nur von zuerkannten Verzugs-Zinsen. Stand aber die Berechtigung zu solchen einmal rechtskräftig fest, so bildete sie als Entschädigungsforderung für die widerrechtliche Vorenthaltung des Kapitals nunmehr einen selbstständigen Anspruch, der durch eine bloß auf das Kapital gerichtete Quittung nicht erledigt wurde. Dies schließt aber den Grundsatz nicht aus, daß diese Entschädigungsforderung, da sie aus dem Kontraktsverhältnisse hervorgegangen war, nur in sofern und so lange zur richterlichen Feststellung gebracht werden konnte, als auch die Klage auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit stattfand und nur mit dieser zugleich eingeklagt werden konnte. — Aus allem diesem geht hervor, daß Verzugs-Zinsen, wenn sie nicht mit dem Kapital eingeklagt, oder von Amtswegen darauf erkannt worden, nicht nachträglich gefordert werden können, mit Ausschluß der vom Tage des Urtels ab aufgelaufenen, für welche ein neuer Verzug, mithin auch ein neuer Rechtsgrund eintritt, welcher aber nach §. 847. ebenfalls wieder verloren geht, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt Quittung ertheilt worden ist.

(Präj. Samml. S. 68, Entsch. Bd. 11. S. 3, J. M. Bl. 1845 S. 206.)

Koch (Beurtheil. S. 630) und Lenz (Studien S. 308 u. 311) treten diesem Pl. Beschl. bei.

2) In Bezug auf den vorstehenden Pl. Beschl. sind folgende Entscheidungen ergangen:

a) Verzugszinsen, welche bei Einklagung des Hauptstuhls der Forderung nicht zugleich mit eingeklagt worden sind, können auch dann nicht nachgefordert werden, wenn sie in der Klage ausdrücklich vorbehalten sind. Auch der Ausspruch des erkennenden Richters, daß es bei diesem Vorbehalte zu belassen sei, vermag nicht, demselben eine Wirkung beizulegen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Okt. 1853. (Präj. Nr. 2474.)

---

hatte in der Umarbeitung des gedr. Entw. den §. 848. unmittelbar auf den §. 844. folgen lassen, und von den übrigen, jetzt §§. 845—847. berührten Fällen war nicht die Rede. (Material. des A. L. R. Bd. 84. Fol. 236.). — U. E. verdient indeß die Siewert'sche Meinung den Vorzug, weil sie mit dem Röm. Rechte übereinstimmt, und weil es zu sehr in der Sache selbst liegt, daß Verzugszinsen nur mit der Hauptforderung zugleich in Anspruch genommen werden können, und daß derjenige Theil, welcher mit dem Erk. nicht zufrieden ist, die gehörigen Rechtsmittel ergreifen müsse, gleichviel ob der Richter einen Antrag der Partei übergangen, oder einen Punkt, den er gesetzlich berücksichtigen mußte, unbeachtet gelassen hat. Ja wir möchten fast behaupten, dem Verfasser des Gesetzbuches habe dies als eine so einleuchtende Wahrheit vorgeschwebt, daß er nicht für nöthig befunden, es besonders hervorzuheben. Geht man hiervon aus, so löset sich der §. 845. in folgende Sätze auf:

a) Verzugszinsen, auf welche der Richter nicht erkannt hat, können nicht nachgefordert werden;
b) sie können selbst von dem Tage des ergangenen Urtels an nicht nachgefordert werden, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden.

Der zweite dieser Sätze gehört zu den vorhergehenden §§. 843. u. 844., er verhält sich nämlich über die Wirkung der Quittung; der erstere derselben, welcher die Wirkung des Erk. bezeichnet, gehört dagegen zu den nachfolgenden §§. 846—848. Auf solche Weise wird der Sinn des Gesetzes sehr klar, die Veranlassung zu der mangelhaften Unterordnung aber, wodurch die Zweifel entstanden sind, liegt ebenfalls sehr nahe. Weil nämlich im §. 844. von zuerkannten Verzugszinsen die Rede war, so glaubte man auch der nicht zuerkannten gedenken zu müssen, und griff auf solche Weise den Wirkungen des Erk. vor, wovon erst in den folgenden Bestimmungen die Rede sein sollte.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 156., 157.)

Eine solche Forderung fällt an und für sich unter den Pl. Beschl. v. 12. Sept. 1845. Es fragt sich nur, ob die Anwendung dieses Grundsatzes durch den in einer Vorklage dem Petitum beigefügten Zusatz:

»indem er (Kläger) sich die Forderung der aufgelaufenen Verzugs-Zinsen ausdrücklich vorbehält«,

und durch den einen solchen Zusatz betr. Passus des rechtskräftigen Urtels im Vorprozesse:

»bei dem Vorbehalte des Klägers rücksichtlich der aufgelaufenen Verzugs-Zinsen es zu belassen«,

ausgeschlossen wird. Dies ist nicht anzunehmen. Der §. 845. und der ganze Zusammenhang der §§. 843—848. ergeben, daß das A. L. R. von dem Grundsatze des Röm. Prozeßrechts, nach welchem Verzugs-Zinsen nicht abgesondert von der Hauptforderung durch eine selbstständige Klage gefordert werden konnten, nicht abweichen wolle, denselben vielmehr als geltend anerkannt habe. Eben in dieser Voraussetzung findet der §. 845. sein allein richtiges Verständniß. Es wird dadurch nur in Ansehung der Zinsen vom Tage des Urtels ab eine bedingte Ausnahme von der allgemeinen Regel der nicht separaten Klagbarkeit der Verzugs-Zinsen gemacht, und ein Vorbehalt mit Wirkung zugelassen. — Rücksichtlich älterer nicht zuerkannter, nicht eingeklagter Verzugs-Zinsen kann ein Vorbehalt rechtlich nicht die Wirkung haben, daß die separate Klage dadurch gerettet würde. Denn es nutzt nichts, sich einen Anspruch vorzubehalten, zu dessen Ausübung man prozessualisch durchaus nicht berechtigt ist. Erscheint aber ein derartiger Vorbehalt überhaupt wirkungslos, so kann es auch keinen Unterschied machen, daß derselbe gerade in der Klage auf die Hauptforderung ausgesprochen wird. Die Natur desselben wird dadurch nicht geändert. Auch ein Vorbehalt im Urtel macht nicht die Verzugs-Zinsen im Voraus zu einem Objekte des Vorprozesses, sondern sagt nur, daß es bei jenem Zusatze zur Klage bleibe. Ueber die Wirksamkeit des Vorbehalts ist dadurch nicht entschieden; er kann durch den gedachten Vorbehalt keine Wirkung erhalten, die er an und für sich nicht hat.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 21, Entsch. Bd. 26. S. 270.)

Derselben Ansicht ist das Appell. Ger. zu Arnsberg in dem Erk. v. 8. März 1851. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 135.)

b) Verzugszinsen, welche nach Einklagung des Hauptstuhls im Vorprozesse entstanden und daher nicht mit eingeklagt gewesen sind, zu deren Zahlung der Schuldner sich aber besonders verpflichtet hat, können auch nach der Cession des Hauptstuhls an einen Dritten gleich den vorbedungenen Zinsen so lange eingeklagt werden, als nicht über das Kapital selbst quittirt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1856, da der Pl. Beschl. v. 12. Sept. 1845 auf diesen Fall keine Anwendung finde. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 95 Nr. 25.)

§§. 849—852. Suarez bemerkt in der amtlichen Schlußrevision, daß der bekannte Streit: in wiefern usurae ultra alterum tantum [1]) gefordert werden können, in den §§. 849 — 852. dahin entschieden worden, daß zwar, wie es die Praxis in hiesigen Landen bisher gewesen, diese Frage in der Regel affirmative zu beantworten, daß aber eine billige Ausnahme hiervon stattfinde, wenn der Kreditor durch seine eigene Nachlässigkeit das Anschwellen der Zinsen verursacht habe. (Jahrb. Bd. 41. S. 23.)

§. 849. 1) Nach §. 2. Nr. 5. des G. v. 31. März 1838 [2]) verjähren die Rückstände an vorbedungenen Zinsen mit dem Ablaufe von vier Jahren.

2) Verzugszinsen sind der zehnjährigen Verjährung nicht unterworfen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 11. März 1839 [3]). (Präj. Nr. 616.)

Wenn auch der §. 849. nicht zwischen vorbedungenen und Zögerungs-Zinsen unterscheidet, so können doch nur erstere gemeint sein, theils wegen §§. 845. und 848., theils wegen der Worte: rückständig verbleibende Zinsen. Vorbedungene Zinsen beruhen auf einer Stipulation, Verzugs-Zinsen auf einer widerrechtlichen Handlung des Schuldners (der mora), auch werden nach §§. 833. und 834. nur Verzugs-Zinsen als der Ersatz eines dem Gläubiger zugefügten Schadens angesehen, als solcher aber können sie nicht in kürzerer Frist als jede andere Entschädigung verjähren. Im §. 65. A. L. R. I. 16. ist der §. 849. h. t. nicht ebenfalls allegirt.

(Präj. Samml. S. 69, Entsch. Bd. 4. S. 280, J. M. Bl. 1839 S. 128.)

Die Gesetzrevisoren sind derselben Ansicht.

Es ist die zehnjährige Frist durch den §. 850. deutlich als eine außergewöhnliche kürzere Verjährung bezeichnet, und als solche hat auch der Verfasser des A. L. R. sie gedacht. In dem Entw. zum Gesetzb. heißt es nämlich:

§. 627. Die über 10 Jahre rückständigen, und in der Zwischenzeit nicht geforderten Zinsen werden für erlassen angesehen.

Dazu bemerkt Suarez in der rev. mon.:

ad §. 627. wird die Sache, um vielen Fragen und Zweifeln der Monenten zu begegnen, deutlicher und bestimmter zu fassen sein. Der Sinn des Gesetzes ist eigentlich: Wenn der Kreditor nachlässig und saumselig in Einforderung seiner Zinsen ist, so erlischt sein Recht, einen über 10 Jahre hinaus restirenden Zinsenrückstand einzufordern, per praescriptionem extinctivam. Alles daher, was den Anfang der praescriptionis extinct. hindert, oder deren Fortgang unterbricht, z. B. Abwesenheit, Unmündigkeit, Justitium, das kommt in diesem Falle dem Creditori gegen die Präskription solcher über zehnjährigen Rückstände zu statten.

Post. §. 627. wird man wohl, da so viele Monenten danach fragen, ausdrücklich festsetzen müssen, daß außer dem Falle dieses §. usurae allerdings auch ultra alterum tantum gefordert werden können.

Hierauf sind die §§. 849 — 852. d. Tit., wie sie vorliegen, entworfen worden. Nur die abgelaufene Verjährung, nicht die Höhe des Betrages, soll also der Einforderung des Zinsenrückstandes entgegenstehen. Nun aber setzt jede erloschene Verjährung einer Forderung einen seit dem Verfalltage abgelaufenen Zeitraum voraus; vor dem Verfalltage kann die Verjährung (weil nicht actio nata ist), zu laufen nicht anfangen. Ein Verfalltag kommt jedesmal bei den vorbedungenen, niemals aber bei den Zögerungszinsen vor; die Zögerungszinsen sind vom Verfalltage des Kapitals zu rechnen, sie selbst haben keinen Verfalltag, sie werden nicht zu einer bestimmten Zeit zahlbar, sondern bleiben ein accessorium des Kapitals. Deswegen ist kein Zeitpunkt aufzufinden, wo die Verjährung der Verzugszinsen, welche bei vorbedungenen Zinsen von jedem Verfalltage läuft, zu laufen anfangen konnte. Man mußte sich, als man mit dem Kapitale nur zehnjährige Verzugszinsen zubilligen wollte, die Sache anders denken; es lag dabei folgende Verwechselung der Begriffe zu Grunde. Weil in der Regel die älteren Zinsen nicht in Rückstand bleiben, während die später verfallenden berichtigt werden, weil vielmehr jede Zahlung zunächst auf die am längsten verfallene Post angerechnet wird (§. 158. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.), so ist meistens, wenn ein Rückstand zehn Jahre alt geworden, auch ein zehnjähriger Zinsbetrag rückständig, und diese Begriffe werden deswegen häufig verwechselt; man denkt bei einem zehn Jahre alten Rückstande zugleich an einen zehnjährigen Zinsbetrag. Den letzteren Begriff überträgt man auf Verzugszinsen, indem man den ersten in Ermangelung eines Verfalltages nicht darauf übertragen kann. So kommt man von der Verjährung — der seit dem Verfalltage laufenden Frist — auf den Betrag der Forderung. In dieser Beziehung aber kennt das Gesetz keine Beschränkung; die hierauf hinauslaufende Bestimmung des Röm. Rechtes, daß keine Zinsen ultra alterum tantum sollen gefordert werden können, ist vielmehr ausdrücklich aufgehoben (§§. 851., 852.). Solchemnach ist es klar, daß der §. 849. zu Unrecht auf Verzugszinsen angewandt wird.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 158, 159.)

---

[1]) Sowohl in dem besonderen Abdrucke der amtlichen Vorträge, wie in dem in den Jahrb. Bd. 41. enthaltenen steht: „usurae usurarum" statt: „usurae ultra alterum tantum"; ersteres ist jedoch ein bloßer Druckfehler, wie das Manuskript ergiebt. (Entsch. Bd. 4. S. 289 Anm. 4.)

[2]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 546.

[3]) Dieselbe Ansicht hat das Ob. Trib. schon in den Erk. aus den J. 1824 und 1826 (Simon's R. Bd. 1. S. 147—150), v. 5. Febr. 1835 (J. W. 1835 S. 195), v. 15. April 1836 u. 18. Nov. 1837 (Centralbl. 1839 S. 539 u. 1185) u. v. 23. Sept. 1842 (Centralbl. 1842 S. 827) ausgesprochen. Für dieselbe haben sich auch erklärt Siewert (Mat. Hft. 7. S. 101), v. Rönne (Klein's Syst. Bd. 1. S. 341 Anm. 1., 2. Ausg. Bd. 1. S. 320 Anm. 1.), v. u. z. Mühlen (Simon's Z. Bd. 1. S. 353 ff.), Koch (Recht der Ford. Bd. 1. S. 126—130), Lenz (Studien S. 292 ff.). — Dagegen ist die entgegengesetzte Meinung vertheidigt worden von dem Justizmin. in dem R. v. 1. März 1820 (Jahrb. Bd. 15. S. 243, Gräff Bd. 1. S. 46), dem Kammerger. in den Erk. v. 10. Juli u. 14. Sept. 1811 (Mathis Bd. 11. S. 118 u. Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 320 Anm. ***) u. v. 23. Mai 1832 (J. W. 1835 S. 181), dem Ob. L. G. zu Insterburg und dem Ostpreuß. Trib. in den Erk. v. 30. März u. 18. Dec. 1824 (Simon's R. Bd. 1. S. 148), den Ob. L. G. zu Stettin und Ratibor in den Erk. v. 10. April 1823, 29. Sept. 1824 u. 1. Juni 1822 (a. a. O. S. 150), Merkel (Komm. zum A. L. R., 2. Ausg. Bd. 1. S. 899), Gräwell (Komm. zu den Kreditges. Bd. 3. S. 156), Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 699, Nachtr. Hft. 2. S. 8, J. Z. 1836 S. 40), Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 320—324, 2. Ausg. Bd. 3. S. 174 ff.), Temme (Handb. des Preuß. Civilr. [1832] S. 207—208), Plathner (J. W. 1838 S. 442—447), die Verf. der Auff. in der J. Z. 1833 S. 635—638 und im Centralbl. 1840 S. 301.

3) Wenn von einem Schuldkapitale Zinsen vorbedungen waren, so unterliegen auch bei hinzugetretenem Verzuge des Schuldners die über zehn, resp. über vier Jahre hinausgehenden Rückstände der Verjährung, nicht aber die durch den Verzug begründeten Mehrzinsen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. April 1846. (Präj. Nr. 1731.)

Dies folgt theils aus der verschiedenen Natur der vorbedungenen und der Verzögerungszinsen, theils daraus, daß nach der Absicht des Gesetzgebers vorbedungene Zinsen, auch bei hinzugetretenem Verzuge des Schuldners, streng von den Zögerungszinsen getrennt bleiben sollen. Das Zinszahlungsversprechen ist für die ganze Zeit, während welcher dem Schuldner der Gebrauch des geliehenen Geldes belassen worden, gegeben und erlischt daher nur mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, d. i. mit der Zurückzahlung des Kapitals; als nächste Folge des Verzuges bei Erfüllung eines Vertrages tritt die Fortdauer des durch den Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses ein. Dies hindert jedoch nicht, daß nicht von dem Verzuge ab eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Verpflichteten eintreten kann, wozu namentlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Verpflichtung gehört, dem Berechtigten die volle Entschädigung zu leisten. Nur das über den Betrag der vorbedungenen Zinsen hinausschießende Mehr hat die Natur der Zögerungszinsen und ist deshalb unverjährbar, während der sich mit dem Zögerungszinssatz deckende Betrag der stipulirten Zinsen nach wie vor seine alte Natur behält und mithin auch der kürzeren Verjährungsfrist unterworfen ist.

(Präj. Samml. S. 69, Entsch. Bd. 12. S. 17., J. M. Bl. 1846 S. 131.)

Gegen die Richtigkeit dieses Pl. Beschl. vergl.: Lenz (Studien S. 295—298), Rören (J. W. 1847 S. 341 u. 347), Roloff (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 579 ff.), die Erört. in Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 90—91.

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 18. Nov. 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 93 Nr. 20.) den Grundsatz des Pl. Beschl. v. 9. April 1846 aufrecht erhalten und in dem Erk. v. 29. Nov. 1853 (a. a. O. Bd. 11. S. 76 Nr. 18.) ausgeführt, daß es hierin nichts ändere, wenngleich in der Schuldverschreibung die Verzinsung nicht ausdrücklich bis zur Zurückzahlung des Kapitals versprochen worden.

Ueber die Anwendung des Pl. Beschl. auf Erbtheilszinsen vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Mai 1847.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 198 Nr. 93.)

4) Die mit einem verzinslichen Kapitale zugleich zuerkannten und seit dem Tage der Rechtskraft des Urtels laufenden vorbedungenen Zinsen unterliegen der kürzeren Verjährung des §. 2. Nr. 5. des G. v. 31. März 1838.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. März 1850. (Präj. Nr. 2199.)

Vergl. zum §. 2. Nr. 5. des G. v. 31. März 1838 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 546.

5) Die Vorschrift des §. 849. findet in Kompensations-Fällen keine Anwendung, weil im Falle der Kompensation die Verjährung gar nicht hat beginnen können.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(J. W. 1836 S. 721.)

Vergl. Dr. Schütz in der J. W. 1846 S. 431.

§§. 849. 850. Auch bei der Verjährung der Zinsen nach §. 849. kommt es dem Gläubiger nach §. 850. in Verbindung mit §. 569. A. L. R. I. 9. zu statten, wenn er nachweisen kann, daß der Schuldner unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner fortwährenden Verbindlichkeit sich derselben entziehen wolle.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. Mai 1834[1]). (Präj. Nr. 56.) (Präj. Samml. S. 68.)

§§. 861—868. Vom Kreditiren.

§. 862. Der §. 862. findet auch auf das Kreditiren von Cessionsvaluten Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Okt. 1852. (Präj. Nr. 2404.)

Wenngleich der §. 862., wie sich aus dem Allegat der §§. 224—227. in dem §. 861. ergiebt, zunächst nur Kaufverträge und das hierbei vorkommende Kreditiren des Kaufgeldes im Auge hat, so bestimmt doch der §. 381., daß bei der Cession die Regeln des Kaufes oder Tausches Anwendung finden, und deshalb müssen auch für Cessionen die Verbotsgesetze gelten, welche für bestimmte Kaufverträge im §. 862. gegeben sind. Eine Cession, bei welcher für das abgetragene Recht baares Geld gegeben werden soll, ist ein Kaufgeschäft, und da Rechte Sachen sind, so liegt in der Stundung der für das abgetretene Recht zu zahlenden Valuta dasselbe, wie in dem Hingeben einer gekauften Sache auf Kredit. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 21, Entsch. Bd. 24. S. 41.)

§§. 862—865. Zur Erläuterung dieser §§. bemerken die Gesetzrevisoren:

Der §. 862. untersagt das Kreditgeben an solche Personen, welche Darlehne aufzunehmen unfähig sind; in den §§. 863. u. 865. werden hiervon jedoch der Lohn für gelieferte Arbeit und geleistete Dienste, so wie die bei solchen Gelegenheiten gemachten Auslagen der Arbeiter ausgenommen. Die Ausnahme zeigt, daß man an diejenige Unfähigkeit gedacht hat, welche sich nur auf den Empfang von Darlehnen bezieht, ohne daß sonst der Unfähige in der Befugniß, Verträge zu schließen, beschränkt wäre, denn solche Personen, welche überhaupt durch Verträge sich zu verpflichten nicht im Stande sind, können auch nicht für den kreditirten Lohn oder die Auslagen des Arbeiters verhaftet sein, es sei denn, daß eine nützliche Verwendung nach §§. 267—272. A. L. R. I. 13. erwiesen werden könnte. Die Bestimmungen selbst treffen beinahe zusammen mit der Entsch. der Gesetzkomm. v. 8. Juli 1788 (Klein's Ann. Bd. 3. S. 267), nach deren Inhalt die Edikte wegen des verbotenen Schuldenmachens der Offiziere zwar auf kreditirte Waaren, nicht aber auf Handwerks- und Arbeitslohn der Schuster, Schneider, Fahnenschmiede u. s. w. Anwendung finden sollen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 160, 161.)

§§. 863. u. 864. 1) Kann in dem Falle, wenn der Unfähige bei einem Handwerker fertige Sachen, z. B. Kleider, auf Kredit ausgenommen hat, wenigstens für die auf Zubereitung dieser Sachen verwendete Arbeit etwas gefordert werden?

Das Kammerger. verneint (Datum des Urtels konstirt nicht), indem beide Theile lediglich als Käufer und Verkäufer einander gegenüberstehen, mithin eine Kreditirung des Arbeitslohnes, die immer einen Vertrag über Handlungen voraussetze, nicht zu vermuthen sei.

(Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 278, 279, 2. Ausg. Bd. 3. S. 149.)

2) Kann der Handwerker, bei welchem der Unfähige die Fertigung von Sachen bestellt, nur das unbezahlt gebliebene Arbeitslohn, oder auch, wenn die Sachen zum eigenen Gebrauche des Bestellers erforderlich waren, den Ersatz der dabei gemachten Auslagen, und insbesondere auch den Werth des verarbeiteten Stoffes fordern?

Das Kammerger. nimmt an (Datum des Urtels konstirt nicht), daß außer dem Arbeitslohne nur noch der Ersatz solcher Auslagen, welche mit der bestellten Arbeit in unmittelbarer Verbindung stehen, und nach der Natur des Geschäftsbetriebes von dem Arbeiter nothwendig oder doch in der Regel gemacht werden, gefordert werden könne. Denn das Gesetz wolle dem Unfähigen nur für die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse einen nothwendigen Kredit eröffnen, wie auch durch den Zusatz im §. 864. angedeutet sei und aus dem Konklusum der Gesetzkom. v. 8. Juli 1788 noch deutlicher erhelle.

(Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 279, 2. Ausg. Bd. 3. S. 150.)

Bielitz behauptet dagegen, daß der Handwerker auch den Werth des verarbeiteten Stoffes fordern könne; denn theils mache der §. 864. keinen Unterschied, theils spreche hierfür die Analogie des Anh. §. 141. Nr. 3. A. L. R. II. 12. (Komm. Bd. 2. S. 707.)

Dies hält Bornemann für unrichtig und ist der Ansicht, daß der §. 864. nur von den bei Gelegenheit der Arbeit gemachten baaren Auslagen spreche, daß ferner die für Studenten gegebenen Gesetze weder analogisch angewandt werden, noch zur Intrepretation anderer Gesetze dienen könnten, endlich auch das Konklusum der Gesetzkom. v. 8. Juli 1788 ausdrücklich davon spreche, daß Kleidungsstücke nicht auf Kredit verkauft werden dürfen.

(System a. a. O. S. 280 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 3. S. 150 Anm. 1.)

3) Soweit Militairpersonen ohne Konsens ihrer Vorgesetzten keine Darlehne aufnehmen können, dürfen ihnen auch Forderungen der Speisewirthe mit rechtlicher Wirkung nicht kreditirt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Juli 1838.

Der §. 862. ist auch auf die kreditirte Bezahlung für Speisen zu beziehen. Durch das bei dem §. 861. befindliche Allegat der §§. 224—227. darf man sich nicht zu der Annahme verleiten lassen, als sei in den §§. 861. ff. nur

---

[1]) In der Präj. Samml. S. 68 ist dieser Pl. Beschl. irrthümlich als am 14. März 1834 gefaßt bezeichnet. (Vergl. Entsch. Bd. 20. S. 122 Anm. *)

von dem in dem Allegate bezeichneten Falle die Rede; vielmehr geht das Gegentheil aus den unmittelbar sich anschließenden §§. 863. ff. hervor; überdies handeln die §§. 861—868., wie schon das Marginale ergiebt: „von dem Kreditiren im Allgemeinen“, wohin zwar auch der in dem Allegate gedachte Fall, aber keineswegs dieser allein, gehört. Die in den §§. 863., 864. gemachten Ausnahmen von der Regel des §. 862. finden auf kreditirte Bezahlung für Speisen keine Anwendung, weil die gedachten Vorschriften strictissime zu interpretiren sind, und jeder etwanige Zweifel hierüber durch die den landrechtlichen Bestimmungen zum Grunde liegende Entscheidung der Gesetzkomm. v. 8. Juli 1788 (Klein's Ann. Bd. 3. S. 267, Rabe Bd. 13. S. 158) beseitigt wird, indem solche festsetzt, daß die Ed. wegen des verbotenen Schuldenmachens der Offiziere zwar auf kreditirte Waaren, es mögen Konsumtibilien oder Kleidungsstücke oder andere Sachen sein, nicht aber auf Handwerkslohn und Arbeitslohn für Schneider, Fahnenschmiede und dergl. anzuwenden.

(Entsch. Bd. 4. S. 97, Centralbl. 1839 S. 784, J. W. 1839 S. 538.)

Koch, welcher diese Entscheidung für unrichtig hält, bemerkt:

Die §§. 863. u. 864. ergeben die Unrichtigkeit der Annahme des Ob. Trib., daß man sich durch die Bezugnahme auf die §§. 224—227. h. t. nicht zu der Annahme verleiten lassen dürfe, als sei in den §§. 861. ff. nur von dem in dem Allegat bezeichneten Falle die Rede. Nach §. 861. wird unter dem „Kreditiren“ im Allgemeinen ein Kauf verstanden, wobei die Uebergabe der Sache geschehen, aber die Stundung des Kaufgeldes vorbedungen ist. Wenn also der Fall, wo Jemand bei einem Speisewirthe ißt, ohne zu bezahlen, unter den Begriff des Kreditirens gebracht werden soll, so wird erfordert, daß das Essen auf Kredit ausbedungen worden. Aber auch in diesem Falle treten noch die in den §§. 863., 864. gesetzten Ausnahmen ein. (Beurtheil. S. 224.)

Vergl. die Erg. zum §. 684. h. t.

§§. 866—868. 1) Ist die Klage aus einem Schuldscheine über rückständigen Kaufpreis, oder rückständigen Fabriklohn, oder den Betrag anderer Forderungen, welcher auf Grund einer Berechnung ausgestellt ist, ohne Beibringung dieser Berechnung zulässig?

a) Das Justizmin. hat:

α) in dem R. v. 22. April 1836 verneint.

Durch den Vermerk: „den Werth laut heutiger Abrechnung baar empfangen“, wird auf eine vor Ausfertigung des Schuldscheines erfolgte Abrechnung Bezug genommen, aus welcher sich ergeben soll, daß der Aussteller die Valuta baar empfangen habe. Der Schuldschein enthält mithin nicht selbstständig die causa debendi, sondern ist ein bloßes referens, welches durch das relatum, die in Bezug genommene Berechnung, ergänzt werden muß. Zu gehöriger Substantiirung des geltend gemachten Anspruches bedarf es daher der Vorlegung jener Berechnung.

(Centralbl. 1837 S. 733, Mannkopff's A. L. R. I. Nachtr. S. 14.)

β) Dagegen bejahet dasselbe in dem R. v. 15. Febr. 1841.

Die Beschwerde erscheint nicht unbegründet. Es wird aus einer hypothekarischen Schuldverschreibung geklagt, in welcher rc. Lilny bekannt hat: dem Gerber Mohber für käuflich empfangene Wolle nach der am Tage der Ausstellung geschehenen Zusammenberechnung die Summe von 150 Rthlrn. schuldig geworden zu sein. Das Land- und Stadtger. zu M. hat die Einleitung der Klage zur Zeit abgelehnt und auf Grund der Vorschrift §§. 866. u. 867. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. verlangt, daß entweder das Verzeichniß der vom Verklagten gekauften Wolle oder die stattgehabte Abrechnung, falls sie vollständigen Aufschluß über das Geschäft gebe, beigebracht werde. Auf die hierüber von dem rc. Dammer geführte Beschwerde hat das K. St. G. mittelst Verf. v. 12. Jan. c. nicht nur die Verf. des K. Land- und Stadtger. gebilligt, sondern auch mit Rücksicht auf §. 113. Tit. 10. der Pr. O. die Beibringung einer Spezifikation der Wollkäufe und der Berechnung für erforderlich erachtet, da die Schuldverschreibung nur ein Beweismittel sei und bis zur Erledigung des gedachten Desiderats als ein documentum referens sine relato zur Substantiirung der Klage nicht genüge.

Nach der Ansicht des Justizmin. kann die Einleitung der Klage, wenn außer den angegebenen Bedenken sonst keine entgegenstehen, nicht verweigert werden.

Die der Klage zu Grunde gelegte Schuldverschreibung genügt allen wesentlichen Erfordernissen eines vollständigen Schuldscheins. Sie enthält insbesondere das Bekenntniß der empfangenen Valuta, die deutliche Bestimmung, worin dieselbe bestanden hat und giebt genügenden Aufschluß über den Rechtsgrund des anerkannten Schuldverhältnisses. (§. 730. Tit. 11. Thl. I. A. L. R.) Nach §. 732. a. a. O. begründet ein Schuldschein die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann. Danach muß im vorliegenden Fall als richtig vermuthet werden, daß der rc. Lilny von dem rc. M. Wolle gekauft und dafür 150 Thlr. schuldig geworden ist, resp. noch verschuldet. Die etwanige Entkräftung dieser Vermuthung ist die Sache des Verklagten. Daß aber ein Schuldschein nicht bloß über Darlehnsschulden, sondern namentlich auch über den bedungenen Kaufpreis gegebener Waare ausgestellt werden kann, ist im §. 720. a. a. O. ausdrücklich anerkannt. Zwar soll in einem solchen Falle das Geschäft als Kaufkontrakt bestehen und nach §§. 866. und 867. a. a. O. überhaupt jede rückständige Zahlung nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindung dazu entstanden ist, beurtheilt, also die Natur des ursprünglichen Geschäfts durch die Ausstellung eines Schuldscheines nicht geändert werden. Daraus folgt aber nur, daß die durch das ursprüngliche Geschäft begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten der Kontrahenten durch die Ausstellung eines Schuldscheines nicht geändert werden, daß namentlich also die Einwendungen der Verklagten, in soweit denselben nicht ausdrücklich entsagt, oder durch das im Schuldschein enthaltene Anerkenntniß nicht vorgebeugt ist (§§. 185. u. 186. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.), des Schuldscheines ungeachtet bestehen bleiben. Ob aber dergl. Einwendungen von dem Verklagten werden erhoben werden, ist abzuwarten und dem Kläger, der über das Kaufgeschäft ein vollständiges und unbedingtes Anerkenntniß sich verschafft hat, nicht zuzumuthen, denselben von vorn herein zu begegnen, wie denn überhaupt die §§. 866. und 867. cit. keine formelle Vorschrift über die Substantiirung der Klage aus einem Schuldschein enthalten. Dazu kommt im vorliegenden Falle, daß die Schuldverschreibung ins Hypothekenbuch eingetragen ist, mithin zur Begründung der Klage nur das Hypotheken-Instrument beigebracht zu werden braucht, und auf Grund desselben nach §. 1. Nr. 2. der V. v. 1. Juni 1833 selbst im Mandats-Prozeß geklagt werden könnte.

Die in der Verf. des K. O. L. G. v. 12. v. M. angeführte Vorschrift der Pr. O. Tit. 10. §. 113. Thl. I., daß, wenn das produzirte Dokument sich auf ein anderes bezieht, letzteres in der Regel ebenfalls herbeigeschafft werden soll, paßt nicht auf die vorliegende Schuldverschreibung, da in derselben auf ein anderes Dokument gar nicht Bezug genommen werden wird, vielmehr nur eines Kaufgeschäfts und einer darüber gehaltenen Zusammenrechnung Erwähnung geschieht, ohne daß irgendwie erhellet, daß darüber schriftliche Urkunden existiren. Letzteres zu vermuthen, dazu fehlt es an jedem Grunde, insbesondere kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß die Zusammenrechnung schriftlich stattgefunden habe, vielmehr deutet dieser Ausdruck nur darauf hin, daß der Verklagte aus mehreren Wollkäufen, oder aus mehreren einzelnen Posten die anerkannte Summe schuldig geworden ist. Hiernach wird das K. O. L. G. angewiesen, dem Land- und Stadtger. zu Mühlhausen die Einleitung der Klage, falls dieselbe sonst vollständig ist, aufzugeben.

(Centralbl. 1843 S. 282, Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 534.)

b) Es bejahen ferner:

α) das O. L. G. zu Halberstadt unterm 20. Okt. 1841; denn die Ausstellung eines Schuldscheins über rückständige Forderungen jeder Art sei nicht allein nicht untersagt, sondern sogar durch den §. 720. h. t., in Verbindung mit §. 866. sqq. h. t., sanktionirt. Der Schuldschein begründe aber, nach §. 732. h. t., die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange nicht das Gegentheil ausgemittelt werden könne. Die §§. 866. 867. h. t. alterirten die im §. 732. h. t. anerkannte Wirksamkeit des Schuldscheins keinesweges, sondern es folge daraus nur, daß die aus dem ursprünglichen Geschäfte entspringenden Rechte und Pflichten der Kontrahenten dieselben bleiben, und daß namentlich der Schuldner durch Ausstellung des Schuldscheins nicht seine Einreden gegen die Forderung verliere.

(Centralbl. 1843 S. 284, Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 539.)

β) Piners, welcher von der Grundlage ausgeht, daß die auf Grund gehaltener Berechnung ausgestellte Schuldurkunde ein constitutum debiti proprii enthalte, welches einen neuen Rechtsgrund bilde, und zu folgenden Resultaten gelangt:

α) Durch die Ausstellung einer Schuldurkunde über eine schon vorhandene Schuld tritt keine Novation ein und es bleibt also die ursprüngliche Schuld bestehen.

β) Wer eine solche Schuldurkunde in Händen hat, klagt also allerdings noch aus dem ursprünglichen seiner Forderung zum Grunde liegenden Geschäft, und es versteht sich, daß er sich alle jene Einreden aus jenem Geschäft gefallen lassen muß, welche dem Schuldner ursprünglich zugestanden, und welche nicht nach den Bestimmungen der Gesetze etwa durch das spätere Anerkenntniß als beseitigt zu betrachten sind. (A. L. R. I. 5. §§. 185. ff.)

γ) Die Ausstellung einer Schuldurkunde und deren Annahme ist aber eine vertragsmäßige Feststellung der Schuld, und hierin liegt eine neue, der alten Obligation hinzutretende Verbindlichkeit.

Da jeder Schuldschein nach §. 732. h. t. die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, begründet, so genügt es, daß der Gläubiger sich auf diese Schuldurkunde beruft, um seine Ansprüche aus dem ursprünglichen Geschäfte zu fundiren. (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 497.)

c) Dagegen verneint das L. u. St. G. zu Mühlhausen (Datum des Erk. konstirt nicht), indem es, mit Rücksicht auf §§. 742., 866., 867. h. t., verbunden mit §. 459. A. L. R. I. 16., an-

nimmt, daß stets auf das ursprüngliche Geschäft zurückgegangen werden müsse. (a. a. O.)

d) Bornemann bemerkt, es genüge statt der Erfordernisse ad 1. u. 4. im §. 730. h. t. auch das ausdrückliche oder auch implicite abgegebene Bekenntniß, die Valuta als Darlehn empfangen zu haben; denn die Pflicht zur Wiedererstattung verstehe sich alsdann von selbst. Dagegen genüge das bloße Bekenntniß, von einem Anderen etwas empfangen zu haben oder ihm schuldig geworden zu sein (instrumentum indiscretum), weder als Beweismittel für ein Darlehnsverhältniß, noch überhaupt als Klagefundament, vielmehr müsse der Gläubiger alsdann die causa debendi anderweitig nachweisen, und zwar, wenn er aus einem Darlehnsvertrage klagen wolle, nicht bloß das Hingeben des Geldes, sondern auch, daß dasselbe als Darlehn oder gegen das Versprechen der Wiedererstattung in gleicher Quantität und Qualität gegeben worden.
(System Bd. 3. S. 387 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 154.)

e) Reinhard führt aus, daß in den §§. 867. u. 868. nur ausgesprochen sei, daß durch eine einseitig ausgestellte Urkunde die Natur der ursprünglichen Verpflichtung gar nicht geändert werde, wenn gleich der Mitkontrahent dieselbe in Empfang genommen habe. Denn dazu (zur Novation) würde gehören, daß jener es ausdrücklich gestattet habe, daß die neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten eintrete, resp., daß er jene in den Fällen des §. 455. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. ausdrücklich (und zwar bei Objekten über 50 Thlr. schriftlich) genehmiget habe. Hieraus folge, daß aus einer solchen Urkunde die darin neu enthaltene Hauptverpflichtung nicht ausgeklagt werden könne (§. 867.), welches aber wohl der Fall sei, wenn dieselbe zugleich das Nöthige zur Begründung der Klage aus dem ursprünglichen Geschäfte enthalte, oder wenn der Empfangnehmer zugleich eine rechtsgültige Novation dadurch erweisen könne.
(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 622.)

f) Koch hält die Entscheidung des Justizmin. in dem R. v. 15. Febr. 1841 (s. ob. sub a zu β) für richtig, diejenige des R. v. 22. April 1836 (s. ob. sub a zu α) für nicht begründet.
(Landr. Bd. 1. Anm. 81. zum §. 867. h. t.)

g) Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 7. April 1825 aus, daß ein Schuldschein, in welchem der Schuldner erklärt hat, daß er den Schuldbetrag nach einer zwischen ihm und dem Gläubiger angelegten Berechnung verschulde, ohne daß sonst eine andere Bestimmung, worin die Valuta bestanden habe, im Schuldschein enthalten ist, noch nicht die rechtliche Vermuthung begründe, daß der Schuldner die Valuta empfangen habe. Denn ein solcher Schuldschein sei ein documentum referens, mithin unvollständig, und bei dem Mangel der deutlichen Bestimmung, worin die Valuta bestanden habe, ungültig; die Berechnung aber sei das documentum relatum, welches mithin nach §. 113. A. G. O. I. 10. ebenfalls vorgelegt werden müsse.
(Simon's R. Bd. 2. S. 75.)

2) Ueber die Begründung einer Klage auf Zahlung eines anerkannten Rechnungssaldo's vergl. die Rechtsfälle in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 466 u. 468.

3) Wenn über eine rückständige Waarenschuld vom Schuldner ein Schuldschein ausgestellt und darin die Verzinsung bis zur Ablage versprochen worden, so kann der Gläubiger die sofortige Abtragung der Waarenschuld fordern, und solche ohne vorgängige Zahlungsaufforderung oder Kündigung einklagen.

Erkannt von einem (nicht genannten) App. Ger. unterm 28. Sept. 1850; denn nach §. 866. sei auf die Natur des Geschäftes zurückzugehen, und nur in Ansehung der von dem Rückstande zu entrichtenden Zinsen fänden die für eigentliche Darlehne gegebenen Vorschriften Anwendung. Das Geschäft bestehe daher nach §. 720. als Kaufvertrag und unterliege den Vorschriften der §§. 861. sqq., 224. sqq.; es sei also die Waarenschuld als kreditirt anzusehen, und nach §§. 226. u. 224. bedürfe es daher keiner Kündigung, wofür auch der §. 109. spreche. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 278 ff.)

Achter Abschnitt.

Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden.

§§. 869—893. Allgemeine Grundsätze.

§. 869. Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Febr. 1846 (Präj. Nr. 1700.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 165. Zus. 1.

§. 870. Unter der »Vergütung« wird die stipulirte Gegenleistung überhaupt verstanden, sie bestehe nun in nicht fungiblen Sachen oder auch in Handlungen; keineswegs aber ist darunter eine Vergeltung nur in Gelde oder fungiblen Sachen zu verstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1845. (Entsch. Bd. 12. S. 45.)

§. 871. Wenn derselbe Dienst gleichzeitig mehreren Personen geleistet wird, so hat nicht Jeder die volle Vergütung, sondern nur seinen Theil nach der Kopfzahl zu entrichten. Aerzte, welche bei Reisen über Land verschiedene Kranke besuchen, sind verbunden, die ihnen zustehenden Reisekosten, Diäten und Gebühren für Besuche auf alle bei der betr. Reise behandelte Kranke zu vertheilen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Mai 1849, unter Bezugnahme auf das Ed. v. 21. Juni 1815 und die Taxe für die praktischen Aerzte. (Entsch. Bd. 18. S. 201.)

§. 873. 1) Ein Dienstbote, welcher neben seinen gewöhnlichen Diensten seiner Herrschaft in deren Krankheit außergewöhnliche Dienste eine längere Zeit hindurch verrichtet hat, ist berechtiget, dafür eine angemessene außerordentliche Belohnung zu verlangen, wenn auch eine solche vorher nicht stipulirt worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. April 1848.
(Simon's R. Bd. 3. S. 80.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 7. zum §. 873. h. t.

2) Eine Person aus der Arbeiterklasse, welche bei Anderen eine Reihe von Jahren hindurch alle Hausarbeiten und die gewöhnlichen Dienste eines Haus- und Küchenmädchens verrichtet und dafür nichts weiter als Aufenthalt, Essen und Trinken erhalten hat, ist auch ohne besondere Verabredung berechtiget, den gewöhnlichen Lohn eines Dienstmädchens zu fordern.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1806.
(Mathis Bd. 5. S. 412.)

3) Der §. 873. ist auch anwendbar auf solche Mäklergeschäfte, für welche nicht die taxmäßigen Mäklergebühren gefordert werden können.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1844.
(Entsch. Bd. 12. S. 412.)

§§. 873. 874. 1) Ein Anspruch auf die in den §§. 873. und 874. bestimmte, nicht ausdrücklich bedungene Vergütung findet nicht statt, wenn eine vorgängige Aufforderung zu der geleisteten und angenommenen Handlung nicht stattgehabt hat.

Dieser Grundsatz findet auch auf den Fall der Lieferung von schriftstellerischen Beiträgen zu einer Zeitung und deren Abdruck in derselben Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 83 Nr. 22.)

Bielitz nimmt gleichfalls an, daß die Bestimmungen der §§. 873. u. 874. keine Anwendung finden, wenn Jemand die Handlung unverlangt übernommen und z. B. als Arzt einen Kranken besucht und ihm ärztlichen Rath gegeben oder in anderer Art sich zur Verrichtung eines Dienstes aufgeworfen hat. Denn schon der Ausdruck: »eine Handlung übernehmen«, deute einen vorhergegangenen Antrag dazu an, und die §§. 228., 230., 231., 248. u. 260. I. 13, §. 869. h. t., §. 7. I. 5. und §. 61. I. 4. ständen dem entgegen. (Nachtr. Hft. 1. S. 133, 134.)

2) Zur Vermittelung eines Kaufgeschäftes genügt bei nicht kaufmännischen Mäklern das Zuführen eines Kaufs- oder Verkaufslustigen, oder der Nachweis der verkäuflichen Sache.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 214 Nr. 52.)

§§. 873. 894. Auch Hausoffizianten und Dienstboten können eine Belohnung nach dem Maße, wie Leute dieser Klasse in demselben Orte gewöhnlich erhalten, für ihre geleisteten Dienste selbst dann fordern, wenn eine Verabredung über die Belohnung nicht getroffen worden ist, die Dienste aber geleistet und angenommen worden sind.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Okt. 1855, auf Grund der §§. 873., 894. h. t. und des §. 181. A. L. R. II. 5.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 58 Nr. 17.)

§. 874. 1) Im §. 874. ist statt: »§. 1046. sqq.« zu setzen: »§§. 1041. u. ff.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)
2) Ueber das Verhältniß des §. 874. zum §. 74. A. L. R. I. 13., vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 74.

§§. 877. sqq. Gelpke, der Rücktritt von einem zweiseitigen Vertrage, und die Differenzklage in Handelssachen.
(Abhandl. in Gelpke's Zeitschr. für Handelsrecht Hft. 1. S. 1 ff.)

§§. 877. 878. 920. 1) Der Engagementsvertrag der Schauspieler ist ein Vertrag über Handlungen, weshalb dem auf Erfüllung belangten Schauspieler nach §. 408. A. L. R. I. 5. u. §. 878. h. t. (auch noch in zweiter Instanz) der Rücktritt vom Vertrage zusteht. Zur Rechtfertigung dieses Rücktrittes genügt nach denselben gesetzlichen Bestimmungen die bloße wenngleich unbegründete Behauptung, daß der Andere den Vertrag nicht erfüllt habe, oder nicht erfüllen könne, oder zu erfüllen verweigere. Auch ist zur Gültigkeit der Erklärung des Rücktritts das Hinzukommen des thatsächlichen Rücktritts nicht erforderlich.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 225 Nr. 48.)
2) Verträge, durch welche Schauspieler sich verpflichten, Gastrollen zu geben, unterliegen den Grundsätzen bei Verträgen über Handlungen. Der Mitkontrahent hat daher die stipulirte Konventionalstrafe nicht verwirkt, wenn er bei Nichterfüllung des Vertrages Seitens des Schauspielers von dem Vertrage zurücktritt.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Dec. 1850, unter Bezugnahme auf die §§. 878. u. 920. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 150 Nr. 29.)

§. 878. 1) Wenn ein Rittergutsbesitzer auf Grund eines von seinem Vorbesitzer abgeschlossenen Rezesses rechtskräftig verurtheilt ist, einer Gemeinde auf den Feldern seines Rittergutes gegen Ueberlassung der zehnten Garbe im Winterfelde und der neunten Garbe vom abgehämmerten Felde vom Wintergetreide den Zehntschnitt und den damit verbundenen Drusch um den vierzehnten Scheffel zu überlassen, gleichwohl aber durch rezeßwidrige Bedingungen die Gemeinde verhindert, an den Vortheilen des Zehntschnittes und Drusches für ein bestimmtes Jahr Theil zu nehmen, so kann die Gemeinde von dem Vertrage zurücktreten und zugleich Entschädigung für gedachtes Jahr fordern; denn es liegt ein Vertrag über Handlungen vor, für welchen die §§. 877., 878. h. t. und §§. 408., 409. ff. I. 5. A. L. R. maßgebend sind.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. März 1838.
(Centralbl. 1838 S. 831, 921, 1043—1047.)
2) Der §. 878. handelt von einem berechtigten Rücktritte, nicht aber von einem Rücktritte auf eigene Gefahr.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 240 Nr. 58.)

§§. 883. 888. 920. Zur Begründung der Klage des Werkmeisters, welcher zur Verrichtung einer Arbeit gedungen worden und dieselbe vor deren Vollendung wegen Rücktritts des Dingenden vom Vertrage abgebrochen hat, auf vertragsmäßige Vergütung des Geleisteten bedarf es nicht des Nachweises der Zweckmäßigkeit der bisherigen Verwendungen Seitens des Werkmeisters, vielmehr liegt dem Verklagten der Beweis seiner Einrede ob, daß der Werkmeister in dieser Beziehung Anlaß zum Rücktritt vom Vertrage gegeben habe.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 32 Nr. 6.)

§. 885. Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 35. in den Erg. zu den §§. 925—965. h. t.

§. 890. Ueber die Antinomie zwischen dem §. 890. und dem §. 291. A. L. R. I. 5. vergl. die Erg. zum §. 291. A. L. R. I. 5.

§. 894. Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde.

§. 894. 1) Der Schäferverdingvertrag enthält seiner allgemeinen Natur nach einen Vertrag über vermiethete Dienste. Der Schäfer, insbesondere der Lohn- und Deputat-Schäfer, ist daher nicht als Verwalter der Schäferei anzusehen und mithin zur Rechnungslegung nicht verpflichtet.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 377 Nr. 80.)
Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 133. sqq.
2) In Betreff des Rechtsverhältnisses eines von der Gutsherrschaft auf Lebenszeit angestellten Försters, vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Juni 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 1 Nr. 1.)
Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 408. u. 409.

§§. 920—924. Verträge mit Handwerkern und Künstlern.

1) Die Leistungen der gewöhnlichen Handwerker, auch wenn dieselben das zu verarbeitende Material liefern, sind nur als Arbeiten, nicht als ein Werk der schaffenden Thätigkeit im Sinne der §§. 925. sqq., sondern nach den Vorschriften der §§. 920. sqq. zu beurtheilen. Dieser Grundsatz findet auch hinsichtlich der bei Schneidern auf Lieferung bestellten Kleider Anwendung.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Jan. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 63 Nr. 16.)
2) Ist die Vergütung nicht für die vollendete Herstellung des Werkes, sondern nur nach dem fortschreitenden Umfange der Leistungen Behufs Herstellung desselben vereinbart und zahlbar, so liegt kein Vertrag über ein verdungenes Werk, sondern über Arbeiten vor.
Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Mai 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 37 Nr. 7.)
3) Wenn ein Künstler einem Anderen durch einen Vertrag die Ausführung eines Kunstwerkes nach einem vor dem Bestellen von ihm gefertigten und gelieferten Modelle übertragen hat, so sind die Arbeiten der beiden kontrahirenden Künstler, die sich einander anschließen und ergänzen, und aus deren Verbindung mit einander das Werk hervorgehen soll, nicht als zwei verschiedene getrennte Werke, sondern als ein Gesammtwerk anzusehen. Dem zur Ausführung des Kunstwerkes nach dem gelieferten Modell gedungenen Künstler ist also nur eine bestimmte Arbeit zu einem ganzen Werke in Verbung gegeben, und deshalb in Beziehung auf letzteres sein Verhältniß nicht als das eines Werkmeisters im Sinne der §§. 925. ff. aufzufassen. Als der eigentliche Erzeuger des Werkes ist, wenngleich Beide dazu durch ihre Thätigkeit mitwirkten, der Besteller, welcher das Modell geliefert hat, anzusehen. Wenngleich der Rohstoff zu dem Werke von dem anderen Künstler angeschafft worden, so bleibt doch dem Besteller das Eigenthum an dem nach seinem Modell ausgeführten Werke; denn dies folgt aus den Grundsätzen des Gesetzes v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung, insbesondere den §§. 30., 10., 12. desselben, wonach der mit Ausführung des Kunstwerkes nach dem Modell Beauftragte ohne Erlaubniß des Bestellers nicht befugt ist, das Werk nach dem Modelle für sich zu bilden. Deshalb kann aber auch seinen Gläubigern nicht gestattet sein, das gebildete Werk zum Gegenstande ihrer Befriedigung zu machen und zu diesem Behufe zum öffentlichen Verkaufe zu bringen.
Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1856.
(Entsch. Bd. 33. S. 328, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 36 Nr. 10.)
Gegen die Begründung dieser Entscheidung vergl. Koch's Landr. Bd. 4. S. 1258 im Nachtr. zum §. 933. h. t.

§§. 925—965. Verträge über ein verdungenes Werk.

§§. 925—965. 1) Die §§. 966. u. 967., so wie die Vorschriften von Verträgen über ein verdungenes Werk überhaupt

(§§. 925—965.) bleiben außer Anwendung, wenn der Uebernehmer eines Baues oder Werkes kein Bau- oder Werkverständiger ist. Auch ist die Ausführung eines Baues nicht als eine Reihe einzelner, selbstständiger in sich vollendeter Leistungen anzusehen und nicht der Bestimmung des §. 885. zu subsumiren; vielmehr ist nur die Hinstellung des vollendeten Gebäudes als die dem Bauübernehmer obliegende Leistung anzusehen, und es muß dieser den das unvollendete Gebäude treffenden Zufall tragen.

Erkannt im Jahre 1832 von dem II. Sen. des Ob. Trib. (Präj. Nr. 35.) (Präj. Samml. S. 69.)

2) Der Begriff eines verdungenen Werkes im Sinne der §§. 925. ff. erfordert die Kombination der Arbeit und verarbeiteter Materialien zu einem neuen Produkte, so wie eine für das fertige Werk als ein Ganzes bedungene Vergütung in Pausch und Bogen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 240 Nr. 58.)

3) Der bedungene Preis einer bestellten und gelieferten Maschine umfaßt nicht die Kosten der Behufs ihrer Aufstellung und Gangbarmachung nothwendig gewesenen Zuthaten und Arbeiten, sondern die letzteren sind nach dem gewöhnlichen Preise und Lohne zu vergüten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Jan. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 215 Nr. 53.)

4) Die Abnahme und Bezahlung eines verdungenen Werkes darf, wenn auch der Werth desselben oder der dafür vereinbarte Preis die Summe von funfzig Thalern übersteigt, doch deshalb allein, weil der Vertrag nur mündlich geschlossen worden, nicht verweigert werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1855. (Präj. Nr. 2653.)

Der Grund der Vorschrift des §. 165. A. L. R. I. 5. liegt darin, daß einmal geleistete Handlungen nicht mehr ungeschehen gemacht werden können, wenn sich auch ihre Folgen mögen beseitigen lassen. Sie beruht mithin auf demselben Prinzipe, weshalb der Kontrahent, welcher von einem über eine bestimmte Sache mündlich geschlossenen Vertrage, der dem Gegenstande nach schriftlich hätte errichtet werden müssen, zurücktritt, ohne diese Sache in ihrem früheren Zustande restituiren zu können oder zu wollen, den mündlich vereinbarten Werth oder Preis derselben zu vergüten verpflichtet ist, und sie muß auch auf verdungene Werke Anwendung finden, da die hierüber geschlossenen Verträge nach §. 869. ff. h. t., worauf der §. 925. verweist, zu den Verträgen über Handlungen zu rechnen sind, ohne daß der gedachte Titel eine besondere, ihre Form betreffende Bestimmung, welche namentlich hier maßgebend sein könnte, enthält. Der §. 870. erklärt nur zum Wesen der im §. 869. bezeichneten Verträge für gehörig, daß demjenigen, der sich zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichtet, eine Vergütung dagegen versprochen werde, und der §. 871. fügt hinzu, daß, wenn sich diese Vergütigung im Vertrage nicht hinlänglich bestimmt findet, die fehlende Bestimmung nach dem Gutachten der Sachverständigen ergänzt werden muß. Der §. 872. spricht dem geschlossenen Vertrage, wenn dabei gar keine Vergütigung verabredet worden, jede Wirkung ab, und die §§. 873., 874. modifiziren diese Vorschrift nur wiederum dahin, daß, wenn die Handlung von demjenigen, der sie als eine zu seinen Nahrungs- und Berufsgeschäften gehörende übernommen hatte, geleistet worden, oder, wenn wenigstens keine Umstände vorliegen, welche die Absicht einer Freigebigkeit vermuthen lassen, der gewöhnliche Lohn für dergleichen Handlungen oder beziehungsweise der niedrigste Satz der von Sachkennern für angemessen erachteten Vergeltung gefordert werden kann. In welcher Form aber der Vertrag errichtet sein muß, ist hierbei nicht ausgesprochen und es ist in dieser Hinsicht namentlich die Vorschrift des §. 877. nicht entscheidend. Auch läßt sich ebenso wenig annehmen, daß die Worte des §. 871.: »Ist diese Vergütigung in dem Vertrage nicht hinlänglich bestimmt«, nothwendig die Existenz eines schriftlichen Vertrages voraussetzen, weil es dessen doch keinen Falls bei einem Objekte unter 50 Thlrn. bedarf, und wenn von dieser allgemeinen Regel hier hätte eine Ausnahme gemacht werden sollen, dies ganz bestimmt und unzweideutig hätte ausgedrückt werden müssen. Keineswegs folgt auch die Unanwendbarkeit des §. 165. A. L. R. I. 5. auf verdungene Werke daraus, weil er Handlungen voraussetze, die an sich selbst und deren Erfolg als der Zweck des geschlossenen Vertrages zu betrachten wären, anstatt daß bei Verträgen über ein verdungenes Werk nur dies letztere, keineswegs aber die zu dessen Hervorbringung erforderlichen Handlungen den Zweck der gegenseitigen Vereinbarung ausmachten. Zwar sind der äußeren Erscheinung nach Handlungen, wodurch, wie bei einem Werke, irgend ein gegebener Stoff verändert oder umgebildet worden, von denen, die keine dergleichen sichtbare oder überhaupt in die Sinne fallende Spur hinterlassen haben, verschieden. Doch können auch die Handlungen der ersteren Art von ihrem Produkte nicht wieder getrennt oder losgelöst und es können auch den Produzenten dieselbe Zeit, so wie dieselbe leibliche und beziehungsweise geistige Thätigkeit, welche darauf verwendet werden mußten, in Wirklichkeit nicht restituirt werden. Durch die Vorschriften der §§. 304. u. 305. A. L. R. I. 5. ist selbst außerhalb des Vertrages der schaffenden Thätigkeit des Produzenten ein Gewicht beigelegt, das sogar die Eigenthumsrechte des anderen Theiles überwiegt, und es läßt sich mithin um so weniger bezweifeln, daß bei einem Vertrage über ein verdungenes Werk den zu dessen Hervorbringung erforderlichen Handlungen eine rechtliche Bedeutung beizumessen ist, welche die Anwendung des §. 165. Tit. 5. auf dieselben vollkommen rechtfertigt. Das Präj. v. 7 Mai 1850[1]) läßt ebenso, wie die Motive, auf denen es beruht, die hier zu entscheidende Frage ganz unberührt, und auch der §. 932. h. t. steht dieser Ausführung keineswegs entgegen. Denn die gedachte Vorschrift ist einerseits nur ein Ausfluß der allgemeinen Bestimmung des §. 271. A. L. R. I. 5. und sie hängt andererseits mit der Vorschrift des §. 943. zusammen. Doch läßt sich die Zahlung keineswegs durch die freiwillige Annahme des Werkes für bedingt erachten, vielmehr verordnet der §. 945. ausdrücklich, daß der Besteller dasselbe annehmen und bezahlen muß, wenn die zugezogenen Kunstverständigen es übereinstimmend für tüchtig, so wie dem Vertrage gemäß gefertigt erklärt haben, und es würde zugleich der Grundregel des §. 270. Tit. 5. widerstreiten, wenn die Uebernahme des bestellten Werkes nebst der Entrichtung des dafür versprochenen Lohnes oder Preises überhaupt gar nicht erzwingbar sein sollte. Die Frage aber, in wiefern beides erzwungen werden kann und welche Form beobachtet sein muß, damit der Besteller zu dem einen wie zu dem anderen angehalten werden könne, wird durch den §. 932. in keiner Art entschieden, und es würde ein Fehlschluß sein, wenn man namentlich aus dem Inhalte desselben folgern wollte, daß ein nur mündlich bestelltes Werk von dem Besteller bloß, wenn er es freiwillig angenommen hat, bezahlt zu werden brauche, und daß er lediglich auf Grund des Mangels eines schriftlichen Vertrages die Annahme, so wie in Folge dessen auch die bedungene Zahlung verweigern dürfe, weil alsdann bei der Allgemeinheit der gedachten Vorschrift auch, der obigen Grundregel zuwider, daraus abgeleitet werden müßte, daß der Besteller selbst bei der Existenz eines schriftlichen Vertrages die Uebernahme ohne allen rechtlichen Grund verweigern könnte, um sich dadurch der, den Worten des Gesetzes gemäß, erst nach der Uebernahme zu leistenden Zahlung zu entziehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 191., Entsch. Bd. 31. S. 374, Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 329 Nr. 79.)

§§. 932. sqq. Die zur Uebernahme eines bestellten Werkes im Sinne der §§. 932. sqq. außer der körperlichen Besitzergreifung erforderliche Absicht, dasselbe als sein eigen zu besitzen, kann auch durch schlüssige Handlungen, z. B. durch den fortgesetzten Gebrauch des Werkes, an den Tag gelegt werden. Durch die ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Absicht des Uebernehmers, das Werk behalten zu wollen, wird die Absicht, etwanige Fehler desselben im Wege der Klage oder Einrede zu rügen, nicht ausgeschlossen.

Hat daher der Uebernehmer des bestellten Werkes dasselbe nicht ausdrücklich gebilliget, so treten hinsichtlich der etwanigen Fehler desselben die Vorschriften der §§. 319. sqq. A. L. R. I. 5. ein.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Nov. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 334 Nr. 76.)

§§. 938. u. 945. 1) Der Besteller eines zu spät abgelieferten Werkes kann von der Befugniß des Rücktrittes nicht mehr Gebrauch machen, sobald er dem Werkmeister gegenüber einmal erklärt hat, daß er sich dieses Rechtes nicht bediene, sondern bei dem Vertrage stehen bleiben wolle.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1850; denn der §. 938. lasse zwar dem Besteller die Wahl, ob er bei einem dem Werkmeister zur Last fallenden Verzuge von dem Vertrage ganz abgehen, oder an demselben festhalten wolle; allein diese Wahl dürfe nicht in ein willkührliches Hin- und Herschwanken zwischen beiden Alternativen ausarten, und der Werkmeister brauche sich ein wechselndes Ueberspringen von der einen zur anderen nicht gefallen zu lassen; vielmehr könne er verlangen, daß es bei der einmal von dem Besteller getroffenen, ihm erklärten Wahl das Bewenden behalte.
(Entsch. Bd. 19. S. 151.)

2) Ueber die Nichtanwendbarkeit des §. 408. A. L. R. I. 5. auf verdungene Werke vergl. dasselbe Präj. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 408.

§. 939. Aus der Bestimmung des §. 939., daß der in der Uebernehmung des fertigen Werkes ohne rechtlichen Grund säumige

[1]) Vergl. in den Entsch. Bd. 19. S. 151 und mitgetheilt in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 408.

Besteller »alle Gefahr« tragen müsse, kann nicht gefolgert werden, daß das Ereigniß, durch welches die bestellte Sache aus dem Besitze des Anfertigers gekommen, ein solches sein müsse, welches durch kein mögliches erlaubtes Mittel hätte abgewendet werden können.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 234 Nr. 58.)

§§. 943. sqq. Was ist Rechtens, wenn der Besteller die Annahme des Werkes wegen angeblicher Untüchtigkeit verweigert und sich dennoch auf eine Besichtigung durch Sachverständige nicht einlassen will.

Bornemann ist der Ansicht, daß der Werkmeister, welcher das fertige Werk offerirt, und, falls der Besteller dessen Tüchtigkeit nicht anerkennen will, die Besichtigung durch Sachverständige verlangt, Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Erfüllung geschehen müsse, daß dagegen der Andere in mora accipiendi und demzufolge der Werkmeister alternativ befugt sei, von dem Vertrage zurückzutreten und Schadloshaltung wegen der unterbliebenen Vollziehung des Geschäftes zu verlangen oder auf Erfüllung zu klagen. Die Klage werde aber dahin zu richten sein, daß der Besteller verurtheilt werde, prinzipaliter sofort einen Sachverständigen zu ernennen und nach Besichtigung das tüchtig befundene Werk gegen Zahlung des Preises nebst Verzugszinsen abzunehmen, eventualiter bei fernerer Weigerung, ohne vorgängige Besichtigung, diesen Preis nebst Zinsen zu zahlen. Eben dahin werde die Klage zu richten und der Besteller zu verurtheilen sein, wenn derselbe zwar die Tüchtigkeit des Werkes nicht bestreite, dennoch aber die Abnahme ungebührlich verzögere. — Nach diesen Grundsätzen habe auch das Kammerger. (Datum des Urtels wird nicht angegeben) erkannt.

(System Bd. 3. S. 338, 339, 2. Ausg. Bd. 3. S. 186.)

§§. 945. sqq. Müller nimmt auf Grund der §§. 945. sqq. an:

a) daß ein Bau, welcher nach Maßgabe der im Bauakkorde entweder unmittelbar oder mittelbar durch Bezugnahme auf die vorgelegten Anschläge und Zeichnungen gegebenen Vorschriften ausgeführt worden und zu dem bestimmten Gebrauche tauglich sei, und welchem keine ausdrücklich vorbedungene Eigenschaft ermangele, für tüchtig und kontraktmäßig ausgeführt zu halten sei, wenngleich erhebliche Fehler in der äußerlichen Form begangen worden seien;

b) daß eine Minderung der Akkordsumme nur wegen solcher Fehler, durch welche der nach dem Anschlage zu bestimmende Werth des Baues wirklich vermindert worden und bloß in dem Falle, wenn der Einfluß solcher Fehler auf den Werth des Baues nach Gelde zu schätzen sei, stattfinde, der Bauherr hingegen in allen übrigen Fällen wegen aller und jeder Fehler nur Schadloshaltung fordern könne.

(C. L. Müller, sieben Abhandl. über Einreden nach der Theorie des Preuß. Rechtes und Prozesses. Leipzig 1836. Abhandl. VII. — Vergl. Rez. von Hinschius J. W. 1836 S. 756.)

§§. 946. 948. 1) Bei Lieferung übernommener Werke kommt es in Rücksicht auf Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit nicht allein auf die ausdrücklich bedungenen, sondern auch auf die stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften der Sache an, und es kann der Unterschied zwischen den freien und mechanischen Künsten auf diese Lehre nur in sofern Einfluß haben, als ein Kunstwerk zwar für sich und als solches noch von Werth sein mag, wenn es gleich zu dem bestimmten Zweck nicht tauglich ist.

(Siewert Hft. 2. S. 188 Nr. 13. und Hft. 5. S. 128 Nr. 9., Klein System 2. Ausg. Bd. 1. S. 324 §. 325. Anm. 1.)

2) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 16. Aug. 1847.
(Rechtsfälle Bd. 2. S. 92 Nr. 43.)

§. 947. Wenn in dem Vertrage wegen Verdingung eines Werkes bestimmt ist, daß der Werkmeister verpflichtet sein solle, den nach dem Gutachten der Sachverständigen vorgefundenen Mängeln des Werkes auf eigene Kosten abzuhelfen, so ist der Besteller dieses Werkes nicht berechtigt, entweder von dem Vertrage zurückzutreten, oder für die fehlerhafte Beschaffenheit des Werkes Schadloshaltung vom Werkmeister zu verlangen, sondern es steht ihm nur die Klage auf Erfüllung des Vertrages zu.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Febr. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 16 Nr. 5.)

§§. 949. sqq. Der Grundsatz des Präj. Nr. 857. v. 14. März 1840[1]) findet auch bei Verträgen über ein bestelltes Werk Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Mai 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 140 Nr. 36.)

§. 950. R. v. 17. Juni 1831, R. v. 5. Mai 1834 und R. v. 12. Dec. 1837. Im §. 950. h. t. ist statt: »Besteller« zu setzen: »Werkmeister«.

(Jahrb. Bd. 37. S. 323 und Bd. 43. S. 445, Gräff Bd. 6. S. 7 und Bd. 8. S. 3, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 966—970. Insonderheit von verdungenen Bauten.

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 35. in den Erg. zu den §§. 925—965 h. t., Zus. 1.

§§. 971—980. Rechte aus diesem Vertrage bei entstandenem Konkurse.

§. 972. Ist die Eintragung in Gemäßheit des §. 972. erst nach der gänzlichen Vollendung des Baues oder auch schon früher zulässig?

Ersteres nehmen an:

1) die Gesetzrevisoren, weil das Pfandrecht nicht durch den Vertrag, sondern durch dessen Erfüllung, d. h. durch die Ausführung des Werkes entstehe, mithin auch nur von diesem Zeitpunkte an ein Recht auf die Eintragung in's Leben treten könne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 165.)

2) Bornemann, indem in Ermangelung einer anderweitigen Abrede die Forderung des Werkmeisters erst alsdann existent werde; nur, wenn im Laufe der Arbeit Abschlagszahlungen zu leisten seien, könne deren Eintragung am Tage der Fälligkeit verlangt werden.

(System Bd. 3. S. 340, 341, 2. Ausg. Bd. 3. S. 187.)

Letzteres nimmt Bielitz an, weil die Eintragung zugleich die Stelle einer Kaution vertrete, mithin auch vor vollendetem Baue erfolgen dürfe. (Komm. Bd. 2. S. 723, 724.)

§. 974. 1) Die Konkurs-O. v. 8. Mai 1855 §. 33. Nr. 9. hat das Retentionsrecht des Werkmeisters in ein Pfandrecht verwandelt.

2) Nach §. 566. A. L. R. I. 20. soll das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger wegen seiner Forderung etwa zusteht, durch die Konkurseröffnung gerade erlöschen. Wegen dieses Widerspruches waren bis dahin die Ansichten über den eigentlichen Sinn des §. 974 h. t. getheilt.

Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Es ist versucht worden, diesen scheinbaren Widerspruch dadurch zu lösen, daß man auf den gedr. Entw. zum Gesetzbuche zurückging. Dort hieß es nämlich:

§. 694. Bei beweglichen Sachen bleibt der Werkmeister Eigenthümer, bis das Werk von dem Besteller übernommen worden.

Daraus wollte man schließen, es sei im §. 974. d. T. nur von solchen bedungenen Werken die Rede, deren Eigenthum dem Werkmeister bis zur Uebergabe verbleibe. Allein eben dieser Auslegung hat durch die veränderte Fassung vorgebeugt werden sollen. Suarez sagt nämlich in der rev. mon. zu der angezogenen Bestimmung des Entwurfs:

ad §. 694. kann eigentlich nicht gesagt werden, daß der Werkmeister Eigenthümer des Werkes sei, besonders alsdann nicht, wenn der Besteller die Materialien hergegeben hat. In diesem Falle ist das dominium gleichsam in suspenso so lange, bis die Tradition erfolgt ist. Das Nähere hierüber gehört in die Materie von der Spezifikation, und ist auch dort vorgekommen. Zu dem gegenwärtigen Zwecke wird es genug sein, festzusetzen, daß, wenn vor der Ablieferung des Werkes Konkurs über das Vermögen des Bestellers entsteht, dem Werkmeister an dem Werke ein jus retentionis zustehe.

Der aus dieser Betrachtung hervorgegangene §. 974. hat an und für sich seine vollkommene Richtigkeit; zu tadeln ist bloß der Ausdruck: »Zurückbehaltungsrecht«, indem man dabei an das §§. 536. sqq. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. beschriebene Rechtsverhältniß zu denken genöthigt ist. Der Werkmeister aber hat an dem noch nicht abgelieferten Werke nicht bloß ein Zurückbehaltungsrecht, sondern ihm steht das Eigenthum zu, wenn er die Materialien selbst hergegeben hat, und ein Pfandrecht, wenn er die Materialien des Bestellers bearbeitet hat (in sofern nicht die neue Form den, der solche hervorbrachte, zum Eigenthümer gemacht hat); — er kann also das Werk an sich behalten, aber nicht vermöge eines jus retentionis, sondern vermöge seines Eigenthums oder Pfandrechtes; sein Verhältniß zur Konkursmasse ist ähnlich demjenigen, welches die A. G. O. I. 50. §. 39. beschreibt.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 165, 166.)

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 271. Zus. 2.

Vergl. darüber: Siewert (Mat. Hft. 6. S. 147), Bornemann (Syst. Bd. 3. S. 341, 2. Ausg. Bd. 3. S. 188), Dr. Jakobi in der J. W. 1837 S. 745 ff., 761 ff., Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 34. zum §. 974. h. t.

§§. 981 – 987. Lieferungsverträge.

Dr. Löwenberg, über den Lieferungsvertrag, mit Berücksichtigung des Handels mit geldwerthen Papieren. 8. Berlin 1846.

§. 981. 1) Betreffend den Unterschied zwischen Kauf- und Lieferungsverträgen.

a) Die Gesetzrevisoren führen aus, daß der Gegenstand des Kaufvertrages immer eine Sache sei, welche als das Eigenthum des Verkäufers gedacht werde, dieser möge sie wirklich besitzen, oder nur als Besitzer auftreten. Gegenstand des Lieferungsvertrages sei dagegen gerade umgekehrt eine Sache, die nicht als das Eigenthum dessen, der sie liefern solle, gedacht werde. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 166.)

b) Bornemann spricht dieselbe Ansicht aus, wie denn auch dieser Unterschied schon durch das im §. 981. gebrauchte Wort: »verschaffen« hinreichend angedeutet werde, womit übereinstimmend Suarez bei der rev. mon. bemerkt habe:

»ante implementum ist also kein Kauf, sondern ein contractus facio ut des vorhanden; erst post implementum tritt das Verhältniß wie zwischen Käufer und Verkäufer ein«.

(System Bd. 3. S. 344, 345, 2. Ausg. Bd. 3. S. 189.)

c) Koch stellt den Lieferungsvertrag als den umgekehrten Trödelvertrag dar. So wie der Trödelvertrag wesentlich ein Auftrag zum Verkaufe sei, und folglich sich, wenn er ausgeführt werde, zuletzt in ein Kaufsgeschäft auflöse, so sei der Lieferungsvertrag ein Auftrag zum Ankaufe, dessen Ausgang wieder ein Kauf sei, weshalb nach der Erfüllung die Grundsätze des Kaufes einträten.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 836.)

d) Hassenpflug, Abhandlung über das Lieferungsgeschäft, zur Erläuterung des eigentlichen Sinnes der §§. 981 – 987. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.

Der Verfasser bestreitet die Richtigkeit der Koch schen Ansicht, daß im Lieferungsvertrage ein Auftrag zum Ankaufe liege, denn es würde dann nicht möglich sein, daß der Lieferant in dem Falle sein könnte, die im Auftrag angekauften Sachen noch durch einen besonderen Kaufvertrag zu übermachen. Die in dem Abschluß eines Lieferungsgeschäftes liegende indirekte Aufforderung an den Lieferanten, sich zu bemühen, die zu liefernden Gegenstände sich anzuschaffen, um sie demnächst liefern zu können, lasse sich nicht als ein Auftrag bezeichnen. Sodann wird ausgeführt, daß der Lieferungsvertrag, obwohl demselben seine Stelle im System des A. L. R. unter den Verträgen über Handlungen angewiesen worden, dennoch nicht als Vertrag über Handlungen aufgefaßt werden dürfe. Denn derselbe enthalte in seinem, ihn selbst charakterisirenden Wesen nichts, was im Rechtssinne als Handlung gelten könne, indem die präparatorischen Handlungen, wozu er Veranlassung gebe, sich nicht als im Vertrage enthalten ansehen ließen, der Akt, in welchem die Kontraktserfüllung wirklich liege, aber nicht eine Handlung enthalte, sondern durch ein Geben vollzogen werde. Nur der Punkt, daß bei dem Lieferungsgeschäft durch die Uebernahme des Verschaffens die Voraussetzung hingestellt werde, daß der Lieferant sich nicht in dem Falle befinde, unmittelbar die Uebergabe zu leisten, begründet allein das Merkmal der Verschiedenheit des Lieferungsvertrages vom Kaufkontrakte. — Es wird nun, unter Bezugnahme auf die Suarez sche Rechtfertigung der in Rede stehenden Bestimmungen in der revisio monitorum, zu zeigen gesucht, daß die Auffassung des Lieferungsvertrages als eines contractus do ut facias, an den sich ein Kaufkontrakt anschließe, auf einem bloßen Mißverständnisse beruhe. Der §. 981. h. t., welcher einen Lieferanten definiren wolle, gehe offenbar von dessen durch das Leben begründeten Existenz aus, die durch die vorausgeschickte Beschreibung nach ihrer rechtlichen Seite hin auseinandergesetzt werden solle. Aus diesem Gesichtspunkte aufgefaßt spreche der §. 981. nur aus, daß das Wesentliche, die rechtliche Stellung eines Lieferanten in sich fassende darin liege, daß ein solcher für einen bestimmten Preis eine bestimmte Sache zu verschaffen übernehme. Da diese Definition indeß nicht erschöpfend sei, so müsse sie durch Vermittelung der richterlichen Beurtheilung ergänzt werden, worauf auch der §. 981. selbst hinweise, wenn er auf das im gemeinen Verkehr Angenommene Bezug nehme. Die richterliche Beurtheilung müsse, von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ausgehend, feststellen, ob das zur Kognition gelangende Verhältniß für ein solches gelten könne, das nach allgemeiner Auffassung im gewöhnlichen Leben dem Uebernehmer die Benennung eines Lieferanten verschaffe. Der spezielle Inhalt des Kontraktes, die Größe des ganzen Unternehmens, und hier denn auch insbesondere die dem Uebernehmer im Kontrakte beigelegte Bezeichnung als Lieferant werde die Anhaltspunkte gewähren, um einen Lieferungsvertrag im wahren Sinne dieses Geschäftes herauszufinden.

(J. W. 1845 S. 793 ff.)

e) Kieschke sucht zu zeigen, daß das Kriterium des Lieferungsvertrages die Unbestimmtheit des Objektes, sein Zweck Eigenthumsübertragung sei. Im Letzteren treffe er mit dem Kaufe zusammen; aus dem Erstern folge namentlich, daß es dem Lieferanten verstattet sein müsse, sich irgend woher Sachen, den zu liefernden gleich, zu verschaffen. (Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 3. S. 99 ff.)

f) Das Ob. Trib. setzt in den Erk. v. 4. Okt. und 11. Nov. 1843 den wesentlichen Unterschied darin, ob thatsächlich anzunehmen, daß der Verpflichtete die Sache, deren Eigenthum auf den anderen Kontrahenten übergehen soll, zur Zeit des Abschlusses des Vertrages schon besessen habe oder nicht, daß es aber im Uebrigen bei Prüfung der rechtlichen Natur des Vertrages nicht auf die Bezeichnung ankomme, welche die Parteien ihm gegeben.

(Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 2. S. 61 u. 64 und v. 18. Okt. 1845, J. W. 1845 S. 818.)

g) Vergl. die Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 285 ff. und in Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 2. S. 71.

2) Bei Lieferungsverträgen im Sinne des A. L. R. macht zwar das Verschaffen der Sache einen wesentlichen Theil der Verpflichtung aus, die der, die Sache Versprechende gegen den Besteller übernimmt. Damit aber das Geschäft für einen Lieferungsvertrag erachtet werden könne, ist es nicht erforderlich:

α) daß das Verschaffen der Sache ausdrücklich versprochen sei. Die entsprechende Verpflichtung kann vielmehr auch aus dem Inhalte des Vertrages, aus den Verhältnissen der Parteien, und aus den sonstigen Umständen entnommen werden;

β) daß aus dem Vertrage oder aus den Umständen die Voraussetzung des Bestellers hervorgehe, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des Versprechenden befinde. Es schließt daher

γ) die Anwendung der Regeln des Lieferungsvertrages nicht aus, daß sich der Uebernehmer (Lieferant) bereits beim Abschluß des Kontraktes thatsächlich im Besitze der Sache — d. i. von Sachen solcher Art und in der Quantität, wie er zu liefern sich verpflichtet, — befunden hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 15. Juni 1846. (Präj. Nr. 1755.)

Das A. L. R. rechnet den Lieferungsvertrag zu den Verträgen über Handlungen, erkennt aber zugleich im §. 987 an, daß nach erfolgter Erfüllung dieses Vertrages über Handlungen das Rechtsgeschäft eine andere Natur annehme, und von diesem Zeitpunkte ab nach den Regeln des Kaufs und Verkaufs beurtheilt werden müsse. Demgemäß beziehen sich alle, den Lieferungsvertrag als solchen betr. Vorschriften nur auf das zwischen beiden Kontrahenten vor geschehener Erfüllung eintretende Verhältniß und die durch den Lieferungsvertrag bis zu diesem Zeitpunkte von Beiden übernommenen Verpflichtungen. Es ist, da im A. L. R. nicht speziell die dem Lieferungskontrakte selbst eigenthümlichen wesentlichen Erfordernisse festgesetzt sind, anzunehmen, daß man davon ausgegangen sei, daß bei diesem Vertrage die dem ganzen Abschn. 8. h. t. an die Spitze gestellten wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages über Handlungen gleichfalls vorhanden sein müssen. — Der Begriff des Lieferungsvertrages ist, daß es ein Vertrag ist, der bezweckt, Jemandem den Besitz einer ihrer Gattung und Art nach bestimmten Sache oder einer gewissen Quantität solcher Sachen zu einer gewissen Zeit zu verschaffen, und durch den der eine Kontrahent die Verschaffung dieses Besitzes gegen einen im Voraus bestimmten Preis übernimmt. Lassen sich aber in einem konkreten Falle diese wesentlichen Merkmale des Rechtsgeschäftes unzweifelhaft entnehmen, so kann es, was nunmehr die hier zur Entscheidung vorgelegten Fragen betrifft, zunächst

1) nicht darauf ankommen, in welcher Art die übernommenen Verpflichtungen in dem abgeschlossenen Vertrage von den Kontrahenten ausgesprochen sind, ob namentlich der Ausdruck »Lieferung« gebraucht oder ob ausdrücklich das Verschaffen versprochen worden oder nicht; denn die Natur des klar vorliegenden Rechtsgeschäfts kann dadurch, daß die Kontrahenten es unrichtig bezeichnet, und folglich mit dieser Bezeichnung einen falschen Begriff verbunden haben, nicht geändert werden. Nicht minder unerheblich erscheint es,

2) ob aus dem Vertrage die Voraussetzung des Bestellers hervorgeht, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des anderen Kontrahenten befindet, oder ob vielleicht das Gegentheil sich entnehmen läßt.

Zwar wird in der Regel, namentlich aber, wenn gewisse einzelne Sachen Gegenstand der Lieferung sind, eine solche Voraussetzung des Bestellers stattfinden; sie erscheint aber in sofern nicht wesentlich, als sich ein Lieferungsvertrag

ganz wohl auch in dem Falle denken läßt, wo dem Besteller bekannt war, daß sich der Uebernehmer der Lieferung zur Zeit des Kontraktabschlusses wirklich im Besitze von Sachen solcher Art, wie geliefert werden sollen, befinde.

Denn wenn z. B. der Staat mit einem Getreidehändler einen Kontrakt schließt, wonach sich der Letztere verpflichtet, die zur Verpflegung der Garnison eines gewissen Ortes und ihrer Pferde für das nächste Jahr erforderlichen Quantitäten Getreide in bestimmten Terminen zu dem voraus bestimmten Preise zu liefern, so mag der kontrahirenden Staatsbehörde sehr wohl bekannt sein, daß der Lieferant im Besitze großer Vorräthe solchen Getreides sich schon befinde. Dessenungeachtet ist unbedenklich ein Lieferungsvertrag vorhanden; denn es wird nicht eben über den im Besitze des Lieferanten befindlichen Vorrath oder einen Theil desselben kontrahirt; und der Letztere verpflichtet sich nur, zu den festgesetzten Terminen der Behörde den Besitz der stipulirten Quantität Getreide für den bestimmten Preis an dem fraglichen Orte zu verschaffen. Die Leistung ist der Hauptgegenstand des Vertrages, und auf welche Art der Lieferant sich in den Stand gesetzt hat, diesen zu erfüllen, erscheint für das Wesen des Geschäfts gleichgültig. Daraus folgt dann aber

3) von selbst, daß, wenn im Uebrigen die wesentlichen Merkmale des Lieferungsvertrages vorhanden waren, es eben so wenig die Natur des Rechtsgeschäfts ändern kann, wenn sich findet, daß der Lieferant zur Zeit des Abschlusses des Vertrages sich thatsächlich schon in dem Besitze derjenigen Sache befunden hat, die er dem Anderen zu liefern versprochen hatte. Höchstens würde vielleicht ein Bittsteller, der unter der Voraussetzung, daß die Beschaffung der Sache für den Anderen schwierig sein möchte, sich zu einem höheren Preise verstanden hätte, als sonst der Fall gewesen sein möchte, unter Umständen zur Anfechtung der getroffenen Verabredungen auf den Grund des Irrthums berechtigt gehalten werden können; das geschlossene Geschäft würde aber immer ein Lieferungsvertrag bleiben. Umgekehrt ergiebt sich aber auch endlich,

4) wie der Umstand allein, daß der Versprechende sich zur Zeit des geschlossenen Vertrages noch nicht im Besitze der versprochenen Sache befand, nicht hinreicht, das Geschäft als einen Lieferungsvertrag zu beurtheilen. Wenn namentlich z. B. Jemand ein Exemplar eines gewissen Buches von einem Buchhändler kauft, dieser aber solches im Augenblicke nicht vorräthig hat und erst von einem anderen Buchhändler holen läßt oder verschreibt, so bleibt das Geschäft doch ein Kauf, denn sein Hauptgegenstand ist eben nur das Buch, keineswegs die Beschaffung desselben. Letztere ist vielmehr nur das Mittel, den Verkäufer in den Stand zu setzen, die versprochene Uebergabe der verkauften Sache zu gewähren, berührt aber nicht den Vertrag selbst, über welchen die Kontrahenten einig geworden sind.

Als Resultat des bisher Angeführten stellt sich daher der angegebene Beschluß dar, und bleibt demnach in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung überlassen: ob bei einem die Gewährung einer gewissen Sache betreffenden Vertrage die Merkmale des Lieferungsvertrages anzutreffen sind, oder ein anderes Rechtsgeschäft zum Grunde liegt.

(Präj. Samml. S. 69, Entsch. Bd. 13. S. 57, J. M. Bl. 1846 S. 227.)

Vergl. auch die von gleichem Gesichtspunkte ausgehenden Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Sept. und 22. Okt. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 257 Nr. 129. u. S. 301 Nr. 151.)

3) Durch den »gewissen« Preis wird der Lieferungskontrakt dem Kaufkontrakte ähnlich und unterscheidet er sich von dem Mandate und namentlich von der Einkaufskommission (Tit. 13. §§. 5. 6., Thl. II. Tit. 8. §§. 698., 699), wobei ein Limitum des Einkaufspreises gesetzt ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1853.

(J. M. Bl. 1853 S. 142, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 300 Nr. 62.)

Ueber die Natur des kaufmännischen Kommissionsgeschäftes, und ob solches aus dem Standpunkte des Mandats oder des Lieferungsvertrages zu beurtheilen, vergl. auch die in Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 1—21 Nr. 1—6. mitgetheilten (in Bezug auf die Frage differirenden) Entscheidungen des IV. Sen. des Ob. Trib.

4) In Betreff des Unterschiedes zwischen Lieferungsverträgen und Tauschverträgen führt das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Mai 1851 aus, daß bei jenen die Handlung des Verschaffens der Sache, bei diesen hingegen der zu bewirkende Umtausch der eigentliche Gegenstand der Verabredung sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 30 Nr. 6.)

§§. 981. sqq. 1) Es ist zur Erfüllung eines Lieferungsgeschäfts, bei welchem der Verkäufer oder Lieferant die Waare anbieten und zuwiegen soll, die Anmeldung von Seiten desselben, daß er zur Lieferung bereit sei, und die Aufforderung an den andern Theil, die Waaren in Empfang zu nehmen, genügend[1].

[1] Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 271. Zus. 9. sub a.

Wenn bei einem Lieferungsgeschäft die Bedingung gestellt ist, daß, Falls einer von beiden Theilen seinen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, der eine oder andere Theil berechtigt sein soll, die Sache durch einen vereideten Mäkler sofort an- oder verkaufen zu lassen, und daß alsdann der dadurch entstehende Preisunterschied nebst Kosten vom Besteller oder Lieferanten bezahlt werden müsse, so tritt diese Bedingung gegen den Besteller auch dann in Wirksamkeit, wenn der Lieferant die Waare von einem Dritten unter derselben Bedingung angekauft oder angeschafft hat, und auf des Letzteren Veranlassung der Verkauf durch einen Mäkler bewirkt worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. April 1848, mit Rücksicht auf die Vorschriften des A. L. R. I. 5. §. 271., I. 13. §§. 10., 18. und I. 16. §. 251. (Entsch. Bd. 17. S. 184.)

2) Ein Kontrahent, der wegen seiner anfänglichen unbegründeten Weigerung zur vertragsmäßigen Lieferung einer Waare und zur Entschädigung seines Gegners, aus einem Zeitkaufs- oder Lieferungsgeschäfte rechtskräftig verurtheilt ist, kann aus der später vom Besteller verweigerten Annahme der Lieferung keinen Anspruch auf Abnahme der Waare nach den Bestimmungen des Judikats, und Entschädigung wegen der verzögerten Abnahme herleiten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1850.

(Entsch. Bd. 20. S. 124.)

3) Bei Lieferungsverträgen, als Verträgen über Handlungen, kann, wenn der eine Kontrahent die versprochene Erfüllung verweigert, der andere nach §. 878. h. t. vom Vertrage zurücktreten, und die Vergleichung dieses Gesetzes mit dem §. 408. A. L. R. I. 5. ergiebt, daß der »Weigerung der versprochenen Erfüllung« die »bisher nicht kontraktmäßig geleistete Erfüllung« gleichsteht. Hierbei erfordert das Gesetz keineswegs eine besondere ausdrückliche Erklärung des Rücktritts vom Vertrage gegenüber dem anderen Kontrahenten, sondern es kann dieser Rücktritt auch durch Innehaltung der ferneren Lieferungen erklärt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 259 Nr. 63.)

§§. 981—983. 1) Das im Centralblatt 1838 S. 227 mitgetheilte Erk. (Gerichtshof und Datum konstiren nicht) nimmt an, daß, wenn ein Buchhändler die zweite Auflage einer aus mehreren Bänden bestehenden Schrift angekündigt, Subskribenten darauf gesammelt, den Subskribenten aber nur den ersten Band geliefert hat, und sich weigert, die folgenden Bände erscheinen zu lassen, die Subskribenten dennoch nicht auf Lieferung der fehlenden Bände klagen können; denn in der Ankündigung einer Schrift auf Subskription liege nur eine, nach §. 3. A. L. R. I. 5. unverbindliche Aeußerung etwas thun zu wollen; dieselbe sei nur ein Versuch, zu erfahren, ob die Schrift hinlängliche Abnehmer finden werde. Der (nicht genannte) Verfasser des Aufsatzes hält diese Entscheidung für unrichtig, weil durch die Unterzeichnung ein gegenseitiger Vertrag, ein Lieferungsvertrag zu Stande komme und sonach §. 982. h. t. u. 374. A. L. R. I. 5. dem Buchhändler entgegenständen.

2) Wenn eine Buchhandlung ein Werk ankündigt, in dieser Ankündigung den Umfang und Preis desselben, so wie den Zeitpunkt des Erscheinens bestimmt, und nunmehr eine andere Buchhandlung Subskriptionen auf dieses Werk sammelt, so kann, sobald das angekündigte Werk nicht vollständig bis zu dem verheißenen Zeitpunkte erschienen, auch Umfang und Preis bei weitem überschritten sind, der Subskribent von derjenigen Buchhandlung, welche die Subskriptionen gesammelt hat, Zurücknahme der erschienenen Lieferungen und Rückzahlung des dafür gezahlten Betrages fordern. Denn der Subskribent steht nicht mit der Verlagshandlung, sondern nur mit der sammelnden Buchhandlung in einem Vertragsverhältniß, der Vertrag aber ist ein Lieferungsvertrag (§. 987. h. t.), und solcher im vorliegenden Falle nach §§. 983. h. t. u. 373., 364. A. L. R. I. 5. für aufgehoben zu erachten.

(Erk. [Gerichtshof und Datum konstiren nicht], Centralbl. 1838 S. 34.)

Nach denselben Grundsätzen hat das O. L. G. zu Glogau (Datum des Urtels konstirt nicht) erkannt. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 433.)

§. 984. Zeile 2 statt »besprochene« ist zu setzen: »versprochene«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 984—987. a) Die Vorschriften der §§. 984—986. vom Rücktritte des Bestellers bei Lieferungsverträgen finden nur alsdann Anwendung, wenn der Besteller den Nachweis führt, daß ihm die Lieferung zu dem bedungenen Zwecke unnütz oder unbrauchbar geworden — nicht aber auch alsdann, wenn er aus reiner Willkühr den Vertrag widerruft.

b) Dadurch, daß der Lieferant die angebotene, aber zurückgewiesene Sache privatim anderweit veräußert, wird er noch nicht seines ganzen Anspruches an den Besteller verlustig.

c) Der Lieferant ist nicht verpflichtet, alternativ auf Annahme oder öffentlichen Verkauf der Sache auf Gefahr und Kosten des Bestellers zu klagen, sondern darf auch einfach auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Uebernahme der versprochenen Sache Klage erheben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 19. Sept. 1845 [1]). (Präj. Nr. 1607.)

Die Gesetzgebung erkennt den Lieferungsvertrag nicht als eine Gattung des Kaufs an, sondern hat ihm eine besondere Stellung unter den Verträgen des Abschn. 8. h. t. angewiesen. Diese Verschiedenheit in der Natur des Vertrages hat die Nothwendigkeit hervorgerufen, einige nur dem Lieferungsvertrage eigenthümliche Bestimmungen anzuordnen. Ist aber die Lieferung erfolgt, so tritt die Natur des Kaufs ein, und damit auch die Anwendbarkeit der allgemeinen, für diesen Vertrag gegebenen Vorschriften. Dagegen folgt nicht, daß, weil nach eingetretener Lieferung unter den Kontrahenten Alles gelten soll, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens ist, nun auch für die Zeit vor der Erfüllung Alles das nicht gelten dürfe, was bei allen Verträgen allgemein Rechtens ist — nämlich die bindende Kraft für beide Parteien. Es versteht sich vielmehr von selbst, daß auch für ein solches Verhältniß schon vor der Lieferung, sofern nicht die §§. 981—987. besondere Bestimmungen enthalten, zunächst die Vorschriften der §§. 869. ff. h. t. und subsidiarisch die allgemeinen Bestimmungen von Verträgen gelten. — Was nun die Frage betrifft: ob der Lieferant gegen den Besteller auf Erfüllung, also auf Annahme und Bezahlung der bestellten Waare, wenn ihm, wie natürlich vorausgesetzt wird, dieselbe in der bedungenen Qualität und zur bedungenen Zeit angeboten wird, zur Klage berechtigt sei? so ergiebt sich deren Beantwortung aus den §§. 877. u. 878. h. t., und es folgt schon aus diesen allgemeinen Vorschriften über die ganze Vertragsgattung, daß bei eingetretener Weigerung des Andern nur dem die Erfüllung Verlangenden das Recht zusteht, statt die Klage auf Erfüllung zu verfolgen, von dem Vertrage sofort zurückzutreten. Die besonderen Bestimmungen der §§. 981—987. h. t. enthalten hiervon keine Abweichung; vielmehr ist hier nur Fürsorge getroffen für diejenigen Fälle, wo die Lieferung unmöglich, wo sie erschwert worden, und wo eine Veränderung der Umstände auf Seiten des Bestellers eingetreten ist. Von dem letztgedachten Falle handeln die §§. 984—986., in welchen der Gesetzgeber in Beziehung auf die Bedingungen des Rücktritts und auf die Wirkungen desselben, von den allgemeinen Vertragsbestimmungen abzuweichen sich veranlaßt gefunden hat. Denn nach §. 378. Tit. 5. ist eine Aufhebung des Vertrages nur zuläßig, wenn der Zweck beider Theile durch die Umstände vereitelt wird, wogegen, wenn dies nur bei dem Zwecke des einen Theils eintritt, diesem zwar auch der Rücktritt vom Vertrage gestattet ist, jedoch nur gegen vollständige Entschädigung des anderen Theils (§§. 380., 381.). Dagegen soll der Lieferant nach §. 985. h. t., obwohl durch die Veränderung der Umstände nur der Zweck des Bestellers vereitelt ist, sich mit der Entschädigung für die von seiner Seite zur Erfüllung bereits gemachten Anstalten verwendeten Bemühungen und Kosten begnügen müssen, auf den Ersatz des entgangenen Gewinns dagegen Verzicht leisten. Wenn aber das Gesetz den Lieferanten schlechter gestellt hat, wie jeden Anderen, der einen Vertrag schließt, aber auch schlechter, als seinen eigenen Mitkontrahenten, da er selbst nach §. 982. wegen veränderter Umstände nicht zurücktreten darf, so tritt auch die Nothwendigkeit hervor, die korrespondirende Befugniß des begünstigten Bestellers strenge auf die von dem Gesetze bezeichneten Fälle zurückzuführen. Nun soll ihm aber im Falle des §. 984., und zwar unter der im §. 985. bezeichneten Begünstigung, der Rücktritt freistehen. Daraus folgt, daß der Besteller, wenn er die Annahme der von dem Lieferanten ihm angebotenen Waare verweigern, oder auch, ohne solches Anerbieten abzuwarten, seinen Rücktritt erklären will, das Vorhandensein derjenigen Umstände nachzuweisen hat, unter denen allein nur das Gesetz dem Besteller das Recht des Rücktritts verleiht. Ungerechtfertigt aber ist es in der Bestimmung des §. 984., nicht eine Bedingung, ein Erforderniß für die Zulässigkeit des Widerrufs, sondern nur den Veranlassungsgrund zu solchem Widerruf zu finden, und es sohin ganz in die Willkühr des Bestellers geben, den Vertrag zu halten oder zu brechen. — Hieraus ergiebt sich die Richtigkeit des ersten, aber auch des dritten Satzes des Pl. Beschl. Denn der Lieferant ist princip. und von vornherein berechtigt, auf Erfüllung zu klagen; sein Klagerecht wird nur exceptionis modo beseitigt, wenn der in Anspruch genommene Besteller gesetzliche Gründe zum Rücktritt nachweiset, und nur unter solcher Voraussetzung, und wenn es alsdann auf Entschädigung des Lieferanten ankommt, tritt die Vorschrift des §. 986. ein. Unter diesen Umständen liegt dann aber kein Grund vor, den Lieferanten zu einer alternativen Stellung seines Klageantrages zu nöthigen. — Was endlich die zweite durch den Pl. Beschl. entschiedene Frage betrifft, so folgt die Richtigkeit der Entscheidung schon aus dem Begriff und der Natur des Lieferungsvertrages. Denn der Lieferungsübernehmer ist nicht, wie etwa der Käufer, zur Gewährung einer individuellen Sache verpflichtet, sondern nur verbunden, dem Besteller eine Sache von einer bestimmt verabredeten Gattung zu verschaffen. Er hat somit seiner Pflicht genügt, wenn er zur verabredeten Zeit dem Besteller eine Sache solcher Art anbietet. Wird sie nicht angenommen, so kann der Lieferant, wenn er sodann in irgend einer Weise über dieselbe weiter disponirt, seines Anspruches an den Besteller dadurch um so weniger verlustig gehen, als ihm, wenn dieser nun etwa nach insinuirter Klage sich zur Annahme bereit erklärt, immer doch wieder nur obliegen wird, eine Sache von der verabredeten Gattung zur Abnahme bereit zu halten. Dadurch, daß er die Sache für den Besteller bereits angeschafft hat, ist sie in des Letzteren Eigenthum noch nicht übergegangen; derselbe hat auch dann mehr nicht, als ein persönliches Recht gegen den anderen Kontrahenten, und erst durch die wirkliche Ablieferung von der einen, durch die Uebernahme von der anderen Seite geht das Eigenthum der Sache von dem Lieferanten auf den Besteller über. Vor solcher Uebernahme fehlt es dem Besteller an allem Rechte, in das Dispositionsrecht des Anderen einzugreifen; mithin kann dieser auch durch die Ausübung dieses seines nicht zu bezweifelnden Dispositionsrechtes nicht des damit gar nicht kollidirenden Rechtes verlustig werden, von dem Besteller die Erfüllung des Vertrages, also die Abnahme der seitdem anderweit schon wirklich wieder angeschafften oder erst noch anzuschaffenden Sache der bestimmten Gattung gegen Zahlung des verabredeten Preises zu fordern.

(Präj. Samml. S. 70, Entsch. Bd. 11. S. 18, J. M. Bl. 1845 S. 196.)

Vergl. dazu die Erörterungen in Gräff's Arch. Bd. 1. Hft. 2. S. 99 ff. und S. 112 ff.

§§. 988—995. Prämien.

§. 988. Was ist Rechtens, wenn auf die Entdeckung eines Verbrechens, die Ermittelung einer verlorenen Sache u. s. w. öffentlich eine Belohnung ausgesetzt worden?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Wir nehmen keinen Anstand, dem Entdecker in solchem Falle ein klagbares Recht gegen denjenigen, der die Belohnung aussetzte, zu gestatten; das Rechtsverhältniß muß nämlich aus dem Gesichtspunkte aufgefaßt werden, als ob derjenige, der die Entdeckung macht und anzeigt, eben dadurch das Versprechen akceptirte, es ist ganz analog demjenigen, welches in den vor uns liegenden §§. 988—995. des Textes beschrieben wird; doch kommen dabei einige Eigenthümlichkeiten vor. Zunächst nämlich entsteht die Frage, wie es zu halten, wenn mehrere Personen die verlangte Anzeige machen. Dies kann nach §§. 992. bis 994. d. Tit. nicht entschieden werden, vielmehr wird anzunehmen sein, daß derjenige, der die Mittheilung zuerst macht, vor den Uebrigen den Vorzug habe. Weiterhin entstehen die ebenfalls nach dem Texte nicht zu beantwortenden Fragen, in wiefern das öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Belohnung zurückgenommen werden könne — was Rechtens sei, wenn derjenige, der die Belohnung aussetzte, selbst die Entdeckung macht. Die erste dieser Frage nehmen wir, des §. 989. d. Tit. ungeachtet, keinen Anstand, dahin zu beantworten, daß das Versprechen, ohne Rücksicht auf einen etwa beigefügten Termin, jederzeit zurückgenommen werden könne; nur muß der Widerruf auf dieselbe Weise, wie das Versprechen selbst, bekannt gemacht werden. Die Antwort auf die zweite Frage: ob derjenige, der die Belohnung aussetzte, selbst konkurriren könne, ergiebt sich schon von selbst dadurch, daß unter mehreren sich Meldenden dem ersten der Zeit nach der Vorzug zugesprochen ist.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 167, 168.)

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 26. Nov. 1842 (Entsch. Bd. 8. S. 264) folgende Grundsätze angenommen:

a) Jede Weigerung des Bestellers, die nach einem Lieferungsvertrage von dem Lieferanten anzuschaffende Sache anzunehmen, berechtigt diesen nur zu den in den §§. 985. u. 986. h. t. bezeichneten Ansprüchen.

b) War von dem Lieferanten die Sache, welche er zu liefern übernommen hatte, schon angeschafft, so ist der Besteller nach §. 986. h. t. doch nur alsdann verpflichtet, selbige anzunehmen, wenn sie zur Ablieferung bereit liegt.

c) Durch die eigenmächtige Veräußerung der Sache verliert der Lieferant seinen Anspruch.

Als später von diesen Prinzipien abgewichen werden sollte, wurde der ob. Pl. Beschluß gefaßt.

b) **Bielitz** und **Bornemann** sind der Ansicht, daß auf dieses Verhältniß die Bestimmungen dieses Abschnittes nicht ohne Weiteres angewendet werden können; denn

α) dürfe auch der Preissteller nach wie vor seine Bemühungen anwenden, da seine Tendenz nur die sei, auch andere Personen durch die ausgesetzte Belohnung zu einer gleichen Thätigkeit zu bewegen;

β) könne nur der auf die Belohnung Anspruch machen, der den Preissteller zuerst in Kenntniß setze, indem die Prämie eben dem **Entdecker** versprochen worden sei; selbst etwanige Auslagen könne ein sich erst später meldender Dritter nicht erstattet verlangen, da er solche auf seine Gefahr mache; nur hinsichtlich der nach bereits stattgefundener Entdeckung von diesem oder jenem noch aufgewandten Kosten dürfe das Gegentheil anzunehmen sein, wenn der Versprechende die Entdeckung nicht gehörig bekannt gemacht habe, weil derselbe alsdann offenbar mindestens durch ein mäßiges Versehen Schuld daran sei, daß der Andere zu nutzlosen Kosten verleitet worden;

γ) dürfe zwar die Zurücknahme des Versprechens, durch eine gleichfalls öffentliche Bekanntmachung, dem Versprechenden zu jeder Zeit freistehen, weil er nicht in infinitum gebunden sein könne, wenn aber die Rücknahme vor der Entdeckung erfolge, so scheine der Versprechende verpflichtet zu sein, diejenigen, welche Kosten und Zeit aufgewendet haben, zu entschädigen.

(Komm. Bd. 2. S. 729, 730, System Bd. 5. S. 349—351.)

c) Dr. Sz. führt aus, daß, wenn Jemand öffentlich eine derartige Belohnung aussetze, zwei praktisch-wichtige Folgerungen sich ergeben:

α) daß die Willenserklärung, so lange sie isolirt dastehe, zurückgenommen werden könne; daß sie aber,

β) sobald die Thätigkeit eines Dritten dadurch hervorgerufen sei, nicht mehr, ohne dessen Rechtssphäre zu verletzen, widerrufen werden dürfe.

Ferner seien die §§. 988. ff. sehr wohl darauf anzuwenden, weil man dabei an Pollicitationen überhaupt und deren rechtliche Bedeutung im Falle der Annahme durch Leistung gedacht habe, und die §§. 1053. 1054. aus dem Grunde nicht entgegenzusetzen seien, weil diese §§. mit demselben Rechte sonst auch auf Prämien für Geisteswerke angewendet werden müßten, dann aber mit den Vorschriften a. a. O. in Widerspruch treten würden. (Themis 1839 Beiblatt S. 129 — 136.)

d) Wenn Jemand, dem verschiedene Kostbarkeiten und baares Geld gestohlen, nach erfolgter Entdeckung und Ueberführung der Diebe aber zum Theil erstattet worden, in einem Privatskriptum demjenigen, welcher die Diebe seiner Effekten entdecke oder deren Entdeckung vermittele, sofort, nachdem letztere erfolgt sein werde, die Summe von 1000 Thalern als Belohnung zu zahlen versprochen, und selbst noch vor seinem Tode mündlich die Zusicherung widerholt hat, die fraglichen 1000 Thaler zu zahlen, sobald er das im Depositorium befindliche baare Geld zurückerhalten haben werde, so können dennoch seine Erben nicht von einem Dritten, welcher die Diebe entdeckt und ihre Ueberführung veranlaßt zu haben behauptet, auf Zahlung der 1000 Thaler belangt werden; denn:

α) kann der §. 988. schon wegen der mangelnden öffentlichen Bekanntmachung nicht Anwendung finden, und

β) fehlt es bei der vorliegenden bedingten Schenkung an der gehörigen Annahme von Seiten des Dritten (§§. 1053. 1058.).

(Erk. [Gerichtshof u. Datum konstiren nicht], Themis 1838 Beibl. S. 89.)

e) **Koch** nimmt an, daß dergleichen **Auslobungen** (öffentliche Versprechen von Belohnungen für gewisse künftige Dienstleistungen an eine noch unbekannte Person) als ein **Auftrag an Jeden**, eine gewisse Handlung zu verrichten (z. B. den Urheber eines Verbrechens zu entdecken), anzusehen seien. Wer den Auftrag zuerst ausrichte, habe die versprochene Belohnung, nach den Grundsätzen vom Auftrage zu fordern. Aus der Natur des Auftrages folge, daß derselbe, bevor ihn Jemand ausgerichtet habe, zu jeder Zeit wieder zurückgenommen werden könne; nur müsse die Zurücknahme gehörig bekannt gemacht werden. (Recht der Forder. Bd. 2. S. 484.)

§§. 996—1036. Verlagsverträge.

Meditation über das Eigenthum der Schriftsteller in der Themis 1837 S. 659.

1) Ist das Verlagsrecht ein Eigenthum des **Buchhändlers** oder des **Verfassers**?

a) Die **Gesetzrevisoren** bemerken:

An der Spitze findet sich im §. 996. eine Erklärung des Verlagsrechtes, und ist so ausschließlich als ein Eigenthum des Buchhändlers gedacht, daß im §. 1297. lit. c. Tit. 20. Thl. II. A. L. R. selbst dem Verfasser der öffentliche Verkauf seiner für eigene Rechnung gedruckten Schriften an Orten, wo Buchhändler sind, untersagt wird; — ein Verbot, das jedoch nur durch die Beschränkung der Gewerbe auf zunftmäßig erworbene Rechte erklärt werden kann, und mit Einführung der Gewerbefreiheit von selbst seine Bedeutung verloren hat. Das Verlagsrecht muß, als ein Ausfluß des geistigen Eigenthums, welches dem Schriftsteller an seinem Werke zusteht, angesehen werden; es wird nicht durch den Verlagsvertrag geschaffen, sondern ist schon früher vorhanden, und wird durch den Verlagsvertrag an einen Anderen abgetreten.

(Gesetzrev. a. a. O. Mot. S. 170.)

b) **Hinschius** nimmt, auf die §§. 1. und 3. des Gesetzes v. 11. Juni 1837[1]) gestützt, an, daß das Verlagsrecht dem Autor oder denjenigen zukomme, welche ihre Befugniß dazu von ihm herleiten. Da nach §. 998. der Buchhändler das Verlagsrecht in der Regel nur durch einen **mit dem Verfasser** darüber geschlossenen Vertrag erlange, und nach §. 1022. dem Buchhändler nur bei solchen Schriften, wozu er die Idee angegeben habe, das Verlagsrecht »**von Anfang an**« zugeschrieben werde, so sei nicht zu bezweifeln, daß schon das A. L. R. das Verlagsrecht, wie übrigens auch aus der Natur der Sache folge, als ein **zunächst** dem **Autor** zustehendes Recht angesehen habe. In dem singulären Ausnahmefalle des §. 1021. sei der Buchhändler als »Autor« des Werkes anzusehen.

(J. W. 1840 S. 306.)

2) **Schepers**, über das Verlagsrecht einer Zeitung. In dieser Abhandlung wird der **Begriff des geistigen Eigenthums** eines Schriftstellers an dem von ihm verfaßten Werke entwickelt und in besonderer Beziehung auf das Verlagsrecht einer Zeitung ausgeführt, daß dabei als **Gegenstand des Verkehrs** zu erachten sind:

a) das per occupationem erworbene Recht, die so und so benannte Zeitung herauszugeben, und

b) die mit dieser Firma verbundenen Geschäftsverhältnisse mit Dritten, in soweit sie wirkliche Rechtsverhältnisse sind, insbesondere die Kontraktsverhältnisse mit den Korrespondenten, mit dem Drucker, den Versendern und hauptsächlich den Abonnenten.

Sodann wird gezeigt, daß auch eine **Verpachtung** des Verlages von Schriften möglich sei, wie von dem **Ob. Trib.** in einem Erk. (das Datum ist nicht angezeigt) angenommen worden.

(J. W. 1836 S. 589—595.)

3) In dem Erk. des St. G. zu **Berlin** v. 20. Juli 1832, welches durch die Erk. des **Instr.** und **Ob. App. Sen.** des **K. Ger.** v. 3. Mai 1833 und 4. Mai 1834 bestätiget ist, wird ausgeführt, daß die Bestimmungen über die Schriftart und die Korrektur eines Werkes nicht zu den Essentialien eines Verlagskontraktes gehören, wie sich aus der Definition des Verlagskontraktes im §. 996. in Verbindung mit §. 998. ergebe, wonach das **Verlagsrecht** oder die **Befugniß**, eine Schrift durch den Druck zu vervielfältigen, nur durch einen mit dem Verfasser darüber geschlossenen **Vertrag** erlangt werde. Der Druck sei nur die Verwirklichung des Vertrages selbst, oder vielmehr des für den Verleger daraus entspringenden Rechtes, und folge nur in soweit als Naturale negotii aus dem Vertrage, als ohne ihn, ob schriftlich oder mündlich, der Druck unmöglich sei. Ein unter den Parteien schriftlich zu Stande gekommener Verlagskontrakt sei daher perfekt, wenn gleich noch einige Modifikationen desselben mit den einmal akceptirten Bedingungen zu treffen seien. (J. W. 1835 S. 339 ff.)

4) Ist der Buchhändler das an einem Werke ihm vertragsmäßig zustehende Verlagsrecht ohne Zustimmung des Verfassers zu veräußern berechtiget?

Es bejahen:

a) das St. G. zu **Berlin** und das **K. Ger.** (in einem an das Justizmin. erstatteten Berichte) mit der Maßgabe, daß der ursprüngliche Verleger dem Schriftsteller nach wie vor verhaftet bleibe.

Denn das Verlagsrecht gehöre zum Eigenthume des Verlegers; jeder Gegenstand des Eigenthums sei cessibel, sofern dasselbe nicht an eine Person oder an gewisse Eigenschaften derselben gebunden sei. Letzteres lasse sich von dem Verlagsrechte nicht behaupten; der §. 998. verordne vielmehr, daß der Buchhändler das Verlagsrecht durch einen mit dem Schriftsteller geschlossenen Vertrag erwerbe; der Buchhändler trete mithin ganz in die Rechte des Autors, woraus von selbst folge, daß er, gleich diesem, über das Verlagsrecht weiter verfügen könne. Zwar begründe der Verlagsvertrag nicht bloß Rechte, sondern in der Regel auch Verbindlichkeiten, und ein solches Vertragsverhältniß dürfe

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 1024—1036. h. t.

an einen Andern nicht abgetreten werden. Es sei indeß der Verlagsvertrag von dem Verlagsrechte, das durch ersteren übertragen werde, zu unterscheiden. Das Verlagsverhältniß, als solches, sei nicht cessibel, wohl aber das Objekt desselben. Wenn daher auch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche in dem Vertrage festgesetzt seien, nicht cedirt werden dürften, so sei der Verleger doch befugt, über das mittelst des Vertrages erworbene Eigenthum des Verlagsrechtes zu verfügen, wobei es sich von selbst verstehe, daß der Verleger dem Schriftsteller nach wie vor verhaftet bleibe. Unbedenklich gehe endlich das Verlagsrecht auf die Erben des Verlegers über; wenn der Letztere das Recht vererben könne, so müsse ihm auch die Veräußerung unter Lebenden freistehen. Der Schriftsteller aber müsse schon bei der Abtretung seines Verlagsrechtes im Voraus darauf rechnen, daß der Verlag später in andere Hände kommen könne, und habe mithin, wenn dieser Fall eintrete, kein Widerspruchsrecht.

(J. W. 1840 S. 312.)

b) Das Justizmin., welches mittelst R. v. 7. Juni 1838 dieser Ausführung (ad a) beigetreten ist und das St. G. angewiesen hat, danach in Zukunft zu verfahren. (a. a. O. S. 311.)

Dagegen verneinen:

a) das L. G. zu Halle und das O. L. G. zu Naumburg, weil nicht angenommen werden könne, daß der Verfasser mit jedem Buchhändler einen Verlagsvertrag abgeschlossen haben würde.

(J. W. 1840 S. 311.)

b) Hinschius.

Denn die Befugniß des Verlegers gehöre zu den mit Verbindlichkeiten vermischten Rechten, welche nicht veräußert oder an Andere abgetreten werden könnten, indem sich Niemand durch einseitige Handlungen von seinen Verpflichtungen frei machen, oder zur Erfüllung seiner Obliegenheiten ohne Zustimmung des Berechtigten sich einen Anderen substituiren dürfe. Die Gründe, welche von dem Stadtger. zu Berlin und von dem Kammerger. für die entgegengesetzte Meinung angeführt würden, seien unrichtig. Unerheblich sei es, daß das Gesetz dem Schriftsteller ein Widerspruchsrecht gegen die Veräußerung nicht ausdrücklich einräume, daß das Verlagsrecht nicht an die Person des Buchhändlers gebunden sei, und daß das Recht vererblich sei. Denn es komme nicht auf den Buchstaben des Rechtes, sondern auf dasjenige an, was aus der rechtlichen Natur der Verhältnisse folge; auch seien diejenigen Rechte, welche nicht an eine bestimmte Person oder an gewisse Eigenschaften derselben gebunden sind, keinesweges um deswillen auch alle cessibel (Koch, vom Uebergange der Ford. S. 109 ff.), und die Rechtsregel, daß das, was vererblich ist, auch cedirt werden könne, sei unrichtig. (a. a. O. S. 43, 44 u. das. Anm. 8—10.) Was endlich die Behauptung betreffe, daß das Verlagsrecht von dem Verlagsvertrage, gleich wie die gekaufte Sache von dem Kaufkontrakte, zu unterscheiden sei, und daß, wenn auch nicht die vertragsmäßigen Rechte und Verbindlichkeiten cedirt werden könnten, doch dem Verleger die Befugniß zur Verfügung über das Eigenthum des Verlagsrechtes zustehen müsse, so sei hierbei verkannt, daß das Recht, welches der Buchhändler durch den Verlagsvertrag erlange, nämlich die Befugniß zum Betriebe der Schrift, mit der Verbindlichkeit dazu unzertrennlich verknüpft sei, daß mithin durch den Verlagsvertrag selbst ein für sich bestehendes Vermögensobjekt in das Eigenthum des Verlegers nicht übergehe, und daher zwischen dem Verlagskontrakte und denjenigen Verträgen, durch welche das Eigenthum einer Sache übertragen wird, ein wesentlicher Unterschied obwalte. (J. W. 1840 S. 308, 314.)

c) Temme; denn es liege hier ein Vertrag über Handlungen vor, und zwar so, daß immer von beiden Seiten Handlungen vorgenommen werden sollen. Zu vertragsmäßig übernommenen Handlungen könne sich aber Niemand einen andern substituiren. (§§. 900. 928. (J. W. 1846 S. 41.)

Vergl. Temme's Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 558.

Koch unterscheidet in dieser Beziehung die Forderungsrechte aus dem Verlagsvertrage von dem Verlagsrechte selbst, und bemerkt, daß letzteres ein selbstständiges Recht und als solches ein Gegenstand des Verkehrs sei, dessen Veräußerung der Veräußerer nicht hindern könne. Wenn aber die Erwerbung noch nicht vollendet (die Uebergabe noch nicht geschehen sei), so habe der erwerbende Kontrahent ein bloßes Forderungsrecht, von welchem die Regeln von Cessionen der Forderungen aus einem zweiseitigen Vertrage gelten.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 723.)

5) Hat der Verleger die Verpflichtung, die Vervielfältigung und den Betrieb der Schrift auf seine Gefahr und Kosten zu besorgen?

Es bejahen:

a) Hinschius, welcher bemerkt, daß zwar das A. L. R. diese Verpflichtung nicht ausspreche, dieselbe aber von bewährten Rechtslehrern (Kramer a. a. O. S. 135, Mittermaier, Deutsches Privatr. 5. Aufl. §. 296., Weiske, Rechtslexikon sub. v.: Buchhandel, Bielitz, Komm. Bd. 2. S. 733 §§. 996. 997.[1]) anerkannt werde und aus der Natur der Sache folge. Denn der hauptsächliche Zweck des Autors bei Abschließung des Vertrages sei dahin gerichtet, die Schrift gedruckt und öffentlich verbreitet zu sehen, weshalb dies nicht von der Willkühr des Verlegers abhängen könne. Auch die Honorarzahlung befreie letzeren nicht von dieser Pflicht, weil präsumtiv die Absicht des Autors wenigstens nicht ausschließlich dahin gehe, einen Geldgewinn zu machen; auch sei der Autor schon deshalb berechtiget, auf den Druck zu bestehen, weil das Unterlassen des Betriebes die Möglichkeit etwaniger weiterer Auflagen hindere, folglich auch ferneren Gewinn des Verfassers unmöglich mache.

(J. W. 1840 S. 307.)

b) Der literarische Sachverständigenverein zu Berlin, dessen Gründe aber nicht konstiren. (a. a. O. Anm. 4.)

c) Koch, weil der Verfasser außer dem Vermögensinteresse auch ein geistiges Interesse habe. (R. d. Ford. Bd. 3. S. 726.)

§. 998. Ist zur Gültigkeit des Verlagsvertrages schriftliche Abfassung, auch wenn das Honorar unter 50 Thalern beträgt, erforderlich?

a) Bielitz verneint wegen der Anfangsworte des §. 998: »in der Regel«. (Komm. Bd. 2. S. 934.)

b) Bornemann bejahet, weil jene Worte nur der im §. 999. gemachten Ausnahme gegenüber ständen, bei der sonst unbedingten Fassung beider §§. und des §. 1009. daher anzunehmen sei, daß die schriftliche Abfassung eines Verlagsvertrages immer nothwendig sei und der Mangel dieser Form, auch bei einem Honorar unter 50 Thalern, nur durch die Ablieferung des Manuskriptes ergänzt werden könne.

(System Bd. 3. S. 356, 2. Ausg. Bd. 3. S. 197.)

c) Koch hält die schriftliche Form in allen Fällen für nothwendig und bemerkt, daß auf das Honorar, und ob dieses unter oder über 50 Thaler betrage, darum nicht gesehen werden könne, weil ein Honorar überhaupt nicht zu den Essentialien des Verlagskontraktes gehöre. Die Worte: »in der Regel« bezögen sich nicht auf die Form des Uebertragungsgeschäftes, sondern auf die Erwerbungsart. Ausnahmen enthielten die §§. 1022. 1029.

(Landr. Bd. 1. Anm. 51. zum §. 998. h. t.)

§. 999. Was ist im Falle des §. 999. in Ansehung des Formates, der Reihenzahl auf jeder Seite, der Buchstabenzahl in jeder Reihe und der Anzahl der abzuziehenden Exemplare Rechtens?

Bornemann meint, daß in der Regel hinsichtlich aller dieser Punkte die mündliche Abrede schon darum aufrecht zu erhalten sei, weil das Honorar gewöhnlich mit Bezugnahme auf ein bestimmtes Format, eine gewisse Art des Druckes und eine bestimmte Anzahl von Exemplaren besprochen werde, die Abrede wegen des Honorars also nur mit Aufrechthaltung der vorgedachten Punkte bestehen könne. Entgegengesetzten Falles könne selbst nach Ablieferung des Manuskriptes erst dann, wenn der Schriftsteller gegen den ersten Druckbogen nichts erinnert habe, der Vertrag für bindend erachtet werden.

(System Bd. 3. S. 356, 2. Ausg. Bd. 3. S. 197.)

Bielitz ist der Ansicht, daß selbst bei dem Vorhandensein eines schriftlichen Vertrages doch die darin nicht ausgedrückten Bedingungen, außer dem Honorare, welches nach der mündlichen Abrede zu leisten, bloß nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden müssen, und daß es nicht angehe, sich hierbei auf eine davon abweichende mündliche Verabredung zu berufen. (A. L. R. I. 5. §§. 128. u. 129.)

(Komm. Bd. 2. S. 735.)

Vergl. Temme in der J. W. 1846 S. 40 Anm. 12. u. Lehrb. des Preuß. Civilr., Bd. 1. S. 556 Anm. 3.

---

[1]) Bielitz äußert sich über die erwähnte Frage gar nicht, sondern bemerkt a. a. O. nur, daß durch den Verlagsvertrag der Buchhändler nicht, wie der Käufer, das Eigenthum der Schrift, welches vielmehr dem Verfasser verbleibe, sondern nur ein eingeschränktes Benutzungsrecht derselben erlange, weshalb der Verleger sich nicht ermächtigen könne, die Schrift zu vernichten, oder durch Zusätze, Weglassungen und Veränderungen über die Substanz der Schrift zu verfügen. — Es scheint somit auf einem Irrthume zu beruhen, wenn Hinschius sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf Bielitz bezieht.

§§. 1000. sqq. Da der Druck eines Werkes füglich beginnen kann, wenn auch Titel, Vorrede und Register noch fehlen, indem diese in der Regel zuletzt gedruckt werden, so kann derjenige, welcher das Manuskript ohne diese Stücke einmal angenommen hat, nicht verlangen, daß vor Beginn der Druckes das Fehlende nachgeliefert werde, vielmehr ist anzunehmen, daß in diesem Falle der Verleger in die überdies gewöhnliche Nachlieferung konsentirt habe.

(Erk. des Ob.-Appell. Sen. des K. Ger. v. 14. Mai 1834, J. W. 1835 S. 336.)

§. 1004. 1) Bielitz ist der Meinung, daß der Verleger den Schriftsteller durch den Richter auffordern und anhalten lassen müsse, die Zeit der Ablieferung des Manuskriptes zu bestimmen.

(Komm. Bd. 2. S. 737.)

Dagegen behauptet Bornemann, daß der Gesetzgeber nur an ein außergerichtliches Verfahren gedacht habe; denn der Verleger solle nicht in infinitum gebunden, und eben deshalb befugt sein, von dem Schriftsteller die Festsetzung eines bestimmten Ablieferungstermins unter dem Präjudiz zu fordern, daß er sonst den Vertrag für aufgelöst betrachte. Bei dieser Operation sei eine richterliche Mitwirkung durchaus unnöthig.

(System Bd. 3. S. 358, 359, 2. Ausg. Bd. 3. S. 198.)

2) Muß sich der Verleger bei jedweder, auch einer unverhältnißmäßig langen Zeitbestimmung beruhigen?

Bornemann meint, daß nach dem Buchstaben des Gesetzes diese Frage allerdings zu bejahen sein würde, daß die Redaktoren indessen bei Abfassung des §. 1004. h. t. offenbar angenommen hätten, daß der Schriftsteller seines eigenen Interesses wegen einen angemessenen Termin setzen werde, und daß, wenn dies nicht geschehen sollte, die Bestimmung des Schriftstellers einer Ablehnung gleich zu achten sein werde. (System Bd. 3. S. 359, 2. Ausg. Bd. 3. S. 198.)

§§. 1011—1019. Bornemann bemerkt mit Rücksicht auf die hier aufgestellten Definitionen von: »neuen Auflagen« und: »neuen Ausgaben«, daß nicht sowohl gegen die gemachte Distinktion, als vielmehr gegen deren Anwendung Erinnerungen zu machen seien. Dem Wortverstande nach werde ein Druckwerk nur dann von Neuem aufgelegt, wenn es völlig unverändert wieder abgedruckt werde; was aber das Rechtsverhältniß zwischen dem Schriftsteller und Verleger betreffe, so sei Folgendes anzunehmen:

α) Der Verleger erlange auf Vervielfältigung und Verbreitung der Schrift immer nur diejenigen Rechte, welche ihm in dem Verlagsvertrage ausdrücklich eingeräumt worden. Er dürfe daher auch in dem einmal bestimmten Format ohne Einwilligung des Verfassers keine Aenderungen vornehmen, wennugleich ihm die Veranstaltung neuer Auflagen in dem Verlagsvertrage zugestanden worden. Sei das Letztere nicht geschehen, so dürfe er, je nachdem die Anzahl der abzuziehenden Exemplare bestimmt oder nicht bestimmt worden, nur die bestimmte oder eine beliebige Anzahl Exemplare einmal abziehen, müsse aber nach Absatz dieser Exemplare in beiden Fällen mit dem Schriftsteller von Neuem kontrahiren. β) Von dem Schriftsteller werde das Recht, neue Ausgaben zu veranstalten, immer stillschweigend vorbehalten. Da er aber die dem Verleger eingeräumte Befugniß nicht willkührlich vereiteln dürfe, so könne sich sein Recht immer nur auf neue verbesserte Ausgaben erstrecken. γ) Neue Ausgaben in bloß verändertem Format dürften daher nur mit Bewilligung beider Theile veranstaltet werden. Dem Buchhändler könne jedoch die Veranstaltung solcher neuen Ausgabe, wenn ihm das Recht zu neuen Auflagen eingeräumt worden, füglich freigestellt werden, da der Schriftsteller niemals dadurch Schaden erleiden könne, sofern ihm die Bogenzahl der ersten Auflage honorirt werde.

(Syst. Bd. 3. S. 361 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 3. S. 200 Anm. 1.)

§. 1015. Steht dem Verleger ein unbedingtes Recht zu, gegen Zahlung des halben Honorars für die erste Auflage selbst wider den Willen des Autors, eine neue Auflage zu veranstalten?

a) Die Gesetzrevisoren, welche verneinen, sprechen sich dahin aus:

Man kann die Bestimmung des §. 1015. so interpretiren, daß der Verleger gegen Erlegung des halben Honorars die neue Auflage jederzeit, auch gegen den Willen des Schriftstellers, zu veranstalten berechtigt sein solle; man kann aber auch annehmen, nur dann solle das halbe für die erste Auflage gezahlte Honorar zum Maßstabe der Abfindung dienen, wenn der Schriftsteller gegen die neue Auflage selbst nichts erinnere, oder solche bereits genehmigt habe, ohne daß jedoch wegen des Honorars etwas verabredet sei. Die Materialien des A. L. R. geben keine Auskunft über die dem Texte zum Grunde liegende Ansicht; Suarez, der die betr. Bestimmungen bei Umarbeitung des gedr. Entw. aufgenommen hat, drückt sich in der rev. mon. beinahe wörtlich eben so aus, wie der Text des Gesetzes. Wir sind inzwischen der Meinung, daß dem Verleger nicht gestattet werden dürfe, gegen Zahlung des halben Honorars auch wider den Willen des Schriftstellers eine neue Ausgabe zu veranstalten. Dieser kann aus mannichfachen Gründen gegen die fernere Verbreitung der Schrift durch einen neuen unveränderten Abdruck sein, und der Verleger hat kein weiteres Recht, als auf die zu einer bestimmten Anzahl von Exemplaren bedungene Auflage. Wir nehmen mithin an, daß nur dann das halbe Honorar zum Maßstabe der Abfindung für die zweite Auflage dienen könne, wenn Schriftsteller und Verleger darüber einig sind, daß eine solche Auflage zu veranstalten, oder wenn solches bereits geschehen ist. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 174.)

b) Koch ist gleicher Ansicht. (R. d. Ford. Bd. 3. S. 727.)

c) Bornemann bemerkt nur, daß der §. 1015. der Natur der Sache zu widersprechen scheine. Denn da das Recht des Verlegers mit dem Absatze der ersten Auflage erlösche, so sei nicht abzusehen, aus welchem Grunde ihm die Befugniß eingeräumt werden könne, den Schriftsteller in der freien Disposition über sein Werk zu hindern. Höchstens dürfte bei gleichen Anerbietungen dem ersten Verleger ein Vorzugsrecht vor anderen Verlegern einzuräumen sein.

(System Bd. 3. S. 360 Anm. *, 2. Ausg. Bd. 3. S. 199 Anm. 2.)

d) Bielitz nimmt als entschieden an, daß der Verleger neue Auflagen ohne Zustimmung des Verfassers machen dürfe, bezweifelt aber, daß dies der Natur der Sache gemäß sei, indem die Analogie der §§. 328. u. 330. A. L. R. I. 21. hiergegen spreche, auch dies Recht zur Beeinträchtigung des Verfassers und des Publikums gereiche, weil, wenn der Verleger davon Gebrauch mache, der Fall einer neuen verbesserten Ausgabe nie eintreten könne. Die §§. 1015. u. 1016. ergäben übrigens, daß der Autor bei einer bloßen neuen Auflage keinen anderen Verleger wählen dürfe. (Komm. Bd. 2. S. 740, 741.)

§§. 1014. 1020. 1030. Der V. (Rheinische) Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 22. April 1856 folgende Grundsätze angenommen:

a) Das A. L. R. geht bei Bestimmung der Rechte des Verfassers nicht von den allgemeinen Grundsätzen das Eigenthums aus und weist den Erben des Verfassers nur die in den §§. 1014., 1020., 1030. Tit. 11. Thl. I. bestimmten Rechte zu.

b) Den Erben des Verfassers ist namentlich nicht ein allgemeines Widerspruchsrecht gegen neue Ausgaben gegeben.

c) Eben so wenig ist ihnen in Bezug auf den Abdruck posthumer Werke eine ausschließliche Befugniß eingeräumt.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 338 Nr. 82.)

Vergl. das Erk. desselben Sen. v. 16. Juni 1852.

(J. M. Bl. 1852 S. 310.)

§. 1020. Aufgehoben durch die anderweitige Bestimmung des Gesetzes v. 11. Juni 1837.

§§. 1024—1036. Diese Bestimmungen sind durch die nachstehend gegebene neuere Gesetzgebung (insbesondere durch den §. 37. des Gesetzes v. 11. Juni 1837) für aufgehoben zu erachten.

Chr. L. Paalzow, de plagio literario etc. (In ej. Observ. ad jus. Boruss. Fasc. VII. p. 112.)

O. H. A. v. Oppen, über den Büchernachdruck. (In dess. Beiträgen zur Revision der Gesetze. Köln 1833 S. 1 ff.)

Dr. J. E. Hitzig, das Königl. Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung. Dargestellt in seinem Entstehen und erläutert in seinen einzelnen Bestimmungen aus den amtlichen Quellen. Berlin 1838. 12. (Rec. von Hinschius in der J. W. 1838 S. 17 und im Centralbl. 1838 S. 189.)

Dr. Robert Froriep, Schutz vor Nachbildung der Kunstwerke. Nach dem Königl. Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1837. Für Künstler und Kunstverleger erläutert. 8. Berlin.

Wilke, Bemerkungen zur Lehre vom Verlagsrechte und geistigen Eigenthume. (J. W. 1838 S. 205 ff.)

Dr. Homeyer, das Gesetz v. 11. Juni 1837 und das geistige Eigenthum. (J. W. 1838 S. 212 ff.)

Ritter, über den Nachdruck nach Preuß. Rechte. 8. Berlin 1845.

Ueber das künstlerische Eigenthum oder das Verbot der Nachbildung bei Kupferstichen und ähnlichen Kunstwerken. Trier 1843. 8. (Rec. von Temme in der J. W. 1843 S. 865 ff.)

Dr. H. Schellwitz, das Recht des Autors an seinen Werken nach den Grundsätzen des Preuß. Landr., in einer kritischen Beleuchtung eines Erkenntnisses des Königlichen Appellations-Gerichtshofes zu Köln, den Beckerschen Nachdruck von Th. Körner's Werken betr. Berlin 1855. 8.

I. Publ. Pat. v. 12. Febr. 1833 für die zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen der Monarchie, über den von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschluß wegen Sicherstellung der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck.

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: Nachdem in Folge Unserer Allerh. K. O. v. 16. Aug. 1827 (G. S. 1827 S. 123) von Unserem Min. der ausw. Angel. mit dem allergrößten Theile der Deutschen Bundesstaaten über die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Bücher-Nachdruck bereits in den Jahren 1827, 1828 und 1829 besondere, seiner Zeit durch die G. S. bekannt gemachte Vereinbarungen über den Grundsatz:

daß in Anwendung der deshalb vorhandenen G. der Unterschied zwischen Inländern und Ausländern in Beziehung auf die gegenseitigen Unterthanen aufgehoben und denselben ein gleicher Schutz wie den Inländern zu Theil werde,

getroffen worden, hiernächst aber, auf den Antrag Unseres Bundestags-Gesandten, die Deutsche Bundesversammlung über die Annahme dieses Grundsatzes zwischen sämmtlichen Bundesstaaten in Berathung getreten ist, und auf den Grund der letzteren in ihrer 33. Sitzung am 6. Sept. v. J. sich zu dem Beschlusse vereinigt hat, welcher wörtlich also lautet:

Um nach Art. 18. der Deutschen Bundesakte: die Rechte der Schriftsteller, Herausgeber und Verleger gegen den Nachdruck von Gegenständen des Buch- und Kunsthandels sicher zu stellen, vereinigen sich die souverainen Fürsten und freien Städte Deutschlands vorerst über den Grundsatz, daß bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck in Zukunft der Unterschied zwischen eigenen Unterthanen eines Bundesstaates und jenen der übrigen im Deutschen Bunde vereinten Staaten gegenseitig und im ganzen Umfange des Bundes in der Art aufgehoben werden soll, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich in jedem anderen Bundesstaate des dort gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben werden.

Die höchsten und hohen Regierungen werden die zur Vollziehung dieses Beschlusses nöthigen Verf. erlassen, wie diese geschehen, so wie überhaupt von dem gegen den Nachdruck bestehenden Gesetzen und Anordnungen binnen zwei Monaten der Bundesversammlung Mittheilung machen;

so verordnen Wir hierdurch, daß dieser Beschluß, nachdem Wir demselben Allerh. Unsere Zustimmung ertheilt, in den zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen Unserer Monarchie Kraft und Gültigkeit haben, und demgemäß in Anwendung gebracht werden soll. (G. S. 1833 S. 25.)

II. Verordn. v. 12. Febr. 1833 über die Anwendung des von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschlusses wegen Sicherstellung der Schriftsteller und Verleger gegen Nachdruck auf die zum Deutschen Bunde nicht gehörigen Provinzen.

Wir ꝛc. thun kund und fügen zu wissen: So wie Wir Unserem, heute vollzogenen Allerh. Patente wegen Publikation des vor der Deutschen Bundes-Versammlung unterm 6. Sept. 1832 gefaßten Beschlusses, die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck betreffend, verordnet haben, daß dieser Beschluß, welcher wörtlich also lautet:

(der hier erwähnte Beschluß ist wörtlich derselbe, wie der in dem vorstehenden Publik. Pat. v. 12. Febr. 1833 mitgetheilte)

in den zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen Unserer Monarchie Kraft und Gültigkeit haben und demgemäß in Anwendung gebracht werden soll, so ist es zugleich Unser Allerh. Wille, auch in den zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen der Monarchie den Schutz gegen den Nachdruck in dem ganzen Umfange zu gewähren, wie der gedachte Beschluß der Bundesversammlung für die Bundesstaaten ihn zugesichert hat.

Wir verordnen demnach, daß bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und Maßregeln wider den Nachdruck von Gegenständen des Buch- und Kunsthandels in Zukunft der Unterschied zwischen Unseren Unterthanen in den zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen der Monarchie und den Unterthanen der im Deutschen Bunde vereinten Staaten, bei vorausgesetzter Beobachtung der Reciprocität, in der Art aufgehoben sein soll, daß die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates sich auch in Unseren zum Deutschen Bunde nicht gehörenden Provinzen des daselbst gesetzlich bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen haben werden.

(G. S. 1833 S. 26.)

III. Publ. Pat. v. 29. Nov. 1837 über den von der Deutschen Bundesversammlung unterm 9. Nov. 1837 gefaßten Beschluß wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung.

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Nachdem die Deutsche Bundesversammlung darüber in Berathung getreten ist, in Ausführung der betreffenden Bestimmung des Art. 18. der Deutschen Bundesakte, imgleichen des Bundesbeschlusses v. 2. April 1835, wodurch der Nachdruck im Umfange des ganzen Bundesgebietes verboten worden ist, gleichförmige Grundsätze zum Schutze der Schriftsteller und auch der Künstler gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung ihrer Werke für den ganzen Umfang des Bundesgebietes festzustellen und nachdem in Folge dessen die Deutschen Bundes-Regierungen in der 31. Sitzung der Bundesversammlung v. 9. Nov. d. J. sich dahin vereinigt haben:

Die im Deutschen Bunde vereinigten Regierungen kommen überein, zu Gunsten der im Umfange des Bundesgebietes erscheinenden literarischen und artistischen Erzeugnisse folgende Grundsätze in Anwendung zu bringen:

Art. 1. Literarische Erzeugnisse aller Art, so wie Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein oder nicht, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder desjenigen, welchem derselbe seine Rechte an dem Originale übertragen hat, auf mechanischem Wege nicht vervielfältigt werden.

Art. 2. Das im Art. 1. bezeichnete Recht des Urhebers oder dessen, der das Eigenthum des literarischen oder artistischen Werkes erworben hat, geht auf dessen Erben und Rechtsnachfolger über, und soll, in sofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt ist, in sämmtlichen Bundesstaaten mindestens während eines Zeitraumes von zehn Jahren anerkannt und geschützt werden.

Diese Frist von zehn Jahren ist für die in den letztverflossenen zwanzig Jahren im Umfange des Deutschen Bundesgebietes erschienenen Druckschriften oder artistischen Erzeugnisse vom Tage des gegenwärtigen Bundesbeschlusses, bei den künftig erscheinenden Werken vom Jahre ihres Erscheinens an, zu rechnen. Bei den in mehreren Abtheilungen herauskommenden Werken ist diese Frist für das ganze Werk erst von Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes zu zählen, vorausgesetzt, daß zwischen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefte kein längerer, als ein dreijähriger Zeitraum verflossen ist.

Art. 3. Zu Gunsten von Urhebern, Herausgebern oder Verlegern von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wissenschaft und Kunst (Art. 1.) wird das ausgesprochene Minimum des Schutzes der Gesammtheit gegen den Nachdruck (Art. 2.) auch bis zu einem längeren, höchstens zwanzigjährigen Zeitraum ausgedehnt, und hinsichtlich derjenigen Regierungen, deren Landesgesetzgebung diese verlängerte Schutzfrist nicht ohnehin erreicht, diesfalls eine Vereinbarung am Bundestage getroffen werden, wenn die betr. Reg. drei Jahre nach dem öffentlichen Erscheinen des Werkes hierzu den Antrag stellt.

Art. 4. Dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke steht der Anspruch auf volle Entschädigung zu.

Außer den in Gemäßheit der Landesgesetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, also der Formen, Platten, Steine ꝛc., stattfinden.

Art. 5. Der Debit aller Nachdrücke und Nachbildungen der unter 1. bezeichneten Gegenstände, sie mögen im Deutschen Bundesgebiete oder außerhalb desselben veranstaltet sein, soll in allen Bundesstaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgesetze angedrohten Strafen, untersagt sein. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Bundesregierungen, in deren Staaten bis jetzt der Nachdruck gesetzlich nicht verboten war, selbst zu bestimmen haben, ob und auf wie lange sie im Bereiche ihrer Staaten den Vertrieb der vorräthigen, bisher erschienenen Nachdrücke gestatten wollen.

Art. 6. Es wird der Bundesversammlung davon, wie die vorstehenden allgemeinen Grundsätze von den Bundesreg. durch spezielle G. oder V. in Ausführung gebracht werden sollen, Nachricht gegeben und dabei zugleich angezeigt werden, welche Förmlichkeit in den einzelnen Staaten erforderlich sei, um den Charakter einer Original-Ausgabe und den Zeitpunkt des Erscheinens nachzuweisen.

Da übrigens eine große Mehrheit der Bundesreg. sich dafür erklärt hat, daß den Schriftstellern und Verlegern eine noch ausgedehntere Schutzfrist im gesammten Umfange des Bundesgebietes gesichert werden möge, als diejenige ist, welche in dem Art. 2. des gegenwärtigen Bundesbeschlusses als Minimum ausgesprochen wird, so soll mit Eintritt des Jahres 1842, wenn sich das Bedürfniß hierzu nicht früher zeigen sollte, am Bundestage sowohl die Frage wegen einer verlängerten Dauer des den Rechten der Schriftsteller und Verleger von der Gesammtheit der Bundesglieder zu bewilligenden Schutzes neuerdings gemeinsam berathen, als auch überhaupt der Einfluß in Erwägung gezogen werden, welchen, nach den inmittelst gesammelten Erfahrungen, die gegenwärtigen Bestimmungen auf Kunst und Literatur, auf die Interessen des Publikums und auf den Flor des Kunst- und Buchhandels bewährt haben.

Wir auch zu dieser Vereinbarung durch Unseren Bundesgesandten Unsere Zustimmung unter der gleichzeitigen Erklärung ertheilt haben:

es versteht sich von selbst, daß

a) auch nach Ausführung des gegenwärtigen Beschlusses ein über dessen Inhalt hinausgehender Schutz gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung, wo derselbe durch die Landesgesetzgebung schon früher gewährt worden ist, und in Folge des Bundesbeschlusses v. 6. Sept. 1832

allen Unterthanen Deutscher Bundesstaaten zu Gute kommt, nicht beschränkt werden soll, und daß

b) denjenigen Deutschen Staaten, welche künftig noch günstigere Bestimmungen zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums, als ihre bisherige Gesetzgebung und der gegenwärtige Bundesbeschluß dieselben aufstellen, für ihre Unterthanen und die Unterthanen der sich mit ihnen über gleiche Grundsätze vereinigenden Regierung treffen wollen, hierin durchaus freie Hand bleibt,

so wollen Wir hierdurch diese, unter sämmtlichen Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung dergestalt zur allgemeinen Kenntniß bringen, daß Unsere Behörden und Unterthanen, und zwar nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörigen Landen, sondern, in Voraussetzung der Beobachtung einer diesfälligen Reciprocität von Seiten der anderen Deutschen Staaten, auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie sich danach zu achten haben.

(G. S. 1837 S. 161.)

IV. Pat. über die Publikation des Bundes-Beschlusses v. 22. April 1841, wegen des den Verfassern musikalischer Kompositionen und dramatischer Werke zu gewährenden Schutzes, v. 6. Nov. 1841.

Wir 2c. Nachdem die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen in der 10. diesjährigen Sitzung der Bundesversammlung v. 22. April c. sich dahin vereinigt haben:

Die im Deutschen Bunde vereinigten Regierungen werden zum Schutze der inländischen Verfasser musikalischer Kompositionen und dramatischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des Bundesgebietes folgende Bestimmungen in Anwendung bringen:

(1., 2. und 3. aufgehoben durch den Bundesbeschl. v. 12. März 1857.)

4) Die Bestimmung dieser letzteren (der Entschädigung) und der Art, wie dieselbe gesichert und verwirklicht werden soll, so wie die Festsetzung der etwa noch neben dem Schadensersatze zu leistenden Geldbußen, bleibt den Landesgesetzen vorbehalten; stets ist jedoch der ganze Betrag der Einnahme von jeder unbefugten Aufführung, ohne Abzug der auf dieselben verwendeten Kosten, und ohne Unterschied, ob das Stück allein oder in Verbindung mit einem anderen den Gegenstand der Aufführung gemacht hat, in Beschlag zu nehmen,

so bringen Wir diese unter sämmtlichen Deutschen Regierungen getroffene Vereinbarungen hierdurch, mit Hinweisung auf die §§. 32., 33., 34. des G. v. 11. Juni 1837 (G. S. S. 165), durch welche die nähere Ausführung der in dem vorgedachten Bundesbeschlusse aufgestellten allgemeinen Grundsätze für Unsere Staaten bereits im Voraus erfolgt ist, zur allgemeinen Kenntniß und verordnen zugleich, daß Unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie sich, nach Maßgabe des §. 38. des G. v. 11. Juni 1837, danach zu achten haben. (G. S. 1841 S. 385.)

V. Publ. Pat. über den Beschluß der Deutschen Bundesversammlung v. 19. Juni 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung. Vom 16. Jan. 1846.

Wir 2c. Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Reg. zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschl. v. 9. Nov. 1837, wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung (G. S. S. 161), in der 21. Sitzung der Bundesversammlung v. 19. Juni v. J. über folgenden Beschluß übereingekommen sind:

Nachdem der Bundesbeschluß v. 9. Nov. 1837 nur das geringste Maß des Schutzes festgestellt hat, welcher innerhalb des Deutschen Bundesgebietes den dort erscheinenden literarischen und artistischen Erzeugnissen gegen den Nachdruck und jede andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege zu gewähren war, eine weitere Vereinbarung über gemeinsame Gewährung eines völlig ausreichenden Schutzes aber gleichzeitig vorbehalten worden ist, so sind sämmtliche Deutsche Regierungen über folgende Bestimmungen zur Ergänzung des Beschl. v. 9. Nov. 1837 übereingekommen:

1) Der durch den Art. 2. des Beschl. v. 9. Nov. 1837 für mindestens zehn Jahre von dem Erscheinen eines literarischen Erzeugnisses oder Werkes der Kunst an zugesicherte Schutz gegen den Nachdruck und jede andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege wird fortan innerhalb des ganzen Deutschen Bundesgebietes für die Lebensdauer der Urheber solcher literarischen Erzeugnisse und Werke der Kunst, und auf dreißig Jahre nach dem Tode derselben gewährt.

2) Werke anonymer oder pseudonymer Autoren, so wie posthume oder solche Werke, welche von moralischen Personen (Akademien, Universitäten u. s. w.) herrühren, genießen solchen Schutzes während dreißig Jahre, von dem Jahre ihres Erscheinens an.

3) Um diesen Schutz in allen Deutschen Bundesstaaten in Anspruch nehmen zu können, genügt es, die Bedingungen und Förmlichkeiten erfüllt zu haben, welche dieserhalb in dem Deutschen Staate, in welchem das Originalwerk erscheint, gesetzlich vorgeschrieben sind.

4) Die Verbindlichkeit zu voller Schadloshaltung der durch Nachdruck u. s. w. Verletzten liegt dem Nachdrucker und demjenigen, welcher mit Nachdruck wissentlich Handel treibt, ob, und zwar solidarisch, in soweit nicht allgemeine Rechtsgrundsätze dem entgegenstehen.

5) Die Entschädigung soll in dem Verkaufspreise einer richterlich festzusetzenden Anzahl vom Exemplaren des Originalwerkes bestehen, welche bis auf 1000 Exemplare ansteigen kann, und eine noch höhere sein soll, wenn von dem Verletzten ein noch größerer Schaden nachgewiesen worden ist.

6) Außerdem sind gegen den Nachdruck und andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege, auf den Antrag des Verletzten, in allen Bundesstaaten, wo die Landesgesetzgebung nicht noch höhere Strafen vorschreibt, Geldbußen bis zu 1000 Gulden zu verhängen.

7) Die über dergl. Vergehen erkennenden Richter haben, nach näherer Bestimmung der Landesgesetze in denjenigen Fällen, wo ihrem Ermessen zufolge der Befund von Sachverständigen einzuholen ist, bei literarischen Werken das Gutachten von Schriftstellern, Gelehrten und Buchhändlern, bei musikalischen und Kunstwerken das von Künstlern, Kunstverständigen und Musik- oder Kunsthändlern einzuholen,

so bringen Wir diese, unter sämmtl. Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung hierdurch zur öffentlichen Kenntniß und verordnen zugleich unter Abänderung der §§. 6., 7., 27., 28. u. 29. des G. v. 11. Juni 1837, so wie der §§. 1. u. 2. der V. v. 5. Juli 1844, in soweit sie kürzere Schutzfristen, als die unter Nr. 1. u. 2. der vorstehenden Vereinbarung bestimmten, vorschreiben, daß Unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern in Voraussetzung der Beobachtung einer diesfälligen Reciprocität von Seiten der anderen Deutschen Staaten, auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie sich danach zu achten haben. (G. S. 1846 S. 149.)

VI. Publ. Pat. über den Beschluß der Deutschen Bundesversammlung v. 6. Nov. 1856 zur Erweiterung der Bestimmungen der Bundesbeschlüsse v. 9. Nov. 1837 u. 19. Juni 1845. wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung. Vom 26. Jan. 1857.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. 2c. thun kund und fügen hiermit zu wissen:

Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen zur Erweiterung der Bestimmungen der Bundesbeschlüsse v. 9. Nov. 1837 und 19. Juni 1845 wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung (G. S. 1837 S. 161 und 1846 S. 149) in der achtundzwanzigsten Sitzung der Bundesversammlung v. 6. Nov. 1856 über folgenden Beschluß übereingekommen sind:

»Der durch den Art. 2. des Bundesbeschlusses v. 9. Nov. 1837 und den Bundesbeschluß v. 19. Juni 1845 für Werke der Literatur und der Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung gewährte Schutz, so wie derjenige Schutz, welcher durch besondere Bundesbeschlüsse im Wege des Privilegiums für die Werke einzelner bestimmter Autoren gewährt worden ist, wird dahin erweitert, daß dieser Schutz zu Gunsten der Werke derjenigen Autoren, welche vor dem Bundesbeschlusse v. 9. Nov. 1837 verstorben sind, noch bis zum 9. Nov. 1867 in Kraft bleibt.

Jedoch findet der gegenwärtige Bundesbeschluß nur auf solche Werke Anwendung, welche zur Zeit noch im Umfange des ganzen Bundesgebietes durch Gesetze oder Privilegien gegen Nachdruck oder Nachbildung geschützt sind.«

so bringen Wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Bundesregierungen getroffene Vereinbarung hierdurch zur allgemeinen Kenntniß, und verordnen zugleich, daß Unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie, sich darnach zu achten haben.

So geschehen und gegeben zu Berlin, den 26. Jan. 1857.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. Simons. v. Raumer. v. Westphalen.

(G. S. 1857 S. 93.)

VII. Publ. Pat. über den Beschluß der Deutschen Bundesversammlung v. 12. März 1857 zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschlusses v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben. Vom 4. Mai 1857.

Wir 2c. 2c. Da die zum Deutschen Bunde vereinigten Regierungen zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschlusses v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben (G. S. 1841 S. 385) in

der zehnten Sitzung der Bundesversammlung v. 12. März d. J. über folgenden Beschluß übereingekommen sind:

Die durch den Bundesbeschluß v. 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des Bundesgebietes vereinbarten Bestimmungen werden wie folgt erweitert:

1) Die öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen darf nur mit Erlaubniß des Autors, seiner Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger stattfinden, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist. Das ausschließende Recht, diese Erlaubniß zu ertheilen, steht dem Autor lebenslänglich und seinen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern noch zehn Jahre nach seinem Tode zu.

2) Auch in dem Falle, daß der Autor eines dramatischen oder musikalischen Werkes sein Werk durch den Druck veröffentlicht, kann er sich und seinen Erben oder sonstigen Rechtsnachfolgern das ausschließende Recht, die Erlaubniß zur öffentlichen Aufführung zu ertheilen, durch eine mit seinem darunter gedruckten Namen versehene Erklärung vorbehalten, die jedem einzelnen Exemplare seines Werkes auf dem Titelblatte vorgedruckt sein muß. Ein solcher Vorbehalt bleibt wirksam auf Lebenszeit des Autors selbst und zu Gunsten seiner Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger noch zehn Jahre nach seinem Tode.

3) Dem Autor oder dessen Rechtsnachfolgern steht gegen Jeden, welcher dessen ausschließendes Recht durch öffentliche Aufführung eines noch nicht durch den Druck veröffentlichten, oder mit der unter Ziffer 2. erwähnten Erklärung durch den Druck veröffentlichten dramatischen oder musikalischen Werkes beeinträchtigt, Anspruch auf Entschädigung zu.

4) Diese erweiterten Bestimmungen werden vom 1. Juli 1857 an in Wirksamkeit gesetzt werden.

5) Ziffer 1., 2. u. 3. des Bundesbeschlusses v. 22. April 1841 sind hiernach aufgehoben, wogegen es bei Ziffer 4. hinsichtlich der Entschädigungen ꝛc. sein Bewenden behält.

so bringen Wir diese, unter sämmtlichen Deutschen Regierungen getroffene Vereinbarung hierdurch zur öffentlichen Kenntniß, und verordnen zugleich, daß Unsere Behörden und Unterthanen, nicht bloß in Unseren zum Deutschen Bunde gehörenden Landen, sondern auch in den übrigen Provinzen Unserer Monarchie, sich danach zu achten haben.

So geschehen und gegeben Potsdam, den 4. Mai 1857.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. Simons. v. Raumer.

(G. S. 1857 S. 426.)

VIII. G. v. 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung.

Wir ꝛc. Damit dem Eigenthum an den Werken der Wissenschaft und Kunst der erforderliche Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung gesichert werde, haben Wir uns bewogen gefunden, die darüber bestehenden G. einer Abänderung und Ergänzung zu unterwerfen, und verordnen demnach auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths für den ganzen Umfang Unserer Monarchie, was folgt:

1) Schriften.

a) Ausschließendes Recht der Schriftsteller.

§. 1. Das Recht, eine bereits herausgegebene Schrift[1]) ganz oder theilweise von neuem abdrucken oder auf irgend einem mechanischen Wege vervielfältigen zu lassen, steht nur dem Autor derselben oder denjenigen zu, welche ihre Befugniß dazu von ihm herleiten[2]).

b) Verbot des Nachdrucks.

§. 2. Jede solche neue Vervielfältigung, wenn sie ohne Genehmigung des dazu ausschließlich Berechtigten (§. 1.) geschieht, heißt Nachdruck[3]), und ist verboten.

c) Was dem Nachdruck gleich zu achten.

§. 3. Dem Nachdruck wird gleich geachtet, und ist daher ebenfalls verboten, der ohne Genehmigung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger bewirkte Abdruck

---

[1]) Im Gegensatze von Manuskripten und nachgeschriebenen Heften. (Vergl. §. 3. des Ges.)

[2]) Die Strafbestimmungen gegen den Nachdruck sind auf den wiederholten Abdruck von Gesetzen und Verordnungen nicht anwendbar.

Erk. von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 29. Okt. 1857. (Entsch. Bd. 37. S. 48 Anm.*)

[3]) a) Ueber den Begriff des Nachdrucks vergl.: den Aufsatz in der Crim. Z. 1841 S. 120 ff., Temme in der J. W. 1844 S. 56 ff. und 1846 S. 38.

Ueber die Praxis des literarischen Sachverständigen-Vereins in dieser Beziehung vergl.: »Dr. L. E. Heydemann, Sammlung der Gutachten des Königl. Preuß. literar. Sachverständigen-Vereins. Berlin 1848.

b) Einzelne Anwendungen von dem Begriffe des Nachdrucks sind folgende:

α) Wenn ein Aufsatz, welcher von dem Verfasser für eine Zeitschrift geliefert und in dieser abgedruckt ist, von demjenigen, der das Verlagsrecht der Zeitschrift erworben hat, in einer Sammlung von Aufsätzen, ohne des Verfassers Zustimmung, wieder abgedruckt wird, so enthält dies einen verbotenen Nachdruck. Die Entschädigung des Beeinträchtigten ist in diesem Falle, wenn der rechtmäßige Abdruck als Theil einer Zeitschrift keinen besonderen Verkaufswerth hat, durch Arbitrium zu bestimmen.

(Gutachten des literar. Sachverst.-Vereins v. 31. Okt. 1838, J. W. 1840 S. 161.)

β) Auch der Verfasser kann sich gegen den Verleger eines verbotenen Nachdrucks schuldig machen. Die Zusammenstellung eines Werkes aus lauter einzelnen Stellen eines anderen, wenngleich mit Auslassungen, einzelnen Aenderungen und Zusätzen, so wie mit Abweichungen in der Ordnung und Verbindung ist als ein verbotener Nachdruck anzusehen.

(Gutachten des literar. Sachverst.-Vereins v. 9. Okt. 1839, J. W. 1840 S. 369.)

Auch der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 26. Sept. 1851 angenommen, daß der Autor eines Werkes, welcher dem Verleger das ausschließliche Verlagsrecht eingeräumt hat, sich durch Veranlassung einer anderweitigen Vervielfältigung dieses Werkes des Nachdrucks schuldig macht, und daß dasselbe von dem zweiten Verleger gilt, welcher sein Verlagsrecht lediglich von dem Autor herleitet. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 372 Nr. 77.)

Vergl. auch die Abhandlung von Temme über die Frage: ob der Verfasser sich gegen den Verleger seines Werkes eines verbotenen Nachdrucks schuldig machen könne? und über die Konkurrenz des Nachdrucks mit dem Verbrechen des Betruges. (J. W. 1840 S. 786.)

γ) Nach den Grundsätzen der §§. 1. u. 2. des Ges. v. 11. Juni 1837 kann auch der Verleger eines Werkes einen strafbaren Nachdruck gegen den Autor desselben durch ohne Genehmigung des Letzteren veranlaßte oder die Grenzen des ihm vertragsmäßig übertragenen Rechtes überschreitende Vervielfältigung begehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Juni 1855.

(Goltdammer's Arch. Bd. 3. S. 694—697.)

δ) An Kirchenliedern, welche von einer bestimmten Religionspartei bei der öffentlichen oder häuslichen Andacht allgemein gebraucht werden, hat Niemand ein Verlagsrecht; es wäre denn an einer Sammlung solcher Lieder mit eigenthümlicher Anordnung und bestimmter Textrecension.

(Gutachten des literar. Sachverst.-Vereins v. 15. Jan. 1840, J. W. 1840 S. 609.)

ε) Auch Wohnungsanzeiger und ähnliche statistische Nachweisungen, deren Bearbeitung wissenschaftliche oder Kunstkenntnisse nicht erfordert, sind als schriftstellerische Arbeiten anzusehen, bei denen ein Nachdruck möglich ist.

(Gutachten des literar. Sachverst.-Vereins v. 28. Febr. 1840, J. W. 1840 S. 661.)

ζ) Die Zusammenstellung eines Werkes aus einzelnen Stellen eines anderen, wenngleich mit Auslassungen, einzelnen Aenderungen und Zusätzen, so wie mit Abweichungen in der Ordnung und Verbindung ist als ein verbotener Nachdruck anzusehen. Es ist auch ein Nachdruck von Werken möglich, welche, wie beispielsweise Kochbücher, bekannte, auf allgemeiner Erfahrung beruhende Regeln und Vorschriften enthalten.

(Gutachten desselb. Vereins v. 16. Sept. 1840, J. W. 1840 S. 861.)

η) Wer eine mit Hebräischen Lettern gedruckte Deutsche Uebersetzung eines Jüdischen Gebetbuches ohne Genehmigung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger mit Deutschen Lettern abdrucken läßt, begeht einen Nachdruck.

(Gutachten desselb. Vereins v. 29. Dec. 1840, J. W. 1841 S. 501.)

θ) Die Herstellung eines gleichförmigen Textes von klassischen Werken durch kritische Thätigkeit ist nicht dergestalt als ein freies schriftstellerisches Produkt zu betrachten, daß dem Verfasser für diese Bearbeitung des fremden Textes dieselben Rechte zustehen, wie einem Autor für ein von ihm verfaßtes Originalwerk. Er hat deshalb kein Widerspruchsrecht gegen die Vervielfältigung in seiner Textherstellung.

(Gutachten desselb. Vereins v. 27. Jan. 1841 und Erk. des Stadtg. zu Berlin v. 20. Juli 1841, J. W. 1842 S. 149.)

Vergl. auch: K. Lachmann, Ausgaben klassischer Werke darf Jeder nachdrucken. Eine Warnung für Herausgeber. Berlin 1841. (Rec. im Centralbl. 1842 S. 16); Hinschius in der J. W. 1842 S. 174 und Leman im Centralbl. 1842 S. 56.

c) Das G. v. 11. Juni 1837 erfordert zur Anwendung der in demselben vorgeschriebenen Strafen, sowohl beim Nachdruck selbst, als auch bei einem nach §. 3. demselben gleich zu achtenden Abdrucke nachgeschriebener mündlicher Lehrvorträge, eine eigennützige Absicht.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 13. Febr. 1844. (J. M. Bl. 1844 S. 89, M. Bl. d. i. V. 1844 S. 84 Nr. 110.)

a) von Manuskripten aller Art,
b) von nachgeschriebenen Predigten und mündlichen Lehrvorträgen, gleichviel, ob dieselben unter dem wahren Namen des Autors herausgegeben werden oder nicht.

Dieser Genehmigung bedarf auch der rechtmäßige Besitzer eines Manuskripts oder seiner Abschrift desselben (Litt. a.), imgleichen nachgeschriebener Predigten oder Lehrvorträge (Litt. b.).

d) Was nicht als Nachdruck anzusehen.

§. 4. Als Nachdruck ist nicht anzusehen:
1) das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines bereits gedruckten Werkes;
2) die Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte u. s. w. in kritische und literarhistorische Werke und in Sammlungen zum Schulgebrauche[1];
3) die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke.

Ausnahmen.

Ausnahmsweise sind jedoch Uebersetzungen in folgenden Fällen dem Nachdrucke gleich zu achten:
a) Wenn von einem Werke, welches der Verfasser in einer todten Sprache bekannt gemacht hat, ohne seine Genehmigung eine Deutsche Uebersetzung herausgegeben wird.
b) Wenn der Verfasser eines Buches solches gleichzeitig in verschiedenen lebenden Sprachen hat erscheinen lassen, und ohne seine Genehmigung eine neue Uebersetzung des Werkes in eine der Sprachen veranstaltet wird, in welchen es ursprünglich erschienen ist. Hat der Verfasser auf dem Titelblatte der ersten Ausgabe bekannt gemacht, daß er eine Uebersetzung, und in welcher Sprache, herausgeben wolle, so soll diese Uebersetzung, wenn sie innerhalb zweier Jahre nach dem Erscheinen des Originals erfolgt, als mit dem Original gleichzeitig erschienen, behandelt werden.

e) Dauer des ausschließlichen Rechts.

§. 5. Der Schutz des gegenwärtigen Gesetzes gegen Nachdruck und diesem gleichgestellte Handlungen (§§. 2. u. 3.) soll dem Autor einer Schrift, Predigt oder Vorlesung während seines Lebens zukommen.

§. 6. Auch die Erben des Autors sollen denselben Schutz noch dreißig Jahre lang nach dem Tode ihres Erblassers genießen, ohne Unterschied, ob während seines Lebens ein Abdruck bereits erschienen ist oder nicht[2]. Nach Ablauf dieser dreißig Jahre hört der Schutz dieses G. auf.

§. 7. In sofern von dem eigentlichen Nachdrucke die Rede ist (§§. 1. u. 2.), setzt die in den §§. 5. u. 6. vorgeschriebene Dauer des Schutzes voraus, daß der wahre Name des Verfassers auf dem Titelblatte oder unter der Zueignung oder Vorrede angegeben ist. Eine Schrift, die entweder unter einem andern, als dem wahren Namen des Verfassers erschienen, oder bei welcher gar kein Verfasser genannt ist, soll fünfzehn[3] Jahre lang, von der ersten Herausgabe derselben an gerechnet, gegen den Nachdruck geschützt sein und zur Wahrnehmung des Rechtes auf diesen Schutz der Verleger an die Stelle des unbekannten Verfassers treten. Wird innerhalb dieser fünfzehn Jahre der wahre Name des Verfassers von ihm selbst, oder von seinen Erben vermittelst eines neuen Abdrucks, oder eines neuen Titelblattes für die vorräthigen Exemplare bekannt gemacht, so wird dadurch dem Werke der Anspruch auf die in den §§. 5. u. 6. bestimmte Dauer des Schutzes erworben.

§. 8. Akademieen, Universitäten, öffentliche Unterrichts-Anstalten, gelehrte und andere erlaubte Gesellschaften genießen das ausschließende Recht zur neuen Herausgabe ihrer Werke dreißig Jahre lang. Diese Frist ist:
a) bei Werken, die in einem oder in mehreren Bänden eine einzige Aufgabe behandeln, und mithin als in sich zusammenhängend betrachtet werden können, zu denen namentlich auch die lexikalischen zu zählen sind, von dem Zeitpunkte ihrer Vollendung an;
b) bei Werken aber, die nur als fortlaufende Sammlungen von Aufsätzen und Abhandlungen über verschiedene Gegenstände der gelehrten Forschung anzusehen sind, von dem Erscheinen eines jeden Bandes an zu rechnen.

[1]) Ueber die Auslegung des §. 4. Nr. 2. in Bezug auf die Aufnahme musikalischer Kompositionen in Sammlungen vergl. das Gutachten des musikal. Sachverst. Vereins v. 4. Dec. 1840. (Crim. Z. 1841 S. 22.)

[2]) a) Bei posthumen Werken u. s. w. fängt der dreißigjährige Schutz erst von dem Jahre ihres Erscheinens an.
(Beschl. der B. V. v. 19. Juni 1845 Nr. 2. u. Publ. Pat. v. 16 Jan. 1846, s. ob. sub V.)

b) Die Bestimmung sub Nr. 2. des Bundesbeschl. v. 19. Juni 1845, welche *posthume* Werke während dreißig Jahre seit dem Jahre ihres Erscheinens gegen Nachdruck schützt, ist dahin zu verstehen, daß der Ausdruck: »*Erscheinen*« nur das *erste* Erscheinen anzeigt, weil sonst die Vorschrift, daß posthume Werke nur innerhalb dreißig Jahre gegen Nachdruck gesichert sein sollen, durch neue Auflagen oder Ausgaben beliebig umgangen werden kann.
(Erk. des [vormaligen] Rhein. Rev. u. Kass. Hofes v. 16. Juni 1852, J. M. Bl. 1852 S. 310—312.)

[3]) Dreißig Jahre nach dem Beschl. der B. V. v. 19. Juni 1845 Nr. 2. (s. ob. sub V.).

Veranstalten jedoch die Verfasser besondere Ausgaben solcher Aufsätze und Abhandlungen, so kommen ihnen die Bestimmungen der §§. 5. u. 6. zu statten.

f) Abtretung desselben.

§. 9. Das ausschließende Recht zur Veröffentlichung und Verbreitung von Schriften, welches dem Autor und dessen Erben zusteht, kann von diesen ganz oder theilweise durch eine hierauf gerichtete Vereinbarung auf Andere übertragen werden.

g) Strafen des Nachdrucks.

§. 10. Wer das, den Autoren, ihren Erben oder Rechtsnachfolgern zustehende, ausschließende Recht dadurch beeinträchtigt, daß er ohne deren Genehmigung von demselben Gebrauch macht, ist den Beeinträchtigten vollständig zu entschädigen[1] verpflichtet und hat, außer der Konfiskation der noch vorräthigen Exemplare, eine Geldbuße von fünfzig bis tausend Thalern verwirkt.

§. 11. War das Werk von den Berechtigten bereits herausgegeben, so ist der Betrag der Entschädigung nach Beschaffenheit der Umstände auf eine dem Verkaufswerthe von fünfzig bis tausend Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe gleichkommende Summe richterlich zu bestimmen, in sofern der Berechtigte nicht einen höheren Schaden nachzuweisen vermag[2].

§. 12. Die konfiszirten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe sollen vernichtet oder dem Beschädigten auf sein Verlangen überlassen werden. Im letzten Falle muß sich jedoch der Beschädigte die von dem Verurtheilten auf diese Exemplare verwendeten Auslagen auf die Entschädigung anrechnen lassen.

§. 13. Wer widerrechtlich vervielfältigte Werke wissentlich zum Verkauf hält, ist dem Beeinträchtigten mit dem unbefugten Vervielfältiger solidarisch zur Entschädigung verpflichtet, und hat, außer der Konfiskation, eine nach Vorschrift des §. 10. zu bestimmende Geldbuße verwirkt.

§. 14. Das Vergehen des Nachdrucks ist vollendet, wenn Exemplare eines Buches vorgefunden werden, welche den gegenwärtigen Vorschriften zuwider angefertigt worden sind.

h) Untersuchungsverfahren[3].

§. 15. Die gerichtliche Untersuchung der in den §§. 2., 3., 4. bezeichneten

[1]) a) Ob die Civilklage in dem Strafverfahren vor dem Strafgerichte mit zu erledigen sei, ist zweifelhaft gefunden worden. (Vergl. Crim. Z. 1841 S. 37. u. 45.)

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 11. Sept. 1846 (Präj. Nr. 1784.) den Rechtssatz angenommen:

Die von Seiten des Strafrichters erfolgte Freisprechung von der Anschuldigung unerlaubten Nachdrucks, oder unerlaubter Vervielfältigung, wenn sie deshalb erfolgt ist, weil der *objektive* Thatbestand des Vergehens nicht feststeht, befreit den Angeschuldigten auch von dem Entschädigungsanspruche, und der Civilrichter ist nicht befugt, die vorgedachte, als rechtskräftig entschieden zu betrachtende Frage zur Beurtheilung vor sein Forum zu ziehen.
(Präj. Samml. S. 407, Entsch. Bd. 13. S. 134, J. W. 1847 S. 41.)

Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 15. Dec. 1856 hat indeß demnächst ausgesprochen:

Nach Preuß. Rechte ist die Entscheidung des Strafrichters über eine zur Untersuchung gekommene strafbare Handlung für den Civilrichter, welcher über einen Entschädigungsanspruch zu entscheiden hat, in seiner Beurtheilung der Beweisfrage hinsichtlich der zur Begründung dieses Anspruchs dienenden Thatsachen in soweit nicht maßgebend, als besondere gesetzliche Bestimmungen nicht das Gegentheil rechtfertigen.
(Entsch. Bd. 34. S. 19, J. M. Bl. 1857 S. 59.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 13. §§. 9. sqq.

b) Der Einwand des Druckers und Verlegers eines nachgedruckten Werkes, wie er nicht gewußt, daß das ihm von dem angeblichen Autor zum Verlage überlassene Werk einen Nachdruck enthalte, kann denselben von der Entschädigung des Beeinträchtigten nicht befreien.

So erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1853. (Präj. Nr. 2453.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 138, Entsch. Bd. 26. S. 80.)

[2]) a) Ist nur ein Theil nachgedruckt worden und hat dieser keinen besonderen Kaufswerth, so ist die Entschädigung zu arbitriren.
(Gutachten des lit. Sachverst. Vereins v. 31. Okt. 1838, J. W. 1840 S. 167.)

b) Bei Feststellung der Entschädigung des rechtmäßigen Verlegers ist die Berücksichtigung der abgesetzten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 372 Nr. 77.)

[3]) Die Entscheidung von Privatstreitigkeiten über den Nachdruck eines Gesangbuches, welches zum kirchlichen Gebrauche bestimmt ist, gebührt nicht den Kirchenbehörden, sondern den Gerichten.

Erkannt von dem Kompetenz-Ger.-Hofe unterm 8. März 1856.
(J. M. Bl. 1856 S. 138 Nr. 61.)

Vergehen ist nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag der Verletzten einzuleiten [1]).

Will der Verleger der Schrift den Antrag nicht machen, so kann dieses von dem Autor oder dessen Erben geschehen, in sofern dieselben noch ein von dem Verleger unabhängiges Interesse haben.

§. 16. Nach einmal erfolgter Einleitung der Untersuchung kann die Zurücknahme des Antrages zwar in Beziehung auf die Entschädigung stattfinden, nicht aber in Beziehung auf die Konfiskation und Geldbuße.

§. 17. Scheint es dem Richter zweifelhaft, ob eine Druckschrift als Nachdruck oder unerlaubter Abdruck zu betrachten, oder wird der Betrag der Entschädigung bestritten, so hat der Richter das Gutachten eines aus Sachverständigen gebildeten Vereins einzuholen [2]).

Die Bildung eines oder mehrerer solcher Vereine, die vorzüglich aus geachteten Schriftstellern und Buchhändlern bestehen sollen [3]), bleibt einer besondern, von Unserm Staatsmin. zu erlassenden Instruktion vorbehalten [4]).

2) Geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnungen.

§. 18. Was vorstehend in den §§. 1., 2., 5—17. über das ausschließende Recht zur Vervielfältigung von Schriften verordnet ist, findet auch Anwendung auf geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche [5]) Zeichnungen und Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzwecke nicht als Kunstwerke (§. 21.) zu betrachten sind.

---

[1]) Als Verletzter im Sinne des §. 15. und deshalb zur Beantragung des Strafverfahrens wegen Nachdrucks für befugt ist Derjenige zu betrachten, welchem in Wahrheit das Vervielfältigungsrecht zusteht, also der Herausgeber selbst dann, wenn er auch sein Recht, nach einem Vermerke auf dem Werke, auf den Verleger übertragen haben sollte, sobald nur feststeht, daß dieser letztere doch nur Kommissionair ist.

Erkannt von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1857.
(J. M. Bl. 1857 S. 294, Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 618 ff.)

[2]) Es sind folgende Fragen entstanden:

a) Ob in zweifelhaften Fällen zum Zwecke der Einleitung der Untersuchung jedesmal die Sachverständigen-Vereine befragt werden müssen, oder ob hier auch das Gutachten einzelner Sachverständigen ausreiche?

Das Cr. Ger. zu Berlin nimmt Letzteres an, indem hier noch nicht von einer Entscheidung der Sache die Rede sei, und nur zum Zwecke dieser in zweifelhaften Fällen vom Gesetze ein Rekurriren auf die Sachverständigen-Vereine verlangt werde. Das Kammerger. und das Just. Min. sind derselben Meinung. (Cr. Z. 1841 S. 47 u. 53.)

b) In wiefern sind die Gutachten der Sachverständigen-Vereine für den Richter bindend?

α) Das Cr. Ger. zu Berlin, mit welchem das Kammerger. und das Just. Min. sich einverstanden erklären, ist der Ansicht, daß die Gutachten sowohl hinsichtlich des Thatbestandes des Nachdrucks ꝛc., als der Entschädigungsfrage für den Richter nicht bindend seien, daß zwar diejenigen thatsächlichen Umstände, die darin von den Sachverständigen zur Motivirung ihres Voti aus ihrer besonderen literarischen oder technischen Kenntniß als ausgemacht aufgestellt wurden, die mithin als eigentliche Zeugnisse zu betrachten seien, auch vom Richter als ausgemacht angenommen werden müßten, daß aber im Uebrigen die Richtigkeit der Voten selbst der selbstständigen Beurtheilung des Richters aus allgemeinen logischen und juristischen Gründen unterliege. (Cr. Z. a. a. O.)

β) Der Ob. App. Sen des Kammerger. ist dagegen der Ansicht, daß der Richter, wenn er einmal das Gutachten des Vereins erfordert habe, auch das Resultat eines solchen seiner Entscheidung über das objectum delicti zum Grunde zu legen und seine eigene, wenn auch davon abweichende Ueberzeugung dem unterzuordnen habe. (J. W. 1843 S. 287.)

γ) Der Sen. für Straff. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 13. Mai 1857 an, daß der Richter in seiner Entscheidung nicht an das Gutachten des Sachverständigen-Vereins (§§. 17., 31.) gebunden sei.
(J. M. Bl. 1857 S. 294, Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 618 ff.)

[3]) Es schließt die Kompetenz des Sachverständigen-Vereins nicht aus, wenn auch ein oder alle Mitglieder desselben nicht die Kenntniß der Wissenschaft oder Sprache besitzen, welche den zu begutachtenden Fall betreffen; es müssen vielmehr alsdann dem Vereine die nöthigen Momente durch Abhörung Sachverständiger gewährt werden.
(Gutachten des lit. Sachverst. Vereins v. 29. Dec. 1840, J. W. 1841 S. 501.)

[4]) Diese Instruktion ist unterm 15. Mai 1838 erlassen. Vergl. dieselbe unten sub XI.

[5]) Sind dahin auch Musterzeichnungen zu rechnen?

Verneint von dem Kammerger. in dem Erk. v. 28. April 1857 gegen die bejahende Ansicht des Stadtger. zu Berlin.
(Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 628 ff.)

3) Musikalische Kompositionen.

§. 19. Dieselben Vorschriften gelten hinsichtlich der ausschließenden Befugniß zur Vervielfältigung musikalischer Kompositionen.

§. 20. Einem verbotenen Nachdruck ist gleich zu achten, wenn Jemand von musikalischen Kompositionen Auszüge, Arrangements für einzelne Instrumente, oder sonstige Bearbeitung [1]), die nicht als eigenthümliche Kompositionen betrachtet werden können, ohne Genehmigung des Verfassers herausgiebt.

4) Kunstwerke und bildliche Darstellungen [2]).

§. 21. Die Vervielfältigung von Zeichnungen oder Gemälden durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, Lithographie, Farbendruck, Uebertragung u. s. w. ist verboten, wenn sie ohne Genehmigung des Urhebers des Original-Kunstwerks oder seiner Rechtsnachfolger bewirkt wird.

§. 22. Unter gleicher Bedingung ist die Vervielfältigung von Skulpturen aller Art durch Abgüsse, Abformungen u. s. w. verboten.

§. 23. Hinsichtlich dieser Verbote, §§. 21. u. 22., macht es keinen Unterschied, ob die Nachbildung in einer andern Größe, als das nachgebildete Werk, oder auch mit andern Abweichungen von demselben vorgenommen worden ist; es seien denn die Veränderungen so überwiegend, daß die Arbeit nicht als eine bloße Nachbildung, sondern als ein eigenthümliches Kunstwerk betrachtet werden könnte.

§. 24. Als eine verbotene Nachbildung ist es nicht zu betrachten, wenn ein Kunstwerk, das durch die Malerei oder eine der zeichnenden Künste hervorgebracht worden ist, mittelst der plastischen Kunst, oder umgekehrt, dargestellt wird [3]).

§. 25. Die Benutzung von Kunstwerken als Muster zu den Erzeugnissen der Manufakturen, Fabriken und Handwerke ist erlaubt.

Dauer des ausschließenden Rechts der Künstler

a) bei unveräußertem Original.

§. 26. Der Urheber eines Kunstwerks und seine Erben genießen die ihnen in den §§. 21. ff. zugesicherten ausschließenden Rechte, so lange das Original in ihrem Eigenthum bleibt.

§. 27. Wollen sie in dieser Lage von dem ihnen ausschließend zustehenden Rechte der Vervielfältigung Gebrauch machen, und sich gegen die Eingriffe Anderer sichern, so haben sie von ihrem Unternehmen, ehe noch die erste Kopie an einen Andern abgelassen wird, zugleich mit der Erklärung, daß sie eine Vervielfältigung durch Andere, welche nicht die besondere Erlaubniß von ihnen erhalten haben, nicht zulassen wollen, dem obersten Kuratorium der Künste (Min. der geistl., Unterr. u. Med. Angel.) Anzeige zu machen [4]). Ist diese Anzeige und Erklärung erfolgt, so soll dem Künstler und seinen Erben das ausschließende Recht zur Vervielfältigung des Kunstwerks für die Dauer von zehn [5]) Jahren zustehen. Wenn daher ein Anderer das von dem Urheber oder

---

[1]) Hitzig (a. a. O. S. 79) bemerkt, daß es bei der Redaktion des Gesetzes zweifelhaft gefunden sei, ob Variationen eines Musikstückes, der Regel nach gleich veränderten Arrangements desselben für einzelne Instrumente, als Arbeiten zu betrachten seien, die ohne eigenthümliche Komposition zu Stande gebracht werden könnten, oder ob nicht vielmehr umgekehrt die Regel für die Eigenthümlichkeit der Komposition anzunehmen sei. Man habe es jedoch bei dem schwankenden Urtheile über die Natur dieses Gegenstandes im Allgemeinen vorgezogen, von dem letzteren zu abstrahiren, und die Entscheidung der Frage, im Falle ein Streit darüber entstehe, ob eine bestimmte Variation eines bestimmten Musikstückes eine Bearbeitung mit eigenthümlicher Komposition sei, oder nicht, dem Urtheil der Sachkundigen (§. 17. des G.) vorzubehalten.

[2]) Zu §§. 21., 26—29.

Hängt das Erlaubtsein der Vervielfältigung der Abbildung eines Kunstwerkes, welche durch Kupferstich, Stahlstich u. s. w. erfolgt, lediglich davon ab, daß die Platten, Formen und Modelle, mittelst welchen die Abbildung dargestellt, noch nutzbar sind, oder zugleich auch davon, daß die Anzeige beim obersten Kuratorium der Künste erfolgt?

Letzteres nehmen das L. u. St. Ger. zu Dortmund (Datum des Urtels konstirt nicht) und das O. L. G. zu Hamm (in dem Erk. v. 2. Dec. 1842) an, indem der §. 29. des G. v. 11. Juni 1837 in unverkennbarem Zusammenhange mit den vorhergehenden §§. stehe und in demselben nicht von jedweder Abbildung eines Kunstwerkes, sondern nur von einer solchen die Rede sei, welche ein dazu Berechtigter unternommen habe. Es müsse daher, wenn dieser §. zur Anwendung kommen solle, eine rechtmäßige Erwerbung des Verlagsrechtes Seitens des ersten Abbildners vorliegen, und diese setze die Beobachtung des §. 27. voraus. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 85 ff.)

[3]) Der §. 24. ist aufgehoben durch §. 4. des Ges. v. 20. Febr. 1854.
(Vergl. unten sub X.)

[4]) Vergl. die Bekanntmachung des artist. Sachverständigen-Vereins für den Preuß. Staat v. 13. April 1852, betr. die Anmeldung von Kunstwerken auf den Grund des §. 27. des Ges. v. 11. Juni 1837.
(Min. Bl. d. i. V. 1852 S. 87 Nr. 74.)

[5]) Für die Lebensdauer und dreißig Jahre nach dem Tode desselben.
(B. Beschl. v. 19. Juni 1845 Nr. 1., s. ob. sub V.)

dessen Erben bereits vervielfältigte Kunstwerk mittelst irgend eines Kunstverfahrens nachbilden und das Nachbild verbreiten will, so hat er zuvor eine amtliche Aeußerung des obersten Kuratoriums der Künste darüber einzuholen, ob eine Anzeige und Erklärung der obgedachten Art bei demselben abgegeben worden sei. Ist eine solche Anzeige und Erklärung unterblieben oder seit ihrer Abgebung ein Zeitraum von zehn Jahren abgelaufen, so ist die Nachbildung erlaubt.

b) nach Veräußerung des Originals.

§. 28. Begeben sich der Urheber oder seine Erben des Eigenthums des Kunstwerkes, ehe mit dessen Vervielfältigung ein Anfang gemacht worden ist, so geht, Falls eine ausdrückliche Verabredung darüber nicht stattgefunden hat, das ausschließende Recht dazu gänzlich verloren. Es kann aber auf die Dauer von zehn Jahren[1]) fortbestehen, entweder zu Gunsten des Urhebers oder seiner Erben, indem sie sich solches vorbehalten, oder zu Gunsten des Erwerbers, indem sie ihm solches übertragen, in sofern nur in beiden Fällen gleichzeitig mit der Veräußerung eine Verabredung in glaubhafter Form darüber getroffen und davon dem obersten Kuratorium der Künste die obgedachte Anzeige gemacht wird.

Abbildungen von Original-Kunstwerken.

§. 29. Die Abbildung eines Kunstwerks, welche durch ein anderes als bei dem Original angewendetes Kunstverfahren, z. B. durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt u. s. w. (§. 21.) oder durch Abgüsse, Abformungen u. s. w. (§. 22.) rechtmäßig angefertigt worden, darf nicht ohne Genehmigung des Abbildners oder seiner Rechtsnachfolger durch ein rein mechanisches Verfahren vervielfältigt werden, so lange die Platten, Formen und Modelle, mittelst welcher die Abbildung dargestellt wird, noch nutzbar sind. Auch hierbei kommt die Bestimmung des §. 23. zur Anwendung[2]).

Strafen und Untersuchungsverfahren.

§. 30. Die Vorschriften der §§. 10—16. sollen auch in Beziehung auf Kunstwerke und bildliche Darstellungen aller Art in Anwendung kommen.

Die im §. 10. vorgeschriebene Konfiskation ist auch auf die zur Nachbildung der Kunstwerke gemachten Vorrichtungen, als der Platten, Formen, Steine rc. auszudehnen.

§. 31. Der Richter hat, wenn Zweifel entsteht, ob eine Abbildung unter die Fälle des §. 18. oder unter die des §. 21. gehöre, ob im Falle des §. 20. ein Musikstück als eigenthümliche Komposition oder als Nachdruck, in den Fällen der §§. 21—29. eine Nachbildung als unerlaubt zu betrachten, oder wie hoch der Betrag der dem Verletzten zustehenden Entschädigung zu bestimmen sei, und ob die im §. 20. als Bedingung gestellte Nutzbarkeit der Platten, Formen und Modelle noch stattfinde, in gleicher Weise wie §. 7. verordnet ist, das Gutachten eines aus Sachverständigen gebildeten Vereins zu erfordern.

Die Bildung solcher Vereine, welche vorzugsweise aus Kunstverständigen und geachteten Künstlern bestehen sollen, bleibt ebenfalls der im §. 17. erwähnten Instruktion vorbehalten.

5) Oeffentliche Aufführung dramatischer und musikalischer Werke[3]).

§. 32. Die öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen, oder mit unwesentlichen Abkürzungen, darf nur mit Erlaubniß des Autors, seiner Erben oder Rechtsnachfolger stattfinden, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden ist. Das ausschließende Recht, diese Erlaubniß zu ertheilen, steht dem Autor lebenslänglich und seinen Erben oder Rechtsnachfolgern noch zehn Jahre nach seinem Tode zu.

§. 33. Hat der Autor jedoch irgend einer Bühne gestattet, das Werk

---

1) Vergl. das Publ. Pat. v. 16. Jan. 1846 (s. ob. sub V.).

2) a) Die Bestimmung des §. 29. ist als eine unbestimmte Frist, d. h. als Gestattung eines Rechts bis zum Eintritt eines unbestimmten Ereignisses zu betrachten. Ihre fortdauernde Wirksamkeit kann erst dann in Frage kommen, wenn die bestimmte Schutzfrist der Bundesgesetze (dreißig Jahre, vergl. B. Beschl. v. 19. Juni 1845) abgelaufen ist, und es sich darum handelt, ob über sie hinaus die unbestimmte Frist des §. 29. noch laufe.

b) Die Platte eines Kupferstichs behält ihre Nutzbarkeit im Sinne des §. 29. auch dann, wenn einzelne von ihr auf galvanoplastischem Wege entnommene Tochterplatten auch diese Nutzbarkeit bereits eingebüßt haben sollten.

Erkannt von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1857. (J. M. Bl. 1857 S. 294, Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 618 ff.)

3) a) Vergl. den B. Beschl. v. 12. März 1857 (s. ob. sub VII.).

b) Vergl. α) Gans, über das Recht der Aufführung gedruckter Theaterstücke (Beitr. zur Revis. Bd. 1. Hft. 4. S. 377); β) Aufsatz in der Themis 1838 S. 192 ff.; γ) Erk. des Ob. Trib. v. 6. April 1835, daß der Schriftsteller, welcher sein dramatisches Werk nicht durch den Druck öffentlich bekannt gemacht hat, berechtiget ist, jede ohne seine Genehmigung zu veranstaltende theatralische Aufführung seines Werkes zu verhindern, und falls solche geschehen, Entschädigung zu fordern, welches Recht jedoch nicht die Befugniß enthält, von der Theater-Direktion Rechnungslegung über die Tages-Einnahme und Herausgabe derselben nach Abzug der aufgewandten Auslagen zu verlangen. (Simon's R. Bd. 4. S. 223.)

ohne Nennung seines Namens aufzuführen, so findet auch gegen andre Bühnen kein ausschließendes Recht statt[1]).

§. 34. Wer dem ausschließenden Rechte des Autors oder seiner Rechtsnachfolger zuwider ein noch nicht durch den Druck veröffentlichtes dramatisches oder musikalisches Werk öffentlich aufführt, hat eine Geldbuße von zehn bis hundert Thlrn. verwirkt.

Findet die unbefugte Aufführung eines dramatischen Werkes auf einer stehenden Bühne statt, so ist der ganze Betrag der Einnahme von jeder Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten, und ohne Unterschied, ob das Stück allein, oder verbunden mit einem andern, Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, zur Strafe zu entrichten.

Von den vorstehenden Geldbußen fallen zwei Drittheile dem Autor oder seinen Erben, und ein Drittheil der Armenkasse des Orts zu.

6) Allgemeine Bestimmungen.

§. 35. Das gegenwärtige G. soll auch zu Gunsten aller bereits gedruckten Schriften, geographischen, topographischen und ähnlichen Zeichnungen, musikalischen Kompositionen und vorhandenen Kunstwerke in Anwendung kommen[2]).

§. 36. Dem Inhaber eines vor Publikation des gegenwärtigen G. ertheilten Privilegiums[3]) steht es frei, ob er von diesem Gebrauch machen, oder den Schutz des G. anrufen will.

§. 37. Alle diesem G. entgegenstehende oder von ihm abweichende frühere Vorschriften treten außer Kraft.

§. 38. Auf die in einem fremden Staate erschienenen Werke soll dieses G. in dem Maße Anwendung finden, als die in demselben festgestellten Rechte den in Unseren Landen erschienenen Werken durch die G. dieses Staates ebenfalls gewährt werden[4]). (G. S. 1837 S. 165.)

---

1) Der §. 33. ist aufgehoben durch den §. 4. des Ges. v. 20. Febr. 1854 (vergl. unten sub X.).

2) Vergl. die V. v. 5. Juli 1844 (s. unten sub IX.).

3) Dergl. Privilegien sind ertheilt worden:

a) für die v. Göthe'schen Werke, unterm 7. April 1826 (G. S. 1826 S. 24);
b) für die v. Schiller'schen Werke, unterm 29. April 1826 (G. S. 1826 S. 42);
c) für die Richter'schen Werke, unterm 29. April 1826 (G. S. 1826 S. 42—43);
d) für den Buchhändler Schlesinger, in Betreff der Weber'schen Oper: Oberon, unterm 29. Juli 1826 (G. S. 1826 S. 76 u. 1827 S. 36);
e) für Hummel, in Betreff dessen Anweisung zum Pianoforte-Spielen, unterm 29. Juli 1826 (G. S. 1826 S. 77);
f) für den Buch- u. Kunsthändler Willmanns, in Betreff dessen Panoramen der Rhein- und Main-Gegenden, unterm 9. März 1829 (G. S. 1829 S. 20);
g) für den Komponisten Ries, in Betreff dessen Oper: die Räuberbraut, unterm 9. Juni 1829 (G. S. 1829 S. 48);
h) für den Kupferstecher Delkeskamp in Zürich, in Betreff dessen malerischer Reliefs der Schweiz, unterm 25. Okt. 1830 (G. S. 1830 S. 140);
i) den Erben des Prof. Schleiermacher, in Betreff der noch ungedruckten Werke desselben, unterm 14. Mai 1836 (G. S. 1836 S. 180).

Vergl.:

a) Publ. Pat. v. 1. Juni 1841, wegen der von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschlüsse zum Schutze der Werke von Schiller, Göthe, J. Paul Fr. Richter und Wieland gegen Nachdruck. (G. S. 1841 S. 125.)

b) Publ. Pat. v. 20. Sept. 1842, in Betreff des von der Deutschen Bundesversammlung gefaßten Beschlusses zum Schutze der Werke J. G. v. Herder's gegen Nachdruck. (G. S. 1842 S. 299.)

4) a) Das R. des Just. Min. v. 12. Febr. 1839 macht mit Rücksicht auf obigen §. 38. bekannt, daß die Großherzogl. Sachsen-Weimarsche Reg. unterm 11. Jan. 1839 ein Gesetz zum Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst erlassen hat, dessen §§. 1—37. einschließlich mit diesen §§. des diesseitigen Gesetzes übereinstimmen, nur daß:

α) in den §§. 27. u. 28. mit Rücksicht auf die dortige Organisation der Behörden die Worte: »Unserer Oberaufsicht über die unmittelbaren Anstalten für Wissenschaft und Kunst« substituirt sind, und
β) im §. 38. das jenseitige Gesetz von dem diesseitigen darin abweicht, daß, während das letztere keinen Unterschied zwischen Deutschen Bundesstaaten und außerhalb Deutschlands belegenen Staaten macht, das erstere einen solchen aufstellt und bestimmt, daß den in Deutschen Staaten erschienenen Werken der in dem G. zugesicherte Rechtsschutz gewährt werden solle, ohne daß die Nachweisung der Gegenseitigkeit zu erfordern sei. (J. M. Bl. 1839 S. 88, J. W. 1839 S. 483.)

b) Die Frage: ob nach dem G. v. 11. Juni 1837 ein strafbarer Nachdruck anzunehmen, wenn eine Schrift oder eine Komposition nachgedruckt oder nachgebildet wird, deren Verfasser nicht in Deutschland wohnt, deren Verleger aber Unterthan eines Deutschen Bundesstaates ist und in diesem das Werk hat

IX. V. v. 5. Juli 1844, betr. den Schutz gegen Nachdruck für die vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Werke [1]).

Wir rc. verordnen zur Beseitigung entstandener Zweifel über den Schutz gegen Nachdruck für die vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 (G. S. S. 165—171) erschienenen Werke auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, was folgt:

§. 1. Der Schutz des G. v. 11. Juni 1837 soll auch für diejenigen vor Publikation derselben im Inlande erschienenen Schriften, Landkarten, Kupferstiche, topographischen Zeichnungen und musikalischen Kompositionen stattfinden, welche durch die damals gültigen Gesetze gegen Nachdruck noch geschützt waren.

§. 2. Dieser Schutz dauert, wenn der Autor auf einer solchen Schrift u. s. w. (§. 1.) genannt und bei Publikation des G. v. 11. Juni 1837 noch am Leben war, während seiner Lebenszeit und noch dreißig Jahre nach seinem Tode, in allen anderen Fällen dreißig Jahre vor Publikation jenes G.

Dem Verfasser einer Schrift u. s. w., die entweder unter einem anderen, als dessen wahren Namen erschienen, oder bei welcher gar kein Verfasser genannt ist, bleiben jedoch, wenn der wahre Name des Verfassers innerhalb fünfzehn Jahren nach Publikation des angeführten G. auf die im §. 7. desselben bezeichnete Weise bekannt gemacht wird, die in diesem §. 7. bestimmten Rechte vorbehalten.

§. 3. Mit dem Ablaufe der im §. 2. bestimmten Frist hört in Ansehung aller vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Schriften u. s. w. jedes ausschließliche Recht zur Vervielfältigung derselben auf.

§. 4. Auf die im Auslande erschienenen Schriften u. s. w. finden die Bestimmungen §§. 1. u. 2. der gegenwärtigen V. nur in dem Maße Anwendung, als die G. des fremden Staats den in Unseren Staaten erschienenen Werken gleiche Rechte gewähren.

Urkundlich rc. (G. S. 1844 S. 261.)

X. G. v. 20. Febr. 1854, betr. die Abänderung einiger Bestimmungen des G. v. 11. Juni 1837 über den Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung.

Wir rc. verordnen zur Abänderung des G. zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung v. 11. Juni 1837 (G. S. 1837 S. 165 ff.) unter Zustimmung der Kammern, für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

§. 1. Wird ein Kunstwerk, das durch die Malerei oder eine der zeichnenden Künste hervorgebracht ist, mittelst der plastischen Kunst, oder umgekehrt dargestellt, so ist eine solche Darstellung nur dann als eine verbotene Nachbildung zu betrachten, wenn sie auf rein mechanischem Wege erfolgt.

§. 2. Veröffentlicht der Autor eines dramatischen oder dramatisch-musikalischen Werkes sein Werk durch den Druck, so kann er sich und seinen Erben das ausschließende Recht, die Erlaubniß zur öffentlichen Aufführung zu ertheilen, durch eine mit seinem darunter gedruckten Namen versehene Erklärung vorbehalten, die jedem einzelnen Exemplare seines Werkes auf dem Titelblatte vorgedruckt sein muß. Ein solcher Vorbehalt bleibt wirksam auf Lebenszeit des Autors selbst und zu Gunsten seiner Erben oder Rechtsnachfolger noch zehn Jahre nach seinem Tode.

§. 3. Wer ohne die nach §. 2. erforderliche Erlaubniß gedruckte dramatische oder dramatisch-musikalische Werke öffentlich aufführt, hat eine Geldbuße von fünf bis fünfzig Thalern verwirkt. Findet die unbefugte Aufführung auf einer stehenden Bühne statt, so ist die Hälfte der Einnahme von jeder Aufführung, ohne Abzug der auf dieselbe verwendeten Kosten und ohne Unterschied, ob das Stück allein, oder verbunden mit einem anderen, den Gegenstand der Aufführung ausgemacht hat, zur Strafe zu entrichten. Von diesen Geldbußen fallen zwei Drittheile dem Autor oder seinen Erben, und ein Drittheil der Armenkasse des Orts, an welchem die Aufführung stattgefunden hat, zu.

§. 4. Die §§. 24. u. 33. des Gesetzes v. 11. Juni 1837 treten außer Kraft.

Urkundlich rc.

Gegeben Berlin, den 20. Febr. 1854.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen.
v. Bodelschwingh. v. Bonin.

(G. S. 1854 S. 93 Nr. 3950.)

XI. Instr. des Königl. Staatsmin. v. 15. Mai 1838 zur Bildung der in den §§. 17. u. 31. des G. zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung v. 11. Juni 1837 erwähnten Vereine von Sachverständigen.

In Gemäßheit der Bestimmungen des G. v. 11. Juni v. J. ertheilt das Staatsmin. zur Bildung der in §§. 17. u. 31. a. a. O. erwähnten Vereine von Sachverständigen folgende Instruktion:

1) Bis auf Weiteres werden Vereine von Sachverständigen, welche auf etwaniges Erfordern der Gerichte die in dem G. v. 11. Juni v. J. beregten Gutachten über die Existenz eines Nachdrucks, eines unerlaubten Abdrucks und einer unbefugten Nachbildung, so wie über den event. Betrag der zu leistenden Entschädigung in vorkommenden Fällen zu erstatten haben, für die ganze Monarchie nur in hiesiger Residenz errichtet.

2) Es werden drei solcher Vereine errichtet, von denen jeder aus sieben Mitgliedern, den Vorsitzenden mit eingerechnet, bestehen wird.

---

erscheinen lassen? ist verneint worden, weil der im Auslande wohnende Verfasser für sich keinen Schutz für sein Eigenthum im Preuß. Staate habe, mithin auch kein solches Recht auf einen Andern übertragen könne.

Dagegen führt Temme die Affirmative aus, indem er aus dem Geiste und der Entstehungsgeschichte des Ges. darzuthun sucht, daß dasselbe gleichzeitig einen selbstständigen Schutz der Verfasser und Verleger habe gewähren wollen. (Cr. Z. 1841 S. 214.)

Derselbe sucht auszuführen, daß der Schutz des inländischen Verlegers gegen den Nachdruck von Werken ausländischer Autoren eben so lange dauert, als das Recht inländischer Verfasser, nämlich dreißig Jahre lang nach dem Tode des ausländischen Verfassers. (Cr. Z. 1842 S. 20.)

Dr. Schellwitz sucht die Ansicht Temme's zu widerlegen, wogegen Temme seine Ansicht anderweitig vertheidigt. (Cr. Z. 1842 S. 189 ff.)

c) Das Gesetz hat zwar im §. 38. den Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung auf die in einem fremden Staate erschienenen Werke in dem Maße ausgedehnt, als die in dem Gesetze festgestellten Rechte den in Preußen erschienenen Werken durch die Gesetze des fremden Staates ebenfalls gewährt werden; allein das Gesetz selbst hat die Merkmale des Erscheinens nicht näher bestimmt, und nach dem Geiste des ganzen Gesetzes, so wie nach dem internationalen Territorialprinzip sind dabei hauptsächlich Nationalität und Wohnsitz desjenigen, der das Erscheinen bewirkt, für maßgebend zu erachten. Wenn daher gleich ein im Auslande domicilirter Verleger auch in Preußen nationalisirt worden ist, und nach erlangter Konzession in Preußen eine Verlagshandlung als Kommandite errichtet hat, so kann dies doch nicht hindern, seinen zuerst im Orte seines ausländischen Domicils, dann aber auch in Preußen ausgegebenen Verlagsartikel als im Auslande erschienen anzusehen. Es kommt folglich Betreffs der Strafbarkeit des Nachdrucks oder der Nachbildung solcher Werke der Wissenschaft oder Kunst darauf an, ob zwischen dem betreffenden fremden Staate und Preußen Reciprocität des Schutzes im Sinne des §. 38. besteht. Ist dies nicht der Fall, so ist der Nachdruck oder die Nachbildung solcher Werke nicht strafbar.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Juni 1856.
(Goltdammer's Arch. Bd. 4. S. 683—686.)

d) Der Herausgeber eines Werkes der Kunst, welcher in einem Bundesstaate den Schutz gegen Nachdruck dadurch erlangt hat, daß er die dort vorgeschriebenen Bedingungen erfüllte, hat sich alsdann in allen Deutschen Bundesländern eines gleichen Schutzes zu erfreuen, wie ihn die Bundesbeschlüsse allgemein anordnen, oder wie die einzelnen Bundesländer ihn besonders gewähren. Dieses so für ganz Deutschland erworbene Recht kann derselbe sodann durch einen Verlagsvertrag auf einen in einem anderen Bundesstaate wohnenden Verleger übertragen, so daß dieser nicht mehr nöthig hat, in seinem Staate jenes Recht durch Erfüllung der hier vorgeschriebenen Bedingungen zu erwerben.

Erkannt von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1857.
(J. M. Bl. 1857 S. 294, Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 618 ff.)

e) Ist eine Nachbildung strafbar, die zwar in Preußen, aber nach einem Englischen Original erfolgt ist, dessen Englischer Eigenthümer die Bedingungen des Schutzes des Englisch-Preuß. Staatsvertrages v. 13. Mai u. 16. Juni 1846 nicht erfüllt hatte, während aber in Preußen gleichfalls ein Eigenthümer dieser Muster existirte?

Verneint von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Juli 1857.
(Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 631.)

[1]) a) Unter den im §. 1. der V. v. 5. Juli 1844 erwähnten: »damals gültigen Gesetzen« sind die Vorschriften des älteren Rechtes, nicht aber die Bestimmungen des durch Patent v. 29. Nov. 1837 publizirten Bundesbeschlusses v. 9. Nov. 1837 zu verstehen, welcher am 11. Dec. 1837 in der G. S. erschienen ist, und auf den unmittelbar am 18. Dec. 1837 das bereits früher vollzogene Gesetz v. 11. Juni 1837 folgte. Die V. v. 5. Juli 1844 ist deshalb um so weniger auf jenen Bundesbeschluß zu beziehen, da der §. 35. des G. v. 11. Juni 1837 von den bereits gedruckten Schriften spricht, und dennoch der denselben zu gewährende Schutz in der deklarirenden V. v. 5. Juli 1844 bisher als zweifelhaft angesehen wird.

b) In den §§. 1. u. 2. des durch Patent v. 16. Jan. 1846 publizirten Bundesbeschlusses v. 19. Juni 1845 ist nur die Frist, welche der Bundesbeschluß v. 9. Nov. 1837 zum Schutze gegen Nachdruck festgesetzt hat, erweitert, nicht aber die Bestimmung des §. 1. der V. v. 5. Juli 1844 darüber, welche der vor Publikation des G. v. 11. Juni 1837 erschienenen Schriften zu schützen, abgeändert worden.

Erkannt von dem V. (Rhein.) Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 338 Nr. 82.)

3) Der eine dieser Vereine hat die Bestimmung, in vorkommenden Fällen die Frage zu begutachten: ob eine Druckschrift (§§. 1., 2., 5 — 17. des alleg. G.) oder eine solche geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische und ähnliche Zeichnung (§. 18.), welche nach ihrem Hauptzwecke nicht für ein Kunstwerk zu erachten ist, als Nachdruck oder unerlaubter Abdruck zu betrachten, so wie welch ein Entschädigungsbetrag dem Verletzten event. zu gewähren sei? — Bei der Ernennung der Mitglieder dieses Vereins ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß sich darunter wenigstens zwei Buchhändler, und zwar solche, die sich nicht ausschließend mit dem Sortimentshandel beschäftigen, und wenigstens zwei Schriftsteller befinden.

Für den im §. 18. des G. v. 11. Juni v. J. bezeichneten Fall ist zu den übrigen Mitgliedern noch ein im Voraus ein- für allemal bestimmter Sachverständiger, welcher als Zeichner, Kupferstecher oder sonst mit der Anfertigung der im §. 18. a. a. O. erwähnten Abbildungen vertraut ist, als Mitglied hinzuzuziehen.

4) Der zweite Verein hat ausschließlich die Fragen zu begutachten: ob eine unerlaubte Vervielfältigung musikalischer Kompositionen vorhanden, ob ein Musikstück als eigenthümliche Komposition, oder nach §. 20. a. a. O. als eine dem Nachdruck gleich zu achtende Bearbeitung zu betrachten sind und in welchem Betrage event. die diesfällige Entschädigung zu leisten sei.

Dieser Verein wird aus Musikverständigen gebildet, unter denen sich wenigstens zwei Musikhändler befinden müssen.

5) Zur Beurtheilung des dritten Vereins, der aus Kunstverständigen, Künstlern und wo möglich auch aus Kunsthändlern, welche zugleich Kunstverständige sind, gebildet werden soll, gehören die Fragen: ob eine Abbildung unter die Fälle des §. 18. oder die des §. 21. des G. v. 11. Juni v. J. zu rechnen, ob in den Fällen der §§. 21 — 29. a. a. O. eine Nachbildung als unerlaubt zu betrachten und wie hoch der Betrag der dem Verletzten zustehenden Entschädigung zu bestimmen sei, endlich ob die im §. 29. a. a. O. als Bedingung gestellte Nutzbarkeit der Platten, Formen und Modelle noch stattfinde.

6) Jedem dieser drei Vereine wird eine Anzahl von wenigstens vier Stellvertretern für etwa abwesende oder sonst verhinderte Mitglieder beigegeben.

7) Die Ernennung sowohl der Vorsitzenden, als auch der Mitglieder, so wie der Stellvertreter erfolgt, nach vorgängiger Kommunikation mit dem Königl. Justizmin., durch das Königl. Min. der G., U. und Med. Ang. Letzteres hat auch zu bestimmen, welches der betr. Mitglieder in jedem Vereine den Vorsitzenden in Behinderungsfällen zu vertreten habe.

8) Nach erfolgter Ernennung werden die Vorsitzenden, Mitglieder und Stellvertreter durch das Königl. Kammergericht auf diesfälligen Antrag des Königl. Ministerii der G., U. und Med. Ang. als Sachverständige ein- für allemal vereidigt.

9) Das Gericht, welches die Erstattung eines Gutachtens durch einen der drei Vereine für erforderlich hält, übersendet einen status causae et controversiae nebst dem Corpus delicti und dem Gegenstande, mit welchem Letzteres verglichen werden soll, an das Königl. Min. für U. und Med. Ang. Behufs der Vorlegung an den betr. Verein. Die zu vergleichenden beiden Gegenstände müssen jedoch vorher durch Anhängung des Gerichtssiegels oder auf andere Art so bezeichnet werden, daß die Identität nicht zweifelhaft werden kann, und jeder Verwechselung vorgebeugt ist[1]).

10) Sobald der Antrag auf Erstattung eines sachverständigen Gutachtens durch Vermittelung des Königl. Min. der G., U. u. Med. Ang. an den Vorsitzenden des betreffenden Vereins gelangt ist, ernennet derselbe zwei Mitglieder, welche unabhängig von einander ihre Meinung schriftlich abzugeben und solche demnächst dem Vereine mündlich vorzutragen haben. Nach stattgehabter Berathung erfolgt durch Stimmenmehrheit der Beschluß. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

11) Zur Fassung eines gültigen Beschlusses ist die Anwesenheit von wenigstens fünf Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden und der etwa zugezogenen Stellvertreter erforderlich.

12) Nach Maßgabe des gefaßten Beschlusses wird das Gutachten ausgefertigt und von den bei der Beschlußfassung anwesend gewesenen Mitgliedern des Vereins unterschrieben. Einer Untersiegelung bedarf es nicht.

13) Das Gutachten wird dem Königl. Min. der G., U. und Med. Ang. durch den Vorsitzenden eingereicht, von dem Min. die Unterschrift der Mitglieder legalisirt und demnächst das Gutachten an das betr. Gericht gesendet.

14) Der Verein ist befugt, an Gebühren für das Gutachten 2—10 Thlr. zu liquidiren, welche von dem Gerichte wie andere baare Auslagen zu berichtigen sind. Stempel werden zum Gutachten nicht verwandt[1]).

15) Die nähere Ausführung vorstehender Instruktion bleibt dem Königl. Min. der G., U. und Med. Ang. überlassen. (G. S. 1838 S. 277.)

Neunter Abschnitt.

Von Schenkungen.

§§. 1037—1039. Begriffe und Grundsätze.

§. 1037. Gegenstände einer fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft können nicht Gegenstände einer Schenkung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern sein, weil der überlebende Ehegatte und die Kinder Eine Person repräsentiren, eine Schenkung unter ihnen mithin als eine solche anzusehen ist, welche Jemand an sich selbst verrichtet. Zu einer Schenkung gehören aber zwei Personen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 22. Aug. 1840.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 173.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 3. zum §. 1037. h. t.

---

[1]) Ueber das Verfahren bei Einholung der Gutachten der Sachverständigen-Vereine ist das C. R. v. 25. Febr. 1842 ergangen, welches unter Bezugnahme auf die Vorschriften des G. v. 11. Juni 1837 §§. 15—19., 30. u. 31. und der Instr. v. 15. Mai 1838 Nr. 9. bestimmt:

a) die Vorschrift Nr. 9. der Instr. v. 15. Mai 1838 gilt für alle Fälle, in welchen die Einholung eines Gutachtens stattfindet:

α) vor der Einleitung der förmlichen Untersuchung, wenn es dem Richter bei der Prüfung der Denunziation und bei der vorläufigen Erörterung der Sache auf die Feststellung des objektiven Thatbestandes ankommt; und

β) im Laufe der Untersuchung, wenn von einem der Betheiligten oder vom Richter darauf angetragen wird.

b) Die Erfordernisse des mitzutheilenden status causae et controversiae ergeben sich aus der Natur und dem Zweck desselben. Es muß daraus hervorgehen, über welche der Anklage zum Grunde liegende Thatsachen der Verletzte und der Denunciat einig sind, und über welche dieser Umstände sie streiten. Jene auf beiderseitigem Einverständnisse beruhenden Thatsachen sind daher in dem stat. caus. et controv. in einer zusammenhängenden Darstellung (species facti) vorauszuschicken, und demnächst in einzelnen Streitfragen diejenigen thatsächlichen Punkte, über welche eine Einigung nicht stattgefunden hat, anzugeben.

c) Die Entwerfung des stat. caus. et controv. kann daher nicht eher erfolgen, als bis beide Theile, der Verletzte und der Angeschuldigte, vollständig gehört worden sind.

d) Hiernach haben die Gerichte:

α) bevor sie zur Feststellung des objektiven Thatbestandes ein Gutachten des Sachverständigen-Vereins einfordern, allemal den Angeschuldigten über den Inhalt der Denunziation zu hören, und mit Zuziehung des Verletzten, es sei der Verleger oder der Autor oder dessen Erben, auf deren Antrag nach §. 15. des G. v. 11. Juni 1837 die Untersuchung nur eingeleitet werden soll, den stat. caus. et controv. in der vorstehend angegebenen Art zu reguliren; demnächst aber

β) bei Einholung des Gutachtens (nach Nr. 9. der Instr. v. 15. Mai 1838) dem Min. der G. ꝛc. Ang. den stat. caus. et controv. mit einzusenden.

e) Zur Ausführung dieser Bestimmungen ist zu bemerken:

α) für die Gerichte der Landestheile, wo die A. G. O. gilt (einschließl. des Ostrheinischen Theils des Reg. Bez. Koblenz), daß nach dem R. v. 27. Jan. 1842 wegen Kontraventionen gegen das G. v. 11. Juni 1837 bis dahin die fiskalische Untersuchung stattfand, weshalb Abschn. 2. Tit. 35. der Proz. O. neben dem G. v. 11. Juni 1837 und der Instr. v. 15. Mai 1838 galt. Es ist daher nach §. 59. A. G. O. I. 35. in Verbindung mit §§. 28. ff. A. G. O. I. 10. bei Entwerfung und Vorlegung des stat. caus. et controv. zu verfahren.

β) Für die Gerichte in Neuvorpommern und Rügen wird durch die V. v. 18. Mai 1839 (G. S. S. 207) keine Abweichung von den oben aufgestellten allgemeinen Bestimmungen erforderlich.

γ) Für die Gerichte im Bezirke des Appellat.-Hofes zu Köln.

αα) Vor Einleitung der förmlichen Untersuchung besorgt der Untersuchungsrichter die Regulirung des stat. caus. et controv. und berichtet an das Min. der G. ꝛc. Ang.

ββ) Entsteht die Nothwendigkeit der Einholung des Gutachtens erst bei Verhandlung der Sache vor Gericht, so ist in dem dessen Einholung anordnenden Urtheile zugleich ein Kommissar zu ernennen, der den stat. caus. et controv. mit Zuziehung beider Theile zu entwerfen hat, worauf der stat. caus. an den Ober-Prokurator abzugeben, welcher denselben mit dem von ihm zu erstattenden Bericht an das Min. der G. ꝛc. Ang. einreicht.

(J. M. Bl. 1842 S. 106.)

[1]) Die Nr. 14. ist durch den Staatsmin. Beschl. v. 15. Okt. 1856 dahin abgeändert:

»Der Verein ist befugt, an Gebühren für das Gutachten 5—50 Thlr. zu liquidiren, welche von dem Gericht wie andere baare Auslagen zu berichtigen sind. Dem Min. der G., U. und Med. Ang. bleibt die Anordnung wegen Vertheilung der Gebühren überlassen. Stempel werden zum Gutachten nicht verwandt.« (G. S. 1856 S. 873.)

§§. 1037. 1038. 1) Die Schenkung eines Inbegriffs von Sachen erstreckt sich auch auf die zur Zeit der Schenkung noch nicht ausgemittelten Theile desselben.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Dec. 1837. (Centralbl. 1838 S. 295, Themis 1838 S. 185.)

2) Der Geschenkgeber, welcher das geschenkte Geld dem Vormunde des Geschenknehmers zur Aufbewahrung übergeben hat, ist nicht berechtigt, hiernächst über die — wenngleich verzinsliche und hypothekarische — Ausleihung des Geldes zu verfügen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 71 Nr. 16.)

§. 1039. Ueber die Antinomie zwischen §. 1039. h. t. und §. 393. A. L. R. I. 16. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 393.

§§. 1040—1045. Wann die Absicht von Schenkungen vermuthet werde.

1) Die gesetzlichen Vorschriften darüber, unter welchen Verhältnissen und Umständen die Absicht zu schenken vermuthet wird, finden in dem Falle, wenn Jemand für den Andern eine Schuld bezahlt, keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1841. (Präj. Nr. 1004.)

Denn die §§. 1040—1045. erwähnen nur des Gebens von Sachen und Geldern, und setzen mithin eine körperliche Uebergabe voraus, an welcher es fehlt, wenn das zum Besten eines Andern verwandte Geld demselben nicht überliefert, sondern damit nur für ihn eine Schuld an einen Dritten bezahlt worden. In letzterem Falle tritt der Zahlende vermöge des Gesetzes in die Rechte des bezahlten Gläubigers, und um dieses Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Schuldner zu lösen, reicht es nicht hin, daß zwischen Beiden ein Verhältniß besteht, welches für das Geben von Sachen und Geldern die Vermuthung der Schenkung begründet, vielmehr bedarf es dazu noch einer anderweitig geeigneten Thatsache.

(Präj. Samml. S. 70, Entsch. Bd. 7. S. 88.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 8. Nov. 1845 (J. W. 1846 S. 43) und v. 24. Sept. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 332 Nr. 78.) angenommen.

§§. 1041. 1042. 1) Muß der Vorbehalt, wenn er den Empfänger zur Rückgabe oder Vergütigung der Gabe oder Leistung verpflichten soll, vor dem Geben oder doch gleichzeitig beim Geben und ausdrücklich gemacht sein?

Verneint von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Sept. 1839.

Wenn der §. 1042 sagt: »was Verwandte einander ohne Vorbehalt geben, werde für geschenkt angesehen, so lange nicht ein Anderes aus den Umständen erhelle«, so ist nach den Worten: »ohne Vorbehalt gegeben«, nur so viel ausgesprochen, daß beim Geben eben nichts Besonderes, als das gegenseitige Rechtsverhältniß Bestimmendes geäußert und erklärt worden. Es ist hierunter also auch der Fall gedacht, wenn bei dem Geben selbst gar nichts geäußert und erklärt worden. Daß das Gesetz nur auf diese Weise aufzufassen ist, folgt unabwendbar daraus, daß die Vermuthung für die Schenkung des ohne Vorbehalt Gegebenen nur eintreten soll, so lange nicht aus den Umständen ein Anderes erhelle. Diese vorangehenden und begleitenden Umstände sind also entscheidend. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 368.)

Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß die Worte: »ohne Vorbehalt« den Sinn haben: »ohne alle Erklärung oder unter zweifelhafter Erklärung«, so daß die eigentliche Absicht, in welcher gegeben und angenommen worden (die causa), ungewiß ist.

(Landr. Bd. 1. Anm. 8. zum §. 1041. h. t.)

Dagegen nehmen Bielitz (Komm. Bd. 2. S. 754) und Bornemann (System Bd. 3. S. 371, 2. Ausg. Bd. 3. S. 212) an, daß der Vorbehalt vor oder bei der Gabe ausdrücklich gemacht sein müsse.

2) Ueber die Widerlegung der Präsumtion der Schenkung aus den in den §§. 1041., 1042. besonders erwähnten Umständen vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 29. März 1845. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 383 ff.)

§. 1042. 1) Die Schenkungs-Vermuthung des §. 1042. beschränkt sich auf das, was dem Andern gegeben, und bezieht sich nicht auf Gegenstände, die der Andere durch Geschäftsbesorgung und so weiter an sich genommen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. März 1846.

Der §. 1042. ist hier unanwendbar, da der Betrieb fremder Angelegenheiten ohne Auftrag, und die dadurch erlangte Gewahrsam von Sachen des Andern mit einem Geben des Letztern durchaus nichts gemein, oder auch nur eine Aehnlichkeit hat. Der §. 1042. spricht, als der Materie »von Schenkungen« angehörig, deren Wesen und Begriff in dem unentgeltlichen Geben einer Sache Seitens des bisherigen Eigenthümers an einen anderen besteht, lediglich davon:

daß dasjenige für geschenkt angesehen wird, was also (diese verbindende Partikel ist, bezüglich auf die Worte des vorhergehenden §.: »das ohne Vorbehalt gegebene«, nicht ohne Erheblichkeit) Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister und Eheleute einander ohne Vorbehalt geben,

und es dürfte schon zweifelhaft sein, ob er auch da Anwendung finde, wo einer dieser Verwandten Sachen nicht zurückfordert, die der Andere für ihn von einem Dritten erhalten hat, da auch hier der Begriff des Gebens vermißt wird; daß aber jene Vermuthung einer Schenkung auch da eintrete, wo der eine Verwandte sich mit oder ohne Auftrag in die Geschäfte des Andern gemischt, dieselben betrieben, und — wie hier behauptet wird — Jahre lang verwaltet hat, und wo er also nothwendigerweise Vermögensstücke des Andern muß durch seine Hände haben gehen lassen, das ist nicht nur der ausdrücklichen Fassung des allegirten §. 1042. zuwider, sondern es widerspricht auch den bestimmten Vorschriften über die aus der Verwaltung fremder Angelegenheiten entspringenden Verpflichtungen des Verwalters. — Schon der §. 1042. läßt die Vermuthung der Schenkung nur da eintreten, wo nicht ein Anderes aus den Umständen erhellt; ein solches erhellt aber dann, wenn der eine Verwandte die Geschäfte des andern besorgt hat; denn die Besorgung fremder Geschäfte besteht in dem Handeln im Namen eines Andern, und wer für einen Andern Sachen empfängt, dem können sie nicht selbst geschenkt sein; denn dies würde ein Widerspruch mit dem Handeln für den Andern sein. — Nun schreibt aber der §. 256. A. L. R. I. 13. ausdrücklich vor:

»Jeder, welcher fremde Geschäfte besorgt hat, muß von seinen Handlungen, Einnahmen und Ausgaben genaue Rechenschaft ablegen«;

und zwar findet sich diese Vorschrift gerade in der Lehre von der Uebernahme fremder Geschäfte ohne vorgängigen Auftrag, und auch mit ihr steht die Präsumtion der Schenkung aus dem §. 1042. A. L. R. I. 11. im direkten Widerspruch, zumal nirgends im Geschäfte rücksichts der Besorgung der Geschäfte durch Verwandte eine Ausnahme gemacht worden ist. Schon früher in einem gegebenen Falle hat auch das Ob. Trib. bereits angenommen, daß die Präsumtion der Schenkung da nicht eintrete, wenn ein Sohn in der Hoffnung der Gutsnachfolge seinem Vater häusliche Dienste geleistet hat, und der Vater demnächst den Hof an ein anderes seiner Kinder abtritt, weil der Erste seine Dienste nur in der Erwartung einer Gegenleistung verrichtet habe; und um so mehr muß also jede Vermuthung da ausgeschlossen sein, wo das Gesetz mit der ohne Auftrag unternommenen Geschäftsführung die Pflicht zur Rechnungslegung und gemäß §. 245. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. die Vertretung selbst eines geringen Versehens verbindet. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 265.)

2) Die Vermuthung der Schenkung beschränkt sich nicht bloß auf die im §. 1042. bezeichneten Verwandten; er bezeichnet nur einzelne Fälle, in denen diese Vermuthung eintritt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Mai 1837. (Präj. Nr. 260.) (Präj. Samml. S. 71.)

Insbesondere greift die Vermuthung der Schenkung auch Platz in dem Verhältnisse zwischen Schwiegersohn und Schwiegereltern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Nov. 1847.

Denn die Partikel »also« im §. 1042. deutet hinreichend an, daß die in diesem §. angedeuteten einzelnen Fälle nur als Folgerungen aus dem §. 1041. aufgestellten allgemeinen Prinzipe der persönlichen Pflicht zur Wohlthätigkeit beispielsweise dastehen, ohne daß die angeführten Beispiele für die einzig zulässigen erklärt worden. Es kommt daher nur darauf an, ob in dem konkreten Falle eine Zuwendung der Schwiegereltern an den Schwiegersohn unter den Gesichtspunkt des §. 1041. aufzufassen, und ob in einem speziellen Falle die Umstände für eine Liberalität sprechen. (Rechtsf. Bd. 3. S. 164 Nr. 83.)

Auch findet die Schenkungs-Vermuthung des §. 1042. hinsichts desjenigen statt, was die Ehefrau eines Bruders dem andern Bruder gegeben oder geleistet hat, obgleich diese nur mit ihm verschwägert ist.

Erkannt von dem O. L. G. zu Hamm (Datum konstirt nicht). (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 61.)

Koch tritt der Meinung des Ob. Trib. bei.

(Landr. Bd. 1. Anm. 10. zum §. 1042. h. t.)

Bornemann ist gleicher Ansicht, indem er bemerkt:

Es sind z. B. auch die Fälle hierher gehörig, deren das A. L. R. I. 5. §. 55., I. 11. §§. 41. u. 534., I. 13. §§. 280., I. 21. §. 9. erwähnt. Ebenso muß auch das, was hülflosen Geschwisterkindern oder entfernteren Verwandten zu deren nothwendigem oder standesmäßigen Unterhalte ohne Vorbehalt gegeben worden, als geschenkt angesehen werden. Denn eine moralische Pflicht zur Wohlthätigkeit haben auch dergleichen Verwandte gegeneinander (A. L. R. II. 3. §§. 22. ff.), und der §. 1042. steht nicht entgegen, indem derselbe von

demjenigen, was an vermögende Descendenten u. s. w. gegeben worden ist, spricht. Sind dieselben nämlich hülflos, so haben die Ascendenten u. s. w. nicht bloß eine moralische, sondern eine gesetzliche Pflicht zur Alimentation (A. L. R. II. 2. §§. 253., 254. u. II. 3. §§. 14. ff.).

(System Bd. 3. S. 371, 2. Ausg. Bd. 3. S. 212.)

Dagegen nimmt das Justizmin. in dem R. v. 18. Jan. 1841 an, daß Schwiegereltern und Schwiegerkinder nicht zu denjenigen Personen gehören, unter welchen das Gesetz eine Schenkung vermuthet; denn der §. 1042. spreche nur von Verwandten in auf- und absteigender Linie, Geschwistern und Eheleuten, lasse also keine Ausdehnung auf diejenigen Personen zu, zwischen welchen nur durch Verschwägerung ein Verhältniß, ähnlich dem zwischen wirklichen Eltern und Kindern, eingetreten sei. (J. M. Bl. 1841 S. 56.)

Auch Bielitz bemerkt, daß die Bestimmung des §. 1042. nicht auf andere Verwandte, z. B. auf Stief- oder Schwiegereltern und Stief- oder Schwiegerkinder auszudehnen sei, weil derselbe eine Ausnahme von der Regel des §. 1040. enthalte, von der man nur in den ausdrücklich erwähnten Fällen abweichen dürfe.

(Nachtr. Hft. 1. S. 89.)

3) Welches sind solche Umstände, die nach §. 1042. die Vermuthung der Schenkung ausschließen?

Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 13. Okt. 1838 an, daß wenn ein Sohn seinem Vater häusliche Dienste, jedoch nur gegen die mündliche Zusicherung der künftigen Hofsfolge geleistet habe, der Hof aber später einem anderen Sohne übertragen werde, der erstgedachte Sohn eine billigmäßige Vergütung seiner häuslichen Dienste verlangen könne, weil es ein die Schenkungsabsicht unter Verwandten ausschließender Umstand sei, wenn durch einen, auch der Form nach ungültigen Vertrag, eine Vergütung der Leistung in Aussicht gestellt worden, und weil der §. 1042. ausdrücklich verordne: »so lange nicht ein Anderes aus den Umständen erhellt.« (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 605.)

In dem Erk. v. 27. Sept. 1839 erklärt dasselbe ein zwischen solchen Verwandten, unter welchen sonst die Vermuthung einer Schenkung beim Geben ohne Vorbehalt eintritt, bestehendes Schuldverhältniß für einen Umstand, welcher die Vermuthung in Beziehung auf den gebenden Schuldner ausschließt. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 368—369.)

Vergl. Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Okt. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 299 Nr. 150.)

4) Bielitz meint, daß der §. 1042. bloß bei dem, was die darin benannten Verwandten einander geben, die Vermuthung einer Schenkung zulasse, daß dies aber keineswegs alsdann anzunehmen sei, wenn Geschwister einander eine Zeit lang den Besitz und die Benutzung einer gemeinschaftlich ererbten Sache gestatten; denn Dulden und Gestatten sei nicht Geben, und dem Ersteren liege auch bloß eine stillschweigende Willenserklärung zu Grunde. (Nachtr. Hft. 1. S. 89.)

§. 1043. 1) Was öffentliche, zur Unterstützung Hülfsbedürftiger verpflichtete Anstalten denselben gewähren, ist nicht als geschenkt anzusehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1845.

Es widerspricht geradehin den Begriffen von Schenkung und Zwangspflicht, wenn das, was die letzte leistet, als Geschenk betrachtet wird. Jede Schenkung beruht auf Liberalität, auf dem freien Entschluß und Willen, etwas und wieviel es sei, zu geben; wo aber eine Zwangspflicht vorwaltet, da wird der freie Wille, die Freigebigkeit, ausgeschlossen, weil eben da gegeben werden muß. Damit stimmt auch der §. 1041. überein, welcher die Vermuthung der Schenkung zuläßt, wo nur eine besondere persönliche, nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit vorhanden ist. Wenn der §. 1043. aus diesem Grunde hergeleitet, daß ebenso bei dem, was einem Armen zum Unterhalte gegeben worden, die Absicht zu schenken vermuthet wird, so wird dabei ebenfalls davon ausgegangen: daß das Gegebene nur aus Wohlthätigkeitssinn und der moralischen Verbindlichkeit zur Unterstützung eines Armen, nicht aber aus gesetzlicher Verpflichtung verabreicht worden sei. Hiernach ist die Annahme, daß das, was öffentliche, zur Unterstützung Bedürftiger verpflichtete Anstalten denselben gewähren, nicht als Geschenk zu betrachten sei, richtig.

(Entsch. Bd. 11. S. 413.)

2) Die im §. 1043. aufgestellte Schenkungs-Vermuthung greift in dem Falle nicht Platz, wenn der Verpflegte zur Zeit der Verpflegung eine Forderung an den Verpflegenden besessen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1848.

Denn der Verpflegte ist in diesem Falle seinem Verpfleger gegenüber nicht arm gewesen, und das Gesetz hat nicht beabsichtigt, es dem Gläubiger möglich zu machen, daß er vom Schuldner empfangene Leistungen für empfangenes Almosen erkläre und seine ältere Forderung an den Verpflegenden dagegen einklagen dürfe. Der Verpflegende ist mithin zur Kompensation mit seiner Schuld an den Verpflegten wohlbefugt. (Rechtsf. Bd. 4. S. 121 Nr. 59.)

§. 1045. 1) Wenn Jemand, der mit einem Anderen in Geschäftsverkehr steht, diesen oft besucht, bei solcher Gelegenheit häufig bei ihm übernachtet, und Beköstigung von ihm erhalten hat, hierzu jedoch mehrfach aufgefordert, und Alles dies Jahre lang ohne den geringsten Vorbehalt verabreicht worden ist, so kann der Andere keine Vergütung dafür in Anspruch nehmen, weil die angeführten Umstände die Absicht ausschließen, für aufgenöthigte Höflichkeitsbezeugungen und Genüsse Zahlung zu verlangen, und von der Art sind, daß keine andere Absicht des Gebenden, als die einer Freigebigkeit sich denken läßt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1838.

(J. W. 1838 S. 729, Centralbl. 1839 S. 595.)

Bielitz ist dagegen der Meinung, daß derjenige, welcher einen Anderen beherbergt und bewirthet habe, die Vergütung der hierbei gehabten Kosten sowohl wegen §. 1040., wie nach §. 874. h. t. und §. 280. I. 13. A. L. R. selbst dann fordern könne, wenn ein besonderer Anlaß zur Beherbergung und Bewirthung vorhanden gewesen, wogegen nur etwa eine vorhergegangene Einladung, oder das nahe verwandtschaftliche Verhältniß in Betracht zu ziehen sein dürften.

(Nachtr. Hft. 1. S. 91.)

2) Personen, welche in wilder Ehe leben, können das in diesem Verhältnisse gegenseitig von dem Einen auf den Andern Verwendete nicht zurückfordern oder Ersatz dafür verlangen.

Angenommen von der IV. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammerger. unterm 4. März 1853. (Präj. Nr. 19.)

3) Ueber die Thatsache, daß der Gebende die Absicht der Schenkung gehabt habe, ist der Beweis durch Eideszuschiebung nicht ausgeschlossen und es braucht nur diese Absicht des Gebenden, nicht auch die erklärte Absicht desselben erwiesen zu werden, um den Rechtsgrundsatz zur Anwendung zu bringen, daß für das in der Absicht, zu schenken, Gegebene keine Vergütung gefordert werden kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 171 Nr. 41.)

§. 1047. Die »rechtsgültige Form« ist die allgemeine Vertragsform. Daher kann auch derjenige, welcher dem anderen Theile eine unbewegliche Sache unter der Vereinbarung, daß derselbe eine bestimmte Person heirathe, abgetreten hat, diesen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form nicht mehr anfechten, nachdem der Andere die bezeichnete Person wirklich geheirathet hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1845. (Präj. Nr. 1631.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 165. Zus. 2.

Ein wesentliches Erforderniß bleibt jedoch unter allen Umständen, daß »eine gewisse Summe oder Sache« versprochen worden.

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Okt. 1855 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 71. Zus. 4.

§. 1048. Diese Vorschrift erfordert nicht, daß der, welchem zum Zwecke oder unter der Bedingung einer zu schließenden Ehe etwas versprochen wird, bereits verlobt sei, oder eine bestimmte Wahl getroffen habe.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1839. (Präj. Nr. 765.) (Präj. Samml. S. 71.)

§§. 1051—1052. Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die §§. 1051., 1052. um deswillen einiges Bedenken erregen, weil der §. 1052. bloß der Rückgabe des Gegebenen oder Geleisteten gedenke, ohne sich darüber auszusprechen, daß der Schenkungsvertrag, weil die donatio reciproca widerrufen worden, als aufgelöst zu betrachten, während der §. 1051. das Gegentheil zu sagen scheine, indem er jede der beiden wechselseitigen Schenkungen als ein für sich bestehendes Geschäft betrachte. Auch aus den Materialien werde nicht klar, wie sich der Verfasser des Gesetzes die Sache gedacht habe; Suarez habe die §§. 1051. u. 1052. bei der Umarbeitung des gedr. Entw. eingeschaltet; er sage darüber in der rev. mon.:

»Es wollen einige Monenten, daß alle donationes reciprocae als lästige Verträge betrachtet werden sollen. Dies kann man aber unmöglich annehmen, wenn man nicht zugeben will, daß die ganze Legislation über die Schenkungen vereitelt werde. Ich glaube, daß solche Schenkungen allen andern gleich zu achten sind, und das einzige Singulaire dabei stattfindet, daß, wenn der Eine revocirt, der Andere wegen dessen, was er auf seine Schenkung schon gegeben oder geleistet hat, vollständig entschädigt werden müsse.«

Hierbei sei übersehen, daß es einer Bestimmung bedürfe, in wiefern der Schenkungsvertrag selbst als fortbestehend betrachtet werden solle oder nicht. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 186, 187.)

§. 1053. Das aus reiner Freigebigkeit ertheilte Versprechen, Jemanden während seines Ausbildungsstadiums bei einer öffentlichen Behörde zu unterhalten oder zu unterstützen, von Seiten solcher Personen, die überhaupt keine gesetzliche Verpflichtung zur Erziehung resp. Alimentation haben, ist nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen, und bedarf daher zur Klagbarkeit der gerichtlichen Form.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1846 (Präj. Nr. 1715.); denn ein solches Versprechen, wobei eine Gegenvergütigung nicht stipulirt worden, sei als ein unentgeltliches Alimentenversprechen (donatio alimentorum), in keiner Hinsicht für einen lästigen Vertrag anzusehen, und es könne darauf der §. 1053. nicht angewandt werden.

(Präj. Samml. S. 71, Entsch. Bd. 13. S. 182.)

§§. 1053—1056. 1) Wird zur Gültigkeit einer rücksichtlichen Schenkung (donatio moralis, donatio sub modo) eine gerichtliche Verhandlung erfordert, oder genügt es, wenn dieselbe auch bei einem Objekt über 50 Thlr. auch nur schriftlich geschehen?

Die erstere Alternative vertheidigt Dr. Grattenauer, weil der §. 1053. diese Schenkungen zuerst erwähne, und solche deshalb der weiterhin erfolgenden allgemeinen Vorschrift der §§. 1063., 1064. ganz zweifelfrei unterworfen seien. (Mathis Bd. 7. S. 57.)

Der letzteren Ansicht ist Bielitz, weil rücksichtliche Schenkungen nach §. 1053. den lästigen Verträgen gleichstehen und selbst belohnende Schenkungen einer gerichtlichen Verhandlung nicht bedürfen.

(Nachtr. Hft. 2. S. 93.)

2) Kann eine rücksichtliche, mehr als 50 Thlr. betragende Schenkung, dafern sie ohne schriftlichen Vertrag geschehen ist, selbst nach erfolgter Uebergabe widerrufen und zurückgenommen werden?

Bielitz bejahet auf Grund des §. 161. A. L. R. I. 5. und nimmt an, daß das Recht zum Widerruf nicht einmal auf die Frist von 6 Monaten beschränkt sei, sondern die ganze Verjährungsfrist hindurch dauere. (Nachtr. Hft. 2. S. 94.)

§§. 1058—1062. Wie Schenkungsverträge geschlossen werden.

§. 1060. Eine Schenkung, welche ein Vater seinem minderjährigen Kinde nach der Theilung des Nachlasses seiner ersten Ehefrau macht, kann durch den bei jener Erbtheilung dem Kinde bestellten Theilungs-Kurator rechtsgültig für das Kind acceptirt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 184 Nr. 43.)

§. 1062. Zeile 3 statt »anzunehmen« ist zu setzen: »zurückzunehmen«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 1063—1069. Form der Schenkungs-Verträge.

§§. 1063. u. 1064. 1) Vergl.: a) R. v. 17. Nov. 1800, daß ein vor einer Preuß. Gesandtschaft im Auslande aufgenommenes Protokoll über eine Schenkung inländischen Vermögens die Kraft einer gerichtlichen Schenkungsurkunde hat, in den Erg. zum A. L. R. I. 13. Anh. §. 46.

b) R. v. 25. Juni 1821, daß das G. v. 23. April 1821 auf Schenkungsverträge nicht anzuwenden, in den Erg. zur A. G. O. II. 3. §. 3.

2) Die Gesetzrevisoren machen darauf aufmerksam, daß, wenn den §§. 1058—1062. zufolge die Akceptation von Seiten des Beschenkten nicht bloß mündlich, sondern selbst durch Handlungen stillschweigend erklärt werden könne, es eine Ungenauigkeit sei, wenn der §. 1063., ohne die Person des Geschenkgebers von der des Geschenknehmers zu unterscheiden, den Schenkungen eine gerichtliche Form vorschreibe, indem es doch nur von Seiten des Geschenkgebers einer gerichtlichen Erklärung bedürfe. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 187.)

3) Muß auch die Annahme des Schenkungsversprechens gerichtlich erklärt sein?

Es verneinen:

a) Bornemann, ohne nähere Begründung.

(System Bd. 3. S. 372, 2. Ausg. Bd. 3. S. 212.)

b) Koch unter Bezugnahme auf §§. 1058. u. 1059.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 145, Lehrb. Bd. 2. S. 260.)

Dagegen bejahet Temme wegen der klaren Vorschrift des §. 1063. Die §§. 1058. ff. könnten nur von einem durch Uebergabe erfüllten Versprechen verstanden werden, wenn sie nicht einen Widerspruch mit dem §. 1063. enthalten sollten. Hierfür spreche auch das Wort »Geschenk« im §. 1059.

(Lehrb. des Preuß. Civ. R. Bd. 1. S. 563 Anm. 3.)

§§. 1064—1069. Ueber die Motive der Vorschriften der §§. 1064—1069. h. t. vergl.:

a) Suarez (in der Schlußrevision). (Jahrb. Bd. 41. S. 23.)

b) Bornemann.

(System Bd. 3. S. 372 Anm. **, 2. Ausg. Bd. 3. S. 213 Anm. 2.)

§. 1065. 1) Die Vorschrift des §. 1065. findet auch bei Rechten, welche nicht zu den unbeweglichen Sachen gehören, statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1710.) (Präj. Samml. S. 71.)

2) Ist zur Perfektion der mündlichen Schenkung eines verbrieften Forderungsrechtes und zur Ausschließung des Widerrufsrechtes wegen Formmangels die schriftliche Cession des Geschenkgebers ausreichend, oder außerdem auch die Uebergabe des Schulddokumentes an den Geschenknehmer wesentlich erforderlich?

a) Das Ob. Trib. hat sich hierüber in folgenden Entscheidungen ausgesprochen:

α) Wenn Jemand eine verbriefte Schuldforderung durch Cession erwirbt, das Cessions-Instrument nicht auf seinen Namen, sondern auf den eines Dritten in der Absicht ausstellen läßt, diesem Dritten die Schuldforderung zu schenken, sodann das Schuld- und Cessions-Instrument in seinem Gewahrsam behält, und, wenn auch mündlich, doch nicht schriftlich erklärt, daß er die Dokumente für den Dritten besitze, so ist durch diese Handlungen eine rechtsgültige Schenkung noch nicht zu Stande gekommen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. April 1833, weil nach §§. 1065. ff. die Uebergabe unerläßlich und auch eine rechtsgültige symbolische Uebergabe hier nach §. 71. A. L. R. I. 7. und §. 133. A. L. R. I. 5. nicht vorhanden sei. (Entsch. Bd. 2. S. 260.)

β) Die Uebertragung des Rechtes wird nach §. 393. h. t. durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere von nun an das Recht als das seinige ausüben solle, bewirkt. Diese Erklärung bei verbrieften Forderungen schriftlich abgegeben, ist hier, was bei körperlichen Sachen die Uebergabe. Zwar nicht die Einhändigung des Dokumentes über eine geschenkte Forderung, wohl aber die Abgabe einer den §§. 393., 394. gemäßen Erklärung bildet mithin, wenn die causa praecedens eine donatorische ist, eine dem §. 1065. entsprechende Uebergabe des Geschenks, und hat mithin auch ohne gerichtliche Abschließung die Gültigkeit der Schenkung zur Folge.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Okt. 1847.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 56 Nr. 28.)

γ) Die Schenkung einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung wird, auch bei Uebergabe des Dokumentes, durch eine bloß mündliche Schenkungserklärung noch nicht perfekt und wirksam; es gehört vielmehr dazu eine schriftliche Erklärung des Geschenkgebers, durch welche der Geschenknehmer in den Stand gesetzt wird, über die Forderung als über die seinige zu verfügen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1850. (Präj. Nr. 2230.)

Von der Regel des §. 1063. macht der §. 1065. eine Ausnahme. Danach bewirkt die Tradition die Perfektion einer Schenkung, wenn diese als causa praecedens nur mündlich erklärt ist. Wird nun das mit Hypothek

versicherte Forderungsrecht für eine bewegliche Sache erachtet, so kann es sich nur fragen, was zur Uebergabe eines solchen Forderungsrechtes gehört, um die causa praecedens, die mündliche Schenkung zu einer perfekten und wirksamen zu erheben. Es leuchtet ein, daß über diese Frage der §. 1065. keine Bestimmung enthält. Wenn nun unter Scheidung des Dokuments als Beweismittels, und des durch dasselbe dokumentirten Forderungsrechtes behauptet wird, daß zwar eine Uebergabe des Beweismittels, nicht aber auch eine Uebergabe des Forderungsrechtes erfolgt sei, so verletzt dies weder den §. 1063., noch den §. 1065., weil diese Vorschriften sich über die in Rede stehende Frage gar nicht verhalten. Die Antwort liegt vielmehr auf einem anderen Gebiete. Die Uebergabe ist nur dann vollendet, wenn der Andere in den Stand gesetzt ist, über die Sache zu verfügen, oder das Rechte auszuüben (§§. 58., 59., 78. A. L. R. I. 7.). Bei hypothekarischen Forderungen ist dies dem Schuldner und dem Hypothekenbuche gegenüber nur dadurch möglich, daß sich der Andere durch eine schriftliche Erklärung des Uebergebenden, durch welche sich dieser des Besitzes zum Vortheil des Anderen entschlägt, ausweist. Dies führt in seiner weiteren Konsequenz auf die zur Lehre von der Cession gehörenden §§. 394. u. 377. A. L. R. I. 11., so daß in einer den §§. 393. u. 394. gemäßen Erklärung, wenn die causa praecedens eine donatorische ist, eine dem §. 1065. entsprechende Uebergabe zu finden ist. Es kann dies auch um so weniger bedenklich sein, als der unter die Vorschriften von der Cession gestellte §. 378. bestimmt:

»Wird ein Recht ohne Vergeltung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen«;

und hierbei ausdrücklich die Cessionsform als eine zur Schenkung erforderliche Uebergabeform anerkannt wird, indem nach §. 377. die Cession eben nur als diejenige Handlung charakterisirt ist, durch welche verschiedene von dem Cessionsvertrage das abzutretende Recht dem Anderen wirklich übertragen wird.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 21, Entsch. Bd. 20. S. 128.)

b) Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß außer der schriftlichen Cession die Uebergabe des Schuldinstrumentes in allen Fällen erforderlich sei, indem sie bemerken:

Da die Schuldforderungen zu den beweglichen Sachen gehören, so würde nach §. 1065. hinsichtlich ihrer die Uebergabe den Mangel der gerichtlichen und selbst der schriftlichen Form ergänzen. Dabei ist aber die Frage entstanden, ob die Aushändigung des Instruments an den Geschenknehmer als eine solche Uebergabe zu betrachten sei. Durch verschiedene Entscheidungen ist diese Frage mit Recht verneint; denn wenn auch der §. 1068., welcher eine wirkliche Naturalübergabe erfordert, nur auf die §§. 1066. u. 1067. sich bezieht, und wenn man mithin annehmen will, bei beweglichen Sachen genüge eine symbolische Uebergabe, so liegt doch in der Aushändigung der Schuldverschreibung nicht einmal eine solche symbolische Uebergabe, weil der neue Erwerber einer Forderung nur durch den Besitz des Instruments und einer schriftlichen Cession zur Einziehung der Forderung legitimirt wird (§. 395. h. t.). Die §§. 281—284. A. L. R. I. 20., welche darauf hindeuten, als ob in der Aushändigung des Schuldinstrumentes eine symbolische Uebergabe der Forderung liege, sind durch die V. v. 9. Dec. 1809 aufgehoben; überhaupt ist es die Cession, welche unser Gesetz als den Akt der Tradition bei Forderungen betrachtet. Daraus folgt unmittelbar, daß die Uebergabe des Instruments für sich allein die in Rede stehende Wirkung nicht hervorbringen kann. Es muß etwas Anderes, nämlich die Cession hinzukommen. Dazu ist, wenn ein Schuldinstrument vorhanden, jedesmal eine schriftliche Erklärung des Cedenten erforderlich.

(Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 188.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System Bd. 3. S. 373, 2. Ausg. Bd. 3. S. 213) und der Verfasser der Abhandl. im Centralbl. 1837 S. 536 ff.

Auch Boots führt aus, daß die mündliche Schenkung eines verbrieften, gleichviel ob persönlichen oder hypothekarischen Forderungsrechtes nur durch die schriftliche Cession und Uebergabe des cedirten Dokumentes an den Geschenknehmer vollständig erfüllt und dadurch dem Widerrufe wegen Formmangels entzogen werde.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 321 ff.)

c) Koch spricht die Ansicht aus, daß die schriftliche Cession im Allgemeinen ausreichend und nur zur Schenkung einer hypothekarischen Forderung, eines Wechsels oder einer kaufmännischen Assignation außer der Cession auch die Uebergabe des Dokumentes wesentlich nothwendig sei. (Lehre vom Uebergange der Ford. R. S. 145—146.)

Vergl. dagegen dessen Lehrb. des Privatr. Bd. 2. S. 164 u. 305.

d) Die Ob. Amtsreg. zu Lübben führt in dem Erk. v. 21. Juli 1809 aus, daß die bloße Aushändigung des Schulddokumentes weder für eine Natural-, noch für eine symbolische Uebergabe anzusehen sei, und daß es daher außerdem der schriftlichen Cession der Schuldforderung bedürfe, um die Schenkung einer Schuldforderung zur Perfektion zu bringen. (Mathis Bd. 8. S. 388—394.)

3) Die schriftliche Cession und die Uebergabe der Schuldurkunde über eine geschenkte Forderung ersetzt den Mangel der gerichtlichen Errichtung eines Schenkungsvertrages.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1853, unter Berufung auf den §. 1065. in Verbindung mit §§. 393. ff. h. t. und das Präj. Nr. 1663. v. 12. Dec. 1845 [1]).

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 192 Nr. 41.)

4) Bei verbrieften Forderungen ist es eine gültige Uebergabe, wenn der Gläubiger die Urkunde dem Schuldner zurückgiebt, dieser eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars oder Beschenkten ausstellen läßt und Letzterer solche annimmt.

Die Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages findet, wie überhaupt bei schenkungsweise übergebenen beweglichen Sachen, auch in jenem Falle nicht mehr statt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Febr. 1846.

Denn das Gesetz macht bei außergerichtlichen erfüllten Schenkungen einen Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Immobilien. Im §. 1065. spricht es von ersteren, im §. 1066. von letzteren. Zu den beweglichen Sachen will es aber nach §. 7. A. L. R. I. 2. stets auch alle Rechte, die nicht mit einem Grundstücke verbunden sind, gezählt wissen, mithin auch persönliche Forderungsrechte. Hätte es solche Rechte im §. 1065. ausnehmen wollen, so würde es sich des Zusatzes »körperliche« bedient haben. — Auch der §. 394. h. t. steht dem nicht entgegen. Der Abschn. 3. Tit. 11. Thl. I. handelt zunächst von eigentlichen Cessionen, d. h. von Rechtsübertragungen gegen Vergeltung (§. 376.). Wegen der Rechtsübertragungen ohne Vergeltung verweiset der §. 378. ausdrücklich auf den Abschnitt von Schenkungen. (Entsch. Bd. 13. S. 190.)

5) Unentgeltliche Entsagungen eines bereits erworbenen, ingleichen eines zwar noch künftigen, aber doch so beschaffenen Rechtes, daß der Anfall desselben dem Entsagenden gewiß war, sind nur in Rücksicht auf ihre rechtlichen Wirkungen, nicht aber in Rücksicht auf ihre Form den Schenkungen gleich zu achten.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1840. (Präj. Nr. 801.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 393.

§§. 1065. u. 1090. Nach §. 1090. können außergerichtliche Schenkungen, ungeachtet der erfolgten Uebergabe, noch 6 Monate nach der letzteren widerrufen werden; nach §. 1064. kann zwar aus einem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage in der Regel nicht auf Erfüllung geklagt werden; wenn aber eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenkgeber bereits übergeben worden, so findet nach §. 1065. deren Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht statt. Eben dies gilt nach §. 1066. für unbewegliche Sachen, wenn ein außergerichtlicher Schenkungsvertrag vorliegt, zu welchem die Tradition hinzugetreten ist.

Es fragt sich hiernach: wie diese Vorschriften mit einander zu vereinigen?

a) Bielitz nimmt (ohne nähere Begründung) an, daß, ungeachtet der Vorschrift der §§. 1065. u. 1066., jede durch Uebergabe vollzogene außergerichtliche Schenkung, sowohl mündliche als schriftliche, auf Grund des §. 1090. binnen 6 Monaten widerrufen werden könne.

(Komm. Bd. 2. S. 766.)

b) Derselben Ansicht ist Klein.

(System [2. Ausg.] Bd. 1. S. 332.)

c) Siewert nimmt ebenfalls an, daß bei dem Widerrufe nach §. 1090. ein rechtlicher Grund nicht erforderlich sei, wie aus dem Marginale und aus §§. 1091—1193. hervorgehe. Die §§. 1065. u. 1090. seien daher so zu vereinigen, daß der §. 1065. erst von dem Zeitraume ab zu verstehen, wenn die im §. 1090. bestimmte sechsmonatliche Frist verflossen sei. (Siewert Hft. 3. S. 73.)

d) Bornemann legt die erwähnten §§. gleichfalls dahin aus, daß durch die Tradition der Mangel der Form dergestalt ergänzt werde, daß der Widerruf nur noch binnen 6 Monaten, vom Tage der Uebergabe an gerechnet, stattfinde.

(System Bd. 3. S. 372, 2. Ausg. Bd. 3. S. 213.)

e) Gegen diese Meinung wird in der Abhandl. in der J. Z. 1833 S. 660. ausgeführt, daß die Stellung des §. 1065. zwischen den

---

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 376., 393., 394. h. t. Zus. 2.

§§. 1064—1069., besonders aber die darin gebrauchten Worte: »Ist hingegen«, welche die Ausnahme von der Regel des §. 1064. andeuteten, so wie die Verordnung des §. 1066. deutlich ergeben, daß der §. 1065. nur von solchen bereits durch Uebergabe vollzogenen Schenkungen spreche, welche zugleich durch einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen worden, und von welchen es ferner heiße, daß die Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht stattfinde. Wenn nun der §. 1090. den Widerruf außergerichtlich durch Uebergabe vollzogener Schenkungen binnen 6 Monaten gestatte, so könne dies nur von mündlichen Schenkungen gelten; denn der Grund, weshalb der Widerruf erlaubt werde, sei nur der, weil die Schenkung nicht gerichtlich abgeschlossen worden, welcher Grund nach §. 1065. bei zugleich schriftlichen Schenkungen nicht vorgeschützt werden dürfe.

f) Diese letztere Ansicht sucht indeß die Abhandl. a. a. O. S. 972. zu widerlegen, welche ausführt, daß außergerichtliche Schenkungen immer ungültig sind, wenn die Uebergabe nicht erfolgt ist, daß dagegen, wenn die Tradition erfolgt ist, unterschieden werden muß, ob:

α) die Schenkung bewegliche Sachen oder Gelder betrifft, welche tradirt werden; dann findet binnen 6 Monaten ein Widerruf statt, nachher wird die Schenkung gültig, oder:

β) ob die Schenkung unbewegliche Sachen oder Rechte betrifft; dann kommt es darauf an, ob der Vertrag schriftlich abgefaßt ist, in welchem Falle dasselbe gilt; oder ob der Vertrag nur mündlich war, in welchem Falle er zu allen Zeiten widerruflich ist.

Es wird hierfür angeführt, daß bei der Annahme der Gegner der §. 1090. ganz nutzlos dastehen würde; denn nach §. 233. A. L. R. I. 21. sei derselbe auf unbewegliche Sachen und Rechte, die ohne schriftlichen Vertrag auf einen Andern übertragen sind, nicht zu beziehen, wogegen aus §§. 145. u. 165. A. L. R. I. 5. hervorgehe, daß, wenn bewegliche Sachen vermöge eines mündlichen Vertrages übergeben, oder Handlungen vermöge eines solchen geleistet worden, die Unterlassung der schriftlichen Form nichts schade, wenn die Verbindlichkeit vollständig erfüllt war. Auch sei kein Grund da, die §§. 145. u. 165. l. c. auf oneröse Verträge zu beschränken, und der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Verträgen lasse sich bei §. 1090. gar nicht machen. Der §. 1065. aber lasse sich wegen des §. 1090. nur auf die Zeit nach Verlauf von 6 Monaten, von der Uebergabe an gerechnet, verstehen, und werde also durch letztere modifizirt. Für diese Ansichten spreche auch die Aeußerung von Suarez und Goßler in dem Unterrichte über die Gesetze Thl. II. Tit. 13. §. 106. S. 175.

g) Koch, welcher früher (Lehrb. des Privatr. 1. Ausg. Bd. 1. S. 260 Anm. 4., Recht der Ford. Bd. 3. S. 151) den Widerspruch für unlösbar hielt, nimmt neuerdings (Landr. Bd. 1. Anm. 35) an, daß aller Widerspruch verschwinde, wenn davon ausgegangen werde, daß der §. 1065. sich lediglich auf die Form der Schenkung beziehe, und der scheinbar widersprechende §. 1090. den Regeln vom Widerrufe einer formgerechten Schenkung angehöre.

§. 1068. 1) Genügt zur Perfektion einer Schenkung beweglicher Sachen, wenn dieselbe nicht gerichtlich vollzogen worden, die bloße symbolische Uebergabe, oder ist zur Gültigkeit derselben, gleich wie bei unbeweglichen Sachen, die Naturalübergabe erforderlich; mit anderen Worten: ist der §. 1068. nur von den §§. 1066., 1067., oder auch von dem §. 1065. zu verstehen?

Letzteres nehmen an:

a) die Abhandl. im Centralbl. 1837 S. 536 ff., sowohl wegen des dem Gesetze zum Grunde liegenden Prinzips, dem Leichtsinne und der Uebereilung vorzubeugen, als auch wegen der wörtlichen Disposition des §. 1065. »bereits übergeben worden«, zwischen denen offenbar das Wort: »körperlich« ausgelassen worden sei, endlich weil die im §. 1068. enthaltenen Worte: »obige Vorschriften« nicht gerade streng bloß auf die eingeklammerten §§. 1066. 1067., sondern auch auf §. 1065. zu beziehen seien.

b) Grävell aus denselben Gründen, so wie ferner, weil schon aus den Worten: »oder Summe« im §. 1065. deutlich hervorgehe, daß man an eine fingirte Uebergabe nicht gedacht habe, und weil endlich das Gesetz sonst mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde. (Mathis Bd. 8. S. 375.)

2) Kann die Schenkung einer unbeweglichen Sache durch ein constitutum possessorium vollzogen werden?

Haushalter verneint. Denn die für unbewegliche Sachen im §. 1066. statuirte Ausnahme von der Regel der §§. 1063. u. 1064. sei wieder bedingt durch die im §. 1068. angegebenen Voraussetzungen. Aus dieser Ausnahme folge aber, daß die im §. 1063. ausgesprochene Regel in allen übrigen Fällen absolut anzuwenden sei, weshalb die Uebertragung der Natural-Gewahrsam conditio sine qua non der Rechtsbeständigkeit der ein Grundstück betreffenden außergerichtlichen Schenkung sei. Diese Ansicht finde ihre Unterstützung in der ratio legis, welche darauf gerichtet sei, der Uebereilung vorzubeugen. (Civil- und criminalrechtl. Abhandl. S. 55.)

§§. 1070—1075. Welche Schenkungen wegen des Zwecks oder der Person des Geschenknehmers ungültig sind.

Anh. §. 27. 1) Der §. 27. des Anh. ist aus der Dekl. v. 30. Aug. 1797, in Ansehung der von ausgewanderten Kantonisten vor und nach ihrem Austritte gemachten Schenkungen, entnommen. (N. C. C. Tom. X. No. 67 de 1797, Auszug S. 262, Rabe Bd. 4. S. 238.)

Vergl. Löwenberg's Materialien des Anh. S. 31, 32, 116 u. 117.

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß der §. 27. des Anh. mit der früheren Kantonverfassung zusammenhänge, und bei der an die Stelle derselben getretenen allgemeinen Dienstpflicht nicht füglich mehr Anwendung finden könne. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 189.)

§§. 1073—1075. Vergl. das G. v. 13. Mai 1833 über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Kirchen und geistl. Gesellschaften, sowie an andere Anstalten und Korporationen in den Erg. zum A. L. R. II. 11. §§. 197—216.

§§. 1076—1088. Wirkungen eines gültigen Schenkungsvertrages.

§. 1081. Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die Erben des Geschenkgebers Zögerungszinsen erst von dem Todestage des Erblassers an zu zahlen verpflichtet sein können, weil sie nicht Zögerungszinsen nachzuzahlen brauchen, welche ihr Erblasser selbst zu entrichten nicht verbunden gewesen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 190.)

§§. 1089—1168. Widerruf der Schenkungen.

§. 1090. Widerruf überhaupt.

1) Ueber das Verhältniß des §. 1090. zum §. 1065. vergl. die Erg. zu den §§. 1065. u. 1090.

2) Die dem Geschenkgeber zustehende Befugniß, eine außergerichtliche, durch die Uebergabe vollzogene Schenkung binnen sechs Monaten zu widerrufen, beschränkt sich nicht auf seine Person, sondern geht auch auf seine Erben über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. März 1845. (Präj. Nr. 1554.)

Es ist kein zureichender Grund vorhanden, die dem Geschenkgeber durch den §. 1090. beigelegte Befugniß als ein höchst persönliches, nur seiner Person anhangendes Recht zu betrachten, welches nach §. 2. der Einl. zum A. L. R., so wie resp. nach §. 360. A. L. R. I. 9. mit seinem Tode erlöschen müßte. Jene Befugniß des Schenkers besteht lediglich darin, daß er, trotz der geschehenen Uebergabe, binnen 6 Monaten noch die mangelhafte Form des geschlossenen Vertrages rügen, und daher auch die geschenkte Sache wieder zurückfordern darf. Das Gesetz knüpft zwar an diese Unvollkommenheit der Form nicht die Ungültigkeit des Vertrags, wenn die Uebergabe hinzugekommen ist, und schließt in der allgemeinen Vorschrift §. 1065. ausdrücklich für diesen Fall das Rückforderungsrecht im eigentlichen Sinne aus (§§. 1165. ff.); allein im Wesentlichen läuft doch auch das Widerrufungsrecht aus §. 1090. darauf hinaus; und wenn dasselbe eben an die von Haus aus vorhandene Mangelhaftigkeit der Form des Vertrags gebunden ist, so liegt hier jedenfalls das Moment, welches den Schenker zum Widerruf berechtigt, völlig außerhalb seiner Persönlichkeit. Nach §. 103. der Einl. zum A. L. R. aber gehen Rechte, welche zum freien Eigenthume gehören, mit dem Tode des Besitzers nach näherer Bestimmung der Gesetze auf Andere über; und hierzu muß die in Rede stehende Befugniß ohne Zweifel gerechnet werden, weil sie im Wesentlichen bezweckt, daß eine gegebene Sache wieder zurückverlangt werden kann, und daher ein wirkliches

Forderungsrecht in sich schließt, das unbedingt unter den Vermögensrechten des Geschenkgebers für mitbegriffen zu erachten ist. In Gemäßheit des §. 350. A. L. R. I. 9. wird die Erbschaft eines Verstorbenen oder für todt Erklärten durch den Inbegriff aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten gebildet. Hiervon sind in dem bereits erwähnten §. 360. l. c. nur diejenigen Rechte, Verbindlichkeiten, Lasten und Strafen, welche bloß an der Person des Erblassers haften, ausgeschlossen; und wenn nun die dem Geschenkgeber durch den §. 1090. Tit. 11. eingeräumte Befugniß zu diesen Ausnahmefällen nicht gezählt werden kann, so läßt sich auch aus dem §. 360. Tit. 9. kein Grund hernehmen, sie aus dem Kreise des auf die Erben des Geschenkgebers übergehenden Inbegriffs seines Vermögens zu verweisen. Nach §. 362. l. c., womit der §. 415. Tit. 5. übereinstimmt, werden ferner Rechte und Pflichten aus Verträgen in der Regel der Erbschaft beigezählt, und aus diesem Gesichtspunkte ist in sofern auch das in Rede stehende Widerrufsrecht des Geschenkgebers zu betrachten, als es jedenfalls durch einen Vertrag, der bei Ausübung desselben eben nur wegen seiner Ungültigkeit angefochten wird, bedingt erscheint. Daß jene Ausübung von der eigenen Willensbestimmung des Berechtigten abhängig bleibt, kann den Uebergang der gedachten Befugniß auf die Erben des Geschenkgebers nicht hindern. Denn sie treten überall, wo das Gesetz keine Ausnahme macht, an seine Stelle. Sie können, wenn es sich um die von ihm überkommenen Rechte handelt, ihrem eigenen Willen unbedingt, in sofern Geltung verschaffen, als sie nicht auf gültige Weise durch den seinigen gebunden, oder durch besondere gesetzliche Vorschriften beschränkt sind; und es ergiebt sich hieraus die Unzulänglichkeit des von dem vorigen Richter aufgestellten Einwandes: daß der individuelle Wille eines Menschen weder abgetreten, noch vererbt werden könne. Welche Motive den Geschenkgeber bestimmt haben mögen, den Geschenknehmer trotz der unregelmäßigen Form des Vertrages im Besitze der ihm bereits übergebenen Sache zu lassen, ist völlig gleichgültig. In Bezug auf seine Erben ist es nur von Bedeutung, ob ihnen so viel Zeit gelassen ist, daß sie das ihm ertheilte Widerrufsrecht noch ausüben können; und sein bloßes Schweigen kann ihnen hierbei, wenn die bestimmte sechsmonatliche Frist noch nicht verstrichen ist, keinesfalls im Wege stehen. Auch wird die entgegengesetzte Ansicht durch die Vorschriften der §§. 1112., 1137., 1139., 1157., 1158. A. L. R. I. 11. nicht gerechtfertigt. Die §§. 1112., 1157., 1158. beschränken allerdings die Revokationsbefugniß der Erben für den Fall des Undankes, oder wenn die Schenkung das halbe Vermögen des Geschenkgebers überstiegen haben sollte, indem sie dieselbe unter den oben erwähnten Voraussetzungen an gewisse Bedingungen knüpfen; allein gerade diese besondere Einschränkung spricht eher für, als wider den Uebergang des dem Geschenkgeber überhaupt beigelegten Widerrufsrechtes auf seine Erben, wo ihnen dasselbe nicht ausdrücklich entzogen ist. Auch verhält es sich in gleicher Art mit dem §. 1139., wonach die letzteren eine Schenkung, wozu eine bevorstehende, jedoch glücklich vorübergegangene Todesgefahr des Geschenkgebers nur den Anlaß oder den Beweggrund abgegeben hat, nicht anders widerrufen dürfen, als wenn der Erblasser selbst den Widerruf bereits rechtlich erklärt hatte. Dagegen bestimmt zwar der §. 1137., daß ein Geschenk, dessen Zuwendung unter der Bedingung einer von dem Geschenkgeber nicht zu überlebenden Todesgefahr erfolgt ist, nicht bloß, wenn er dieselbe dennoch überlebt hat, von ihm, sondern auch, wenn er späterhin auf andere Art gestorben ist, von seinen Erben zurückgefordert werden kann, und es findet sich daher hier für den bezeichneten Fall der Uebergang des Revokationsrechtes von dem Geschenkgeber auf dessen Erben besonders hervorgehoben. Doch läßt sich hieraus nicht die Folgerung ziehen, daß die Revokationsbefugniß auf die Person des Geschenkgebers nun überall da beschränkt bleibe, wo es an der ausdrücklichen Vorschrift, daß sie auch von seinen Erben geltend gemacht werden könne, fehlt. Vielmehr ist offenbar die Bestimmung des §. 1137. nur durch die damit im Gegensatze stehende Disposition des §. 1139. hervorgerufen worden, während sie zugleich zur Beseitigung einer, jenen Fall betreffenden gemeinschaftlichen Kontroverse diente; sie berechtigt daher auf keine Weise zu dem Schlusse, den der Appellationsrichter daraus gezogen hat. Der unbedingte Uebergang der durch den §. 1090. dem Geschenkgeber beigelegten Befugniß auf seine Erben läßt sich daher mit haltbaren Gründen nicht bestreiten; vielmehr sprechen dafür auch noch die Vorschriften der §§. 1162., 1163., wonach außer dem Falle des Uebermaßes eine vor oder bei der Schenkung, so wie selbst bei der Uebergabe geschehenen Entsagung des Rechtes zum Widerrufe, auch wenn sie eidlich bestärkt worden, dennoch weder den Schenkenden, noch den Erben desselben an der Ausübung jener Befugniß hindert, indem hierdurch der Uebergang des Revokationsrechtes auf die Erben im Allgemeinen und in allen Fällen, wo die Gesetze hiervon nicht eine besondere Ausnahme machen, ausgesprochen ist. (Präj. Samml. S. 71, Entsch. Bd. 11. S. 256.)

Derselben Ansicht sind Bielitz (Nachtr. Hft. 2. S. 110) und Bornemann (System Bd. 3. S. 373 Anm., 2. Ausg. Bd. 3. S. 213 Anm. 2.). Dagegen bestreitet Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 50. zum §. 1090. h. t.) die Richtigkeit dieses Satzes.

3) Wenn die versprochene Schenkung durch Uebergabe der geschenkten Summe vollzogen ist, so unterliegt die Rückforderung dieser Gelder wegen Irrthums in dem ausdrücklich erklärten alleinigen Bewegungsgrunde dieser Schenkung nicht den Bestimmungen des §. 150. A. L. R. I. 4., sondern den Vorschriften der §§. 166. ff., 178. ff. A. L. R. I. 16. und der §§. 1090. ff. h. t.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 128 Nr. 34.)

4) Der Widerruf einer außergerichtlich geschlossenen und durch die Uebergabe vollzogenen Schenkung nach §. 1190. h. t. braucht nicht in dem persönlichen Gerichtsstande des Beschenkten zu geschehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 192 Nr. 41.)

§§. 1091–1112. Widerruf wegen Uebermaßes.

Suarez, Bemerk. über die Gründe der Abweichung der in §§. 1091–1112. aufgestellten Theorie von dem Röm. Rechte. (Jahrb. Bd. 41. S. 29.)

§§. 1113–1116. und Anh. §. 28. Widerruf wegen Verkürzung des Pflichttheils.

§§. 1113–1116. und Anh. §. 28.

Müller, über die donatio inofficiosa. (Simon's Z. Bd. 1. S. 65–74.)
Simon und v. Strampff, Betrachtungen über die donatio inofficiosa und die damit verbundene Lehre des Widerrufs einer Schenkung wegen Uebermaßes, und eines Leibrentenkontraktes wegen Verletzung im Pflichttheile. (Simon's Z. Bd. 1. S. 75–106.)

1) Suarez, Bemerk. über die Gründe, weshalb in §§. 1113. bis 1116. im Wesentlichen die Theorie des Röm. Rechtes beibehalten worden. (Jahrb. Bd. 41. S. 24.)

2) Der §. 28. des Anh. ist dem R. v. 30. Okt. 1797, betr. Verträge, wodurch Eltern die Gemeinschaft der Güter einführen oder aufheben, und deren Widerruflichkeit wegen Verletzung im Pflichttheile entnommen [1]).

Ueber den mittelst Eures Berichts v. 11. d. M. vorgetragenen Fall bedarf es keiner Rückfrage bei der Gesetzkommission, da es sehr klar Rechtens ist, daß nur bloße donationes simplices wegen einer Verletzung im Pflichttheile angefochten werden können, und daß auf einen solchen Vertrag, wovon hier die Rede ist, der Begriff einer donationis simplicis nicht paßt ꝛc.

(N. C. C. Tom. X. p. 1937 No. 43. des Nachtrags 1798, Stengel Bd. 5. S. 267, Rabe Bd. 4. S. 336.)

Vergl. Dr. Löwenberg's Material. des Anh. S. 32. u. 117.

3) Die Vorschriften der §§. 1113. u. 1114. finden auch dann Anwendung, wenn wegen Ueberverschuldung gar kein reiner Nachlaß existirt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Juni 1844. (Präj. Nr. 1460.) (Präj. Samml. S. 71.)

4) Da nach den Worten der §§. 1113–1114. die Erbportion, welche danach ein Erbe erhält, in den meisten Fällen von dem ihm nach §§. 391. sqq. A. L. R. II. 2. gebührenden Pflichttheile verschieden sein muß, so scheint es, als habe die Lehre von der donatio inofficiosa eine wesentliche Veränderung im A. L. R. erhalten, und, ganz abgesehen von den Bestimmungen des Pflichttheils überhaupt, bei der Lehre von Schenkungen eine ganz eigenthümliche Art der Berechnung des Pflichttheils, und mithin ein anderer Begriff des letzteren selbst, festgestellt werden sollen. Allein in den beiden oben allegirten Aufsätzen ist aus den Materialien des A. L. R. dargethan, daß der Gesetzgeber bei der donatio inofficiosa nicht von den allgemeinen Grundsätzen über den Pflichttheil hat abweichen wollen. Der Pflichttheil der Kinder und Ascendenten betrug nämlich nach dem Entw. zum A. G. B. Thl. I. Abtheil. 1. Tit. 2. §. 307., Anm. zu §. 300. und §. 371. S. 207, 208, 220. stets die Hälfte der Intestat-Erbportion.

Müller ist nun der Ansicht, daß der mit §. 1113. wörtlich übereinstimmende §. 784. Thl. II. Abtheil. 2. Tit. 8. Abschn. 9. des Entw. durch Einschaltung der Worte: »inclusive des reinen Nachlaßbetrages« hinter den Worten: »der geschenkten

[1]) Der Anh. §. 28. scheint übrigens weiter zu gehen, als dies demselben zum Grunde liegende R. — Vergl. hierüber Müller a. a. O. S. 236 ff. und dagegen Koch im R. der Ford. Bd. 3. S. 185 ff.

Summe oder Sache« mit der allgemeinen Theorie des Pflichttheils in Einklang zu bringen sei, indem alsdann, übereinstimmend mit der Lehre vom Pflichttheile, im Notherbenrechte die Hälfte des nachgelassenen und verschenkten Vermögens im §. 784. l. c. ganz richtig als Maßstab angenommen sein würde. Er setzt also einen Fehler bei der Fassung des Entw. voraus. (Simon's Z. Bd. 1. S. 63 ff.)

Simon und v. Strampff nehmen ebenfalls einen solchen Fehler an, indem sie noch auf einen zweiten Irrthum bei Fassung des Entw. aufmerksam machen, daß dabei nämlich die Konkurrenz von Notherben nicht bedacht sei, z. B. der Kinder mit dem überlebenden Ehegatten, welcher in dieser Konkurrenz nach Thl. I. Abschn. 1. Tit. 1. §. 365. den vierten Theil des Nachlasses erbt. In diesem Falle könnten die Kinder nur $\frac{3}{4}$ des Nachlasses erhalten, und daher betrage ihr Pflichttheil nicht $\frac{1}{2}$, sondern $\frac{3}{8}$ des Nachlasses, so daß für diesen Fall die Bestimmung des §. 784. l. c. immer nicht mit der allgemeinen Pflichttheilstheorie übereinstimme. Jedenfalls falle aber gegenwärtig eine durchgängige Uebereinstimmung weg, da der Pflichttheil der Descendenten nach dem A. L. R. nicht, wie nach dem Entw., stets die Hälfte, sondern bei 1 und 2 Kindern $\frac{1}{3}$, bei 3 oder 4 Kindern $\frac{1}{2}$, und bei mehr als 4 Kindern $\frac{2}{3}$ der Intestat-Erbportion betrage. Hiernach habe also auch der §. 784. l. c. abgeändert werden müssen.

(Simon's Z. Bd. 1. S. 75 ff.)

Wenn nun aber auch nach der Absicht der Redaktoren die §§. 1113., 1114. h. t. dahin auszulegen sind, daß eine Schenkung nur dann als inofficiosa angefochten werden kann, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Geschenks incl. des reinen Nachlaßbetrages erreicht, so läßt sich doch nach den Worten der allegirten §§. eine solche Auslegung nicht rechtfertigen. Daher ist streitig: wie nach der gegenwärtigen Fassung die Berechnung anzulegen ist?

Man kann nämlich den §. 1114.:

a) dahin verstehen, daß der Beschenkte so viel zurückzahlen muß, als an der Hälfte des Betrages der Schenkung fehlt, dergestalt also, daß auf den reinen Betrag des Nachlasses und auf dessen Verhältniß zu der geschenkten Summe oder Sache zu sehen; z. B. der reine Nachlaß beträgt 1000 Thlr., die innerhalb drei Jahren geschenkte Summe 5000 Thlr., so würde der Geschenknehmer dem Erben 1500 Thlr. herausgeben müssen, weil diese 1500 Thlr. nebst dem reinen Nachlaßbetrage von 1000 Thlr. die Summe von 2500 Thlr. geben, welche die Hälfte des Geschenks der 5000 Thlr. ausmachen.

Dies ist die Ansicht Müller's, welcher auch Bornemann beitritt.

(Müller a. a. O., Bornemann's System Bd. 3. S. 376—383, 2. Ausg. Bd. 3. S. 215—219.)

Dagegen können die allegirten §§. aber auch:

b) dahin verstanden werden, daß der Beschenkte immer nur so viel zurückzahlen muß, als erforderlich ist, damit die Erben die Hälfte dessen, was dem Beschenkten verbleibt, oder $\frac{1}{3}$ des Gesammtbetrages des reinen Nachlasses und der Schenkung bekommen, oder mit anderen Worten, daß der Erbe nur die Ergänzungsklage auf $\frac{1}{3}$ des Nachlasses incl. des Geschenks habe.

Diese Ansicht vertheidigen Simon und v. Strampff, indem sie die Worte: »zu dieser Hälfte« im §. 1114. auf die im §. 1113. bestimmte Hälfte beziehen, wo nämlich die Hälfte angegeben sei, welche der Erblasser verschenken durfte, und die jedesmal $\frac{2}{3}$ des Nachlasses incl. des Geschenkes betrage. Nur so viel, als zu dieser Hälfte fehle, dürfe zurückgegeben werden.

(Simon's Z. Bd. 1. S. 75 ff.)

Vergl. über diese Materie auch die Aufsätze von Schweikart:

a) in der J. W. 1836 S. 773, wo mit Berücksichtigung der in den Abhandlungen von Müller und Simon und v. Strampff aufgestellten Ansichten ausgeführt wird,

α) daß der Pflichttheil nach §. 1113. h. t. nicht als eine Quote der Geschenke zu berechnen sei, sondern eine Quote des Nachlasses bleibe, daß es sich aber wegen des Zuschusses aus den Geschenken gerade treffe, daß es immer so groß werde, als die Hälfte der Geschenke;

β) das Quantum der Pflichttheile betrage immer so viel, als die Hälfte der Geschenke, wenn auch Umstände vorhanden seien, welche dasselbe nach der Natur der Sache und den bestehenden allgemeinen Regeln verringern oder vergrößern; es sei also in sofern in der Regel kein Grund vorhanden, von der strikten Anwendung des §. 1113. h. t. abzuweichen; wenn aber dergleichen besondere Umstände einträten, so müsse der §. cit. nach diesen modificirt und könne nicht wörtlich angewendet werden, da er nur den Fall vor Augen habe, daß der ganze Nachlaß, wenn der Erblasser ab intestato verstorben ist, an einen oder einige Erben komme, welche Alle Notherben sind und denen gleichmäßig die Hälfte ihrer Intestatportionen als Pflichttheil gebührt;

γ) daß die Störung, welche durch den §. 1113. h. t. in das Verhältniß der Legatarien gebracht wird, sich auf eine befriedigende Art nicht weginterpretiren lasse, weshalb der Ansicht von Simon und v. Strampff darüber beizustimmen, daß die §§. 1113. sqq. mit einem fast unheilbaren Fehler behaftet sind, welcher nur durch deren völlige Umarbeitung gehoben werden könne.

b) In der J. W. 1837 S. 37., wo ausgeführt wird, daß bei der Fassung der §§. 1115. u. 1116. ein Rechnungsirrthum obwalte.

Koch bemerkt, daß die §§. 1113—1116. durchaus in keine logische Ordnung zu bringen, sondern nur als positive Vorschrift über die Vererbung des dem Schenker selbst zustehenden Widerrufes anzusehen seien. Daß die Verfasser selbst sie dafür angesehen haben, dafür spreche einestheils der Uebergang von der Bestimmung des §. 1112. zu dem außerdem noch unter gewissen Voraussetzungen nachgelassenen besonderen Falle der Vererbung im §. 1113. und die Beziehung, in welche beide Sätze durch die Partikel: »dagegen« gesetzt sind. Andererseits deute darauf die Entstehungsgeschichte der §§. 1113—1116. hin. Die §§. 1113—1116. seien danach nur eine Fortsetzung der Lehre des Widerrufs wegen Uebermaßes, und bestimmten eine Ausnahme von der Regel, daß nur der Schenker selbst, und nicht sein Erbe, eine Schenkung aus diesem Grunde widerrufen könne. Es fänden mithin zwei Ausnahmen davon statt:

a) Wenn schon der Geschenkgeber seinen Entschluß zum Widerrufe gerichtlich erklärt habe. In diesem Falle könne jeder Erbe das Uebermaß revociren.

b) Wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages aller in den drei letzten Jahren gemachten Schenkungen beträgt. In diesem Falle könnten nur die Notherben soviel als zu dieser Hälfte fehlt, revociren, und hieraus folge, daß, wenn sie mit anderen Erben, denen kein Pflichttheil gebührt, konkurriren, die revocirte Summe ihnen allein gebühre; es komme hier auch nicht darauf an, daß die angegriffene Schenkung von Anfang an in der That nicht übermäßig war. Das Uebermaß werde angenommen, und auf zufällige Verminderungen werde nicht gesehen. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 173 ff.)

Die Gesetzrevisoren endlich sprechen sich dahin aus:

Dem §. 1113. zufolge sollen Erben, denen ein Pflichttheil gebührt, jede von dem Erblasser in den letzten drei Jahren vor seinem Tode gemachte Schenkung widerrufen können, sofern der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Geschenkes ausmacht. Dieser Bestimmung liegt, wie durch die in Simon's und v. Strampff's Zeitschr. Bd. 1. S. 63—106 mitgetheilten Abhandlungen dargethan ist, eine doppelte Irrung zum Grunde. Zunächst hat es, wie die korrespondirenden Bestimmungen für den Leibrentenvertrag und die Schenkung im gedr. Entw. §§. 510. u. 784. Tit. 8. Thl. II., so wie die Aeußerungen der Verfasser des A. L. R. über diese Gesetzstellen ergeben, nicht heißen sollen: »wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Geschenkes und des reinen Nachlaßbetrages zusammengenommen beträgt«. Es hat also den nothwendigen Erben die Hälfte des Ganzen als Pflichttheil gesichert werden sollen. Auf die eingegangenen Monita war die Fassung der den Leibrentenvertrag betr. Gesetzesstelle verbessert (§§. 638., 639. Tit. 11. Thl. I. A. L. R.); dagegen blieb die fehlerhaft gefaßte Bestimmung hinsichtlich der Schenkungen unabgeändert stehen, indem die Monenten hier auf ihre früher vorgetragenen Erinnerungen Bezug genommen hatten, derjenige aber, der die Monita extrahirte, solche als unerheblich beseitigte. Dieser ersten Irrung, wonach das Gesetz etwas Anderes sagt, als es eigentlich hat sagen wollen, trat späterhin die andere hinzu: daß man den Pflichttheil, welcher im Entw. ohne Unterschied der Person die Hälfte des Nachlasses betrug, nach Verschiedenheit der Erben und deren Zahl verschieden bestimmte, ohne zugleich die vorliegenden Bestimmungen, welche darauf berechnet waren, daß der Pflichttheil die Hälfte betrage, mit abzuändern. — Diesen beiden Irrungen ist endlich durch die fehlerhafte Fassung des §. 1114. noch eine dritte hinzugekommen, indem es dort heißt: »von dem Geschenknehmer solle so viel zurückgegeben werden, als zu der nach §. 1113. zu berechnenden Hälfte fehle;« während es heißen müßte: ».... soviel, daß der Erbe die Hälfte desjenigen Betrages bekomme, welchen der Geschenknehmer übrig behalte.« Dadurch, daß man die nach §. 1113. zu berechnende Hälfte als feststehend betrachtete, ohne daran zu denken, daß sich das Geschenk, dessen Hälfte der Erbe erhalten soll, durch den Abzug vermindere, entsteht das Mißverhältniß, daß der Erbe zufrieden sein muß, wenn er an reinem Nachlaß halb so viel erhalten hat, als der Geschenknehmer mehr bekommt; nämlich um soviel mehr, als die Hälfte der Schenkung das dem Erben gebührende Drittheil des Nachlasses übersteigt. So wahrscheinlich es nun auch ist, daß dies nicht in der Absicht des Gesetz-

gebers gelegen habe, so kann doch das Gesetz nach seinem Wortverstande nicht anders erklärt werden. Man muß zugeben, daß nach dem klaren Worte der Erbe zufrieden sein müsse, wenn er die Hälfte von dem Betrage der Schenkung bekommen hat, und daß ihm, wenn er nicht so viel bekommen, eine Ergänzung gebühre, welche ein anderes Verhältniß erzeugt. (Gesetzrev. Pens. XIV. Motive S. 193.)

§§. 1113—1116. 1150. Das den Kindern eines Geschenkgebers, welcher bei seiner Lebenszeit von dem ihm wegen nachgeborener Kinder zustehenden Widerruf keinen Gebrauch gemacht hat, für den Fall der Verkürzung am Pflichttheil eingeräumte Revokationsrecht bezieht sich nur auf diejenigen Schenkungen, welche innerhalb dreier Jahre vor dem Tode des Geschenkgebers gemacht worden sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Juni 1847. (Präj. Nr. 1884.)

Das A. L. R. hat wegen nachgeborener Kinder das Rückgängigmachen einer Schenkung in viel beschränkterem Umfange zugelassen, als dies von den gemeinrechtlichen Rechtslehrern unter Anwendung der L. 8. Cod. de revoc. donat. (8. 56.) geschah. cfr. Lauterbach Collegium L. 39. Tit. 5. m. 53. Es erlaubt nur den Widerruf der nicht durch Uebergabe vollzogenen Schenkungsverträge aus diesem Motive (§. 1140.) und limitirt das Recht auch noch in Ansehung der Bedingung der supervenientia selbst im §. 1143. Im §. 1150. wird deutlich ausgesprochen, daß der vorher abgehandelte Widerrufsgrund den Kindern des Geschenkgebers an sich nicht zu Statten kommen solle. Derjenige Grund des Widerrufs, welchen diese Gesetzstelle demselben einräumt, ist ein ganz selbstständiger, ein solcher, der den Kindern nicht in ihrer Qualität, als nach der Schenkung geboren, sondern als Pflichttheilsberechtigten zusteht, nämlich die Verkürzung im Pflichttheile. Schon die §§. 1113—1116. geben den Kindern unter den dort angeordneten Modalitäten dieses Revokationsrecht. Um aber zugleich auszudrücken, daß das Revokationsrecht wegen der supervenientia dem Geschenkgeber für dessen Person zustehe, und den Zweifel zu beseitigen, als ob die Kinder ein solches Geschenk überhaupt gar nicht revociren dürften, fand das Gesetz eine Bezugnahme auf das von der Revokation inoffiziöser Schenkungen in den früheren §§. Angeordnete nothwendig. Daß dieses nun in dem ganzen Umfange, wie es dort verordnet worden, gelten soll, folgt schon aus der namentlichen Erwähnung der §§. 1113—1116., indem ja nicht ein Revokationsrecht überhaupt, sondern das wegen der dort gedachten Verkürzung angeordnete Revokationsrecht den Kindern eingeräumt worden. Dies muß also mit allen den Bedingungen, wie sie an dieser Stelle vorgeschrieben sind, Platz greifen, und zwar nicht bloß in Ansehung der §. 1114. bestimmten Wirkung dieses Widerrufsrechts, wegen des zu restituirenden Quanti, sondern auch in Betreff der im §. 1113. festgesetzten, im §. 1115. und §. 1116. noch näher erläuterten Beschränkung: daß das ganze Recht nur auf diejenigen Schenkungen anwendbar, welche innerhalb dreier Jahre vor dem Tode des Erblassers gemacht sind. Diese Beschränkung erscheint als ein wesentlich integrirender Theil der landrechtlichen Theorie in dieser Materie. Denn nach gemeinem Rechte wurde bei dem Revokationsrecht ob donationem inofficiosam der Zustand des Vermögens zum Grunde gelegt, wie er zur Zeit der Schenkung gewesen war. (Nov. 92. cap. 1. Thibaut §. 904., 5. Ausg.) — Nachherige etwaige Veränderungen des Vermögens kommen also den Erben des Revokationsrechts nicht zu Gute. Wenn nun der Gesetzgeber, wahrscheinlich in Erwägung des Schwierigen der Ermittelung, hiervon abgehend, den Betrag des Nachlasses zum Anhalt nahm, so lag es nahe, doch eine gewisse Grenze festzustellen, um den Geschenknehmer, der vor vielen Jahren ein nach den Vermögensumständen des Geschenkgebers ganz angemessenes Geschenk angenommen hatte, vor künftigen Revokationen zu sichern. Um so mehr also muß die dreijährige Frist in die Verweisung des §. 1150. mitbegriffen erachtet werden. Das Gesetz hat den Revokationsgrund der supervenientia von Kindern auf die Person des Geschenkgebers beschränken, und demselben keine Wirkung über diese hinaus geben wollen, beläßt es in dieser Beziehung vielmehr bei dem Schutze, welchen die Kinder in der Anordnung der §§. 1113—1116. finden. Mögen nun auch Fälle gedenkbar sein, in welchen ein ausgedehnter Schutz Manches für sich haben könnte, so hat doch das Gesetz, welches überhaupt dem Widerruf der Erben des Geschenkgebers nicht günstig ist (§. 1112.), auf solche Utilitätsgründe keine Rücksicht nehmen wollen. Uebrigens behandelte schon Goßler, einer der Miturheber des A. L. R. (Handbuch gemeinnütziger Rechtswahrheiten §. 194.), den §. 1150. nicht als ein besonderes, den nachgeborenen Kindern gegebenes, von den §§. 1113—1116. verschiedenes Revokationsrecht.

(Präj. Samml. S. 71, Entsch. Bd. 15. S. 175 ff., Rechtsf. Bd. 1. S. 255.)

§§. 1117—1122. Widerruf wegen entzogener Alimente.

§§. 1117. sqq. Ueber die Frage, auf welche Art von Alimentationsansprüchen die §§. 1117. ff. h. t. sich beziehen? bemerken:

a) die Gesetzrevisoren:

Der Widerruf einer Schenkung, welcher denjenigen gestattet worden, denen der Geschenkgeber Unterhalt zu geben verpflichtet ist, erregt einige Schwierigkeiten, weil die Alimentations-Verbindlichkeit in manchen Fällen auf einem rein persönlichen, durch den Tod von selbst erlöschenden Verhältnisse beruhet. So sind alle diejenigen, denen ein Pflichttheil gebührt, — Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, — und überdies noch die Geschwister ersten Grades, einander zu alimentiren verpflichtet. Dagegen giebt es auch Alimentations-Ansprüche, welche keinesweges so rein persönlich sind, z. B. diejenigen, die aus einer erfolgten Tödtung für die Hinterbliebenen, aus einer körperlichen Verletzung für den Beschädigten, aus dem unehelichen Beischlafe für die unehelichen Kinder entspringen. An die letztere Gattung von Alimentations-Ansprüchen hat man wohl nur bei der Redaktion des A. L. R. gedacht. Dies ergiebt zur Genüge folgende Aeußerung von Suarez in der rev. mon. Er sagt:

Ehe die Geschenknehmer in Anspruch genommen werden können, muß erst die Substanz des Nachlasses durch die Alimente erschöpft sein. Alimente sind Schulden, für welche auch die Substanz des Nachlasses haftet.

Es bedarf auch wohl keiner großen Ausführung, daß das Gesetz nur auf die letztere, nicht auf die erstere Gattung von Alimentations-Ansprüchen füglich angewandt werden könne; den Verwandten ist durch den Pflichttheil hinreichend vorgesehen, und denjenigen, die keinen Pflichttheil, wohl aber Alimente zu fordern berechtigt sind, — den Geschwistern, kann kein Anspruch an den Nachlaß zugebilligt werden, weil die Alimentations-Verbindlichkeit eben nur auf dem mit dem Tode sich lösenden Verhältnisse der Geschwister zu einander beruhet.

Uebrigens darf es nicht befremden, daß durch die vorliegenden Bestimmungen uneheliche Kinder in eine bessere Lage kommen können als eheliche. Dies ist nicht minder im Konkurse nach der P. O. Tit. 50. §. 461. der Fall, und hat seinen einfachen Grund darin, daß der Anspruch des unehelichen Kindes als eine Nachlaßschuld angesehen wird; der Beschädigte steht in Vergleichung mit dürftigen Verwandten noch entfernter, als das uneheliche Kind, und dennoch muß ihm seine Befriedigung werden, ehe die Verwandten Alimente bekommen können.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 195, 186.)

b) Bornemann tritt bei.

(System Bd. 3. S. 385, 2. Ausg. Bd. 3. S. 220.)

Dagegen ist:

c) Vielitz der Ansicht, daß zu den in den §§. 1117. ff. gemeinten Personen auch Ehegatten, eheliche Descendenten, Ascendenten und Geschwister gehören. (Komm. Bd. 2. S. 788.)

§§. 1123—1128. Widerruf wegen einer dem Geschenkgeber zu reichenden Kompetenz.

Die Gesetzrevisoren bemerken: es könne nach der A. G. O. Tit. 49. §. 16. und Nr. 6. §. 17. zwar scheinen, als ob die Kompetenz des Geschenkgebers von dem Beschenkten nur dann gefordert werden dürfe, wenn sich der erstere als Gemeinschuldner zur Rechtswohlthat der cessio bonorum qualifizire; indeß könne dies nicht als Bedingung gefordert werden, weil der Anspruch der Kompetenz hier lediglich aus der vorangegangenen Freigebigkeit entspringe, und selbst dann begründet sei, wenn die geschenkte Summe bereits gezahlt worden, so daß der Beschenkte nicht mehr als Gläubiger, sondern als ein dem Gemeinschuldner unter den eingetretenen Umständen persönlich Verpflichteter dastehe. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 196.)

§§. 1129—1133. Widerruf wegen entstandenen Konkurses.

I. Suarez, Bemerk. über das Neue der in §§. 1129—1133. aufgestellten Theorie und die dabei obwaltenden Motive.

(Jahrb. Bd. 41. S. 25.)

II. Ueber das gegenwärtig den Konkursgläubigern zustehende Recht zur Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vor der Konkurs-Eröffnung vorgenommenen freigebigen Verfügungen, insbesondere Schenkungen, vergl. die Konk. O. von 1855 §§. 99., 102. Nr. 2., 103. Nr. 3., 104—106., 109. Nr. 3., 110—112., desgl. über das Anfechtungsrecht beim Prioritätsverfahren ebendas. §. 373. Nr. 3., und beim Kaufgelder-Belegungsverfahren ebendas. §. 393. Nr. 3.

III. G. v. 9. Mai 1855, betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, für die Landestheile, in welchen das A. L. R. und A. G. O. Gesetzeskraft haben.

Wir Friedrich Wilhelm 2c. verordnen für diejenigen Landestheile, in welchen das A. L. R. und die A. G. O. Gesetzeskraft haben, unter Zustimmung der Kammern, was folgt:

§. 1. Außer dem Falle des Konkurses steht jedem Gläubiger, dessen Forderung vollstreckbar ist[1]), die Befugniß zu, Rechtshandlungen seines Schuldners

[1]) Bei rechtskräftig feststehenden, terminlich zu leistenden Zahlungen (Alimenten) findet das Recht des Gläubigers zum Aufruf der Verträge des Schuld-

im Wege der Klage oder Einwendung nach Maßgabe der folgenden näheren Bestimmungen als ungültig anzufechten[1]).

§. 2. Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist.

§. 3. Eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners (§. 2.) ist anzunehmen:

1) wenn bei der von dem Gläubiger veranlaßten Auspfändung keine Exekutionsgegenstände, oder nur solche Gegenstände vorgefunden worden sind, deren Unzulänglichkeit sich klar ergiebt, oder welche von dritten Personen in Anspruch genommen werden, sofern der Schuldner auf Befragen anderweite Gegenstände nicht sofort nachweist;
2) wenn der Schuldner sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat oder sich verborgen hält, und deshalb die Vollstreckung der Exekution nicht stattfinden kann;
3) wenn innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die auf die Anfechtung gerichtete Klage oder Einwendung angebracht worden ist, eine Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen ist[2]).

Ein anderweiter Nachweis der Vermögensunzulänglichkeit ist durch vorstehende Bestimmungen nicht ausgeschlossen[3]).

§. 4. Werden bei der durch den Gläubiger veranlaßten Exekution Gegenstände der Exekutionsvollstreckung vorgefunden oder von dem Schuldner nachgewiesen, so treten, bevor eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden kann, folgende Bestimmungen ein:

1) wenn liquide, sichere, zur Deckung der Schuld hinreichende und innerhalb dreier Monate fällige Aktivforderungen in Beschlag genommen sind, so muß der Gläubiger den Zahlungstermin abwarten;
2) wenn andere bewegliche Sachen, deren Unzulänglichkeit sich nicht klar ergiebt, abgepfändet sind, so muß der Gläubiger den öffentlichen Verkauf derselben bewirken lassen;

---

ners nur wegen solcher Zahlungen statt, weshalb innerhalb eines Jahres vor Errichtung des Vertrages die Exekution verfügt worden, nicht aber wegen der künftig erst einziehbaren. (Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Sept. 1841 Nr. 1041., Präj. Samml. S. 404.)

[1]) Die anzustellende Anfechtungsklage kann nur für zulässig erachtet werden, wenn sie gegen beide Kontrahenten des Vertrages zugleich gerichtet wird. (Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Okt. 1853, Entsch. Bd. 27. S. 156, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 213 Nr. 48.). — Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 76 b. zum G. v. 9. Mai 1855) ist entgegengesetzter Ansicht. Auch hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Okt. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 196 Nr. 39.) in dem Falle die Klage bloß gegen den einen Kontrahenten zugelassen, wenn dieser einen Einwand daraus nicht erhoben hat, daß die Klage gegen ihn allein gerichtet worden, so wie wenn der andere Kontrahent in erster Instanz zugezogen ist und sich bei dem Erkenntnisse beruhiget hat, auch nichts vorliegt, woraus eine Beeinträchtigung des allein Verklagten aus der Unterlassung der Mitbelangung des anderen Kontrahenten zu folgern wäre.

[2]) Diese Vorschrift entspricht (bis auf die Zeitbestimmung) dem §. 11. Nr. 2. des Ges. v. 26. April 1835, in Bezug auf welchen das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Nov. 1852 Nr. 2415. (Entsch. Bd. 25. S. 5) ausspricht: »Der Fall des §. 11. Nr. 2. setzt voraus, daß die Forderung, wegen welcher die Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen, objektiv eine andere und von derjenigen verschieden ist, wegen welcher der Gläubiger von der Anfechtungsbefugniß nach den Vorschriften des Ges. Gebrauch macht; der Anwendung des §. 11. Nr. 2. steht es aber nicht entgegen, daß beide Forderungen demselben Gläubiger zuständig sind, und in demselben Prozesse gleichzeitig zur Exekution standen.«

[3]) Der §. 11. des Ges. v. 26. April 1835, welcher die Fälle aufführt, wo eine Vermögensunzulänglichkeit anzunehmen, enthielt die Bestimmung dieses Satzes nicht. Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Nov. 1845 Nr. 1652. (Präj. Samml. S. 402) spricht indeß aus: »Der §. 11. enthält nicht die einzigen Fälle, in denen eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist; vielmehr bleibt es den einen Vertrag ihres Schuldners anfechtenden Gläubigern unbenommen, dieselbe auch auf andere Weise, insbesondere durch das Geständniß des Schuldners nachzuweisen.« Diesen Satz wiederholt das Erk. des Ob. Trib. v. 8. Mai 1848 (Entsch. Bd. 17. S. 101) und fügt hinzu: »und bedarf es namentlich keines weiteren Beweises darüber, wann der Schuldner sich durch den angefochtenen Vertrag seines gesammten Vermögens entäußert hat.« — Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 12. Juni 1843 (Präj. Nr. 1303.) hat übrigens den (auch jetzt noch fortbestehenden) Rechtssatz ausgesprochen: »Der Widerruf der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung geschlossenen lästigen Verträge findet auch dann statt, wenn die Insolvenz des Gemeinschuldners erst durch einen solchen Vertrag entstanden ist, und der dritte Kontrahent um diese Wirkung des Vertrages gewußt hat.« (Präj. Samml. S. 257, Entsch. Bd. 9. S. 136.) Vergl. auch das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Juni 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 311 Nr. 61.)

3) wenn der Schuldner Grundstücke besitzt, so muß der Gläubiger entweder deren Revenüen in Beschlag nehmen, sofern nicht klar erhellt, daß seine Befriedigung aus den Revenüen innerhalb Jahresfrist nicht zu erlangen sei, oder er muß den gerichtlichen Verkauf der Grundstücke und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten, in sofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist;
4) wenn für die Forderung eine Sache als Pfand oder Hypothek bestellt ist, welche sich nicht mehr im Eigenthum des Schuldners befindet[1]), so muß der Gläubiger den gerichtlichen Verkauf derselben und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten; in sofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist.

§. 5. Die nachstehend bezeichneten Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung, in sofern sie innerhalb zweier Jahre, vom Tage der Anbringung der auf die Anfechtung gerichteten Klage oder Einwendung zurückgerechnet, vorgenommen worden sind:

1) Verträge, durch welche der Schuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten gegeben hat;
2) freigebige Verfügungen des Schuldners, insbesondere Schenkungen, Erbes- oder Vermächtnißentsagungen[2]), ingleichen solche Verfügungen, welche zwar unter lästigem Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügungen des Schuldners zu erachten sind;
3) Veräußerungen[3]) unter einem lästigen Titel[4]), welche der Schuldner

---

[1]) Der §. 4. entspricht im Wesentlichen dem §. 12. des Ges. v. 26. April 1835, in dessen Nr. 4. indeß die Worte fehlten: »welche sich nicht mehr im Eigenthum des Schuldners befinden«. Das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 29. April 1851 Nr. 2292. (Entsch. Bd. 21. S. 68) hatte daher den Rechtssatz ausgesprochen: »Die Vorschrift des §. 12. Nr. 4. findet keine Anwendung auf den Fall, wenn die verpfändete Sache nicht dem Exequenden, sondern einem Dritten gehört.« Dieser Rechtssatz ist durch die neue Vorschrift beseitigt.

[2]) Das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Jan. 1843 Nr. 1254. (Präj. Samml. S. 403, Entsch. Bd. 8. S. 250) und die Erk. desselben v. 28. Febr. 1845 (Entsch. Bd. 10. S. 476) und v. 25. März 1847 (Entsch. Bd. 15. S. 87) hatten angenommen, daß Erbschaftsentsagungen des Schuldners nicht außerhalb des Konkurses anfechtbar seien. Gegen diese Ansicht vergl. Koch's Arch. Bd. 6. S. 205 und Beurtheil. der Entsch. S. 557 u. 726.

[3]) a) Das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Dec. 1854 Nr. 2587. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 136, Entsch. Bd. 30. S. 241, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 290 Nr. 63.) spricht aus: »Pachtverträge können von den Gläubigern des Verpächters auf Grund des Ges. v. 26. April 1835 nicht angefochten werden.« Dies findet auch jetzt noch Anwendung.

b) Das Recht des Gläubigers, Verträge seines zahlungsunfähigen Schuldners (nach dem Gesetze v. 26. April 1835) anzufechten, findet nicht nur dann statt, wenn der Veräußerungs-Vertrag bestimmte in den Besitz des Erwerbers übergegangene, spezifisch noch vorhandene Vermögensstücke des Schuldners betrifft, sondern auch alsdann, wenn das veräußerte Objekt einem Inbegriffe, vermöge dessen mit den darin enthaltenen Rechten auch Verbindlichkeiten verknüpft sind, angehört und spezifisch in dem Besitze des Erwerbers nicht mehr vorhanden ist. (Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 13. März 1855, Entsch. Bd. 31. S. 93.)

[4]) a) Es werden hier überall ernstlich gemeinte Rechtsgeschäfte vorausgesetzt. Deshalb ist α) der Einwand des Beklagten, daß unter den Kontrahenten kein simulirtes, sondern ein wirkliches Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei, unerheblich (Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Febr. 1842 Nr. 1104., Präj. Samml. S. 404); β) auch außer den Fällen dieses Gesetzes ist jeder Gläubiger befugt, Veräußerungsverträge seines Schuldners anzufechten, wenn er zu beweisen vermag, daß dieselben von beiden Seiten ohne die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, und lediglich zum Schein, abgeschlossen worden (Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Dec. 1844 Nr. 1513., Präj. Samml. S. 402, Entsch. Bd. 10. S. 355). Diesen letztgedachten Rechtssatz hat der §. 7. des Ges. v. 9. Mai 1855 aufgenommen.

b) Zu den hier für anfechtbar erklärten Verträgen gehören auch hypothekarische Schuldverschreibungen.

(Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Mai 1839 Nr. 680 b., Präj. Samml. S. 403, u. Plen. Beschl. des Ob. Trib. v. 19. Sept. 1845, Entsch. Bd. 11. S. 47.)

c) Das Recht des Gläubigers, einen von seinem zahlungsunfähigen Schuldner geschlossenen Vertrag auf Grund des G. v. 26. April 1835 zu widerrufen, findet nur bei Verträgen über solche Gegenstände statt, in welche zur Zeit des geschlossenen Vertrages Exekution schon hätte vollstreckt werden können. Die Entsagung eines an den Schuldner erledigten Lehnsanfalles kann daher gleichfalls nur im Wege des förmlichen Konkurses von den Gläubigern angefochten werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. März 1847.
(Entsch. Bd. 15. S. 87.)

a) an seinen Ehegatten, vor oder nach geschlossener Ehe, oder
b) an einen seiner eigenen Verwandten, oder
c) an einen nahen Verwandten seines Ehegatten, oder
d) an den Ehegatten einer der unter b. und c. erwähnten Personen[1]) vorgenommen hat; sofern der andere Theil nicht Umstände nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen[2]), nicht gewußt hat.

Unter nahen Verwandten werden verstanden: die Verwandten in aufsteigender und absteigender Linie, so wie die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister.

§. 6. Kann der Gläubiger schon vor der Vollstreckbarkeit seiner Forderung, sei es bei Anstellung der Klage oder im Laufe des Prozesses gegen den Schuldner, die Vermögensunzulänglichkeit desselben bescheinigen und eine der vorstehend (§. 5.) aufgeführten Rechtshandlungen bezeichnen, welche er künftig anzufechten gedenkt, so hat auf seinen Antrag das Gericht diese Absicht sofort demjenigen bekannt zu machen, gegen welchen die Anfechtung künftig gerichtet werden soll.

Der Gläubiger erlangt durch eine solche Bekanntmachung das Recht, den zweijährigen Zeitraum, auf welchen die Anfechtung beschränkt ist, schon von dem Tage der Zustellung der Bekanntmachung zurückzurechnen[3]).

§. 7. Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum unterliegen der Anfechtung:

1) alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen;
2) die gegen den Schuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, so wie die auf Grund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zum Grunde liegen, bei welchen eine gleiche Absicht (Nr. 1.) erhellt;

[1]) Dies war früher kontrovers. Das Ob. Trib. hatte in dieser Beziehung folgende Grundsätze angenommen:

a) Das Gesetz v. 26. April 1835 findet auch Anwendung auf Verträge der Schuldner mit Schwiegersöhnen, sobald dieselben mit ihren Frauen in der ehel. G. G. leben. (Präj. des III. Sen. v. 29. Mai 1839 Nr. 680 a., Präj. Samml. S. 403.) — Denselben Grundsatz sprechen die Erk. des Ob. Trib. v. 24. April 1846 (Entsch. Bd. 13. S. 123, Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 421) und v. 9. Aug. 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 281 Nr. 138.) aus.

b) Das gedachte Gesetz findet auch Anwendung auf Verträge der Schuldner, durch welche der streitige Gegenstand an ein Kind und dessen Ehegatten als gemeinschaftliches Eigenthum veräußert worden ist, wenn die gedachten Ehegatten auch nicht in ehel. G. G. leben.
(Präj. des III. Sen. v. 21. März 1846 Nr. 1739., Präj. Samml. S. 404, Entsch. Bd. 14. S. 190.)

[2]) a) Ein Vertrag, durch welchen ein Schuldner eine Sache oder ein Recht einem Dritten dergestalt überlassen hat, daß der von dem Uebernehmer zu vergütende Werth zur Befriedigung gewisser Gläubiger des Schuldners verwendet worden ist, kann von anderen Gläubigern dieses Schuldners auf den Grund des Ges. v. 26. April 1835 nur in sofern angefochten werden, als dargethan wird, daß der verabredete Preis zum Nachtheile jener übrigen Gläubiger unverhältnißmäßig niedrig festgestellt worden ist.
(Erk. des Ob. Trib. v. 25. März 1847, Entsch. Bd. 15. S. 87, u. v. 6. Mai 1853, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 150 Nr. 32.)

b) Wenn bei einem Kaufvertrage zwischen den hier genannten Personen das Kaufgeld durch »Kompensation« berichtigt worden, ist zur Entkräftung der Vermuthung: daß die Kontrahenten den Vertrag in der unredlichen Absicht, die Gläubiger als Schuldner zu bevortheilen, geschlossen haben, nicht der Beweis erforderlich, daß der Forderung des Käufers ein Vorzugsrecht vor den Forderungen aller Gläubiger zustehe, sondern es genügt der Beweis der Richtigkeit der kompensirten Forderung des Käufers.
(Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Aug. 1839. Nr. 710., Präj. Samml. S. 403.)

[3]) Die Anfechtung eines zur Verkürzung der Gläubiger abgeschlossenen Vertrages auf Grund des Ges. v. 26. April 1835 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner in Konkurs verfallen ist, ehe noch diejenigen Gläubiger, deren Forderungen älter sind, als die Veräußerung, ihre Forderung im Wege Rechtens geltend gemacht, und ein Exekutions-Mandat ausgebracht haben. Die Liquidation beim Konkurse kann mit dem Antrage nach §. 7. des Ges. verbunden werden, und das demnächst ergehende rechtskräftige Lokations-Urtel vertritt zugleich das Exekutions-Mandat, dessen Erlassung eben durch die Konkurs-Eröffnung ausgeschlossen wird; auch ersetzt es die in jenem §. vorgeschriebene Mittheilung an den mit der Anfechtungsklage zu belangenden Kontrahenten, wenn die Liquidanten diese Klage innerhalb Jahresfrist direkt gegen denselben anstellen, und das Gericht ihm diese Klage insinuirt hat.
(Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Febr. 1846 Nr. 1719 a., Präj. Samml. S. 404, Entsch. Bd. 13. S. 126.)

3) die freigebigen Verfügungen (§. 5. Nr. 2.), welche der Schuldner zum Vortheil seines Ehegatten nach geschlossener Ehe vorgenommen hat;
4) die Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner seiner Ehefrau oder deren Rechtsnachfolgern, Behufs Sicherstellung oder Abfindung wegen des in seine Verwaltung gekommenen Vermögens, in stehender Ehe ein Pfandrecht oder ein Hypothekenrecht bestellt, oder auf irgend eine Weise Befriedigung gewährt hat, ohne daß ein Fall der gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherstellung der Ehefrau oder zur Herausgabe des Vermögens derselben vorlag;
5) Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Schuldner seinem Ehegatten gegenüber, vor oder nach geschlossener Ehe, ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazialverfahren, abgegeben hat, sofern nicht die Richtigkeit der Quittung, des Anerkenntnisses oder Zugeständnisses, oder der im Kontumazialverfahren festgestellten Umstände anderweit nachgewiesen wird.

§. 8. Die Anfechtung einer Rechtshandlung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselben ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer vollstreckbarer Titel (§. 7. Nr. 2.) hinzugetreten ist. Vielmehr ist jeder einer anfechtbaren und für ungültig erklärten Rechtshandlung hinzugetretene vollstreckbare Titel, dem Gläubiger gegenüber, unwirksam, ohne daß es der besonderen Anfechtung desselben bedarf.

§. 9. Die Anfechtung ist unstatthaft, wenn die Rechtshandlung schon vor der Entstehung der Forderung des Gläubigers vorgenommen worden ist und es sich nicht um ein Scheingeschäft handelt.

§. 10. Der Gläubiger verliert sein Anfechtungsrecht, wenn er von demselben nicht innerhalb des Zeitraums Gebrauch macht, in welchem ihm die Exekution gegen den Schuldner überhaupt zusteht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner Zahlungsfrist bewilligt und dies die Wirkung hat, daß die Frist verlängert wird, innerhalb welcher die Exekution zulässig ist, so wird dadurch nicht zugleich der Zeitraum verlängert, innerhalb dessen der Gläubiger von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen kann[1]).

§. 11. Die Bestimmungen wegen Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vorstehend in Ansehung des Schuldners ertheilt sind, gelten auch von dem Erben hinsichtlich der Rechtshandlungen, welche derselbe seit dem Ableben des Schuldners über den Nachlaß in Betreff dieses letzteren vorgenommen hat.

§. 12. Der Gläubiger ist befugt, zu verlangen, daß dasjenige zurückgewährt wird, was durch die ungültige Rechtshandlung von seinem Schuldner aus seinem Vermögen oder von dem Erben aus dem Nachlasse (§. 11.) weggegeben oder veräußert worden ist[2]).

Ebenso kann, wenn die erfolgte Befriedigung eines anderen Gläubigers des Schuldners der Anfechtung unterliegt, der anfechtende Gläubiger verlangen, daß der befriedigte Gläubiger das Empfangene zurückgewährt.

Bildet eine freigebige Verfügung des Schuldners (§. 5. Nr. 2.) den Gegenstand der Anfechtung, so kann das Rückforderungsrecht, wenn nicht der Fall des §. 7. Nr. 1. vorliegt, nur in soweit ausgeübt werden, als der Erwerber zur Zeit der Anfechtung noch im Besitz der durch die freigebige Verfügung erlangten Sache sich befindet oder durch den aus derselben gelösten Werth noch wirklich reicher ist.

Dasjenige, was in Folge der Anfechtung zurückgewährt wird, ist zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu verwenden.

§. 13. Gegen Rückgewähr des Empfangenen (§. 12.) muß dem Erwerber seine etwanige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten.

Muß der Empfänger einer anfechtbaren Zahlung das Empfangene zurückgeben, so tritt seine Forderung an den Schuldner wieder in Kraft.

§. 14. Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Gläubiger sogleich in der Klage seinen Antrag darauf zu richten, was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll.

[1]) Dieser (zweite) Satz des §. 10. war in dem Ges. v. 26. April 1835 (§. 11.) nicht enthalten, sondern ist aus der Praxis, insbesondere dem Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Dec. 1848 Nr. 2075. (Präj. Samml. S. 405, Entsch. Bd. 17. S. 106) entnommen, welches ausspricht: »Die Klage auf Aufhebung von Verträgen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger muß der Regel nach binnen Jahresfrist angestellt werden; die im §. 148. des Anhanges zur A. G. O. angegebenen Hindernisse sind dabei ohne Einfluß, sofern sie nicht auch der Anstellung der Klage hindernd entgegenstehen.«

[2]) Der Gläubiger, welcher die Aufhebung des Veräußerungs-Vertrages verlangen kann, hat auch das Recht, von dem Verklagten die Wegschaffung der seinerseits auf die Sache kontrahirten und eingetragenen Schulden und Lasten zu fordern, so weit sie ihm seine Befriedigung verkürzen würden.
(Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Febr. 1846 Nr. 1719 b., Präj. Samml. S. 405, Entsch. Bd. 13. S. 126.)

§. 15. In wieweit der zur Rückgewähr Verpflichtete sich wegen Forderungen, welche ihm gegen den Schuldner zustehen, ebenfalls an das halten kann, was er zurückgewähren muß, ist nach den allgemeinen Vorschriften über das Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz (Tit. 5. Abschn. 1. der Konkurs O.) zu entscheiden.

§. 16. Gegen einen dritten Besitzer der aus dem Vermögen des Schuldners weggegebenen oder veräußerten Gegenstände, oder der von dem Schuldner bestellten Pfandrechte oder Hypothekenrechte findet das in Beziehung auf den Vorbesitzer zulässige Anfechtungs- und Rückforderungsrecht statt:

1) wenn der dritte Besitzer zur Zeit seiner Erwerbung davon Kenntniß gehabt hat, daß die Rechtshandlung des Schuldners nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen ist, die Gläubiger zu bevortheilen;
2) wenn der dritte Besitzer der Ehegatte des Schuldners oder ein naher Verwandter oder Verschwägerter (§. 5. Nr. 3.) ist, in sofern derselbe nicht Thatsachen nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit seiner Erwerbung von den Umständen, welche das Recht zur Anfechtung und Rückforderung gegen den Vorbesitzer begründen, keine Kenntniß gehabt hat;
3) wenn der dritte Besitzer die Sache durch eine freigebige Verfügung erworben hat; jedoch unterliegt in diesem Falle das Rückforderungsrecht denselben Beschränkungen, welche für den Fall der Anfechtung einer freigebigen Verfügung des Schuldners zu Gunsten des ersten Erwerbers festgesetzt sind (§. 12.).

Gegen Erben findet das in Beziehung auf den Erblasser derselben begründete Anfechtungs- und Rückforderungsrecht ohne die vorstehenden Beschränkungen statt.

§. 17. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anfechtung bleiben die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Anwendung. Der erkennende Richter hat, unter Erwägung aller vorliegenden Umstände und unter genauer Prüfung aller beigebrachten Beweise, nach seiner freien, aus dem Inbegriff der stattgehabten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein angetretener Beweis als geführt anzusehen sei oder nicht, oder ob es noch der Auferlegung eines nothwendigen Eides bedürfe. Insbesondere bleibt auch dem Ermessen des Richters vorbehalten, ob und welches Gewicht dabei auf die im §. 7. unter Nr. 5. erwähnten Quittungen, Anerkenntnisse und Zugeständnisse gelegt werden kann. Der Richter muß die Gründe, auf welchen seine Ueberzeugung beruht, in dem Urtheil vollständig anführen.

Jedoch behält es in Ansehung der Befugniß der Parteien zur Eideszuschiebung, so wie in Ansehung der Wirkungen der geschehenen oder verweigerten Ableistung zugeschobener Eide bei den bestehenden gesetzlichen Vorschriften sein Bewenden [1]).

§. 18. Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so gehen die Rechte, welche der Gläubiger aus dem gegenwärtigen Gesetze bereits erworben hat, auf die Gläubigerschaft über.

§. 19. Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem 1. Okt. 1855 in Kraft [2]).

[1]) a) Der §. 17. des Ges. v. 9. Mai 1855 gehört nicht zu den reinen und somit rückwirkenden Prozeßvorschriften. (Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Okt. 1857, Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 267 Nr. 43.) Vergl. die folgende Note.

b) In Bezug auf das (aufgehobene) G. v. 26. April 1835 hatte in dieser Hinsicht das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 12. Nov. 1835 Nr. 135. (Präj. Samml. S. 403) folgende Grundsätze angenommen:

α) Die in §§. 1. und 2. dieses Gesetzes den Gläubigern eingeräumte Befugniß: »den Schuldner in der Verfügung über sein Vermögen zu beschränken, und dieselbe, wenn sie getroffen, rückgängig zu machen«, gründet ein neues Rechtsprinzip, welches in materielle Rechte eingreift. Die im §. 2. daselbst aufgestellte Vermuthung, daß die Kontrahenten den Vertrag in der unredlichen Absicht, die Gläubiger des Schuldners zu bevortheilen, abgeschlossen, ist keine bloße Anordnung einer Beweisregel.

β) Als solche kann nur die Bestimmung über die Beweiskraft solcher Verträge in Hinsicht auf ihre Form, je nachdem sie in öffentlichen oder Privaturkunden bestehen (§. 8.), erachtet werden.

Nur die ad β. gedachten Bestimmungen können, weil das Prozeßverfahren sich nach denjenigen Vorschriften richten muß, die zur Zeit der Einleitung und Entscheidung des Rechtsstreites in Kraft sind, auf frühere Fälle angewandt werden; die ad α. erwähnten Vorschriften aber leiden auf vorher vorgefallene Handlungen keine Anwendung.

[2]) Die materiellen neuen Rechtsbestimmungen des Ges. v. 9. Mai 1855, insbesondere auch über die gesetzlichen Vermuthungen, finden auf frühere Handlungen und namentlich auf Verträge keine Anwendung.
(Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Sept. 1847, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 362 Nr. 71.)

Mit diesem Zeitpunkte sind alle entgegenstehenden Bestimmungen aufgehoben, namentlich das G. v. 26. April 1835 über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil ihrer Gläubiger. (G. S. S. 53.)

Urkundlich ꝛc.

Gegeben Charlottenburg, den 9. Mai 1855.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen. v. Bodelschwingh. Gr. v. Waldersee. Für den Minister für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten: v. Manteuffel.

(G. S. 1855 S. 429 Nr. 4228.)

§. 1133. Die Morgengabe unter Eheleuten ist nicht für ein Geschenk zu erachten und unterliegt daher nicht der dreijährigen Frist des Widerrufs der Gläubiger des zahlungsunfähigen Ehemannes.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. März 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 20 Nr. 8.)

§§. 1134—1139. Widerruf bei Schenkungen von Todeswegen.

Ueber die Unterschiede des A. L. R. vom Röm. Rechte in Betreff der Schenkungen von Todeswegen. (Centralbl. 1838 S. 687.)

Bielitz, über Schenkungen auf den Todesfall. (Nachtr. Hft. 2. S. 55. Beurtheilung der verschiedenen Folgen der Bestimmungen des A. L. R.)

Korte, über Schenkungen auf den Todesfall. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 245 ff.)

Vergl. Suarez Bemerk. in der rev. mon. zu den §§. 1134. bis 1139. (Jahrb. Bd. 41. S. 25, 26.)

§§. 1134. u. 1135. R. v. 27. Nov. 1840. Wenn über den Nachlaß eines Geschenkgebers der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet worden ist, so braucht sich die im Besitze des geschenkten Grundstückes befindliche Geschenknehmerin, als Eigenthümerin, in den Liquidationsprozeß nicht einzulassen, auch steht ihr das ergangene Präklusionsurtel nicht entgegen, vielmehr bleibt es dem Kurator überlassen, deshalb gegen dieselbe zu klagen. (J. M. Bl. 1840 S. 397.)

§§. 1135. u. 1138. Ist in den Fällen der §§. 1135. u. 1138. ein gerichtlicher Widerruf nothwendig?

Geyert verneint, denn eine Schenkung der Art gebe dem Beschenkten nur die Rechte eines Legatars, und könne vermöge des Vorbehaltes, wie jedes andere Vermächtniß aus einseitigen Verordnungen, willkührlich widerrufen werden. Hieraus folge, daß sie in der Regel aus denselben Gründen, wie Legate aus einseitigen Verordnungen, erlöschen. (Lehre von Vermächtnissen S. 306.)

Bornemann bejahet:

Schenkungen von Todeswegen unterscheiden sich bloß dadurch von anderen Schenkungen, daß der Geschenkgeber dieselben willkührlich widerrufen darf, und daß der Geschenknehmer, wenn dies nicht geschehen ist, nur die Rechte eines Legatars hat. Eben deswegen können die Grundsätze vom Widerrufe der Legate auf Schenkungen von Todeswegen nicht angewendet werden; vielmehr muß in Bezug auf letztere, mit alleiniger Ausnahme der gänzlichen Ungebundenheit des Geschenkgebers, alles das gelten, was von anderen Schenkungen Rechtens ist, daher auch nur ein gerichtlicher Widerruf Wirkung hat.
(System Bd. 3. S. 399, 2. Ausg. Bd. 3. S. 229.)

§§. 1140—1150. Widerruf wegen nachgeborener Kinder.

Dr. Schütz (in der Abhandl. über den Widerruf der Schenkungen wegen nachgeborener Kinder) führt aus, daß dieser Revokationsgrund in dem Wesen der Sache nicht begründet und von den Redaktoren nicht aus diesem, sondern aus singulären Bestimmungen des Röm. und gem. Rechts entnommen worden sei.
(Themis 1837 S. 1139.)

§§. 1145—1147. Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 17. März 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 107 Nr. 22.) in den Erg. zum A. L. R. I. 12. §. 526.

§. 1150. Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Juni 1847 (Präj. Nr. 1884.) in den Erg. zu den §§. 1113—1116. h. t.

§§. 1151—1161. Widerruf wegen Undanks.

§§. 1151—1154. Kann der Widerruf lediglich aus den in den §§. 1151—1154. angegebenen, oder auch aus anderen gleich wichtigen Gründen erfolgen?

Dr. Löwenberg nimmt Ersteres an, theils weil eine solche Absicht des Gesetzgebers aus der Aufzählung einzelner Fälle geschlossen werden müsse, theils wegen der Analogie des §. 410. A. L. R. II. 2. (J. Z. 1832 S. 419 ff.)

§. 1153. Zeile 7. Statt: »Thl. II. Tit. 20. Abschn. 9.« ist zu setzen: »Thl. II. Tit. 20. Abschn. 10«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 2.)

§§. 1162—1168. Allgemeine Regeln vom Widerrufe.

§. 1162. In welcher Form muß der Widerruf erklärt werden?

Bornemann bemerkt, daß das A. L. R. sich zwar nicht direkt hierüber ausspreche, daß indessen die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Widerrufes von den Redaktoren stillschweigend vorausgesetzt worden sei, wie namentlich aus den §§. 1112., 1158., 1159., 1166. und aus den im §. 1112. allegirten §. 587. A. L. R. I. 12. erhelle, auch aus der rev. mon. hervorgehe, worin Suarez sage: »Einige Monenten wollen nur ausdrückliche und gerichtliche Revocationes gelten lassen. Bei schon wirklich gegebenen Geschenken würde ich dem beitreten; bei bloß versprochenen aber würde es pro revocatione licet saltem tacita zu achten sein, wenn der Donatar rem in specie promissam vor der Schenkung veräußert oder vernichtet.«
(System Bd. 3. S. 389 und Anm. *, 2. Ausg. Bd. 3. S. 224 Anm. 1.)

§. 1166. Zur Gültigkeit des gerichtlichen Widerrufs einer Schenkung bedarf es keiner besonderen Form; es genügt vielmehr, wenn der Widerruf gegen die Gerichtsbehörde — z. B. durch Anbringung der Klage — abgegeben wird.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1852.

Der §. 1066. knüpft nur eine bestimmte Folge daran, wenn der gerichtliche Widerruf geschehen ist, erklärt denselben aber nicht ausdrücklich für allgemein nothwendig und steht auch nicht in einer Verbindung mit den Bestimmungen von den revocatio tacita im §. 1108. oder mit den §§. 1162 ff., welche darauf hinführte, ihn als den Ausdruck einer allgemeinen Ansicht über die Form des Widerrufs aufzufassen. Aus den speziellen Bestimmungen in §§. 1112., 1158., 1159., welche einen gerichtlichen Widerruf erfordern, folgt nicht, daß dasselbe auch für andere Fälle gelten soll, sondern eher das Gegentheil. Ein auf Schenkungen allgemein anwendbares Prinzip, als dessen Ausfluß jene Spezialbestimmungen anzusehen, ist nicht erfindlich. Es ist daher im §. 1166. nur ein solcher Widerruf gemeint, der gegen eine Gerichtsbehörde abgegeben wird. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 192 Nr. 41.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 1. Anm. 21. zum §. 1166. h. t.)

§§. 1169—1177. Von belohnenden Schenkungen.

Grattenauer, über die Form und den Widerruf remuneratorischer Schenkungen. (Mathis Bd. 7. S. 45.)
Müller, über die donatio remuneratoria. (Simon's Z. Bd. 1. S. 233 sqq.)
Siewert, Bemerkungen über die §§. 1169. sqq. h. t. (Siewert Hft. 3. Nr. 30—32. S. 66—79.)

§. 1169. Ist es zum Begriffe der remuneratorischen Schenkung erforderlich, daß die belohnende Schenkung mit dem zu belohnenden Dienste in einigem Verhältniß stehen müsse?

a) Müller behauptet, daß das A. L. R., dem gemeinen Rechte folgend, diese Bedingung erheische, widrigenfalls die Schenkung, soweit das Verhältniß ganz offenbar überschritten sei, nur für eine gewöhnliche, aus bloßer Freigebigkeit gemachte, erachtet werde. Aus den Materialien erhelle, daß das gemeine Recht hinsichtlich dieses Punktes nicht habe geändert, sondern nur eine Form habe gewählt werden sollen, welche die früheren Zweifel in dieser Materie behebe. Es sei die bestimmte Beziehung der zu belohnenden Dienstleistung nicht allein vorgeschrieben, damit über deren Existenz kein Streit entstehen könne, sondern auch, damit der Richter zum Zwecke der Prüfung, ob zwischen der Belohnung und der zu belohnenden Handlung ein richtiges Verhältniß stattfinde, sofort den Maßstab habe. Das A. L. R. enthalte über die Nothwendigkeit eines solchen Verhältnisses nichts Näheres, weil sich dies von selbst verstehe, und in jedem speziellen Falle vom Richter nach den Umständen zu beurtheilen sei, inwiefern eine donatio remuneratoria vorhanden oder nicht, wobei die Angaben des Schenkenden nur das Faktische darbieten.
(Simon's Z. Bd. 1. S. 233 ff.)

b) Diese Ansicht wird von anderer Seite her bestritten.

α) Die Gesetzrevisoren sprechen sich dahin aus:

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Begriff: »wichtiger Dienst«, ein relativer Begriff bleiben müsse, weil es nicht auf die Mühe und Anstrengung ankommt, welcher der Dienst demjenigen, der ihn leistete, gekostet hat, sondern auf den Werth, den der Geschenkgeber ihm beilegt. Es solle nicht gerade die Mühewaltung vergolten, sondern die Zufriedenheit und Dankbarkeit des Schenkenden an den Tag gelegt werden; es kommt deswegen nur darauf an, ob der geleistete Dienst in den Augen des Geschenkgebers wichtig genannt werden könne. Dadurch wird nun allerdings der Erfolg herbeigeführt, daß ein großes Mißverhältniß zwischen der Schenkung und den geleisteten Diensten entstehen kann; allein dies ist nicht zu vermeiden, wenn man nicht, wie das Oesterreichische Gesetzbuch §§. 940., 941. thut, jeden Unterschied zwischen belohnender und nicht belohnender Schenkung aufheben will, sofern der Beschenkte kein Klagerecht auf die Belohnung hatte. Vollends können wir nicht zugeben, daß das A. L. R., wie in Simon und v. Strampff's Zeitschr. Hft. 2. S. 233—247 behauptet worden, eine Vergleichung der geleisteten Dienste mit dem Betrage der Schenkung zulasse. Die Stelle der rev. mon., welche dort zur Unterstützung dieser Behauptung angeführt ist, scheint uns vielmehr geradezu das Gegentheil zu sagen. Sie lautet:

Einige Monenten wollen den Unterschied inter donationes simplices et remuneratorias ganz aufheben; er sei nicht reell, zumal jetzt auch donationes simplices, wenn sie in gehöriger Form versprochen worden, gefordert werden könnten; es sei zu unbestimmt, was löbliche Handlung und wichtige Dienste sind; es sei sehr schwierig, das Verhältniß zwischen dem Dienste und der Belohnung zu bestimmen, und doch sollten nach bisheriger Theorie auch donationes remuneratoriae quoad excessum nur den simplicibus gleich geachtet werden; es führe auf große Weitläufigkeiten im Beweise: worin die löbliche Handlung oder der Dienst bestanden hätten, wenn sie gar nicht oder nicht bestimmt angegeben wären; die ganze neue Theorie de revocatione donationum werde dadurch eludirt.

Allein alle diese Monita gehen nur auf den Mißbrauch, welcher den rechten Gebrauch nicht aufhebt. Wenn doch wirklich eine donatio remuneratoria vorhanden ist, so liegt es in der Natur der Sache und in der Billigkeit, daß solche nicht so leicht, als eine simplex muß revozirt werden können.

Um die besorgten Streitigkeiten und Mißbräuche in fraudem legis zu vermeiden, würde ich festsetzen: daß eine donatio remuneratoria, wenn sie qua talis gelten soll, in einem schriftlichen Instrumente aufgenommen, und darin die Handlung oder der Dienst bestimmt angegeben sein müsse; daß, wenn diese Form nicht beobachtet worden, die donatio bloß pro simplici zu achten; daß sie revozirt werden könne, wenn erwiesen wird, daß die Handlung nicht gethan, oder der Dienst nicht geleistet worden; daß aber servata forma der Widerruf wegen Uebermaßes nur eben so, wie bei einer donatio simplex und außerdem keine Revokation stattfinde.

Suarez giebt hier zu, daß allerdings Mißbräuche möglich seien, und unter den Monitis, die ihn zu dieser Aeußerung veranlaßten, ist auch die Möglichkeit eines Mißverhältnisses zwischen dem geleisteten Dienste und der Schenkung angeführt; allein er fügt gleich hinzu, der Mißbrauch hebe den rechten Gebrauch nicht auf; sagt dann ferner, was er, um den möglichen Mißbräuchen vorzubeugen, verordnen würde, und kommt auf diejenigen Bestimmungen, die sich im Texte §§. 1169—1177. finden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 201, 202.)

β) Siewert führt aus, daß das Verhältniß der Belohnung zu dem geleisteten Dienste gar nicht in Betracht kommen könne, indem der Geschenkgeber nicht allein die Mühwaltung des Anderen vergelten, sondern auch seine Zufriedenheit und Dankbarkeit zeigen wolle. Mithin sei theils der Begriff eines wichtigen Dienstes (§. 1169.) durchaus relativ, indem der Eine schon für sehr wichtig und löblich halte, was dem Anderen gleichgültig erscheine, theils lasse sich der Werth, welchen der Dienst in den Augen des Geschenkgebers habe, gar nicht abmessen. (Siewert Hft. 3. S. 69 ff.)

γ) Grattenauer theilt diese Meinung und hebt hervor, daß das charakteristische Kennzeichen einer remuneratorischen Schenkung darin bestehe, daß der Geschenkgeber das Geschenk sowohl zum Ersatze für die Bemühungen des Geschenknehmers, als zum Zeichen seiner Freude, seines Dankes und seiner Zufriedenheit mit dem ihm geleisteten wichtigen Dienste, mithin theils in compensationem et remunerationem operarum donatarii, theils in recognitionem gaudii et laetitiae, nec non gratitudinis animi causa, stipulirt habe. (Mathis Bd. 7. S. 55.)

δ) Bornemann pflichtet ebenfalls dieser Ansicht bei, für welche schon die landrechtliche Definition einer belohnenden Schenkung spreche, indem darin nur von einer Vergeltung, nicht aber von einer angemessenen Vergütung der löblichen Handlung oder des wichtigen Dienstes die Rede sei. Sodann spreche dafür auch die Bestimmung, daß eine formell gültige belohnende Schenkung bloß dann als solche nicht gelten solle, wenn die zu belohnende Handlung gar nicht geleistet worden (§. 1175.). Auch der Inhalt der Materialien, auf welche Müller seine entgegengesetzte Ansicht stütze, spreche eher gegen, als für solche. Denn, wenn auch in den Monitis hervorgehoben sei, daß zwischen dem Werthe des Dienstes und der Belohnung ein Mißverständniß stattfinden könne, so wolle Suarez den besorgten Streitigkeiten und Mißbräuchen in fraudem legis dennoch nur durch die vorgeschriebene Form und die Bestimmung vorbeugen, daß die remuneratorische Schenkung gleich einer gewöhnlichen revocirt werden könne, wenn erwiesen werde, daß die Handlung nicht gethan, oder der Dienst nicht geleistet worden. Servata forma solle dagegen, nach seiner Meinung, der Widerruf wegen Uebermaßes nur ebenso wie bei einer donatio simplex, und außerdem keine Revokation stattfinden. Es sei also von einem Widerrufe wegen Mißverhältnisses zwischen dem Werthe des Dienstes und dem Betrage der Schenkung in der Aeußerung von Suarez nicht im Entferntesten die Rede; vielmehr habe er sich dadurch, daß er die Zulässigkeit der Revokation auf den Fall des Uebermaßes beschränke, gegen den Widerruf wegen eines Mißverhältnisses ziemlich deutlich erklärt, und zwar anscheinend deshalb, weil es bei der Prüfung an jedem Maßstabe fehlen würde.

(System Bd. 3. S. 304, 2. Ausg. Bd. 3. S. 227.)

2) Die von dem Verkäufer eines Gutes nach bereits geschlossenem Kaufkontrakte einem Dritten schriftlich ertheilte Zusicherung, ein ihm für die Bemühungen bei dem Verkaufe, wenn solcher vollständig bewirkt werde, freiwillig versprochenes, belohnendes Geschenk von den Kaufgeldern zu zahlen, ist für das Versprechen eines belohnenden Geschenkes, und nicht für das eines Mäklerlohnes zu erachten. Denn Mäklerlohn ist alles dasjenige, was Jemandem, der durch die Gesetze autorisirt ist, zwischen zwei oder mehreren Personen Geschäfte zu Stande zu bringen, rechtlich als Belohnung zusteht; eine belohnende Schenkung hingegen ist diejenige, welche freiwillig für eine löbliche Handlung oder einen geleisteten wichtigen Dienst gegeben wird; mithin besteht der Unterschied darin, daß bei jenem der Mäkler nach dem Gesetze eine Belohnung fordern kann, ein belohnendes Geschenk aber nur auf dem guten Willen des Verleihers beruht.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. April 1828.

(Simon's R. Bd. 2. S. 139.)

3) Sind remuneratorische Schenkungen als lästige Verträge anzusehen?

a) Bornemann stellt die Ansicht auf, daß löbliche Handlungen und Dienste, welche Jemand einem Anderen geleistet hat, diesen, insofern keine nützliche Verwendung eingetreten ist, zwar zur Dankbarkeit, aber nicht in foro civili, verpflichten, weshalb der Empfänger dem Leistenden nur vermöge einer moralischen Verbindlichkeit verbunden sei, welche durch Erfüllung zur civilen erhoben werde. Mit dem Augenblicke der gegebenen belohnenden Schenkung sei daher ein lästiges Geschäft vorhanden, während vorher Alles von dem freien Willen des Schenkenden abgehangen, und hieraus folge, daß alle Verhältnisse der Parteien, welche den Zustand vor der Uebergabe betreffen, nach den Regeln von wohlthätigen, alle späteren Verhältnisse aber nach den Regeln von lästigen Verträgen zu beurtheilen seien. (Rechtsgesch. 1. Ausg. S. 43, 2. Ausg. S. 45.)

b) Dagegen wird in dem Aufsatze im Centralblatte 1837 Nr. 1. S. 18—19 ausgeführt, die Uebergabe sei die Wirkung des Vertrages, welche nicht wieder rückwärts die Natur des Geschäftes wesentlich verändern könne, es sei denn, daß solches positiv vorgeschrieben sei. Die Ansicht Bornemann's, daß jede belohnende Schenkung, die sofort ohne vorhergegangenes Versprechen gegeben werde, im ganzen Umfange ein lästiger Vertrag sei, stehe mit §. 1176. im Widerspruche; denn bei allen belohnenden Schenkungen sei der Schenker nicht zur Gewährleistung verbunden, das Recht der Gewährleistung trete aber erst nach der Uebergabe hervor, und daraus ergebe sich, daß das A. L. R. Remunerationen erst recht nach der Uebergabe als reine Schenkungen behandele. Man verstehe unter einer belohnenden Schenkung die Erwiederung einer Freigebigkeit aus Freigebigkeit und die im A. L. R. im §. 1169. enthaltene Definition sei viel zu vage und schwerfällig konstruirt, als daß sich daraus konsequente Folgen herleiten ließen.

§§. 1171 u. 1175. Wem liegt die Beweisführung hinsichtlich des durch die Schenkung vergoltenen Dienstes ob?

a) Siewert meint, daß nach §. 88. b. A. G. O. I. 10. der Geschenkgeber, der das belohnende Geschenk schriftlich versprochen, und in der Urkunde die belohnten Handlungen oder Dienste anerkannt habe, den Beweis führen müsse, daß der Geschenknehmer die Handlung, für welche die Schenkung versprochen, nicht gethan, da er das in dem Schenkungsvertrage schriftlich abgegebene Bekenntniß gegen sich habe. Dagegen habe im Falle des §. 1171. der Geschenknehmer die Handlung, für welche er die Schenkung erhalten, zu erweisen.

(Siewert Hft. 3. S. 66—73.)

b) Die Gesetzrevisoren sprechen sich dahin aus:

Im §. 1171. ist von einem Nachweis die Rede, den der Geschenknehmer führen soll, um sich gegen den Widerruf zu schützen; im §. 1175. dagegen von einer Ausmittelung, welche das in der schriftlichen Urkunde enthaltene Geständniß entkräften soll. U. E. liegt es nun zwar in der Natur der Sache, daß der Beschenkte den Dienst angeben und beweisen muß, wenn er sich dadurch gegen den Widerruf schützen will, und daß der Geschenkgeber die Negative beweisen muß, wenn er sich durch einen schriftlichen Kontrakt verpflichtet und in diesem die Handlung oder den Dienst, welchen er belohnen wolle, bestimmt angegeben hat. Inzwischen bleibt es nicht minder tadelnswerth, daß im Texte die Gültigkeit des Geschäftes und der Widerruf aus anderen hinzutretenden Ursachen mit einander vermengt worden sind.

(Gesetzrev. Pens. XIV., Motive S. 203.)

§. 1173. Kann aus einer außergerichtlichen Verschreibung, sowie sie der §. 1173. bezeichnet, auf die Uebergabe geklagt werden, da die §§. 1063. u. 1069. für alle Schenkungsverträge, die durch die Uebergabe nicht vollzogen sind, die gerichtliche Form vorschreiben?

Es bejahen:

a) die Gesetzrevisoren, obwohl die §§. 1173. u. 1175. des Klagerechtes nicht erwähnen, denn es habe ohne Zweifel im §. 1173. eine Ausnahme von der sonst vorgeschriebenen Form gemacht werden sollen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 202, 203.)

b) Siewert, aus denselben Gründen. (Hft. 3. S. 71 sqq.)

Grattenauer verneint, weil die ratio legis, daß der Geschenkgeber durch Mitwirkung einer Justizperson vor Uebereilung bewahrt, und zugleich nach den §§. 1094. und 1095. zur Entsagung des Widerrufes aufgefordert werde, bei remuneratorischen Schenkungen ebenfalls stattfinde, und weil insbesondere sehr dahin stehe, ob die Worte: »schriftliches Instrument« im §. 1173. gerade als Gegensatz eines gerichtlichen Dokumentes zu verstehen seien.

(Mathis Bd. 7. S. 45 sqq.)

Zwölfter Titel.

Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen.

C. A. Gründler, die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen Preuß. Rechts. Nürnberg 1798. 8.

Gevert, Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen, nach dem Allg. Preuß. L. R., mit Rücksicht auf die Röm. Gesetzgebung. Frankfurt a. d. O., 1828.

C. Witte, Grundzüge des Preuß. Erbrechtes. Breslau 1830. 4.

L. Crelinger, System des Preuß. Erbrechts, mit vergleichender Hinweisung auf das Röm. und gemeine Erbrecht. Breslau 1834.

Suarez, amtliche Verträge bei der Schlußrevision des A. L. R., Anlage D., ad Part. I. Tit. XII. Von letztwilligen Verordnungen; in den Jahrb. Bd. 41. S. 76 ff.

Erster Abschnitt.

Von Testamenten und Kodizillen.

§§. 3—8. Begriffe und Grundsätze.

§§. 3. 4. Die, in einem mit den formellen Erfordernissen eines Testaments errichteten Nachzettel zu einem früheren Testamente, enthaltene Disposition, ist für sich selbst, auch wenn dieses frühere Testament aus irgend einem Grunde nicht bestehen könnte, als ein gültiges Testament zu erachten, wofern aus derselben der Wille des Testators, den Inbegriff seines Nachlasses einer gewissen Person zuwenden zu wollen, deutlich erhellet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Juni 1844.

Der Umstand, daß der Testator die fragliche Disposition nicht Testament genannt, sondern nur als Nachzettel bezeichnet hat, und daß der eigentliche Zweck derselben nicht die Erbeseinsetzung, vielmehr den Widerruf der in dem früheren Testamente verfügten Legate zum Gegenstande gehabt, ist unerheblich, da nach §. 3. h. t. jede einseitige Willenserklärung, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird, als ein Testament anzusehen ist. Es kommt also nur darauf an, ob dies Merkmal sich vorfindet. Dies ist hier der Fall, da nach §. 4. h. t. jede Erklärung eines Testators, aus welcher erhellt, daß er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, für eine Erbeseinsetzung zu erachten ist, mithin auch eine solche Erklärung, deren Zweck nicht der gewesen, diesen Willen auszusprechen, aus welchem aber gleichwohl dieser Wille erhellt.

(Entsch. Bd. 10. S. 125 ff.)

§§. 4. 5. 254—266. Zur Erbeseinsetzung genügt jede Fassung einer letztwilligen Verordnung, aus welcher die Absicht des Erblassers erhellt, über den Inbegriff seines Nachlasses verfügen zu wollen. Diese Absicht kann auch dann angenommen werden, wenn sie nicht gerade mit ausdrücklichen Worten (mit den Worten: »den Inbegriff des Nachlasses« diesem oder jenem zuwenden zu wollen) erklärt worden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd 4. S. 110—115 Nr. 25.)

§§. 4. 5. 47. 48. 254—266. Die Bezeichnung »Erbe« ist zur Erbeseinsetzung nicht erforderlich, vielmehr ist jede Erklärung eines Testators, woraus erhellet, daß er den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehrerer Personen zuwenden wolle, einer Erbeseinsetzung gleich zu achten, selbst wenn er deren Antheile als Legate bezeichnet hat.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Nov. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 160 Nr. 31.)

§§. 4. 5. 46. 256. Es enthält keine Erbeseinsetzung, wenn der Testator verordnet hat, es solle Jemand, was das baare Vermögen betrifft, mit dem eingesetzten Erben zugleich erben, das baare Vermögen aber erst nach dem Verkaufe der Güter bestimmt werden.

In einem Kodizille kann nicht allein über einzelne bestimmte Stücke, Summen, Rechte, Pflichten, sondern auch über Antheile — Quoten — auf den Todesfall gültig verordnet werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. März 1857, auf Grund des §§. 5. in Verbind. mit §. 4. 46. 256. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 16 Nr. 4.)

§§. 4. und **6.** 1) R. v. 18. April 1797, über den Unterschied zwischen Erben und Legatar.

Mit Eurem Berichte v. 8. April v. J. haben Wir die Anfrage des Stadtgerichts zu Danzig wegen Berichtigung des Tituli possessionis auf den Grund eines Testaments erhalten. Wenn man erwägt, daß die Hyp. O. nicht der Ort ist, wo die Lehre von der Erbeseinsetzung und den Unterscheidungen zwischen einem Erben und Legatario zu erörtern war, vielmehr dieselbe dabei die Theorie des Röm., so wie nunmehr die des A. L. R. voraussetzt; demnächst aber, daß der ganze Geist der Hyp. O. dahin gehe, dem Richter die Prüfung der äußeren Form und Erfordernisse einer letztwilligen Disposition, die wirklich in seinen Mächten steht, nicht aber eine ex officio anzustellende Inquisition in die Materialien zur Pflicht zu machen, so werden sich die aufgeworfenen Zweifel, und zwar mehrentheils so, so wie es von Euch vorgeschlagen worden, erledigen. Es hat also ad 1 kein Bedenken, daß

1) wenn Jemand in einem der Form nach gültigen Testamente, entweder zum alleinigen Erben, in certa quota, eingesetzt, ihm jedoch auf sein Erbtheil das Immobile ausdrücklich angewiesen worden, die Berichtigung des Tituli possessionis für ihn bloß auf den Grund des Testaments erfolgen kann, dagegen aber,

2) wenn er zwar Erbe genannt, ihm aber bloß das Immobile beschieden ist, er nur pro legatario zu achten, und also nach §. 66. der Hyp. O. zu verfahren.

Ad 2. leidet es wiederum keinen Zweifel, daß, wenn der Erblasser die Person seines Erben im Testamente dergestalt benannt, daß die Intention, demselben seinen Nachlaß, mit Ausschließung der übrigen, etwa vorhandenen Intestaterben, zuwenden zu wollen, klar ist, für diesen benannten Erben die Eintragung des Tituli possessionis auf den Grund des der Form nach richtigen Testam. geschehen muß, ohne sich daran zu kehren, ob von anderen übergangenen Notherben etwas konstirt oder nicht, da nach Vorschrift des A. L. R. I. 12. §. 244. dem in einem förmlichen gerichtlichen Testament eingesetzten Erben der Besitz der Erbschaft eingeräumt werden soll, wenn auch sein Erbrecht noch bestritten wird, und es übrigens die Sache der übergangenen Notherben ist, sich bis zum Austrag der Sache durch die loco allegato §§. 246. und 247. vorgeschriebenen Mittel, und in Ansehung des Immobile durch Protestations-Eintragungen zu prospiziren, wobei es allenfalls ad officium judicis nobile gerechnet werden kann, solchen übergangenen Notherben, deren Existenz ihm nicht bloß ex privata scientia, sondern aliunde ex actis bekannt ist, von der geschehenen Eintragung des tituli possessionis ex officio Nachricht zu geben.

Ad 3. versteht es sich von selbst, daß, wenn die Person des Erben im Testament nicht genannt ist, die bloße Produktion des Testamentes zur Eintragung des tituli auf ein bestimmtes Individuum nicht hinreicht, sondern dieses sich noch erst bei dem Richter der Erbschaft auf die in anderen Gesetzen vorgeschriebene Art legitimiren, und wenn er dies gethan, mit dem Testament zugleich ein gerichtliches Attest super facta legitimatione bei dem Hypothekenbuche produziren muß. (Stengel Bd. 5. S. 101, Rabe Bd. 4. S. 92 ff.)

2) Wenn bei bestandener landrechtlicher Gütergemeinschaft in dem Testamente des Ehemannes seine Ehefrau als Universalerbin und seine mit dieser erzeugten Kinder als Legatare in die ihnen gesetzlich gebührende Hälfte des Nachlasses eingesetzt sind, so sind dennoch die Kinder für seine Erben, und zwar in dem ganzen Nachlaß zu erachten, während der Wittwe die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als ihr Eigenthum gebührt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Sept. 1855 auf Grund des §. 6. h. t. in Verbindung mit §§. 637., 638. A. L. R. II. 1. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 137 Nr. 31.)

§. 6. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1843 in den Erg. zum §. 262. h. t.

§§. 9—35. Von der persönlichen Fähigkeit, letztwillige Verordnungen zu errichten.

§. 9. 1) Das R. v. 11. Dec. 1801, wonach die von Eltern, deren kantonpflichtige Söhne ausgetreten sind, getroffenen letztwilligen Verordnungen nur insoweit rechtsbeständig sind, als dadurch die ausgetretenen Söhne nicht im Pflichttheile verletzt werden (Stengel Bd. 15. S. 97, Rabe Bd. 6. S. 685), hat durch die Aufhebung der Vermögenskonfiskation (Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 Art. 10.) seine Beziehung verloren.

2) Nach den Grundsätzen der Münsterschen Güter-Gemeinschaft können Eheleute, insofern die Ehe beerbt ist, nur gemeinsam letztwillig verfügen. Daher sind Verfügungen von Todeswegen, welche ein Ehegatte ohne Zuziehung des anderen errichtet hat, ungültig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1839. (Präj. Nr. 630.) (Präj. Samml. S. 72.)

3) Der Grundsatz des Lübischen Rechtes: »daß eine Ehefrau letztwillig nur insofern testiren könne, als ihr die Befugniß hierzu von dem Ehemanne ausdrücklich gegeben worden«, ist in den mit dem Lübischen Rechte bewidmeten Städten des Herzogthums Pommern, insbesondere in der Stadt Gollnow, nicht recipirt und nicht zur Geltung gekommen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Aug. 1849. (Präj. Nr. 2130.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 22, Entsch. Bd. 18. S. 400.)

§. 13. K. O. v. 10. April 1806. Die aus den säkularisirten Klöstern entlassenen Ordensgeistlichen sind wie andere Staatsbürger befugt, über ihr Vermögen zu disponiren.

Ich trage kein Bedenken, auf Euern Bericht v. 27. v. M., in Absicht der aus den säkularisirten Klöstern entlassenen Ordensgeistlichen, angetragenermaßen hierdurch festzusetzen, daß selbigen und zwar beiderlei Geschlechts, so wie jedem

anderen Bürger des Staates, die Befugniß über ihr bereits erworbenes oder noch zu erwerbendes Vermögen unter Lebendigen, so wie von Todeswegen zu disponiren, zustehen, und dem Fiskus kein Recht gebühren soll, auf den Grund ihres vorigen klösterlichen Verhältnisses und der von ihnen vormals abgelegten Gelübde diese ihre Dispositionen jemals anzufechten.

(N. C. C. Tom. XII. p. 127, R. Arch. Bd. 4. S. 249, Rabe Bd. 8. S. 509.)

§§. 14. u. 15. Nach §. 73. des Strafgesetzbuches verliert der wegen Hochverraths oder Landesverraths zum Tode oder lebenslänglichem Zuchthaus rechtskräftig Verurtheilte die Fähigkeit, über sein Vermögen unter Lebenden oder von Todeswegen zu verfügen.

Im Uebrigen ist der §. 15. h. t. durch die Beseitigung der Vermögens-Konfiskationsstrafe (Art. 10. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 und §. 19. des Strafgesetzb.) obsolet geworden.

§§. 17. 18. 1) Ist es zuläßig, wenn der Minderjährige unter 18 Jahren seinen letzten Willen in Schriften bei den Gerichten einreicht, dafern nur der schriftliche Aufsatz nicht versiegelt übergeben, sondern dem Testator vorgelesen, und er darüber in der §. 152. h. t. vorgeschriebenen Art vernommen worden ist?

a) Es bejahet Bielitz. (Komm. ad. h. l.)

b) Es verneinen:

α) die Gesetzrevisoren:

Die Entscheidung kann nach dem A. L. R. §§. 107—111. nicht zweifelhaft sein. Wenn der Testator einen schriftlichen Aufsatz offen und unversiegelt überreicht, so soll derselbe vom Richter befragt werden: ob der Aufsatz nur bei der mündlich zu errichtenden Disposition zu Grunde gelegt, oder als ein schriftliches Testament angesehen werden solle. Das Letztere ist nicht zuläßig, wenn der Testator noch nicht 18 Jahre alt ist; in dem ersten Falle ist der Aufsatz nach erfolgter Annahme des mündlichen Testamentes von keinem ferneren Gebrauch. (§. 111.) Der Aufsatz kann also wohl zur vorläufigen Information des Richters benutzt, das Testament muß aber mündlich zu Protokoll erklärt werden.

β) Bornemann, welcher diese Ansicht auch schon durch den wörtlichen Inhalt des §. 17. gerechtfertigt hält.

(System Bd. 6. S. 31, 2. Ausg. Bd. 6. S. 18.)

2) Meditation über die Bestimmung des A. L. R.: Ein Minderjähriger, welcher das 14. Jahr überschritten hat, kann ein Testament machen, jedoch ist es nothwendig, daß er solches, wenn er das 18. Jahr noch nicht erreicht hat, gerichtlich macht.

(Amelang's Arch. Bd. 1. S. 41.)

§§. 20—22. 1) Die Gesetzrevisoren machen darauf aufmerksam, daß diese §§. von den bei Willenserklärungen gegebenen Bestimmungen — L. R. I. 4. §§. 4. 24. ff. — abweichen, wozu ein Grund nicht vorliege. Im Uebrigen habe man darauf nicht Rücksicht genommen, daß nach L. R. II. 18. §. 12. nur denjenigen Wahn- und Blödsinnigen ein Vormund zu bestellen, welche nicht unter der Aufsicht eines Vaters oder Ehemannes stehen.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 81.)

2) Bornemann theilt über die Entstehung dieser Vorschriften das Folgende mit, woraus derselbe den entgegengesetzten Schluß, wie die Gesetzrevisoren, zieht, daß man nämlich die im A. L. R. I. 4. §. 24. aufgestellte Regel habe aufrecht erhalten wollen.

Der ungedr. Entw. enthielt bloß die nachstehende Bestimmung: Personen, die nur zuweilen ihres Verstandes beraubt werden, können in lichten Zwischenräumen gültig testiren. Suarez bemerkte hiergegen: Diese zu unzähligen Prozessen Anlaß gebende Disposition muß m. v. den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen gemäß eingerichtet werden. Nach diesen sind die dispositiones solcher Personen ungültig, ohne Rücksicht, ob sie in dilucido intervallo gemacht worden oder nicht. Daß aber Jemand sich in einem solchen Zustande befinde, ist danach zu beurtheilen, ob er unter Kuratel genommen ist oder nicht. Darauf wurde konkludirt:

Der Paragraph bleibt, doch wird beigesetzt, daß die Uebergabe des Testamentes cum curatore geschehen, und daß der Richter die von ihm angestellte Prüfung von dem Gemüthszustande des testatoris im Protokoll allegiren müsse. Er kann auch einen anderen ehrbaren Mann zum Assistenten machen.

In dem gedr. Entw. findet sich jedoch eine diesem Konklusum entsprechende Vorschrift nicht, vielmehr bloß der der obgedachten Bestimmung des ungedr. Entw. angereihte Zusatz: Personen, die wegen anhaltenden Wahn- oder Blödsinnes unter Vormundschaft genommen worden, sind letzte Willensverordnungen zu errichten unfähig, — wodurch die Revisions-Bemerkung von Suarez genehmigt wurde. — Mehrere Monenten schlugen nun noch den Zusatz vor, daß, wenn Personen, die in der Folge wegen Wahn- oder Blödsinnes unter Vormundschaft genommen worden, vor deren Anordnung eine außergerichtliche oder privilegirte Disposition errichtet haben, derjenige, welcher daraus ein lucrum prätendire, das ihm die Gesetze nicht zueignen, den Beweis zu übernehmen habe, daß die Verordnung in dilucido intervallo errichtet worden.

Suarez war damit einverstanden, und sonach wurde der §. 22. den schon vorhandenen §§. 20. und 21. angereiht.

(Syst. [2. Ausg.] Bd. 6. S. 15.)

§§. 21. u. 22. Der Einwand, daß der Testator zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens blödsinnig gewesen sei, findet, wenn er auch nachher wegen Blödsinnes unter Vormundschaft gesetzt worden ist, gegen ein gerichtliches Testament nicht statt, bei dessen Aufnahme der Richter sich überzeugt hat, daß der Testator seines Verstandes mächtig sei.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. März 1848. (Präj. Nr. 1998.)

Darüber kann kein Zweifel sein, daß Blödsinn ein natürlicher Nichtigkeitsgrund zur Errichtung letztwilliger Verordnungen ist; eine andere Frage ist es: wann ein Mensch juristisch für blödsinnig zu achten? und ob insbesondere der Einwand des Blödsinnes auch gegen ein gerichtliches Testament zuläßig ist, bei welchem die Vorschriften des A. L. R. I. 12. §§. 147., 152. beobachtet sind, gleichwohl aber von den instrumentirenden Personen ein Verstandesmangel nicht wahrgenommen worden ist. Nach dem Geiste und den bestimmten Worten der Preuß. Gesetzgebung ist aber die letzte Frage zu verneinen, wofern von einer zur Zeit der Testamentifikation noch nicht unter Vormundschaft genommenen Person die Rede ist. Denn, während der §. 21. den wegen Wahn- oder Blödsinnes unter Vormundschaft stehenden Personen das Testiren gänzlich untersagt, bestimmt dahingegen der §. 22.: »daß, wenn dergleichen Personen innerhalb eines Jahres vor angeordneter Vormundschaft eine außergerichtliche oder privilegirte Verordnung über ihren Nachlaß gemacht haben, derjenige, der daraus Vortheil ziehen will, ihre Verstandesmächtigkeit zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung nachzuweisen habe.« Daraus folgt mit Evidenz, daß bei nicht bevormundeten Personen der Beweis des Blödsinnes gegen gerichtliche, unter den gesetzlichen Erfordernissen wegen Exploration der Dispositionsfähigkeit erachtete letztwillige Verfügung unzuläßig ist.

(Präj. Samml. S. 72, Entsch. Bd. 16. S. 500, Präj. Nr. 1998., Rechtsf. Bd. 3. S. 450 Nr. 220.)

Denselben Grundsatz nimmt das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Jan. 1856 an. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 61 Nr. 19.)

§. 23. Bezieht sich der §. 23. lediglich auf gerichtlich aufgenommene oder auch auf gerichtlich übergebene Testamente?

Die Gesetzrevisoren nehmen Letzteres an:

Der gedr. Entw. des A. L. R. enthält bloß die Bestimmung: Der Einwand, daß Jemand sein Testament in der Trunkenheit oder in Leidenschaft errichtet habe, verdient keine Rücksicht, und zur Rechtfertigung derselben führt Suarez an (Vol. 28. Fol. 302.):

Es sei zwar dagegen erinnert worden, daß, wenn gleichwohl nachgewiesen werden könne, daß ein testamentum privileg. in einem solchen Zustande der Trunkenheit errichtet worden, und daß der Richter einen solchen ebrium de facto admittirt habe, die Disposition doch ungültig sein würde. Allein, da nach §. 28. Tit. 1. nur ein solcher Grad von Trunkenheit, welcher Jemandem den Gebrauch seiner Vernunft raubt, eine Willenserklärung vitiire, wer aber in einem solchen Grade der Trunkenheit ist, gewiß auch nicht im Stande sein werde, eine testamentarische Disposition, selbst eine privilegirte zu errichten, und den actum depositionis zu vollziehen, so sei zu bezweifeln, ob der von den Monenten angegebene Fall jemals vorkommen könne. Aus dieser Bemerkung geht hervor, daß die im §. 23. h. t. enthaltene Bestimmung, welche im Wesentlichen mit der des §. 18. des Entw. übereinstimmt, nicht bloß auf solche Testamente sich bezieht, die vor dem Richter mündlich erklärt und von demselben zu Protokoll genommen, sondern auch auf die schriftlich errichteten, und vom Testator gerichtlich übergebenen. Das Gesetz ist auch den allgemeinen (Tit. 4. §§. 46. ff. 91., 92.) bei Willenserklärungen gegebenen Vorschriften gemäß. — Wenn nun schon die unterlassene gerichtliche Anzeige, daß eine außergerichtlich erfolgte Willenserklärung ohne Freiheit des Willens abgegeben worden, den Verlust des Einwandes zur Folge haben soll, so muß dies um so mehr stattfinden, wenn Jemand eine außergerichtlich aufgesetzte letztwillige Verordnung dem Richter übergiebt und ausdrücklich erklärt, daß seine darin befindlichen Erklärungen gültig sein sollen. Die Fortdauer des Zwanges vor dem Richter kann nicht eingewendet werden, denn gerade dieser ist ermächtigt und auch verpflichtet, gegen alle unrechtmäßige Gewalt ihm Schutz zu gewähren, ob aber der Testator sich in der Trunkenheit oder in heftigen Leidenschaften befunden, kann der Richter leicht wahrnehmen, und wenn er Anzeichen davon findet, so muß er die Verhandlung aufschieben, oder die von ihm bemerkten Umstände im Protokoll verzeichnen (§§. 147—149.). Eben dies findet statt

wenn der Richter seinen letzten Willen mündlich zum gerichtlichen Protokoll erklärt, und hier dürfen also eben so wenig die bezeichneten Einwendungen beachtet werden. — Daß dies Alles nur stattfindet, so lange nicht dargethan ist, daß der Richter bei Auf- und Annahme des Testaments pflichtwidrig gehandelt habe, versteht sich wohl von selbst, und wenn der §. 24. ein Testament für nichtig erklärt, wenn der Richter bei dessen Auf- oder Annahme pflichtwidrig gehandelt und darüber, ob dieses der Fall gewesen, eine Ausmittelung zuläßt, so liegt darin nicht, wie von einigen Monenten behauptet wird, ein Widerspruch mit dem §. 23., welcher voraussetzt, daß der Richter bei der Testaments-An- oder Aufnahme seine Amtspflicht erfüllt habe. Aus der Richtigkeit der gerichtlichen Verhandlung folgt übrigens auch die Richtigkeit des übergebenen schriftlichen Testaments, denn dieses erhält eben erst durch die rechtsgültige Annahme von Seiten des Richters seine Gültigkeit. (a. a. O. Pens. XVI. S. 82.)

Bornemann (System Bd. 1. S. 358 u. Bd. 6. S. 38, 2. Ausg. Bd. 1. S. 154 u. Bd. 6. S. 22) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 23. h. t.) sind gleicher Ansicht.

§§. 26. 123. Taubstumme, die nicht schreiben und Geschriebenes nicht lesen können, sind zur Errichtung eines Testaments unfähig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1856. (Präj. Nr. 2660.)

Nach den §§. 26., 123., 139. h. t., auf welche §. 1. A. G. O. II. 4. verweist, hängt die aktive Testamentsfähigkeit der Tauben resp. Stummen davon ab erstlich, daß dieselben sich schriftlich oder mündlich auszudrücken vermögen; zweitens davon, daß sie Geschriebenes lesen, außerdem, wenn sie stumm sind, selbst schreiben können. Der Taubstummen und ihrer Testamentsfähigkeit, so wie der bei ihren letztwilligen Verordnungen zu beobachtenden Formen ist weder in den obigen Gesetzesstellen, noch an anderen, auf diese Materie bezüglichen Orten ausdrücklich gedacht. Indessen wenn auch daraus noch nicht eine völlige Unfähigkeit Taubstummer, letztwillige Verfügungen zu errichten gefolgert werden kann, so ist doch so viel außer Zweifel, daß die Testamentsfähigkeit solcher Personen, welche zugleich taub und stumm sind, mindestens an die gleichen Bedingungen geknüpft sein muß, wie die der bloß tauben und bloß stummen Personen, — eben so die formelle Gültigkeit letztwilliger Verordnungen derselben. Daher kann unter Berücksichtigung des §. 139. h. t. das Testament eines Taubstummen nur dann für gültig erachtet werden, wenn der Testator Geschriebenes lesen und selbst schreiben kann, und das Testament unter Benutzung dieser Fähigkeiten nach dem §. 123. aufgenommen worden ist. Keineswegs kann angenommen werden, daß Taubstumme bereits dann letztwillig verfügen könnten, wenn sie im Stande sind, ihren Willen mittelst der Zeichensprache deutlich und mit Zuverlässigkeit zu erkennen zu geben. — Der §. 7. A. G. O. II. 7. hat lediglich die Aufnahme von Rechtsgeschäften unter Lebendigen zum Gegenstande, und es wird im Tit. 4. Thl. II. A. G. O. nicht darauf Bezug genommen, namentlich im §. 1. dieses Titels lediglich auf die Vorschriften der §§. 66—241. A. L. R. I. 12. verwiesen. Eine Anwendung derselben ohne besondere gesetzliche Bestimmung würde also um so weniger zuläßig sein, als sie mit der von den Redaktoren des A. L. R. anerkannten Nothwendigkeit eines stärkeren und zuverlässigeren Beweises über die Gewißheit des Willens und folglich auch einer bestimmteren und festeren Form bei den Testamenten, als bei Kontrakten unter Lebendigen (Suarez im amtlichen Schlußberichte ad Tit. 12. Anlage D.) im Widerspruch stehen würde. Zudem kann unter der im §. 26. h. t. erwähnten Fähigkeit: sich mündlich auszudrücken, keineswegs die der Zeichensprache begriffen sein, da eine solche Erklärung und Gleichstellung dem zweifellosen Sprachgebrauche eben so, wie der Natur der Sache widerspricht, namentlich da die Zeichensprache solcher Taubstummen nicht allgemein verständlich ist, sondern nur als Verständigungsmittel für gewisse mit ihnen genau bekannte Personen dient. Auch spricht der §. 7. A. G. O. II. 3. selbst aus, wie Taubstumme, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, in der Regel nicht fähig seien, Verträge zu schließen, und nur ausnahmsweise in gewissen besonderen Fällen die Aufnahme solcher durch die Zeichensprache, unter Zuziehung des Vormundes eines solchen Taubstummen oder eines ihm besonders zu bestellenden Kurators gestattet, um so weniger also eine Anwendung hiervon auf die Vorschriften über die Aufnahme letztwilliger Verordnungen sich rechtfertigt. Die Hofreskripte v. 24. Juni 1802 u. 10. Mai 1806[1]) passen auf den Fall nicht. Sie erachten zwar die Zeichensprache bei Testamenten für ein zuläßiges Verständigungsmittel, allein nur unter solchen Umständen, wo für den das Testament aufnehmenden Richter die Möglichkeit bleibt, sich selbst aus eigener Wahrnehmung von der Gewißheit des Willens des Testirenden zu überzeugen. Sie betreffen überhaupt nicht den Fall, wo der Lesens und Schreibens unkundige Testator auch taub und stumm zugleich ist, sondern haben nur die im A. L. R. fehlende Bestimmung darüber ergänzt, wie es bei Testamenten eines Tauben oder eines Stummen, der Schreibens und Lesens unkundig ist, gehalten werden soll. Eine Bestimmung, daß auch eine zugleich taube und stumme Person, die auch nicht fähig ist, auf allgemein verständliche Weise, durch Wort oder Schrift, ihren Willen zu erkennen zu geben, fähig sei, ein Testament zu errichten, enthalten die Gesetze nicht, und eine analoge Anwendung der bestehenden Vorschriften über die Errichtung von Testamenten Lesens und Schreibens unkundiger, bloß tauber oder bloß stummer Personen auf Taubstumme, wie Implorant verlangt, ist unzuläßig, theils mit Rücksicht auf die bestimmte Vorschrift des §. 139. h. t., theils weil in diesem Falle es an dem nothwendigen Erfordernisse fehlt, daß der Richter sich selbst die Ueberzeugung von der Gewißheit des Willens des Testirenden verschaffen könne, und die Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen ist, daß durch eine Vereinigung der, der Zeichensprache der Taubstummen kundigen und als Dolmetscher zugezogenen Personen eine ganz andere Disposition in das Protokoll niedergeschrieben werden könnte, als der Taubstumme abgegeben zu haben glaubt.

(Entsch. Bd. 32. S. 64, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 231 Nr. 57.)

Bornemann (System Bd. 6. [2. Ausg.] S. 16—17) und Koch Landr. Bd. 2. Anm. 31. u. 32. zum §. 26. h. t.) sind ebenfalls dieser Ansicht.

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 123. h. t.

§§. 27—34. 1) Ueber die Widersinnigkeit dieser Bestimmungen vergl. Gans in dessen Beitr. Bd. 1. S. 147. ff.

2) Dr. Sommer, über den Einfluß der Prodigalitäts-Anklage auf während des Verfahrens errichtete Testamente und geschlossene Verträge für den Fall, daß der Angeklagte vor Erlassung des Erkenntnisses verstorben.

Der Verfasser kommt zu dem Resultat, daß die im A. L. R. I. 12. §§. 27—33. den Verwandten gegebenen Rechte deshalb nicht wegfallen können, weil der Angeklagte das Erkenntniß nicht erlebt; denn — »der Angklagte wird durch das Erkenntniß zum Verschwender erklärt, weil er einer ist, nicht aber wird er es erst dadurch«.

(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 311—321.)

3) Müssen, wenn der Verschwender Intestaterben und andere Personen zu Erben eingesetzt, und einigen der ersteren mehr als die Hälfte ihrer Intestaterbportion, anderen gleich berechtigten Intestat-Erben dagegen nichts oder weniger als diese Hälfte hinterlassen hat, auch diejenigen Intestaterben, welche nur ihre Intestaterbportion erhalten haben, oder bloß die anderen Erben das, was den nicht hinreichend bedachten Intestaterben an der gesetzlichen Hälfte fehlt, hergeben?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Es ist den Grundsätzen des A. L. R. ganz gemäß, daß, wenn Jemand die Grenze seiner Befugniß zu testiren überschreitet, und seinen gesetzlichen Erben mehr entzieht, als er gesetzlich befugt war, nicht die ganze Verordnung deshalb ungültig werde, sondern daß nur den an seinen Rechten gekränkten Erben das Entzogene von den anderen eingesetzten Erben vergütigt werden muß. Es kann jedoch der Schlußsatz des §. 29. d. Tit. nur für richtig angenommen werden, wenn der Erblasser über seinen Nachlaß ganz zum Besten fremder Personen verfügt hat, und seine gesetzlichen Erben ganz übergangen sind. Hier wird die Hälfte des Nachlasses für die gesetzlichen Erben zurückgenommen und unter diese nach den Regeln der Intestaterbfolge vertheilt. Waren dagegen die nächsten Erben des Testators z. B. zwei Brüder, A. und B., und sein Vermögen 8000 Thlr. und er setzte A. zu $\frac{3}{4}$ ein und C., einen Fremden, auf $\frac{1}{4}$, mit Uebergehung des B., so würde dieser die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles, also 2000 Thlr., fordern können. Wollte man nun, wie man nach den Worten des §. 29. wohl annehmen könnte, die Hälfte des Nachlasses nach der Intestaterbfolge vertheilen, so würde B. allerdings die ihm zukommenden 2000 Thlr. erhalten, die übrigen 2000 Thlr. aber würde dann wieder A. bekommen. Dieser erhielte dann, wenn die andere Hälfte nach dem im Testamente angegebenen Verhältnisse vertheilt würde, im Ganzen 5000 Thlr. und C. nur 1000 Thlr. Dies wäre aber unrichtig; denn wenn man den Erbtheil des B., der ihm nicht entzogen werden darf, nach den Grundsätzen des Pflichttheils beurtheilt und ergänzen läßt, so müssen die sämmtlichen Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen dazu beitragen (L. R. II. 2. §. 434.), und dann fällt auf C. nur ein Betrag von 500 Thlr. und auf A. 1500 Thlr. Jener würde also im Ganzen 1500 Thlr. und dieser 4500 Thlr. erhalten, was dem im Testamente angegebenen Verhältnisse auch ganz gemäß sein würde.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 84.)

b) Bornemann hält die zweite Alternative für die richtige.

Die Bestimmungen wegen des Pflichttheiles (A. L. R. II. 2. §. 434.) sind wegen mangelnder paritas rationis nicht analog anzuwenden; ratio legis besteht vielmehr darin, die Intestaterben des Verschwenders gegen letztwillige Verordnungen zu Gunsten solcher Personen zu schützen, die ihn gar nicht oder nicht in dem testamentarisch bestimmten Umfange ad intestato beerben würden. Auch die Worte des Gesetzes sprechen für diese Ansicht, da der Verschwender dadurch, daß er einem gesetzlichen Erben dessen ganze Intestat-Erbportion zu-

wendet, noch nicht zum Nachtheil der übrigen gesetzlichen Erben (§. 27.) und über deren gesetzlichen Erbantheil (§. 29.) verfügt, und dieß vielmehr erst geschieht, wenn er ihnen von dem Ueberreste mehr, als die Hälfte desjenigen entzieht, was ihnen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zukommen würde.

(System Bd. 6. S. 32—36, 2. Ausg. Bd. 6. S. 20.)

4) Darf ein Verschwender einen Intestaterben aus besonderen Gründen, die ihn der Erbfolge unwürdig machen, ganz enterben?

Bornemann bemerkt, daß dem Verschwender der Natur der Sache nach diese Befugniß in demselben Umfange zustehen müsse, in welchem die Ascendenten und Descendenten einander den Pflichttheil entziehen könnten. Das Gesetz spreche sich aber hierüber nicht aus, und die analoge Anwendung der Vorschriften wegen des Pflichttheils auf den vorliegenden Fall sei bedenklich.

(System Bd. 6. S. 36, 2. Ausg. Bd. 6. S. 20.)

§. 35. 1) V. v. 28. Febr. 1811. Ehebrecherische Personen, welche nach vorgängiger Dispensation sich geehlicht haben, können für einander letztwillig verfügen.

Wir ꝛc. haben durch Unsere K. O. v. 15. März 1803 festgesetzt, daß von dem Verbote des A. L. R. II. 1. §. 25., nach welchem Personen, die wegen Ehebruch geschieden sind, diejenigen nicht heirathen dürfen, mit welchen sie Ehebruch getrieben haben, in gewissen besonderen Fällen Dispensation ertheilt werden könne. Da nun hierbei über die Anwendung der Vorschrift des A. L. R. I. 12. §. 35., welche den Ehebrechern untersagt, durch letztwillige V. einander etwas zu hinterlassen, Zweifel entstanden sind, so finden wir uns bewogen, hiermit ausdrücklich zu erklären und zu verordnen:

daß Personen, welche nach vorgängiger, auf den Grund Unserer K. O. v. 15. März 1803 ertheilten Dispensation sich geehelicht haben, befugt sein sollen, für einander letztwillig zu verfügen. (G. S. 1811 S. 156.)

2) Personen, welche des mit einander getriebenen Ehebruchs gerichtlich überführt sind, können einander auch kein legatum debiti hinterlassen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 153 Nr. 34.)

3) Die aus einer Blutschande erzeugten Kinder können von ihrem Erzeuger zu Erben eingesetzt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. im J. 1796.

(Stengel Bd. 10. S. 3 ff.)

§§. 36—43. Von der persönlichen Fähigkeit, aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben.

§§. 37—39. Ueber letztwillige Zuwendungen an Kirchen und geistl. Gesellschaften, sowie an andere Anstalten und Korporationen, vergl. das G. v. 13. Mai 1833 in den Erg. zum R. A. L. II. 11. §§. 197—216.

§§. 44—49. Was und wie in einem Testamente oder Kodizille verordnet werden könne.

§. 46. 1) R. v. 24. Jan. 1836 und v. 8. Jan. und 26. Febr. 1836. Wer in einem Testament auf ein einzelnes Stück oder eine bestimmte Summe eingesetzt ist, wird nicht Miteigenthümer der Erbschaft (des Inbegriffs), wenn er auch als Erbe bezeichnet ist. Er wird daher bei Einziehung der Erbschaftsforderungen nicht zugezogen, und kann auch der Berichtigung des Besitztitels für den wahren Erben nicht widersprechen. Dies gilt auch, wenn der solchergestalt Bedachte ein Pflichttheilserbe ist.

(Jahrb. Bd. 47. S. 281 u. 284, 289, Gräff Bd. 10. S. 15 u. 16.)

2) Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 27. März 1857 in den Erg. zu den §§. 4., 5., 46. u. 256. h. t.

§§. 47. 48. 1) Genügt die Beifügung eines besonderen, die Person des Erben oder Legatars bestimmenden Aufsatzes, auch bei solchen Personen, deren letzte Willenserklärung, um gültig zu sein, mündlich zu Protokoll erklärt werden muß?

Bornemann verneint, weil, wenn auch der Buchstabe des Gesetzes für die Bejahung spreche, doch der Natur der Sache nach in allen Fällen, in denen die Uebergabe einer schriftlichen Verordnung nicht genügt, auch die erforderliche Gewißheit fehlen würde, daß der vom Testator übergebene Aufsatz wirklich den Namen desjenigen enthalte, dem er die Erbschaft oder das Legat hat zuwenden wollen, und bei der Bejahung obiger Frage die ganze Theorie des Landrechts in Ansehung der Ernennung des Erben und Legatars umgestoßen werden würde. Man müsse daher annehmen, daß die Redaktoren nur solche Personen im Auge gehabt haben, welche nach ihrer Wahl zum gerichtlichen Protokoll testiren, oder den von ihnen selbst aufgesetzten letzten Willen dem Richter übergeben dürfen.

(System Bd. 6. 2. Ausg. S. 59.)

2) Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Dec. 1849 in den Erg. zu den §§. 563—567. h. t.

§. 48. Bornemann bemerkt, die besondere Bezeichnung der Erben könne entweder zugleich mit der Testamentserrichtung oder später erfolgen. Nur auf den ersten Fall sei der §. 48. anwendbar, indem der Aufsatz dem Testamente nur beigelegt werden könne, wenn beide Stücke dem Richter in demselben Akte übergeben werden. Für den zweiten Fall enthalte das A. L. R. also keine besondere Vorschrift, mithin würden dabei die Förmlichkeiten zu beobachten sein, welche überhaupt hinsichtlich der letztwilligen Verordnungen vorgeschrieben sind. (System Bd. 6., 2. Ausg. S. 59.)

§. 49. 1) Die Verordnung der testirenden Eltern, daß eines der von ihnen zu Erben eingesetzten Kinder ihr ganzes beiderseitiges Vermögen allein übernehmen und an seine Geschwister eine bestimmte Geldsumme zahlen, daß die Wahl jenes Uebernehmers aber von einem Dritten geschehen, und das hiermit nicht zufriedene Kind auf den Pflichttheil eingesetzt sein solle, verstößt nicht gegen die Bestimmung des §. 49.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juli 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 142 Nr. 24.)

2) Kann der Testator die Bestimmung des Erbantheils oder des Betrages des Vermächtnisses der Willkühr eines Dritten überlassen?

Verneint von den Gesetzrevisoren und von Temme.

(J. W. 1842 S. 85 ff., 101 ff. u. 126 ff.)

§§. 50—60. Von Substitutionen.

§. 50. 1) Ueber die Erfordernisse gültiger Substitutionen nach Röm. R., mit Berücksichtigung des A. L. R. vergl. die Präj. und Rechtsfälle in Mathis Bd. 2. S. 102 ff. u. 141 ff.

2) Vergl. über einen Fall, in welchem es zweifelhaft war, ob fideikommissarische Substitution vorlag, oder nur Beschränkung des Erben in der Verwaltung, das Erk. des Ob. Trib. v. 31. Mai 1847.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 200.)

3) Die Anordnung des Testators, daß für den Fall, wenn der eingesetzte Erbe ohne eheliche Descendenz vor ihm versterben möchte, ihm derjenige von seinen Brüdern substituirt sein solle, welcher die meisten Güter des Vaters erbe, — enthält eine rechtsgültige Substitution.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 354 Nr. 80.)

§. 52. Die Bestimmung des §. 52., daß, wenn der eingesetzte Erbe nicht Erbe sein kann, darunter auch der Fall zu verstehen, wenn er nicht Erbe sein will, und umgekehrt, bezieht sich auch auf den Fall, wenn ein Legatar das Legat nicht annehmen kann oder will.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1953.)

Der §. 51. besagt, daß, wenn der Erblasser festgesetzt, wie es gehalten werden soll, wenn der erst eingesetzte Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Vortheil nicht annehmen könnte oder wollte, dieses eine gemeine Substitution genannt werde. Es folgt schon aus dem §. 51., daß der §. 52. auch auf den Fall anzuwenden ist, wenn ein Legatar das Legat nicht annehmen kann oder will; denn wenn im §. 52. nur von Erben die Rede ist, so ergiebt doch der Zusammenhang dieser Vorschrift mit dem den Begriff der gemeinen Substitution enthaltenden §. 51., worin Erben und Legatarien zusammengestellt wurden, daß sie nicht auf Erben in der engeren Bedeutung zu beschränken, sondern auch auf Legatarien auszudehnen ist. Eine Erbschaft ausschlagen oder nicht Erbe sein wollen, ist offenbar einerlei; nicht Erbe sein wollen oder nicht können, stellt aber der §. 52. ganz gleich. Wenn im §. 366. l. c. gesagt wird: »daß ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, in Ermangelung eines dazu vom Testator ernannten Substituten, an die Erbmasse zurückfällt«, so ist unzweifelhaft aus jener Bestimmung zu entnehmen, daß, wenn der Testator für den Fall, daß der Legatar das Vermächtniß nicht annehmen

kann, einen Substituten bestellt hat, dann das Legat an diesen und nicht an die Erbmasse fällt; eine Annahme, die auch schon im Begriffe der gemeinen Substitution liegt.

(Präj. Samml. S. 72, Entsch. Bd. 15. S. 502, Rechtsf. Bd. 3. S. 244 Nr. 121.)

§. 53. 1) Wenn Jemand in seinem Testamente bestimmt: daß seine Ehefrau den Nießbrauch seines Vermögens erhalten, sein Haus aber nach deren Tode einem gewissen Dritten zufallen solle, ist dies eine fideikommissarische Substitution, oder ein legatum purum ex die?

Paalzow (Beitr. zur jur. Praxis Bd. 4. S. 10, 16, 27) behauptet Letzteres, Merkel (Komm. zum §. 467. h. t.) Ersteres.

2) Einem überlebenden Ehegatten, welcher aus einem wechselseitigen Testamente (t. correspectivo) die Erbschaft antritt, ist ein Fideikommiß auferlegt, und er tritt durch eine solche Erbschaftsantretung, sowohl in Rücksicht des Nachlasses, als seines eigenen Vermögens, in das Verhältniß eines fiduziarischen Erben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. März 1802.

(Stengel Bd. 18. S. 101.)

§§. 53—55. 1) Dekl. v. 19. Febr. 1812[1]).

Wir rc. finden Uns veranlaßt, zur nähern Bestimmung des §. IX. des Ed. v. 9. Okt. 1807 hierdurch festzusetzen, daß die daselbst gegebene Vorschrift, nach welcher jede Familien- und Fideikommiß-Stiftung durch einen Familienschluß beliebig abgeändert oder gänzlich aufgehoben werden kann, auf diejenigen fideikommissarischen Substitutionen, die bei der ersten Generation stehen bleiben, den Rechten der Substituirten entgegen, nicht angewendet, jede andere fideikommissarische Substitution hingegen, welche über die erste Geschlechtsfolge hinausgeht, der Aufhebung durch Familienschlüsse ohne alle Rücksicht unterworfen sein soll. (G. S. 1812 S. 13.)

2) In der Dekl. v. 19. Febr. 1812 liegt ein unbedingtes Verbot, fideikommissarische Substitutionen, die bei dem ersten Grade stehen bleiben, aufzuheben. Denn daß die Worte: »den Rechten der Substituirten entgegen« nicht so zu deuten, daß den Rechten der Substituirten gemäß die Aufhebung geschehen könne, sondern, daß diese Worte nur das Motiv des Gesetzgebers: »weil dies den Rechten der Substituirten entgegen sei«, ausdrücken sollen, ist klar, da theils in der Regel jede Aufhebung einer fideikommissarischen Substitution offenbar den Rechten des Substituirten widerstreitet, theils wollte man jenen Worten der Deklaration den ersten Sinn unterlegen, und ist nicht für ein als Ausnahme von der Regel des §. IX. des Ed. v. 9. Okt. 1807 aufgestelltes Prohibitiv-Gesetz anzunehmen, dieselben insofern ganz überflüssig sein würden, als auch bei Familienschlüssen, wodurch ganze Familien- oder Fideikommißstiftungen jetzt gültig abgeändert und ganz aufgehoben werden können, alle Betheiligten zugezogen werden und ihren Konsens ertheilen müssen, den sie, falls die Abänderung oder Aufhebung ihren Rechten widerstreitet, gewiß verweigern würden, und dies also auch bei Aufhebung einer fideikommissarischen Substitution ersten Grades ohnehin, ohne daß es der Dekl. v. 19. Febr. 1812 bedurfte, zu thun berechtigt seien, und thun würden.

(Erk. des II. Sen. des O. L. G. zu Glogau, v. 6. Juni 1834, J. W. 1841 S. 635.)

§. 56. Der Grundsatz des §. 66. findet auch auf Familien-Fideikommisse Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. April 1839.

(Centralbl. 1840 S. 485.)

§. 59. Ist ein Erblasser befugt, den Intestaterben des von ihm im Testamente eingesetzten Erben von der Sukcession in das diesem zugewandte Erbtheil auszuschließen, ohne zugleich zu bestimmen, wem dasselbe zufallen soll?

1) Es verneint das Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Jan. 1840.

Was in einem Testament verordnet werden kann und wie es verordnet werden muß, bestimmen die §§. 44—65. h. t. In Gemäßheit der hier aufgestellten Vorschriften ergiebt sich, daß der Testator nur auf zweierlei Weise verhindern kann, daß dasjenige, was er einem Erben oder Legatare hinterlassen, nach dessen ab intestato erfolgtem Tode an die Intestaterben desselben falle, nämlich allgemein durch eine fideikommissarische Substitution, und in dem dazu angethanen Falle, durch die Pupillarsubstitution. Eine Verf., daß eine gewisse Person von dem, was dem Erben hinterlassen wird, unbedingt ausgeschlossen sein solle, ohne daß zugleich der Testirer bestimmt, an wen dasselbe falle, kennt das A. L. R. in den den Umfang der letztwilligen Dispositionsbefugniß bestimmenden §§. 44—65. nicht. Ist daher die Befugniß des Testirers das, was er einem Erben hinterläßt, den Intestaterben desselben nach dem ab intestato erfolgten Tode des Erben zu entziehen, an die Anordnung einer fideikommissarischen oder pupillarischen Substitution gebunden, so ist die Ausschließung jener Intestaterben ohne eine solche wirkungslos. (J. W. 1840 S. 428 ff.)

2) Es bejahen:

a) Pape, annehmend, daß nach dem Ableben des Testaments-Erben das diesem bestimmte Erbtheil an den Intestaterben des Erblassers zurückfallen müsse.

Willenserklärungen und also auch Testamente sind stets so zu deuten, wie sie am Besten aufrecht erhalten werden können (A. L. R. I. 4. §. 874.); in den §§. 44—65. h. t. sind nur Dispositionen darüber, was in einem Testament geschehen könne, nicht aber was darin geschehen müsse, ertheilt. Unbezweifelt wird man in dem Falle, wo nach dem Wegfallen des Testamentserben auch kein Intestaterbe desselben vorhanden, das Erbtheil desselben den Intestaterben des Erblassers zusprechen, und dies angenommen, ist der Grund nicht einzusehen, warum man nicht auch in dem vorliegenden Falle die Intestaterben des Erblassers sofort nach dem Wegfallen des Testamentserben zur Sukcession kommen lassen will. Wenn es auch im Allgemeinen als richtig zugegeben werden darf, daß die fideikommissarische und pupillarische Substitution nur die beiden einzigen Mittel zur Ausschließung der Intestaterben bei dem Nichteintreten des Testamentserben sind, so sind doch diese Mittel für einen konkreten Fall nicht anwendbar, wo der Testator gerade nicht alle Intestaterben, sondern nur einen bestimmten Intestaterben ausgeschlossen wissen will.

(J. W. 1840 S. 865.)

b) Bornemann, welcher ausführt:

In der in Rede stehenden Disposition liegt eine stillschweigende Substitution derjenigen Personen, weche das Gesetz an die Stelle der ausgeschlossenen beruft. Der von Pape hierbei gemachte Unterschied, ob alle oder nur einer oder nur einige der Intestaterben ausgeschlossen seien, entbehrt eines juristischen Prinzips. Denn so wie es klar ist, daß der Testator beim Ausschließen nur einzelner Intestaterben des von ihm Eingesetzten, an deren Stelle die übrigen habe rufen wollen, ebenso muß man annehmen, daß er durch das Ausschließen aller die Erbschaft als ein bonum vacans dem Fiskus hat zuwenden wollen. Daß er in beiden Fällen zu einer solchen ausdrücklichen Substitution, entweder der übrigen Intestaterben oder des Fiskus befugt, ist, abgesehen von den Vorschriften über die Belastung des Pflichttheils, unbezweifelt. Hieraus folgt nothwendig die Gültigkeit einer solchen stillschweigenden Substitution. Denn jede Substitution enthält zugleich eine Institution, und in Bezug auf diese findet nur die Beschränkung des §. 49. statt, und genügt, wenn klar erhellt, welche Personen der Testator hat berufen wollen.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 99.)

Dagegen vergl. indeß Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 68. zum §. 59.

§§. 61—65. Von Bedingungen, Zweck u. s. w.

§. 63. 1) Im §. 63. ist statt: »§. 138.« zu setzen: »§. 136.«

(R. v. 5. Mai 1834, Jahrb. Bd. 43. S. 445, Gräff Bd. 8. S. 4.)

2) Ist die Bedingung, seine Religion nicht zu ändern, in einem Testamente für nicht geschrieben zu erachten?

Die Gesetzrevisoren bemerken, wie aus den Materialien zum A. L.-R. auf das Unzweifelhafteste hervorgehe, daß diese Bedingung zu den verbotenen zu zählen, und Suarez hierfür die überzeugendsten Gründe angeführt habe. (Gesetzrev. a. a. O. S. 191.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 9. und für das gemeine Recht Linde's Zeitschr. für Civilr. Bd. III. Hft. 3. Nr. 16. und die Entsch. in Mathis Bd. 4. S. 237 ff. u. Bd. 5. S. 137. ff.

3) Der §. 63. findet auch auf Erbverträge Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 13 Nr. 2.)

§§. 66—207. Form der Testamente und Kodizille.

1) Vergl. Suarez in den Schlußverträgen.

(Jahrb. Bd. 51. S. 76.)

2) Ueber den Einfluß der Ortsgesetze auf die Form der Testamente vergl. die Erg. zum §. 33. Einl. zum A. L. R. Zus. IV.

[1]) Schon das R. v. 16. April 1808 (Mathis Bd. 6. S. 99, Rabe Bd. 9. S. 186) hatte den §. IX. des Ed. v. 9. Okt. 1807 in dieser Weise ausgelegt. — Vergl. das R. v. 16. Jan. 1813. (Jahrb. Bd. 2. S. 23, Gräff Bd. 1. S. 51.)

§§. 66—71. Gerichtliche Form.

§§. 66. ff. 621. ff. Während der Zeit, da in Westphalen die Münstersche und die Minden-Ravensbergische Eigenthums-Ordnung durch die fremdherrliche Gesetzgebung außer Kraft gesetzt waren, und ein Anerbenrecht gesetzlich nicht bestand, konnte dennoch ein solches Anerbenrecht, wodurch eins der Vorkinder zum Anerben des Kolonats ernannt wurde, in einem gewöhnlichen Erbtheilungs- oder Schichtungsvertrage, auch wenn derselbe mit einer mit dem auf-heirathenden Ehegatten geschlossenen Eheberedung verbunden war, gültig bestellt werden, ohne daß es dazu der für letzwillige Verfügungen resp. Erbverträge vorgeschriebenen Formen bedurfte.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 16. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1668.)
(Präj. Samml. S. 350, Entsch. Bd. 13. S. 102.)

§§. 67—71. 1) Es bedarf keines besonderen Antrages zur Anordnung einer Gerichtsdeputation zur An- oder Aufnahme des Testaments, wenn der Testator sich auf dem Gerichte selbst zur Aufnahme seines letzten Willens bei der beständigen Deputation meldet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1852, weil die beständige Deputation das versammelte Gericht vertritt, und mit Bezug auf §. 71. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 376 Nr. 87.)

2) Ein Testament wird dadurch, daß das Gesuch um Auf- und Abnahme desselben durch einen von dem eingesetzten Erben Abgesandten mündlich angebracht worden ist, und der Richter weder darüber ein Protokoll aufgenommen, noch die Erklärung des Testators, daß es kein freier Entschluß sei, sein Testament errichten zu wollen, in das Annahmeprotokoll niedergeschrieben hat, nicht ungültig.

Erkannt von dem O. L. G. zu Breslau unterm 9. Jan. 1840, unter Bezugnahme auf §§. 70., 71. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 230 ff.)

§§. 72—81. Welches Gericht ein Testament an- oder aufnehmen könne.

§. 72. und Anh. §. 29. 1) Jedes ordentliche Gericht erster Instanz ist innerhalb seines Gerichtssprengels berechtigt, letzwillige Verordnungen aufzunehmen.
(V. v. 2. Jan. 1849 über die Organisation der Gerichte, §§. 22. u. 25. G. S. S. 1. ff.)

2) K. O. v. 24. April 1812, in Betreff einiger Punkte der Militair-Justizverfassung.

Auf Ihren durch die jetzt vorseiende Organisation der Brigade-Ger. veranlaßten Bericht v. 8. d. M. genehmige ich hierdurch:
daß bei den mobil gemachten Truppen von der Zeit ihrer Mobilmachung bis zur Zeit ihrer Demobilisirung förmliche Testamente vor einem kommandirten Kriegesger. aufgenommen werden können, wobei es übrigens bei den gesetzlichen Vorschriften von den privilegirten militairischen Testamenten sein Bewenden behält: daß die Brigade- und übrigen Auditeure der mobil gemachten Truppen die Befugniß haben sollen, einseitige Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit solcher Militairpersonen, welche zu den gedachten Truppen gehören, ohne Zuziehung eines zu kommandirenden Offiziers aufzunehmen und zu beglaubigen. (G. S. 1812 S. 129.)

3) Dekl. der vorstehenden K. O. v. 27. Aug. 1812.

Zur Verhinderung der Mißdeutungen, welche aus dem nicht ganz richtigen Abdrucke der Königl. K. O. v. 24. April d. J. in Betreff einiger Punkte der Militair-Justizverfassung, im 19. Stücke der G. S. vom jetzigen Jahre, S. 129 Nr. 123., entstehen könnten, wird bekannt gemacht, daß die nach den Worten: »wobei es übrigens bei den gesetzlichen Vorschriften von den privilegirten, militairischen Testamenten sein Bewenden behält«, folgende Bestimmung mit dem Vorhergehenden nicht in einer solchen Verbindung steht, daß sie als eine Fortsetzung desselben zu betrachten ist, sondern daß die Vorschrift: daß die Brigade- und andere Auditeure der mobil gemachten Truppen die Befugniß haben sollen, einseitige Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit solcher Militairpersonen, welche zu den gedachten Truppen gehören, ohne Zuziehung eines zu kommandirenden Offiziers aufzunehmen und zu beglaubigen, eine besondere für sich bestehende Disposition ausmacht. (G. S. 1812 S. 174.)

4) V. v. 18. Mai 1813, wodurch die §§. 72. u. ff. auch in der Stadt Breslau gesetzliche Kraft erhalten. (G. S. 1813 S. 71.)

5) Der §. 29. des Anh. ist wörtlich dem R. v. 9. März 1795 entnommen.
(N. C. C. Tom. X. Col. 1859, Stengel Bd. 2. S. 236, Rabe Bd. 3. S. 41.)

§. 73. R. v. 31. März 1841.

Testamente gehören zu denjenigen Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche unbeschadet ihrer Gültigkeit vor jedem Gericht errichtet werden können. (A. L. R. I. 12. §. 73., A. G. O. II. 1. §. 9. Nr. 5.) Der Richter wird nur dann gestraft, wenn er die Grenzen seiner Jurisdiktion überschritten hat (§. 74. das.), ohne daß einer der in den §§. 75—79. aufgeführten Ausnahmefälle vorhanden gewesen ist. Nach Inhalt des §. 79. fällt insbesondere alle Verantwortlichkeit für ihn fort, wenn er in schleunigen Fällen ein Testament außer seinem Gerichtsbezirke aufgenommen hat und innerhalb acht Tagen nachher dem ordentlichen Richter Nachricht giebt und diesem das Testament u. s. w. übersendet. Wollte man für diesen Fall den Richter verpflichten, erst dann zur Aufnahme des letzten Willens zu schreiten, wenn ihm ärztliche oder vorgerichtliche Atteste über den bedenklichen Gesundheitszustand des Testators vorgelegt worden, so würde der Zweck des Gesetzes, welches die Aufnahme eines Testaments begünstigen will, vereitelt werden, und der Richter zur Aufnahme des Testaments häufig zu spät kommen. Die Ansicht des Justiz-min. ist daher, daß jeder Richter verpflichtet ist, die Aufnahme des letzten Willens sofort zu veranlassen, wenn ihm dringliche Umstände, auch ohne alle Bescheinigung, vorgetragen werden. Ein Vorwurf kann ihn nur dann treffen, wenn sich schon aus der Requisition selbst ergiebt, daß keine Gefahr im Verzuge gewesen ist, und er dennoch den Antragsteller nicht an das ordentliche Gericht gewiesen hat. (J. M. Bl. 1841 S. 147.)

§. 75. 1) Der Richter wird dadurch, daß er dem Testator in Beziehung auf das Testamentmachen Rath gegeben hat, oder daß ihm mit seinem Wissen ein Legat verschrieben worden, oder er Schuldner des eingesetzten Erben ist, oder daß er in dem Testamente Unrichtigkeiten gemacht hat, nicht unfähig, bei diesem Testamente das Amt des Richters zu verrichten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1841.
(Koch's Arch. Bd. 5. S. 219.)

2) Vergl. die Erg. zum §. 82. h. t.

§§. 78. 80. u. **81.** Diese §§. sind in Folge der neueren Justiz-Organisation weggefallen.

§§. 82—92. Wie das Gericht besetzt sein müsse.

§. 82. 1) R. v. 1. Nov. 1819. Die an ein Gericht als Hülfsarbeiter deputirten Referendarien sind gesetzlich qualifizirt, die Stelle des Richters bei An- und Aufnahme von Testamenten zu vertreten. (Jahrb. Bd. 14. S. 223, Gräff Bd. 3. S. 8.)

2) Unter dem Ausdrucke: »ein vereideter Protokollführer« ist jeder vereideter Protokollführer, und nicht gerade der jedesmalige Aktuarius des Gerichts, von welchem ein Testament auf- oder angenommen werden soll, zu verstehen, und daher kann auch der Syndikus einer Stadt bei Errichtung eines Testamentes als Protokollführer zugezogen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Jan. 1819.
(Jahrb. Bd. 14. S. 275.)

3) R. v. 31. Aug. 1839. Das zweite Mitglied einer Deputation zur Aufnahme von Testamenten muß nicht nothwendig eine zur Justiz verpflichtete Gerichtsperson sein; es genügt ein vereideter Protokollführer, also auch der Expedient und Schreiber eines Patrimonialrichters, wenn er als Protokollführer nach vorgängiger Prüfung zugelassen ist. Das Dienst- oder Vertragsverhältniß der Letzteren macht seine Zuziehung nicht unstatthaft. (J. M. Bl. 1839 S. 307.)

4) Muß das Protokoll über die Errichtung und Annahme des Testamentes von dem Protokollführer selbst geschrieben sein, oder genügt es, daß er die vom Richter selbst aufgenommene Verhandlung bloß mit unterzeichnet hat?

a) Die Gesetzrevisoren entscheiden sich für die erste Alternative, weil der Protokollführer, welcher das richterliche Protokoll bloß mit unterzeichnet, dabei höchstens das Amt eines Schöppen verrichte, deren in Ermangelung eines Protokollführers aber gesetzlich zwei zugezogen werden sollen. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 101.)

b) Die letztere Alternative hat das Ob. Trib. (Datum konstirt nicht) angenommen. (a. a. O.)

Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Sept. 1846 (Präj. Nr. 1779. b.) in den Erg. zum §. 104. h. t.

Dieser Ansicht ist auch Bornemann.
(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 28—29.)

5) Nach der vor dem 1. Dec. 1825 im Fürstenthum **Siegen** bestandenen Untergerichts-Verfassung konnte der Justizamtmann auch allein gültig Testamente aufnehmen, selbst da, wo ihm ein Aktuar zur Seite stand.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1842. (Präj. Nr. 1111.) (Präj. Samml. S. 72.)

§§. 82. 139. Der Umstand, daß der ein Testament auf- und annehmende Richter mit dem Testator in dem im §. 142. A. G. O. I. 2. bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschafts-Verhältnisse steht, namentlich aber, daß er mit dem Testator im vierten Grade verschwägert ist, begründet »für sich allein« keine Ungültigkeit des Testaments.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. März 1851. (Präj. Nr. 2276.)

Die Bestimmungen der A. G. O. I. 2. §. 143. Anh. §. 40. und III. 3. §. 13. enthalten keine Grundsätze des materiellen Rechtes, sondern nur Bestimmungen über diejenigen Voraussetzungen, unter welchen die **Kompetenz** des an sich zuständigen Richters modifizirt werden kann und Verstöße gegen diese werden daher auch in der V. v. 14. Dec. 1833 §. 5. Nr. 5. nur als Verletzungen wesentlicher Prozeßvorschriften bezeichnet; sie sind ferner auch nur mit einer Nichtigkeit in sofern verknüpft, als ein Richter den obigen Vorschriften zuwider an einer richterlichen **Entscheidung**, der er sich hätte enthalten sollen, Theil genommen hat. Sie beziehen sich nicht auf die Aufnahme von **Testamenten**, sprechen überhaupt nicht aus, daß eine von einem Richter, der mit der Partei in den dort erwähnten verwandtschaftlichen Verhältnissen steht, vorgenommene amtliche Handlung **nichtig** sei, berechtigen vielmehr nur die betheiligte Partei, auf die Verweisung der Sache an ein anderes Gericht anzutragen. Wollte man aber selbst mit Rücksicht auf §. 13. A. G. O. III. 3. annehmen, daß eine von einem Richter unter solchen Verhältnissen vorgenommene Amtshandlung in streitigen, so wie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als ungültig würde angefochten werden können, so würde daraus noch nicht folgen, daß ein Gleiches in Beziehung auf **Testamente** der Fall sei. Eines Theils nämlich unterscheiden sich Testamente von andren Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dadurch, daß sie einseitige stets widerrufliche Willenserklärungen enthalten, aus welchen auch Rechte für den darin Begünstigten erst nach dem Tode des Erklärenden entstehen; anderen Theils sind auch über die Erfordernisse der Gültigkeit eines Testaments speziell in den §§. 66—138. h. t. die umständlichsten Vorschriften gegeben. Die A. G. O. II. 4. §. 1. verweiset ausdrücklich auf solche in dieser Beziehung hin, und der §. 139. h. t. knüpft die Gültigkeit des Testaments an die Beobachtung der in den §§. 66—138. enthaltenen Vorschriften, welche als Spezialgesetze eine ausdehnende Erklärung um so weniger zulassen, als verschiedene derselben von den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung des Richters, unter gewissen Voraussetzungen, namentlich bei vorwaltendem eigenen Interesse, der amtlichen Wirksamkeit sich zu enthalten, abweichen. §§. 133., 136. a. a. O. Wenn aber selbst ein klar erhellendes eigenes **Interesse** des Richters ihn bei Geschäften dieser Art nicht zur Ausübung seines Amtes unfähig macht, so läßt sich noch weniger annehmen, daß der Gesetzgeber ein Testament, bei welchem der aufnehmende Richter nicht im Entferntesten betheiligt erscheint, doch nur deshalb allein hätte als ungültig angesehen wissen wollen, **weil** der Richter mit dem Testator verwandt oder verschwägert war. Es ist dies nirgends in den betreffenden Vorschriften über die Erfordernisse der Gültigkeit eines solchen Testaments ausgesprochen, weder §§. 72—75., noch §§. 82., 89., 134. ff. bestimmen dies. Das bloße verwandtschaftliche Verhältniß des Richters und Testators hat das Gesetz daher mit Rücksicht auf die Natur des Rechtsgeschäfts nur in sofern als beachtenswerth angenommen, als daraus solche persönliche Verhältnisse entstehen können, die es einem Testator wünschenswerth machen, sein Testament nicht von diesem Richter aufgenommen zu sehen, und unter dieser Voraussetzung auch einen fremden Richter berechtigen, das Testament an dem Wohnorte des Testators aufzunehmen, ohne die Gebühren dafür dem ordentlichen Richter abliefern und resp. Strafe erlegen zu müssen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 22, Entsch. Bd. 20. S. 132—143.)

Das R. v. 8. Mai 1815 hielt die Frage für zweifelhaft und erklärte es für rathsam, in dem Falle, wenn der Richter, dem ein Testament übergeben worden, mit dem Testator dergestalt verwandt oder verschwägert ist, daß er sich deshalb aller Einmischungen in eine Rechtssache enthalten soll, den Testator, wenn er noch lebt, von einem andern gehörig besetzten Gericht nochmals über die beabsichtigte Testamentifaktion vernehmen zu lassen.

(Jahrb. Bd. 5. S. 3, Gräff Bd. 1. S. 47.)

Das R. v. 23. Dec. 1823 spricht dagegen ganz bestimmt aus, daß die Vorschrift des §. 13. A. G. O. III. 3. in Verbindung mit §. 5. A. G. O. III. 8. ihrem Zwecke nach auf alle Gegenstände der gerichtlichen Verwaltung zur Anwendung gebracht werden müsse.

(Jahrb. Bd. 22. S. 190.)

Dieser Ansicht ist auch **Bornemann**.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 26.)

§. 83. Die zur vollständigen Besetzung eines Gerichts an Stelle des Aktuarius oder Protokollführers zuzuziehenden Gerichtsschöppen müssen schon **vorher** vereidigt worden sein, wenn die Gerichtshandlung als vor gehörig besetztem Gerichte vorgegangen angesehen werden und gelten soll. Die geschehene Vereidigung verliert jedoch dadurch, daß kein Protokoll darüber aufgenommen worden, nichts an ihrer Kraft und kann auch anderweitig erwiesen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1841.

Eine **gerichtliche** Vereidigung der Dorfgerichte, bei welcher freilich eine schriftliche Verhandlung nothwendig sein würde, ist nicht durchaus erforderlich, weil nirgends ausdrücklich vorgeschrieben; das R. v. 30. Okt. 1819[1]), durch welches die Regierungen angewiesen worden, in Zukunft die Vereidigung **durch den Landrath** mit Zuziehung einer Gerichtsperson zu veranlassen, beweist, daß sie auch durch andere Beamte, als durch den Richter geschehen kann. Daß aber bei einer solchen außergerichtlichen Vereidigung die Aufnahme eines Protokolls ganz unerläßlich, sei auch nicht **gesetzlich** sanctionirt. Ueberhaupt kann der Eidesleistung, wenn sie als **Thatsache** feststeht, bloß deshalb, weil eine darüber aufgenommene Verhandlung nicht zu produziren, die Kraft nicht abgesprochen werden. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

Bornemann ist gleichfalls, auf Grund der im §. 55. A. G. O. I. 25. vorgeschriebenen Eidesnorm, der Ansicht, daß die zugezogenen Schöppen schon **vor** der Aufnahme der letztwilligen Verordnung vereidet werden müssen. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 25.)

§. 84. Der Vereidigung der bei der Errichtung eines letzten Willens statt des Protokollführers zuzuziehenden zwei Schöppen **vor Gericht** bedarf es nicht, sondern es kann deren eidliche Verpflichtung auch vor einer andern öffentlichen Behörde, namentlich vor einem Königlichen Intendanturamte, rechtskräftig bewirkt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. April 1833. (Präj. Nr. 18.) (Präj. Samml. S. 73.)

§§. 88. 89. 1) K. O. v. 24. März 1839, betr. die Dekl. der §§. 88. 89. über die Ernennung der vereideten Protokollführer bei Deputationen zur Auf- und Abnahme letztwilliger Verordnungen[2]).

Zur Beseitigung der Meinungsverschiedenheit, welche bei mehreren Gerichten über die Auslegung der §§. 88., 89., 139. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. hinsichtlich der Frage obwaltet: ob bei der Ernennung der Deputation zur Auf- und Annahme eines Testaments oder einer anderen letztwilligen Verf. nur der richterliche Beamte oder auch der Protokollführer vom Gerichtsdirigenten ernannt sein müsse, deklarire Ich auf den Antrag des Staatsmin. die gedachten gesetzlichen Vorschriften dahin, daß zwar die Ernennung des vereideten Protokollführers, wie die des richterlichen Mitgliedes bei der Deputation zur Auf- und Annahme eines Testaments, eines Erbvertrages, einer Ehestiftung, worin über die künftige Erbfolge etwas bestimmt wird, oder einer anderen letztwilligen V., den Anweisungen der §§. 88. u. 89. a. a. O. gemäß, so nach wie vor durch den Gerichtsdirigenten geschehen muß, daß aber, wenn die Zuziehung eines vereideten Protokollführers ohne vorgängige Ernennung von Seiten des Dirigenten durch das richterliche Mitglied der Deputation erfolgt ist, hieraus keine Ungültigkeit der Verhandlung entsteht. (G. S. 1839 S. 155.)

2) Es ist streitig: ob die Deputation zur Auf- oder Abnahme einer letztwilligen Verfügung **für jeden einzelnen Fall besonders** von dem Vorgesetzten des Gerichts oder dessen Stellvertreter ernannt werden muß, **oder** ob eine allgemeine Ernennung einer Deputation für einen bestimmten Zeitraum genüge?

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 7. §. 73.

[2]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 5. April 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 75) angenommen, daß die Ernennung **beider** Mitglieder der Deputation durch den **Gerichtsvorgesetzten** so wesentlich nothwendig sei, daß, wenn durch eine mangelhafte Verfügung desselben nur die **eine** Gerichtsperson ernannt wird, dies die Nichtigkeit des aufgenommenen letzten Willens bewirkt, selbst wenn jene richterliche Person einen Protokollführer zugezogen hat. — Dagegen hatte **Müller** im Centralbl. 1837 S. 1090 ausgeführt, daß diese Ernennung nicht wesentlich nothwendig sei, und daß namentlich da, wo der Vorgesetzte eines formirten Gerichts sich selbst der Auf- oder Annahme eines Testaments unterzieht, der von ihm zu adhibirende Protokollführer nicht in der Deputations-Ernennung benannt zu sein braucht.

Letzteres nimmt das Justizmin. in dem R. v. 13. Juli 1843 an.

Die entgegengesetzte Annahme wird durch die §§. 88. u. 89. und die Worte »ohne dergleichen besonderen Auftrag« nicht gerechtfertigt. Der §. 89. enthält nur eine Anwendung von der im §. 88. aufgestellten Regel. Die Regel lautet, daß der Dirigent des Gerichts die Mitglieder der Deputation ernennen müsse, und der §. 89. knüpft daran die Folgerung, daß ohne eine solche Ernennung einzelne Gerichtsmitglieder sich der Aufnahme eines Testaments nicht unterziehen dürfen.

Wäre es die Absicht des Gesetzes gewesen, im §. 89. mehr als eine bloße Folgerung aufzustellen, und namentlich die Bestimmung zu treffen, daß die Mitglieder der Deputation für jeden einzelnen Fall vom Dirigenten ernannt werden müßten, so würde dies entweder in einem besonderen §., oder doch wenigstens in einer anderen Verbindung, als es hier geschehen, ausgesprochen worden sein. Der im §. 89. gebrauchte Ausdruck »ohne besonderen Auftrag« kann zu der beschränkenden Auslegung um so weniger Anlaß geben, als auch die Ernennung einer Deputation für einen bestimmten Zeitraum auf einem besonderen Auftrage des Dirigenten beruht, indem die Mitglieder derselben von ihm besonders ernannt und bezeichnet werden. Andererseits wird durch die Vorschriften der G. O. die Zulässigkeit ständiger Deputationen zur Aufnahme von Testamenten außer Zweifel gestellt. Dieselbe bestimmt nämlich im 2. Tit. des II. Thl. in Uebereinstimmung mit dem §. 88. h. t., daß dergleichen Handlungen entweder vor versammeltem Gericht, oder vor einzelnen dazu ausdrücklich deputirten Gerichtspersonen vollzogen werden müssen, und daß einzelne Gerichtsbeamte ohne solchen ausdrücklichen Auftrag des Gerichts oder seines Vorgesetzten dieselben vorzunehmen nicht berechtigt seien. Im §. 3. heißt es alsdann:

»Die Deputation einzelner Gerichtspersonen geschieht in der Regel nur für einen gewissen bestimmten Fall. Es können aber auch, besonders an größeren Orten, und bei zahlreichen besetzten Gerichten, zu gewissen Arten von Handlungen beständige Deputationen ein- für allemal ernannt werden.«

Daß diese Bestimmung auch auf Testamente Anwendung findet, folgt schon daraus, daß Testamente ebenfalls zu den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, und in Beziehung auf sie keine Ausnahme von jener Vorschrift gemacht worden ist. Es ist dies aber auch im 4. Tit. Thl. II. der A. G. O. noch speziell ausgesprochen, und dort in Bezug auf das bei Aufnahme von Testamenten und anderen letztwilligen V. zu beobachtende Verfahren, außer den Bestimmungen des A. L. R. I. 12. §§. 66—441., ausdrücklich auf die allgemeinen, für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt gegebenen Vorschriften hingewiesen.

Es kommt hinzu, daß diese Ansicht auch in der Praxis allgemein anerkannt wird, und daß nicht bloß in Berlin, sondern auch in den meisten größeren Städten der Monarchie dergleichen beständige Deputationen stets existirt haben, und noch gegenwärtig vorhanden sind. (J. M. Bl. 1843 S. 190.)

Unter Bezugnahme auf das R. hat das Justizmin. auch in dem Geschäfts-Regul. v. 18. Juli 1850 §. 19. (J. M. Bl. 1850 S. 238) die generelle Ernennung beständiger Deputationen für genügend erklärt.

Der I. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 12. Nov. 1852 gleichfalls aus, daß einzelne bestimmte Gerichtspersonen für einen gewissen Zeitraum zur An- oder Aufnahme der Testamente ein für alle Mal gültig bestellt werden können.

Die §§. 88. u. 89. verlangen nur einen von dem Vorgesetzten des Gerichts ausgegangenen Auftrag an gewisse bestimmte Gerichtspersonen, und ein solcher ist vorhanden, wenn zur Aufnahme sämmtlicher in einem gewissen Zeitraume beim Gerichte vorkommender Akte dieser Art ein oder mehrere Mitglieder des Gerichts nebst den nöthigen Subalternen ein- für allemal bestellt worden sind. Die Ernennung beständiger Deputationen zu diesem Zwecke steht also mit jenen Vorschriften gar nicht im Widerspruche, wird vielmehr im §. 3. A. G. O. II. 2. ausdrücklich für zulässig erklärt, welche Bestimmung auch auf Testamente Anwendung findet, da solche im §. 9. Nr. 5. A. G. O. II. 1. ausdrücklich zu den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitgerechnet werden, und die Vorschriften der A. G. O. II. 2. (über das Verfahren bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt) beziehen sich daher auch auf letztwillige Dispositionen, wie auch aus §§. 6., 19., 21. u. 28. a. a. O. hervorgeht. In Betreff der Vorschrift des §. 3. a. a. O. ist aber keine Ausnahme gemacht; im Gegentheil hat der Gesetzgeber hierbei gerade die Testamente im Auge gehabt, wie sich aus §§. 66. u. 87. h. t. in Verbindung mit §§. 3. u. 5. A. G. O. II. 4. ergiebt.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 376 Nr. 87.)

Derselben Ansicht ist Bornemann.
(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 26.)

Die entgegengesetzte Meinung, welche in dem Auff. im Centralbl. 1843 S. 666 vertheidigt wird, stützt sich besonders auf den Ausdruck: »besonderen Auftrag« im §. 89. h. t. und auf die Natur der §§. 88.; 89. als besonderer Vorschriften, die den allgemeinen vorgehen. Diese Ansicht hält auch Koch (Landr. Bd. 1. Anm. 90. zum §§. 88. h. t.) nach der bestehenden Gesetzgebung für die richtige.

3) Ueber die Frage: ob in Folge der neueren Organisation der Gerichtsbehörden der Vorsitzende der zweiten Abtheilung eines Kreisgerichts befugt ist, die Deputation zur Auf- oder Abnahme von letztwilligen Verordnungen zu ernennen, oder ob diese Ernennung nach wie vor zu den ausschließlichen Amtsbefugnissen des Gerichts-Direktors oder dessen, der seine Stelle vertritt, gehört? vergl. den Auff. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 196 ff. und die daselbst mitgetheilten R. des Justizmin. v. 24. Nov. 1851 und 4. Juni 1854, welche die Frage dahin beantworten, daß zwar dem Vorsitzenden der zweiten Abtheilung vermöge seiner Stellung als solcher nicht, gleich dem Kreisgerichts-Direktor, die Befugniß zusteht, die Mitglieder der Deputation zur Auf- oder Abnahme letztwilliger Verfügungen zu ernennen, daß aber der Kreisgerichts-Direktor die Befugniß, Mitglieder der zweiten Abtheilung zu deputiren, dem Vorsitzenden derselben übertragen und sich von ihm in dieser Beziehung vertreten lassen kann.

4) Der Auftrag zur Aufnahme eines Testamentes muß durch den Dirigenten schriftlich erfolgen, anderenfalls wird das Testament nichtig. Es genügt mithin nicht ein besonderer mündlicher Auftrag.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).
(Centralbl. 1843 S. 215 ff., 229 ff.)

5) Die Zuziehung eines anderen, als des ernannten Protokollführers zur Auf- oder Annahme des letzten Willens hat dessen Ungültigkeit nicht zur Folge.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1852, unter Bezugnahme auf die K. O. v. 24. März 1839 und die Vorschriften des A. L. R. II. 17. §. 78. und I. 13. §. 43.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 376 Nr. 87.)

6) Wird im Falle des §. 89. der Mangel durch eine nachträgliche Ernennung (Genehmigung) geheilt?

Koch verneint, weil ohne Ernennung das Mitglied nicht als Gerichtsperson handelt, keine Jurisdiktion hat, das Testament also als ein außergerichtliches nicht ins Dasein getreten ist, welche Natur durch eine Genehmigung des Dirigenten nicht verwandelt werden kann.
(Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 89. h. t.)

7) Ist es zulässig, daß eine zur An- oder Aufnahme des Testaments eines Ehegatten abgeordnete Deputation auch das Testament des andern Ehegatten (also ein wechselseitiges Testament) aufnehme?

Koch bejahet. (a. a. O.)

8) In dem Auff. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 203. ff. wird ausgeführt, daß ein von einem nicht deputirten Gerichtsmitgliede aufgenommenes Kodizill nicht bloß ungültig ist, sondern daß dasselbe auch nicht einmal in soweit aufrecht erhalten werden kann, als außergerichtliche Verordnungen des Erblassers gültig sind, — nämlich bis auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses. Denn der Gültigkeit eines solchen Kodizills stehe formell entgegen, daß dabei die Formvorschrift des §. 161. h. t. oder des §. 34. des Anh. nicht gewahrt worden, und materiell, daß der Erblasser ein gerichtliches Kodizill, nicht aber eine privilegirte außergerichtliche Verordnung zu errichten beabsichtigt habe, weshalb die formell ungültige Disposition ihrem ganzen Inhalte nach über den Haufen fallen müsse.

§. 91. u. Anh. §. 30. 1) Diese §§. sind durch Aufhebung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit gegenstandslos geworden.

2) R. v. 12. Febr. 1832. Auch ein Untergericht kann von einem andern Untergerichte ein von diesem aufgenommenes und verschlossenes Kodizill zur gerichtlichen Asservation annehmen.
(Jahrb. Bd. 39. S. 136, Gräff Bd. 6. S. 12.)

§. 92. Der §. 92. ist durch die Aufhebung der Militair-Civil-Gerichtsbarkeit gegenstandslos geworden; eine Ausnahme gilt indeß noch bei den mobil gemachten Truppen.

Vergl. die K. O. v. 24. April 1812 in den Erg. zum §. 72. h. t.

§§. 93 – 99. Von Testamenten vor Dorf-Gerichten.

1) R. v. 27. März 1805, betr. das Verfahren bei Aufnahme der vor den Dorfgerichten zu errichtenden Testamente.

Auf Eure Anfragen mittelst Ber. v. 24. Dec. v. J., die Auf- und Annahme der Testamente durch die Dorfgerichte betr., lassen Wir Euch hiermit bescheiden, daß

ad 1. im §. 93. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. benachbarte Dorfgerichte zur An- und Aufnahme eines Testaments nicht ausgeschlossen sind, zu ihrer Requisition aber eine gegründete Veranlassung, als ein unbesetztes Dorfgericht am Wohnorte des Testators und dabei die Gefahr im Verzuge bei Herbeiholung des ordentlichen Gerichtshalters, die §. 93. vorausgesetzt wird, obwalten müsse;

ad 2. bereits im §. 94. des angezogenen Tit. bestimmt sei, wie der Mangel eines ordentlichen Gerichtsschreibers ersetzt werden könne; und falls auch die genannten Personen fehlen sollten, der Gerichtsschreiber eines benachbarten Dorfgerichts zugezogen werden könne;

ad 3. es nothwendig sei, daß der Schulze und die Gerichtsmänner des Lesens und Schreibens kundig seien, wenn sich das Dorfgericht zur An- und Aufnahme eines Testaments qualifiziren soll;

ad 4. sich die Anfrage, ob der Schulze und ein Gerichtsmann bei der An- und Aufnahme eines Testaments fehlen können? aus der Disposition des §. 93., nach welchem die daselbst benannten vier Personen vorhanden sein müssen, erledige;

ad 5. eine Deputation des Dorfgerichts zur Ueberbringung des Testaments an den Gerichtshalter nicht nachgelassen sei, derselbe aber darauf halten müsse, daß ihm das Testament von sämmtlichen §. 93. benannten Gerichtspersonen eingehändigt werde, und daher

ad 6. es nicht hinreiche, wenn solches bloß von dem Schulzen und dem Gerichtsschreiber überbracht wird, und

ad 7. unter dem Protokoll, so dem Testatori nach dem §. 96. vorzulesen ist, dasjenige Protokoll verstanden werde, welches der Gerichtsschreiber mit den Gerichtspersonen, die ihm das Testament überbringen, über den Hergang der Sache abgehalten hat. (N. A. Bd. 4. S. 2, Rabe Bd. 8. S. 265.)

2) R. v. 29. April 1805. Dorfgerichte, welche nur aus dem Schulzen und Einem Schöppen bestehen, sind zur Auf- und Annahme von letzten Willensverordnungen nicht berechtigt.

Auf Eure Anfrage v. 27. März c., ob, wenn bei kleinen Gemeinden die Dorfgerichte nur aus einem Schöppen bestehen, dergleichen Dorfgerichte unter den sonstigen §§. 93. u. 94. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. bestimmten Bedingungen zur Auf- und Annahme von Testamenten oder Kodizillen berechtigt sind? lassen Wir Euch hiermit zur Resolution ertheilen:

daß, da das A. L. R. in der von Euch allegirten Stelle immer in Hinsicht der Dorfgerichte von einem Schulzen und Gerichtsschöppen in der Mehrzahl spricht, und in dem §. 93. l. c. den Dorfgerichten nur die Befugniß ertheilt, Testamente aufzunehmen, wenn sie aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen bestehen, die Anfrage, ob auch ein Schöppe hinreichend? nicht anders als verneinend beantwortet werden könne.

(Mathis Bd. 1. S. 149.)

3) Kann bei Dorfgerichten die Stelle der dritten Gerichtsperson, wenn nur zwei dergleichen angestellt, oder die dritte verhindert ist, von einer andern hierzu aus einem benachbarten Orte requirirten Dorf-Gerichtsperson vertreten werden?

Bejahet in dem Auff. in der J. Z. 1834 S. 443 nach Analogie der A. G. O. I. 25. §. 54., und weil auch die Stelle eines Justizbeamten von einem andern requirirten Beamten vertreten werden könne.

4) Ein Dorfgericht ist zur Aufnahme eines Testamentes hinreichend besetzt, wenn dasselbe, außer dem Gerichtsschreiber, von dem Schulzen und zweien vereideten Schöppen gebildet wird, obgleich bei dem Dorfgerichte noch mehrere Schöppen vorhanden sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. März 1838.

(Entsch. Bd. 4. S. 80.)

5) Können auch Minderjährige unter 18 Jahren vor den Dorfgerichten testiren?

Die Gesetzrevisoren bejahen, weil das Gesetz keine Ausnahme mache. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 108.)

Koch verneint, weil dergleichen Minderjährige nicht vollkommen testirfähig sind, und (nach §. 17. h. t.) »nicht anders« als zum gerichtlichen Protokoll testiren können.

(Landr. Bd. 2. Anm. 95. zum §. 93. h. t.)

6) Ein dorfgerichtliches Testament wird dadurch allein, daß die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das von dem Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unterschrift vollzogen haben, nicht ungültig.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. Juni 1847 [1]). (Präj. Nr. 1876.)

Nach den Bestimmungen des A. L. R. gehören die dorfgerichtlichen Testamente nicht zu den privilegirten, sondern dasselbe läßt von Hause aus für Fälle, wo dergestalt Gefahr im Verzuge ist, daß die Herbeikunft des ordentlichen Gerichtshalters auf dem platten Lande nicht abgewartet werden darf, andere Formen eintreten. Dabei waltet im Allgemeinen der Grundsatz vor, daß die wirkliche Absicht des Testators, wie es mit seinem Nachlaß zu halten, zu konstatiren sei, und daß zur Erreichung dieses Zwecks die Erforschung der Meinung des Testators durch die Dorfgerichte, die Niederschreibung des Akts durch den Gerichtsschreiber und die hiernächstige gerichtliche Vernehmung dieser Personen über den Hergang der Sache erforderlich, aber auch ausreichend sei (§§. 93. bis 95.). Wenn schon das Gesetz für die Person des Schulzen nur fordert, daß er nothdürftig des Lesens und Schreibens kundig sein solle (II. 7. §. 51.), so ist dagegen diese Eigenschaft bei Bestellung der Schöppen oder Gerichtsleute nach §. 74. keinesweges geboten, gewiß würden auch, wenigstens zur Zeit der Emanation des A. L. R., in einer großen Menge von Dorfschaften in dem Umfange des Preuß. Staats nicht drei Männer zu finden gewesen sein, welche des Lesens und Schreibens kundig waren. Die Vorschriften im 25. Tit. der Proz. O. §§. 52. ff. sind nicht hierher zu ziehen, weil sie nur von solchen Schöppen handeln, welche perpetuirlich bei den Patrimonialgerichten die Stelle der zweiten Gerichtsperson vertreten sollen. Ebenso wenig dürfen die Vorschriften des §. 18. A. G. O., II. 2. »von dem Verfahren bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarbeit«, herangezogen werden, weil für die Aufnahme dorfgerichtlicher Testamente ganz besondere Formen angeordnet sind, — zu diesen aber nach §. 93. h. t. die Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers (statt dessen unter Umständen eines Justizkomm. oder Notars oder Predigers, also überall besonders betraute, beeidete, des Schreibens kundige Männer) als unerläßlich gehört, in dieser Weise also, und durch die nachherige Erklärung vor dem Gerichtshalter für die gehörige Redaktion des Aktes angemessen gesorgt, und die Wirksamkeit der zuzuziehenden Schöppen somit besonders darin zu finden ist, daß sie die Erforschung der Willensmeinung des Testators zu besorgen und zu kontrolliren haben, wobei es der Schriftkunde nicht bedarf. Auch würde bei Festhaltung der strengeren Meinung die wohlthätige Absicht des Gesetzgebers vereitelt und die Gültigkeit vieler Testamente, bei deren Aufnahme die Vorschriften der Gesetze in eben dem minder strengen Sinn bereits gedeutet worden, in Frage gestellt werden.

(Präj. Samml. S. 73, Entsch. Bd. 15. S. 17, J. M. Bl. 1847 S. 220, Rechtsf. Bd. 2. S. 17.)

7) Wenn die Dorfgerichte nicht gehörig besetzt sind, so werden die vorhandenen Gerichtspersonen durch Zurückweisung eines Gesuchs um Aufnahme eines Testaments nicht verantwortlich.

Vergl. den Rechtsfall in der J. Z. 1834 S. 444.

§§. 93. 95. 140. Die Verantwortung der Mitglieder eines Dorfgerichts, welche bei Aufnahme eines dorfgerichtlichen Testamentes die gesetzlichen Förmlichkeiten verabsäumen, ist nicht nach demselben Grundsatze, welcher in Ansehung des Richters in §. 140. vorgeschrieben ist, zu bestimmen, sondern auf den im §. 83. A. L. R. II. 7. ausdrücklich bezeichneten Fall beschränkt, wenn sie unterlassen, die aufgenommene Verhandlung zur Beurtheilung deren Gesetzmäßigkeit oder näheren Berichtigung dem ordentlichen Gerichtshalter ohne Zeitverlust vorzulegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1838. (Präj. Nr. 442.) (Präj. Samml. S. 74, Entsch. Bd. 4. S. 80.)

§. 95. 1) Dekl. des §. 95. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R., betr. die Beförderung eines dorfgerichtlichen Testaments oder Kodizills an den Gerichtshalter. Vom 10. Juli 1846 [2]).

---

[1]) In den Gründen des Erk. des Ob. Trib. v. 13. März 1838 (Entsch. Bd. 4. S. 88. ff.) war das Gegentheil angenommen worden.

[2]) Der Meinungsstreit über die Bedeutung des »einhändigen« im §. 95. ist durch die Dekl. v. 10. Juli 1846 entschieden. Das Präj. des Ob. Trib. v. 29. Mai 1837 Nr. 273. (Präj. Samml. S. 73, Entsch. Bd. 3. S. 119): »Ein von einem Dorfgerichte aufgenommenes Testament muß von den Mitgliedern des Dorfgerichtes dem ordentlichen Richter persönlich eingehändigt werden, und ist nichtig, wenn es dem Richter nur zugesendet worden«, ist somit nicht mehr von praktischer Bedeutung. Vergl. darüber: Centralbl. 1840 S. 69.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. Zur Beseitigung der Zweifel, welche über die Auslegung des §. 95. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R., in Verbindung mit §. 139. a. a. O. und §. 33. des Anh. zum A. L. R., obwalten, deklariren Wir, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, die gedachte Vorschrift dahin:

daß zwar den Dorfgerichten die Verpflichtung obliegt, ein von ihnen auf- oder angenommenes Testament oder Kodizill dem Gerichtshalter, wenigstens durch eines ihrer Mitglieder persönlich einzuhändigen, jedoch die Rechtsbeständigkeit des Testaments oder Kodizills von dieser persönlichen Einhändigung desselben an den Gerichtshalter nicht abhängig ist.

Urkundlich ꝛc.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1846 S. 263.)

2) Die Unterlassung der Einhändigung des Testamentes an den ordentlichen Richter macht dasselbe nichtig.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1805.

(Mathis Bd. 1. S. 447.)

§. 99. 1) K. O. v. 21. Jan. 1833, betr. die Errichtung von Testamenten vor den Magisträten.

Ich habe aus Ihrem Ber. v. 7. d. M. ersehen, daß bei den Gerichten über die Anwendung des §. 99. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R., betr. die Errichtung von Testamenten vor den Mag., Zweifel entstanden sind. Zur Erledigung derselben verordne Ich hierdurch nach Ihrem Antrage, daß in Städten, wo der Richter nicht am Orte wohnt, oder wo nur eine zur Verwaltung des Richteramts bestellte Person vorhanden ist, in Abwesenheit derselben Testamente rechtsgültig von einer aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei Magistratsmitgliedern bestehende Deputation an- und aufgenommen werden dürfen, und daß es außer dem geleisteten Amtseide der Mitglieder dieser Deputation keine besondere Vereidung derselben zu Amtsverrichtungen dieser Art bedarf. Die Stelle des einen Magistratsmitgliedes kann durch den Stadtsekretair, einen vereideten Gerichtsschreiber, oder eine der §. 94. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. genannten Personen vertreten werden. (G. S. 1833 S. 13.)

2) R. v. 10. Juni 1833. Durch die Vorschrift der K. O. v. 21. Jan. 1833 ist die Nothwendigkeit, daß die Mag. die von ihren Deputirten an- oder aufgenommenen Testamente ohne Zeitverlust dem Richter einhändigen, nicht aufgehoben.

(Jahrb. Bd. 41. S. 427, Gräff Bd. 6. S. 13.)

3) K. O. v. 6. Nov. 1834, über das Verfahren bei Ausführung der Vorschriften des §. 99. und der K. O. v. 21. Jan. 1833 in denjenigen Städten des Großherzogthums Posen, welchen die St. O. noch nicht verliehen ist. (G. S. 1834 S. 184.)

4) Zur Gültigkeit eines magistratualischen Testaments bedarf es entweder der Mitwirkung von zwei Magistratsmitgliedern und des Stadtsekretairs, oder einer der im §. 94. benannten Personen, oder aber einer aus drei Mitgliedern bestehenden Magistrats-Deputation.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1854, auf Grund des §. 99. in Verbindung mit der K. O. v. 21. Jan. 1833.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 245 Nr. 51.)

§§. 100—103. Von gerichtlich übergebenen Testamenten.

§. 101. 1) Ein dem Gerichte versiegelt übergebenes, vom Testator eigenhändig geschriebenes Testament ist nichtig, wenn demselben die Unterschrift des Testators fehlt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Mai 1836, weil das Wort »wenigstens« im §. 101. keine andere Deutung zulasse, und mit Rücksicht auf den §. 108. h. t. (Entsch. Bd. 1. S. 81.)

Derselben Ansicht sind die Gesetzrevisoren (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 113) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 28.)

2) Ist das Testament von dem Testator eigenhändig unterschrieben, so ist es gleichgültig, von wem es geschrieben oder verfaßt worden. Selbst wenn dies von dem eingesetzten Erben oder von einem Legatar geschehen wäre, schadet es der Gültigkeit des Testaments nicht.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1841.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 219 ff.)

Die Gesetzrevisoren sind gleicher Meinung, indem sie bemerken, daß dies auch die Ansicht der Lehrer des gem. Rechts (Leyser, Med. sp. 395. med. 4. 5.) sei. Auch Suarez sei schon dieser Ansicht gewesen, weil, wie er Vol. 28. Fol. 328 (der Material.) bemerkt, der Testator dadurch, daß er das Testament eigenhändig unterschrieben und dem Gericht übergeben, seine Absicht, daß der Rezipient das Legat wirklich erhalten solle, deutlich genug zu erkennen gegeben habe. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 113.)

3) Ist der Nachweis zulässig und erheblich, daß das von einem Testator übergebene Testament, seiner Versicherung ungeachtet, nicht von ihm ge- und unterschrieben sei.

Bejahet von den Gesetzrevisoren (a. a. O. S. 113) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 28), weil das Gesetz ausdrücklich die Unterschrift des Testators fordere, und nirgends jenen, nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen Beweis abgeschnitten habe; die Verneinung der Frage würde zu der sonderbaren Inkonsequenz führen, daß auch das augenscheinlich von einem Dritten ge- und mit dem Namen des Testators unterschriebene Testament als ein gültiges angesehen werden müßte.

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 101. h. t.)

Bielitz dagegen meint, daß ein solcher Nachweis nicht zu gestatten, vielmehr in einem solchen Falle das Testament als gültig aufrecht erhalten werden müsse. (Komm. Bd. 3. S. 49.)

§. 102. Die Anwendung der Vorschrift des §. 102. wird auch in dem Falle nicht ausgeschlossen, wenn sich findet, daß das Testament wirklich vom Testator unterschrieben worden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1836. (Präj. Nr. 213.) (Präj. Samml. S. 73.)

Dagegen nimmt das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Jan. 1849 an, daß der (über den Inhalt des verlorengegangenen Annahme-Protokolls) nicht gelungene Beweis darüber, ob der Richter den Testator ausdrücklich befragt, ob von ihm das von ihm übergebene Testament wenigstens selbst unterschrieben worden, die Ungültigkeit des Testaments nicht nach sich zieht.

Auch das Unterlassen der Befragung des Erblassers, ob er das versiegelt übergebene Testament eigenhändig wenigstens unterschrieben habe, zieht die Ungültigkeit des Testaments nicht nach sich, wenngleich §. 102. vorschreibt, daß der Richter darüber den Testator ausdrücklich vernehmen müsse, und diese Vorschrift unter denjenigen Platz findet, deren Vernachlässigung nach §. 139. die Ungültigkeit des letzten Willens nach sich zieht. Allein nicht sämmtliche der in §§. 66—138. enthaltenen Vorschriften sind unerläßlich zur Form gehörig, wie dies theils aus §. 33. des Anh. zum A. L. R. erhellt, theils in dem Erk. des Ob. Trib. v. 13. Juni 1845 dargethan worden. Dahin ist auch die Vorschrift des §. 102. zu rechnen. Sie enthält lediglich eine Anweisung für den Richter, der ein versiegeltes Testament annimmt, sich danach zu erkundigen: ob der Testator die letztwillige Verordnung auch selbst wenigstens unterzeichnet habe, um bei etwaiger Verabsäumung dieses nothwendigen Erfordernisses der Unterschrift das Nöthige noch nachzuholen. Keinesweges aber geht der Sinn des Gesetzes dahin, daß, wenn auch feststände, daß der Testator sein Testament vielleicht ge- und unterschrieben, der Richter aber versäumt hatte, sich danach zu erkundigen, ob dies geschehen sei, und dies im Protokolle zu vermerken, dieser bloßen Verabsäumung wegen, das Testament ungültig sein solle.

(Entsch. Bd. 17. S. 224.)

Diese letztere Ansicht nimmt auch das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Mai 1854 an.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 83 Nr. 19.)

Auch das Erk. des Ob. Trib. v. 19. Mai 1829 hat sich in diesem letztgedachten Sinne ausgesprochen. (Centralbl. 1838 S. 319 ff.)

Koch bemerkt über diesen Widerspruch:

Der Satz des Präj. v. 25. Jan. 1849 berührt zwar die Frage nicht; denn man kann denken, es sei der Satz: legalia praesumuntur vorausgesetzt und deshalb schade das Mißlingen jenes Beweises nicht, vielmehr liege dem Gegner der Beweis des Gegentheils ob. So ist es jedoch nicht gemeint; der Grund ist vielmehr der, dem Präj. Nr. 213. gerade entgegengesetzte Satz: »die Vorschrift des §. 102. ist unwesentlich.« Darüber lassen die Ausdrücke in den Entscheidungsgründen keinen Zweifel.

(Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 102.)

§. 103. 1) Entsch. der G. Komm. v. 13. Febr. 1798 und R. v. 26. Febr. 1798, daß es der Gültigkeit eines Testaments nicht schade, wenn das Gerichtssiegel nicht in Gegenwart des Testators beigedruckt worden, oder daß die Ueberschreibung in Gegenwart des Testators geschehen, nicht zu entnehmen ist.

Auf die Anfrage der Breslauschen Oberamts-Reg. über die Anwendung des A. L. R. I. 12. §. 103. in Ansehung der Gültigkeit eines Testaments ist von der G. Komm. dahin konkludirt worden: daß, wenn über die Annahme eines gerichtlich niedergelegten, mit dem Petschaft des Testators verschlossenen Testament, ein von dem Testator mit unterschriebenes Protokoll aufgenommen worden,

es der Gültigkeit desselben nicht schade, wenn auch nicht von dem Richter in Gegenwart des Testators das Gerichtssiegel dem Petschaft des Testators beigedruckt worden, auch sich aus dem über die Annahme des Testaments aufgenommenen Protokoll nicht abnehmen läßt, ob die auf dem Testamente befindliche Ueberschreibung in Gegenwart des Testators von dem Richter auf das Testament geschrieben worden. (Stengel Bd. 7. S. 246, Rabe Bd. 5. S. 52.)

2) Bei der Ueberschreibung des Testaments ist die Gegenwart und Mitwirkung eines Protokollführers nicht erforderlich; denn die Einsiegelung und Ueberschreibung kann, unbeschadet der Gültigkeit des Testaments, mangelhaft sein.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1841.
(Koch's Arch. Bd. 5. S. 220.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des I. Sen. des O. L. G. zu Naumburg v. 8. Mai 1839 an, welches von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht) wiederhergestellt ist.
(Centralbl. 1838 S. 319, 369, 417, 463.)

3) Wenn auf dem Kouverte des Testamentes nicht bemerkt ist, daß dasselbe in Gegenwart des Testators überschrieben und versiegelt worden, auch bei den Testamentsakten eine Registratur über den Versiegelungsakt fehlt, so macht dies allein das Testament nicht ungültig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Juni 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 202 Nr. 48.)

§§. 104—112. Von mündlich angenommenen Testamenten.

§. 104. 1) Es erzeugt allein noch keine Nichtigkeit eines zum gerichtlichen Protokolle erklärten Testamentes, wenn einer der bei dessen Aufnahme zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der Verhandlung nicht ununterbrochen bei derselben anwesend befunden hat, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolles gegenwärtig gewesen ist.

Und ebenso ist ein von dem Richter einem der zugezogenen Schöppen über die Aufnahme des Testamentes in die Feder diktirtes und von dem Richter nicht selbst niedergeschriebenes Protokoll keinesweges bloß aus diesem Grunde nichtig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1846. (Präj. Nr. 1779.)

Es kommt allein darauf an, daß die Schöppen bei der Vorlesung der Willenserklärung, bei deren Genehmigung und Vollziehung anwesend sind. Es verweist der §. 104 h. t. unter anderen auf die §§. 12. sqq. A. G. O. II. 2., wo von der gehörigen Besetzung der Gerichte die Rede ist. Nach diesen mußte früherhin in der Regel ein jedes Gericht zur Aufnahme von Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit mit einem Richter und einem Aktuar oder vereideten Protokollführer besetzt sein; nach §. 18. a. a. O. indessen konnten, wie dies auch in den §§. 83. und 84. h. t. nachgelassen ist, statt des Protokollführers zwei vereidete Gerichtsschöppen zugezogen, und selbst, worüber auf §§. 51—56. A. G. O. I. 25. Bezug genommen ist, die Stelle des zweiten Schöppen durch einen bloßen Zeugen ersetzt werden. Nun heißt es zwar §. 50. A. G. O. I. 25.:

»Der Richter muß daher den ihm beigeordneten Aktuarius, Sekretair oder verpflichteten Protokollführer vom Anfang bis zum Ende zuziehen, und durch denselben das Protokoll führen lassen«,

und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eben so die nach §. 51. a. a. O., statt des Protokollführers, zu gebrauchenden beiden Gerichtsschöppen der Regel nach vom Anfange bis zum Ende der Verhandlung beizuwohnen haben. Nichtsdestoweniger kann nicht behauptet werden, daß die Unterlassung dieser Vorschrift unbedingt die Ungültigkeit der Verhandlung zur Folge habe. Dies hätte ausdrücklich vorgeschrieben sein müssen, ist aber nicht geschehen; und daher, da der §. 104. h. t. lediglich auf die Vorschriften der Proz. O. in Betreff der Erfordernisse gerichtlicher Protokolle verweist, welche über mündlich erklärte Testamente aufgenommen werden, um so weniger zuzugeben, als das Gesetz in einem besonderen Falle unzweideutig das Gegentheil verordnet, und Nichtigkeit nur da eintreten kann, wo sie in dem Gesetze, wie hier nicht der Fall, mit bestimmten Worten angedroht ist. Es macht nämlich die A. G. O. in dem §. 57. I. 25. und §. 20. II. 2. von der Nothwendigkeit der Zuziehung eines Protokollführers in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Parteien ausdrücklich erklärt hatten, daß sie eine solche nicht verlangten. Dabei geht aus §. 57. Nr. 4. a. a. O., auf welche der §. 21. A. G. O. II. 2. ausdrücklich Bezug nimmt, hervor, daß die Zuziehung des Protokollführers oder der Schöppen wesentlich und für die Gültigkeit der Verhandlung entscheidend nur für die Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung derselben erfordert wird; und daß nach dem Gesetze ein Protokoll, bei welchem die erwähnten Urkundspersonen in dieser Weise zugezogen sind, dieselbe rechtliche Kraft und Gültigkeit mit einem solchen hat, bei welchem von Anfang an ein vollständig besetztes Gericht anwesend gewesen. Hinsichtlich der Testamente besteht in so weit keine abweichende Vorschrift; denn §. 21. A. G. O. II. 2. hat keinen anderen Sinn, als daß der Verzicht auf die Zuziehung eines Protokollführers oder der Schöppen bei Testamenten rc. unstatthaft ist. Es wird dadurch aber der Grundsatz, daß die Anwesenheit der Schöppen rc. bei Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls diesem die Eigenschaft eines vor vollständig besetztem Gerichte aufgenommenen verleiht, auch für Testamente nicht ausgeschlossen. Es läßt sich auch, in Ermangelung positiver Vorschriften des Gesetzes, welche das Gegentheil bestimmen, nicht verkennen, daß nach der Natur der Sache die vorstehend geltend gemachte und in der Proz. O. anerkannte Ansicht die allein richtige ist; da es nur darauf ankommen kann, daß die Gerichtsschöppen, wie es auch ihr Eid mit sich bringt, §. 55. A. G. O. I. 25., auf die Gesetzlichkeit des Aktes, und daß der Inhalt des Protokolls mit dem wahren Hergange der Sache, d. h. hier mit der bestimmten und ungezwungenen Erklärung des Testators, übereinstimme, ihr Augenmerk richten und sich davon Ueberzeugung verschaffen; diese ihnen aber immer nur, zumal der Regel nach der Richter das Protokoll selbst zu schreiben hat, eben dadurch gewährt werden kann, daß das Protokoll in ihrer Gegenwart dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt wird. — Es ist in Betreff des zweiten Satzes nirgends verordnet, daß ein gerichtliches, mit Zuziehung von Schöppen aufgenommenes Protokoll deshalb ungültig sein solle, weil der Richter es einem der Schöppen in die Feder diktirt habe. Die Gültigkeit und verbindliche Kraft der gerichtlichen Protokolle hängt von der Zuziehung des Richters und der Urkundspersonen, wo diese erforderlich sind, nicht aber davon ab, daß der Richter, im Falle der Beiziehung von Gerichtsschöppen, es selbst geschrieben habe. Allerdings bestimmt die A. G. O. an den vorangegangenen Stellen, daß der Richter das Protokoll dem Aktuarius oder Protokollführer in die Feder diktiren, wenn aber nur Gerichtsschöppen zugezogen worden, es selbst schreiben soll; allein es ist dies keineswegs bei Strafe der Nichtigkeit verordnet, eine solche daher um so weniger anzunehmen, als sich dafür, mindestens im zweiten Falle unbedingt, kein zureichender Grund auffinden läßt.
(Präj. Samml. S. 73, Entsch. Bd. 13. S. 197.)

2) Zur Gültigkeit eines Testamentes ist nicht erforderlich, daß das Protokoll über den Hergang der Handlung in Gegenwart des Testators geschrieben werde.

Erkannt von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 9. Jan. 1840, weil nicht vorgeschrieben sei, daß das Protokoll in der Krankenstube geschrieben werden soll. Nur die Handlung selbst müsse in Gegenwart des Testators geschehen.
(Koch's Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

3) Auch in einer zur Aufnahme eines anderen Rechtsgeschäfts bestimmten gerichtlichen Verhandlung kann ein Testament gültig errichtet werden, wenn die in Betreff der gehörigen Besetzung des Gerichts und der Aufnahme letztwilliger gerichtlicher Dispositionen bestehenden gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1848.
(Entsch. Bd. 17. S. 192.)

§. 105. Eine mündlich erklärte letztwillige Verordnung, deren Gewißheit nicht bezweifelt werden kann, ist doch nicht rechtsgültig, wenn der Testator verstirbt, bevor ihm das darüber aufzunehmende Protokoll vorgelesen und dasselbe von ihm unterschrieben werden konnte.
(Präj. des Kammerger. v. 7. Sept. 1795, Stengel Bd. 15. S 239, Paalzow's Mag. Bd. 5. S. 297.)

§. 109. 1) R. v. 9. Aug. 1802. Die unterlassene Niederschreibung der Erklärung des Testators unter dem offen übergebenen schriftlichen Testamente: daß dieser Aufsatz seine letzte Willensmeinung enthalte, begründet keine Nullität.

Da nach dem von Euch eingesandten Annahme-Protokoll der rc. letztwilligen V. v. 13. Nov. 1797 alle wesentliche Erfordernisse einer Testaments-Uebergabe nach den §§. 100. u. ff. I. 12. des A. L. R. und dem genehmigten Concluso der G. Komm. v. 13. Febr. 1798 beobachtet sind, kein Schein eines Zweifels wider die Identität vorhanden ist, und der Umstand, daß die Versiegelung von Seiten des Testators nur erst in Gegenwart des Gerichts geschehen, die Glaubwürdigkeit des Aktus nicht verringern kann, wenngleich die nochmalige Beglaubigung nach dem §. 109. nicht erfolgt ist: so autorisiren Wir Euch hierdurch, Namens Eurer Kuranden, dieses Testament als zu Recht beständig anzuerkennen.
(R. A. Bd. 3. S. 4, Mathis Bd. 1. S. 107, Rabe Bd. 7. S. 201.)

2) Wenn unter einem dem Gericht offen übergebenen Testament die Erklärung des Testators: »daß dieser Aufsatz seine letzte Willensmeinung enthalte«, nicht verzeichnet ist, so hat diese Unterlassung die

Nichtigkeit des Testaments zur Folge und es kann dieser Mangel nicht durch eine Erklärung im Annahme-Protokoll ersetzt werden.

Erkannt vom I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Nov. 1849.

Der aus dem Konkl. der Gesetz-Komm. v. 13. Febr. 1798 entnommene §. 33. des Anh. zum A. L. R. hat den §. 109. nicht aufgehoben, und er kann über die darin bezeichneten Fälle hinaus nicht extendirt, sondern muß als exceptionelles Gesetz auf selbige beschränkt werden. Der Gesetzgeber hat es zur Konstatirung der Identität für wesentlich erforderlich erachtet, »daß unter dem Aufsatze die Erklärung des Testators, daß der unverschlossen übergebene Aufsatz seine letzte Willensmeinung enthalte, vermerkt werde«, und man kann diesem vom Gesetze verlangten Identitätsbeweise keinen anderen substituiren. Das Minist. R. vom 9. Aug. 1802[1]), welches eine andere Ansicht ausspricht, hat keine gesetzliche Kraft, und kann den §. 109. nicht aufheben; auch bezieht es sich auf einen einzelnen Fall, für den es die Autorisation der Vormundschaftsbehörde zur Anerkennung eines Testaments ertheilt, ohne allgemeine Grundsätze aufzustellen. (Entsch. Bd. 19. S. 159.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 109. h. t.

3) Die Unterlassung der im §. 109. enthaltenen Vorschrift hat die Nullität des Testamentes nicht zur Folge, wenn der vom Testator übergebene Aufsatz als ein integrirender Theil des über die Annahme aufgenommenen Protokolls angesehen und mit diesem zugleich versiegelt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 2. April 1844.

Der §. 33. des Anh. muß auf die darin bezeichneten Fälle beschränkt werden, weil sonst die Vorschrift des §. 139. über die Nichtigkeit bei Verstößen gegen die vorgeschriebenen Formen ganz überflüssig, und die Form eines Testamentes lediglich in die Willkühr des Richters gestellt wäre, in sofern er nur einen Protokollführer zuzieht, und über die Identität des Aufsatzes kein Zweifel obwaltet; eben so wenig läßt sich für die vorliegende Frage aus dem R. v. 9. Aug. 1802 etwas folgern, da sich dasselbe auf die Uebergabe eines bereits unterschriebenen und von dem Testator selbst versiegelten Testamentes bezieht. Der im §. 109. vorgeschriebene Vermerk soll offenbar nur dazu dienen, die Identität des Aufsatzes, welcher sodann in Gegenwart des Testators versiegelt wird, zu konstatiren. Ist dies der Grund, so ist es eben so zulässig, jenen Vermerk in einem besonderen Protokolle zu registriren, wenn nur das Protokoll mit dem Aufsatze in Gegenwart des Testators in Ein Kouvert gebracht und versiegelt wird. Ob dies Protokoll zugleich sich über den Hergang der Handlung selbst ausläßt, oder aber gemäß §§. 110., 103. noch ein besonderes Protokoll aufgenommen wird, macht dabei keinen Unterschied. Im ersteren Falle besteht die Abweichung von den allegirten Vorschriften darin:

a) daß das Protokoll mit dem Aufsatze versiegelt worden ist, während es zu den Akten kommen mußte (§§. 6. 5. A. G. O. II. 4.). Diese Abweichung begründet keine Nullität, weil im A. L. R. nicht ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß das Protokoll nicht versiegelt werden darf;

b) daß die Versiegelung und Ueberschreibung erst nach dem Abschlusse des Protokolles stattgefunden hat, und bei der befolgten Prozedur nur in dieser Art erfolgen konnte, daher in der Verhandlung davon nichts steht, in Bezug auf jenen Akt es also an dem Protokolle und dessen Unterschrift durch den Testator fehlt. Dagegen ist dieselbe vollständig in der Ueberschrift des Kouverts angegeben. Dies erscheint ebenfalls als ausreichend. Der Mangel der Versiegelung ist im §. 33. des Anh. speziell als nicht erheblich erwähnt; die nicht mit der Unterschrift des Testators versehene Registratur über die Ueberschreibung ist ebenfalls nicht wesentlich, weil bei mündlich zu Protokoll aufgenommenen Testamenten über die Versiegelung und Ueberschreibung nach §. 105. mit dem Testator eine Registratur gleichfalls nicht aufgenommen wird, dies vielmehr ex officio von der Testaments-Deputation geschieht.

Abgesehen hiervon ist dies Verfahren ganz strikte im §. 114. bei Blinden, Analphabeten und Gelähmten als zulässig bezeichnet. Genügt dies bei Blinden und Analphabeten, so kann bei schreibensfähigen Personen wenigstens nicht die Nichtigkeit des gleichen Verfahrens behauptet werden, wenn es auch bei ihnen nicht vorgeschrieben, da dasselbe ohne Zweifel ein majus im Vergleiche zu der Prozedur der §§. 108. u. 109. enthält. (J. W. 1844 S. 609 ff.)

§. 110. Vergl. die Erg. zum §. 103. h. t., Zus. 2. u. 3.

§. 112. 1) Ein Testament wird dadurch, daß der Richter dasselbe bis zur Publikation in seinem Privatgewahrsam behalten hat, nicht ungültig.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1841, weil der §. 33. des Anh. es für unschädlich erklärt, wenn bei der Aufbewahrung des Testamentes ein Fehler begangen ist. Es ist dort nicht gesagt: bei der Deposition, sondern bei der »Aufbewahrung«; es wird also die Deposition selbst für nicht wesentlich erklärt, und liegt hierin eine gesetzliche Deklaration der Vorschriften §§. 112. u. 139. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 220 ff.)

2) Ein vorschriftsmäßig aufgenommenes oder übergebenes, jedoch demnächst nicht zum gerichtl. Depositorio gebrachtes, sondern — wenn auch unversiegelt — bei den gerichtl. Akten bis zum Tode des Testators aufbewahrtes Testament oder Kodizill, über dessen Identität kein Zweifel obwaltet, ist bloß deshalb, weil es nicht in das gerichtl. Depositorium niedergelegt und nicht versiegelt worden, keinesweges ungültig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1845. (Präj. Nr. 1586.)

Zunächst ergiebt sich aus der Bestimmung des §. 139., daß nicht jede in den §§. 66—138. enthaltene Festsetzung als eine solche anzusehen ist, deren Nichtbefolgung die Ungültigkeit des Testaments oder Kodizills nach sich ziehen soll, sondern daß nur die — die Form des Testaments — also die Errichtung desselben betreffenden Vorschriften darunter gemeint sind. Denn nicht nur beschränkt sich der §. 139. ausdrücklich auf die Form des Testaments, sondern eine Vergleichung der in den §§. 66—138. enthaltenen einzelnen Bestimmungen gewährt die Ueberzeugung, daß nicht sämmtliche, als zur Form des Testaments gehörend, von dem Gesetzgeber angesehen worden sein können, wenngleich sie in jenen §§. mit enthalten sind. Namentlich würde es z. B. gewiß Niemandem einfallen, ein übrigens vollkommen formgerecht aufgenommenes und aufbewahrtes Testament um deshalb für ungültig zu achten, weil versäumt worden, einen Rekognitionsschein über dessen erfolgte Deposition auszufertigen. Dennoch aber enthält der §. 112., aus dem die Nothwendigkeit einer Deposition hergeleitet, zugleich ausdrücklich die Bestimmung, daß ein Rekognitionsschein ausgefertigt werden müsse. — Eben so ist die Vorschrift, daß die Testamente ad depositum geliefert werden müssen, von dem Gesetzgeber als eine auch zur Form gehörige nicht angesehen, und demgemäß zur Gültigkeit des Testaments nicht nothwendig. — Zunächst spricht der §. 112. ausdrücklich aus, daß die Niederlegung des Testaments im Depositorio nur »der mehreren Sicherheit wegen« geschehen solle. Ferner ist im §. 33. des Anh. klar ausgesprochen, daß zur Gültigkeit eines Testaments oder Kodizills nur gehöre: a) die vorschriftsmäßige Aufnahme, Abfassung, Schließung und Unterschrift des gerichtlichen Protokolls; b) bei gerichtlicher Uebergabe auch die Unzweifelhaftigkeit der Identität des übergebenen Aufsatzes; c) gerichtl. Aufbewahrung bis zum Tode des Erblassers; Mängel aber in allem demjenigen, was nach erfolgter vorschriftsmäßiger Aufnahme des Protokolls über die Errichtung oder Annahme eines Testaments oder Kodizills, den gesetzl. Anordnungen gemäß, von dem Richter größerer Sicherheit wegen noch vorgenommen werden soll, namentlich also Mängel hinsichtlich der Versiegelung, Ueberschreibung und die Art der Aufbewahrung, die Ungültigkeit der letztwilligen V. niemals nach sich ziehen sollen. — Endlich entscheiden auch §. 209. h. t. und §. 431. des Anh. zur A. G. O. (Präj. Samml. S. 74, Entsch. Bd. 11. S. 203.)

Auch der (vormalige) Rhein. Revis. u. Kassationshof hat angenommen (Datum konstirt nicht), daß ein zum gerichtlichen Protokoll erklärtes Testament, sofern nur die Identität des Aufsatzes nicht zweifelhaft ist, gültig sei, obgleich es nicht gehörig versiegelt, nicht gehörig überschrieben, und nicht im gerichtlichen Depositorium aufbewahrt worden. (J. W. 1841 S. 421 ff.)

Bornemann ist gleichfalls der Ansicht, daß die Deposition des Testaments nicht mehr als wesentliche Bedingung seiner Gültigkeit angesehen werden könne. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 29.)

3) Wenn ein wechselseitiges Testament unter Eheleuten nach dem Tode des erstversterbenden aus der gerichtlichen Verwahrung entfernt und dem überlebenden Ehegatten zurückgegeben worden ist, so verliert dasselbe hinsichtlich beider Eheleute seine Gültigkeit, wenngleich es hiernächst von dem überlebenden Ehegatten dem Gerichte wieder übergeben worden ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Mai 1854, auf Grund der §§. 112. u. 139., wovon mit Rücksicht auf §. 33. des Anh. nur dann eine Ausnahme stattfinde, wenn das Testament zwar nicht im Depositorium, aber doch in gerichtlicher Verwahrung geblieben wäre. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 83 Nr. 19.)

§§. 113—123. Was bei Testamenten der Blinden, Gelähmten und des Schreibens unerfahrenen Personen, ingleichen der Tauben und Stummen zu beobachten.

§. 114. a) Wenn ein blinder Testator, wie §. 114. gestattet, einen schriftlichen Aufsatz offen übergiebt, der nach Maßgabe §. 108.

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

als ein schriftliches Testament gelten soll, so ist es nicht als ein wesentlicher Mangel der Form zu betrachten, wenn der die Testamentsaufnahme bewirkende Richter nicht **selbst** dem Testator den Aufsatz vorliest, sondern eine der bei dem Akte mitwirkenden Personen veranlaßt, die Vorlesung in seiner Gegenwart vorzunehmen.

b) Es ist ferner in solchem Falle nicht nothwendig, daß der Aufsatz von den zugezogenen beiden Unterschriftszeugen vollzogen und damit nach §. 109. verfahren werde, vielmehr nur erforderlich, daß nach erfolgter Vorlesung des Aufsatzes dasjenige, was der Testator darüber erklärt, in dem aufzunehmenden Protokolle verzeichnet und dies Protokoll, von den beiden Unterschriftszeugen vollzogen, mit dem Aufsatze versiegelt wird.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1854. (Präj. Nr. 2502.)

Nach dem Wortlaute des §. 114. soll die Vorlesung des darin erwähnten Aufsatzes durch den Richter geschehen. Dennoch aber kann das Abweichen von dieser Vorschrift, wenn der Richter den dem Testator bestellten Beistand veranlaßt, das Testament vorzulesen, nicht für einen solchen Verstoß angesehen werden, der eine Nichtigkeit des Akts nach sich zieht. Daß diese Vorschrift des §. 114. nicht buchstäblich verstanden werden könne, ergiebt das Folgende, wonach der Richter in dem Protokolle bemerken muß, was der Testator bei dem übergebenen schriftlichen Aufsatze erklärt hat, woraus eben so gut gefolgert werden könnte, daß der Richter selbst diese Erklärung in das Protokoll niederschreiben müsse, wie denn auch der Ausdruck »der Richter« im Gesetze mehrfach, z. B. §§. 103., 105., 109., 157., bei Handlungen gebraucht wird, die gültiger Weise von dem Protokollführer, der die ganze Verhandlung niederschreiben kann, nach Anweisung des Richters wirklich vorgenommen werden. Wenn daher im §. 114. gesagt ist, der Richter solle den Aufsatz vorlesen, so heißt das nur so viel, als, er solle die Vorlesung veranlassen, und wenn er für angemessen findet, den Aufsatz durch eine der bei dem Akte mitwirkenden Personen in seiner Gegenwart vorlesen zu lassen, so ist dies als eine, durch den Richter bewirkte Vorlesung im Sinne des Gesetzes anzusehen, zumal die Vorschrift des §. 139. h. t. durch den §. 33. des Anh. modifizirt und hiernach ein solches Verfahren nicht mit Nichtigkeit bedroht ist. Eben so wenig ist erforderlich, daß das nur als ein in Gemäßheit des §. 114. offen übergebener Aufsatz anzusehende, dem Testator vorgelesene Testament dem dort alleg. §. 108. zufolge, von dem Testator oder von den beiden Unterschriftszeugen vollzogen und damit nach §. 109. verfahren werde. Der §. 114. bestimmt ausdrücklich, daß, wenn ein Blinder einen offenen Aufsatz, der als Testament gelten soll, übergiebt, es nur der Vorlesung desselben und einer Verzeichnung dessen im Protokolle bedürfe, was der Testator nach erfolgter Vorlesung darüber erklärt hat. Es rechtfertigt sich dies auch durch die Verschiedenheit des Falls, wenn ein sehender Testator einen solchen Aufsatz nach §. 108. übergiebt, von dem, wo dieses Uebergeben Seitens eines Blinden erfolgt. — Ersteren Falls hat der Richter nach §. 108. bloß nachzusehen, ob der Aufsatz von dem Testator unterschrieben ist, und wenn dies nicht der Fall war, die Unterschrift bewerkstelligen zu lassen. Bei dem Blinden, der die Unterschrift nicht vollziehen kann, tritt an deren Stelle die Vorlesung des Aufsatzes und seine im Protokolle zu verzeichnende Erklärung darüber, welche letztere dann von den Unterschriftszeugen vollzogen werden muß. Denn der §. 114. setzt nicht fest, daß, wenn der Blinde einen offenen Aufsatz, der sein Testament enthalten soll, übergiebt, damit nach Vorschrift des §. 108. verfahren werden solle, sondern nur, daß dem Blinden auch frei stehen solle, einen solchen offenen Aufsatz nach Maßgabe des §. 108. zu übergeben; das Allegat hat also nur den Zweck, den Fall zu bezeichnen, wie der Wille des Blinden dahin gehe, daß der Aufsatz als ein schriftliches Testament gelten solle. Die dann zu beobachtende Form bestimmt der §. 114.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 22, Entsch. Bd. 27. S. 329, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 375 Nr. 80.)

Gegen den Satz b. dieses Präj. vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 114. h. t.

§. 115. 1) R. v. 3. Juli 1816. Bei einem wechselseitigen Testamente sind, wenn auch beide Testatoren nicht schreiben können, doch nur zwei Zeugen zuzuziehen.

(Jahrb. Bd. 8. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 49.)

2) Der Testator gilt für schreibfähig, wenn er seine Unterschrift zwar mit geführter Hand vollzogen hat, aber doch sonst schreiben kann. In diesem Falle bedarf es daher keiner Zeugen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(Simon's R. Bd. 1. S. 261.)

3) Frauenspersonen können nicht Testamentszeugen sein.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(Simon's R. Bd. 1. S. 261.)

Vergl. Notariats-Ordn. v. 11. Juli 1845 §. 7.

4) Die Vorschrift des §. 72. des Anh. zur A. G. O. I. 10. §. 19. ist nur auf prozessualische Verhandlungen zu beziehen; bei Aufnahme letztwilliger Verordnungen eines Erblassers, der bloß seinen Namen schreiben, sonst aber weder lesen noch schreiben kann, bedarf es daher nach der nicht zu extendirenden Vorschrift des §. 115. nur der Unterschrift des Erblassers, nicht aber der Zuziehung eines Unterschrifts-Beistandes.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 59 Nr. 13.)

5) Die für Testamente geltende Vorschrift, daß statt des an der Unterschrift verhinderten Testators zwei Zeugen zuzuziehen (§. 115.), kann nicht auf solche Erbverträge hinübergezogen werden, in denen der am Schreiben Verhinderte keine Verfügung über seinen eigenen künftigen Nachlaß trifft.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Mai 1847.

Denn im §. 115. ist nur des Testators gedacht, im §. 619. nur des Versprechenden, — einen Vortheil verheißenden — im offenbaren Gegensatze gegen den Annehmenden, und es liegt hierbei der Fall gar nicht vor, wo das Gesetz eine strengere Form bei Beglaubigung der Handzeichen fordert.

(Entsch. Bd. 15. S. 180.)

§§. 115. 116. 122. Wenn der Testator Handzeichen zu zeichnen im Stande ist, so muß solches, bei Strafe der Ungültigkeit des Testamentes, in Gegenwart der zuzuziehenden zwei Zeugen geschehen. Die Erklärung des Testators vor denselben, daß die Handzeichen von ihm gezogen worden, ist nicht hinreichend.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Juni 1838. (Präj. Nr. 491.) (Präj. Samml. S. 73.)

§§. 115—121. 1) Abhandl. über die Erfordernisse eines Testamentszeugen, in Gruchot's Arch. Bd. 1. S. 205 ff.

2) Die Fähigkeit eines Testaments-Zeugen ist nicht nach der Notariats-Ordn., sondern nach den Vorschriften des A. L. R. I. 12. zu beurtheilen und es sind daher namentlich minderjährige, doch eidesmündige Personen, so wie Dienstboten des Richters, welcher das Instrument aufnimmt, an und für sich taugliche Testamentszeugen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Dec. 1851.

Die Notariats-Ordn. v. 11. Juli 1845 regelt lediglich das Verfahren bei Aufnahme notarieller Verhandlungen, während das Verfahren bei Aufnahme gerichtlicher Testamente im A. L. R. I. 12. vorgeschrieben und nach diesen Instrumentszeugen bei einem Testamente nur im Falle des §. 118. unfähig sind, während sich aus §. 120. l. c. in Verbindung mit A. G. O. I. 10. §. 233. ad 5. ergiebt, daß eine solche Unfähigkeit Betreffs eines Dienstboten des testamentaufnehmenden Richters nicht eintritt. (Entsch. Bd. 22. S. 133.)

Die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 211 u. 212 hält dies für unrichtig und will die Erfordernisse gültiger Testamentszeugen aus der Not. O. beurtheilt wissen.

Dieser Meinung ist auch Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 16. u. 17. ad h. l.)

§§. 115. 117. 1) Die bei Aufnahme eines Testaments in dem Falle, wenn der Testator das Protokoll nicht unterschreiben kann, zuzuziehenden beiden Männer müssen des Lesens und Schreibens kundig sein.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1856[1]).

Das im §. 115. erforderte: »bezeugen«, kann sich in nichts Anderem äußern, als in einer sofort von dem Bezeugenden vorgenommenen Handlung, aus welcher in der Folge ihr Zeugniß um so mehr bestimmt hervorgehen muß, als sonst Fälle eintreten können, wo ihr späteres Zeugniß gar nicht mehr zu erlangen, und somit das, was sie bezeugen sollen, nicht mehr festzustellen wäre, und zwar nur durch sie allein. Diese äußere Handlung der beiden zugezogenen Männer kann aber als eine für alle Folge ersichtliche Kundgebung ihres stattgefundenen Zeugnisses in nichts Anderem bestehen, als in einer eigenhändigen schriftlichen Bescheinigung von ihrer Seite, daß der Testator die Handzeichen unter das Protokoll gemacht habe. Daraus folgt von selbst, daß diese beiden Männer des Lesens und Schreibens kundig sein müssen. Auch erfordert der §. 117., daß die Testamentszeugen die Eigenschaften gültiger Instrumentszeugen besitzen müssen, und der §. 63. A. G. O. III. 7. stellt als wesentliches Requisit solcher auf, daß sie lesen und schreiben können.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 292 Nr. 71.)

---

[1]) Vergl. indeß das Präj. desselben Sen. v. 30. Mai 1856, Zus. 2. ad h. l.

Die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 208. tritt dieser Ausführung bei.

2) Wenn die bei Aufnahme eines Testaments, welches der Testator nicht unterschreiben kann, zugezogenen beiden Männer den Vermerk über das vom Testator beigefügte Handzeichen unterschrieben haben, so kann daraus, daß sie das Handzeichen nicht selbst attestirt haben, und auch daraus, daß sie bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder lesen noch schreiben können, eine Nichtigkeit des Testaments nicht hergeleitet werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1856. (Präj. Nr. 2669.)

Der §. 46. A. G. O. II. 2. ergiebt klar, daß es nicht des Protokollführers oder des Schöppen, sondern des Richters Amt sein soll, das dort gedachte Attest auszustellen. Wenn nun an die Stelle des Protokollführers oder des Schöppen nach §. 115. zwei glaubwürdige Männer treten sollen, durch die das Handzeichen des Testators bezeugt werden soll, so folgt daraus nur, daß sie das, was sonst Protokollführer oder Schöppen zu verrichten haben, verrichten müssen, keineswegs aber, daß sie nun auch in die Stelle des Richters treten, und dessen Funktion, die Ausstellung des Attestes, übernehmen sollen. Ihre Verrichtung besteht vielmehr nur darin, ihren Namen bei dem Handzeichen des schreibensunfähigen Testators, und zwar unter dem, sei es vom Richter oder Protokollführer geschriebenen Vermerk über das Handzeichen, zu setzen, und in dieser ihrer Handlung allein muß ihr vom Gesetz erfordertes »bezeugen« gefunden und erkannt werden. Mehr haben die Gesetze nicht vorgeschrieben, und wenn diese Form bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ein Richter mit einem Schreibensunerfahrenen ohne Zuziehung eines Protokollführers aufgenommen hat, genügt (vergl. die Plenarbeschlüsse v. 6. Nov. 1848 [1]), Entsch. Bd. 17. S. 66, und v. 7. Mai 1855 [2]), Entsch. Bd. 30. S. 393), so muß dies um so mehr da angenommen werden, wo die Verhandlung mit Zuziehung eines Protokollführers aufgenommen ist. Was aber die Frage betrifft, ob die beiden Unterschriftszeugen lesens- und schreibenskundig sein müssen, oder ob es genügt, wenn sie nur ihren Namen schreiben, sonst aber weder lesen, noch schreiben können, so sind die Requisiten der im §. 117. genannten Instrumentszeugen in den Gesetzen nirgends ausdrücklich vorgeschrieben. Instrumentszeugen sind aber nichts anderes, als eben Beweiszeugen, von denen, wie der §. 118. ergiebt, gefordert wird, daß ihnen keiner der Mängel entgegenstehe, wegen welcher Jemand zur Ablegung eines Zeugnisses nach Vorschrift der Proz. O. unfähig ist. Diese Mängel sind diejenigen, welche der §. 227. A. G. O. I. 10. aufführt, und zu denen keineswegs die vollständige Lesens- und Schreibenskunde des Zeugen gehört. Das Gesetz verlangt, daß der Zeuge bei dem Vermerk über das Handzeichen des Testators seinen Namen schreibe. Kann dies der Zeuge, und hat er dies gethan, so kommt es nicht weiter darauf an, ob er noch mehr lesen und schreiben kann. Der §. 63. A. G. O. III. 7. kann nicht in Betracht kommen [3]). Die Fähigkeit der Testamentszeugen ist nicht nach der Not. O. zu beurtheilen (vergl. Präj. v. 29. Dec. 1851, Entsch. Bd. 22. S. 133 [4]); überdies giebt auch der §. 63. a. a. O. die Requisiten gültiger Instrumentszeugen nicht vollständig und bestimmt an. Die darin allerdings enthaltene Bestimmung, daß die Instrumentszeugen auch des Lesens und Schreibens kundig sein müssen, beruht darauf, daß sie den zweiten Notar ersetzen sollen, und daraus ergiebt sich in Betreff der zu beobachtenden Förmlichkeiten der Unterschied zwischen einem Notariats-Instrumente und einer von einem Richter mit Zuziehung eines Protokollführers aufgenommenen, gerichtlichen Verhandlung, so wie die Nichtanwendbarkeit des §. 63. a. a. O. auf die letztere.

(Entsch. Bd. 33. S. 338, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 232 Nr. 61.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 4. S. 1262.

§§. 117. 121. Der Vormund eines im Testamente eingesetzten Erben kann als gültiger Instrumentszeuge bei der Aufnahme des letzten Willens eines des Schreibens unkundigen Testators zugezogen werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1848. (Präj. Nr. 2083.)

Das Gesetz verlangt zu einem Testamentszeugen keineswegs, daß er auch ein nach den Vorschriften der Proz. O. vollkommen glaubwürdiger Zeuge sei, zieht namentlich sein Verhältniß zu dem Erblasser oder Erben dabei gar nicht in Betracht, und macht in letzterer Beziehung und hinsichtlich seines Verhältnisses zu Dritten, ausschließlich die §§. 119., 120. bestimmten Ausnahmen. Sodann fügt der §. 121. ausdrücklich hinzu:

»Andere Erfordernisse, welche die Gesetze bei einem zulässigen oder gültigen Beweiszeugen vorschreiben, sind bei einem bloßen Testamentszeugen nicht nothwendig.«

Die in den vorhergehenden Gesetzstellen enthaltenen Erfordernisse beschränken sich aber darauf, daß 1) der Testamentszeuge nicht überhaupt ganz unfähig zur Ablegung jedes Zeugnisses nach Vorschrift der Proz. O. sei, folglich nicht zu den §. 222. A. G. O. I. 10. bezeichneten Personen gehöre; 2) daß er nicht selbst in dem Testamente bedacht und 3) daß er mit dem das Testament auf- oder annehmenden Richter nicht in solchem Verhältniß stehe, daß er für ihn kein beweisendes Zeugniß ablegen könnte. — Der Umstand ist unerheblich, daß der Unterschriftsbeistand Vormund eines der eingesetzten Miterben ist. Mit dem nämlichen Rechte wären auch dessen Vater oder leiblicher Bruder als Zeugen nicht zuzulassen, während das Gesetz ausdrücklich ein solches Verhältniß, in der hier in Rede stehenden Beziehung nicht berücksichtigt. Auch die Ausführung ist nicht richtig, daß der Vormund juristisch als Eine Person mit dem Kuranden betrachtet werde; denn abgesehen davon, daß nach §. 119. nur der selbst im Testament Bedachte als Testamentszeuge nicht zuläßig sein soll, so widerspricht auch diese Ausführung den gesetzlichen Bestimmungen über das Verhältniß der Vormünder zu ihren Kuranden. (§§. 240. und 235. A. L. R. II. 18. (Präj. Samml. S. 74, Entsch. Bd. 17. S. 192.)

Koch hält, unter Hinweisung auf §. 120. h. t. und §. 8. der Not. O., diese Entscheidung für bedenklich, da der Vormund die Stelle des Vaters vertrete, und wenn es zum Streite über die Vollziehung des Testaments komme, kein Zeugniß zu Gunsten seines Mündels ablegen könne, vielmehr für ihn die Parteistellung übernehmen müsse. (Landr. Bd. 2. Anm. 17. zum §. 118. h. t.)

Dagegen tritt die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 213 dem Ob. Trib. bei.

Das Verhältniß des Vormundes zu seinem Mündel bringt keineswegs, wie das Vormundschafts- und Schwägerverhältniß, beide in eine dauernde persönliche Verbindung, sondern macht sich nur da geltend, wo der Vormund als solcher auftritt, wo es sich also um die Vertretung des Pflegebefohlenen handelt. Sonst steht er dem Mündel, wenn nicht ein verwandtschaftliches Verhältniß obwaltet, nur als persona extranea gegenüber, und kann daher auch Zeuge bei dessen Testament sein.

Uebrigens erklärt schon die durch das R. v. 8. Dec. 1783 mitgetheilte Entsch. der Gesetz-Komm. v. 25. Nov. 1783 (Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 375) den Vormund des instituirten Erben für einen gültigen Testamentszeugen.

§. 123. Testamente der Tauben und Stummen.

§. 123. 1) R. v. 24. Juni 1802. Verfahren bei der gerichtl. An- und Aufnahme der Testamente solcher Personen, welche völlig stumm und taub geworden und nicht schreiben, auch Geschriebenes nicht lesen können.

Wir finden das in Eurem Ber. v. 10. v. M. vorgeschlagene Verfahren bei Aufnehmung des Testaments eines Tauben, der vollkommen fertig sprechen kann, jedoch nicht im Stande ist, Geschriebenes im Zusammenhange zu lesen, völlig angemessen, und habt Ihr daher das Untergericht, welches dieserhalb bei Euch angefragt hat, diesem gemäß zu bescheiden, zugleich aber dasselbe anzuweisen, den Versuch zu machen, ob es möglich sei, sich dem Tauben, der wahrscheinlich Gedrucktes lesen kann, durch eine dem Druck ähnliche Schrift verständlich zu machen, welchenfalls dieses Mittel der zweifelhaften Zeichensprache vorzuziehen sein würde.

Uebrigens ist es keinem Bedenken unterworfen, daß, wenn Behufs der Zeichensprache bei Aufnahme des Testaments schon zwei Zeugen adhibirt werden, nicht noch außerdem wegen Mangels der Unterschrift des Testators zwei andere Zeugen zugezogen werden dürfen, vielmehr kann die Verhandlung vor den Gerichtspersonen und den der Zeichensprache des Testators kundigen beiden Dollmetschern gültig erfolgen.

Bericht.

Ein Einwohner einer in hiesiger Provinz gelegenen Stadt hat in einem Alter von etwa 20 bis 30 Jahren nach und nach sein Gehör verloren und ist jetzt völlig taub. Er hat sonst unter Leuten geringeren Standes gewöhnliche Kenntniß von Geschäften, den völligen Gebrauch der Sprache und die Fähigkeit, seinen Willen deutlich und mit Zuverlässigkeit mündlich zu äußern, so wie von der anderen Seite man sich ihm durch Zeichen oder einzelne deutlich geschriebene Worte leicht verständlich machen kann. Dahingegen kann derselbe weder schreiben, noch Geschriebenes im Zusammenhange lesen.

Dieser Mensch will bei dem Gerichte, dessen Eingesessener er ist, eine letztwillige Disposition vortragen und das Gericht hat über die bei einem solchen Geschäft zu beobachtende Form bei uns angefragt.

[1]) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 10. §. 19. u. Anh. §§. 66. bis 74.

[2]) Vergl. ebendas.

[3]) Hierin weicht dies Präj. von der Zus. 1. gegebenen Entsch. v. 18. Jan. 1856 ab.

[4]) Vergl. die Erg. zu den §§. 115—121. h. t. Zus. 2.

Tauben Personen, welche sich schriftlich oder mündlich ausdrücken können, stehen die Gef. bei Errichtung ihres letzten Willens nicht entgegen (A. L. R. I. 12. §. 26.), es müssen ihnen aber die an sie zu richtenden Fragen schriftlich vorgelegt und von ihnen beantwortet werden. (A. L. R. a. a. O. §. 123.).

Was geschehen soll, wenn der Taube nicht Geschriebenes lesen kann, und ihm also die an ihn zu richtenden Fragen ohne Erfolg schriftlich würden vorgelegt werden, bestimmt das Gesetz nicht.

Es scheint uns aber unbedenklich zu sein, daß alsdann die Zeichensprache in der Art substituirt werde, wie solches bei Aufnahme der Verträge taubstummer Personen in der A. G. O. II. 3. §. 7. vorgeschrieben ist:

daß nämlich zwei von denjenigen Personen, die mit solchem Testirer täglich oder doch oft zusammen kommen und Umgang pflegen, bei der vorzunehmenden Handlung aber kein solches eigenes Interesse haben, welches ihre Glaubwürdigkeit zweifelhaft machen könnte, von dem Gerichte bei Aufnahme oder Annahme des letzten Willens zugezogen werden;

daß diese darüber:

ob und woher sie wissen, daß derselbe durch Zeichen hinlänglich verständigt werden könne, an Eides Statt und mit dem Bedeuten, daß sie sich zur eidlichen Bestärkung ihrer Angaben auf Erfordern bereit halten müssen, vernommen werden;

daß das Gericht die Richtigkeit solcher Angaben sorgfältig prüfe, sich davon durch wiederholte Proben so vollständig als möglich überzeuge, und die diesfallsigen Verhandlungen umständlich zum Protokoll niederschreibe;

daß das Gericht alsdann durch diese Dollmetscher, bald durch den einen, bald durch den anderen die dem Testirer zu thuenden Fragen vorlege, und dann der Antwort des letzteren gewärtige;

daß es am Schlusse des Protokolls den Inhalt desselben, so weit es die vorzunehmen gewesene Handlung selbst betrifft, dem Testirer auf gleiche Art nochmals vorhalte und dessen Erklärung eben so gewärtige, und endlich

daß das Protokoll auch von diesen Dollmetschern mit unterzeichnet werde.

Denn diese Form, welche die Gesetze für hinlänglich gehalten haben, die Ueberzeugung von der Gewißheit der Willenserklärung taubstummer Personen bei Abschließung von Verträgen zu geben, muß auch unstreitig hinlänglich sein, die Gewißheit des Willens eines bloß des Gehörs beraubten Testirers bei Errichtung letztwilliger Verordnung zu verschaffen, so wie sie aber auch auf der anderen Seite dazu erforderlich ist, um diese Gewißheit zu erhalten.

Uebrigens wird sich wohl von selbst verstehen,

daß obgedachte Dollmetscher, wenn sie die im A. L. R. a. a. O. §§. 115. u. ff. erforderlichen Eigenschaften haben, zugleich zur Beglaubigung des Protokolls über die Auf- und Annahme des letzten Willens in dem Falle gebraucht werden können, wenn der Taube zugleich des Schreibens unerfahren ist, und also die Fälle der §§. 115. u. 116. a. a. O. eintreten, folglich es in solchem Falle, außer jenen Dollmetschern, nicht noch zu solcher Beglaubigung der Zuziehung zwei anderer glaubwürdiger Männer bedürfe.

Ew. Königl. Majestät bitten wir nun alleruntertänigst, es zu bestimmen und festzusetzen:

ob in dem Falle, wenn eine zur Errichtung letztwilliger Verordnung sonst fähige, aber taub gewordene und des Schreibens unerfahrene Person in Gerichten ihr Testament oder Kodizill übergeben, oder zum gerichtlichen Protokoll erklären will, dabei die von uns vorgeschlagene Form, oder welche andere beobachtet werden soll.

(R. A. Bd. 3. S. 5, Mathis Bd. I. S. 108, Paalzow's Mag. Bd. 7. S. 189, Rabe Bd. 7. S. 175.)

2) R. v. 10. Mai 1806. Verfahren bei Auf- und Annahme der Testamente solcher Personen, welche bloß stumm sind und nicht schreiben können.

Auf den über die Anfrage der Kreis-Justizkomm. zu Gnesen wegen der Aufnahme des Testaments des zum Sprechen unfähigen und des Schreibens unkundigen dasigen Bürgers rc. unter dem 14. v. M. erstatteten Bericht ertheilen Wir Euch hierdurch zur Resolution:

daß die Bestimmung der A. G. O. II. 3. §. 7., nach welcher die Zeichensprache bei Verträgen der Taubstummen angewendet werden soll, auch bei Testamenten dergestalt angewendet werden kann, daß durch dieses Verständigungsmittel Stumme, welche nicht schreiben können, zur Errichtung eines Testaments fähig werden, weshalb Wir Euch übrigens auf das unter dem 10. Juni 1802[1]) an die Regierung zu Magdeburg erlassene Reskript verweisen.

(N. C. C. Tom. XII. p. 345, R. A. Bd. 4. S. 255, Rabe Bd. 8. S. 591.)

3) Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 3. März 1856 Nr. 2660. in den Erg. zu den §§. 26. u. 123. h. t.

[1]) Das hier angezogene R. ist durch einen Irrthum als vom 10. Juli 1802 datirt angegeben; es ist das vorstehend sub 1. mitgetheilte R. v. 24. Juni 1802.

§§. 124—132. Testamente derer, welche der Sprache des Richters nicht mächtig sind.

§§. 126. Ueber das Verfahren bei der Auf- und Annahme der Testamente der Wenden vergl. das R. v. 25. Sept. 1795 (N. C. C. Tom. IX. p. 2621, Rabe Bd. 3. S. 148), aus welchem der §. 422. des Anh. zur A. G. O. genommen ist.

Anh. §§. 31. u. 32. Diese §§. sind aus dem R. v. 12. Nov. 1798 entnommen, welches als deren Grund angiebt, daß in dieser Versicherung der Gerichtspersonen, wie in Allem, was sie versichern, fides judicialis nicht bezweifelt werden könne.

(Stengel Bd. 10. S. 399, Auszug S. 355, Rabe Bd. 5. S. 237.)

§. 129. R. v. 11. Juni 1824, daß wegen der Zahl der Dollmetscher und Zeugen bei Aufnahme der Testamente derer, welche der Sprache des Richters nicht mächtig sind, im §. 129. sedes materiae sei, und der §. 38. Tit. 2. Thl. II. der A. G. O. keine hiervon abweichende Bestimmung habe treffen wollen.

(Jahrb. Bd. 23. S. 184, Gräff Bd. 1. S. 49.)

§. 129. u. Anh. §. 32. Der Umstand, daß die nach §. 32. des Anh. als genügend bezeichnete Versicherung der Gerichtspersonen nicht in dem Testamente selbst abgegeben ist, hat dessen Ungültigkeit nicht zur Folge, vielmehr ist auch eine nachträgliche Versicherung für zulässig und genügend zu erachten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 90 Nr. 20.)

§§. 133—137. Von Testamenten, worin dem Richter etwas verlassen wird.

I. Finden diese Vorschriften auch auf solche Testamente Anwendung, welche offen und unversiegelt mit der Erklärung, daß sie als schriftliche Testamente gelten sollen (§. 107.) übergeben werden?

Verneint von Bornemann, weil die §§. 134., 135. ausdrücklich nur von mündlichen Testamenten sprechen.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 32.)

Koch will dagegen diesen, im Gesetze nicht vorgesehenen Fall wie den eines mündlichen Testamentes behandelt wissen und den §. 134. darauf zur Anwendung bringen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 26. zum §. 133. h. t.)

II. Hat die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften nur die Ungültigkeit der Zuwendung an den Richter zur Folge, oder ist das ganze Testament ungültig?

Ersteres nehmen die Gesetzrevisoren an, weil der Richter hinsichts derjenigen Verfügungen des Testators, welche nicht ihn oder seinen Verwandten betreffen, ganz unbetheiligt, also auch glaubwürdig sei.

Letzterer Ansicht sind:

1) Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 30—32) und Crelinger (Erbrecht S. 71), mit dem Bemerken, daß, ausweislich der Materialien, an diese Frage nicht gedacht worden.

2) Koch, weil den eingesetzten Erben Alles interessirt, was die Erbschaft betrifft, und der Grund für die entgegengesetzte Ansicht kein Rechtsprinzip enthält. Auch ergebe sich dies aus dem §. 138.

(Landr. Bd. 2. Anm. 26. zum §. 133. h. t.)

III. Sind die Vorschriften der §§. 134., 135. auch in dem Falle verletzt, wenn in einem mündlichen Testamente einer mit dem Richter nahe verwandten Person ein Erbtheil oder Vermächtniß ausgesetzt worden ist?

Bejahet von Bornemann, weil hier der §. 13. A. G. O. III. 3. zur Anwendung gelange. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 32.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 26. zum §. 133. h. t.)

§§. 136. 137. 1) Die gesetzliche Vorschrift über die bei Vermächtnissen, welche in einem gerichtlich aufgenommenen Testamente einer dabei mitwirkenden Person ausgesetzt werden, zu beobachtende besondere Form ist nicht auf die bei Anfertigung des Protokolls unmittelbar thätigen Personen zu beschränken, vielmehr kann dieselbe auch auf Andere, die bei der gerichtlichen Verhandlung selbst zu dem Zustandekommen der letztwilligen Verfügung mitgewirkt haben, An-

wendung finden. Es muß in jedem einzelnen Falle die Erheblichkeit der geleisteten Mitwirkung geprüft werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2329.)

Die Beobachtung der gehörigen Form eines vor besetztem Gerichte, auch mit einem Schreibensunkundigen aufgenommenen Protokolls genügt für sich allein und unbedingt nach §. 13. h. t. nur dann, wenn ein schriftlich aufgesetztes und versiegeltes Testament dem Gerichte übergeben wird. In einem solchen Testamente darf nach diesem Gesetze auch dem Richter, so wie jeder anderen, bei der Handlung der Abnahme mitwirkenden Person, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß gültig »ohne weitere besondere Form« zugewendet werden. Dagegen unterscheiden die §§. 134—138. bei mündlichen Testamenten zuerst den Fall, wo der bei dessen Aufnahme thätige Richter selbst zum Erben eingesetzt werden soll, von demjenigen, wo eine der anderen bei dieser Handlung von Amtswegen mitwirkenden Personen zur Erbschaft berufen wird, und nach der Verweisung auf die §§. 83., 84. ist unter diesen, von Amtswegen Mitwirkenden, jedenfalls der Protokollführer und die Gerichtsschöppen zu verstehen, welche Personen ja auch zu Amtspflichten vereidigt werden. Im §. 136. ist dagegen von Vermächtnissen für den Richter, wie für alle übrigen bei der Handlung — der Testamentserrichtung — mitwirkenden Personen die Rede, und es wird bei den Letzteren einer amtlichen Mitwirkung nicht weiter gedacht. Man kann diese Beziehung auf eine amtliche Mitwirkung aus dem §. 135. in den §. 136. nicht hinüber nehmen, da die Absicht des Gesetzes sich zunächst nur aus dessen Worten entnehmen läßt. — §. 46. der Einl. zum A. L. R.; — Ersteres wäre auch deshalb unzulässig, weil im §. 136. jedenfalls der in den §§. 134—135. aufgestellte Gegensatz zwischen dem Richter und anderen amtlich Mitwirkenden nicht mehr festgehalten ist, woraus ebenfalls erhellet, daß das Gesetz im §. 136. schon nicht mehr auf dem Standpunkt der beiden vorhergehenden Paragraphen stehen geblieben ist. Man kann auch jenen gesetzlichen Bestimmungen nicht einen allgemeinen Grundsatz unterlegen, den der Nothwendigkeit der Mitwirkung zur Herstellung eines formell gültigen Protokolls, wonach §. 136. nur auf Richter, Protokollführer und Zeugen bezogen werden dürfte, die Thätigkeit jeder anderen Person bei einem mündlichen Testamente aber ganz überflüssig und gleichgültig sei; denn auch Dollmetscher gehören im eintretenden Falle zu jenen nothwendigen Personen (§§. 125. ff.), und es enthält ferner in Betreff der Zeugen der §. 119. eine spezielle Vorschrift. Danach scheint §. 136. auf die Testamentszeugen nicht anwendbar; eben so wenig wird man ihn auf die Dollmetscher, welche nach §. 130. mit den in den §§. 117—120. bestimmten Erfordernissen gültiger Testamentszeugen versehen sein sollen, beziehen dürfen. Hieraus ergiebt sich, daß der Begriff der »Nothwendigkeit« der Mitwirkung, in der gedachten Beschränkung auf die bloße Form des gerichtlichen Protokolls, zur Feststellung der richtigen Bedeutung der im §. 136. gegebenen Vorschrift nicht ausreicht. Man kann aber überhaupt nicht diese ausschließliche Berücksichtigung der Form des gerichtlichen Protokolls für richtig halten, da die Vorschriften des 12. Tit. noch mancherlei andere Erfordernisse zur Gültigkeit auch gerichtlicher Testamente aufstellen. Die Bestimmungen in den §§. 134. ff. sind gerade auch solche, die beweisen, daß der Inhalt der Verfügung erst darüber entscheidet, welche Form noch über die allgemeine des gerichtlichen Protokolls hinaus zu beobachten sei. Vergleicht man diese Gesetzstellen mit §. 119., so zeigt sich, daß das Gesetz solche besondere Maßregeln in allen den Fällen für erforderlich hält, wo das eigene Interesse eines bei der Errichtung des mündlichen Testaments Mitwirkenden kollidirt. Von Abwehr eines förmlichen Zwanges, Betruges und ähnlicher Mängel einer Willenserklärung ist hier nicht die Rede, dagegen schützt allerdings die Gegenwart des Richters, und deshalb läßt §. 23. Tit. 12. gegen gerichtlich aufgenommene Verordnungen einen Einwand dieser Art nicht zu. Daran aber ist es im Sinne der §§. 135. ff. nicht genug, und dies, namentlich §. 136., stimmt mit dem Röm. Rechte überein, dessen Bestimmungen in den Entwurf zum Allg. Gesetzbuch übergingen und in den §§. 134—136. über die Gerichtspersonen hinaus erweitert wurden. Dies ist also mit bewußter Absicht geschehen, und mit um so größerer Sicherheit kann man dem Wortlaute des Gesetzes folgen. Demnach entscheidet über die Anwendung des §. 136. nur der Begriff der Mitwirkung zur Errichtung eines mündlichen Testaments. Diese kann nur in jedem einzelnen Falle, je nach den besonderen Umständen desselben, festgestellt werden, und es liegt dem Richter ob, nach vernünftigem Ermessen, und indem er Wesentliches von Unwesentlichem unterscheidet, den entstandenen Streit zu schlichten. Ein Rechtsbeistand hat unstreitig bei einem Testament mitgewirkt, wenn er den Entwurf desselben gemacht, die Abordnung der Gerichts-Deputation beantragt, jenen Entwurf dem deputirten Richter übergeben hat und während dessen Niederschreibung in das Protokoll zugegen gewesen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 22, Entsch. Bd. 21. S. 357—370, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 163—173 Nr. 36.)

Vergl. gegen die Motivirung dieses Präj. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 29. zum §. 136. h. t.

2) Auch derjenige, der keine richterliche Person ist, kann ein Kodizill, worin ihm etwas legirt wird, nicht schreiben, und es ist mithin der §. 136. keineswegs bloß auf den Aktuarius, Richter oder die Schöppen, oder auf gerichtliche Kodizille zu beziehen.

(Präj. des O. L. G. zu Glogau, in der Fischbachschen Sache, ohne Datum, Merkel Komm. ad h. l.)

§§. 139. 140. Folgen der verabsäumten gesetzlichen Form.

§. 139. u. Anh. §. 33. 1) Der §. 33. des Anh. ist der Entsch. der Gesetz-Komm. v. 13. Febr. und dem R. v. 26. Febr. 1798 (s. Zus. 1. zum §. 103. h. t.) und dem R. v. 9. Aug. 1802 (s. Zus. 1. zum §. 109. h. t.) entnommen.

Vergl. die Erg. zum §. 112. h. t.

2) R. v. 15. Febr. 1832. Auch die Uebersendung eines Testamentes von einem Untergerichte an ein anderes Untergericht zur Aufbewahrung ist zulässig.

(Jahrb. Bd. 39. S. 136, Gräff Bd. 6. S. 12.)

3) G. über die Testam. der Preuß. Gesandten und gesandtschaftlichen Personen bei fremden Höfen während ihres Aufenthaltes im Auslande. Vom 3. April 1823.

Zur Beseitigung der entstandenen Zweifel über die Vorschriften, welche Unsere Gesandten und das Gesandtschaftspersonal bei Testamenten, welche sie während ihres Aufenhaltes im Auslande errichten, zu beobachten haben, und hierbei eine einfache und zuverlässige Form zuzulassen, setzen Wir auf den Antrag Unseres Staatsministeriums, und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsrathes hierdurch fest:

§. 1. Die letztwilligen Verordnungen Unserer Gesandten, Minister, Residenten und Geschäftsträger und aller zur Gesandtschaft gehörigen Personen, welche im Staatsdienste stehen, sollen auch ferner, wie bisher, in ihrer äußeren Form alsdann gültig sein, wenn sie die Gesetze des Ortes, wo sie errichtet werden, erfüllen.

§. 2. Die im vorigen §. genannten Personen sind jedoch auch befugt, frei von den Gesetzen des Ortes, nach folgenden Vorschriften rechtsbeständig zu testiren:

Eine dergleichen letztwillige Verordnung muß eigenhändig vom Testator ge- und unterschrieben, auch datirt sein. Hiernächst muß sie von demselben mittelst eines mit Vermerk des Tages und Jahres eigenhändig geschriebenen Annahmegesuchs Unserem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten eingesandt, und durch dasselbe, nebst dem Annahmegesuch, bei dem Kammerger.[1]) niedergelegt werden, welches darüber den gewöhnlichen Depositionsschein auszufertigen hat.

Die Gültigkeit einer solchen privilegirten Willensverordnung fängt von dem Zeitpunkte an, wo dieselbe der Post oder demjenigen Courier oder auch Reisenden übergeben worden ist, durch welchen zugleich die Einsendung der gesandtschaftlichen Ver. bewirkt wird.

§. 3. Die im §. 2. vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind zur Gültigkeit des Testaments dergestalt nothwendig, daß, wenn eine von ihnen verabsäumt worden, der letzte Wille nicht bestehen kann.

§. 4. Die Befugniß, nach §. 2. zu testiren, steht weder den Ehefrauen noch Kindern der §. 1. genannten Beamten, noch überhaupt solchen zur Gesandtschaft gehörigen Personen zu, die nicht im Staatsdienste sich befinden.

§. 5. Ein nach den Bestimmungen des §. 2. errichtetes Testament behält seine Gültigkeit bis auf ein Jahr nach der auf geschehene Rückberufung erfolgten Rückkehr des Testators in Unsere Staaten[2]).

§. 6. Die Fähigkeit, zu testiren, und die Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Testamente soll auch in den Fällen der §§. 1. und 2. nach den §§. 38. und 39. der Einl. zum A. L. R. beurtheilt werden.

(G. S. 1823 S. 40.)

---

[1]) Jetzt bei dem Stadtger. zu Berlin. (G. v. 26. April 1851 Art. III. Nr. 2., G. S. S. 182.)

[2]) a) Wann hört das Privilegium eines von einem Gesandten errichteten Testaments auf, falls derselbe verabschiedet worden und als Privatperson im Auslande geblieben ist?

Die Gesetzrevisoren sind der Ansicht, daß das Testament mit Ablauf des Jahres, in welchem der Gesandte verabschiedet worden, seine Kraft verloren habe. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 139.)

b) Wird, wenn ein Testator aufhört, Gesandter bei einem fremden Hofe zu sein, und noch vor Ablauf des Jahres wieder von Neuem denselben oder einen anderen Gesandtschaftsposten antritt, die einjährige Frist von dem Ende der ersten Gesandtschaft oder der zweiten gerechnet, und ist, wenn das Erstere geschieht, die Zeit nicht in Anschlag zu bringen, während welcher der Testator zum zweitenmale Gesandter gewesen ist?

Die Gesetzrevisoren nehmen, gestützt auf die Regeln über die Verjährung, das Letztere als das unzweifelhaft Richtige an. (a. a. O. S. 139.)

§. 140. Ueber die Verantwortlichkeit der Mitglieder eines Dorfgerichtes in dieser Beziehung vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 13. März 1838 Nr. 442. in den Erg. zu den §§. 93., 95. h. t.

§§. 141—160. Anweisung für den Richter wegen Vermeidung künftiger Prozesse.

§. 155. Unwesentliche Korrekturen schaden nicht, und dadurch, daß der Richter Unrichtigkeiten in dem Testamente macht, wird er nicht unfähig, bei diesem Testamente das richterliche Amt zu verrichten. Ob die betroffene Stelle glaubwürdig sei, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

Erkannt von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 9. Jan. 1840. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 220.)

§§. 161—174. Von außergerichtlichen Verordnungen.

§. 161. 1) Ein akceptirtes schriftliches Versprechen, für zu leistenden ärztlichen Beistand etwas legiren zu wollen, ist keine dispositio mortis causa, sondern als ein gültiger contractus innominatus do ut facias[1]) anzusehen.

Erkannt von dem Ob. App. Sen. des Kammerger. unterm 15. April 1801 und dem Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1801. (Stengel Bd. 17. S. 358.)

2) In einem vor Notar und Zeugen, vor Vollziehung der Ehe, aufgenommenen Ehe- und Erbvertrage war einem Dritten, der dem Vertrage nicht beigetreten war, auf den Todesfall der Frau ein Kapital, welches der Erbe gewordene Mann dann zahlen sollte, bestimmt.

Darauf schlossen der Mann und der Dritte, mit Bezug auf diese Bestimmung, einen notariellen Vertrag, worin der Mann dem Dritten nach dem Tode der Frau prompt zu zahlen versprach. Nach Eintritt dieses Todes verweigerte er die Erfüllung seines Versprechens, und es wurde streitig: ob in diesen Urkunden ein gültiges Kodizill, oder doch wenigstens ein auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses gültiges Kodizill enthalten sei. Das Ob. Trib. nahm in dem Erk. v. 3. März 1817 an, es sei hier gar kein Kodizill vorhanden, sondern ein gültiger Erbvertrag, welchem der Dritte, mit Bewilligung des Schuldners, in genügender Form beigetreten sei; denn es sei für den Beitritt zu einem solchen Vertrage die gerichtliche Form nicht vorgeschrieben (§. 646. h. t.). (Simon's R. Bd. 3. S. 101 ff.)

3) Ueber die Frage: ob Legate aus zurückgenommenen, aber aufbewahrten Testamenten, wenn sie den zwazigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigen, Gültigkeit haben? vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Dec. 1849 in den Erg. zu den §§. 563—567. h. t.

§§. 161. 162. u. Anh. §. 34. R. v. 16. Febr. 1801 (aus welchem der §. 34. des Anh. entnommen worden).

Auf Eure in der N.'schen Verlassenschaftssache geschehene Anfrage v. 24. v. M. ertheilen Wir Euch zur gnädigsten Resolution, daß die darin von der Mindenschen Regierung geschehene Entscheidung ganz richtig ausgefallen ist, und Ihr Euch solche in künftigen Fällen zur Direktion dienen zu lassen habt.

Bericht.

In dem A. L. R. ist Thl. I. Tit. 12. §. 161. einem Erblasser freigelassen, Legate, welche den zwanzigsten Theil des Nachlasses, wahrscheinlich oder nach der Versicherung des Erblassers, nicht übersteigen, durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Kodizille ohne gerichtliche Uebergabe zu verordnen.

Nach diesem G. haben Wir ein solches Legat, welches der verstorbene N. seinem Pathen, dem Sohn des N., durch ein vor dem Justizkomm. N. unter Zuziehung eines Zeugen aufgenommenes, von dem Disponenten aber nur unterschriebenes, und nicht eigenhändig geschriebenes Kodizill hinterlassen hatte, auf erfolgten Widerspruch des Justizkomm. N., als Kuratoris der N.'schen Verlassenschaft, durch die Sentenz v. 29. April für ungültig erklärt.

In der von dem N. darauf ergriffenen Appellations-Instanz hat die Reg. zu Minden aber durch das rechtskräftige Erk. v. 13. d. das unsrige dahin reformirt: daß die Disposition des N. allerdings für rechtskräftig zu halten. Die dafür angegebenen Gründe bestehen darin: der in dem allegirten G. verordnete Nachlaß von allen Solennitäten könne nicht die Norm abgeben, nach welcher alle Legate, die den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigen, eingerichtet werden sollen. Es dürfe nur nicht weniger geschehen sein, als daß der Testator die Urkunde, worin der zwanzigste Theil des Nachlasses legirt worden, selbst geschrieben und unterschrieben habe.

Sei ein Mehreres geschehen, so würde die Disposition nicht ungültig, weil solche gerade nicht die Form habe, welche als das Mindeste zur Gültigkeit vorgeschrieben worden. In dem vorliegenden Falle sei mehr geschehen, als das A. L. R. erfordert, denn der Testator N. habe sein Kodizill von dem Justizkomm. N. unter Zuziehung eines Zeugen aufnehmen lassen. Es wären also mehrere Solennitäten beobachtet, als das A. L. R. in diesem Falle verlange, und könne also das N.'sche Legat um so weniger für ungültig gehalten werden, da hier von einem Legat an einen Pathen die Rede sei.

Wir haben zeither in der Meinung gestanden, daß die äußere Form einer letztwilligen Disposition nach dem Buchstaben des Gesetzes eingerichtet werden müsse, wenn sie ihre vollkommene Gültigkeit haben soll.

Die Entscheidung der Mindenschen Reg. hat uns in dieser Meinung wankend gemacht, und um uns in vorkommenden Fällen nach einer gewissen Vorschrift richten zu können, die wir bei der vorliegenden Entscheidung von der Mindenschen Reg. nicht füglich erwarten dürfen, bitten Wir Ew. Königl. Maj. um allergnädigste Belehrung darüber:

> ob ein von einem Justizkomm. unter Zuziehung eines Zeugen aufgenommenes Kodizill, worin ein Legat, das den 20sten Theil des Nachlasses nicht übersteigt, verordnet worden, von eben der Gültigkeit sei, als wenn der Testator das Kodizill nach der V. des A. L. R. eigenhändig geschrieben und unterschrieben habe?

(N. A. Bd. 2. S. 59, Stengel Bd. 13. S. 313, Paalzow's Mag. Bd. 4. S. 127, Rabe Bd. 6. S. 451.)

§. 163. u. Anh. §. 35. 1) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 6. Dec. 1799 angenommen, daß eine außergerichtliche Verordnung, welche der Erblasser nach Errichtung eines rechtsbeständigen Testamentes, in dem er sich die Befugniß zur Errichtung von Kodizillen vorbehalten hat, gemacht hat, nicht gültig sei. (Stengel Bd. 12. S. 225.) Es wurde indeß hiernächst über die Frage ein Gutachten der Gesetz-Komm. v. 23. Okt. 1800 erstattet, welches sich im entgegengesetzten Sinne aussprach und woraus der §. 35. des Anh. entnommen worden ist.

2) R. v. 3. Nov. 1800 und Gutachten der Gesetz-Komm. v. 23. Okt. 1800.

Nachdem die G. Komm. über Eure unterm 11. Febr. d. J. gemachte Anfrage:

> ob überhaupt Kodizille, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testamente verordnet hat, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu achten?

das erforderte Gutachten nunmehro erstattet hat, so lassen Wir Euch solches loco resolutionis hierneben zufertigen, und Euch dabei zu erkennen geben, wie Wir den Antrag der G. Komm. mit dem Zusatz genehmigt haben, daß die Entscheidung der Frage: ob das Kodizill oder der Nachzettel, außer der eigenhändigen Unterschrift des Testatoris, von demselben nach dessen ganzen Inhalte eigenhändig geschrieben sein müsse, davon abhängig bleibt, ob im Testamente disponirt worden, daß zur Gültigkeit des Kodizills oder des Nachzettels dieses Requisitum erforderlich sein solle, wie denn überhaupt in Ansehung solcher Kodizille oder Nachzettel, wenn sie gültig sein sollen, alle im Testamente wegen derselben vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet sein müssen.

Gutachten.

Ew. Königl. Maj. haben, durch die Anfrage des Breslauischen Pupillen-Kollegii in der N. N.'schen Verlassenschaftssache veranlaßt, per rescr. v. 6. Aug. d. J., unsern Ber. darüber zu erfordern geruht:

> ob überhaupt Kodizille, welche nicht deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testament verordnet hat, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach, für gültig zu achten?

Der N. N. hat nämlich in seinem im Jahre 1792 beim Magistrat zu N. deponirten Testament seine Tochter zweiter Ehe seinen Töchtern erster Ehe in Allem gleich gesetzt. Er hatte sich aber darin ausdrücklich vorbehalten, daß, wenn nach seinem Tode unter seinen Schriften sich ein Kodizill oder Beizettel von seiner Hand, oder mit seiner Unterschrift und Siegel finden würde, solcher ebenso vollkommen gültig sein müsse, als wenn er diesem Testamente von Wort zu Wort einverleibt wäre. Dergleichen Kodizill sub dato rest. den 30. Aug. u. 6. Sept. 1799 hat sich nun in seinem Nachlasse, folglich nicht gerichtlich deponirt vorgefunden, und weil er dadurch seiner Tochter zweiter Ehe die ihr im Testamente bestimmten Vortheile sehr gemindert hat, so ist dadurch die obige Anfrage von Seiten des Pupillen-Kollegii motivirt worden, von welchem die Membra, welche die Gültigkeit des Kodizills behaupten, sich auf das reservatum Testatoris in dem vor Publikation des A. L. R. errichteten gerichtlichen Testamente beziehen, die verneinenden Mitglieder aber sich auf das A. L. R.

[1]) Die Formel do ut facias paßt nicht, weil nichts gegeben, sondern nur versprochen worden war.

I. 12. §. 66. berufen, welches die Deposition der Testamente oder Kodizille bei den Gerichten vorschreibt.

Der Gerichtsgebrauch billigt die affirmative Meinung. Nonnumquam, sagt Stryck in Usu moderno ff. Lib. 29. Tit. 7. §. 3. solent testatores hanc clausulam testamento adjicere: wollen auch, daß dasjenige, was wir durch ein oder mehrere Kodizille, auch eingelegte Zettel, väterliche Annotation, verordnen werden, so stark und gültig sein solle, als wenn es hierin mit ausgedrückten Worten gegründet wäre, cujus clausulae haec est utilitas, ut valeant tales Codicilli, etiam sine omnibus testibus, et ex testamento suam subsistentiam recipiant, vi relationis ad testamentum factae.

Hiernach ist auch stets erkannt worden, wie die im 4. Bd. der Beitr. zur jur. Literatur S. 52 allegirten vielen Präjudikate beweisen. Gleichfalls hat man sich auch in Schlesien darnach gerichtet, dafür bürgt:

1) die Breslauische Ober-Amts-Kurrende v. 22. Mai 1758 S. 713 des 6. Bd. der Schlesischen Gesetze, wenn darin gesagt wird: hätte der Testator bei einem anderen Gerichte, das sein ordentliches forum nicht gewesen, sein Testament niedergelegt, und verließe zu solchem einen Nachzettel unter seiner Verlassenschaft, so soll alsdann auch dieser bei dem Gerichte, wo das Testament, dessen Theil er ist, a testatore niedergelegt worden, ad publicandum überreicht werden;

2) das Breslauische Rathhäusliche Just. Regl. §. 9. Abschn. III. Tit. 3., worin es nach dem Extrakt des Stadtger. in einer beim Ob. Trib. abgeurtelten Sache heißt: wenn ein Testament publizirt werden soll, und die Interessenten sich melden, sind dieselben vor allen Dingen zu befragen, ob kein Kodizill vorhanden, welches sie sonst zur Publikation mitbringen müssen. Es kann also nur davon die Frage sein, ob das A. L. R. die Theorie geändert habe:

daß Kodizille, denen ein Testator im gerichtlichen Testamente mit diesem gleiche Kraft beilegt, sie aber gerichtlich nicht deponirt, sondern sie in seinem Privatbeschluß verwahrt hat, gleich dem gerichtlich errichteten Testamente für gültig zu achten?

Dies ist zweifelhaft, in sofern vom gerichtlichen, nach dem 1. Juni 1794 errichteten Testamente, und noch späteren Nachzetteln die Rede ist, nicht aber, wenn das spätere Kodizill sich auf ein vor dem 1. Juni errichtetes Testament bezieht. Denn in diesem Falle ist das Publikations-Patent v. 5. Febr. 1794 §. 12. anwendbar, worin verordnet wird: daß alle Testamente, welche vor dem 1. Juni 1794 errichtet worden, nach den Vorschriften der älteren G. durchgehends beurtheilt werden sollen, wenngleich das Ableben des Testators später erfolgte.

Daher ist auch von dem Ob. Trib. in der N. N.'schen Testamentssache das spätere Kodizill v. 4. Dec. 1797 unter Abänderung der vorigen Erk. für gültig erkannt worden, weil, wenn man dem Kodizill seine Kräfte aus dem unterm 12. Febr. 1790 gerichtlich errichteten Testamente der Wittwe N. N. hätte entziehen wollen, das gedachte Testament durchgehends nicht nach den älteren Vorschriften würde beurtheilt worden sein.

Aber bedenklicher finden Wir die Frage:

ob im Sinne des A. L. R. die nach dem 1. Juni 1794 gerichtlich errichteten Testamente die darauf Bezug nehmenden, darin vorbehaltenen außergerichtlichen Kodizille bei Kraft erhalten?

Es scheint, wie Ew. Königl. Maj. auch in dem allergnädigsten R. bereits bemerkt haben, als ob das A. L. R. hierüber nicht entscheide. Denn wenn dasselbe Thl. I. Tit. 12. §. 66. u. §. 100. verordnet,

daß jedes Testament oder Kodizill vom Testator selbst gerichtlich übergeben, oder zum gerichtlichen Protokoll erklärt werden müsse, so ist hier von Codicilles per se subsistentibus die Rede, und auf diese scheint nur der §. 139. zu passen, welcher das, was circa formam der Testamente oder Kodizille §§. 66—138. verordnet worden, sub poena nullitatis erfordert.

Der §. 163. disponirt:

»Hat der Erblasser in seinem Testamente ausdrücklich verordnet, daß keine schriftlichen Aufsätze, welche sich in dem Nachlasse finden möchten, gültig sein sollen, so hat es dabei sein Bewenden, auch wenn diese in dem gerichtlichen Testamente enthaltene Erklärung in dem außergerichtlichen Kodizill widerrufen wäre.« Aus dem Gegensatz würde man schließen können: daß dem Testator also doch freistehen müsse, in seinem Testamente Kodizillen und außergerichtlichen Aufsätzen Kraft zu verleihen, wenn nicht die vorherigen §§. die Kraft der außergerichtlichen V. bei Vermächtnissen wieder einschränkte, sobald sie den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigen. Nach §. 171. des angeführten Tit. sind aber Theilungsvorschriften in außergerichtlichen Aufsätzen wieder gültig, wenn sie der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten bat. Es würde z. B. eine Theilungsvorschrift sein, wenn ein Testator, nachdem er im Testament zwei Erben zu gleichen Theilen eingesetzt, in dem außergerichtlichen Aufsatz aber verordnet hätte, daß einer von beiden das Gut N. N. pro certo pretio erhalten solle, welches unter dessen wahrem Werth ist. Ein solcher Aufsatz unterscheidet sich ja von einem außergerichtlichen Kodizill im Wesentlichen gar nicht.

Unseres Ermessens ist es nie rathsam, ohne Noth von allen Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohlbefunden hat, und da de lege ferenda die Rede ist, so würden wir der unvorschreiblichen Meinung sein:

daß alle Kodizille und Nachzettel, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testamente, es mag solches vor oder nach dem 1. Juni 1794 errichtet sein, verordnet hat, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu achten, wenn sie nur von dem Testator eigenhändig ge- und unterschrieben sind.

(N. A. Bd. 1. S. 402, Rabe Bd. 6. S. 338.)

3) In vorbehaltenen Kodizillen darf die in dem Testamente geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Okt. 1842 (Präj. Nr. 1201.)

Der eigentliche Sinn des ersten Absatzes des Anh. §. 35. muß aus dessen Quelle, der Entscheidung der G. Komm. v. 23. Okt. 1800 erklärt, werden; man kann also nicht folgern, daß eine solche vorbehaltene Verordnung, welche mit dem Testamente gleiche Kraft haben soll, ebenso gut wie dieses die Einsetzung eines Erben und die Aufhebung derselben enthalten könne. Daß aber der Anh.-Paragraph dies nicht hat bestimmen wollen, ergiebt schon sein zweiter Absatz, aus welchem hervorgeht, daß bloße Kodizille, auch wenn sie den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigen, dennoch gültig sein sollen, sobald sie im Testamente vorbehalten waren. Ein Kodizill ist aber eine letztwillige Verordnung, welche keine Erbeseinsetzung enthält (A. L. R. I. 12. §§. 3. u. 5.). Daß der Anh.-Paragraph solchen außergerichtlichen Aufsätzen nicht in Ansehung der Erbeseinsetzung mit dem Testamente gleiche Kraft habe beilegen wollen, was allerdings nach dem bloßen Wortverstande zweifelhaft bleibt, erhellt, wenn man auf den nächsten unzweifelhaften Grund des Gesetzes zurückgeht (Einl. zum A. L. R. §. 46.). Dieser nächste Grund ergiebt sich unzweifelhaft theils aus der Stellung des Anh.-Paragraphen, theils aus seiner Quelle, der Entscheidung der G. Komm. v. 23. Okt. 1800. Diese ist durch die Frage veranlaßt:

ob Kodizille, welche nicht gerichtlich deponirt worden, deren Gültigkeit aber der Testator in seinem gerichtlich deponirten Testamente verordnet habe, auch außer den, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legaten, ihrem ganzen Inhalte nach für gültig zu achten?

Dies bejaht die G. Komm., und aus solcher Entscheidung ist der §. 35. des Anh. entstanden, der denn auch unter dem Marginale: »außergerichtliche Verordnungen« hinter dem §. 163. seine Stellung gefunden hat. Daraus geht denn hervor, daß bloß die Frage hat entschieden werden sollen: »ob auch die den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigenden Legate gültig sind, welche sich in außergerichtlichen, aber im Testamente vorbehaltenen Kodizillen vorfinden«, keineswegs aber hat der Anh.-Paragraph mit der ganzen Theorie der Erbeseinsetzungen in Widerspruch treten sollen. Für die Errichtung der Testamente, der gesetzlichen Quelle der Erbeseinsetzungen, sind die strengsten Förmlichkeiten vorgeschrieben; diese würde der Anh.-Paragraph größtentheils überflüssig machen, wenn er entgegengesetzt verstanden würde.

(Präj. Samml. S. 74, Entsch. Bd. 8. S. 272.)

Ebenso hat der I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1857 erkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 333 Nr. 62.)

Gegen diese Ansicht vergl. die Abhandl. von Sommer: In bestätigten Kodizillen können die Erbquoten des Testaments verändert werden. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 621 ff.)

Bornemann ist der Ansicht des Ob. Trib. und bemerkt:

Die im §. 35. des Anh. gebrauchten Worte, wonach alle in dem Nachlasse sich vorfindenden außergerichtlichen Aufsätze »mit dem Testamente selbst gleiche Kraft haben«, können nur so viel bedeuten, daß diejenigen Ergänzungen und Abänderungen des Testaments, welche in Kodizillen überhaupt vorkommen dürfen, ebenso viel Gültigkeit haben sollen, als ob sie in dem Testamente selbst enthalten seien; denn man hat, wie aus den Materialien zum A. L. R. hervorgeht, durch §. 35. nur die gemeinrechtlichen Vorschriften wieder herstellen wollen, welche jedoch in einem codicillo testamento confirmato nur die Anordnung von Legaten gestatteten, nicht auch die Verfügung oder Aufhebung einer Erbeseinsetzung. (System Bd. 6. S. 69, 2. Ausg. Bd. 6. S. 43.)

4) Wenn der Testator sich im Testamente die Ergänzung oder Abänderung desselben durch außergerichtliche Aufsätze allgemein vorbehalten hat, so bleibt die Wirkung eines solchen Kodizills stets dieselbe, mag der angegebene Beweggrund des Vorbehaltes sein, welcher er wolle.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. März 1857.

So wenig, wie der Mangel eines Motivs dem Vorbehalte zur Errichtung eines Nachzettels diesem seine gesetzliche Kraft nehmen kann, ebenso wenig beschränkt die Angabe eines Motivs den Vorbehalt wider den an sich ganz klaren und bestimmten Wortlaut. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 16 Nr. 4.)

§. 171. Nur von der divisio parentum inter liberos, nicht von dem testamentum parentum inter liberos ist die Rede; das Letztere ist nicht anerkannt.

Erkannt von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 30. Juni 1837 (Koch's Arch. Bd. 3. S. 395.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §§. 378—388.

§. 172. 1) Ueber die Motive des §. 172. vergl. Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 16.)

2) Auch das dem gegenwärtigen Intestat-Erben mündlich von dem Erblasser aufgetragene Vermächtniß ist zu Recht beständig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Juni 1845. (Präj. Nr. 1584.) (Präj. Samml. S. 74.)

3) Ein Notherbe, welcher bloß den Nießbrauch der Erbschaft, oder den Pflichttheil erhalten soll, ist nicht verpflichtet, ein ihm mündlich aufgetragenes Legat zu entrichten.

(Erk. des Instr. Sen. des Kammerger. v. 10. Aug. 1815, Simon's R. Bd. 3. S. 80.)

§. 174. Die Gesetzrevisoren bemerken, daß, auch wenn das Legat aus dem ganzen Nachlasse entrichtet werden solle, der gegenwärtige Erbe, dem der Auftrag geschehe, ein Interesse dabei habe, sich von der Ernstlichkeit des Willens des Testators Gewißheit zu verschaffen. Dies falle jedoch weg, wenn eine bestimmte Sache, welche schon einem anderen Erben im Testament vermacht worden, mündlich, durch den einem anderen Erben gegebenen Auftrag legirt werde. Demgemäß sei im §. 174. ein nach gemeinem Rechte streitiger Fall (Leyser, Medit. sp. 401. med. 2.) entschieden worden.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 126.)

§§. 175 — 207. Von privilegirten Testamenten.

Die Gesetzrevisoren bemerken über privilegirte Testamente überhaupt, daß das Gemeinsame derselben, mit Ausnahme der dem Landesherrn übergebenen, darin bestehe, daß nur die Unmöglichkeit, den gesetzlichen Formen zu genügen, den Erlaß derselben entschuldige. Auch sei bei allen privilegirten Testamenten des A. L. R. besonders darauf zu achten, daß die Privilegia nur die Form beträfen, in allen übrigen Stücken dagegen die Gültigkeit des privilegirten Testamentes nach den allgemeinen Vorschriften beurtheilt werden müsse. (a. a. O. S. 133.)

§§. 177—197. Von militairischen Testamenten.

§. 177. u. Anh. §. 36. 1) Der §. 36. des Anh. ist wörtlich aus dem Publ. v. 14. März 1797, wegen Einführung des A. L. R. bei den Militair-Gerichten, Nr. 4. Litt. a. entnommen.

2) Kann ein Minderjähriger unter 18 Jahren militairisch testiren?

Es bejahen die Gesetzrevisoren, weil das A. L. R. unter bestimmten Umständen die Nothwendigkeit, nach der vorgeschriebenen Form zu testiren, aufhebe, und wegen der Minderjährigen unter 18 Jahren keine Ausnahme mache. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 132.)

Koch verneint, weil die Vorschrift des §. 17. h. t. entgegenstehe, welche nicht eine bloße Förmlichkeit, sondern eine Beschränkung der Testirfähigkeit sei, und bestimme, »daß jene Personen nicht anders als ꝛc. testiren « können.

(Landr. Bd. 2. Anm. 63. zum §. 177. h. t.)

3) Steht das Recht, militairisch zu testiren, dem Gesinde und den Ehefrauen der Militairpersonen zu, insofern dieselben ihren Brodherren, resp. Ehemännern, mit in den Krieg gefolgt sind?

a) Bielitz behauptet die Affirmative. (Komm. Bd. 3. S. 88.)

b) Die Gesetzrevisoren nehmen die Negative an, indem sie aus den Materialien nachweisen, daß man bei Ausarbeitung des A. L. R. nicht beabsichtigt, auch diesen Personen das Privilegium, militairisch zu testiren, einzuräumen. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 134.)

§. 183. K. O. v. 11. Juli 1833, betr. die Aufbewahrung der von Militairpersonen im Felde errichteten Testamente in den Feldkriegskassen.

Uebrigens genehmige Ich, daß die von Militairpersonen im Felde zu errichtenden Testamente in den Feldkriegskassen aufbewahrt werden können; indem Ich noch bestimme, daß solchen in der Feld-Kriegskasse deponirten militairischen Testamenten mit den in dem Feldnachlasse der Militairpersonen vorgefundenen Testamenten, gemäß §. 183. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R., gleiche Gültigkeit beizulegen ist. (G. S. 1833 S. 289.)

§§. 188 — 191. Die Vorschriften der §§. 188—191. bleiben nach der in den §. 36. des Anh. aufgenommenen Bestimmung des Publ. v. 14. März 1797, wegen Einführung des A. L. R. bei den Militair-Ger., Nr. 4. Litt. a. außer Anwendung, weil nach der gegenwärtigen Methode den Krieg zu führen, auch Kantonirungs- und Winterquartiere sehr oft durch wirkliche Kriegsoperationen unterbrochen werden.

(N. C. C. Tom. X. p. 977, Auszug S. 236, Stengel Bd. 3. S. 416, Rabe Bd. 4. S. 41.)

Anh. §. 37. Dieser §. ist wörtlich aus demselben Publ. Nr. 4. Litt. b. entnommen.

Anh. §. 38. Ebenso §. 38. des Anh.

§§. 194. sqq. 1) Vergl. Suarez Bemerk. in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 17.)

2) K. O. v. 19. Juli 1834 Nr. 3. Bei Aufnahme der Testamente der der Gerichtsbarkeit der Preuß. Gouvernements-Ger. der Bundesfestungen Mainz und Luxemburg unterworfenen Personen sollen im Nothfalle die §§. 194—200. zur Anwendung kommen.

(G. S. 1834 S. 132.)

§§. 198—207. Von anderen privilegirten Testamenten.

§§. 198—204. 1) K. O. v. 12. Juli 1831, betr. die Förmlichkeiten der Testaments-Errichtung bei denjenigen Personen, welche sich in den wegen ansteckender Krankheiten abgesperrten Häusern, Straßen oder Gegenden befinden.

Auf den Ber. des Justizmin. v. 9. d. M. bestimme Ich hierdurch:

1) daß die in dem A. L. R. I. 12. §. 199. wegen der privilegirten Testamente enthaltene Vorschrift auch auf den Fall Anwendung finden soll, wo einzelne Häuser und Straßen, wegen der darin herrschenden ansteckenden Krankheiten abgesperrt, und die Bewohner sich des richterlichen Amts zu bedienen dadurch verhindert sind;

2) daß in solchen Fällen den bei den angeordneten Schutzdeputationen bestellten Aerzten, Polizeibeamten, stellvertretenden Offizieren und Schutzkommissions-Vorstehern die Aufnahme der Testamente mit rechtlicher Wirkung in eben der Art nachzulassen, wie solches unter Beobachtung der im §. 194. l. c. vorgeschriebenen Förmlichkeiten dem Prediger oder dem Kaplan verstattet ist;

3) daß zum Nachtheil derjenigen Individuen, welche sich in den wegen ausgebrochener ansteckender Krankheit abgesperrten Häusern und Straßen befinden und mit den Gerichtsbehörden solchergestalt außer Kommunikation gesetzt sind, keine Kontumazialbestimmung, auch keinerlei Präklusion wegen versäumter Fristen erlassen werden darf. (G. S. 1831 S. 156.)

2) K. O. v. 8. Okt. 1831, betr. die Nichtanwendung des §. 192. auf die letztwilligen Verfügungen der im §. 198. benannten Personen des Civilstandes.

Aus dem Ber. des Justizmin. v. 27. v. M. habe Ich den Zweifel eines Gerichtshofes über die Anwendung des §. 192. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. ersehen, und erkläre zu dessen Beseitigung die Ansicht für begründet, daß die Ausnahme von den gesetzlichen Förmlichkeiten der Testamente für Personen des Civilstandes denen im §. 198. nachgelassen ist, militairisch zu bestimmen, wenn sie durch eine an ihrem Wohnorte ausgebrochene ansteckende Krankheit oder durch Kriegsgefahr verhindert werden, sich des richterlichen Amtes zu bedienen, nicht auf die im §. 192. den aktiven Militairpersonen erlaubte Form einer letztwilligen Verfügung zu erstrecken, vielmehr den Personen des Civilstandes in den Fällen des §. 198. nicht gestattet ist, bloß mündlich vor zweien Zeugen ihren letzten Willen gültig zu erklären. (G. S. 1834 S. 225.)

§§. 199. 202—204. Zur Aufrechthaltung der zur Zeit einer ansteckenden Krankheit errichteten privilegirten Testamente genügt es, wenn das Haus, in welchem der kranke Testator lag, mit polizeilichen Warnungstafeln versehen war; eine weitere Absperrung des Zuganges ist nicht erforderlich.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1850.

Wenn der §. 199. das Privilegium der Personen vom Civilstande, militairisch zu testiren, auf Orte oder Gegenden beschränkt, die wegen ansteckender Krankheiten gesperrt sind, so erfordert die Sperrung keineswegs nothwendig solche Maßregeln, durch welche der Zugang zu dem mit der ansteckenden Krankheit Befallenen gänzlich unmöglich gemacht wird, welches ohne Gefahr für den Kranken gar nicht ausführbar sein könnte, und unter welcher Voraussetzung

der Zutritt des Arztes oder Predigers und der Zeugen (§. 200. u. K. O. v. 12. Juli 1831) nicht möglich gemacht werden könnte. Die Sperre tritt vielmehr schon dann ein, wenn zufolge des in der K. O. v. 8. Aug. 1835 sanktionirten Regulativs nach §. 18. a. und b. die Isolirung des Kranken oder die Anheftung von Warnungstafeln an der Wohnung des Kranken erfolgt ist. Ist dies der Fall, so kann nach §. 203. h. t. den richterlichen Personen nicht zugemuthet werden, sich zu dem mit der ansteckenden Krankheit Befallenen Behufs eines Testamentsakts zu begeben; und der Kranke wird in soweit gehindert, sich des richterlichen Amts zu bedienen. (Entsch. Bd. 19. S. 164.)

§. 204. R. v. 3. Okt. 1796. Unter einer offenbaren und augenscheinlichen Lebensgefahr ist nur eine solche Gefahr gemeint, die an sich und nicht bloß in der individuellen Meinung des Richters vorhanden ist.

Auf Euren unterm 23. m. pr. erstatteten Ber. ertheilen Wir Euch zur Resolution, daß das Gesetz den Richter von seiner Verbindlichkeit zur Aufnahme eines Testaments nur im Falle einer vorhandenen offenbaren und augenscheinlichen Lebensgefahr dispensire. Darunter ist aber nur eine solche Gefahr gemeint, die an sich, und nicht bloß in der individuellen Meinung eines oder des andern Subjekts vorhanden ist; denn wollte man Letzteres annehmen, so würden wenige Fälle übrig bleiben, wo nicht ein hypochondrischer und für sein Leben allzu ängstlich besorgter Richter Kranken und Sterbenden sein Amt versagen möchte. Generaliter kann also das G. nach der Intention des Richters v. Renesse nicht erklärt werden; in individuellen Fällen würde es darauf ankommen, ob ein solcher für sein Leben obwohl ohne Noth fürchtender Richter eine andere an sich gehörig qualifizirte Gerichtsperson finden kann, welche den Actum für ihn übernähme, da unter solchen Umständen die Substitution einer andern dergleichen qualifizirten Gerichtsperson durch den §. 70. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. würde entschuldigt werden können.

(N. C. C. Tom. X. p. 712, Stengel Bd. 4. S. 314, Auszug S. 201, Rabe Bd. 3. S. 561.)

§§. 208—241. Publikation der Testamente und Kodizille.

Ueber die rechtzeitige Publikation der Testamente und das Verfahren, wie dieselbe mit Zuverlässigkeit stets zu bewirken sein dürfte. (J. Z. 1836 S. 495 ff.)

§. 208. Ueber das Verfahren, wenn ein wechselseitiges Testament zweier Ehegatten nach dem Tode des Einen publizirt wird, vergl. das R. v. 10. Dec. 1801 (Rabe Bd. 6. S. 681), aus welchem der §. 430. des Anh. zur A. G. O. entnommen ist.

§. 211. Findet der Testator eine andere Verordnung zu errichten nicht nöthig, so kann das eröffnete Testament, ohne Nachtheil für seine Gültigkeit, bei den Akten bleiben; es kann auch — auf Verlangen des Testators ausgefertigt werden.

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 13. Juni 1845. (Entsch. Bd. 11. S. 203.)

§§. 216. 217. u. Anh. §. 39. 1) R. v. 27. Juli 1818 Die Bestimmungen des Erblassers hinsichtlich des Zeitpunktes der Publikation seines Testamentes müssen dem Ger. in der Regel zur Richtschnur dienen. (Jahrb. Bd. 12. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 49.)

2) R. v. 11. Nov. 1833. Die Verzeichnisse der Testamente sollen bei jedem Gerichte alljährlich revidirt werden, um zu ermitteln, ob sich Testamente notorisch verstorbener Personen darunter befinden. Findet sich in einem publizirten Testamente vermerkt, daß der Erblasser früher schon ein Testament deponirt hat, so muß der publizirende Richter dem Richter, bei dem das frühere niedergelegt ist, von dem publizirten späteren Testamente Behufs dessen Publikation Nachricht geben.

(Jahrb. Bd. 42. S. 284, Gräff Bd. 6. S. 753.)

3) Der §. 39. des Anh. ist aus dem R. v. 6. Okt. 1802 (N. A. Bd. 3. S. 10, Rabe Bd. 7. S. 259) entnommen.

§§. 218—222. 1) K. O. v. 22. Mai 1842, betr. die Publikation der seit länger als 56 Jahren deponirten Testamente.

Auf Ihren Ber. v. 2. v. M. will Ich zur Ergänzung der Vorschriften in §§. 218. ff. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. über das Verfahren mit den seit länger als sechsundfünfzig Jahren deponirten Testamenten hierdurch anordnen, daß solche Testamente, wenn in denselben bei ihrer im §. 219. a. a. O. vorgeschriebenen Eröffnung Vermächtnisse zu milden Stiftungen sich vorfinden, und die Vorsteher solcher Stiftungen eine Mittheilung des Testaments in Antrag bringen, unter Zuziehung eines den unbekannten Interessenten aus den Gerichtsbeamten zu bestellenden Anwalts, lediglich zu dem Zwecke publizirt werden sollen, um den Vorstehern der betreffenden Stiftung eine beglaubigte Abschrift des Testaments ertheilen zu können. Die Publikation und Ertheilung der Abschrift ist kosten- und stempelfrei zu bewirken. (G. S. 1842 S. 201.)

2) Das R. v. 20. Mai 1836 erklärt es für angemessen: die Bekanntmachungen wegen Eröffnung der seit länger als 56 Jahren deponirten Testamente nicht nur in die Intelligenzblätter, sondern auch in die Zeitungen einrücken zu lassen. (J. Z. 1836 S. 629.)

3) Nach einem R. v. 26. Jan. 1827 muß die Bekanntmachung stets durch die Zeitungen erfolgen, weil zu vermuthen ist, daß auch Interessenten sich im Auslande oder wenigstens nicht in der Provinz befinden. (a. a. O. S. 144.)

§. 220. R. v. 26. Jan. 1827. Auch den milden Stiftungen im Auslande ist von Amtswegen Nachricht zu geben. (J. Z. 1836 S. 145.)

§. 221. Muß das nach §§. 218. sqq. publizirte Testament wieder ad depositum genommen werden.?

Es verneinen:

a) die Gesetzrevisoren, weil in dem §. 221. nicht das Depositorium, sondern ausdrücklich das Archiv als der Verwahrungsort solcher Testamente bestimmt werde; auch das R. v. 9. Nov. 1789 spreche sich hierfür aus. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 145.)

b) Bornemann. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 55.)

Dagegen bejahet Erelinger. (Erbr. S. 81.)

§. 223. R. v. 17. Mai 1806. Der Richter ist nicht befugt, die ausgeschlossenen Intestaterben mit den Mängeln des Testamentes, worüber ihre Agnition erfordert wird, bekannt zu machen.

Auf Euren, betr. das Testament des verstorbenen Amtsrathes N. N. auf N. N. unterm 29. April c. erstatteten Ber., und die darin enthaltene Anfrage über Eure Befugniß, die ausgeschlossenen Intestaterben mit den Mängeln eines Testaments, worüber ihre Agnition erfordert wird, bekannt zu machen, lassen Wir Euch hiermit zum Bescheid ertheilen, daß kein hinreichender Grund vorhanden ist, um bei der zu erfordernden Agnition der Intestaterben sie zugleich mit den gerügten Fehlern des Testaments bekannt zu machen, und sie dadurch gleichsam zu einem deshalb zu entamirenden Rechtsstreit über die Gültigkeit desselben aufzufordern, zumal bei dem N. N.'schen Testamente die gerügten Mängel nicht von der Beschaffenheit zu sein scheinen, daß daraus die Nullität desselben sich unwidersprechlich ergiebt.

Die G. verlangen auch eine solche Belehrung nur in solchen Fällen, wo dadurch einem künftigen Prozesse vorgebeugt werden kann, welches in dem vorliegenden Falle gerade das umgekehrte Verhältniß sein würde, oder bei bereits wirklich schwebenden Prozessen in Gefolge der Vorschrift der A. G. O. I. 9. §. 11. rc., welches gleichfalls in der Natur dieses von dem in der Anfrage enthaltenen durchaus verschiedenen Falles nicht begründet ist.

In allen anderen Fällen muß es lediglich bei der Regel, nach welcher jeder Interessent seine Gerechtsame, und was er deshalb zu thun oder zu lassen hat, beurtheilen, und sich deshalb berathen muß, verbleiben, wonach denn auch im gegenwärtigen Falle die weitere Verf. zu treffen ist.

(N. C. C. Tom. XII. S. 347, Mathis Bd. 9. S. 470, Rabe Bd. 8. S. 595.)

§. 227. R. v. 3. Dec. 1832. Die Ausfertigung eines Testamentes muß alle Verhandlungen enthalten, welche dazu gehören, die Gültigkeit des Testamentes zu übersehen, wozu das Annahme-Protokoll wesentlich erfordert wird.

(Jahrb. Bd. 40. S. 416, Gräff Bd. 6. S. 15.)

§. 230. 1) R. v. 12. Nov. 1819. Die Vorschrift des §. 230. ist nicht so zu deuten, daß jeder Erbe, selbst gegen seinen Willen, eine Ausfertigung des Testamentes annehmen müsse.

(Jahrb. Bd. 14. S. 172, Gräff Bd. 1. S. 50.)

2) R. v. 28. Febr. 1842. Der Richter ist nach §. 230. zwar nur verpflichtet, dem Legatar von dem Legate Nachricht zu geben, darf aber auch die Mittheilung einer vollständigen Abschrift des Testamentes auf Kosten des Legatars nicht versagen, wenn dieser zu den Personen gehört, welche ein gegründetes Interesse bei der Sache haben. (§. 227.) Der §. 230. bestimmt nur, was der Richter von Amtswegen auf Kosten des Nachlasses zu thun hat.

(J. M. Bl. 1842 S. 97.)

§§. 237. 238. und §. 40. des Anh. 1) R. v. 25. Aug. 1823. Mit dem Original-Testament und dem Publ.-Protokoll muß auch das Original-Annahme-Protokoll eingesendet werden.

(Jahrb. Bd. 22. S. 85, Gräff Bd. 1. S. 51.)

2) R. v. 13. April 1821. Der publizirende Richter, wenn er nicht der ordentliche ist, sondern das Testament an diesen einsenden muß, darf sich mit der Ausfertigung des Testamentes, auch selbst auf Verlangen der Interessenten, gar nicht befassen.

(Jahrb. Bd. 17. S. 12, Gräff Bd. 1. S. 50.)

3) R. v. 28. Okt. 1833. Die Versendung zur Ausfertigung und Aufbewahrung des Testamentes an den ordentlichen Richter findet in dem Fall nicht statt, wenn der ordentliche Gerichtsstand des Testators im Auslande sich befindet, sondern das Testament eines fremden, welcher nicht eximirt war, bleibt bei dem Richter, bei welchem es niedergelegt ist; gehörte der Testator aber zu den Eximirten, so muß dasselbe an das Obergericht des Departements eingesendet werden.

(Jahrb. Bd. 42. S. 286, Gräff Bd. 6. S. 754.)

4) R. v. 11. Nov. 1833. Wenn aus einem publizirten Testament die Niederlegung eines früheren Testaments sich ergiebt, so ist dem Richter, bei welchem dasselbe deponirt ist, von dem Dasein und der Publikation des späteren Testaments von Amtswegen Nachricht zu geben. (Jahrb. Bd. 42. S. 284, Gräff Bd. 6. S. 753.)

5) Der Anh. §. 40. ist aus dem R. v. 18. Juni 1798 genommen. (Stengel Bd. 8. S. 324, Rabe Bd. 5. S. 135.) Die zweite Position dieses Anh. §. ist durch Aufhebung der Civil-Jurisdiktion der Militair-Gerichte antiquirt.

6) Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 40. des Anh., daß das Testament an den Richter abgegeben werden müsse, welchem der Testator zur Zeit seines Ablebens unterworfen gewesen, und zwar deshalb, weil bei diesem Gerichte, welches den Nachlaß regulire, die Vorlegung und Einsicht der Originalien nothwendig werde, und ferner dies Gericht wegen der Bekanntschaft mit den Verhältnissen des Erblassers die Bekanntmachung der letztwilligen V. an die Interessenten am besten bewirken könne. Das R. v. 13. Sept. 1814 spreche sich eben dahin aus. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 146.)

§. 239. R. v. 26. Aug. 1833, daß es der in dem §. 239. vorgeschriebenen Einsendung des Testamentes, welche nach dem Cirk. v. 13. April 1801 (N. A. Bd. 3. S. 261, Rabe Bd. 6. S. 491) in Schlesien im Original geschehen mußte, an die Landes-Justiz-Kollegien in Folge des G. v. 13. Mai 1833 ferner nicht bedarf.

(Jahrb. Bd. 42. S. 84, Gräff Bd. 6. S. 15.)

Anh. §. 41. Dieser §. ist aus dem Publ. v. 14. März 1797 Nr. 5. entnommen, jedoch durch Aufhebung der Militair-Civilgerichtsbarkeit antiquirt.

§§. 242—518. Wirkungen gehörig errichteter und publizirter Testamente und Kodizille.

§§. 242—253. Besitz der Erbschaft.

§. 242. 1) Die nach dem Tode des Erblassers, wenngleich vor der Publikation des Testaments und vor der Antretung der Erbschaft, getroffene Verfügung des Erben über eine Nachlaßforderung hat volle rechtliche Wirkung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1855.

Mit dem §. 367. A. L. R. I. 9. steht der §. 242. h. t. so wenig in Widerspruch, daß in diesem die §§. 367. ff. a. a. O. sogar allegirt worden. Antretung und Besitznahme der Erbschaft können zwar erst nach Publikation des Testaments erfolgen; die Antretung geschieht aber stillschweigend durch den Ablauf der Fristen (§. 421. A. L. R. I. 9.), und wenn sie stattgefunden hat, so müssen nach §. 367. a. a. O. die bereits vor der Publikation des Testaments, aber doch nach dem Tode des Erblassers getroffenen Dispositionen des Erben über ein Nachlaßstück ihre volle rechtliche Wirkung haben.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 235 Nr. 55.)

2) Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 6. Jan. 1851 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 424.

§§. 243. sqq. Derjenige Erbe, welchem in einem förmlichen gerichtlichen Testamente die unbeschränkte Disposition über den Nachlaß eingeräumt worden ist, muß zu allen Verfügungen über denselben — mit Ausschluß der in den §§. 468. u. 469. h. t. gedachten Dispositionen — so lange für legitimirt erachtet werden, bis die Ungültigkeit des Testaments im Wege des Prozesses ausgeführt ist, und zwar selbst dann, wenn sich aus dem Testamente ergiebt, daß ein Pflichttheilsberechtigter vorhanden, und daß dieser durch die testamentarischen Bestimmungen im Pflichttheile verletzt ist.

Angenommen von dem Kammergerichte durch den Pl. Beschl. v. 31. Okt. 1849 (Präj. Nr. 9.) mit Rücksicht auf die §§. 243. sqq. h. t. und §. 68. Tit. II. der Hyp. O.

§§. 244—247. Vergl. das R. v. 18. April 1797 in den Erg. zu den §§. 4. u. 6. h. t.

§§. 254—260. Ausschließung der gesetzlichen Erben.

Vergl. die Erg. zu den §§. 4. u. 5. h. t.

§. 256. S., Abhandl. über die Frage: Kennt das A. L. R. ein legatum partitionis? Verneint. (J. Z. 1834 S. 473.)

§§. 256—260. 285. Diese §§. beruhen auf der Abschaffung des Principii: quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit.

(Suarez in den amtlichen Schlußverträgen, Jahrb. Bd. 41. S. 79.)

Vergl. hierüber auch Gans Beitr. Bd. 1. S. 138.

§§. 261—276. Rechte mehrerer eingesetzter Erben.

Abhandl.: die landrechtlichen Bestimmungen über die aliquoten Antheile der Erben an der Hinterlassenschaft, erläutert und ergänzt aus dem Röm. Rechte. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 149.)

§. 261. Wenn ein überlebender Ehegatte im Testament mit andern Intestaterben des Erblassers ohne Quotenbestimmung eingesetzt ist, so nimmt die Praxis an, daß die Bestimmung des §. 261. nicht Anwendung finde, sondern die Vertheilung vielmehr wie in der Intestaterbfolge nach den Statuten, z. B. in der Mark nach der Joachimika, erfolgen müsse.

[Präjudikate des Ob. App. Sen. des Kammerger. v. 20. Dec. 1804 und des Ob. Trib. v. 29. Juli 1805 (Mathis Bd. 3. S. 303). Paalzow über die Sukcession der Eheleute nach der Joachimischen Konstitution und deren Dekl. nach dem Erbschafts-Ed. v. 30. April 1765 Nr. 8. lit. d. (Handbuch Bd. 2. S. 105). Gutachten des Kurmärk. Pupillen-Kolleg. v. 25. April 1823 und R. v. 12. Mai 1823 (Jahrb Bd. 21. S. 335, Gräff Bd. 1. S. 138).]

Koch legt den §. 261. dahin aus, daß es keinen Unterschied mache, wenn die Testamentserben, in Ermangelung eines Testaments, auch gesetzlich, und zwar zu andern Verhältnißtheilen, berufen sein würden.

Gegen das Gutachten des Kurmärkischen Pupillen-Kollegiums v. 25. April 1823 bemerkt derselbe:

Dies Gutachten führt aus: »es sei allgemeines Rechtsprinzip, daß die gesetzlichen Bestimmungen in der Intestatsukcession als Grundregel und Basis der Erbfolge betrachtet werden müssen, welche auch bei der Existenz eines Testaments, soweit der Testator das Gesetz nicht aufhebe, bestehen bleiben, und welche daher allemal die Norm bei Vertheilung des Nachlasses da abgeben müßten, wo in der letztwilligen Verordnung nur Intestaterben ohne Bestimmung ihrer Erbportionen in quanto oder quoto eingesetzt seien.« — Darin folgt dies Gutachten dem ehemaligen App. Sen. des Kammerger., welcher in den Entscheidungsgründen eines Urtels v. 20. Dec. 1804 (im Widerspruche mit dem Instr. Sen.) die Regel behauptet, daß — da der Testator seine Frau und Kinder zu Erben einsetzte, ohne ihr Erbtheil zu bestimmen, es in Ansehung der Erbquoten bei der Disposition der Gesetze in der Intestaterbfolge bleibe. (Mathis Bd. 3. S. 306.) Zum Beweise dieses vermeintlichen Rechtsgrundsatzes berufen sich beide auf Lauterbach Colleg. pract. L. XXVIII. Tit. 2. §. 14. Lauterbach aber sagt davon kein Wort. Er trägt vielmehr den Röm. Grundsatz vor, daß alle Miterben, wenn der Testator keine Theile bestimmt hat, gleiche Antheile haben, daß jedoch Mehrere, die mit einander zu dem nämlichen Erbtheile berufen sind (conjuncti heredes), nur diesen Antheil zusammen erhalten. Da nun aber für diese gemeinschaftliche Berufung Mehrerer zu demselben Antheile keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, sondern lediglich die Absicht des Testators entscheidet, so fällt es lediglich der Konsuistik anheim: ob in einem bestimmten Falle Mehrere als conjuncti anzusehen sind oder nicht. In dieser Beziehung führt Lauterbach a. a. O. das Beispiel an: wenn Jemand seinen Bruder und die Kinder eines andern verstorbenen Bruders zu Erben eingesetzt hat; und fragt: ob die Kinder conjuncti seien? welches er bejahet, quia in dubio testator juris communis dispositionem secutus videtur. Das ist etwas ganz anderes. Er behauptet damit durchaus nicht einen Rechtssatz, sondern interpretirt den Willen des Erblassers, um einen unstreitigen Rechtssatz darauf anzuwenden. Der Grundsatz gilt auch nach dem A. L. R., nämlich der Grundsatz, daß, wenn der Testator Mehrere zusammen auf einen bestimmten Theil eingesetzt hat (conjuncti), der übrige Nachlaß dem oder den noch außerdem berufenen Erben zufällt; denn der §. 261. sagt: »sind, ohne nähere Bestimmung mehrere« u. s. w., und die §§. 268. u. 284.

machen davon Anwendung. Hat der Testator über das Ganze gültig testirt, so ist damit eben die Intestaterbfolge ausgeschlossen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 23. zum §. 261. h. t.)

§§. 262. 387. Ein Prälegat kann auch darin bestehen, daß den Miterben eine Handlung zu Gunsten des Prälegatars, z. B. die Befreiung von einer Schuld desselben, zur Pflicht gemacht wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1843.

Der §. 387. h. t. erkennt ein Legat als gültig an, durch welches der Erbe zu Handlungen zu Gunsten des Legatars verpflichtet wird, obwohl im §. 6. der Begriff eines Legats oder Vermächtnisses dahin festgestellt wird, daß darunter einzelne bestimmte, Jemandem hinterlassene Sachen oder Summen zu verstehen seien. Hieraus ergiebt sich, daß in dem §. 6., so wie in dem §. 262. der Ausdruck »Sachen« in dem allgemeinen Sinne der §§. 1. u. 2. Tit. 2. Thl. I. des A. L. R. gebraucht worden ist, zufolge dessen auch die »Handlungen der Menschen, imgleichen ihre Rechte, in sofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechtes ausmachen«, unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen werden. Demgemäß kann also auch ein solches Legat, wie der §. 387. erwähnt, allerdings als Prälegat gleichfalls gedacht werden.

(Entsch. Bd. 11. S. 276.)

§. 263. 1) Derjenige, dem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testament zu seinem Erbtheile ausdrücklich angewiesen worden, ist nicht bloß im Verhältniß gegen die übrigen Erben, sondern auch im Verhältniß zu den Nachlaßgläubigern als bloßer Legatar zu betrachten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1847. (Präj. Nr. 1867.)

Als wirklicher Testamentserbe ist überhaupt nur derjenige zu betrachten, dem der Testator entweder allein oder gemeinschaftlich mit anderen Personen die Sukcession in den ganzen Inbegriff seines Nachlasses eröffnet hat (§. 254.), während alle diejenigen, denen nur bestimmte Gegenstände vermacht sind, der Kategorie der Legatarien anheimfallen. In Folge dessen schreiben die §§. 256., 257. vor: daß, sobald der Erblasser nicht über das Erbrecht, sondern nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines Nachlasses verordnet hat, das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben gelangt, daß diesen alsdann Alles zum Nachlasse gehörige, soweit darüber nicht verfügt ist, anheimfällt, und daß es hierin nichts ändert, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke oder Summen zugewendet, Erben genannt haben sollte. Daß aber jeder charakteristische und durchgreifende Unterschied in dem §. 263. auch nur theilweise habe aufgehoben werden sollen, läßt sich nicht annehmen. Wer dem Begriffe und der von dem Testator getroffenen Bestimmung nach überhaupt als eingesetzter Erbe oder als bloßer Legatar anzusehen ist, muß nach allen Richtungen hin dafür gelten; und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, der nicht zur Sukcession in den Inbegriff des Nachlasses berufen, sondern vielmehr nur mit einer bestimmten Summe oder Sache als sogenanntem Erbtheile bedacht worden, nicht bloß in Bezug auf den, dem der Erblasser wirklich jenen ganzen Inbegriff beschieden hat und dem daher ausschließlich das Prädikat und die Eigenschaft seines Erben zukommt, sondern auch den Nachlaßgläubigern gegenüber als bloßer Legatar anzusehen und zu behandeln ist. Auch steht hiermit der §. 262. nicht im Widerspruche. Denn hier ist offenbar ein wirklicher Erbe, dem der Inbegriff des Nachlasses mit anderen Personen zugleich zugewendet worden, vorausgesetzt; und wenn ihm die doppelte Qualität eines Erben und eines Legatars zugeschrieben wird, so geschieht dies nur in Bezug auf das Objekt der Zuwendung. Er ist Erbe in Betreff des Inbegriffs der Verlassenschaft und er ist Legatar in Ansehung der prälegirten Sache; aber das eine wie das andere, nicht nur seinen Miterben, sondern auch den Nachlaßgläubigern gegenüber. — Der §. 263. gehört der Reihe der Bestimmungen an, welche von den Rechten mehrerer eingesetzten Erben handeln. Es kam mithin hier nur darauf an, die Stellung der von dem Testator ausschließlich auf einen bestimmten Gegenstand angewiesenen Personen zu den übrigen Erben, unter denen im Gegensatze mit jenen solche zu verstehen sind, denen wirklich der ganze Inbegriff des Nachlasses beschieden worden, zu bestimmen. Nur aus diesem Grunde ist im §. 263. nur von dem Verhältnisse der einen zu den anderen die Rede. Die Bezeichnung der ersteren als Legatarien aber hat die nothwendige Folge, daß ihnen diese Eigenschaft nach allen Seiten hin beigemessen werden muß, und es folgt aus den gedachten Worten nicht, daß sie ihnen, den Nachlaßgläubigern gegenüber, nicht habe zugeschrieben werden sollen. (Präj. Samml. S. 74, Entsch. Bd. 15. S. 188.)

Diesen Grundsatz hat das Präj. desselben Sen. v. 17. Dec. 1852 wiederholt anerkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 130 Nr. 30.)

2) Der auf eine bestimmte Summe angewiesene Pflichttheilserbe ist den Nachlaßgläubigern nicht verhaftet.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 30. Okt. 1854, unter Bezugnahme auf das Präj. des Ob. Trib. Nr. 1867. v. 30. April 1847 [1]). (J. M. Schr. Bd. 1. S. 735.)

3) Wenn in einem zwischen Eltern und Kindern geschlossenen Uebertragungsvertrage zugleich über das zukünftige Vermögen der Eltern verordnet ist, so ist dieser Vertrag zwar im Wesentlichen, d. h. in Beziehung auf das abgetretene Vermögen, als ein Vertrag unter Lebendigen anzusehen; dies hindert aber nicht, daß auch die darin getroffenen Bestimmungen über die Nachfolge in den Nachlaß wirksam sein können, und es ist dann der Uebernehmer als Erbe, und das lediglich mit einer Abfindungssumme bedachte Kind als Legatar zu betrachten. Im Falle der Anfechtung eines solchen Uebertragungs-Vertrages und resp. unterlassener Einreichung des Nachlaßinventariums ist daher das nur mit einer Abfindungssumme bedachte Kind nicht als gesetzlicher Erbe ohne Vorbehalt anzusehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 60 Nr. 21.)

§. 264. Wer erhält den Ueberrest, wenn der Testator mehrere Personen als seine alleinigen Erben berufen, demnächst aber bei Bestimmung der Erbquoten den Nachlaß nicht völlig erschöpft hat?

1) Schweikart behauptet, daß die unvertheilte Quote des Nachlasses in allen Fällen den Intestaterben zufalle.

(Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 149.)

2) Crelinger, daß die unvertheilte Quote den Testamentserben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zuwachse. (Erbrecht S. 196.)

3) Bornemann entscheidet sich gleichfalls für diese letztere Ansicht mit der Beschränkung — auf Grund des §. 254. — daß aus der letztwilligen V. erhellen müsse, wie der Erblasser den instituirten Erben den ganzen Inbegriff seines Nachlasses ausschließlich habe zuwenden wollen. Aus §. 264. sei allerdings für diese Frage nichts zu folgern, weil dieser nur von einer, den Gegenständen nach erfolgten Theilung zu verstehen sei. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 68.)

4) Koch nimmt an, daß, wenn die Absicht des Testators erhellt, seine Intestaterben ganz auszuschließen, und wenn alle Erben auf bestimmte Quoten eingesetzt sind, wodurch indeß die Zahl der Einheit des Ganzen nicht erschöpft ist, die Intestaterbfolge (gemäß §§. 256—258) für eröffnet zu erachten sei, und die auf die Quoten eingesetzten Erben als Legatarien anzusehen seien, so daß also der Intestaterbe das Zuwachsrecht habe.

(Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 264. h. t.)

§. 266. Der Grund, warum der Ueberrest unter alle Erben zu gleichen Theilen vertheilt wird, ist, weil jeder Erbe seine pars quanta als ein Prälegat aus der Verlassenschaft vorweg nimmt.

(Präj. des Stadtgerichts zu Berlin v. 29. Aug. 1794 und des Kammergerichts v. 24. April 1795, Mathis Bd. 1. S. 227.)

§. 269. In dieser Stelle hat man den Doppelsinn finden wollen, daß sie sich so verstehen lassen solle, daß der unbestimmt Berufene entweder so viel erhalten soll, als der Mindestbegünstigte nach dem Abzuge, oder so viel als er vor dem Abzuge hat.

(v. Rönne in der Anm. zu Klein's System des Preuß. Civilrechts §. 372., C. Witte, Grundzüge des Preuß. Erbrechts S. 7.)

Gegen das Dasein dieses vermeintlichen Doppelsinns spricht (Lit. D. der Rechnungsfehler des A. L. R.) Schweikart, deckt aber eine andere Dunkelheit auf, welche darin besteht, daß es unbestimmt gelassen ist, ob die mehrern unbestimmt Berufenen Alle zusammen genommen oder jeder Einzelne dem Mindestbegünstigten gleich gesetzt werden sollen. (Entscheidet für die zweite Alternative.)

(J. W. 1836 S. 198.)

Bornemann bemerkt, daß eine doppelte Reduktion der Erbtheile in dem Falle eintrete, wenn schon die ausdrücklich festgestellten Erbtheile mehr als das Ganze betragen und außerdem noch Erben simpliciter berufen sind. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 70.)

Koch ist der Ansicht, daß jeder der unbestimmt Eingesetzten mit demjenigen gleichen Antheil erhält, dem die geringste Quote zugedacht ist; es seien also die Quoten sämmtlicher mit bestimmten Antheilen eingesetzten Erben zu reduziren und durch Berechnung zu finden; dafür

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

spreche auch L. R. II. 2. §§. 448., 445.; die anscheinend dagegen sprechenden Bestimmungen §§. 444., 446. a. a. O. und I. 12. §. 272. seien von der künstlich berechneten reduzirten Quote zu deuten. Das Ergebniß der landrechtlichen Bestimmungen sei somit das Dupondium des Röm. R.

(Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 666.)

Vergl. Landr. Bd. 2. Anm. 32. zum §. 269. h. t.

§§. 277—280. Folgen der Entsagung sämmtlicher Testamentserben.

§§. 277. 531. 1) Wenn der eingesetzte Erbe den Anfall der Erbschaft nicht erlebt, so treten, ohne eine ausdrücklich darauf gerichtete Disposition, die von dem Erben nachgelassenen Kinder nicht in seine Stelle; und die bloß erweisliche Absicht, daß der Erblasser auch die Kinder habe bedenken wollen, reicht nicht, wie bei Legaten, dazu aus, den Letzteren die Erbschaft zuzuwenden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Juni 1844, weil eine Verordnung, daß in einem solchen Falle die Kinder des Erben an dessen Stelle treten, auch ohne ausdrücklich in dem Testamente ihm substituirt zu sein, nicht existire, und die Bestimmung des §. 531. ausdrücklich eben nur bei Legaten angeordnet sei.

(Entsch. Bd. 10. S. 124.)

Mit dieser Entsch. steht das Präj. des Ob. Trib. v. 13. Dec. 1810 nicht im Einklange, welches, auf Grund des §. 521. h. t. und ex analogia des §. 531. h. t., angenommen hat, daß in dem Falle, wenn der Testator seine Geschwister und Geschwisterkinder zu Erben berufen hat, und aus den Umständen erhellet, daß in der Intestaterbfolge nichts hat geändert werden sollen, ohne daß jedoch für den Fall, da der eingesetzte Bruder oder die eingesetzte Schwester vor dem Testator mit Tode abgeht, eine Bestimmung im Testamente enthalten ist, die Kinder des Vorverstorbenen an dessen Stelle treten, und daß das Zuwachsrecht der Testamentserben nicht stattfinde.

(Simon's R. Bd. 2. S. 56 ff.)

Bereits in dem Erk. v. 6. April 1839 ist indeß das Ob. Trib. von dieser letzterwähnten Ansicht wieder abgegangen und hat den später in dem Präj. v. 21. Juni 1844 ausgesprochenen Grundsatz in einem Falle angenommen, wo die Testatrix ihre vier Geschwister zu Erben eingesetzt hatte, von denen jedoch demnächst zwei vor ihr mit Tode abgegangen waren. Es heißt in den Gründen dieses Urtels:

Es ist hier der Fall des §. 281. h. t.. vorhanden. Die Väter der Verklagten waren vor der Testatrix verstorben, und konnten sie also nicht beerben. Eine Substitution für diesen Fall enthält das Testament nicht, die Kläger waren daher ex jure accrescendi die alleinigen Testamentserben. Dies würde nur dann der Fall nicht sein, wenn entweder die Testatrix das Zuwachsrecht ausdrücklich ausgeschlossen, oder wenn sie den eingesetzten Erben Substituten bestellt hätte. Die Kläger wollen eine Ergänzung der Testamentsbestimmung durch den Richter, indem sie sich auf §. 521. berufen. Hier aber wird der Fall vorausgesetzt, daß in der zu interpretirenden letztwilligen Verordnung eine Bestimmung fehlt, die dann nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ergänzt werden soll. Von einer solchen Ergänzung kann aber hier gar nicht die Rede sein. Es fehlt keine nothwendige Bestimmung im Testamente der Erblasserin, ihre Erben sind klar bezeichnet, und wer an ihre Stelle tritt, wenn sie nicht sämmtlich Erben sein können, besagt das Gesetz ebenso unzweifelhaft. Nur diese gesetzliche, durch das jus accrescendi begründete Substitution darf eintreten, nicht eine von der Testatrix nicht angeordnete, im Testamente nicht enthaltene, sondern hineinzutragende. — Der in Simon's R. Bd. 2. S. 61 abgedruckten Entscheidung des Ob. Trib. liegt ein Sachverhältniß zum Grunde, das dem des jetzigen Rechtsstreites nicht vollkommen gleich, sondern darin verschieden ist, daß in jenem Falle der Testator die Kinder eines bereits vor der Testamentserrichtung verstorbenen Bruders zu Erben eingesetzt hatte, woraus gefolgert werden konnte, daß er es auf die Kinder seiner anderen Geschwister, wenn diese selbst den Erbfall erledigen würden, gleichfalls abgesehen hatte.

(Koch's Arch. Bd. 3. S. 612.)

Koch tritt der Ansicht des Präj. v. 21. Juni 1844 bei.

(Landr. Bd 2. Anm. 36. zum §. 277. h. t.)

2) Eine Ausnahme von der Regel des §. 277. machen die nicht erwähnten Abkömmlinge eines eingesetzten, vor dem Testator verstorbenen Kindes (§. 443. A. L. R. II. 2.), welche sonst contra tabulas zur Sukcession gelangen würden, als Pflichttheilsberechtigte.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 36. zum §. 277. und Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 6. S. 71.

3) Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Febr. 1853 Nr. 2437. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 367., 368., 398., 406—408.

§§. 281—287. Recht des Zuwachses.

Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Preuß. Rechte. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 476 ff.)

I. Begreift der §. 284. auch den Fall in sich, wenn der Erblasser mehreren Erben dieselbe Erbportion ungetheilt zugewiesen hat? Ist ferner der im §. 284. gebrauchte Ausdruck: »zusammen« von einer Verbindung der mehreren Erben im Raum oder in einer Position zu verstehen, und ist der Ausdruck »ungetheilt« dahin zu deuten, daß der Erblasser keine reellen oder ideellen Theile für die konjunktirten Erben bestimmt haben dürfe, wenn die Akkrescenz zwischen ihnen mit Ausschließung der übrigen Erben eintreten soll?

1) Es bejahen:

a) Crelinger, und beurtheilt demgemäß folgende Fälle:

α) Der Testator hat verordnet, die drei Kinder des A. sollen meine Erben zu $\frac{1}{2}$ sein, ferner soll B. mein Erbe zu $\frac{1}{4}$ und C. mein Erbe zu $\frac{1}{4}$ sein. Fällt alsdann eines jener Kinder fort, so akkrescirt dessen Antheil seinen Geschwistern allein, da dieselben re et verbis mit dem wegfallenden Erben verbunden gewesen sind. Denn die res wird durch die gemeinschaftlich angewiesene Erbrate repräsentirt, und der Erblasser hat jene drei Kinder zu einem Individuo im Gegensatz der übrigen Miterben konstituirt, so daß alle in dem Rechtskreise jenes Individui vorfallenden Veränderungen den Rechtskreis der übrigen Miterben nicht berühren.

β) Dasselbe tritt ein, wenn der Erblasser verordnet hat: A. und B. sollen meine Erben, jeder zu $\frac{1}{3}$ sein, und weise ich denselben auf ihr Erbtheil das Kapital der 20,000 Thlr. an, welches auf dem Gute R. eingetragen steht; auch C. soll mein Erbe zu $\frac{1}{3}$ sein. Fällt allsdann der A. weg, so akkrescirt sein Antheil dem B.

γ) Anders steht die Sache dagegen, wenn der Erblasser sich so ausgedrückt: Ich ernenne zu meinem Erben den A. zu $\frac{1}{3}$, und soll derselbe auf seine Erbportion das auf dem Gute R. eingetragene Kapital der 20,000 Thlr. angewiesen erhalten. Ferner ernenne ich den B. zu meinem Erben zu $\frac{1}{3}$ und soll derselbe mit seinem Antheile gleichfalls aus dem eben gedachten Kapitale befriedigt werden. Drittens setze ich den C. zu meinem Erben ein. In diesem Falle fehlt es an einer conjunctio re et verbis, denn dem A. und B. ist nicht zusammen das Kapital auf ihre Erbportion angewiesen worden, mithin kann der B. beim Wegfallen des A. nicht verlangen, daß ihm dessen Portion ausschließlich akkrescire.

δ) Ebenso steht die Sache, wenn die Einsetzung so lautet: A. und B. sollen meine Erben zu $\frac{1}{3}$ sein und auf ihr Erbtheil ein Jeder die Hälfte des auf R. mit 20,000 Thlrn. eingetragenen Kapitals erhalten. Denn alsdann ist die Sache den beiden Erben nicht ungetheilt zugewiesen worden, mithin findet bei dem Wegfallen des A. für den B. kein besonderes Akkrescenzrecht, mit Ausschließung der übrigen Miterben, statt.

ε) Dieses tritt dagegen wiederum ein, wenn das Testament dahin gefaßt ist: A. und B. sollen meine Erben zu $\frac{2}{3}$ (oder auch A. soll zu $\frac{1}{3}$ Erbe und B. zu $\frac{1}{3}$ Erbe) sein, und weise ich dieselben mit ihrem Erbtheil auf das Kapital u. s. w. an. (Erbrecht S. 216—218.)

b) Schweikart scheint derselben Ansicht.

(Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 190.)

2) Es verneinen:

a) Korte, welcher bemerkt:

Nirgends sei den Erben, denen zusammen eine Erbportion angewiesen worden, ein Vorzugsrecht eingeräumt, sondern vielmehr nur solchen Erben, denen auf ihre Erbportion Sachen und Rechte ungetheilt angewiesen seien. Das A. L. R. unterscheide also die angewiesenen Sachen und Rechte von den Erbportionen, und man könne daher unter den letzteren nicht Erbquoten verstehen. Jede Zuwendung einzelner Sachen oder Rechte, oder die Absonderung bestimmter Gegenstände aus dem Nachlaß für einzelne Erben involvire aber ein Vermächtniß, und wenn eine derartige Zuwendung oder Aussonderung auf Jemandes Erbtheil geschehen, so bleibe die gedachte Person hinsichtlich ihrer Erbquote Erbe, in Ansehung der bestimmten Sache aber wäre sie als Legatar, und das Eigenthum dieser Sache als ihr zum Voraus beschieden anzusehen. Dasselbe Verhältniß trete ein, wenn Mehreren bestimmte Sachen auf ihre Erbportionen angewiesen worden, indem die mehreren Erben alsdann in Betreff jener Sachen Kollegatarien seien. Daraus ergebe sich, daß unter Miterben von einem engeren Akkrescenzrecht nur in sofern die Rede sein könne, als dieselben den anderen Erben gegenüber sich als Legatarien darstellten. Dies sei auch der Natur der Sache gemäß, weil dadurch, daß Mehrere zusammen zu einem bestimmten ideellen Theile berufen worden, dieser Theil von dem Ganzen nicht losgelöst werde, sondern ein integrirender Theil desselben bleibe. Jeder Erbe sei in diesem, wie in jedem andern Falle ideell am ganzen Nachlaß betheiligt, und Jedem müsse

daher auch der Ausfall eines Jeden Raum machen. Was ferner die Ausdrücke: »zusammen« und »unvertheilt« betrifft, so sei das Wort »zusammen« keineswegs auf eine Vereinigung der Namen in einem Satze zu beziehen, sondern drücke bloß die Konkurrenz mehrerer Personen zu einem und demselben Zwecke, zu einer Mitberechtigung und Mitverpflichtung aus. Eine ungetheilte Anweisung sei aber vorhanden, wenn eine res individua oder bis dahin indivisa Mehreren zum Miteigenthum angewiesen werde, ohne Rücksicht darauf, ob die ideellen Antheile der Einzelnen bestimmt worden seien oder nicht.

(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 476 ff.)

b) Bornemann tritt der letzteren Ansicht bei; zugleich sucht derselbe die Richtigkeit dieser Ansicht aus den Materialien zum Landrecht zu begründen. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 73.)

II. Akkrescirt, wenn der Erblasser einige Erben mit, andere ohne Bestimmung der Erbquoten eingesetzt hat, und der eine oder der andere der Erben deficirt, die erledigte Portion eines simpliciter Instituirten den übrigen eben so eingesetzten Erben mit Ausschließung der zu bestimmten Quoten berufenen Erben?

1) Es bejahet Schweikart, ausgehend von der sub I. 1. a. gegebenen Crelinger'schen Ansicht, daß den konjungirten Erben ein ausschließliches Akkrescenzrecht an der Erbportion, welche ihnen zusammen angewiesen worden, zustehe, und annehmend, daß die heredes sine partibus scripti gleichfalls conjuncti seien, indem sie zusammen den Ueberrest des Nachlasses erhielten, und die Antheile der Einzelnen nur durch die Kopfzahl bestimmt würden.

(Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 189. 190.)

2) Es verneint Bornemann, sich auf seine sub I. 2. b. gegebene Ansicht stützend, indem er bemerkt:

Für die Ansicht von Schweickart scheint §. 268. zu sprechen, da man aus diesem folgern könnte, daß die mit Bestimmung von Quoten berufenen Erben sich unter allen Umständen mit den ihnen beschiedenen Quoten begnügen müssen, und daß selbst dann, wenn einer von ihnen wegfällt, die dadurch erledigte Erbportion nicht allen, sondern bloß den simpliciter berufenen Erben zuzusprechen ist. Diese Folgerung aus dem §. 268. ist jedoch nicht richtig. In demselben haben die Redaktoren lediglich die Erbquote der simpliciter eingesetzten Erben den anderen Erben gegenüber bestimmen wollen, mithin nur solche Fälle, in denen das Testament vollständig zur Ausführung kommt, vor Augen gehabt. Man darf daher aus dem §. 268. keine Folgerungen für den Fall ziehen, wenn das Testament nicht vollständig ausgeführt werden kann; alsdann muß vielmehr der §. 282. h. t. zur Richtschnur dienen. Nun steht aber hinsichtlich der simpliciter berufenen Erben die Sache gerade so, als ob ihnen diejenige Erbquote, welche nach Abzug der besonders angewiesenen Quoten übrig bleibt, ausdrücklich zugewendet wäre. Jene Quote drückt also das Verhältniß aus, nach welchem die simpliciter berufenen Erben bei der Vertheilung des Hauptnachlasses konkurriren, und nach demselben Verhältnisse können sie auch nur auf eine erledigte Erbportion Anspruch machen, die Erledigung möge durch den Abgang eines in eine Quote oder simpliciter berufenen Erben erfolgen.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 77.)

§. 286. Der Erbe kann dem Anwachsungsrechte nach Ablauf der Frist zur Entsagung der ihm ursprünglich angefallenen Erbquote nicht entsagen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Jan. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 247 Nr. 61.)

§§. 288—300. In Ansehung der Vermächtnisse überhaupt.

H. G. Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen nach dem A. L. R., mit Rücksicht auf die Röm. Gesetzgebung. Neue Aufl. Frankfurt a. O. 1836. 8. (Recension in der J. W. 1836 S. 50.)

§§. 288. 1) Die Vorschrift des §. 288. gilt nur dem Erben gegenüber, und ist sonach dahin zu verstehen, daß die Erben verpflichtet sind, dem Legatar alle Rechte des Eigenthümers, vom Todestage des Erblassers an, einzuräumen. Die scheinbare Ausnahme des §. 303. gründet sich darauf, daß der Gebrauch oder Genuß einer Sache ohne Besitzergreifung nicht möglich ist, der Besitz aber nicht vor dem Antritt der Erbschaft von dem Erben gefordert werden kann.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 162.)

Derselben Meinung ist Bornemann.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 80.)

2) Göschel erörtert in der Abhandlung über den Anfall eines in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren gemeinschaftlich verordneten Fideikommisses oder Vermächtnisses die Frage, ob bei einem wechselseitigen Testamente der honorirte Legatar Behufs der Transmission den Tod beider Testatoren erlebt haben müsse, oder ob es genügt, wenn er nur den Tod des jüngst Verstorbenen erlebt habe, und im letzteren Falle, ob er durch den Tod des einen Testators schon zum Ganzen, oder wenigstens zur Hälfte des Vermächtnisses berufen werde, und gelangt zu dem Resultate, daß das ganze Legat transmittirt werde. (Simon's Z. Bd. 2. S. 48.)

3) Die Bestimmung des §. 288. ist, wie sich aus den §§. 294., 311. u. 312. ergiebt, nicht wörtlich zu verstehen, sondern es ist zur Erlangung des vollständigen Eigenthums der legirten Sache die Uebergabe derselben an den Legatar Seitens der Erben erforderlich. Daher steht dem Legatar gegen die Erben im Falle deren Weigerung oder Verzögerung nur ein Forderungsrecht mit einer persönlichen Klage aus dem Testamente auf Uebergabe der Sache zu.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 240 Nr. 62.)

4) Ist der Legatar einer Schuldforderung (legatarius nominis) schon auf Grund des Testaments, ohne Wissen und Willen des Erben, berechtigt, über die vermachte Forderung zu verfügen, oder bedarf er dazu einer ausdrücklichen Einwilligung des Erben?

Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 7. März 1840 (in Sachen Schaaf w. Beeck) an, daß vermachte Forderungen vom Erben cedirt werden müssen, bevor der Legatar zur Einziehung legitimirt ist.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 288. h. t., und Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 143.)

Derselben Ansicht ist Koch (a. a. O., J. W. 1836 S. 605 ff. und Lehre vom Ueberg. der Ford. R. S. 155 ff.) unter Bezugnahme auf §§. 296., 311., 312. h. t.

Die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 216 ff. sucht diese Meinung zu widerlegen und auszuführen, daß die Legitimation des Legatars gegenüber dem Schuldner der vermachten Forderung einzig und allein in dem Testamente beruhe und daß der Schuldner ihm die freie Verfügung über die legirte Schuldforderung nicht streitig machen könne, so lange nicht der Erbe in seinem eigenen Interesse Sicherungsmaßregeln getroffen und eben hierdurch dem Legatar die ihm an sich zustehende Verfügungsbefugniß wieder entzogen hat.

§§. 288. 289. 294. 298. 1) Wenn das Theilnahmerecht an einem, mehreren Personen ausgesetzten Legate nicht von dem Erben, sondern von den Mitlegatarien bestritten wird, so sind diese Letztern auch allein, dem Prätendenten gegenüber, passive zur Sache legitimirt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1852.

Es handelt sich in diesem Falle nicht um einen Anspruch des Legatars auf Zahlung des Legats aus dem Nachlaß, der freilich nur gegen den Universalerben verfolgt werden könnte, allenfalls unter Zuziehung der Kollegatorien (§§. 298., 299.), sondern bloß um den Anspruch auf Theilnahme an einem von dem Erben nicht bestrittenen Legat. Es kommt in diesem Falle auch nicht darauf an, ob der Erbe das Legat deponirt hat oder nicht, denn auch im letzteren Falle erwirbt der Legatar das Eigenthum der im Testamente zum Legat ausgesetzten Sachen und Rechte, mit dem Todestage des Testators (§. 288.). Er ist nach §. 3. Tit. 15. berechtigt, dies sein Eigenthum gegen jeden Anmaßenden zu verfolgen und kann also die Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums, hier des Legats, fordern (§. 75. Tit. 17.), wobei es lediglich darauf ankommt, daß er sein Eigenthum, d. h. sein durch Testament begründetes Recht darthut, wo dann die Mitberechtigten mit ihm Theilung halten, ihn resp. zur Mitpartizipation verstatten müssen.

(Entsch. Bd. 22. S. 315—320, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 43 ff. Nr. 10.)

2) Kann der Prälegatar auf eine Geldsumme das Legat gegen die übrigen Miterben einklagen, oder muß er, weil solche Klagen gegen sämmtliche Erben, also auch gegen ihn gerichtet werden müssen, Niemand aber sich selbst verklagen kann, zur Erlangung des Prälegats auf Erbtheilung klagen?

Das Erk. eines nicht genannten Gerichtshofes (Datum konstirt nicht) in Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 658 ff. nimmt Ersteres an.

§. 290. 1) Das Legat muß auf den einseitigen Antrag des Legatars auf die in dem Nachlasse oder noch im Besitze des Erben vorhandenen Erbschaftsgrundstücke eingetragen werden, ohne daß es dazu der vorgängigen Berichtigung des Besitztitels für den Erben bedarf. Ein Gleiches gilt auch in dem Falle, wenn der Testator einem

Erben ein Grundstück prälegirt und dies Prälegat mit einem Legate onerirt hat.

Angenommen von dem Justizmin. in den nachstehenden Reskripten.

a) R. v. 8. Juli 1836.

Der Justizmin. hat ersehen, daß das Königl. O. L. G. von dem Beschwerdeführer als Testamentserben seiner Mutter die Berichtigung seines Besitztitels fordert, um die Eintragung einer protestatio pro conservando jure et loco zu Gunsten der im Testamente mit einem Legate von 500 Thlrn. auf das gedachte Grundstück angewiesenen Enkeltochter der Erblasserin bewirken zu können. Da das Testament selbst nicht vorliegt, so steht nach dem Vortrage des Bittstellers nur so viel fest, daß derselbe Erbe mit seiner Schwester ist, ihm das Grundstück zufallen soll, und auf dieses Grundstück das Legat der Enkeltochter gelegt worden. Es entsteht die weitere Frage, ob dem Supplikanten das Grundstück auf seinen Erbtheil angewiesen, oder zum Prälegat bestimmt ist. Im ersteren Falle erhält er dasselbe als Erbe, und die Berichtigung des Besitztitels kann für ihn bloß auf Grund des Testaments erfolgen, ohne daß es des Konsenses der Miterben bedarf. (R. v. 18. April 1797, Stengel's Beiträge V. S. 111, Sächsische Anh. §. 29. Nr. 1.) Die Legataria, welche das Legat aus diesem Grundstücke erhalten soll, hat zwar einen gesetzlichen Titel zur Sicherstellung gegen den Miterben, auf dessen Erbtheil sie gewiesen ist, mithin auch zur Eintragung auf das ihm beschiedene Grundstück (A. L. R. I. 20. §§. 400., 401.), jedoch bloß mit der §. 290. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. beigefügten Beschränkung, daß die Hypothek sich nur auf das erstrecke, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Um in dieser beschränkten Weise die Eintragung des Legatars zu bewirken, bedarf es in dem vorgedachten ersten Falle nicht zuvor der Berichtigung des Besitztitels auf den Erben, welchem das Grundstück angewiesen ist, da das Recht des Legatars aus dem Testamente des Erblassers entspringt, und es zur Eintragung des Besitztitels auf den Erben, welchem das Grundstück auf seinen Erbtheil angewiesen ist, auch nicht erst des Konsenses der Miterben bedarf. In dem zweiten Falle aber ist der Bittsteller in Beziehung auf das ihm im Voraus beschiedene Grundstück nach §. 262. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. bloß als Legatar anzusehen; es kann daher der Besitztitel auf ihn nur nach ausdrücklicher Einwilligung der sämmtlichen Erben in vorliegendem Falle der Miterben erfolgen. (§. 66. Tit. 2. Hyp. O. R. v. 18. April 1797.) Zu der Enkeltochter, welche mit ihrem Legate von 500 Thlrn. auf das prälegirte Grundstück gewiesen ist, steht er zwar nach §. 293. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. in dem Verhältnisse als Erbe, und die Legatarin hat daher gegen ihn das Recht auf Sicherheitsbestellung; allein da für ihn selbst der Besitztitel erst mit Konsens der Miterben berichtigt werden kann, so wird auch, bevor das Legat eingetragen worden, zuvor der Besitztitel für den Erben berichtigt werden müssen.

b) R. v. 10. Okt. 1836.

Dem Königl. O. L. G. wird die Beschwerde des dortigen Fischhändlers A. v. 4. Juni d. J. mit dem Eröffnen zugefertigt, daß der Justizmin. die Eintragung des in dem Testamente der verwittweten A. geb. H. der S. vermachten Legats von 500 Thlrn. auf das ꝛc. Grundstück auf Grund des Testaments und ohne Rücksicht auf den darüber geführten Prozeß für unbedenklich erachtet, weil die Testatrizin selbst dieses Vermächtniß unmittelbar auf jenes Grundstück angewiesen hat, so daß es nicht erst der Berichtigung des Besitztitels für den Sohn A. bedarf, dem dies Grundstück mit dem darauf angewiesenen Legate prälegirt worden ist. Die Gültigkeit des Legats der 500 Thlr. ist weder von der Einwilligung der Testamentserben, noch der des Prälegatars abhängig, die Eintragung des Geldvermächtnisses auf das Nachlaßgrundstück aber ohne deren Einwilligung zulässig, weil das Testament selbst, ohne Zuthun der Erben, darauf die Anweisung enthält, so wie denn auch im §. 290. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. das G. selbst diese Sicherheitsbestellung ohne Einwilligung der Erben festsetzt. — Daß der Sohn A., dem das Grundstück prälegirt worden, nach §. 66. Tit. 2. Hyp. O. der Einwilligung der Erben bedarf, ehe sein Besitztitel eingetragen werden kann, ist in Beziehung auf die Eintragung der 500 Thlr. unerheblich, weil dieselbe auch dann erfolgen müßte, wenn der A. das Prälegat rekusiren sollte. Der Erbe, welchem dies Grundstück beschieden ist, soll es nach der Anordnung der Testatrizin mit dem Legate der 500 Thlr. beschwert überkommen. Um so mehr kann und muß die Eintragung der Geldvermächtnisse auf das Nachlaßgrundstück der Berichtigung des Besitztitels an dem letzteren für den Erben, dem es als Prälegat beschieden ist, vorausgehen.

Koch ist derselben Ansicht und bemerkt, daß der Legatar auch einseitig verlangen könne, daß das Legat auf im Nachlasse oder noch im Besitze des Erben befindliche Hypotheken eingetragen werde, ohne daß es deren Umschreibung auf den Erben bedürfe; denn der Titel zur Hypothek des Legatars komme nicht von dem Erben, sondern von dem Erblasser. (Landr. Bd. 2. Anm. 48. zum §. 290. h. t.)

2) Gegen den Erben kann die Eintragung des Legats zu jeder Zeit nachgesucht werden, so lange er noch im Besitze von ererbten Grundstücken ist; gegen dessen Gläubiger aber ist dieses Recht auf ein Jahr nach dem Tode des Testators beschränkt, wenn der Erbe nun in Konkurs verfällt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1835.
(Entsch. Bd. 2. S. 304.)

Derselben Ansicht ist Bornemann. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 82.)

3) Das im §. 290. erwähnte Vorrecht des Legatars in dem eigenen Vermögen des Erben ist in der Konk. O. (A. G. O. I. 50.) übergangen; der Legatar kommt daher in die letzte Klasse, wenn und soweit ihm das Separationsrecht nicht zu statten kommt (A. G. O. I. 50. §. 277.). Nur den jährlichen Alimenten ist ein Vorrecht gegeben (§§. 430., 460. a. a. O.). Auch die Konk. O. v. 8. Mai 1855 giebt dem Legatar nur das Separationsrecht (§. 37. und Einf. G. v. 8. Mai 1855 Art. IX.).

§. 293. Wenn es noch ungewiß ist, wer der Hauptlegatar sei und wenn derselbe rechtlich noch nicht feststeht, so ist der Unterlegatar berechtigt, sich wegen seines fälligen Legats an den Erben zu halten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 219 Nr. 54.)

§§. 296. 334. 1) Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Aug. 1842 (Präj. Nr. 1170.) und unterm 26. April 1850.
(Präj. Samml. S. 33 und Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 203 ff., Entsch. Bd. 19. S. 124.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 418.

2) Ein mit einem Prälegate bedachter Miterbe kann, bei versäumter rechtzeitiger Niederlegung des Inventars und dadurch für die Erben eingetretenem Verluste der Rechtswohlthat, wegen jenes Prälegats den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen, und nicht Befriedigung von ihnen auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus verlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1394.) (Präj. Samml. S. 62, Entsch. Bd. 11. S. 276.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 427. Zus. 3.

3) Die durch den §. 296. dem Benefizialerben beigelegte Befugniß, das Legat so lange zurückzubehalten, bis rechtlich ausgemittelt worden, ob der Nachlaß zur Tilgung der Schulden und Vermächtnisse hinreiche, ist durch den §. 2. der Exekutionsverordnung v. 4. März 1834 nicht beschränkt worden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1854, weil der §. 2. a. a. O. nur die Anwendung der Exekution gegen einen Benefizialerben zum Gegenstande habe und ein ergangenes Judikat voraussetze. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 271 Nr. 58.)

§. 297. Legatarien sind, gleich den Erbschaftsgläubigern, auf Konkurseröffnung anzutragen berechtigt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1840.

Wenn im §. 64. A. G. O. I. 51. nur von den Gläubigern und nicht von den Legatarien gesprochen wird, auch die Gesetze sonst zwischen beiden unterscheiden, so kann doch die gedachte Befugniß nicht bloß jenen zugesprochen werden. Das angeführte Gesetz bedient sich allerdings nur des Wortes »Gläubiger«; allein dies Wort ist nicht im engsten Sinn zu nehmen, sondern dahin zu verstehen, daß dadurch im Allgemeinen diejenigen haben bezeichnet werden sollen, welche eine Forderung an die Nachlaßmasse zu machen haben, oder, wie schon das Röm. Recht sich ausdrückt, »Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent« (L. 42. §. 1. D. 44. 7., L. 10. D. 50. 16.). Hierzu gehören auch die Legatarien. Sie unterscheiden sich zwar von den Nachlaßgläubigern dadurch, daß die Forderung der Letzteren schon bei Lebzeiten des Erblassers existirt und diesen selbst noch betroffen hat, der Anspruch der Legatarien dagegen erst nach dem Ableben des Erblassers entsteht, und nur dessen Nachlaßmasse angeht; beide haben jedoch das Gemeinschaftliche, daß sie aus der Nachlaßmasse befriedigt sein wollen, und in sofern sind auch Legatarien nach dem oben aufgestellten Begriff für Gläubiger anzusehen. Es hat aber auch der Gesetzgeber selbst den Ausdruck unzweifelhaft in gleichem Sinne gebraucht. Dies geht daraus hervor, daß er nicht allein in der Konkurs- und namentlich in der Vorrechts-O. die Legatarien in die Reihe der Gläubiger mit aufgenommen, sondern auch in anderen Beziehungen den Ersteren gleiche Be-

fugnisse mit den Nachlaßgläubigern ertheilt hat. (A. G. O. I. 50. §. 481., A. L. R. I. 12. §§. 290., 292., 297. und I. 9. §§. 426., 429.) — Sollten die Legatarien eine solche Befugniß nicht haben, vielmehr nur auf die in den angeführten Gesetzen ihnen ausdrücklich beigelegten Gerechtsame beschränkt sein, so würde der Gesetzgeber namentlich in Ansehung des ihnen im §. 290. A. L. R. I. 12. eingeräumten Rechts, Sicherheitsbestellung zu fordern, auf dem halben Wege stehen geblieben sein und für dieselben auf den Fall gar nicht gesorgt haben, wenn das Schlimmste, nämlich die völlige Insufficienz der Nachlaßmasse, einträte, indem die Legatarien unter der gemachten Voraussetzung abwarten müßten, ob einer der Erbschaftsgläubiger mit dem Antrag auf Konkurs-Eröffnung hervortreten werde. Eine solche Lücke im Gesetze läßt sich um so weniger annehmen, als dasselbe den Legatarien selbstständig das Recht beilegt, auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses anzutragen, sie mithin schon in einem Falle zu sichern bemüht ist, wo die Gefahr bei weitem nicht so groß erscheint, als bei einer gänzlichen Insufficienz der Masse.

(Entsch. Bd. 6. S. 116.)

Vergl. Konf. O. v. 8. Mai 1855 §. 345.

§. 298. 1) Die Klage des Notherben auf Ergänzung des Pflichttheils ist selbst in dem Falle, wenn die Legatarien zum Beitrage verpflichtet sind, nur gegen die Erben zu richten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Febr. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 335 Nr. 85.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 30. April 1847 (Präj. Nr. 1867.) in den Erg. zum §. 263. h. t.

§§. 298. u. 299. 1) Legatarien, welche in ihrem erweislichen Interesse an einem die Nachlaßmasse betreffenden Prozesse Theil nehmen, vertreten weder einzeln noch alle zusammen die Nachlaßmasse, sondern nur ihre eigenen Legate. Daher kommt das von einem einzelnen Legatar gegen einen Nachlaßgläubiger erstrittene günstige Urtheil den übrigen Legatarien nicht zu Gute.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. April 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 99 Nr. 23.)

2) Die bei dem Prozesse nicht zugezogenen Legatarien müssen zwar die zwischen dem Testamentserben und den Nachlaßgläubigern, nicht aber die zwischen dem ersteren und einem andern Erbprätendenten ergangenen Entscheidungen gegen sich gelten lassen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 61 Nr. 15.)

3) Die in einem Rechtsstreite über das Erbrecht zu einem gewissen Nachlasse ergangene rechtskräftige Entscheidung gilt als solche auch zu Gunsten der Nachlaßgläubiger und Legatare, welche den durch jenes Judikat anerkannten Erben in Anspruch nehmen, wenn sie auch an jenem Rechtsgange nicht Theil genommen haben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1858, mit Rücksicht auf die hier nach Anleitung des §. 49. Einl. zum A. L. R. anwendbaren Bestimmungen des Röm. Rechts in L. 50. §. 1. D. de legat. und L. 3. pr. D. de pignor., womit der §. 298. h. t. im Einklange stehe, und weil in sofern eine Ausnahme von dem Prinzip der §§. 65., 66. Einl. zur A. G. O. angenommen werden müsse. (Entsch. Bd. 37. S. 341.)

§§. 301—327. Wenn bestimmte Sachen oder Rechte vermacht worden.

§§. 317—321. In diesen §§. hat man die Lehre über die Frage: ob, wenn forma rei legatae verändert worden, solches pro ademtione legati zu achten sei, zur Beseitigung der Subtilitäten des Röm. Rechts vereinfachen wollen.

(Suarez in der rev. mon., Jahrb. Bd. 51. S. 83.)

§. 322. 1) Findet die Vorschrift des §. 322. nur in dem Falle Anwendung, wenn der Erblasser das abgesondert aufbewahrte Geld als Kaufgeld für die fragliche Sache bezeichnet hat, oder auch in dem Falle, wenn sich nur anderweitig nachweisen läßt, daß das in einem besonderen Behältnisse vorgefundene Geld das für die Sache eingenommene Kaufgeld ist?

Bornemann nimmt Ersteres an:

Die Redaktoren können offenbar nur einen Willensakt des Erblassers, aus welchem die Absicht desselben, daß das Geld der Sache zu substituiren, klar erhellt, vor Augen gehabt haben; ein solcher Willensakt liegt aber höchstens in dem ersten Falle vor, wogegen in dem zweiten die abgesonderte Aufbewahrung ganz absichtslos geschehen und durch eine bloße Zufälligkeit, z. B. weil der Erblasser das Geld kurz vor dem letzten Krankenlager eingenommen hatte, herbeigeführt sein kann. (Syst. 2. Ausg. Bd. 6. S. 85—86.)

Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß die besondere Aufbewahrung in bewußter Absicht geschehen sein müsse, auf welche aus Aeußerungen oder Umständen müsse geschlossen werden können.

(Landr. Bd. 2. Anm. 70. zum §. 322. h. t.)

2) Findet der §. 322. alsdann Anwendung, wenn der Erblasser das Geld nicht in den gezahlten, sondern in andern Stücken aufbewahrt, jedoch als das für die Sache eingezogene Kaufgeld bezeichnet hat?

Bornemann bejahet, weil die Vermuthung bei einer Umsetzung des eingenommenen Geldes und einer demnächst erfolgten besondern Aufbewahrung sogar stärker erscheine, als ohne solche Umwechselung. (System Bd. 6., 2. Ausg. S. 86.)

§. 324. Bornemann ist der Ansicht, daß die Vermuthung des §. 324. nur dann eintrete, wenn der Rückstand rechtlich eingefordert werden konnte, von dem Erblasser aber dessenungeachtet bis an seinen Tod nicht gefordert worden ist, indem nur in einem solchen Falle von einer Nachsicht die Rede sein könne. Diese Ansicht werde durch den Umstand unterstützt, daß in dem Entwurfe zum A. G. Buch statt des Ausdrucks »nachgesehen« das Wort »gestundet« gestanden habe, welches letztere auch auf andere Fälle, insbesondere auf den Fall der Kreditirung des Kaufgeldes im Kaufvertrage selbst passe; diese Aenderung in der Fassung des §. scheine nicht unabsichtlich vorgenommen zu sein. (System Bd. 6., 2. Ausg. S. 86.)

§. 326. Ist der Legatar verbunden, dem Erben die Wiedereintragung einer, vom Erblasser bezahlten, auf das legirte Gut eingetragenen Forderung zu gestatten, wenn dieselbe im Hypothekenbuche noch nicht gelöscht sein sollte?

a) Die Gesetzrevisoren verneinen, weil, wenngleich nach der neueren Gesetzgebung der Eigenthümer eines verpfändeten Grundstücks, nach der Bezahlung einer darauf eingetragenen Forderung auch ohne Cession derselben, die Disposition darüber behält, und bis zur Löschung derselben an demselben Orte eine andere Forderung eintragen zu lassen berechtigt ist, es doch nicht die Absicht gewesen, die Grundsätze von der Konfusion der Rechte und Verbindlichkeiten aufzuheben. So lange daher der Besitzer sich jenes Rechts nicht bediene, sei die bezahlte Forderung als nicht vorhanden zu betrachten, und, wenn in diesem Zustande das Grundstück an den Legatar übergehe, so hafte auch die Forderung selbst nicht mehr auf seinem Grundstücke.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 163.)

b) Koch bejahet. Er findet den von den Gesetzrevisoren für die entgegengesetzte Ansicht angegebenen Grund nicht sachlich und nimmt an, daß sie noch aus der Zeit stamme, wo die rechtliche Bedeutung einer Hypothekenpost nach Preuß. R. noch nicht hervorgetreten war. (Lehrb. des Privatr. Bd. 2. S. 648.)

Im Komm. zum Landr. Bd. 2. Anm. 75. bemerkt derselbe, daß, wenn der Testator eine auf einem vermachten Grundstücke eingetragene Hypothek bezahlt hat, aber nicht hat löschen lassen, und das Instrument sich unkassirt im Nachlasse findet, dies als eine Erklärung des Erblassers anzusehen sei, daß der Legatar das Grundstück in dem belasteten Zustande erhalten solle. Der Erbe könne dann über die Hypothekenpost wie über eine ererbte Aktivforderung verfügen. Denn ob er dazu befugt sei, sei an sich eine Willensfrage.

§§. 332—351. Wie weit Legatarii zu den Erbschaftslasten beitragen müssen.

Durch die Vorschriften der §§. 322. sqq. ist die Quarta Falcidia bei Legaten und die Quarta Trebellianica bei Fideikommissen abgeschafft. Ueber die Gründe dieser Abänderung des Röm. Rechts vergl. Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 41. S. 81.)

§. 334. 1) Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig, und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Aug. 1842 (Präj. Nr. 1170.) und unterm 26. April 1850.

(Präj. Samml. S. 33 und Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 203 ff., Entsch. Bd. 19. S. 124.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 418.

In Betreff der Prälegatare vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1843 Nr. 1394. in den Erg. zu den §§. 296. u. 334. h. t. Zus. 2.

2) Legatarien sind zum Pflichttheil der Notherben nicht unbedingt, sondern nur bei unzureichendem Nachlasse nach Verhältniß ihrer Legate beizutragen oder Abzug zu erleiden schuldig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1854. (Präj. Nr. 2541.) (Entsch. Bd. 28. S. 86.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 434.

§§. 346—350. 1) Bemerkungen über die Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §§. 346—350. und der A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 154., 430., 460. u. 550.

(J. Z. 1834 S. 1209.)

2) Legatarien, denen lebenslängliche Renten vermacht worden, sind berechtigt, in dem über den Nachlaß des Testators eröffneten erbschaftlichen Liquidationsprozesse die Zahlung ihrer vollen Renten zu verlangen, auch wenn die Revenüen des Nachlasses hierzu nicht ausreichen, und zu ihrer Befriedigung die Substanz desselben angegriffen werden muß.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1852, auf Grund der §§. 334., 345—352. h. t. in Verbindung mit §. 154. A. G. O. I. 50. und §. 74. A. G. O. I. 51.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 329 Nr. 70.)

§§. 366—372. Vom Rechte des Zuwachses bei Legaten.

§. 367. Suarez machte bei dem Entwurfe zum A. L. R. (Vol. 28. Fol. 13.) für den Fall, daß dem Legatar auferlegt worden, einer anderen Person etwas zu leisten, folgende Bemerkung:

Derjenige, welcher das Vermächtniß präßiren soll, steht in eben dem Verhältnisse mit dem, welcher es erhalten soll, wie der Erbe gegen den Legatarium. Wie aber, wenn nun ein solches Legat nicht angenommen wird, verliert der zweite Legatar das Seinige? z. E. ich vermache Cajo ein Haus, er soll aber Titio ein Legat von 10,000 Thlr. entrichten. Cajus repudirt das Legat, weil vielleicht das Haus nicht 10,000 Thlr. werth ist. Quaer.: muß dann der Erbe dem Titio die 10,000 Thlr. präßiren?

Dieser Fall ist im §. 367. entschieden.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 167.)

§§. 368. 369. 1) Die wirkliche Theilung einer mehreren Mitgenossen vermachten Geldsumme ist da noch nicht vorhanden, wo deren Theilnahmerechte nach Quoten, und nicht nach bestimmt ausgedrückten Summen in dem Testamente des Erblassers angeordnet sind.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1235.) (Präj. Samml. S. 75.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß §. 368. keine andere Bedeutung habe, als daß den Mitlegatarien eine Sache gemeinschaftlich beschieden sein müsse, wenn ein Zuwachsrecht unter denselben stattfinden solle, so daß dieselben Grundsätze bei Legatarien, denen eine Sache gemeinschaftlich beschieden worden, wie bei Miterben, denen eine ganze Erbschaft zugefallen, stattfinden. Wolle man der Ansicht sein, nach welcher, wenn z. B. vom Testator bestimmt worden, sein Haus solle 4 Personen, jedem zu ¼ zufallen, der Zuwachs nicht stattfinde, wohl aber, wenn ihnen das Haus zu gleichen Theilen beschieden worden, so müsse man einen Widerspruch des §. 368. mit den unmittelbar darauf folgenden §§. 369. u. 370. annehmen.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 167.)

Crelinger dagegen meint, daß der Zuwachs unter den Legatarien nur eintreten könne, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht, dies zugleich, also in demselben Satze geschehen, und der Antheil eines jeden Legatars an der Sache weder ideell, noch reell bezeichnet worden.

(Erbrecht S. 220.)

Vergl. hiergegen Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 6. S. 84—85.

Koch zeigt, daß der §. 368. von den re et verbis Verbundenen (Legatarien zu derselben Sache ohne Zuweisung von Quoten) und auch von den verbis Verbundenen (Kollegatarien mit Quoten, §. 369.) zu verstehen sei, daß aber die bloß re Verbundenen (zu derselben Sache, aber in verschiedenen Sätzen oder Anordnungen Gerufenen) kein Zuwachsrecht haben. (Landr. Bd. 2. Anm. 98. zum §. 368. h. t.)

§§. 373—449. Von besonderen Arten der Vermächtnisse.

§§. 374—376. Eigene Sachen des Erben.

§. 374. Auch die besonderen Ansprüche des Erben an eine fremde Sache sind mitvermacht, wenn die fremde Sache vermacht ist, wenngleich der Testirer solche Ansprüche nicht gekannt hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Jan. 1849.

(Entsch. Bd. 17. S. 208.)

§§. 377—385. Fremde Sache.

§. 384. Das Legat einer Sache, welche der Testator als seine eigene besessen und hinterlassen hat, kann von dem Testamentserben nicht aus dem Grunde als wirkungslos angefochten werden, weil der Testator wirklich nicht Eigenthümer dieser Sache gewesen sei.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1849.

Die §§. 377—385. denken sich unter einer fremden Sache eine solche, die sich im Besitze eines Dritten befindet und die, um das Legat zu erfüllen, erst von dem Erben erworben und herbeigeschafft werden muß. Ein solches Legat, und daß der Testator dem Erben eine solche Pflicht habe auferlegen wollen, soll nicht vermuthet werden, und es soll daher das Legat ohne Wirkung sein, wenn der Testator eine Sache, die wirklich eine fremde war, die also, um sie dem Legatar zu verschaffen, erst zu erwerben sein würde, als seine eigene, nicht erst anzuschaffende vermacht hat. Das Gesetz spricht hier also keineswegs von dem Falle, wenn die vermachte Sache sich bereits im vollständigen Besitze des Testators befunden hat und als solche im Nachlasse sich vorfindet. Eine solche Sache kann im Sinne des Gesetzes nicht als eine fremde betrachtet werden. Der Testamentserbe ist nicht befugt, um deswillen dem Legatar die im Nachlasse befindliche Sache vorzuenthalten, und das Legat selbst auf den Grund des §. 384. als wirkungslos anzufechten, weil nach seiner Ansicht der Erwerbstitel des Testators in Beziehung auf die vermachte im Nachlaß befindliche Sache rechtlichen Bedenken unterliegt, und einem Dritten Ansprüche darauf zustehen. Er muß es dem Legatar nach §. 301. überlassen, die Ansprüche Dritter zu erwarten und zu bekämpfen. Auch die eigenen Ansprüche des Erben auf die vermachte Sache dürfen ihn von der Ablieferung an den Legatar um so weniger abhalten, als der Testator nach den §§. 374., 375. das besondere Eigenthum des eingesetzten Erben einem Dritten vermachen kann, und es dabei auch nicht darauf ankommt, ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre.

(Entsch. Bd. 17. S. 202.)

§. 387. Handlungen.

Im §. 387. ist statt: »§§. 33. sqq.« zu setzen: »§§. 51., 68. sqq.«

(Siehm Verzeichniß der Druckfehler im A. L. R.)

Koch bemerkt, daß in der ersten authentischen Ausgabe des A. Gesetzb. das Allegat laute: »Tit. 5. §§. 39. sqq.«, wogegen spätere Ausgaben §§. 33. sqq. haben, was augenscheinlich ein Druckfehler sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 387. h. t.)

§§. 388—400. Vermächtnisse der Wahl.

§. 394. Koch, Abhandl.: Was ist nach dem A. L. R. Rechtens, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, und sie sich über die ihnen beigelegte Wahl nicht einigen können?

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 345 ff.)

Die Abhandlung führt aus:

Das praktisch gültige Recht zur Zeit der Abfassung des A. L. R. war dieses:

1) Ist Mehreren eine Sache in der Art vermacht worden, daß der Eine die Sache selbst und der Andere den Werth nach eigener Wahl haben soll, so hat Derjenige, welcher die Forderung zuerst geltend macht, die Auswahl, und der Andere muß nehmen, was der Erste übrig gelassen hat.

2) Ist Jedem von mehreren Personen eine Sache von gleicher Gattung nach ihrer Auswahl vermacht, so bestimmt die Prävention die Ordnung, in welcher sie wählen; wählen Mehrere dieselbe Sache, so werden sie Miteigenthümer.

3) Sollen Mehrere zusammen ein aus Sachen von gleicher Gattung zu wählendes Stück erhalten, oder ist ein auf eine solche Sache nach seiner Auswahl angewiesener Legatar vor Ausübung des Wahlrechts verstorben, so entscheidet das Loos, wer die Sache nehmen und folglich auswählen soll.

Der Zusammenhang des §. 394. mit den §§. 393., 395. läßt erkennen, daß der Ausdruck: »mehrere Erben«, nicht auf Erben eines vor der Wahl verstorbenen Legatarius, sondern auf die Belasteten zu beziehen, und dabei der Fall gedacht ist, daß Jeder von mehreren Belasteten eine Sache nach seiner Wahl aus den im Nachlaß vorhandenen Sachen von gleicher Gattung zu geben hat, daß mithin sowohl für die mehreren Belasteten, als für die mehreren Berechtigten die Folge, in welcher sie das ihnen zustehende Wahlrecht ausüben

sollen (Nr. 2.), durch das Loos bestimmt werden soll. Diese Ordnung, zu welcher jedes praktische Bedürfniß durchaus fehlt, ist ganz neu und eigenthümlich, ohne praktischen Werth. Dagegen fehlt eine praktisch ausführbare Bestimmung für die beiden Fälle Nr. 1. und 3. gänzlich, und es ist die Frage: wie dieselben nach den Grundsätzen des Landrechtes zu behandeln. Die Regeln vom gemeinschaftlichen Eigenthum geben hier kein dem praktischen Bedürfniß entsprechendes Resultat und passen auf den Fall Nr. 1. gar nicht. Darum ist zu fragen: ob dadurch, daß nach dem Wortverstande der Bestimmung über die Wahl der Legate nur in Beziehung auf den Fall, wo mehrere Personen jede für sich ein Stück zu wählen haben und die Reihefolge unter ihnen zu bestimmen ist, der Anwendung des Looses gedacht wird, der bis dahin gültig gewesene Satz, daß unter mehreren zur Wahl gemeinschaftlich Berechtigten, wenn sie sich über den Gegenstand nicht einigen, Derjenige, der das Wahlrecht auszuüben hat, durch das Loos bestimmt werden soll, wirklich aufgehoben worden ist. Dies ist zu verneinen; der Satz findet in einem andern allgemeinen Satz über die Anwendung des Looses seine Anerkennung, und zwar im Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. §§. 569., 572. — Ein Zweifel könnte nach dem A. L. R. noch darüber sein: ob in diesem Falle eines Legats bloß der Wähler durch das Loos bestimmt werden könne, oder ob, wie nach gemeinem Rechte, dem Gewinner zugleich die legirte Sache mit der Verbindlichkeit zufällt, die andern nach einer Taxe abzufinden. Dieser Zweifel wird jedoch durch das A. L. R. a. a. O. beseitigt (§§. 572., 574.). Dabei ist freilich wohl eine individuell bestimmte Sache vorausgesetzt, deren Werth schon vor der Ausloosung hat bestimmt werden können; indeß kann immerhin auch nachher erst der Werth festgesetzt werden, wie es auch nach Justinian's Verordnung in allen Fällen geschehen mußte, wo der Gegenstand kein Sklave war, und hiernach ist keinesweges zu sagen, daß nach den Grundsätzen des A. L. R. bloß über die Ordnung, in welcher Mehrere wählen sollen, und nicht auch darüber, wer von mehreren gemeinschaftlich berechtigten Legatarien das Wahlrecht ausüben soll, das Loos entscheide.

§§. 401—407. Vermachte Gattung.

C. Biedermann, Diss. de legato generis secundum jus commune et Borusso-Brandenburgicum. 4. Halae 1794.

§§. 405—407. Vermächtniß einer bestimmten Sache.

§. 405. Wenn in einem Testamente ein Grundstück vermacht und diesem Grundstücke demnächst mit Wissen des Testators andere Grundstücke im Hypothekenbuche zugeschrieben worden, so sind letztere als Zubehör des ersteren und für mitlegirt zu erachten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 168.)

§§. 408—420. Vermächtniß einer Schuldverschreibung.

Beiträge zur Lehre von dem Vermächtnisse einer Schuldforderung. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 216 ff.)

§§. 409. 410. 416. 417. Das Vermächtniß einer Schuldforderung ist ohne Wirkung, wenn der Testator hinsichtlich der Existenz der vermachten Forderung sich auch nur in einem Rechtsirrthume befand.

Erkannt von einem (nicht bezeichneten) Obergerichte (Datum konstirt nicht). (J. W. 1842 S. 325.)

§. 413. Wie ist das Wort: »sogleich« im §. 413. zu verstehen?

Geyert will den Ausdruck nicht buchstäblich nehmen, sondern denselben dahin aufgefaßt wissen, daß der Testator das Geld vor der weiteren Verleihung nur nicht mit anderem vermischt haben dürfe. Bei dieser Auslegung stehe auch §. 413. mit §. 412. nicht im Widerspruch. (Lehre von den Vermächtnissen S. 198.)

Bornemann dagegen meint, es sei das Wort: »sogleich« absichtlich zugefügt, theils um jeden Beweis über die Identität des erst später wieder ausgeliehenen Geldes auszuschließen, theils aber auch, weil nur bei einer sofort vorgenommenen Permutation der Schuldscheine eine Vermuthung zu Gunsten des Legatars streiten möchte. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 92.)

Koch ist der Ansicht, daß der Fall des §. 413. nicht eingetreten sei, wenn der Testator das Geld zwar Anfangs besonders aufbewahrte, dann aber anderweit, ohne weitere Bestimmung, anlegte. Denn dann sei die Willensmeinung des Testators ungewiß geworden. Der Fall sei so gedacht, daß der alte Schuldner das Geld abzahlt und ein neuer Darlehnsnehmer dasselbe auf der Stelle in Empfang nimmt, so daß kein Zweifel über die Identität des Geldes aufkommen kann. Die Vorschrift dürfe nicht ausdehnend erklärt werden, weil es sich hier um eine stillschweigende Willenserklärung des Testators handle.

(Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 413. h. t.)

§§. 416—418. 1) Die ratio legis zu diesen Bestimmungen giebt Suarez in der Schlußrevision folgendermaßen an:

Es ist wohl eine sehr natürliche Vermuthung, daß der Testator, indem er den Legatarium auf diese Post anweist, bei Stiftung des Legats selbst darauf, daß diese Post zu seinem Vermögen gehöre, Rücksicht genommen habe, und das Legat nicht würde gemacht haben, wenn er gewußt hätte, daß er um so viel ärmer sei. Dagegen hat es kein Bedenken, daß das Legat revireszire, wenn der debitor ad meliorem fortunam kommt. (Jahrb. Bd. 41. S. 83.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß man bei Redaktion des A. L. R. bei der Entscheidung dieser Fälle sehr geschwankt zu haben scheine; denn nach der Bemerkung zu einem der früheren Entwürfe sollte das auf ein gewisses Kapital angewiesene Legat prästirt werden, auch wenn das activum non verum sei, oder der Debitor insolvent werde. Der gedr. Entw. enthalte dagegen §§. 262. und 263. die Bestimmungen des A. L. R. §§. 416. und 417., deren letzterer in der rev. mon. gegen den Einwand, daß, wenn nur ein falscher Beweggrund oder eine falsche Beschreibung vorhanden sei, diese das Legat nicht motiviren könne, dahin vertheidigt werde: daß es wohl eine sehr natürliche Vermuthung sei, daß der Testator, indem er den Legatarium auf eine gewisse Post anweiset, bei Stiftung des Legatars selbst darauf, daß diese Post zu seinem Vermögen gehöre, Rücksicht genommen, und daß er das Legat nicht würde gemacht haben, wenn er gewußt hätte, daß er um so viel ärmer sei.

Nach der Meinung der Gesetzrevisoren soll die Entscheidung der bemerkten Fragen hauptsächlich von den Worten des Testamentes abhangen. Müsse man nach demselben annehmen, daß der Erblasser eine bestimmte Summe von der Forderung selbst habe vermachen wollen, so könne der Legatar von dem Erben keine Zahlung fordern, wenn die Forderung selbst nicht existire, und eben so wenig, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig sei, wohl aber in diesem letzteren Falle Cession der Ansprüche an diesen. Enthielten dagegen die Worte nur eine Anweisung, so müsse man gerade das Gegentheil annehmen; denn Anweisung sei keine Zahlung, sondern nur ein Mittel für den Gläubiger zur Erlangung einer Zahlung; wäre dies Mittel fruchtlos, so könne derselbe Zahlung dessenungeachtet noch fordern. Dies würde daher auch dem Legatar zu statten kommen müssen; indessen sei das Verhältniß des Legatars von dem des Gläubigers doch verschieden; denn, da der Legatar sein Recht lediglich von dem Willen des Testators herleite, so könne er auch niemals mehr verlangen, als dieser bestimme; sei ihm daher nur eine Anweisung auf eine Forderung ertheilt, so könne er nicht die Ueberweisung einer anderen, oder baare Zahlung fordern.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 174.)

§§. 425—429. Vermächtniß einer Passivschuld des Legatarii.

Beiträge zur Lehre von dem Vermächtnisse einer Passivschuld des Legatars. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 266 ff.)

§§. 430—440. Vermächtniß einer Passivschuld des Erblassers.

Beitrag zur Lehre von dem Vermächtnisse einer Passivschuld des Erblassers. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 243 ff.)

§. 430. 1) Die Erklärung eines Testators, daß er einer Person Etwas schuldig geworden, wegen dessen dieselbe jedoch befriedigt worden, enthält kein Vermächtniß einer Schuld.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1839.

Nach §. 430. ist ein legatum debiti vorhanden, wenn der Erblasser einem Gläubiger dasjenige vermacht, was dieser von ihm zu fordern hat. Die Wirkung eines solchen Legats besteht darin, daß die Verordnung als ein Anerkenntniß der Schuld angesehen wird. Hiervon ausgegangen, ergiebt sich aber von selbst, daß die Verpflichtung, welche den Gegenstand eines solchen Legats bildet, nicht erst durch die letztwillige Verordnung zur rechtlichen Wirksamkeit gekommen sei, sondern daß sie bereits früher bestanden haben muß; denn eine solche Verordnung kann und soll eben nur als Anerkenntniß einer bestehenden Schuld angesehen werden; im Widerspruch hiermit kann sie also nicht erst durch die letztwillige Verordnung entstehen. Ist daher letzteres der Fall, so kann

nicht von einem legatum debiti die Frage, es würde vielmehr ein gewöhnliches Legat vorhanden sein. Um ein legatum debiti als vorhanden zu denken, muß der Testator wirklich ausgesprochen haben, daß der Gläubiger eine bestimmte Summe, weil er solche als eine Schuld zu fordern habe, aus dem Nachlasse erhalten soll. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 360 ff.)

2) Die Frage, ob ein Legat als legatum debiti proprii zu betrachten, ist lediglich nach der Fassung des Legats, d. h. darnach, ob das Legat als eine Schuld vermacht ist, nicht aber darnach, ob die Schuld wirklich existirt, zu entscheiden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. März 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 270 Nr. 62.)

3) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 30. Mai 1851 in den Erg. zum §. 35. h. t. Zus. 2.

§. 432. Muß die vermachte Schuld dem Legatar auch dann bezahlt werden, wenn feststeht, daß sie aus einem verbotenen Vertrage entsprungen ist?

Bornemann verneint.

Nach §. 340. enthält das Vermächtniß an sich nur ein Anerkenntniß, welches neben mehreren andern Folgen nach §. 435. die Wirkung hat, daß der Gläubiger hinsichtlich seiner Forderung auch der besondern Rechte der Legatarien theilhaftig wird. Daß aber der allgemeine Grundsatz, nach welchem eine durch ein Verbotsgesetz reprobirte Schuld auch durch ein späteres Anerkenntniß nicht zu Recht beständig werden kann, in diesem Falle hat aufgehoben werden sollen, ist nirgends vorgeschrieben. Der §. 432. bestimmt vielmehr nur, daß die vermachte Summe auch dann ausbezahlt werden solle, wenn sonst kein Rechtsgrund, aus welchem sie der Erblasser schuldig geworden, ausgemittelt werden könnte. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 94.)

Koch schließt sich dieser Ansicht an, indem er bemerkt:

Der Fall des §. 432. ist zu unterscheiden von dem, wenn der Grund bekannt, aber nichtig ist. Dann gilt das Vermächtniß, nach dem Grundsatze des §. 430., nicht. (Landr. Bd. 2. Anm. zum §. 432. h. t.)

Dagegen bejahen die Gesetzrevisoren. (Pens. XVI. S. 176.)

Ebenso die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 252 ff., weil kein Grund abzusehen sei, einen Unterschied zwischen dem Falle, wenn gar keine causa debendi, und dem Falle, wenn eine nichtige causa debendi vorhanden, zu machen.

§. 433. Nach den Grundsätzen des A. L. R. (§. 433. h. t.) zerfällt das legatum debiti proprii nur dann, wenn der Erblasser die Schuld nach errichtetem Legate durch Zahlung getilgt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. März 1855.

Der §. 433., welcher argumento a contrario andeutet, daß eine Zahlung vor dem Legate nicht schadet, muß die Zahlung nach dem Legate als eine stillschweigende Zurücknahme angesehen haben. Indeß ist der Nachweis, daß die Schuld getilgt worden, überhaupt nicht genügend. Das Gesetz bedient sich ausdrücklich des Ausdruckes »bezahlt«, bezeichnet also die Erfüllung durch Geld oder geldgleiche Papiere, und dies ist hier, wo es darauf ankommt, aus einer Handlung des Erblassers die Zurücknahme des auch ohne Existenz einer Schuld gültigen Legats herzuleiten, keineswegs gleichgültig. Die bestimmte Summe soll dem Legatar nicht bezahlt werden, weil sie ihm schon bei Lebzeiten des Erblassers bezahlt ist. Nicht unbedenklich wäre es schon, der Zahlung hier eine eigentliche datio in solutum, die aber auch eine ausdrückliche Annahme des Gläubigers voraussetzt, gleichzustellen. Offenbar unzulässig würde dagegen nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes z. B. die Gleichstellung der Kompensation sein, obwohl auch diese ein modus solvendi obligationem ist. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 270 Nr. 62.)

Dagegen meint Koch, daß, obwohl der §. 433. nur der »Bezahlung« gedenkt, darunter doch wohl ohne Zweifel die Tilgung verstanden sei. (Lehrb. des Preuß. Priv. R. §. 828. Anm. 5.)

Dieser letzteren Ansicht ist auch die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 256 §. 10., welche sich auf den auch auf das legatum debiti anwendbaren §. 323. h. t. stützt und deshalb dem im §. 433. gewählten Ausdrucke »bezahlt« kein entscheidendes Gewicht beigelegt wissen will.

§. 440. Wenn einer Person, welche bei einer anderen ohne Vorbedingung eines Lohnes eine Reihe von Jahren die Dienste einer Magd verrichtet, und dafür nichts weiter als Aufenthalt, Essen und Trinken erhalten hat, von der Person, welcher sie gedient, ein Vermächtniß hinterlassen wird, so kann ihr dieses auf ihre Lohnforderung in Abzug gebracht werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Sept. 1806. (Mathis Bd. 5. S. 18 ff.)

§. 457. Vermächtnisse, die als Strafe verordnet sind.

Ueber die Praxis des gemeinen Rechts in Betreff der sogen. clausula privatoria, als der Quelle des §. 457., vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 80. zum §. 457. h. t.

§§. 458—477. In Ansehung der Substitutionen.

§. 461. Bornemann hält diesen §. für bedeutungslos, da kein Fall denkbar, in welchem die Frage, ob der Substitut vor oder nach dem Erben (Legatar) gestorben, erheblich. Sterben beide vor dem Erblasser, so verliert die Disposition hinsichts beider ihre Kraft. Sterben sie nach dem Erblasser, so stehen die Erben des Substituten denen des Instituten immer nach, gelangen dagegen beim Wegfallen derselben immer zur Sukcession. Dieser §. scheine daher ein nicht mehr praktischer Nachklang des Röm. R. zu sein, nach welchem, weil der Substitut nicht transmittirt, obige Frage allerdings erheblich sei. (System Bd. 6. S. 159, 2. Ausg. Bd. 6. S. 102.)

§§. 466—477. Fideikommissarische Substitutionen.

§§. 466. 467. 1) Der heres fiduciarius erwirbt das Eigenthum der ihm zugefallenen Erbschaft. Die §§. 466., 467. bestimmen nur das Rechtsverhältniß zwischen ihm und den substituirten Erben in Bezug auf den Nießbrauch, die Verwaltung des Nachlasses und die Verpflichtung zur Herausgabe desselben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1838. (Präj. Nr. 578.)

Die §§. 466., 467. beabsichtigen nur die Verhältnisse des Fiduciarerben in Beziehung auf die Art der Verwaltung und die Verpflichtung der Herausgabe festzustellen, keinesweges aber zu entscheiden, wem eigentlich das Eigenthum der Erbschaft zukomme. Dieses Eigenthum fällt dem heres fiduciarius allerdings zu, nur mit den Beschränkungen, welche durch die Rechte des Substituten bedingt werden. Denn nach §. 367. A. L. R. I. 9. fällt die Erbschaft, sobald der Erblasser verstorben, an diejenigen, welche rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers oder in deren Ermangelung die Gesetze dazu berufen, und nach §. 368. a. a. O. erlangt dieser das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf. Die Qualität des Fiduciarerben verhindert nicht den Uebergang des Eigenthums auf ihn, sondern hat nur Beschränkungen in Betreff der Disposition zur Folge, von denen die §§. 466. ff. Tit. 12. handeln. Das Eigenthumsrecht des Fiduciarerben ist auch im §. 467. deutlich anerkannt, indem der Erbe das, was er vermöge der Erbeseinsetzung aus dem Nachlasse erworben hat, herauszugeben verpflichtet wird; von einer Erwerbung könnte nicht die Rede sein, wollte man annehmen, daß das Eigenthum des Nachlasses sofort auf den substituirten Erben und nicht auf den Fiduciar übergehe und diesem nur der Nießbrauch zustehe. (Präj. Samml. S. 75, Koch's Arch. Bd. 5. S. 249.)

Denselben Rechtssatz hat der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Mai 1853 angenommen.

A. Die Ansicht, daß der Fiduciar nur Nießbraucher sei, ist, wie schon das Präj. Nr. 578. ausspricht, zu verwerfen. Die Gründe dieser Verwerfung, wie sie theils in der dem gedachten Präj. zum Grunde liegenden Erk., theils von der Doktrin (vergl. Jahrb. Bd. 6. S. 252 ff. u. Bd. 52. S. 594, Arnsberger Arch. Bd. 6. S. 100 ff.) ausgeführt worden, lassen sich dahin zusammen fassen:

1) Nach §§. 367., 368. A. L. R. I. 9. erlangt beim Erbanfall die zur Erbschaft berufene Person sofort das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Die §§. 12., 259., 466., 480. h. t. aber bezeichnen den Fiduciar als einen »eingesetzten Erben«, der somit beim Erbanfall das Eigenthum der Erbschaft erwirbt.

2) Nach dem in den §§. 12., 259. h. t. aufgestellten Begriff der fideikommissarischen Substitution ist der Fiduciar ein »zuerst«, oder bis zu einer gewissen Zeit eingesetzter Erbe, nach §. 472. h. t. sogar der »Haupterbe«, während der §. 480. h. t. den Fideikommissarius den »nachgesetzten« Erben nennt. Das Gesetz denkt sich also die beiden Personen als einander der Zeit nach folgende Erben resp. Eigenthümer; der Fiduciar bleibt es bis zu dem Substitutionsfalle.

3) In Folge dieses Zeitverhältnisses wird das Eigenthumsrecht des instituirten Fiduciars allerdings durch das Recht des Substituten bedingt und beschränkt. Diese Beschränkung stellt der §. 466. h. t. fest.

Daß hiermit nur die Stellung des Fiduciars gegenüber seinem Substituten bezeichnet, nicht aber ihm, obigen Bestimmungen zuwider, das Eigenthumsrecht

überhaupt bis zum Substitutionsfall abgesprochen werden solle, ergiebt der §. 467., der beim Substitutionsfall den institutus resp. seine Erben verpflichtet, dasjenige, was er aus dem Nachlasse erworben habe, dem Substituten herauszugeben. Von einem Erwerbe aber könnte nicht gesprochen werden, wenn das Eigenthum des Nachlasses sofort auf den Substituten übergehen sollte; ja es könnte dann überhaupt nicht von einer Substitution, sondern nur von einer Institution, vermöge deren der Eine sogleich die Proprietät, der Andere den Nießbrauch erhielten, die Rede sein.

B. Ebenso ist die Ansicht zu verwerfen, daß zwischen dem Fiduciar und Fideikommissar sofort nach dem Erbanfall eine Theilung des Eigenthums eintrete. Das A. L. R. kennt ein getheiltes im Gegensatze des vollen Eigenthums (Thl. I. Tit. 8., §§. 16., 23., 24.) nur beim Lehn-, Erbzinsrecht und Familienfideikommiß (Thl. I. Tit. 18., Thl. II. Tit. 4. §§. 72., 73.). Eine Ausdehnung des Begriffs auf andere Rechtsverhältnisse wäre schon an sich bedenklich. Insbesondere aber ist ein Hinüberziehen jener für die Familienfideikommisse gegebenen Bestimmung auf die fideikommissarischen Substitutionen unzuläßig. Der §. 55. h. t. erkennt zwar eine gewisse Beziehung zwischen beiden Instituten in der Art an, daß die fideikommissarische Substitution das weitere allgemeinere, das Familienfideikommiß das engere mit mehr Eigenthümlichkeiten ausgestattete Institut bildet, demzufolge, wenn gewisse Erfordernisse des letzteren fehlen, noch die Regeln des ersteren zur Anwendung kommen können. Daraus folgt aber gerade (vergl. Simon's Rechtsspr. I. 125.), daß die Besonderheiten, welche das Fideikommiß auszeichnen, nicht auf die gewöhnliche fideikommissarische Substitution übertragen werden dürfen.

Dem Fiduciar gebührt daher zwar nur ein beschränktes, aber doch immer ein volles Eigenthum dem getheilten, in specie dem nutzbaren Eigenthum gegenüber, und den Fideikommissarerben steht kein Obereigenthum zu. — Das den Fiduciar beschränkende Recht des Substituten begreift nach §. 467. h. t. an und für sich nur das Recht desselben oder seiner Erben, gegen den institutus oder dessen Erben, auf Herausgabe gewisser Nachlaßgegenstände, ist also der Definition eines persönlichen Rechtes in §. 123. A. L. R. I. 2. entsprechend. Indeß gilt es für die Sache gleich, ob das beschränkende Recht im einzelnen Falle ein persönliches oder aber ein dingliches genannt werden dürfe, da das beschränkte Recht immerhin Eigenthumsrecht bleibt.

(Entsch. Bd. 26. S. 14, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 211 Nr. 44.)

Auch die Doktrin hat sich für die Richtigkeit dieser Ansicht entschieden, welche näher begründen:

a) S—n in der Abhandlung.: »Ist der heres fiduciarius Eigenthümer oder Nießbraucher«, in den Jahrb. Bd. 6. S. 245 ff.;
b) Evelt in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 100 ff.;
c) Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 104);
d) die Gesetzrevisoren (Pens. XVI. S. 178.).

In dem Erk. v. 9. Aug. 1847 spricht sich der I. Sen. des Ob. Trib. in Beziehung des Rechtsverhältnisses des Fiduciarius zum Fideikommissar in folgender Art aus:

Ein Rechtssatz, daß der Fideikommissar schon mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum der mit dem Nießbrauchsrechte belasteten Erbschaft oder des mit einem solchen Recht belasteten Legats erworben, existirt nicht. Es liegt im Wesen der Substitution, als einer bedingten Zuwendung, daß dadurch der Rechtserwerb des Substituten suspendirt wird. Der zunächst bedachte Erbe oder Legatar hat eben durch diese Ernennung die Erbschaft oder das Legat definitiv erworben, nur mit der Verpflichtung, das Erworbene dereinst herauszugeben (§. 467. A. L. R. I. 12.). Diese Verpflichtung ist gleichartig der Obligation zwischen Nießbraucher und Eigenthümer, und nach §. 466. hat der Legatar alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers, bis der Substitutionsfall eintritt. (Rechtsf. Bd. 2. S. 67 Nr. 31.)

Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Okt. 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 391 Nr. 194) spricht keine anderen Grundsätze aus, sondern behandelt nur den Inhalt der Obligation des Fiduciars gegen den Fideikommissarius, worüber der §. 467. Bestimmung trifft.

2) Betreffend das Rechtsverhältniß des Fiduciars zum Fideikommissarius.

a) Die Verbindlichkeit des Fiduciars gegen den Fideikommissarius bringt es nicht mit sich, daß der Fiduciar die in der Erbschaft befindlichen Gebäude des Fideikommißgutes bei der Feuer-Societät höher versichern lasse, als er dieselben vom Erblasser versichert erhalten hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1804.

(Simon's R. Bd. 1. S. 124 Nr. 32.)

b) R. v. 5. März 1840. Die Verbindlichkeit des Fiduciars gegen den Fideikommissarius enthält auch nicht die Verpflichtung zur Sicherstellung des Fideikommisses in sich, sondern der Fiduciar hat eine solche Verpflichtung, wenn der Erblasser dieselbe nicht angeordnet hat, nach §§. 466. u. 472. und §§. 20., 21. A. L. R. I. 20. nur dann, wenn ein Grund von Außen hinzutritt, nämlich wenn wahrscheinliche Besorgnisse eines Nießbrauches oder einer Vernachläßigung nachgewiesen werden können. (J. M. Bl. 1840 S. 107.)

c) R. v. 18. Aug. 1810. Der Besitzer von Gütern, in Rücksicht welcher eine fideikommissarische Substitution verordnet ist, hat die Befugniß, solche wegen Kriegsschäden mit Schulden zu belasten, und findet der §. VIII. des Ed. v. 9. Okt. 1807 auch hier Anwendung. (Mathis Bd. 10. S. 358, Rabe Bd. 10. S. 406.)

3) Betreffend das Verhältniß des Fiduciars gegenüber dritten Personen.

a) R. v. 5. Okt. 1838. Im Verhältnisse zu Dritten gilt der Fiduciar als Eigenthümer; für ihn allein muß daher auch der Besitztitel berichtigt werden; für den Fideikommissarius wird das Anrecht als Dispositionsbeschränkung des Besitzers in der II. Rubrik vermerkt.

Jahrb. Bd. 52. S 593, Gräff Bd. 13. S. 44.)

b) Die Eigenschaft des Fiduciars als wirklicher Erbe wird durch sein Verhältniß zu dem Fideikommißerben im Verhältniß zu dritten Personen nicht aufgehoben. Er ist daher unbeschadet der Rechte des Fideikommißerben zur Führung von Prozessen, die den Nachlaß betreffen, berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. April 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 99 Nr. 23.)

c) Der Eintritt der Bedingung des Erbrechts des substituirten Erben hat keine rückwirkende Kraft; vielmehr kommt dieses Eintrittes ungeachtet für die Zeit vor demselben der belastete Erbe oder Legatar als Eigenthümer in Betracht. Daher bleiben die in dieser Zeit von dem belasteten Erben oder Legatar als Eigenthümer vorgenommenen Rechtshandlungen, insbesondere die Veräußerungen, dem im guten Glauben erwerbenden Dritten gegenüber zu Recht bestehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Okt. 1856, unter Bezugnahme auf die §§. 466., 467., 482., 483. h. t. und den Grundsatz des Präj. Nr. 578.[1])

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 9 Nr. 3.)

§. 467. 1) Bei der fideikommissarischen Substitution tritt der Erbe des Substituten an dessen Stelle, auch wenn der Substitut den Substitutionsfall nicht erlebt hat.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Aug. 1838. (Präj. Nr. 502.)

Wenn der Testator die Erben des Substituten in dem Testamente ausdrücklich bedacht hat, so gehören diese alsdann mit zu den Substituten; es würde daher ganz überflüssig gewesen sein, solcher Erben in dem Gesetze durch den im §. 467. enthaltenen Zusatz: »oder dessen Erben« noch besonders zu erwähnen. Ebenso müßig wäre dieser Zusatz, wenn man ihn etwa nur auf den Fall beziehen wollte, wo der Substitut den Tod des Fiduciarius zwar erlebt hat, aber vor der wirklich erfolgten Ausantwortung der Erbschaft verstorben ist, weil unter dieser Voraussetzung sich von selbst ergiebt, daß die Erben des Substituten an seine Stelle treten müssen. Der Sinn jenes Zusatzes, ist vielmehr der, daß, sofern nicht etwas Anderes im Testamente ausdrücklich angeordnet ist, die Erben des fideikommissarisch Substituirten dieselben Rechte haben sollen, als der fideikommissarisch Substituirte selbst. Dies wird klar, wenn man erwägt, daß der fideikommissarische Erbe demjenigen gleich steht, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung, oder unter Beifügung einer ungewissen Zeit zum Erben ernannt ist; indem in diesen Fällen es keinem Zweifel unterliegt, daß das bedingte Recht des Letzteren, obwohl der Erwerb des Eigenthums der Erbschaft von dem Eintritte der Bedingung oder der Zeit abhängt, auf seine Erben nach §. 485. h. t. und §§. 161., 163. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. übergeht.

(Präj. Samml. S. 75, Entsch. Bd. 4. S. 126, Koch's Arch. Bd. 3. S. 570.)

Denselben Rechtssatz hat derselbe Sen. in dem Erk. v. 1. Okt. 1851 angenommen. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 35 Nr. 10.)

Derselben Ansicht sind: Geyert (Lehre von den Vermächtnissen S. 361), Göschel (Simon's Z. Bd. 2. S. 48, 49), Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 177.), Jung in der Abhandl. in der J. W. 1838 S. 783), Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 98), Merckel (Komm. zum A. L. R. 2. Ausg. Bd. 1. S. 376, 377), Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 467. h. t.)

---

[1]) Vergl. oben Zus. 1. ad h. l.

Erelinger macht von dem obigen Satze in dem Falle eine Ausnahme, wenn eine potestative Bedingung nur an die Person des Substituten geknüpft, oder die Bedingung selbst nur zu seinem persönlichen Vortheile beigefügt worden. (A. L. R. I. 4. §§. 161. ff.)

(System des Erbrechts S. 162.)

Vergl. indeß Zus. 2. ad h. l.

2) Auch der unter einer Bedingung eingesetzte Fideikommissar, welcher den Testator überlebt, transmittirt sein Sukcessionsrecht auf seine Erben, wenn er gleich vor dem Substitutionsfalle stirbt, und ohne Unterschied, ob die Bedingung von einem Zufalle oder von einer freien Handlung des bedingt Berechtigten abhängt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1854. (Präj. Nr. 2509.)

Durch die §§. 101. u. 102. A. L. R. I. 4. und den §. 369. A. L. R. I. 9. ist darüber noch nichts entschieden, ob der bedingt Berechtigte die Aussicht auf den Erwerb und die Ausübung des Rechts auf seine Erben transmittiren könne. Dagegen sind hierüber der §. 485. h. t. und die darin allegirten §§. 161. u. 162. A. L. R. I. 4. (das Allegat §§. 162. u. 163. ist ein offiziell anerkannter Druckfehler — cf. Jahrb. Bd. 50. S. 471) entscheidend. In sofern in den Gesetzen keine besondere Ausnahme gemacht worden ist, liegt es in dem Begriffe der Erbschaft, daß alle hinterlassenen, nicht der Person anklebenden Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers und eben deshalb auch seine bedingten, nicht an die Person geknüpften Rechte auf den Erben übergehen. (A. L. R. I. 9. §§. 350. ff., Einl. §§. 102., 103.) Diese Regel muß nach §. 485. h. t. auch bei den bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legataren gelten. Sie ist zwar in dem §. 161. A. L. R. I. 4. nicht klar ausgedrückt, weil hiernach die Erben in Ansehung der Befugniß, die Bedingung oder den Zweck zu erfüllen, in die Rechte des Erblassers treten sollen. Allein die Regel um deswillen nur auf Potestativ-Bedingungen zu beschränken, erscheint deshalb unstatthaft, weil dieselbe sich aus der Universalität des Erbfolgerechts von selbst ergiebt, der §. 161. a. a. O. aber die rein zufälligen Bedingungen, was doch erforderlich gewesen wäre, nicht ausdrücklich ausschließt. Eine solche Beschränkung der Regel darf in dem §. 161. a. a. O. um so weniger gefunden werden, als man sonst mit Rücksicht darauf, daß im §. 266. A. L. R. I. 5. auf die Bestimmungen über Bedingungen Tit. 4. §§. 99. ff. zurückverwiesen wird, folgerecht auch bei bedingten vertragsmäßigen Rechten nach jenem §. 161. I. 4. den Uebergang auf die Erben des bedingt Berechtigten in Betreff der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Rechte für ausgeschlossen erachten müßte, was unzulässig ist.

Das Allegat der §§. 161., 162. I. 4. im §. 485. h. t. kann hiernach den Uebergang der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Erbrechte oder Legate auf die Erben des Bedachten nicht entgegenstehen. Mit dieser Ansicht stimmt es überein, wenn nach den Materialien des A. L. R. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 191) der §. 485. h. t. deshalb aufgenommen ist, weil sich Suarez bei der rev. mon. die Frage aufwarf:

> wie weit ein unter aufschiebender Bedingung eingesetzter Legatar sein Recht auf seine Erben transmittire?

und diese Frage dahin beantwortete:

> Dies regulirt sich nach der Bestimmung Tit. 2. §§. 165 — 166. (der gedr. Entw. v. 1787 enthält die den §§. 161., 162. I. 4. A. L. R. entsprechenden Bestimmungen: §§. 124., 125. II. 1.). Ist die conditio mere casualis oder zwar potestativa aber nicht an die Person des Erben gebunden, so transmittirt derselbe sein jus conditionatum oder conditio implendi auf seine Erben. Das legatum ex die wird pure transmittirt, sobald der dies bei dem Erben des Legatarii so gut, als bei ihm selbst existiren kann.

Hier ist die gedachte Regel klar ausgesprochen. Da nun in dem §. 467. h. t. der Uebergang der Rechte des fideikommissarisch Substituirten auf seine Erben, selbst wenn der Substitut den Substitutionsfall nicht erlebt hat, dadurch anerkannt worden ist, daß die dem Fideikommiß unterworfenen Sachen bei eintretendem Substitutionsfall dem Substituten oder dessen Erben herausgegeben werden sollen (Präj. 502.), so muß nach §. 485. a. a. O. auch ein gleicher Uebergang des bedingten fideikommissarischen Rechts auf den Erben des bedingt Substituirten, selbst wenn Letzterer den Substitutionsfall nicht erlebte, als gesetzlich statthaft anerkannt werden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 23, Entsch. Bd. 27. S. 340, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 177. Nr. 41.)

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Jan. 1854 in den Erg. zum §. 485. h. t.

3) Wenn in einem wechselseitigen Testamente der überlebende Ehegatte zum Erben des Erstversterbenden eingesetzt wird, und gegenseitig auf den Fall, daß er zuletzt verstirbt, zugleich seine eigenen Erben ernennt, er auch die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente antritt, so erwerben die von ihm eingesetzten Erben dadurch, daß sie den Tod des Zuerstversterbenden erleben, schon ein Recht auf den künftigen Nachlaß des Zuerstversterbenden, das von ihnen, ohne Rücksicht darauf, ob sie selbst den Tod des Letzteren erleben, oder nicht, als ein zu ihrem Vermögen gehöriges Recht, weiter vererbt wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1838, indem die Begründung aus den §§. 492., 493. A. L. R. II. 1. entnommen und die Auffassung des Falles in der Art, daß eine Sonderung des beiderseitigen Vermögens zu denken sei und daß die im zweiten Grade berufenen Verwandten nur für das Vermögen des Erstversterbenden als Substituten, für das des Letztversterbenden aber als Instituten anzusehen seien (was von Einfluß auf die Transmission sein würde), für unzulässig erklärt wird. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 573 ff.)

Koch hält diese Entscheidung für ganz richtig; meint indeß, daß das Ob. Trib. den juristischen Grund seiner Deduktion nicht ausgesprochen.

Die in Bezug genommenen §§. 492., 493. A. L. R. II. 1. machen die Frage nicht klar. Nach denselben konnte der Zuletztverstorbene seine Disposition, wodurch er die Verwandten des Erstverstorbenen zu seinen Erben berufen hatte, allerdings nicht abändern. Aber die Frage ist damit noch nicht entschieden: ob auch diejenigen der Eingesetzten, die den Anfall seiner Erbschaft nicht erlebt haben, die ihm zugedachte Erbschaft auf ihre Erben transmittiren. Nach den Regeln der testamentarischen Erbeseinsetzung muß dies verneint werden. Allein es kommen hier nicht jene Regeln zur Anwendung, sondern die von der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung. Denn die Erbesantretung erzeugt eine obligatio quasi ex contractu. Durch die Antretung der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente von Seiten des überlebenden Ehegatten erwerben also die von ihm selbst Berufenen ein vertragsmäßiges Recht auf dessen künftige Erbschaft, und darum transmittiren sie dasselbe auch auf ihre eigenen Erben. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 581.)

Vergl. die Ausführung in Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 91. Abs. 2. zum §. 467. h. t.

Göschel kommt zu demselben Resultat aus dem Grunde, weil jeder der beiden Testatoren den letzten Willen ganz und für sich, als seinen eigenen Willen, ausgesprochen, und der Andere ihm nur beigetreten sei, und seine Uebereinstimmung damit bekundet habe. Jeder von beiden habe hier das Vermächtniß aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ganz bestellt, so jedoch, daß es, weil beide über dasselbe verfügt, nur einmal gefordert werden könne. Sei dies aber der Fall, so folge daraus auch, daß ein in einem wechselseitigen Testamente von beiden Ehegatten gemeinschaftlich angeordnetes Fideikommiß oder Legat sogleich mit dem Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten zum Behufe der Transmission anfällt, weil er es für sich und ganz, jedoch in Uebereinstimmung mit dem anderen Testator, bestellt habe. Zugleich ergebe sich hieraus die Unzulässigkeit einer Theilung.

(Simon's Z. Bd. 2 S. 54, 55.)

Vergl. hierüber auch Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 6. S. 136 ff. und Evelt in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 99, sowie gegen die Ansicht des Ob. Trib. Temme's Lehrb. Bd. 2. S. 232 Anm. 1.

Aehnliche Rechtsfälle und Entscheidungen vergl. in Stengel Bd. 18. S. 101 u. J. W. 1835 S. 435, desgl. die Erg. zu den §§. 50. u. 53. h. t.

Vergl. auch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 3. Okt. 1849 (Präj. Nr. 2463.) in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 492., 493. und die Erg. zum §. 632. h. t.

4) Die Worte des §. 467.: »ohne den geringsten Abzug« beziehen sich auf die Abschaffung der Trebellianischen Quart.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 679.)

§. 468. 1) Eine letztwillige Verordnung in Gütergemeinschaft lebender Eheleute, worin dieselben unter Vorbehalt des dem überlebenden Ehegatten zugesicherten lebenslänglichen Nießbrauches und freien Dispositionsrechtes ihre Kinder zu alleinigen Erben einsetzen, ist nicht als eine auf den etwanigen Ueberrest gerichtete fideikommissarische Substitution aufzufassen.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 14. Dec. 1854. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 176.)

2) Ueber die Anwendbarkeit des §. 481. A. L. R. I. 16. auf das Fideikommiß auf den Ueberrest vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 2. März 1848 (Präj. Nr. 1989.) in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 481.

§. 471. Bei einem Fideikommiß auf den Ueberrest ist der Fiduciar zu Legung eines Inventariums über den Nachlaß des Testators nach seinen Bestandtheilen beim Tode desselben nicht verpflichtet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Juni 1856, auf Grund des §. 471. (Striethorst's Arch. Bd 21. S. 288 Nr. 70.)

§§. 478—518. Von bedingten Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen.

§. 485. 1) Das Allegat muß heißen: »§§. 161., 162.«
(Ziehm, Druckfehler im A. L. R.)

2) Der §. 485. entscheidet die von Suarez in der rev mon. aufgeworfene Frage: wie weit ein unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzter Legatar sein Recht auf seine Erben transmittire? Die Gesetzrevisoren bemerken indeß, daß dieser Entscheidung die nöthige Bestimmtheit mangele, indem dieselbe nur für den Fall richtig sei, wenn Jemandem etwas zu einem bestimmten Zweck, oder mit einer nicht ungewissen Zeitbestimmung hinterlassen sei, ein unter einer aufschiebenden Bedingung übertragenes Recht werde dagegen, schon nach dem Begriff der aufschiebenden Bedingung, erst mit dem Eintritt der Bedingung erworben, und dem gemäß sei auch die Bestimmung des §. 369. Tit. 9. Thl. I. A. L. R.
(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 191.)

Jung (J. W. 1838 S. 783) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 116—117) lösen den scheinbaren Widerspruch zwischen dem §. 485. h. t. mit dem §. 483. h. t. und dem §. 369. A. L. R. I. 9. dadurch, daß sie zwischen dem Eigenthume der Erbschaft und dem persönlichen Anfallsrechte unterscheiden. Das Letztere werde bereits pendente conditione transmittirt.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 485. h. t.

2) Der unter einer, jedoch nicht an seine Person gebundenen Bedingung eingesetzte Legatar transmittirt, wenn er den Erblasser überlebt, sein Recht auf seinen Erben, wenngleich er vor Eintritt der Bedingung verstirbt, ohne Unterschied, ob die gestellte Bedingung eine Potestativ- oder Kasual-Bedingung ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1854 auf Grund der §§. 467. u. 485. h. t. und mit Bezug auf das Präj. Nr. 502. v. 6. Aug. 1838.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 268 Nr. 57.)

Vergl. die Erg. zum §. 467. h. t. Zus. 2.

§. 493. Dieser §. bezieht sich nach Vol. 27. p. 229. der Materialien auf Voëts Commentarius ad Pandectas Lib. 28. tit. 7. §. 5., nach welchem derjenige, welchem ein Grundstück mit der Bedingung legirt worden, gewisse Abgaben davon zu entrichten, nur zur Entrichtung eines Theils derselben angehalten werden kann, wenn er nicht das ganze Grundstück erhalten hat.
(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 192.)

§. 504. Gans, von den unmöglichen Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen. (Beitr. Bd. 1. S. 153.)

§. 509. Vergl. den Fall einer Anwendung in Siewert's Material. Hft. 2. S. 197 Nr. 17. u. Hft. 3. S. 135.

§§. 519—556. Auslegungsregeln.

§. 520. Die Auslegungsregel des §. 520. setzt voraus, daß die Erbesqualität an sich unbestritten sei und es sich nur um das Verhältniß des Erben zu einem Dritten handle.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Mai 1847.
(Rechtsf. Bd. 1. S. 202 Nr. 94.)

§. 521. Anwendung des §. 521. in dem Erk. des Ob. Trib. in den Entsch. Bd. 8. S. 314. ff.

§. 522. Die Interpretationsregel des §. 522. bezieht sich nur auf die eigenen Verwandten des Testators; sind dagegen die Verwandten eines Anderen ohne nähere Bestimmung berufen, so kommt es auf die Erforschung der wahren Absicht des Testators aus anderen Umständen, in Gemäßheit des leitenden Grundsatzes, und nach §. 556. h. t. und §. 70. A. L. R. I. 4. an; der §. 536. h. t. aber setzt den Fall einer Substitution voraus.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. März 1842.
(J. W. 1845 S. 639.)

§. 526. Die Bestimmung des §. 526. über den Ausdruck »Kinder« ist nur auf die beiden Fälle zu beziehen, wenn in dem Testamente von des Erblassers eigenen Kindern, oder von den Kindern des Erben oder Legatars die Rede ist; unter »den eigenen Kindern des Erblassers« sind dessen Stiefkinder nicht zu verstehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. März 1852, da aus dem Grundsatze des §. 527., wie aus §. 526. sich ergebe, daß letzterer nur auf die gedachten beiden Fälle zu beziehen.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 107 Nr. 22.)

§. 531. 1) Die Vorschrift des §. 531. findet auf die Kinder des vor dem Testator verstorbenen Erben keine analoge Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. März 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 107—113 Nr. 22.)

2) Findet der §. 531. nur bei Legaten, oder auch bei der Erbeseinsetzung Anwendung?

Ersteres nimmt der Auff. im Centralbl. 1838 S. 303 an, weil die Gesetzstelle nur von Legaten rede und eine spezielle Vorschrift enthalte, die deshalb nicht ausgedehnt werden dürfe.

Bielitz dagegen will die Bestimmung auch analogisch bei Erbeseinsetzungen anwenden, weil sie nur die allgemeinen Grundsätze der §§. 70., 71. A. L. R. 1. 4. ausspreche. (Centralbl. 1838 S. 1047.)

Auch Koch nimmt an, daß der Grundsatz nicht ausschließlich bei Legaten, sondern allgemein gelte.
(Landr. Bd. 2. Anm. 33. zum §. 531. h. t.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, weil der §. 531. in der That keine spezielle Bestimmung enthalte, sondern, indem er von einer nicht einmal zweifelhaften Disposition des Erblassers spreche, eine Vorschrift, die sich eigentlich von selbst verstehe, und aus der man nur dann jene Meinung folgern könnte, wenn sie so gefaßt wäre, daß sie zugleich ein Verbot ihrer Anwendung auf Erbeseinsetzungen enthielte. (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 62—63.)

3) Dr. Sommer nimmt gegen die Ansicht Klein's (System des Preuß. Civilr. §. 405. S. 215, 2. Ausg. Bd. 1. S. 402) an, daß der §. 531. auch auf Erbverträge Anwendung findet.
(Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 13.)

§. 534. 1) Der §. 534. setzt das unbedingte Verbot der Veräußerung voraus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1852.

Denn wenn danach das von dem Erblasser angeordnete Verbot des Verkaufs als eine Willenserklärung zu verstehen ist, daß die Sache bei der Familie des Erben oder Legatars verbleiben soll, so ist damit ausgesprochen, daß das Verbot des Verkaufs als Anordnung einer fideikommissarischen Substitution zu Gunsten der Erben des Honorirten aufzufassen ist. Dem eingesetzten Erben oder Legatar ist also die Verfügung über die ihm zugewandte Sache ganz und gar entzogen — in dem Maße, daß er über solche weder unter Lebenden, noch von Todeswegen verfügen darf, eben weil die Sache dem gesetzlichen Erben desselben ungeschmälert bleiben soll.
(Entsch. Bd. 24. S. 93, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 64 Nr. 16.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß das Verbot der Veräußerung immer nur so weit gelten könne, als Substitutionen gesetzlich gestattet seien. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 196.)

§. 535. a) Das dem Erben vom Testator aufgelegte Verbot der Veräußerung während einer bestimmten Reihe von Jahren beschränkt die Befugniß des Erben zur Verpfändung während dieser Zeit nur insoweit, daß das eingeräumte Pfandrecht erst nach Ablauf dieser Zeit in Wirksamkeit tritt.

b) Die Bestimmung des Testators, daß kein Gläubiger des Erben sich aus dem demselben vermachten Grundstücke oder dessen Revenüen bezahlt machen, daß vielmehr aus dem Grundstücke die lebenslängliche Kompetenz des Erben bestritten werden soll, enthält keine Beschränkung der Dispositionsbefugnisse des Letzteren, sondern eine Vergünstigung desselben und verliert daher ihre Wirksamkeit, sobald

der Erbe von dieser Vergünstigung keinen Gebrauch macht, sondern das Grundstück veräußert.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1852.
(Entsch. Bd. 24. S. 93, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 64 Nr. 16.)

§§. 557—562. Von Testaments-Exekutoren.

§§. 557. 558. 1) R. v. 19. Mai 1804, betr. die Form der Ernennung befreiter Vormünder und von Testaments-Exekutoren.

Auf Eure durch den Vortrag des Inhalts eines zum Protokoll aufgenommenen Testaments veranlaßte Anfrage v. 3. d. M. lassen Wir Euch hierdurch bescheiden: daß

ad 1. vorausgesetzt, daß der Erblasser der Pflegebefohlenen den Vormund von den §§. 422. bis 678. II. 18. des A. L. R. vorgeschriebenen Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration durch eine gerichtliche Erklärung, oder in einem förmlich gerichtlich aufgenommenen oder niedergelegten Testament befreit habe, die Ernennung des Vormundes selbst, sowohl vor- als nachher nach Maßgabe der §§. 176. und 177. des angeführten Titels, durch eine Erklärung unter den Lebendigen, oder durch eine letztwillige V. dergestalt geschehen könne, daß es in beiden Fällen keiner Feierlichkeit bedürfe, sondern hinreichend sei, wenn nur von der Gewißheit der Willensmeinung des Ernennenden hinlänglich konstirt; weil der angeführte §. 681. in den Worten: »einen von ihm ernannten Vormund«, die Ernennung desselben von den mit der Befreiung desselben von den erwähnten Einschränkungen gesetzlich verknüpften Förmlichkeiten unabhängig macht, und im §. 682. bloß von der Befreiung selbst die Rede ist;

ad 2. kein Erblasser für befugt erachtet werden könne, dieses letztere an seine Person gebundene Recht dem Pupillen-Kollegio oder den bereits ernannten Vormündern dergestalt zu übertragen, daß es in ihrer Macht stehe, andere Vormünder zu ernennen, und solche von den §§. 421. bis 678. des angeführten Titels bemerkten Einschränkungen zu befreien;

ad 3. daß zur Ernennung desjenigen, welchem der Erblasser die Vollziehung seines letzten Willens aufträgt, gleichfalls wie ad 1. es hinreichend sei, wenn von der Gewißheit der Willensmeinung des Ernennenden hinlänglich konstirt, indem das L. R. Th. I. Tit. 12. §§. 557. bis 562. besondere Förmlichkeiten deshalb nicht erfordert, daß dagegen aber

ad 4. Personen weiblichen Geschlechts zu Testaments-Exekutoren nicht ernannt werden können[1]), da derjenige, welchem der Erblasser die Vollziehung seines letzten Willens aufträgt, zufolge des angeführten §. 557. als Bevollmächtiger desselben angesehen werden muß, mit einem Bevollmächtigten aber, welchem die zur Schließung gültiger Verträge erforderlichen Eigenschaften mangeln, ein Dritter zufolge des §. 32. Tit. 13. Thl. I. des L. R. sich einzulassen nicht schuldig ist, und wenngleich unverheirathete Frauenspersonen nach Maßgabe des §. 23. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R., in sofern die Provinzial-Gesetze keine Ausnahme machen, bei Schließung der Verträge den Mannspersonen gleich geachtet werden, dennoch sowohl diese Ausnahme, als einige andere gesetzliche Modifikationen und Einschränkungen jener ihnen verliehenen Befugniß, denselben bei der Annahme und Ausübung eines solchen Auftrages und der damit verbundenen Pflichten im Wege stehen würden.

(N. A. Bd. 3. S. 262, Mathis Bd. 2. S. 10, Rabe Bd. 8. S. 60.)

2) R. v. 19. April 1806. Die Gerichte können die ihnen in allgemeinen Ausdrücken aufgetragene Vollziehung letztwilliger Verordnungen gänzlich ablehnen, insofern eine solche Verordnung nicht etwa Stiftungen ad pios usus oder andere gemeinnützige Zwecke enthält.

In dem wegen der Euch aufgetragenen Vollziehungen der Familien-Fideikommisse und Testamente unterm 13. d. M. von Euch erstatteten Bericht wird aus den angeführten Gründen ganz richtig von Euch geurtheilt, daß Euch freistehen müsse, bei den unter Eurer Gerichtsbarkeit belegenen Familienstiftungen und bei letztwilligen V., in welchen die Erblasser in allgemeinen Ausdrücken Euch die Vollziehung ihres letzten Willens aufgetragen, diesen Auftrag mit Ausschließung derjenigen Verf., welche nach den Gesetzen von Amtswegen erlassen werden müssen, gänzlich abzulehnen, in sofern eine solche V. nicht etwa Stiftungen ad pios usus oder andere gemeinnützige Zwecke enthält, als in welchem Falle Ihr Euch dem gegebenen Auftrage unterziehen, im Falle eigenen Bedenkens aber vorher anfragen könnet.

(N. C. C. Tom. XII. p. 133, Rabe Bd. 8. S. 512.)

3) Betreffend den Umfang der Befugnisse des Testaments-Exekutors.

a) R. v. 25. Jan. 1796. Wenn die letztwillige Verordnung keine Einschränkung der Befugniß des Testaments-Exekutors enthält, so gehört zu seinem Amte und seiner Kompetenz die Ausmittelung, Konstituirung und Verwaltung des Nachlasses.

(N. C. C. Tom. X. p. 55, Rabe Bd. 3. S. 248.)

Aus diesem R. ist der §. 157. des Anh. zum A. L. R. II. 18. §. 421. entnommen.

b) R. v. 13. März 1842. Die §§. 557. u. 558. A. L. R. I. 12. lassen zwar die Frage: inwiefern einem Testaments-Exekutor die Verwaltung des Nachlasses gebühre, zweifelhaft; mit Rücksicht auf das R. v. 25. Jan. 1796 und den daraus entnommenen §. 157. des Anh. zum A. L. R. ist indeß anzunehmen, daß in jedem einzelnen Falle die Befugniß eines Testaments-Exekutors nach dem ganzen Inhalte des Testaments besonders erwogen und beurtheilt werden müsse, im Allgemeinen aber, wenn der Fall des §. 157. des Anh. vorhanden ist, auch die Verwaltung des Nachlasses zu den Amtsobliegenheiten des Testaments-Exekutors gehöre. (J. M. Bl. 1842 S. 138.)

c) Der Testaments-Exekutor ist Quittung und Löschungs-Konsens über gekündigte Hypotheken-Kapitalien nicht anders auszustellen befugt, als wenn das Testament ihn hierzu ausdrücklich autorisirt hat (§§. 10., 3., 5., 7. Tit. 13.), und es ist die bloße Anweisung des Testators, »sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen und ihn verordnetermaßen zu vertheilen«, einer Spezialvollmacht zur Ertheilung einer Quittung und Löschungseinwilligung nicht gleich zu achten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Jan. 1839. (Präj. Nr. 600.) (Präj. Samml. S. 75.)

d) Zu Cessionen von Nachlaßforderungen bedarf der Testaments-Exekutor einer besonderen ausdrücklichen Ermächtigung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1845. (Präj. Nr. 1644.)

Der Testaments-Vollstrecker gilt nach §§. 557., 558. für den Bevollmächtigten des Testators, beziehungsweise für einen Verwalter fremder Güter (vergl. §. 109. Tit. 14. das.), und es entscheiden also die Vorschriften in §. 118. Tit. 13. und §§. 99., 103. Kein Gesetz sagt insbesondere, daß der schlechtweg auf Regulirung eines Vermögens oder eines Nachlasses gestellte Auftrag auch zur Veräußerung ohne Rückfrage ermächtige; und wenn nun hiernach gerade die weiteste Ausdehnung, die man einem solchen unbestimmten Auftrage geben kann, auf nichts anderes, als auf ein Generalmandat hinführt, so stellen sich eben auch hier wiederum die Vorschriften in §§. 118. und 103. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. als die allein anwendbaren dar. Gar nicht selten leiten freilich Parteien und Gerichte das Veräußerungsrecht für den Testaments-Vollstrecker aus dem §. 157. des Anh. zu §. 421. des A. L. R. II. 18. ab. Hier ist indessen — ganz in Harmonie mit der allgemeinen Regel in §. 557. A. L. R. I. 12. — zunächst verwiesen auf den Inhalt der letztwilligen Dispositionen, als der Instruktion des Testaments-Vollstreckers; und wenn diese keine nähere Bestimmungen über den Umfang der Gewalt desselben enthält, sondern die Vollstreckung des letzten Willens ihm ganz allgemein aufträgt, so schreibt ihm freilich jener §. die Befugniß zur Verwaltung und außerdem zur Ausmittelung und Konstituirung des Nachlasses zu; jedoch schließt selbst diese letztere durchaus nicht die Macht zur einseitigen Veräußerung in sich. Das A. L. R. sagt nirgend, was unter Konstituirung eines Nachlasses zu verstehen sei. Es ist daher auf die A. G. O. zu sehen, wo dieser Ausdruck sowohl in den Titeln von Erbsonderungen und Auseinandersetzungen (cf. §§. 12. 24. Tit. 46.), als vom Konkurse und erbschaftlichen Liquidations-Prozesse öfters vorkommt (§§. 73., 194., 211., 226. Tit. 50. §. 74. und dessen Anh. §. 382. Tit. 51.), und hier wird unter anderen auch die Versilberung der Masse dahin gezählt. Doch geschieht diese Versilberung regelmäßig nur durch öffentliche Versteigerung, Subhastation und Einzahlung in das gerichtl. Depositorium; und wie bei Erbsonderungen die Erben, so müssen selbst bei Konkursen zu allen wichtigen Maßregeln die Gläubiger zugezogen werden; zu einseitigen Veräußerungen aber ist der Kurator gar nicht befugt (vergl. Tit. 50. §§. 86—89., 233.). In gleicher Weise gedenkt dann auch jene Stelle ausdrücklich der Konkurrenz des Vormundes, und schließt nur die unmittelbare Regulirung der ganzen Nachlaß-Angelegenheit durch das Vormundschaftsamt aus, welches dieselbe sonst, wenn kein Testaments-Exekutor vorhanden wäre, allerdings selbst in seine Hände zu nehmen hätte.

(Präj. Samml. S. 75, Entsch. Bd. 12. S. 223.)

e) Ueber die Befugnisse eines Testaments-Exekutors, dem im Testamente die Befugniß beigelegt worden ist, die im Testamente getroffenen Bestimmungen ohne Einmischung Dritter zu erfüllen, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Aug. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 46.)

f) Ein Testaments-Exekutor vertritt als Bevollmächtigter den Erblasser und nicht die Erben; er ist deshalb lediglich an des Ersteren, nicht an des Letzteren Willen gebunden und innerhalb der

---

[1]) Dies wird von Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 50. zum §. 557. h. t.) in Betreff selbstständiger eheloser Frauenspersonen bestritten.

Grenzen der ihm von dem Erblasser ertheilten Vollmacht ebenso befugt, als verpflichtet, den Nachlaß aktiv und passiv zu vertreten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Jan. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 242 Nr. 52.)

g) Der Testaments-Exekutor ist nur Bevollmächtigter des Erblassers, und wenn daher gleich die letztwillige Verordnung, welche als seine Vollmacht und Instruktion gilt, ihm aufgetragen hat, die Theilung des Nachlasses unter den Erben „zu leiten“, so sind ihm hierdurch doch nur diejenigen formellen Befugnisse verliehen, die in dem Begriffe der „Leitung“ eines Geschäftes enthalten sind, wohin aber auf keine Weise irgend eine Entscheidung über materielle Rechte des Erben zu rechnen ist. So wenig der Testaments-Exekutor durch die ihm übertragene Leitung der Nachlaßtheilung das Recht erlangt, aus eigener Machtvollkommenheit die Höhe der Erbtheile der einzelnen Erben mit Verbindlichkeit für die Letzteren festzustellen, so wenig binden die Verhandlungen, die er hierüber mit einem der Erben gepflogen und zur richterlichen Entscheidung gebracht hat, einen der anderen hierbei nicht zugezogenen Miterben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1856.

(Entsch. Bd. 33. S. 39, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 291 Nr. 72.)

h) Der Testaments-Exekutor ist zur Vertretung des einen Theils der Erben wider die Ansprüche der anderen Miterben nicht legitimirt, sondern die Streitigkeiten der Miterben unter sich wegen der Höhe ihrer Erbantheile, ihrer Kollations-Verbindlichkeit und Pflichttheils-Berechnung können nur zwischen ihnen selbst zum Austrag gebracht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1856, auf Grund der §§. 557., 558. h. t. und des Anh. §. 157. zum A. L. R. II. 18. §. 421.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 4 Nr. 2.)

i) Ueber die Verpflichtung der Testaments-Exekutoren, den Vormundschafts-Behörden das Nachlaß-Inventarium offen zu legen, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 10. Sept. 1846 (Entsch. Bd. 13. S. 376.) in den Erg. zum A. L. R. II. 18. §. 421. u. Anh. §. 157.

§§. 563—610. Wie Testamente aufgehoben und widerrufen werden.

Dr. Löwenberg, vom Widerrufe der Testamente. (In dessen Beiträgen zur Kenntniß der Motive ꝛc. Bd. 1. S. 253 ff.)

§§. 563—571. Vom Widerrufe durch Zurücknahme des Testaments.

§§. 563—567. a) Ein früher gerichtlich deponirtes, aber zurückgenommenes, jedoch aufbewahrtes Testament hat in Beziehung auf die darin enthaltenen, den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legate nicht die Wirkung einer im Nachlasse vorgefundenen Privat-Disposition des Erblassers.

b) Auch durch die in einem späteren Testamente des Erblassers, lediglich mittelst einer allgemeinen Bezugnahme auf das zurückgenommene, im Nachlasse aufbewahrte Testament, erfolgte Anordnung von Legaten können die in dem zurückgenommenen Testamente ausgesetzten Vermächtnisse rechtliche Wirksamkeit nicht erlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Dec. 1849.

Die §§. 563., 565—567. ergeben, daß ein zurückgenommenes Testament oder Kodizill, — auch wenn es der Testator in seinen Papieren aufbewahrt hat und es nach seinem Tode unverändert vorgefunden wird, doch niemals die Wirkung einer sonstigen Privat-Disposition des Erblassers (die unter den Voraussetzungen des §. 161. h. t. die Erben verpflichtet, soweit sie den zwanzigsten Theil des Nachlasses nicht übersteigt) haben kann, vielmehr unberücksichtigt bleiben muß, auch wenn kein Zweifel darüber obwaltet, daß der Erblasser das zurückgenommene Testament eigenhändig ge- und unterschrieben gehabt. Der Umstand, daß ein Testator in dem später von ihm errichteten Testamente ausdrücklich erklärt, wie sein Wille, daß die in dem zurückgenommenen, in seinen Papieren sich vorfindenden früheren Testamente ausgesetzten Legate Gültigkeit haben sollten, und er alle bestätige, relevirt nicht, da das Gesetz eine solche allgemeine Bestätigung durch Beziehung auf das zurückgenommene Testament zur Gültigkeit der betr. Legate nicht für zureichend erachtet. Der §. 567. ergiebt nämlich, daß, um dem zurückgenommenen Testamente oder Kodizill die rechtliche Wirksamkeit wieder zu verschaffen, dasselbe beobachtet werden muß, was bei Errichtung eines Testaments oder Kodizills überhaupt zu beobachten ist; und die §§. 47. u. 48. h. t. bestimmen, daß zwar die Person des Erben oder Legatars durch bloße Beziehung auf einen anderen Aufsatz bezeichnet werden könne, ein solcher Aufsatz aber dem Testamente selbst, allenfalls versiegelt, beigelegt werden muß. Die bloße allgemeine Beziehung auf einen bestimmten, im Nachlasse sich vorfindenden Aufsatz wird also nicht für hinreichend im Gesetz erachtet, die Gewißheit des Willens des Testators festzustellen; umsoweniger kann dies in dem Falle angenommen werden, wenn auf ein zurückgenommenes Testament, das nicht einmal die rechtliche Kraft eines gewöhnlichen Privataufsatzes hat, bloß Bezug genommen ist und die Personen der Legatare gar nicht angegeben sind. (Entsch. Bd. 19. S. 171.)

Die Gesetzrevisoren gehen von gleicher Ansicht aus, indem sie annehmen, daß ein von dem Testator zurückgenommenes Testament, welches im Nachlasse aufbewahrt vorgefunden wird, keineswegs rücksichtlich der Legate aufrecht erhalten bleibe.

Denn der Testator hat durch die Zurücknahme des Testaments seinen Willen, dasselbe aufzuheben, gehörig dargethan, und man darf daher ohne seine ausdrückliche und in gehöriger Form abgegebene Erklärung zu Gunsten einiger darin enthaltenen Verfügungen keine Ausnahme machen. Eben deshalb kann auch ein vom Testator zurückgenommenes Testament, bloß aus dem Grunde, weil es sich in seinem Feldnachlasse befunden, oder weil es als eine Verfügung der Eltern unter Kinder gültig sein könnte, ohne eine in der vorgeschriebenen Form vom Testator abgegebene Genehmigung aufrecht erhalten werden.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 291.)

§. 565. u. Anh. §. 42. Der §. 42. des Anh. ist dem R. v. 2. Sept. 1793, betreffend die Zurückgabe der von Verschwendern vor der Prodigalitätserklärung deponirten Testamente, entnommen.

(N. C. C. Tom. IX. p. 1653, Rabe Bd. 2. S. 474.)

§§. 565. 567. Wenn ein zurückgenommenes und dadurch nach §. 565. ungültig gewordenes Testament gemäß §. 567. unter Beobachtung aller Förmlichkeiten, die bei der Uebergabe eines Testaments überhaupt vorgeschrieben sind, anderweit gerichtlich übergeben werden darf, so sind hierunter diejenigen Förmlichkeiten zu verstehen, welche bei der ersten und ursprünglichen Errichtung eines letzten Willens, die durch Uebergabe eines schriftlichen Aufsatzes erfolgt, zu beobachten sind. Es kann daher das wieder übergebene Testament nur als ein solcher Aufsatz nach §§. 101. ff. behandelt werden, selbst wenn es noch äußerlich in unverändertem Zustande und mit den Gerichtssiegeln verschlossen wäre, und es folgt weiter, daß ein des Schreibens Unkundiger in dieser Weise gar nicht testiren, er vielmehr nach Vorschrift des §. 113. seinen letzten Willen jederzeit nur mündlich zum Protokoll erklären kann.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Dec. 1849. (Präj. Nr. 2172.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 23, Entsch. Bd. 19. S. 178.)

§. 570. In einem Falle vom Jahre 1809, wo ein Testator, welcher sein Testament zurücknahm, und dafür ein neues übergab, vor der Unterschrift des Protokolls verstorben war, ist das alte Testament per tres conformes aufrecht erhalten worden.

(Merkel, Komm. ad h. l.)

§. 571. 1) R. v. 1. März 1802. Ein zurückzugebendes Testament kann auf den Antrag des Testators auch mit der Post an einen Kommissarius zur Aushändigung versandt werden. (R. A. Bd. 2. S. 382, Rabe Bd. 7. S. 66.) Aus diesem R. v. 1. März 1802 ist der §. 429. des Anh. zur G. O. entnommen.

2) Durch das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte (G. S. 1845 S. 495) wird der §. 571. h. t. ausdrücklich in Kraft erhalten.

§§. 572—586. Widerruf durch Errichtung eines neuen Testaments.

I. Ueber die Entstehungsgeschichte dieser §§. vergl. die Mittheilungen aus der rev. mon. in Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 6. S. 121 ff.

II. Wird ein früheres Testament durch Errichtung eines neueren auch dann vernichtet, wenn der Erblasser in dem letzteren nicht über seinen ganzen Nachlaß, sondern nur über eine Quote desselben zu Gunsten eines Anderen, als des früher eingesetzten Erben verfügt hat?

Bornemann bejahet auf Grund der §§. 572. u. 574.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 122.)

Koch ist entgegengesetzter Meinung.

(Landr. Bd. 2. Anm. 64. zum §. 574. h. t.)

§. 576. Die früheren Kodizille werden durch ein späteres Testament, nach den Grundsätzen des A. L. R., nicht ohne ausdrückliche Erklärung aufgehoben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Aug. 1798.
(Mathis Bd. 6. S. 204, Strengel Bd. 6. S. 329.)

Bornemann zeigt aus den Materialien, daß die Absicht der Redaktoren wahrscheinlich dahin gegangen sei, daß durch ein neues Testament auch die in vorher errichteten Kodizillen enthaltenen Legate aufgehoben werden; er giebt indeß zu, daß die Annahme des Gegentheils den Buchstaben des Gesetzes für sich habe.
(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 123—124.)

Dieses Gegentheil nimmt auch Crelinger an.
(Erbrecht S. 142.)

Ebenso die Gesetzrevisoren, auf Grund des §. 572.
(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 208.)

§§. 580—582. Wenn ein Testament durch ein späteres aufgehoben worden ist, lebt dann durch den gültigen Widerruf des zweiten nicht zurückgenommenen Testamentes das ebenfalls in gerichtlicher Gewahrsam gebliebene erste Testament wieder auf?

Dr. Löwenberg theilt hierüber aus den Akten des Justizmin. Folgendes mit:

Das A. L. R. giebt über die Frage keine ausdrückliche Entscheidung. Der §. 582. h. t. setzt den Fall der Zurücknahme des zweiten Testaments voraus. Daß in diesem Falle das erste Testament als gültig zu erachten sei, ist den Bestimmungen der §§. 572. u. ff. über das Verhältniß zweier Testamente gemäß. Denn durch ein zweites Testament verliert, nach Inhalt dieser §§., das erste nur in sofern seine Gültigkeit, als die in diesen enthaltene Erbeseinsetzung abgeändert worden. Der §. 574. giebt den Fall, wo beide Testamente zusammen gelten. Wenn nun das zweite Testament aus der gerichtlichen Gewahrsam zurückgenommen wird, so läßt sich der Inhalt des zweiten Testaments nicht mehr mit Evidenz nachweisen, und man kann daher nicht beurtheilen, ob sein Inhalt von der Art war, daß das erste nicht mit demselben bestehen konnte. Es steht daher der Gültigkeit des ersten Testaments nichts mehr im Wege. Ganz anders ist der Fall, da das zweite Testament, welches das erste aufhob, zwar widerrufen, aber nicht zurückgenommen worden war. Mehr als der §. 582. paßt der §. 580. auf den vorliegenden Fall. Dieser §. stellt als Regel auf: Außer diesem Falle der §§. 577. u. 578., der hier nicht eintritt, kommt das frühere Testament, welches durch ein späteres aufgehoben worden, wenn auch dieses letztere nicht bestehen kann, dennoch nicht wieder zu Kräften, sondern es findet die gesetzliche Erbfolge statt. — Allein diese Regel schließt die Ausnahme nicht aus, wenn das zweite Testament deshalb nicht bestehen kann, weil es widerrufen worden ist, und der Testator zugleich bei diesem Widerrufe, in der für die Testamentifaktion erforderlichen Form, ausdrücklich erklärt hat, daß das erste, gerichtlich deponirt gebliebene Testament wieder in Kraft treten soll. In diesem Falle lebt das erste Testament wieder auf. Der Widerruf ist alsdann wegen der beigefügten Erklärung: daß das erste Testament wieder gelten soll, als ein drittes Testament zu erachten, welches, im Verhältnisse zum ersten, wie ein referens zum relatum steht. Gegen eine solche Bezugnahme läßt sich aber umsoweniger etwas einwenden, da auch bei dem ersten Testamente — dem relatum — alle Formen beobachtet sind. Das Röm. Recht stellt die nämliche Regel als der §. 580. auf, und geht in Absicht der hinzugefügten Ausnahme sogar noch weiter, indem es den Beweis der Absicht, daß das erste Testament gelten soll, zuläßt und für genügend erachtet. Ein durch ein späteres Testament rumpirtes Testament wird durch Ruption des zweiten an sich gültig gewesenen Testaments, oder dadurch, daß letzteres auf andere Weise seine Rechtsbeständigkeit verliert, in der Regel nicht wieder gültig. §. 2. Inst. Quibus modis testamenta infirmentur (II. 17.). Wenn jedoch der Testator das zweite Testament in der erweislichen Absicht, daß das erste gelten soll, vernichtet hat, so gab der Praetor die bonorum possessio secundum tabulas aus dem ersten Testamente. 11. §. 2. Dig. de bonorum possessione secundum tabulas. (XXXVII. 11.) — Diese Grundsätze folgen dergestalt aus der Natur der Sache, daß solche mit der oben bemerkten Modifikation auch nach der Theorie des A. L. R. für anwendbar erachtet werden müssen. Das erste Testament lebt nur dann wieder auf, wenn der Testator zugleich bei dem Widerrufe seinen Willen, daß das erste wieder aufleben soll, erklärt hat. Im entgegengesetzten Falle tritt die Intestaterbfolge ein. — Ferner verordnet der §. 39. des Anh. zum A. L. R.:

Finden sich nach dem Tode des Erblassers zwei gerichtlich deponirte Testamente, und ist in dem letzten das erste gänzlich aufgehoben, so muß das ältere binnen der Frist uneröffnet liegen bleiben, binnen welcher das später deponirte auch als nichtig angefochten werden kann.

Daraus läßt sich unbedenklich deduziren, daß das erstere wieder zu Kräften kommen könne, wenn das letztere wegfällt.
(Löwenberg's Beitr. Bd. 1. S. 280 ff.)

§§. 587—592. Aufhebung durch ausdrücklichen Widerruf.

§. 587. 1) Ueber die Rechtfertigung des §. 587. vergl. Suarez in den Schlußvorträgen (Jahrb. Bd. 41. S. 83) und gegen diese Rechtfertigung Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 74. zum §. 587. h. t.

2) Kann ein rechtsbeständiges Testament durch ein bloßes von dem Testator nur unterschriebenes Kodizill aufgehoben werden?

Verneint in Paalzow's Beitr. zur jur. Praxis Bd. 1. S. 1.

3) Durch einen Erbvertrag wird das frühere Testament umgestoßen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Febr. 1799.
(Mathis Bd. 3. S. 174.)

§§. 587—589. 1) Ein förmlich und gerichtlich errichtetes Testament kann nicht notariell, sondern nur unter Beobachtung der Erfordernisse eines solchen gültig widerrufen werden, in sofern nicht zur Zeit der Erklärung des Widerrufs solche Umstände vorwalten, unter denen der widerrufende Testator eine privilegirte Disposition würde haben errichten können.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1844, auf Grund der »klaren gesetzlichen Vorschriften der §§. 587—589.«
(Koch's Arch. Bd. 5. S. 239.)

2) Ist es hinreichend, daß der Widerruf des Testaments vor einem besetzten Gerichte abgegeben werde, oder müssen alle übrigen bei Aufnahme eines Testaments erforderlichen Förmlichkeiten beobachtet werden; ist insbesondere also auch die Versiegelung und Annahme ad depositum nothwendig?

Die Gesetzrevisoren nehmen auf Grund der (in Löwenberg's Beitr. Bd. 1. S. 253—263 mitgetheilten) Materialien zum A. L. R. Ersteres an.

Dieser Ansicht ist auch Bornemann.
(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 126 ff.)

Im Justizmin. hat man die Frage für zweifelhaft gehalten.
(Löwenberg's Beitr. Bd. 1. S. 269 ff.)

§§. 599. 600. Aufhebung wegen des dem Erblasser verursachten Lebensverlustes.

§. 599. Zieht der durch Vorsatz oder grobes Versehen verursachte Tod des Erblassers den Verlust auch des gesetzlichen Erbrechts nach sich?

1) Witte verneint, weil der §. 599. nur den Verlust der dem Erben testamentarisch zugedachten Vortheile anordne.
(Intestaterbrecht S. 12.)

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 80. zum §. 599. h. t.)

2) Bielitz bejaht; denn da ein Verwandter sein gesetzliches Erbrecht schon dadurch verwirke, wenn er den Erblasser hülflos lasse (A. L. R. II. 3. §. 23.), so müsse dieses vielmehr bei demjenigen gelten, welcher den Erblasser vorsätzlich oder durch grobe Schuld ums Leben bringe. Nach §. 828. A. L. R. II. 1. werde der überlebende Ehegatte seines Erbrechts in dem Nachlasse des Erstverstorbenen verlustig, wenn er dessen Tod in der besagten Art verursacht habe, und müsse diese Vorschrift analogisch bei dem gesetzlichen Erbrechte überhaupt gelten. (J. W. 1839 S. 725.)

§§. 602—604. Aufhebung durch Untergang oder Verlust des Testaments oder Kodizills.

§§. 602. 603. 102. 1) Ueber den Inhalt eines verloren gegangenen Protokolls über die Annahme eines verschlossen übergebenen und gehörig überschriebenen Testaments ist auch ein durch den Erfüllungseid ergänzter Beweis statthaft.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1849.

Die Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls über die Uebergabe einer letztwilligen Disposition gehört nach den §§. 103. u. 139. h. t. zu den wesentlichen Erfordernissen eines gültigen Testaments; und daß eine solche Aufnahme stattgefunden, muß erwiesen werden; daß aber das Gesetz das Annahme-Proto-

koll nicht als einen wirklichen Theil des Testaments selbst betrachtet, geht daraus hervor, daß ein solches Protokoll nicht mit dem Testamente ad depositum genommen wird, sondern bei den Akten bleibt, solches auch nichts von den Anordnungen des letztwillig Verordnenden enthält. Es kommen daher auch nicht, wenn ein solches Protokoll verloren gegangen ist, die Vorschriften der §§. 602. u. 603. über den Beweis des Inhalts eines verloren gegangenen Testaments oder Kodizills zur Anwendung, sondern es genügt, wenn die wirklich geschehene Aufnahme des Protokolls über die Uebergabe des Testaments feststeht, und kein erheblicher Zweifel obwaltet, daß die wesentlichen Erfordernisse eines solchen Protokolls und der Testaments-Annahme überhaupt beobachtet worden sind. (Entsch. Bd. 17. S. 224.)

2) Nicht bloß dann, wenn ein gerichtlich deponirtes Testament noch vor der Publikation, sondern auch dann, wenn das Testament erst nach erfolgter, gehöriger Publikation an die Interessenten, jedoch vor geschehener Ausfertigung desselben, verloren gegangen ist, ist zur Restauration desselben ein vollständiger Beweis erforderlich, der durch einen Erfüllungseid nicht zu ergänzen ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1848.

Der §. 603. bezieht sich nicht bloß auf noch nicht publizirte Testamente. Zunächst giebt die unbeschränkte Wortfassung des Gesetzes an sich keine Veranlassung, einen solchen Unterschied zu machen, vielmehr würde dann für den häufigsten Fall einer verschlossen übergebenen einseitigen letztwilligen Verordnung die gesetzliche Vorschrift sich als ziemlich überflüssig ergeben, da der Beweis des Inhalts einer solchen nach dem Ableben des Testators vor ihrer Publikation verloren gegangenen Verordnung fast niemals mit Ueberzeugung würde hergestellt werden können. Sodann läßt sich jener Unterschied auch keinesweges aus der Natur einer letztwilligen Disposition rechtfertigen, und behaupten: daß solche mit Rücksicht auf die durch die Eröffnung erlangte Publizität des letzten Willens nach erfolgter Publikation in die Klasse anderer schriftlicher Urkunden trete (§§. 1—5. Tit. 12. Thl. I. A. L. R.). Eben weil solche Verordnungen erst nach dem Tode des Erklärenden in Wirksamkeit treten und veröffentlicht werden sollen, die Aufrechterhaltung des wahren Willens des Verstorbenen aber möglichst gesichert werden muß, haben die Gesetze die Feststellung dieses Willens an bestimmte Formen geknüpft, bei deren Ermangelung die Willenserklärung ungültig ist. Eine solche letztwillige Verordnung behält daher ihre Natur in dieser Beziehung, bis der Wille des Erblassers nach dessen Tode wirklich zur Ausführung gekommen und durch die vorschriftsmäßige Ausfertigung der von dem Erblasser über seinen Willen ausgestellten oder vollzogenen Erklärung ein urkundlicher Nachweis außer der eignen Willenserklärung über deren Inhalt beschafft worden ist. Hat der Berufene dann auf den Grund des festgestellten Willens des Testators dasjenige wirklich erhalten, wozu er berufen war, und es geht nun das Originaltestament verloren, so giebt die gerichtliche Ausfertigung den Beweis für den Inhalt desselben; und sollte auch diese verloren sein, so konnte dann der Beweis des Inhalts dieser Ausfertigung nach den gewöhnlichen Beweisregeln geführt werden, weil es nunmehr nicht sowohl auf die Feststellung des von dem Verstorbenen erklärten Willens selbst, als auf die Feststellung des Inhalts derjenigen Urkunde ankam, welche über den vorher schon festgestellt gewesenen Willen des Erblassers im vorschriftsmäßigen Wege ausgefertigt worden, also selbst nur ein Beweisstück war. So lange ein solcher an sich beweisendet urkundlicher Nachweis über den Inhalt einer letztwilligen Verordnung nicht vorhanden ist, und diese nun verloren geht, fehlt es an der gesetzlichen Art der Feststellung eines solchen Willens; und wenn auch bei schon erfolgter Publikation der an sich zulässige Beweis des Inhalts der Verordnung leichter zu führen, als in anderen Fällen, so bleibt der Gegenstand des zu führenden Beweises der nämliche, d. h. den noch nicht urkundlich gehörig festgestellten Willen des Erblassers außer Zweifel zu setzen. Dies soll nach der Vorschrift des §. 603. nur auf die darin erwähnte Art geschehen dürfen, und der Erfüllungseid dabei ausgeschlossen bleiben; ein Prinzip, das nach dem Angeführten auch mit den in dieser Beziehung vom Gesetzgeber angenommenen Grundsätzen im genauesten Zusammenhange steht. Die Ansicht, daß der ganze Inhalt des Testaments, wenn auch nicht dem Worte, doch dem Sinne nach vollständig erwiesen sein müsse, wenn irgend etwas davon zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen solle, eine stückweise, wenn auch vollständige Ermittelung einflußlos sei, ist nicht zu rechtfertigen. Das Gesetz bestimmt lediglich, daß der Beweis über den Inhalt des Testaments zulässig sei, aber vollständig geführt werden müsse. Dies bedeutet nicht, daß, bevor nicht jede einzelne Bestimmung des verloren gegangenen Testaments vollständig erwiesen sei, der Beweis als gar nicht geführt angesehen werden dürfe, sondern nur, daß keine Bestimmung rechtlich wirksam sein kann, als bis sie vollständig erwiesen worden. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb, wenn vollständig dargethan ist, daß der Testator in seinem verloren gegangenen gültigen Testamente eine bestimmte Person zu seinem Erben ernannt hat, diese die Erbschaft nicht sollte erlangen dürfen, weil der Erblasser zugleich noch einige Legate ausgesetzt oder andere Bestimmungen getroffen, die nicht gleich vollständig hatten dargethan werden können. (Entsch. Bd. 17. S. 208.)

§§. 605—607. Strafe desjenigen, welcher Jemanden an Errichtung eines Testaments oder an dessen Uebergabe, oder an dessen Widerruf hindert.

I. Betreffend den Begriff des »verhindern« im Sinne der §§. 605—607.

1) Nicht bloß denjenigen, welcher den Erblasser an der Errichtung seines Testaments durch physischen Zwang verhindert, sondern auch denjenigen, der sich hierzu psychologischen Zwanges bedient hat, trifft der Verlust aller Vortheile aus der gesetzlichen Erbfolge oder aus einem früheren Testamente. Dagegen findet der Verlust nicht statt, wenn die Errichtung des Testaments durch Bitten oder durch Betrug verhindert worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. April 1833.

Wenn man auch nicht annehmen kann, daß das Gesetz (§. 605.) bei dem Verhindern der Testamentserrichtung gerade nur eine physische Gewalt gemeint habe, und daß also auch ein psychologischer Zwang keinesweges davon ausgeschlossen ist, als Verhinderungsgrund zu gelten, so daß die Anwendung der gesammten in den §§. 31. ff. A. L. R. I. 4. über die Hindernisse der Willensfreiheit ertheilten Vorschriften kein Bedenken leidet, so können doch Bitten, von der Testamentserrichtung abzustehen, und das Versprechen des Erblassers, dieser Bitte Folge zu geben, nicht als psychologischer Zwang gelten, da dadurch die Freiheit des Willens des Erblassers nicht beschränkt wird. Auch wenn man hierin einen Betrug finden wollte, so würde dies nur zu Entschädigungsansprüchen berechtigen, aber das gesetzliche oder testamentarische Erbrecht nicht entziehen. (Simon's R. Bd. 4. S. 81.)

2) Die Vorschrift des §. 607. findet auch dann Anwendung, wenn der Testator durch betrügliche Vorspiegelungen von der Ausführung seines Vorsatzes, sein Testament zu widerrufen, abgehalten worden ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1856.

Der in den §§. 605—607. wechselnde Ausdruck: »verhindern« oder: »hindern« soll denselben Begriff wiedergeben, und es ist darunter nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zu verstehen, daß Jemand wider seinen Willen von einer beabsichtigten Handlung durch positive Thätigkeit zurückgehalten wird. Welche Mittel der Hindernde zu diesem Zwecke anwendet, ist für den Begriff selbst ohne Einfluß, und die Theorie wie die Praxis (vergl. Ob. Trib. Urtel v. 4. April 1833, Simon's R. Bd. 4. S. 81)[1]) nehmen an, daß hierbei nicht minder als ein physischer Zwang, auch ein psychologischer in Betracht kommen müsse. Ebensowenig aber ist Veranlassung vorhanden, hier die Folgen des Betruges anders, als diejenigen des wirklichen Zwanges zu bestimmen. Die in Rede stehenden Vorschriften sind dem Röm. Rechte nachgebildet, welches hier gleichfalls keinen Unterschied zwischen dem Zwange und der betrüglichen Verleitung macht (L. 3. D. 29. 6., vergl. Glück's Komm. Bd. 43. S. 491, v. Vangerow, Pandekten-Vorles. 3. Aufl. Bd. 2. Anm. 3. zu §. 43. S. 98, Bornemann's System des Preuß. Civilr. 2. Ausg. Bd. 6. S. 130 §. 186.). Der Wortlaut des Gesetzes steht dieser Ansicht nicht entgegen, welche auch durch die ähnliche Bestimmung des §. 609. h. t., sowie durch die ratio legis bestätigt wird, die sich eben aus dem §. 609. erkennen läßt, welcher, ebenso wie der darin citirte §. 23. h. t., die Beschränkung der Willensfreiheit des Testators durch Zwang oder betrügliche Verleitung ganz gleichstellt, wie denn auch die sämmtlichen Strafbestimmungen der §§. 605—609. h. t. ihrem legislativen Grunde nach in dem allgemeinem Grundsatze des §. 35. A. L. R. I. 3. wurzeln und nur Anwendungen desselben auf den Fall der unerlaubten Beschränkung der Willensfreiheit eines Testators sind. — Das Präj. des Ob. Trib. v. 4. April 1833 beruht auf anderen faktischen Voraussetzungen und läßt die hier erörterte Streitfrage in der That unberührt. (Entsch. Bd. 33. S. 57.)

3) Das Appell. Ger. zu Halberstadt führt in dem Erk. v. 17. Dec. 1851 aus, das das »verhindern« im Sinne der §§. 605—607. darin bestehe, wenn dem Erblasser entweder durch physische Gewalt oder durch moralische Einwirkung alle Mittel, jede Gelegenheit zur Ausführung seiner Absicht der Errichtung oder des Widerrufs seines Testaments abgeschnitten werde, daß es aber nach den obwaltenden Umständen beurtheilt werden müsse, ob in der That die »Verhinderung« von solcher Beschaffenheit gewesen sei.

Das Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht) hat die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, indem dasselbe annimmt, daß, wenngleich der Nachweis der absoluten Unmöglichkeit zur Geltendmachung des Willens des Erblassers zur Anwendbarkeit des in Rede stehenden Gesetzes nicht erforderlich sei, doch auch die

---

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

Behinderung eines einzigen Versuches des Erblassers nicht genüge, und daß der Begriff der »Verhinderung« kein rechtsgrundsätzlich zu bestimmender, sondern nur in Verbindung mit thatsächlichen Voraussetzungen des einzelnen Falles festzustellen sei.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 155.)

4) Bielitz spricht sich dahin aus:

Das in den §§. 605—607. vorkommende Wort: »verhindern« deutet sowohl eine physische (durch Gewalt oder Zwang), als eine moralische Verhinderung (durch falsche Angaben und Verleumdungen der zum Erben oder Legatar bestimmten Person) an; denn dieses Letztere ergiebt sich aus §. 1309. A. L. R. II. 20. Auch läßt es sich nicht bezweifeln, daß es in die Kategorie der unerlaubten Verhinderung des Testators an der Errichtung oder dem Widerrufe eines letzten Willens gehört, wenn ihn Jemand durch verursachte Trunkenheit oder erregte heftige Leidenschaft in einen Zustand versetzt, wo er zu dergleichen Handlungen unfähig ist. (Komm. Bd. 3. S. 229.)

Bornemann ist der Ansicht, daß das Röm. Recht in der vorliegenden Beziehung zwischen dem Zwange und der betrüglichen Verleitung keinen Unterschied mache, und da aus den Materialien nicht konstire, daß die Redaktoren hierin eine Aenderung haben vornehmen wollen, wegen der paritas rationis der Ausdruck: »verhindern« nicht bloß von einer durch Zwang, sondern auch von einer durch betrügliche Vorspiegelungen bewirkten Zurückhaltung zu verstehen sei, wofür überdies die Analogie des §. 609. spreche.

(System Bd. 6. S. 204, 2. Ausg. Bd. 6. S. 130.)

II. Sind die §§. 605—607. nur zufällig oder geflissentlich auf Testamente beschränkt worden?

Bornemann bemerkt:

Die Materialien geben darüber keine Auskunft, und ohne Weiteres läßt sich die erste Alternative nicht annehmen, da allerdings zwischen Testamenten und bloßen Kodizillen mindestens in Betreff des im §. 605. gedachten Falles ein wesentlicher Unterschied obwaltet. Wer einen Anderen an der Errichtung eines Testaments gehindert hat, den kann man, in der durch sein Benehmen begründeten Voraussetzung, daß der Testator nicht ihn, sondern einen Dritten zum Erben berufen haben würde, allenfalls mit dem präsumtiv doch eingetretenen Verluste seines ganzen Erbrechts bestrafen. Diese Strafe würde dagegen, wenn bloß die Errichtung eines Kodizills verhindert worden ist, der Erblasser also nicht einmal präsumtiv die Absicht gehabt hat, dem Schuldigen sein Erbrecht zu entziehen, eine ganz unverhältnißmäßige sein. Hiernach muß der §. 605. buchstäblich verstanden werden, so daß für den Fall der verhinderten Errichtung eines Kodizills, bei dem Mangel einer speziellen gesetzlichen Bestimmung, die allgemeinen Vorschriften vom Ersatze des durch unerlaubte Handlungen zugefügten Schadens anzuwenden sind. Der §. 606. scheint dagegen für Testamente und Kodizille gelten zu müssen, da die Rechte des Dritten in dem einen, wie in dem anderen Falle gleich sehr gekränkt werden, der Schuldige danach auch immer nur das zu leisten hat, was dem Dritten durch seine unerlaubte Handlung entzogen worden ist. Der korrespondirende §. 389. des Entwurfs lautete überdies dahin: »Wer die gerichtliche Uebergabe eines schon gefertigten Testaments oder Kodizills verhindert, wird denen, welche darin bedacht werden, zur Schadloshaltung verpflichtet«, und es konstirt nicht, daß diese Bestimmung in dem §. 606. hat restringirt werden sollen. Eben so scheint es, der §. 607. solle für Kodizille gelten, weil paritas rationis für sie, wie für die Testamente klar vorliegt, und eine unerlaubte Handlung dem Schuldigen nie zum Vortheile gereichen könne.

(Syst. Bd. 6. S. 205, 2. Ausg. Bd. 6. S. 130—131.)

Koch beschränkt gleichfalls die Anwendung des §. 605. auf Testamente, und bemerkt, daß der §. 606. zwar auch auf Kodizille würde Anwendung finden müssen, daß indeß die Redaktoren dies nicht gewollt haben. (Landr. Bd. 2. Anm. 84. u. 86. zu §§. 605. u. 606. h. t.)

§§. 606. u. 607. Wer die gerichtliche Vollziehung einer Schenkung verhindert hat, muß demjenigen, der durch die Schenkung bedacht werden sollte, für die entgangenen Vortheile gerecht werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Juni 1805, in analoger Anwendung der §§. 606. u. 607. (Simon's R. Bd. 1. S. 59.)

§. 608. Strafe desjenigen, welcher ein Testament verheimlicht.

Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851 §. 243. Nr. 7.

§§. 611—613. Verstärkung der letztwilligen Verordnung durch Anerkenntniß.

1) Vernichtet die Anerkennung eines Testaments bloß die Einwendungen, welche gegen dessen Inhalt, oder auch diejenigen, welche gegen dessen Form und gegen des Testators Fähigkeit zu testiren, erhoben werden können?

a) Die Gesetzrevisoren, welche der letzteren Ansicht sind, bemerken:

Nach dem §. 611. kann der Erbe und Legatar, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, deren Gültigkeit nicht weiter anfechten. Diese Bestimmung ist ganz allgemein, und man muß daher annehmen, daß ein solches Anerkenntniß nicht bloß die Einwendungen vernichtet, welche gegen den Inhalt, sondern auch die, welche gegen die Form des Testaments und gegen die Fähigkeit des Testators, zu testiren, erhoben werden könnten. Die Materialien des A. L. R. geben auch keinen Grund an die Hand, das Gesetz so einschränkend auszulegen. Es heißt zwar in dem Kircheisen'schen Entw. Vol. 28. Fol. 301.:

Wer aus einem Testamente einen Vortheil annimmt, der ihm nach der gesetzlichen Erbfolge nicht zukommen würde, muß sich demselben, seinem ganzen Inhalte nach, so weit die Kräfte dieses Nachlasses reichen, unterwerfen,

und hieraus könnte man vielleicht herleiten, daß die Annahme des im Testamente ausgesetzten Vortheils bloß den Verlust der Einwendungen gegen den Inhalt desselben zur Folge habe; allein diese vorgeschlagene Bestimmung ist in die späteren Entwürfe nicht aufgenommen worden; denn auch der gedr. Entw. enthält von den im A. L. R. befindlichen §§. 611—613. noch nichts. Erst auf die Erinnerung, daß der Entwurf über das Anerkenntniß des Testaments nichts enthalte, bemerkte Suarez Fol. 1629. bei der rev. mon.:

Der Erbe, welcher eine letztwillige Verordn. einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten. Dies ist nicht ganz wahr, vielmehr würde der Satz nur so zu fassen sein: »Der Erbe welcher eine letztwillige Verordn. einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit in der Regel nicht weiter anfechten, doch muß ihm rechtliches Gehör verstattet werden, wenn er nachweisen kann, daß die Gründe, aus welchen er die Verordn. anfechten will, erst nach dem Anerkenntniß zu seiner Wissenschaft gekommen sind.«

Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleich zu achten, wenn der Erbe ein ihm ausgesetztes Prälegat ohne Vorbehalt angenommen oder einem Legatorio ein Vermächtniß ausgezahlt hat.

Am Rande ist noch bemerkt: es kann zurückgefordert werden, und: ein Fingerzeig auf die Lehre der Präskription, und hierauf geschah die Aufnahme der oben bemerkten §§. in das A. L. R.

Es war also hier von einer solchen Einschränkung nicht die Rede, und es ist auch kein Grund vorhanden, eine solche Einschränkung zu machen. Das Testament, welches wegen äußerer oder innerer Fehler ungültig sein würde, verliert freilich nicht durch das Anerkenntniß seiner Fehler, aber dies sagt das Gesetz auch nicht, sondern nur daß der, welcher eine letztwillige Verordn. anerkannt hat, die Gültigkeit derselben nicht mehr soll anfechten können. Dies ist weder der Katonianischen Regel, noch einem anderen Rechtsgrundsatze entgegen. Das Anerkenntniß ist nichts weiter, als ein Vergleich über die zweifelhafte Gültigkeit des Testaments, und als solcher kann er nur, wie jeder andere Vergleich angefochten werden. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 211.)

b) Der I. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 7. Dec. 1855 gleichfalls an, daß das Anerkenntniß einer letztwilligen Verordnung Seitens des Erben oder Legatars nicht bloß die Einwendungen, welche gegen ihren Inhalt, sondern auch die, welche gegen die Form der Verordnung von dem Erben oder Legatar erhoben werden können, vernichtet. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 338 Nr. 80.)

2) Kann ein anerkanntes Testament in seinen einzelnen Bestimmungen angefochten werden?

Diese Frage wird in zwei gleichlautenden Erkenntnissen (Gerichtshöfe und Data konstiren nicht) in Ansehung eines Falles, wo der Richter ein Legat betrüglicherweise der Willenserklärung des Testators zugesetzt hatte, bejaht.

Wird in ein dem Willen des Testators in den übrigen Punkten konformes Testament betrüglicher Weise ein Legat hineingeschoben, so besteht der Schaden und entgangene Vortheil des Erben darin, daß er dasjenige, was ihm der Testator zudachte, nicht in dieser Masse, sondern weniger enthält. Um nun die Sache in den Zustand zu bringen, in dem sie sich ohne den Betrug befunden hätte, muß man dasjenige aus dem Testament entfernen, was nicht dem Willen des Testators, sondern dem Betruge angehört, wodurch die Rechte des Betrogenen hergestellt werden. Wollte man das ganze Testament umwerfen, so käme man zu dem, jenen Rechtsprinzipien widerstrebenden Resultat, daß der Testamentserbe nie ein betrüglich eingeschobenes Legat angreifen dürfe, um sich nicht, in dem Verluste seines ganzen Erbrechts, einem noch größeren Nachtheile auszusetzen, als er schon durch den Betrug erleiden würde. Der §. 24. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. steht der obigen Ausführung gar nicht entgegen. Die Rede ist im Gesetz, wie §. 1. c. deutlich besagt, von der Freiheit des Willens des Testators, von dem durch Betrug veranlaßten Entschluß, ein Testament, wie es wörtlich heißt, »zu errichten« und nicht, wie vorliegend, von dem Falle,

wenn etwas in das Testament betrüglich geschoben worden, was der Testator »gar nicht« gewollt hat, wogegen die Wohlüberlegtheit und Freiheit des Erblassers zu testiren eben so wenig, als der sonstige dem Willen des Erblassers angehörige Inhalt des Testaments angegriffen ist. Wenn es ferner im §. 121. Tit. 10. der Proz. O. heißt: ist ein Dokument in Ansehung eines Umstandes verfälscht befunden, so wird dessen Glaubwürdigkeit dadurch »überhaupt« geschwächt; so kann man daraus eben so wenig etwas gegen obige Ausführung herleiten. Denn diese Stelle giebt nur der Partei das Recht, gegen den ganzen Inhalt der gegnerischen Urkunde, welche in einem ihrer Theile verfälscht ist, Zweifel zu erregen, welche so lange stehen bleiben, bis die Wahrheit des übrigen Inhalts und der Umstand, wie die Verfälschung hineingekommen, festgestellt ist. In casu ist aber über die Richtigkeit der Testaments-Errichtung und den übrigen Inhalt des letzten Willens weder Streit noch Zweifel.

(Centralbl. 1841 S. 55 ff.)

3) Zur gültigen Anerkennung eines ungültigen Testaments Seitens des eingesetzten, auch sonst zum Nachlaß berechtigten Erben ist, außer dem Falle des §. 612., die Form der Verzichte erforderlich.

Das A. L. R. kennt keine allgemeine Vorschrift über die Form von Anerkenntnissen, diese muß sich vielmehr in jedem einzelnen Falle aus der Natur des juristischen Mangels ergeben, welcher durch das Anerkenntniß gehoben werden soll. Will daher derjenige, der ein formell ungültiges Geschäft geschlossen hat, den Mangel der Form durch sein Anerkenntniß heben, so bedarf es zum Anerkenntniß der für das ursprüngliche Rechtsgeschäft nöthigen Form (§. 185. A. L. R. I. 5.). Fehlte es an der Handlungsfähigkeit, so muß das Anerkenntniß im Zustande der Handlungsfähigkeit nachgeholt werden (§. 37. ebend.). Fehlte es an der Freiheit und Ernstlichkeit der Willensbestimmung, so genügt, um bloß diesen inneren Mangel zu heben, eine förmliche Erklärung (§. 186. ebend.). Ganz verschieden von diesen Fällen ist derjenige, wenn ein Rechtsgeschäft durch Anerkennung eines Dritten zu Kräften kommen soll, dessen Rechte der Wirksamkeit entgegenstehen. Das Anerkenntniß kann hier nur den Sinn haben, die entgegenstehenden Rechte eines Dritten zu beseitigen, und dies ist der Fall der Anerkennung eines Testaments durch einen Dritten, der, aus einem anderen Titel zur Erbschaft berechtigt, durch das Testament in seinen Rechten beeinträchtigt wird. — Zur Zeit der Redaktion des A. L. R. bestand eine alte, nicht erledigte Streitfrage, ob ein ungültiges Testament namentlich durch Anerkennung der Intestaterben zu Kräften komme. Nach Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer ist dabei zu unterscheiden:

1) zwischen bloß anfechtbaren, rescissiblen Testamenten, bei welchen das Anerkenntniß einen einfachen Verzicht auf die Anfechtung enthält. Dieser Verzicht ist gemeinrechtlich in jeder Form, also auch stillschweigend wirksam, und eine Anwendung davon enthält der Satz, daß die querela inofficiosi für den Pflichttheilberechtigten wegfällt, welcher durch Annahme eines Legats ohne Vorbehalt oder durch Auszahlung eines Legats aus dem anfechtbaren Testamente dasselbe anerkannt hat. Anders verhält es sich dagegen:

2) mit dem testamentum nullum, liege der Grund der Nichtigkeit in der mangelnden Form, in mangelnder Testirfähigkeit, oder in anderen Gründen. Ein solches Testament ist juristisch als nicht vorhanden anzusehen. Eine Anerkennung durch die Intestaterben kann mithin nur als Verzicht auf ihr Intestaterbrecht behandelt werden. Es bleibt ihnen natürlich auch überlassen, die Erbschaft an die in dem nichtigen Testamente Berufenen zu veräußern. Auch ein Vergleich über das Testament hat in diesem Falle nur den Charakter eines besonderen Veräußerungsgeschäfts über die Erbschaft; fr. 14. de transact. (2., 15.).

Vergl. Mühlenbruch zu Glück Bd. 38. S. 134 ff. Franke im Civil-Arch. Bd. 19. Nr. 7.

Das A. L. R. hat diese Unterscheidung nicht ausdrücklich aufgenommen, erklärt vielmehr jedes Anerkenntniß für genügend. Es will also anscheinend auch ein nichtiges Testament in Folge der Anerkennung als bestehend angesehen wissen. Unmöglich kann dies aber so gemeint sein, daß jede letztwillige, vielleicht außergerichtliche, aber bloß mündliche Willensäußerung durch jede mündliche oder sonst formlose Erklärung der Erben zu einem gültigen Testamente werden sollte. Auch bei der Vorschrift des A. L. R. bleibt unverkennbar die Rücksicht bestehen:

daß die Anerkennung eines ungültigen Testaments einen Verzicht des Anerkennenden auf sein sonstiges Erbrecht zu Gunsten dieses Testamentserben enthält.

Dieser rechtliche Charakter eines Verzichts auf ein erworbenes Erbrecht bestimmt die Form des Anerkenntnisses. Es bedarf daher mindestens schriftlicher Form. Selbst bei Entsagung einer noch nicht erworbenen Erbschaft verlangt das Gesetz §§. 398—400. A. L. R. I. 9. sogar in der Regel noch besondere Kautelen für die schriftliche Erklärung. — Aus §. 612. I. 12. des A. L. R. folgt nicht, daß jede konkludente Handlung zur Anerkennung des Testaments genügt, da die bloße Annahme oder Auszahlung eines Legats aus dem Testamente der Anerkennung gleichgestellt werde. Jener §. enthält vielmehr eine Spezial-Entscheidung, welche aus dem damals geltenden gem. Rechte beibehalten ist, obwohl jener Satz im gemeinen Rechte rescissiblen Testamenten galt, und aus einem System entnommen war, in welchem eine bestimmte Form für Willenserklärungen dieser Art nicht vorgeschrieben ist. Allein eben deshalb, weil sie den sonstigen Grundsätzen des A. L. R. widerspricht, enthält die Vorschrift kein allgemein analog auszudehnendes Prinzip, sondern erscheint schon ihrer Fassung nach als singulaire Ausnahme. Das Anerkenntniß also ist in seiner Form nach den Regeln von Verzichten auf erworbene Rechte zu beurtheilen. Es bedarf daher einer schriftlichen, ausdrücklichen, deutlichen und zuverlässigen Erklärung, §. 381. A. L. R. I. 16. und §. 106. der Einl. (J. W. 1848 S. 357 ff., 363 ff.)

4) Kann ein wegen mangelhafter Form ungültiges Testament, welches von den interessirenden Erben für gültig anerkannt ist, von einem Dritten, der ein Interesse dabei hat, angefochten werden?

a) Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat verneint, weil eine wegen Mangels der Form ungültige Verordnung nicht ipso jure, sondern nur alsdann ungültig werde, wenn man sie anfechte, dieses aber nach §. 611. dann nicht mehr zuläßig sei, wenn die Erben oder Legatarien sie anerkannt hätten.

b) Koch wendet indeß hiergegen ein, daß der §. 611. nur demjenigen, der die letztwillige Verordnung anerkannt habe, also nicht Andern die Befugniß nehme, sie anzufechten; die Ungültigkeit des Testaments ipso jure habe den Sinn, daß dessen rechtliche Existenz ganz geleugnet werde. Der dritte Berechtigte habe also weder eine Exception oder Replik oder eine besondere Rescissionsklage nöthig, sondern klage aus eigenem Recht. Es wäre zwar möglich, daß er den Beweis der Nichtigkeit zu übernehmen habe; doch beziehe sich dies nur auf die Regeln der Beweislast. Ein Testament aber, das einmal von Anfang an nichtig sei, könne in der Folge überhaupt nicht gültig werden; noch viel weniger könne es eine andere Person durch ihre, im eigenen Interesse abgegebene Erklärung zum Nachtheile eines Dritten gültig machen. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 396.)

c) Dieser letzteren Ansicht ist auch Bornemann, welcher bemerkt, daß die Frage auch in Ansehung der materiellen Gültigkeit des Testaments, z. B. wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit des Testators, entstehen könne.

Das Testament ist und bleibt von Anfang an-an sich ungültig. Die Anerkennung des §. 611. kann ihm keine Gültigkeit verschaffen, sie begründet bloß eine Einrede gegen den Anerkennenden, vermöge deren nur er seinerseits die Ungültigkeit des Testaments nicht weiter rügen kann, durch welche aber die Rechte Dritter nicht berührt werden. Hiervon ist aber der Fall verschieden, wo es sich bloß um Geltendmachung persönlicher Rechte gegen den anerkennenden Erben oder Legatar handelt. Der Gläubiger eines Erben z. B., welchem weniger als sein Pflichttheil vermacht worden, welcher das Testament aber anerkannt hat, wird das außerdem auch ungültige Testament nicht anfechten können, wenn nicht eine Simulation oder ein sonst gegen ihn verübter Betrug vorliegt; die Sache steht hier, wie bei jedem anderen Vergleiche.

(Syst. Bd. 6. §. 367., Ausgabe 2. S. 63, 64.)

d) Das Ob. Trib. spricht sich in dem Erk. v. 24. Juli 1848 gleichfalls dahin aus, daß der §. 611. keinesweges bestimme, daß durch das Anerkenntniß das ungültige Testament wirklich gültig werde, sondern nur, daß der Anerkennende dasselbe nicht mehr anfechten könne. Hieraus folge:

α) daß das Anerkenntniß nur dem entgegenstehe, welcher dasselbe erklärt hat, wogegen in Beziehung auf jeden Dritten das Testament unverändert bleibe, und von Jedem, der dabei ein rechtliches Interesse hat, als rechtlich nicht vorhanden behandelt und umgestoßen werden kann;

β) daß nur derjenige sich auf die Anerkennung berufen könne, welchem gegenüber sie geschehen ist. (J. W. 1848 S. 363 ff.)

5) Die Vorschrift, nach welcher der Erbe oder Legatar, der eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, deren Gültigkeit nicht weiter anfechten kann, findet auch auf die in den §§. 605—607. erwähnten Fälle Anwendung, in denen nicht die Gültigkeit einer solchen Verordnung überhaupt angefochten, sondern nur die Unwürdigkeit (Indignität) desjenigen, der die Errichtung eines Testaments oder dessen Widerruf verhindert hat, geltend gemacht wird.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juli 1855. (Präj. Nr. 2634.)

Der §. 607. steht unter einer Reihe von Vorschriften, welche vom Widerrufe von Testamenten und Kodizillen, von Aufhebung der Vermächtnisse und dergl. und auch von dem Verluste handeln, den gesetzliche oder Testamentserben oder Legatarien sich durch ihr unwürdiges Verhalten gegen den Erblasser zuziehen können. Hierhin gehören die Vorschriften §§. 605—606., welche den-

jenigen, der einen Anderen an der Errichtung eines Testaments hindert, mit ähnlichen Nachtheilen bedrohen, wie sie im §. 607. dem angekündigt sind, der den Widerruf eines schon errichteten Testaments verhindert hat; daran schließen sich in den folgenden §§. noch andere Fälle einer solchen Indignität, und wenn nach allen diesen Einzelvorschriften der §. 611. den Grundsatz hinstellt, daß der Erbe und Legatar, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, deren Gültigkeit nicht weiter anfechten kann, so folgt weder aus den Worten, noch aus dem Zusammenhange dieser Vorschrift mit den vorhergegangenen, noch aus dem erkennbaren Grunde derselben, daß sie nicht auf die unmittelbar vorhergegangenen Fälle der Unwürdigkeit des Erben, sondern nur auf die in früheren Abschnitten des Tit. 12. besprochenen Fälle der Ungültigkeit des Testaments bezogen werden dürfe. Denn der Ausdruck »anfechten« ist kein begriffsmäßig so fest bestimmter, daß er nur von einer auf der Behauptung der Ungültigkeit des Testaments beruhenden Klage verstanden werden könnte, und jene Vorschrift spricht überhaupt nur von einer relativen Ungültigkeit, da nur der Einzelne, welcher anerkannt hat, durch dieselbe gehindert wird, woraus folgt, daß ein Testament gültig bleiben kann, wenn auch gewisse Personen berechtigt sind, eine ihnen nachtheilige Bestimmung desselben hinwegzuschaffen. Der Zusammenhang ferner, in welchem jene Vorschrift gegeben ist, führt dahin, den §. 611. auch auf die zunächst vorhergehenden Bestimmungen zu beziehen. Die ratio legis ist in allen Fällen dieselbe, nämlich die, daß zwar die Unsittlichkeit des Honorirten durch den Verlust der ihm in einem solchen Testamente ausgesetzten Vortheile, noch außer der ihm obliegenden Entschädigung des anderen Theils gebüßt werden soll, doch aber das Gesetz dem Verletzten es überläßt, ob er die Ungültigkeit, oder die Widerrechtlichkeit, aus welcher er Rechte herleiten könnte, geltend machen, oder eine Verfolgung dieser Rechte nicht eintreten lassen will. Die Unsittlichkeit des Honorirten wird der Regel nach nicht von Amtswegen verfolgt, und der Verlust, dem der Unwürdige ausgesetzt ist, trifft ihn nicht als eine öffentliche Strafe, da das A. L. R., abweichend vom Röm. R., dem Unwürdigen seinen Erbtheil nicht zu Gunsten des Fiskus entzieht, sondern es dem Nachlasse zuwachsen läßt, und dies Letztere selbst in dem §. 608. gedachten Falle der Verheimlichung einer letztwilligen Disposition eintritt, wo ausnahmsweise noch eine besondere Strafe, neben dem civilrechtlichen Nachtheile, dem Verheimlicher einer solchen Disposition angedroht ist. Es beruht also in dem Willen des Beschädigten, ob er das anfechtbare Testament als zu Recht bestehend anerkennen oder es anfechten will; wenn er aber Ersteres einmal gethan hat, soll er hiervon nicht wieder zurücktreten. Sein Anerkenntniß beseitigt den Mangel, welcher der letztwilligen Disposition, sei es überhaupt, sei es nur in Bezug auf gewisse Theile ihres Inhaltes oder auf gewisse Personen beiwohnt, da irgend eine Beschränkung der Vorschrift auf einen oder den anderen dieser Fälle nicht ausgesprochen ist. Und der spätere §. 612. setzt es dem ausdrücklichen Anerkenntnisse gleich, wenn der Legatar das ihm in einem solchen Testamente ausgesetzte Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat, wie auch im Röm. R. nach L. 95. de acq. hered. (29., 2.) ein solches stillschweigendes Anerkenntniß die gleiche Wirkung äußert.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 23, Entsch. Bd. 31. S. 18.)

§. 613. 1) Nur in Ansehung eines in einer letztwilligen Verordnung ausdrücklich Honorirten läßt sich aus konkludenten Handlungen desselben auf ein die weitere Anfechtung der Verordnung ausschließendes Anerkenntniß zurückschließen; nicht aber in Ansehung eines in derselben gänzlich übergangenen Intestaterben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1848, mit Bezug auf den (mitgetheilten) Inhalt der Materialien, welche ergäben, daß diese Interpretation der Intention der Redaktoren vollkommen gemäß sei.

(Entsch. Bd. 16. S. 307, Rechtsf. Bd. 4. S. 139 Nr. 67.)

2) Durch die ohne Vorbehalt geschehene Annahme eines Vermächtnisses erlangen die von dem Erblasser über das Eigenthum des Legatars getroffenen Verfügungen Gültigkeit.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Jan. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 221 Nr. 49.)

3) Ueber die anscheinende Antinomie zwischen dem §. 612. h. t. und dem §. 439. A. L. R. II. 2. vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 439.

§§. 614–616. Von wechselseitigen Testamenten.

Dr. Sommer, Beiträge zur Lehre von wechselseitigen Testamenten. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 233 ff.)

Ueber die Rechtfertigung dieser Vorschriften vergl. Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 82.)

Zweiter Abschnitt.

Von Erbverträgen.

§. 617. Kann durch Erbverträge auch eine Singular-Sukcession begründet werden?

a) Koch verneint, indem er annimmt, daß sonst das Geschäft ein gewöhnlicher Schenkungsvertrag sei, der erst nach dem Tode des Geschenkgebers erfüllt wird und sich auf §. 617. h. t. beruft, die §§. 454., 456. ff. A. L. R. II. 1. aber nur als Ausnahme gelten lassen will. (Lehrb. der Priv. R. Bd. 2. §. 837.)

b) Das Appell. Ger. zu Arnsberg dagegen bejahet in dem Erk. v. 28. Juni 1851 unter Berufung darauf, daß schon gemeinrechtlich (Eichhorn Deutsch. Priv. R. 3. Ausg. §. 344. I.) eine einzelne Sache Gegenstand eines Erbvertrages sein könne, und daß der §. 617. h. t. nichts dem Entgegenstehendes verordne, weshalb die für Testamente in §§. 256., 257. h. t. gegebene Bestimmung auch auf Erbverträge anwendbar sei. Ueberdies spreche der §. 620. h. t. von Sachen und Rechten als Gegenständen des Erbvertrages.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 239 ff.)

§§. 618. 619. Persönliche Erfordernisse.

§. 618. Sind die im §. 618. angegebenen persönlichen Erfordernisse zur Abschließung eines Ehevertrages auch dann erforderlich, wenn der eine Kontrahent nach §. 617. nur zu Gunsten des andern über seinen Nachlaß verfügt?

Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Bestimmung des §. 618., daß derjenige, der Erbverträge schließen will, auch mit den Eigenschaften versehen sein muß, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrags erforderlich sind, ist nicht ganz richtig. Sie paßt nur auf solche Erbverträge, worin beide Kontrahenten über ihren Nachlaß zu Gunsten des anderen unwiderruflich verfügen. Wenn aber der eine Kontrahent nur zu Gunsten des anderen über seinen Nachlaß verfügt, — was nach dem §. 617. zuläßig ist — und der andere das Versprechen nur annimmt, so ist die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, für den letzteren nicht erforderlich; dagegen muß wieder der, welcher ein solches Versprechen annimmt, die Fähigkeit haben, aus einer letztwilligen Verf. etwas zu erwerben. Personen, die Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben haben, könnten sich also z. B. auch durch einen Erbvertrag aus ihrem Nachlasse nichts zuwenden. Es kommt also auf den Inhalt des Vertrags selbst an, welche Eigenschaften zur Ausschließung desselben verlangt werden.

In der Regel hat zwar derjenige, welcher Verträge schließen kann, auch die Fähigkeit zu testiren. Es giebt aber doch Ausnahmen; denn nicht nur derjenige, der einen Erbvertrag über seinen Nachlaß geschlossen hat, kann zwar unter Lebendigen, aber nicht von Todeswegen verfügen, sondern auch der Verschwender verliert schon früher die Fähigkeit zu testiren durch die an ihn erlassene V. (§. 33. d. Tit.), da doch die Fähigkeit zu kontrahiren erst mit der Mittagsstunde des Tages aufhört, an welchem seine Prodigalitäts-Erklärung durch die öffentlichen Blätter erfolgt ist. (A. L. R. I. 5. §. 15.)

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 213.)

§§. 621–623. Form der Erbverträge.

§. 621. 1) Muß bei der Aufnahme solcher Ehestiftungen, worin zugleich über die künftige Erbfolge bestimmt wird, ein Protokollführer zugezogen werden?

Der §. 10. Nr. 5. A. G. O. II. 1. bestimmt, daß Eheberedungen und Verträge, welche vor vollzogener Ehe über das Vermögen der künftigen Eheleute, insonderheit der Frau, dessen Einbringung, Verwaltung und Nießbrauch vor Notar und Zeugen auch alsdann geschlossen werden können, wenn darin über die künftige Erbfolge unter den Eheleuten etwas verabredet wird. Hieraus ist gefolgert worden, daß, weil solche Verträge sogar außergerichtlich (vor Notar und Zeugen) geschlossen werden können, und zur Aufnahme eines gerichtlichen Aktes nur eine richterliche Person erforderlich sei, dergleichen Verträge auch von dem Richter allein, ohne Zuziehung eines Protokollführers, gültig aufgenommen werden könnten. Von der anderen Seite wird dies bestritten, weil der §. 16. A. G. O. II. 2. vorschreibt, daß die Regel, daß ein besetztes Gericht aus einem Richter und Aktuarius oder Protokollführer bestehen müsse, auch bei der gerichtlichen Aufnahme von Verträgen Anwendung finde, und von dieser Regel, in Beziehung auf Ehestiftungen, weder in der A. G. O. selbst, noch später eine Ausnahme gestattet worden, im Gegentheil

durch die C. V. v. 30. Dec. 1798 Abschn. II. §. 1., welcher wörtlich in den §. 421. des Anh. zur A. G. O. aufgenommen worden, vorgeschrieben sei, indem es heißt: »der Zuziehung des Protokollführers bedarf es nur alsdann, wenn Testamente, letztwillige Dispositionen, Erbverträge, oder solche Ehestiftungen errichtet werden, worin die künftige Erbfolge bestimmt wird«; durch welche Bestimmung also die alte Vorschrift der A. G. O. über die Besetzung des Gerichts für dergleichen Ehestiftungen beibehalten worden sei. Nach dieser Meinung können also solche Ehestiftungen vor Vollziehung der Ehe zwar vor Notar und Zeugen gültig errichtet werden; wenn sie aber vor Gericht gültig errichtet werden sollen, so muß außer dem Richter auch ein Protokollführer zugezogen werden. Auf diese Frage bezieht sich das R. v. 30. Nov. 1803, welches dieselbe unentschieden läßt.

Auf Eure Anfrage v. 15. c. wegen Adhibirung eines Protokollführers bei Errichtung von Ehestiftungen bescheiden Wir Euch hierdurch dahin, daß sich die von der Braunschweig-Oels'schen Regierung erregten Zweifel: wenn eigentlich ein Erbvertrag verhanden sei, und worin sich unilaterale Erbverträge von Schenkungen, die von Todeswegen geschehen, unterscheiden? von selbst erledigen, da die Disposition des Landr. solches überall deutlich enthält. Die von Euch solcherhalb ausgeführte Auslegung ist auch richtig; da indessen die gedachte Regierung jene Zweifel bloß erregt hat, in Beziehung auf die Frage: in welchen Fällen ein Protokollführer adhibiret werden müsse? so ist selbige dahin zu bescheiden, daß in allen Fällen, wo bei ihr der Zweifel entstehe, ob ein Protokollführer zu adhibiren, sie einen solchen zuzuziehen habe.

(Mathis Bd. 10. S. 214, Rabe Bd. 7. S. 530.)

Das R. v. 4. Sept. 1838 erklärt es gleichfalls für erforderlich, bei der Aufnahme sowohl von Eheverträgen unter Verlobten, als unter Ehegatten (in stehender Ehe), wenn sie gerichtlich erfolgt, einen vereideten Protokollführer zuzuziehen. Wenn die A. G. O. und das A. L. R. von der gerichtlichen Aufnahme eines Vertrages reden, so sei damit immer die Aufnahme mit Zuziehung eines Protokollführers gemeint. Dabei entscheide es nicht, ob ein solcher Vertrag auch vor einem Notar aufgenommen werden kann. In dem §. 421. des Anh. zur A. G. O. werde die Zuziehung eines Protokollführers nicht nur für alle Erbverträge, sondern auch für solche Ehestiftungen, welche Dispositionen über die Erfolge enthalten, verordnet. Hieran schließe sich die Bestimmung im §. 631. A. L. R. I. 12., daß Erbverträge wie Testamente gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden sollen. Damit stehe die Festsetzung im §. 441. A. L. R. II. 1., daß die gerichtliche Aufnehmung eines Ehevertrages unter Eheleuten nur alsdann nothwendig ist, wenn die Frau dadurch an den nach den Gesetzen ihr zukommenden Rechten etwas verlieren solle, nicht im Widerspruche; der Gegensatz liege nämlich vielmehr darin, daß in dem bezeichneten Falle die gerichtliche Aufnehmung nicht erforderlich ist, sondern die Uebergabe eines vorher schriftlich errichteten Erbvertrages bei dem Gericht genügt. Im entgegengesetzten Falle sei nach den allgemeinen Grundsätzen die gerichtliche Aufnahme unerläßlich. Die hiervon abweichende Ansicht in dem R. v. 27. Dec. 1796 [1]) sei nicht gerechtfertigt.

(Jahrb. Bd. 52. S. 152, Gräff Bd. 12. S. 68.)

Dagegen hat das Kreisgericht zu Arnsberg in dem Erk. v. 12. April 1850 angenommen, daß vor der Ehe abgeschlossene gerichtliche Eheverträge für Erbrechtszuwendungen nicht der Zuziehung eines Protokollführers bedürfen.

Um den §. 421. des Anh. zur A. G. O. in Einklang zu bringen mit dem A. L. R. II. 1. §§. 83., 439. sqq., A. G. O. II. 1. §. 10. Nr. 5. Tit. 4. Nr. 15. muß angenommen werden, daß es der Zuziehung eines Protokollführers nur zu den Ehestiftungen bedarf, welche nach eingegangener Ehe abgeschlossen werden, um so mehr, als den Gerichten die ganze freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen und den Notaren nur einzelne Verträge aufzunehmen gestattet und zu diesen auch ein unter Verlobten abzuschließender Ehe- und Erbvertrag gehört. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 655.)

Der I. Sen. des Ob. Trib. spricht dagegen in dem Erk. v. 27. März 1854 (Präj. Nr. 2507.) aus, daß die Zuziehung eines Protokollführers bei solchen Ehestiftungen, in denen auch über die künftige Erbfolge der Eheleute etwas bestimmt wird, wenn sie gerichtlich aufgenommen werden, nothwendig ist, und daß dann der §. 10. ad 5. A. G. O. II. 1. nicht Anwendung findet.

Könnte ein Widerspruch des §. 421. des Anh. zur A. G. O. mit dem §. 10. Nr. 5. A. G. O II. 1. angenommen werden, so muß jener, als neueres Gesetz, jedenfalls entscheiden, mithin die Zuziehung eines Protokollführers, wenn der Vertrag einmal gerichtlich abgeschlossen wird, für unerläßlich erachtet werden, und der Mangel desselben, wie bei Testamenten, Nichtigkeit des Vertrages hervorbringen. Auch handelt der §. 441. A. L. R. II. 1. nur von Verträgen unter Eheleuten. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 85, Entsch. Bd. 27. S. 459.)

Dieser Ansicht sind auch Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 141) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 95. zum §. 621. h. t.).

2) Ein Erbvertrag ist ungültig, wenn einer der Kontrahenten schreibensunkundig ist und die Handzeichen desselben nicht von zwei zugezogenen Männern bezeugt worden sind.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1847.

Wenn auch im §. 621. über die Folgen der Verletzung der Formen bei Auf- oder Annahme von Erbverträgen keine speziellen Vorschriften ertheilt worden, so reicht doch die allgemeine Bestimmung, daß sie wie Testamente abgeschlossen oder übergeben werden sollen, hin, um auf sie den §. 139. anzuwenden, indem die Gleichheit in der vorgeschriebenen Form auch Gleichheit in den Folgen ihrer Verabsäumung bedingt. Erbverträge gehören zwar unstreitig zu den Verträgen überhaupt; wollte man aber auch den Grundsatz: daß, wenn beim Abschlusse eines Kontrakts die Form nur in Betreff des einen Kontrahenten versäumt worden, daraus die Ungültigkeit des ganzen Vertrages nicht entspringe —, auch auf Erbverträge anwenden, so würde dies doch nur dann zulässig sein, wenn der Erbvertrag lediglich eine zu Gunsten eines der Ehegatten getroffene und von diesem bloß akceptirte Erbeseinsetzung enthält. Nach §. 139. kann bei Verabsäumung einer wesentlichen Form der letzte Wille nicht bestehen; es fällt daher die Erbeseinsetzung jedenfalls dahin, weil sie in einem Erbvertrage geschehen ist, der eben wegen verabsäumter Form nicht aufrecht erhalten werden kann. (Rechtsf. Bd. 1. S. 276 Nr. 128.)

3) Auch Erbverträge unter Eheleuten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der im §. 621. vorgeschriebenen, bei Testamenten zur Anwendung kommenden Form, selbst dann, wenn die Ehefrau darin von ihren gesetzlichen Sukcessionsrechten nichts aufgiebt.

Soll aber Letzteres geschehen, so ist die bloße gerichtliche Uebergabe des Erbvertrages nicht hinreichend, vielmehr muß die Aufnehmung desselben zum gerichtlichen Protokolle erfolgen, wohin die Vorschrift des A. L. R. II. 1. §. 441. zu verstehen ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1851. (Präj. Nr. 2320.)

Im §. 441. A. L. R. II. 1. ist, wie der Zusammenhang mit den vorhergehenden §§. ergiebt, der Nachdruck auf das Wort gerichtliche Aufnehmung gelegt, und der Sinn und Zweck des Gesetzes geht nur dahin, daß auch das gerichtliche Uebergeben eines verschlossenen Erbvertrages unter Eheleuten allerdings zulässig sei, sofern nur die Frau von ihren gesetzlichen Rechten dabei nichts aufgebe. Dagegen ist nicht darin bestimmt, daß im Uebrigen auch die bei Testamenten erforderliche Form nicht beobachtet zu werden brauche, welches auch der vorher ausgesprochenen Vorschrift, daß von Erbverträgen unter Eheleuten Alles das gelte, was von Erbverträgen überhaupt verordnet worden, geradehin widersprechen würde. Wenn in dem §. 440. zugleich bemerkt wird, wie bei solchen Erbverträgen auch das gelte, was von Verträgen unter Eheleuten überhaupt vorgeschrieben sei, so bezieht sich dies nicht auf die Form, über welche die Hinweisung auf den Tit. 12. Thl. I. schon das Erforderliche festsetzte, sondern auf die sonstigen bei Verträgen unter Eheleuten zur Anwendung kommenden Vorschriften, z. B. daß bei solchen Erbverträgen, wo die Frau von ihren Rechten etwas aufgeben soll, noch ein besonderer Beistand zugezogen werden muß, was bei bloßen Testamenten nicht nöthig ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 23, Entsch. Bd. 21. S. 204.)

Ueber die Frage: in wiefern es bei Errichtung von Erbverträgen unter Eheleuten der Zuziehung eines Beistandes für die Ehefrau bedarf, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 24. Febr. 1851 in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §. 441.

4) Der §. 621. verlangt nicht bloß den gerichtlichen Abschluß oder die gerichtliche Uebergabe der Erbverträge, sondern auch insbesondere, daß der Richter bei Aufnahme der Erbverträge alles das beobachte, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1844. (Präj. Nr. 1439.) (Präj. Samml. S. 75.)

5) Die Siegenschen Einbestattungs- oder Haus-Anschlagsverträge sind Erbverträge und daher deren Form unterworfen.

[1]) Aus diesem Reſk. ist der §. 43. des Anh. zum A. L. R. entnommen.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 28. Juni 1851. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 238.)

§. 622. 1) Ist die Errichtung von Erbverträgen vor Dorfgerichten zulässig?

Bejahet von Bielitz. (Komm. Bd. 3. S. 242.)

Verneint von den Gesetzrevisoren (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 215) und Bornemann (System Bd. 6. S. 222, 2. Ausg. Bd. 6. S. 141), weil die privilegirte Form der Testamente bei Erbverträgen überhaupt nicht gestattet sei.

Dieser letzteren Ansicht ist auch Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 97. zum §. 622. h. t.)

2) Muß ein in privilegirter Form errichteter Erbvertrag mindestens als letzter Wille gelten?

Bejahet von Bielitz (Komm. a. a. O.), wogegen die Gesetzrevisoren (a. a. O. S. 215) und Bornemann (a. a. O. S. 140) verneinen.

§. 623. und Anh. §. 43. 1) Vergl. §. 15. A. G. O. II. 4. und den Anh. §. 431. dazu.

2) Der §. 43. des Anh. zum A. L. R., welcher in dem Abs. 2. des §. 431. des Anh. zur A. G. O. II. 4. wiederholt ist, ist aus dem R. v. 27. Dec. 1796 (N. C. C. Tom. X. p. 1499, Rabe Bd. 3. S. 665) entnommen.

3) R. v. 20. Okt. 1794, betr. das Verfahren mit offen überreichten Erbverträgen.

Wir wollen Euch auf die in Euerm Berichte v. 9. d. M. enthaltene Anfrage: wie die Erbverträge von Eurem Kollegium an- und aufgenommen werden sollen? hierdurch zu Eurer Direktion nicht verhalten, daß, da man es als Regel annehmen kann, daß diejenigen, welche über ihr Vermögen auf den Todesfall verordnen, es geschehe nun solches per modum pacti oder Testamenti, nicht wollen, daß der Inhalt dieser ihrer Disposition noch bei ihrer Lebenszeit allgemein bekannt werde, die offen überreichten oder mündlich zum Protokoll aufgenommenen Erbverträge von der Versiegelung, wenn es anders die Paciscenten nicht etwa ausdrücklich verlangen, nicht zum Vortrage bei dem ganzen Kollegium gebracht, sondern von der Deputation in praesentia paciscentium sogleich versiegelt und in dieser Art dem Kollegio eingereicht werden müssen. Es versteht sich von selbst, daß, da solchergestalt auch nur die Deputation die Vorschriften der Proz. O. Thl. I. §. 46. wahrnehmen kann, auch nur diese nach dem §. 158. Tit. 12. Thl. I. Unsers A. L. R. verhaftet ist, und werden übrigens auch wegen dieses Geschäfts in der revidirten Proz. O. nähere Bestimmungen erfolgen.

(N. C. C. Tom. IX. S. 2425, Stengel Bd. 1. S. 42, Rabe Bd. 2. S. 709.)

4) R. v. 29. Juli 1833. Die Bestimmungen des §. 431. des Anh. zur A. G. O. und des §. 43. des Anh. zum A. L. R. betreffen reine, unter Eheleuten in stehender Ehe geschlossene Erbverträge, und beziehen sich nicht auf Eheverträge, welche Verabredungen über die künftige Erbfolge enthalten.

(Jahrb. Bd. 42. S. 139, Gräff Bd. 6. S. 476.)

5) R. v. 16. Aug. 1840. Wenn Eheleute einen Erbvertrag errichtet haben und dessen Geheimhaltung nicht verlangen, oder dessen Versiegelung verbitten, so kann die Versiegelung und gerichtliche Deposition unterbleiben, und derselbe, wie jeder andere Vertrag, bei den gerichtlichen Akten aufbewahrt werden. Denn wenn auch mit einem solchen Erbvertrage, wie mit einem Testamente verfahren werden soll, so findet doch auch auf Erbverträge Anh. §. 33. Anwendung, welcher bestimmt, daß der letzte Wille allein deswegen, weil der Richter bei der Aufbewahrung einen Fehler gemacht hat, nicht für ungültig erachtet werden solle. Es ist indessen zweckmäßig, auch einen solchen Erbvertrag in dem Testaments-Depositorium aufzubewahren, wenn eine Ausfertigung verlangt wird, dieselbe noch im Termine zu besorgen und über die Einsiegelung einen von den Parteien zu unterschreibenden Nachtrag zur Uebergabeverhandlung aufzunehmen.

(J. M. Bl. 1840 S. 282.)

6) R. v. 3. Mai 1835. Die Ausfertigung geschieht bei Erbverträgen in der Regel von dem ordentlichen persönlichen Richter des Verstorbenen; bei Ehe- und Erbverträgen aber (weil sie nicht versiegelt und deponirt werden und daher nicht erst nach dem Tode des einen Kontrahenten publizirt werden) von demjenigen Richter, vor welchem sie geschlossen worden sind.

(Jahrb. Bd. 45. S. 417, Gräff Bd. 8. S. 27.)

§§. 624—626. Wirkungen während des Lebens der Kontrahenten.

§. 624. 1) Ein Vertrag, durch welchen sich Jemand der Einschränkung über noch zu erwerbendes künftiges Vermögen unterwirft, ist nicht als Erbvertrag anzusehen, und ist für erlaubt zu erachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Mai 1841.

Im A. L. R. I. 12. §§. 9., 10. ist von der Begebung des Rechtes die Rede, über das ganze Vermögen von Todeswegen zu verfügen, welches der Disponent bereits uneingeschränkt eigenthümlich besitzt oder noch zur freien Disposition erwerben möchte. Will aber Jemand erst Vermögensgegenstände von einem dritten Eigenthümer erwerben, so hängt es von diesem ab, unter welchen Einschränkungen und Bedingungen er sein Eigenthum abtreten will, und Acquirent muß sich denselben unterwerfen, oder er erwirbt nicht, und jene Gegenstände verbleiben dem bisherigen Eigenthümer. Die Befugniß des Eigenthümers, sein Eigenthum mit der Bedingung zu veräußern, daß der Acquirent darüber nicht von Todeswegen verfüge und die Befugniß des Letztern, sich dieser Bedingung zu unterwerfen, entzieht ihnen kein Gesetz, noch knüpft es solche bedingte Eigenthumserwerbungen an die Form der Erbverträge.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 383.)

2) Der Westphälische Kolon, welcher ein vertragsmäßiges Anerbenrecht bestellt hat, kann weder unter Lebendigen noch von Todeswegen über das Kolonat verfügen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1821, auf Grund des §. 624. h. t., des §. 37. des G. v. 21. April 1825 und der Dekl. v. 24. Nov. 1833.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 307—311 Nr. 64.)

§§. 624. u. **625.** Kann der Vertragserbe die von dem andern Kontrahenten gemachten Schenkungen schon während der Lebenszeit des Letzteren als donationes immodicas widerrufen?

Die Gesetzrevisoren bejahen.

Der im §. 624. aufgestellte Grundsatz, daß durch bloße Erbverträge die Befugniß der Kontrahenten, über ihr Vermögen unter Lebendigen zu verfügen, nicht eingeschränkt werde, ist dem Deutschen Rechte gemäß, und folgt auch aus der Natur dieser Verträge. In den ersten Entwürfen zum Gesetzbuche und auch noch in dem gedruckten, waren auch keine Ausnahmen von jener Regel gemacht, und als dagegen erinnert wurde, daß die Kontrahenten durch Schenkungen und Veräußerungen den Kontrakt ganz außer Wirkung setzen könnten, erwiderte Suarez darauf (rev. mon Fol. 1631 v.):

Einige Monenten wollen hier solche dispositiones inter vivos, welche dem Inhalte des Erbvertrages entgegen sind, besonders Schenkungen und andere Veräußerungen ausnehmen, welche in der Absicht geschehen, den Erbvertrag zu reludiren. Allein die Ausnahme hat m. v. keinen Grund. Der Erbvertrag hat seiner Natur nach bloß den künftigen Nachlaß zum Objekt, und es liegt darin nichts, was die Dispositionen inter vivos einschränken könnte. Ueberdies müßten die Erbverträge wenigstens öffentlich verlautbart werden, wenn sie dem tertio, welcher mit dem Paciscenten bona fide kontrahirt, entgegen stehen sollten. Alles, was man in favorem des heredes pactitii annehmen könnte, wäre, daß er die Schenkungen des Erblassers, welche dieser wegen Uebermaßes zu revociren berechtigt gewesen sein würde, widerrufen könne, wenngleich dieser seinen animum revocandi nicht, sondern vielmehr das contrarium kontrahirt hätte.

Hierauf wurde beschlossen: Ausnahmen wegen der Schenkungen finden nicht statt; es steht den Kontrahenten frei, ihre Dispositionen inter vivos einzuschränken; der Successor pactitius kann pro prodigo erklären lassen; der Heres pactitius kann Donationes immodicas revociren. Diese Bemerkungen beweisen, daß nach dem hierauf eingeschobenen §. 625. der Vertragserbe auch schon während des Lebens des andern Kontrahenten berechtigt ist, übermäßige Schenkungen zurückzunehmen, auch würde dies Recht, wenn es erst nach dem Tode des Schenkgebers eintreten sollte, in vielen Fällen, theils wegen des Verlaufs der gesetzlichen Frist, theils weil die Geschenke sich nicht mehr in den Händen des Geschenknehmers befinden, von gar keinem Nutzen sein. Bei der Beschränkung des Widerrufs auf übermäßige Schenkungen, wegen welcher jeder schon den Verdacht der Verschwendung auf sich ladet, und unter Vormundschaft gesetzt werden kann (A. L. R. I. 11. §. 1111.), ist auch keine Härte, oder Unbilligkeit in den Vorschriften des A. L. R. zu finden.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 216.)

Bornemann ist derselben Ansicht.

(System Bd. 6. S. 226, 2. Ausg. Bd. 6. S. 142—143.)

§§. 627—630. In wiefern letztwillige Verordnungen dagegen stattfinden.

§. 627. Finden Schenkungen von Todeswegen gegen den Inhalt eines Erbvertrages statt?

Vielitz verneint, weil Schenkungen von Todeswegen zu den letztwilligen Verordnungen gehören. (Komm. ad h. l.)

Die Gesetzrevisoren halten die Frage wegen §. 1134. A. L. R. I. 11. für zweifelhaft, bemerken jedoch, daß, wenn sich der Geschenkgeber den Widerruf vorbehielt und dieser nicht erfolgte, der Beschenkte nur die Rechte eines Legatars auf den Nachlaß hat (§. 1135.), daß daher, da Legate ungültig, auch solche Schenkungen von Todeswegen ungültig. Unwiderrufliche Schenkungen seien aber, mindestens de lege ferenda, noch weniger zulässig.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 217.)

Dieser letztgedachten Ansicht ist auch Bornemann.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 143—144.)

Koch entscheidet sich gleichfalls wegen des §. 1135. A. L. R. I. 11. für die Verneinung, in soweit dergleichen Schenkungen nicht unter die Ausnahme des §. 628. h. t. fallen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 627. h. t.)

§. 630. Suarez machte in der rev. mon. auf den Unterschied zwischen einem Erbvertrage und einer donatio omnium bonorum aufmerksam; es verblieb indeß dabei, daß für beide Fälle der gleiche Grundsatz gelten solle. (Jahrb. Bd. 52. S. 17.)

§§. 631—633. Erbrecht.

§. 631. 1) Die im gemeinen Rechte streitige Frage: ob der Vertragserbe, wenn er den anderen Kontrahenten nicht überlebt, sein Recht dennoch auf seine Erben transmittire?[1]) ist auch in dem A. L. R. nicht direkt entschieden.

a) Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 22. Jan. 1846 an, daß Vertragserbrechte überhaupt nicht auf die Erben des vor dem Vertragserblasser sterbenden Erben übergehen, und auf keinen Fall auf die Kinder des Vertragserben, wenn diese keine Erben des Vertragserben geworden sind. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 125 ff.)

b) Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau ist dagegen in dem Erk. v. 1. März 1838 der Ansicht, daß die Transmission auch beim Vertragserben stattfindet, wenn der Erbvertrag ein einseitiger war.

Rechtsregel ist, daß Rechte aus Verträgen auf die Erben übergehen (§. 415. A. L. R. I. 5., §. 362. A. L. R. I. 9.). Nur unter den Erbverträgen giebt es eine Klasse, welche nach der Natur der Sache eine Ausnahme machen müssen, und dies sind die wechselseitigen Erbverträge, in denen jeder Kontrahent ja eben dem Anderen zum Erben ernannt, wobei also von einer Transmission des Vermögens des Vorversterbenden keine Rede sein kann. Diese Ausnahme ist daher auch im §. 631. gemacht; bei einseitigen Erbverträgen dagegen liegt in der Sache kein Grund zur Ausnahme, und ist auch im Gesetze nicht vorhanden. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 563.)

c) Das L. u. St. Ger. zu Erwitte führt in dem Erk. v. 28. Febr. 1839 aus, daß die Bestimmung des §. 631. sich ganz von selbst verstehe; denn wenn bei wechselseitigen Erbverträgen ein Uebergang des Sukcessionsrechtes stattfände, so würde das Beerben in immerwährender Reihe fortgehen, und es würden Fideikommisse oder fideikommissarische Substitutionen vorliegen. Aus dem §. 631. aber lasse sich umgekehrt folgern, daß bei einseitigen Erbverträgen ein Uebergang stattfinden könne. Wann dieser eintreten solle, sei zwar nicht gesagt, aber zum Vortheile der Descendenten des anderen Theils immer anzunehmen. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 595.)

d) Bornemann führt aus:

Nach §. 631. ist es unzweifelhaft, daß bei wechselseitigen Erbverträgen nur der Ueberlebende der Kontrahenten aus dem Vertrage Rechte herleiten und auf seinen Erben transmittiren kann. Dagegen kann die Frage, wie es bei nicht wechselseitigen Erbverträgen zu halten ist, worin nur ein Theil dem anderen Rechte auf seinen Nachlaß zusichert, nicht aus dem §. 631. beantwortet werden. Denn dieser §. spricht nur das aus, was bei wechselseitigen Erbverträgen in der Natur der Sache liegt; es soll dadurch, wie auch der §. 632. zeigt, nur gesagt werden, daß der bloße Erbvertrag nicht die Wirkung von Fideikommissen und fideikommissarischen Substitutionen habe. Die Beantwortung der Frage bezüglich auf nicht wechselseitige Erbverträge kann daher nur aus allgemeinen Grundsätzen gefunden werden. Vertragsrechte aber gehen auf die Erben dann nicht über, wenn sie der Person ankleben, oder die Bedingung, unter welcher die Rechte eingeräumt worden, an die Person des Berechtigten gebunden ist. Bei Erbverträgen ist aber in der Regel zu präsumiren, daß der Erbvertrag lediglich zu Gunsten dessen, mit dem und für welchen er geschlossen worden, bestehen solle; der Erbvertrag bleibt ferner immer ein Beerbungstitel und als solcher den allgemeinen Transmissionsregeln der §§. 367—370. A. L. R. I. 9. unterworfen. Die Ausschließung der Transmission wird übrigens auch im §. 445. A. L. R. II. 1. und im §. 641. h. t. vorausgesetzt und anerkannt; und eine ausdrückliche Bestimmung hierüber ist bei wechselseitigen Erbverträgen nur deshalb nöthig gewesen, um zu verhüten, daß aus dem Begriffe der Wechselseitigkeit ein Anspruch der Erben des Erstverstorbenen auf das Vermögen des Ueberlebenden gefolgert werden könne.

(System Bd. 6. S. 230, 2. Ausg. Bd. 6. S. 145—146.)

e) Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß aus Erbverträgen überall keine Transmission auf die Erben des vor dem Erblasser versterbenden Vertragserben stattfinde; denn der Erbvertrag sei ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, und mithin erwerbe der dadurch auf den Todesfall des Anderen zu dessen Nachfolger Berufene kein in sein Vermögen übergegangenes Recht; er könne folglich auch ein solches Recht, wenn er den Erbfall nicht erlebt (§. 367. A. L. R. I. 9.), nicht auf seine Erben übertragen. (Landr. Bd. 2. Anm. 7. zum §. 631. h. t.)

Vergl. Koch's Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 716.

2) Die Vorschrift des §. 631. kommt in dem Herzogthum Westphalen auch in dem Falle zur Anwendung, wenn der Erbvertrag vor der Einführung des Landrechts abgeschlossen ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1681.) (Präj. Samml. S. 76.)

§. 632. 1) Das Ob. Trib. bemerkt in den Gründen des Pl. Beschl. v. 3. Okt. 1849[1]):

Die Fassung des §. 632., namentlich die Bezeichnung »des eigenen Vermögens der Kontrahenten« ergiebt, daß das Gesetz das Vermögen beider Kontrahenten getrennt beurtheilt wissen will, und dies folgt auch aus der Natur der Sache. Denn das Recht einer fideikommissarischen Substitution wird nicht eher wirksam, als bis ein Nachlaß existirt, in den der eingesetzte Erbe resp. sein Substitut eintreten kann, und wird es nur in Beziehung auf einen solchen Nachlaß. (Entsch. Bd. 18. S. 34.)

Dagegen erklärt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Okt. 1838[2]) diese Auffassung bei wechselseitigen Testamenten für unzulässig, um einen Grund für den Rechtssatz zu gewinnen, daß die nach dem Tode des Letztverstorbenen Berufenen ihr Sukcessionsrecht auch in das eigene Vermögen des Letztversterbenden auf ihre eigene Erben transmittiren, wenn sie auch den Tod desselben nicht erleben.

Mit Bezug auf diese Abweichung der Ansichten bemerkt Koch:

Bei dem Pl. Beschl. v. 3. Okt. 1849, welcher den wechselseitigen Erbvertrag betrifft, brauchte das Ob. Trib. den Grund nicht, dessen das Präj. v. 1. Okt. 1838 zu seiner Motivirung erforderte, weil über die Transmission nicht zu entscheiden war und bei der Frage: wie die dritten Personen zu dem eigenen Nachlasse des Ueberlebenden gelangen, der Erbvertrag als Vertrag aushalf; denn — heißt es — »das Recht, welches dem Erstverstorbenen in dem Erbvertrage konstituirt war: »»zu verlangen, daß der dereinstige Nachlaß des Ueberlebenden auf die im Vertrage bezeichneten Personen übergehe««, geht auf diese seine substituirten Erben mit über.« (Entsch. Bd. 18. S. 28.) Damit ist jedoch nicht bewiesen, daß die Substituten ihr Erbrecht in den eigenen Nachlaß des Ueberlebenden auf ihre Erben versenden, wenn sie den Tod des Ueberlebenden nicht erleben. Der Nachlaß des Erstverstorbenen freilich entgeht ihnen nicht, das fideikommissarische Folgerecht war ihrem Erblasser (dem Substituten) schon wirklich angefallen. Aber um an den eigenen Nachlaß des Ueberlebenden zu kommen, muß noch ein anderes Prinzip wirken. Dieses liegt in dem korrespektiven Testamente (§§. 492., 493. A. L. R. II. 2.)

(Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 632. h. t.)

2) Im Falle des §. 632. können die Bestimmungen des Erbvertrages durch letztwillige Verordnung des überlebenden Paciscenten, der die Erbschaft aus dem Vertrage angetreten hat, auch nicht mehr rücksichtlich seines eigenen Vermögens zum Nachtheil der eingesetzten fideikommissarischen Erben abgeändert werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1234.) (Präj. Samml. S. 76.)

§§. 634—640. Widerruf.

Können Erbverträge auch wegen Undanks des einen Theils aufgehoben werden?

Vielitz bejahet mit Beziehung auf §§. 1151—1156. A. L. R. I. 11. (Komm. ad h. l.)

---

[1]) Vergl. darüber Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 1 ff.

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 647. h. t.

[2]) Vergl. in den Erg. zum §. 467. h. t. Zus. 3.

Die Gesetzrevisoren verneinen, weil jene §§. von Schenkungen handeln und zu diesen Erbverträge ihrer Natur nach nicht gehören. Sollte aber ein Erbvertrag nur von der einen Seite lästig sein und als ein Schenkungsvertrag angesehen werden können, so würde er vielleicht als solcher, nicht aber als Erbvertrag zu widerrufen sein. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 119.)

Koch nimmt gleichfalls an, daß Erbverträge nur wie Verträge überhaupt, nach den allgemeinen Grundsätzen, nicht aber wie gewisse Verträge nach den für sie geltenden Spezialbestimmungen, wie z. B. Schenkungen wegen Uebermaßes, Undanks u. s. w., widerrufen werden können. (Landr. Bd. 2. Anm. 10. zum §. 634. h. t.)

§§. 641—644. Entsagung des Erbrechts.

In wiefern ist bei Erbverträgen der Ueberlebende an die Verfügungen über seinen eigenen Nachlaß gebunden, sowohl wenn er die Erbschaft aus dem Vertrage ablehnt, als wenn er sie annimmt?

Die Gesetzrevisoren bemerken, daß bei diesen fehlenden Bestimmungen dieselben Grundsätze wie bei wechselseitigen Testamenten der Eheleute anzuwenden. Diese erhielten ganz die Natur eines unwiderruflichen Vertrages, wenn der Ueberlebende die Erbschaft auf den Grund derselben antrete; auf der andern Seite sei die Entsagung der Erbschaft von Seiten des Vertragserben als ein wirklicher einseitiger Rücktritt vom Kontrakt anzusehen, und dadurch erhalte der Vertrag die Eigenschaften eines Testamentes.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 220.)

§. 646. Wirkung der Erbverträge in Ansehung eines Dritten.

1) Ueber die Entstehung des §. 646. aus der Entscheidung der Gesetz-Komm. v. 2. Aug. 1782 (Klein's Annal. Bd. 1. S. 46) vergl. Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 6. S. 148.

2) Der Beitritt des Dritten kann auch vor Notar und Zeugen gültig erklärt werden, weil kein Gesetz gerichtliche Abschließung sub poena nullitatis vorschreibt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. März 1817.

(Simon's R. Bd. 3. S. 100.)

Koch ist derselben Ansicht, weil nur für die Erklärung des sich Verpflichtenden die Testamentsform vorgeschrieben sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 14. zum §. 646. h. t.)

Dagegen meint Bornemann, daß der Beitritt des Dritten in der für Erbverträge vorgeschriebenen Form geschehen müsse, da eben dadurch auch mit ihm ein solcher abgeschlossen werde, und von einer bloßen Akceptation, welche eine auch in Bezug auf den Akceptanten schon verpflichtende Erklärung des anderen Theils voraussetzen würde, hier nicht die Rede sei.

(System Bd. 6. S. 236, 2. Ausg. Bd. 6. S. 149.)

3) Kann in einem notariellen Ehe- und Erbvertrage von den Brautleuten auch einem Dritten mit formeller Gültigkeit etwas von Todeswegen zugewendet werden?

Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 9. Nov. 1857 bejahet.

Aus dem §. 10. Nr. 5. A. G. O. II. 1. folgt, daß die dort erwähnten vor vollzogener Ehe geschlossenen Verträge über die künftige Erbfolge unter den Eheleuten, welche, ihrem Inhalte und ihrer Natur nach, unter den Begriff der Erbverträge, also einer vertragsmäßigen Willensäußerung auf den Todesfall über das Vermögen der künftigen Eheleute, fallen, zu ihrer Gültigkeit nur der notariellen Form bedürfen. Ein solcher notarieller Vertrag ist also für die Kontrahenten als Erbvertrag, wenn ihm gleich die im §. 634. A. L. R. I. 12. vorausgesetzte gerichtliche Form fehlt, in der Art rechtsverbindlich, daß keiner von ihnen die dem anderen Kontrahenten auf seinen künftigen Nachlaß eingeräumten Rechte (cf. §. 617. l. c.) durch einseitigen Widerruf oder durch Testament entziehen kann (§§. 627., 634. l. c.). Diese Natur und diese Wirkung des Erbvertrages, als bindenden Vertrages, ist im §. 646. a. a. O. noch deutlicher ausgesprochen, welcher die Natur und das Wesen des Erbvertrages, als einer Art der Verfügungen auf den Todesfall, dahin feststellt, daß derselbe in sich schließen kann:

1) letztwillige Verfügungen, wodurch ein Kontrahent dem anderen, oder Beide einander wechselseitig Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen, woran sie also vertragsmäßig gebunden sind;
2) letztwillige Verfügungen in Ansehung der Zuwendung an einen Dritten, welche nur die Kraft einseitiger, also widerruflicher, letztwilliger Verfügungen haben.

Aus dieser Bestimmung ist kein Argument dafür zu entnehmen, daß man auch rücksichtlich der Form beider Arten letztwilliger Verfügungen, welche der Erbvertrag umfassen kann, irgend zu unterscheiden hätte; vielmehr erscheint es weit gerechtfertigter, den Erbvertrag, der letztwillige Verfügungen beider Art enthält, rücksichtlich der Form als ein Ganzes aufzufassen, und daher anzunehmen, daß, wenn er als ein die Kontrahenten bindender Erbvertrag, also als letztwillige Verfügung mit der zu 1. gedachten vertragsmäßigen Wirkung formell gültig ist, er nicht minder formell gültig sein müsse in Betreff der zu 2. gedachten letztwilligen Verfügungen, denen die Kraft des Vertrages nicht beigelegt ist. Es wird zwar eingewandt, die Vorschrift im §. 10. Nr. 5. A. G. O. II. 1. beziehe sich nach deren Fassung nur auf Verfügungen der zu 1. gedachten Art, indem jene Bestimmung ausdrücklich den notariellen Ehepakten nur in Beziehung auf die Verabredungen unter den Eheleuten selbst die Kraft der Erbverträge zuerkenne; in Betreff der zu Gunsten Dritter zu treffenden Bestimmungen müsse es daher in Beziehung auf die Form bei den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen das Bewenden behalten, und der §. 646. A. L. R. I. 12. könne den der gehörigen Form entbehrenden Zuwendungen in den bloß hinsichtlich der Brautleute privilegirten Eheverträgen keine Stütze gewähren. Allein hiermit wird in die Vorschrift im §. 10. Nr. 5. A. G. O. II. 1. eine Distinktion und Beschränkung hineingetragen, welche darin nicht ausgesprochen ist. Versteht man die Worte: »Auch wenn in solchen Verträgen über die künftige Erbfolge unter den Eheleuten etwas verabredet wird«, mit Rücksicht auf den ersten Satz, wo von Verträgen über das Vermögen der künftigen Eheleute die Rede ist, ebenfalls dahin, daß darin von Verabredungen der Brautleute über die künftige Erbfolge in ihren Nachlaß die Rede wäre, so würde schon deshalb jene Distinktion, bei dieser allgemeinen Fassung, ohne allen Stützpunkt sein. Will man aber jene Worte wirklich von Verabredungen der Brautleute über die künftige Erbfolge unter ihnen, d. h. unter den Eheleuten, verstehen, so ist damit keineswegs, und gewiß nicht ausdrücklich, ausgesprochen, daß die Verabredungen über die künftige Erbfolge unter ihnen nur in sofern formell gültig sein sollen, als sie zugleich die Natur eines bindenden Vertrages haben, dagegen der formellen Gültigkeit in sofern entbehren, als sie, indem sie diese Erbfolge unter ihnen solchen Beschränkungen unterwerfen, welche Zuwendungen an einen Dritten enthalten, nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen haben. Unter Verabredungen über die Erbfolge unter den Eheleuten kann man sehr wohl jene Beschränkungen und Auflagen zu Gunsten Dritter mitverstehen, und man muß sie nothwendig darunter mitbegreifen, weil sonst eine ganz andere Erbfolge unter den Eheleuten eintreten würde, als solche unter den Brautleuten in ihrer Eheberedung verabredet war. Die letztwilligen Bestimmungen und Verabredungen der Kontrahenten über die Erbfolge in ihren künftigen Nachlaß lassen sich, da sie im genauesten Zusammenhange stehen, weder materiell, noch formell von einander trennen, und es ist, wenn man die Absicht des Gesetzes in's Auge faßt, nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber beabsichtigt haben sollte, einen Erbvertrag, als solchen, für formell gültig zu erklären, und dennoch wesentliche Bestimmungen derselben Willensäußerung von Todeswegen, und desselben Erbvertrages als formell ungültig davon auszuscheiden, was nothwendig eine ganz andere Erbfolge als die verabredete in's Leben führen würde.

(Entsch. Bd. 37. S. 187, Gruchot's Beitr. Bd. 2. S. 96.)

Der Instr. und der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. haben dagegen in den Erk. vom 26. Okt. 1815 und v. 22. Juli 1816 die Ansicht ausgeführt, daß die in solchen notariellen Erbverträgen zu Gunsten Dritter, welche dem Vertrage nicht beigetreten sind, angeordneten Legate insoweit ungültig seien, als sie den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigen. (Simon's R. Bd. 3. S. 100 ff.)

Diese letztere Ansicht hat auch das Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 22. Jan. 1857 (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 451) angenommen, welches indeß von dem Ob. Trib. durch das oben mitgetheilte Erk. v. 9. Nov. 1857 abgeändert worden ist.

Gegen die Ansicht der beiden Sen. des Kammergerichts vergl. auch den Aufs. im Centralbl. 1838 S. 1073.

4) Wenn derjenige Kontrahent, welcher dem Anderen die Zahlung eines Vermächtnisses aufgelegt hat, verstirbt, ohne dasselbe zu widerrufen, und alsdann der Bedachte das Legat mit Bewilligung des Anderen akceptirt, so ist dieser das Ganze ex pacto zu zahlen schuldig.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. März 1817.

(Simon's R. Bd. 3. S. 100.)

§. 647. Aufhebung der Erbverträge.

Sind hinsichtlich der moralisch unmöglichen Bedingungen bei Erbverträgen die für Verträge oder die für Testamente geltenden Vorschriften zur Anwendung zu bringen, und macht also eine solche Bedingung den Erbvertrag ungültig, oder ist sie für nicht beigefügt zu achten?

Grävell (Generaltheorie der Verträge S. 56) nimmt Ersteres, Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 500) Letzteres an, und dieser letzteren Meinung sind auch die Gesetzrevisoren (Pens. XVI. S. 223), weil im §. 647. auf die bei Testamenten geltenden Bestimmungen wegen nicht eintreffender Bedingungen verwiesen worden.

Bornemann hat sich früher (Rechtsgeschäfte, 1. Ausg. S. 174) dahin ausgesprochen, daß Erbverträge in Bezug auf die Kontrahenten nach den für Verträge gegebenen Regeln, in Bezug auf die sonst bedachten Personen nach den für letztwillige Verordnungen ertheilten Vorschriften zu beurtheilen seien.

Derselben Meinung ist auch Crelinger mit dem Hinzufügen, daß der Vertragserbe, wenn er in Folge der Hinfälligkeit des Erbvertrages aus den zu seinen Gunsten getroffenen Bestimmungen keinen Anspruch an den Nachlaß des anderen Kontrahenten machen könne, auch zur Entrichtung der ihm auferlegten Legate nicht verpflichtet sei, diese aber an sich bei Kräften blieben, und daher von den an seine Stelle tretenden Intestaterben des Erblassers entrichtet werden müßten. Ebenso könnten dritte Personen, welche als Miterben des Vertragserben in dem Erbvertrage berufen, demselben jedoch nicht beigetreten seien, auf die ihnen ausgesetzten Erbtheile Anspruch machen, da hinsichtlich ihrer die unerlaubte Bedingung als nicht beigefügt zu achten sei. (System des Preuß. Erbrechts §. 108. S. 185.)

Neuerdings hat Bornemann indeß diese Ansicht verlassen, indem er sich dahin ausspricht:

Der §. 647. h. t. ist hier nicht beweisend, da in demselben nur auf die §§. 478—518. h. t., nicht auch auf den von unerlaubten Bedingungen handelnden §. 63. h. t. verwiesen, und darin überhaupt von Aufhebung der Erbverträge, nicht von deren Bestehen gehandelt wird. Erbverträge haben nun zwar, gleich den Testamenten, einen Nachlaß zum Gegenstande, und bezwecken wie diese die Berufung eines Erben, ihrem inneren Wesen nach sind sie aber doch Geschäfte unter Lebendigen. Daher muß auch bei ihnen die Regel gelten, daß der Inhalt der Willenserklärung in jeder Hinsicht befolgt werden muß, wenn in Folge dessen auch das ganze Geschäft unwirksam bleiben sollte.

(System 2. Ausg. Bd. 6. S. 150.)

Koch bemerkt:

Nur in Ansehung der Aufhebung werden Erbverträge rücksichtlich des Einflusses der Bedingungen, der Impietät, der Nachgeborenen und des Zufalls den Testamenten gleichgestellt, nicht aber in Hinsicht der rechtsgültigen Entstehung der Willenserklärungen, weshalb die von Verträgen über unmögliche und unerlaubte Bedingungen gegebenen Vorschriften auch bei Erbverträgen gelten.

(Landr. Bd. 2. Anm. 17. zum §. 647. h. t.)

§§. 647. 648. 632.

§§. 492. u. 493. Das durch einen Erbvertrag unter Eheleuten den aus ihrer Ehe vorhandenen Kindern verheißene Recht auf den nach dem Tode beider Eheleute verbleibenden Nachlaß wird, wenn auch der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Erbvertrage angetreten hat, durch die Geburt eines in einer nachfolgenden von ihm eingegangenen Ehe erzeugten, bei seinem Tode noch vorhandenen Kindes, in Beziehung auf seinen Nachlaß zwar rückgängig; der überlebende Ehegatte ist aber nicht berechtigt, selbst durch letztwillige Disposition, die zu Gunsten der Kinder erster Ehe getroffenen Bestimmungen zu ihrem Nachtheile abzuändern, sondern bleibt insofern beschränkt, daß er es hinsichtlich dieser Kinder bei der Intestaterbfolge in seinen Nachlaß belassen muß.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 3. Okt. 1849. (Präj. Nr. 2145.)

Es wird gezeigt, daß aus den Vorschriften der §§. 440., 448. bis 451. A. L. R. II. 1. in Verbindung mit §§. 648., 627., 631., 632. und 646. A. L. R. I. 12. und mit §§. 481. und 482. A. L. R. II. 2., sich ergebe:

a) in Beziehung auf die kontrahirenden Eheleute selbst:

α) daß dieselben sich durch die Abschließung eines gültigen Erbvertrages des Rechtes begeben, über ihren Nachlaß testamentarische Verfügungen zu treffen, welche dem Inhalte des Vertrages zuwider laufen (§. 440. A. L. R. II. 1. und §. 627. A. L. R. I. 12.);

β) daß demgemäß der überlebende Ehegatte an den Erbvertrag gebunden bleibe, und, den Fall des §. 450. A. L. R. II. 1. ausgenommen, die gesetzliche Erbportion statt dessen nicht wählen dürfe, sondern nur — wenn er nicht etwa der Erbschaft ganz entsagen wolle (A. L. R. I. 12. §§. 641—644.) — solche aus dem Erbvertrage antreten könne (§. 448. A. L. R. II. 1.).

γ) daß, wenn er die Erbschaft angetreten hat, und in dem Erbvertrage zugleich über seinen künftigen Nachlaß zu Gunsten Dritter, und namentlich zu Gunsten der in der Ehe der paciscirenden Eheleute erzeugten Kinder Verabredung getroffen worden, es dabei sein unwiderrufliches Bewenden behalte (§§. 451., 492., 493. A. L. R. II. 1. u. §. 646. A. L. R. I. 12.);

b) in Beziehung auf das Verhältniß dritter Personen, insbesondere der Kinder, zu deren Gunsten in einem solchen wechselseitigen Erbvertrage auf den Todesfall des überlebenden Ehegatten auch hinsichtlich des Nachlasses des letzteren Bestimmungen getroffen werden:

α) daß diesen Personen, wenn sie zugleich Pflichttheilsberechtigte sind, zwar freistehe, wenn sie sich den Bestimmungen des Erbvertrages nicht unterwerfen wollen, den Pflichttheil aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen zu verlangen (A. L. R. II. 2. §. 482.);

β) daß sie jedoch, wenn sie, gleich dem überlebenden Ehegatten den Erbvertrag anerkannt haben, und wenn ihnen nach dessen Bestimmungen nach dem Tode des Ueberlebenden der Nachlaß beider Eheleute zufallen soll, in Beziehung auf den Nachlaß des Erstverstorbenen in das Verhältniß von fideikommissarischen Substituten treten (§. 632. A. L. R. I. 12.);

γ) daß zwar in Beziehung auf das Vermögen des Ueberlebenden ein gleiches Verhältniß nicht eintrete, wohl aber das Recht, welches dem Erstverstorbenen in dem Erbvertrage konstituirt worden: »zu verlangen, daß der dereinstige Nachlaß des Ueberlebenden auf die im Vertrage bezeichneten Personen in der verabredeten Art übergehe«, — auf diese seine substituirten Erben mitübergehe, und ihnen von dem überlebenden Ehegatten nicht einseitig entzogen werden könne.

Es wird demnächst erörtert, welchen Einfluß es auf diese Rechte und Verhältnisse der betheiligten Personen habe, wenn sich demnächst Kinder beider, oder eines oder des anderen der paciscirenden Ehegatten vorfinden, die in dem Erbvertrage nicht berücksichtigt worden sind, welcher Fall eintreten könne, entweder in Beziehung auf Kinder, die bei Errichtung des Erbvertrages schon vorhanden waren, oder in Beziehung auf solche, die erst nach der Errichtung desselben geboren worden, in welcher letzteren Hinsicht wiederum zwei Fälle möglich seien, nämlich entweder:

α) daß in der Ehe der paciscirenden Eheleute selbst nach Errichtung des Erbvertrages noch ein Kind geboren worden, ohne daß im Erbvertrage die Möglichkeit dieses Falles berücksichtigt worden, und ohne daß die Kontrahenten bis zum Tode des erst verstorbenen Ehegatten hinsichtlich dieses nachgeborenen Kindes eine nachträgliche vertragsmäßige Bestimmung getroffen haben;

β) daß der überlebende Ehegatte eine zweite Ehe eingegangen ist und in dieser Kinder erzeugt hat, ohne daß dieser Fall im Erbvertrage vorgesehen worden war.

Nur für jenen Fall seien gesetzliche Vorschriften (in dem §. 444. A. L. R. II. 1. und den §§. 454., 450., 451., 455. A. L. R. II. 2.) vorhanden, wonach das nachgeborene Kind aus dem Nachlasse so viel erhalte, als der am mindesten begünstigte Erbe, oder, wenn nur Einer oder Mehrere zu gleichen Theilen eingesetzt sind, so viel wie jeder Eingesetzte, event. den Pflichttheil, — in allen übrigen Stücken aber die Verordnung bei Kräften bleibe. Diese, ihrem Wortlaute nach sich nur auf Kinder aus einer Ehe der paciscirenden Eheleute selbst sich beziehenden Gesetze fänden, wie näher ausgeführt wird, auch Anwendung auf solche Kinder aus einer zweiten Ehe, die ihr gesetzliches Erbrecht in den Nachlaß ihres parens geltend machen. Sie könnten durch den von letzterem früher geschlossenen Erbvertrag keineswegs aller Rechte auf dessen Nachlaß verlustig werden, und hätten gleiche gesetzliche Erbfolgerechte mit den Kindern der ersten Ehe des gemeinschaftlichen parens, weshalb ihnen, wenn sich bei dessen Tode eine letztwillige Disposition desselben vorfinde, in welcher sie nicht bedacht worden, wie weiter auszuführen gesucht wird, die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden müsse. Ihr Verhältniß gestalte sich so, als wenn ein wechselseitiges Testament vorhanden wäre, aus welchem die Kinder erster Ehe die in den §§. 492., 493. A. L. R. II. 1. erwähnten Rechte bereits erworben hatten, und es sei die ganz allgemeine Vorschrift des §. 454. A. L. R. II. 2. auch auf Kinder anzuwenden, die erst aus einer nachfolgenden Ehe geboren. Eben deshalb aber könne von der Anwendung der §§. 481., 482. a. a. O. nicht die Rede sein, welche vielmehr voraussetzten, daß der Vater in Beziehung auf seine schon vorhandenen Kinder Verfügungen getroffen habe, die sie in ihrem gesetzlichen Erbtheile verkürzen. Der §. 454. a. a. O. aber betreffe den Fall, wo Kinder zur Zeit der Verfügung noch nicht vorhanden waren und daher gar nicht bedacht sind. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 24, Entsch. Bd. 18. S. 19.)

§§. 649—656. Erbentsagungsverträge.

§§. 649—654. 1) Die herrschende Theorie über die Bestimmungen des A. L. R. hinsichts der sich auf das Erbrecht beziehenden Verträge unterscheidet zwischen Erbeinsetzungsverträgen und Erbentsagungsverträgen (Erbverzichten) und fordert für Erstere die Förmlichkeiten der Testamente (§§. 621. ff. h. t.), bringt dagegen alle Arten der Erbentsagungen unter die Bestimmungen des §. 649. h. t., und fordert für diese, mit Ausnahme einiger Fälle (§. 654. h. t., §. 484. A. L. R. II. 2.), unter Bezugnahme auf §. 654. h. t. lediglich die schriftliche Form.

Dieser Ansicht sind namentlich Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 6. S. 151), Koch (Lehrb. der Priv. R. Bd. 2. S. 723 §. 842.), Witte (Intestaterbrecht S. 259) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 241 Nr. 5.)

Gegen diese Ansicht tritt Herbink in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 318—324. auf und sucht zu zeigen, daß für jeden Erbvertrag, insonderheit für jeden Erbentsagungsvertrag, die Form des §. 621. h. t. erforderlich sei. Diese Ausführung stützt sich im Wesentlichen darauf, daß der §. 654. h. t. mit dem §. 621. h. t. in Beziehung stehe und daß der Schwerpunkt der Disposition des §. 654. nicht in dem Worte »gerichtlich« liege, sondern in den Worten: »Aufnahme und Abschließung«, so daß einzig die Zulässigkeit der bloßen gerichtlichen Uebergabe (§. 621.) habe ausgeschlossen werden sollen, dergestalt also, daß im Falle des §. 653. die Form durch Ausschluß der letzten Alternative des §. 621. verschärft sei.

2) Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, können nicht bloß unter den sämmtlichen zu der Erbschaft berufenen Miterben gültig zu Stande kommen, sondern es kann auch ein solcher Vertrag von demjenigen, über dessen künftigen Nachlaß verfügt werden soll, mit einem einzelnen Miterben geschlossen werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1851.

Die Vorschrift des §. 649. bezieht sich nur auf den Fall, wenn die mehreren zu einer Verlassenschaft berufenen Erben schon vor dem wirklichen Anfall der Erbschaft einen solchen Entsagungs- oder Erbregulirungs-Vertrag im Voraus, ohne Zuziehung des Erblassers schließen wollen. Dies geht klar aus der nächstfolgenden Bestimmung des §. 650. hervor. Es hat jedoch kein Bedenken, daß ein von dem Erblasser selbst mit einem seiner gesetzlichen Erben geschlossener Entsagungsvertrag, soweit nicht die Gesetze ausdrückliche besondere Bestimmungen enthalten, im Allgemeinen nach den §§. 649. ff. festgestellten Grundsätzen beurtheilt werden muß und gültig geschlossen werden kann. Daß dieses Falles bei den Vorschriften über Entsagungsverträge im zwölften Titel nicht besonders erwähnt worden, ist nicht auffallend, da darüber anderweit hinlängliche Bestimmung getroffen, namentlich A. L. R. I. 17. §. 116. allgemein bemerkt worden, daß das Anrecht eines jeden Miterben durch rechtsbeständige Willenserklärung des Erblassers — also auch durch Vertrag — bestimmt werden könne, und auch nach §§. 482., 484., 488. Tit. 2. Thl. II. Eltern mit einem Kinde Verträge über die Entsagung desselben von der Erbschaft, oder dessen gänzliche oder theilweise Ausschließung von solcher und Feststellung einer geringeren Erbportion, als den gesetzlichen Pflichttheil, schließen dürfen, die nach §. 485. ebendaselbst von dem krontrahirenden Kinde unter keinerlei Vorwande anzufechten sind. Ebenso bestimmt hinsichtlich der Eheleute A. L. R. II. 1. §§. 438., 439., 418. (Entsch. Bd. 20. S. 143.)

3) Für Entsagungsverträge, welche der künftige Erblasser mit einem seiner Kinder schließt, gilt die Spezialbestimmung des §. 484. A. L. R. II. 1.

Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1841 (Präj. Nr. 1076.) in den Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 484.

§. 653. Es ist behauptet worden, daß das Allegat des §. 649. im §. 653. ein Druckfehler sei und daß es »§. 650.« heißen müsse. Dies bestreitet indeß Koch, weil im Falle des §. 653. der Fremde durch die gerichtliche Form unmöglich Erbfolgerechte erwerben könne, welche nur die Willenserklärung des künftigen Erblassers zu übertragen vermöge.

(Landr. Bd. 2. Anm. 21. zum §. 654. h. t.)

§. 654. Koch bemerkt:

Die Bestimmung des §. 654. ergänzt den §. 649. hinsichtlich der Form. Ist der künftige Erblasser handlungsfähig und erklärt er sich mit dem Uebereinkommen seiner künftigen Erben einverstanden, so genügt die schriftliche Form unter Privatunterschrift; ist er unfähig, so müssen die Erben ihr Abkommen gerichtlich abschließen. (Landr. Bd. 2. Anm. 21. zum §. 654. h. t..)

§. 656. 1) Ueber die sogen. successio anticipata spricht das Ob. Trib. sich in dem Erk. v. 14. Jan. 1842 in folgender Art aus:

Eine Gutsabtretung zwischen Eltern und Kindern ist stets und ohne Ausnahme, sie geschehe als ganze Vermögensabtretung oder bloß rücksichtlich eines Grundstücks, gegen eine baare Gegenleistung, oder gegen stipulirte Alimente, gegen Leibzucht — nichts Anderes, als ein negotium inter vivos, und dieses Rechtsgeschäft ist eben, weil sein eigentlichstes Wesen auf sofortige Uebertragung des Eigenthums gerichtet, in der That nichts Anderes, als eine wahre Veräußerung im engsten Sinne, keine quasi alienatio. In diesem juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts ändert es nicht das Geringste, wenn der Tradent gleichzeitig etwa für andere Personen, seien dies Freunde oder Verwandte, Vortheile stipulirt, mögen diese Vortheile bestehen, worin sie wollen, und mögen sie Abfindungen, Kindestheile, Erbtheile oder Anweisungen genannt sein. Der §. 656. erklärt einmal schlechtweg dergleichen Verträge für negotia inter vivos, und schließt somit jede Einmischung von Ideen, welche auf eine quasi successio universalis, auf eine sogenannte successio anticipata hinauslaufen, von vornherein aus. (J. W. 1842 S. 222 ff.)

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Dec. 1854 in den Erg. zum §. 263. h. t. Zus. 3., desgl. §. 19. des Anh. zum A. L. R. I. 11. §. 646. und die Erg. dazu.

2) Böle, die Kolonats-Uebertragung an die Kinder und Einfluß derselben auf die persönlichen Schulden. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 325 ff.)

3) Gegen Guts- und Vermögens-Ueberlassungsverträge unter Lebendigen findet die Pflichttheils-Ergänzungsklage nicht statt.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 10. Jan. 1838 und dem Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1838, weil dergleichen Verträge im §. 656. ausdrücklich für Geschäfte unter Lebendigen erklärt werden. (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 348 ff. u. S. 562 ff.)

4) Wegen des Wegfalls der Lehnwaare in Fällen des §. 656. vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 10. Jan. 1842 (Präj. Nr. 1082.) in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §. 717.

Dreizehnter Titel.

Von Erwerbung des Eigenthums der Sachen und Rechte durch einen Dritten.

Erster Abschnitt.

Von Vollmachtsaufträgen.

§§. 5. u. 6. Begriff.

1) Der Charakter des Mandats als »Uebernahme der Besorgung fremder Geschäfte« wird bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften bisweilen verkannt. Dahin gehören:

a) die Uebernahme des del credere [1]).

α) Der Kommissionair, welcher mit dem Abschlusse eines Waaren-Kaufs- oder Verkaufs-Geschäfts beauftragt worden ist, verliert selbst dadurch, daß er das del credere übernommen hat, noch nicht die Eigenschaft eines Bevollmächtigten des Kommittenten, und es kann ihm deshalb die übliche Provision, so wie die Erstattung der verauslagten Mäklergebühren nicht versagt werden. Das von ihm im Auftrage des Kommittenten mit einem Dritten eingegangene Geschäft läßt sich nicht so, als ob er eben dies Geschäft mit dem Kommittenten selbst geschlossen hätte, betrachten, und auch einer kaufmännischen Observanz kann die Wirkung nicht beigemessen werden, daß der von dem Kommissionair und dem Dritten errichtete Vertrag sich in der angegebenen Art beurtheilen ließe.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Febr. 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 185.)

Koch nimmt an, daß ein solches Auftragsgeschäft nur mit einer Bürgschaft des Bevollmächtigten für den Dritten bei dem Machtgeber

---

[1]) Vergl. Wilda über den Kommissionshandel, in Weiske's Rechts-Lexikon Bd. 2. s. v.: »Kommissionshandel«.

verbunden sei, wodurch das Hauptgeschäft nicht aufhöre, Mandat zu sein. (Landr. Bd. 2. Anm. 4. sub a. zum §. 5. h. t.)

Auch das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Okt. 1850 (Entsch. Bd. 20. S. 159) beurtheilt das kaufmännische Kommissionsgeschäft del credere nach den Grundsätzen des Mandats.

Vergl. die Erg. zum §. 61. h. t. Zus. 5.

Diese Ansicht hat derselbe Sen. auch in den Erk. v. 17. Mai, 14. Juni u. 10. Dec. 1850 und v. 20. März 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 10—21) ausgesprochen.

Abweichend hiervon ist indeß die usuelle Ansicht der Handelswelt, worüber die Redaktion des Archivs für Rechtsf. sich in folgender Art ausspricht:

Nach der Ansicht des Kaufmanns geht, sobald der Kommissionair dem Kommittenten die Vollziehung des Auftrages angezeigt hat, der Kommissionshandel, wenigstens in Begleitung des del credere, in den Eigen- (Proper-) Handel über. Gegen Ablieferung der eingekauften Waare kann der Kommissionair den als verausgabt angegebenen, das Limitum, und bei einer marktgängigen Waare den Marktpreis nicht übersteigenden Preis fordern, ohne Rücksicht, ob er wirklich die Waare zu diesem Preise in Folge des Auftrags eingekauft, oder sie von seinem Lager entnommen hat; er kann, wenn er von der Vollstreckung des Auftrags den Kommittenten benachrichtigt hat, die Differenz verlangen, und ist beziehungsweise nur zur Zahlung der Differenz verpflichtet, ohne zu einem Nachweise über den wirklich geschehenen Ankauf und Verkauf, oder zu einer Rechnungslegung gehalten zu sein. Das zwischen dem Kommissionair und dem Kommittenten bestehende Rechtsverhältniß ist, nach angezeigter Befolgung der Kommission, dem Kaufmann identisch mit einem Zeitkaufs- oder Lieferungsgeschäft. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 1 ff.)

Auch der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in früheren Entscheidungen eine von der neueren abweichende Ansicht ausgesprochen.

In dem Erk. v. 6. Okt. 1848 nimmt derselbe einen wirklichen Lieferungsvertrag, eingekleidet in ein gegen del credere errichtetes Kommissionsgeschäft, an. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 3.)

In dem Erk. v. 2. Nov. 1849 nimmt derselbe an, daß die Kontrahenten ein der kaufmännischen Usance entsprechendes Geschäft einzugehen beabsichtigt.

Es handelt sich hier nicht um ein eigentliches Mandatsverhältniß, in welchem der Mandatar die Person des Machtgebers vertritt, in dessen Namen kontrahirt und ihm unmittelbar Rechte gegen den dritten Kontrahenten erwirbt, sondern um ein kaufmännisches Kommissions-Handelsgeschäft. Bei einem solchen handelt der Kommissionair nicht im Namen des Kommittenten, sondern er kontrahirt in eigenem Namen, er allein ist persönlich zur Erfüllung dieser Verträge verpflichtet; ein unmittelbares Rechtsverhältniß wird nur zwischen ihm und seinem Kontrahenten, nicht zwischen Letzterem und dem Kommittenten begründet. Auf ein solches Verhältniß können die noch andere Bedingungen voraussetzenden, nach übereinstimmender Ansicht beider Theile sogar ganz auszuschließenden Vorschriften vom Vollmachtsvertrage nur eine beschränkte Anwendung finden. Dieses bei Emanation des A. L. R. noch wenig beachtete Kommissions-Handelsgeschäft hat nach den übereinstimmenden Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaften zu Berlin und Magdeburg sich seitdem auf sämmtlichen Handelsplätzen vom Vollmachtsvertrage dergestalt abweichend ausgebildet, daß observanzmäßig der Kommissionair nicht bloß dadurch, daß er die kommittirten Waaren von Fremden kauft, oder an Fremde verkauft, sondern auch dadurch, daß er selbst der Verkäufer und Käufer wird, seine Verbindlichkeiten gegen den Kommittenten vollständig erfüllt, vorausgesetzt nur, daß er dabei nicht das etwaige limitum, oder den marktgängigen Preis zum Nachtheile des Kommittenten überschritten habe. Wenn auch dieses Gutachten nicht durchaus maßgebend sein kann, so muß doch in dem betreffenden Falle angenommen werden, daß dieses, als observanzmäßig attestirte Rechtsverhältniß einzugehen beabsichtigt, und daher auch dem Kommissionar nicht ein vollständiger und strenger Nachweis seiner Auslagen habe zugemuthet werden sollen. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 6.)

β) Das kaufmännische Kommissionsgeschäft verliert dadurch, daß der Kommissionair das Geschäft mit dem Dritten nicht im Namen des Kommittenten, sondern in seinem eigenen Namen abschließt, nicht seinen Charakter als Vollmacht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. März 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 125 Nr. 25.)

γ) Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Sept. 1851 spricht folgenden Grundsatz aus:

Die Berliner kaufmännische Usanze bei Spiritus-Einkaufs-Kommissionsgeschäften, nach welcher, wenn der eine Theil nicht erfüllt, der andere Theil berechtigt ist, den Spiritus durch einen vereideten Mäkler an- und resp. verkaufen zu lassen und von dem nicht erfüllenden Theile die Preisdifferenz nebst Provision, Zinsen und dem Ersatze der Kosten zu verlangen, hat zwar keine rechtliche Gültigkeit, die Parteien können sich jedoch dieser Usanze durch Vertrag rechtsverbindlich unterwerfen.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 119 Nr. 27.)

b) Die Verabredung in einem Kaufkontrakte, daß der Andere durch einen Makler die nicht gelieferte Waare anderweitig solle ankaufen, beziehungsweise die nicht abgenommene Waare solle verkaufen können. Dies ist ein Vollmachtsvertrag.

Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 17. April 1848 aus:

Wenn bei einem Lieferungsgeschäft die Bedingung gestellt ist, daß, falls einer von beiden Theilen seinen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, der eine oder andere Theil berechtigt sein soll, die Sache durch einen vereideten Mäkler sofort an- oder verkaufen zu lassen, und daß alsdann der dadurch entstandene Preisunterschied nebst Kosten vom Besteller oder Lieferanten bezahlt werden müsse, so tritt diese Bedingung gegen den Besteller auch dann in Wirksamkeit, wenn der Lieferant die Waare von einem Dritten unter derselben Bedingung angekauft oder angeschafft hat, und auf des Letzteren Veranlassung der Verkauf durch einen Mäkler bewirkt worden ist. (Entsch. Bd. 17. S. 184.)

Koch bemerkt, daß hier durch den Ankauf oder Verkauf die Geschäfte des Anderen besorgt werden.
(Landr. Bd. 2. Anm. 4. sub b. zum §. 5. h. t.)

c) Der Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Quantität Waare, wobei ein Limitum des Preises gesetzt, über welches bei dem Einkauf nicht hinausgegangen werden soll, ist ein Mandat, und zwar eine Einkaufs-Kommission, nicht aber ein Lieferungsvertrag, von welchem die wesentliche Festsetzung des gewissen »Preises« fehlt. (§. 981. A. L. R. I. 11.)

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1853.
(J. M. Bl. 1853 S. 144, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 300 Nr. 62.)

d) Ein Vertrag, durch welchen Geschäftsagenten und Kommissionaire die Vermittelung oder Zustandebringung eines Kaufvertrages oder die Vorbereitung desselben, insbesondere die Nachweisung eines Käufers oder Verkäufers gegen Vergütung übernehmen, ist nach den Regeln von Vollmachtsaufträgen zu beurtheilen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 90 Nr. 20.)

2) Wenn ein in der Regulirung seiner Realverhältnisse begriffenes Gut mit der Stipulation verkauft wird, daß der Verkäufer die Regulirung auf seine Kosten zum Abschlusse zu bringen und der Käufer das Resultat der so durchgeführten Regulirung ohne Widerspruch anzunehmen verpflichtet sein soll, so liegt hierin keine Vollmacht für den Verkäufer zur Durchführung des Regulirungsgeschäftes für den Käufer, sondern ein Verkauf des Grundstückes in dessen durch die Regulirung festzustellendem Zustande.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Febr. 1852.

Eine solche Bestimmung läßt sich mit den Eigenthümlichkeiten eines Vollmachtsvertrages kaum vereinigen. Das Mandat giebt dem Mandatar ein Recht, den Machtgeber zu vertreten, er kann die Vollmacht wieder aufkündigen (§§. 5., 159. I. 13. A. L. R.). Hier ist dem Kläger die Verpflichtung auferlegt, die Regulirung zu ihrem völligen Abschlusse durchzuführen. Der Machtgeber hat den Mandatar wegen aller nothwendigen und nützlichen Ausgaben zu entschädigen (§. 65. a. a. O.). Hier hat Kläger die Kosten der weiteren Regulirung übernommen. Der Mandatar ist gehalten, den Auftrag nach den Vorschriften des Machtgebers auszurichten, darf davon nicht abgehen; dem Machtgeber steht frei, den Auftrag zu jeder Zeit zu widerrufen (§§. 49., 159. a. a. O.). Von einer Beschränkung in Ausführung des Geschäfts durch Aenderungen oder Instruktionen der Beklagten, so wie von einer Zurücknahme der Vollmacht ist hier nicht die Rede, es soll vielmehr das Resultat der Regulirung ohne Widerspruch gelten. Ferner entsagt der angeblich Auftragende jedem desfalls etwa zu machenden Regreßanspruche. Der erklärte Verzicht paßt nicht auf ein Vollmachtsverhältniß. Er kann im Zusammenhange mit dem vorangegangenen nur auf eine Gewährspflicht des Klägers für Berechtigungen und Verpflichtungen bezogen werden, welche nach dem Resultate der Regulirung der verkauften Mühle gegen den früheren Zustand fehlen oder ihr auferlegt sein würden.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 45 Nr. 11.)

3) Wenn in dem Vollmachtsauftrage auf eine besondere Instruktion Bezug genommen worden, so ist die Ertheilung der letzteren kein wesentlicher Theil des Vollmachts-Vertrages selbst, sondern nur ein zur Ausführung des übertragenen Geschäfts erforderlicher Akt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1851.
(Präj. Nr. 2326 a.)

Wenn in der schriftlichen Vollmacht auf eine besondere Instruktion Bezug genommen worden, so bildet diese einen wesentlichen Theil des Geschäfts (§§. 93., 94. u. §. 49. h. t.). Daraus folgt indessen nicht, daß der Vollmachtsvertrag, in welchem auf eine Instruktion Bezug genommen worden, in Ermangelung einer solchen wirkungslos sei, daß also daraus für den Bevollmächtigten gar keine Verbindlichkeit entstehe und derselbe sich sonach auch ohne Kündigung für nicht gebunden erachten könne. Bei dieser Annahme würde man den Vollmachtsvertrag, d. h. den von dem Bevollmächtigten angenommenen Auftrag, für den Machtgeber und statt desselben ein Geschäft zu betreiben (§§. 5., 6., 11. a. a. O.), mit dem, was nach der Art des Geschäfts, oder nach dem Inhalte der Vollmacht erforderlich ist, und von dem Machtgeber gewährt werden muß, um den Bevollmächtigten in den Stand zu setzen, den Auftrag auszuführen. Zu dem, was in der letzteren Beziehung erforderlich ist, gehört auch die vorbehaltene Instruktion. Sie kann, wenn ein gültiger Vollmachtsvertrag geschlossen ist und so lange derselbe besteht, jederzeit nachgeholt, ergänzt, verändert werden. Der gültig geschlossene Vollmachtsvertrag bleibt aber bei Kräften, wenngleich die vorbehaltene Instruktion nicht ertheilt wird; es kann nur, weil ein zur Ausführung des Geschäfts erforderlicher Akt nicht gewährt worden, von dem Bevollmächtigten nicht verlangt werden, daß er auf Grund des an sich gültigen Vertrages handle.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 24, Entsch. Bd. 22. S. 194, Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 253 Nr. 53.)

§§. 7—12. Wie der Vollmachtsvertrag geschlossen werde.

§§. 7—10. 1) Die §§. 8—10. handeln expreß nur von Vollmachten zu Geschäften unter funfzig Thaler an Werth. Es fragt sich daher: ob deren Bestimmungen auch dann Anwendung finden, wenn nach Maßgabe der Höhe des Gegenstandes die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht nöthig, eine solche aber nicht ausgestellt, vielmehr auf Grund eines bloß mündlichen Auftrages mit dem Dritten kontrahirt worden ist?

a) Bornemann verneint, indem er bemerkt:

α) Das Verhältniß zwischen dem Machtgeber und einem Dritten anlangend, so kann der auf Grund eines bloß mündlich ertheilten Auftrages geschlossene Vertrag nur als pactum in favorem tertii nach §§. 74—77., 86—89. A. L. R. I. 5. beurtheilt werden; es ist also die nachträgliche Genehmigung des Machtgebers nicht genügend, um für denselben ein Klagerecht gegen den Dritten zu begründen.

β) Anlangend das Verhältniß zwischen dem angeblichen Bevollmächtigten und Dritten, so müssen darauf die §§. 96., 150., 151. angewendet werden, indem der mit einer unlegitimirten Person Verhandelnde nicht besser daran sein kann, als derjenige, welcher sich mit einem Bevollmächtigten über die Grenzen der Vollmacht hinaus eingelassen hat.

γ) Anlangend endlich das Verhältniß des Bevollmächtigten und Machtgebers, so finden darauf die allgemeinen Grundsätze von mündlichen Verträgen Anwendung. Mithin muß der Machtgeber dem Bevollmächtigten alle Auslagen ersetzen und alle Dienstleistungen vergüten, die der Letztere zum Zweck der Erfüllung des mündlichen Vertrages bereits gemacht hat. Zu etwas Mehrerem ist aber der Machtgeber nicht verpflichtet, und in specie braucht derselbe den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag nicht zu genehmigen.

(System Bd. 3. S. 401, 2. Ausg. Bd. 3. S. 231—232.)

b) Grävell dagegen bejahet auf Grund des im §. 8. gebrauchten Wortes: »auch«. (Kreditges. Bd. 4. ad h. l.)

c) Die Gesetzrevisoren lassen sich, zugleich auf die Enstehungsgeschichte dieser §§. Bezug nehmend, und dem Wesentlichen nach gleichfalls bejahend, wie folgt aus:

Was die Form des Vollmachtsvertrages betrifft, so ist in den §§. 7. u. 11. d. T. auf die allgemeinen Grundsätze des fünften Titels verwiesen, es bedarf also bei Gegenständen über 50 Thlr. an Werth einer schriftlichen Erklärung des Machtgebers, bei Gegenständen von minderem Werthe genügt eine mündliche Erklärung; die Annahme von Seiten des Bevollmächtigten kann dagegen in jedem Falle selbst stillschweigend erklärt werden. In den §§. 8—10. d. T. ist ferner das Verhältniß des Machtgebers und deß Bevollmächtigten zu einem dritten Kontrahenten für den Fall auseinandergesetzt, wo es wegen Unbedeutendheit des Gegenstandes keiner Schrift bedarf. Für den Fall aber, wo es nach Maßgabe des Objektes einer schriftlichen Vollmacht bedarf, ist das Rechtsverhältniß, welches durch die auf den Grund eines bloß mündlichen Auftrages mit einem Dritten vorgenommenen Verhandlungen entsteht, unberührt geblieben. Dieser Mangel erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte; im gedr. Entw. war nämlich, ohne Unterschied des Gegenstandes, eine schriftliche Vollmacht erfordert worden. Es hieß dort:

§. 5. Die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht von der einen und die Annahme derselben von der andern Seite vertritt die Stelle des förmlichen Kontrakts.

In der rev. mon. bemerkte Suarez Folgendes:

Ich sehe keinen Grund, warum Vollmachtsaufträge auch in Fällen, wo sonst die allgemeinen Gesetze keine schriftliche Vollmacht erfordern, schriftlich geschehen müßten, vielmehr würde ich es simpliciter bei der Regel belassen. Der Umstand, daß ein mündlich bestellter Mandatarius sich gegen den Dritten, mit dem er nomine des Mandanten handelt, nicht legitimiren kann, macht scripturam zur Gültigkeit des Kontrakts inter mandantem et mandatarium nicht nothwendig; denn wenn der tertius sich mit dem mandatario ohne Legitimation eingelassen hat, so erwirbt dennoch der mandans dadurch, und wenn der mandans ex post an die facta des mandatarii nicht gebunden sein wollte, so würde das mandatum noch immer bewiesen werden können.

Ad marginem ist hierbei bemerkt:

Wenn der tertius soll klagen können, so muß allemal ein schriftliches mandatum vorhanden sein; inter mandatum et mandatarium aber nicht bei objectis unter fünfzig Thaler.

Aus diesen Bemerkungen sind die §§. 7—11. d. T. hervorgegangen; der Verfasser derselben setzte als bekannt voraus, was in Ermangelung der Schrift, falls es deren nach Höhe des Gegenstandes bedurft hätte, zwischen dem Machtgeber und dem dritten Kontrahenten Rechtens sei; daß nämlich der Machtgeber durch seine nachträgliche Genehmigung ein Klagerecht erlangen, allein nicht so der dritte Kontrahent, wenn der Machtgeber an die von seinem Bevollmächtigten ohne gehörige Vollmacht vorgenommenen Handlungen nicht sollte gebunden sein wollen. Dieses als bekannt vorausgesetzt, kam es nur noch darauf an, auszusprechen, daß selbst dann, wenn es nach der Höhe des Gegenstandes der Schrift nicht bedürfen würde, der Dritte dennoch kein Klagerecht erlange, sofern sich der Mandatar nicht durch eine schriftliche Vollmacht legitimirt habe; und was in solchem Falle umgekehrt für den Machtgeber Rechtens sei, §§. 8—10. d. T.

Betrachten wir aber das Verhältniß näher, welches entsteht, wenn es nach Höhe des Objekts einer schriftlichen Vollmacht bedürfen würde, statt deren ein bloß mündlicher Auftrag ertheilt ist; so wird sich ergeben, daß wir bis auf unbedeutende Unterschiede zu demselben Resultate kommen, welches jetzt durch die §§. 8 — 10. d. T. für den Fall herbeigeführt wird, wo es keiner Schrift bedarf. Dadurch sind wir veranlaßt worden, in unserm Vorschlage ohne Unterschied des Gegenstandes eine schriftliche Vollmacht zu erfordern; denn es ist eine unnöthige Verwickelung in gewissen Fällen von der Schrift zu abstrahiren, während man durch beigefügte Einschränkungen doch wiederum auf dasselbe Resultat kommt, als ob es einer Schrift bedürfe.

Wenn es einer schriftlichen Vollmacht bedarf, so entstehen zwischen dem Machtgeber und Bevollmächtigten durch einen bloß mündlichen Auftrag nach den Grundsätzen des Titels natürlich nur insofern Rechte und Verbindlichkeiten, als die Erfüllung hinzugetreten ist. Jetzt würde dagegen nach §. 7. d. T. bei Objekten unter fünfzig Thalern schon der mündliche Auftrag Rechte und Verbindlichkeiten zwischem dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten erzeugen. Dieser Umstand ist indeß nicht von Erheblichkeit, weil es nach der Natur dieses Vertrages auf das klagbare Recht vor der Erfüllung wenig ankommt, zumal da auch der rechtsbeständigste Vollmachtsvertrag in der Regel nach Belieben gekündigt werden kann.

Wichtiger ist das Verhältniß zu einem dritten Kontrahenten. Daß der Dritte, welcher sich mit dem bloß mündlich Bevollmächtigten einließ, kein Klagerecht gegen den Machtgeber erlange, versteht sich von selbst; die entgegengesetzte Annahme würde dahin führen, daß die wichtigsten Geschäfte durch einen Bevollmächtigten vermöge einer bloß mündlichen Erklärung abgemacht werden könnten. Es kann aber auch der Fall sein, daß der Machtgeber sich gegen den Dritten unmittelbar geäußert hat; dann vertritt eine solche schriftliche Erklärung die Stelle der Vollmacht (§. 147. d. T.), eine bloß mündliche Erklärung verpflichtet den Machtgeber in soweit, als auf den Grund derselben dem Bevollmächtigten etwas gegeben oder geleistet ist (§§. 148., 149. d. T.). Diese Bestimmungen, welche mit Unrecht ihren Platz unter der Rubrik: »von der nachträglichen Genehmigung«, gefunden haben, müssen hier mitgenommen werden. Obwohl nun aber der Dritte, welcher sich ohne schriftliche Erklärung des Machtgebers mit dem Bevollmächtigten einließ, kein Klagerecht erlangt, sofern nicht wirklich etwas gegeben oder geleistet worden, so muß dennoch umgekehrt das Klagerecht des Machtgebers auf Erfüllung des von dem mündlichen Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrags als unzweifelhaft anerkannt werden. Der §. 10. d. T. bestimmt dies schon jetzt für den Fall, wo es keiner Schrift bedarf, und wo demnach das Klagerecht dem Dritten im §. 8. von der Schrift abhängig gemacht ist. Auch liegt hierin keinesweges, wie einige Monenten geglaubt haben, eine Ungleichheit der Rechte; vielmehr steht der Machtgeber jedenfalls demjenigen gleich, dessen Geschäfte ohne Auftrag geführt worden; er kann also durch seine nachträgliche Genehmigung erwerben; derjenige aber, welcher sich mit dem nicht gehörig legitimirten Bevollmächtigten eingelassen hat, ist in einer ähnlichen Lage mit dem, der mit einem Unfähigen kontrahirt hat. So wie Niemand aus der Unfähigkeit des andern Theils einen Rechtsgrund entnehmen kann, einen Vertrag anzufechten (Tit. 5. §§. 11—13.), sondern nur auf eine

bestimmte Erklärung der Vertreter des Unfähigen zu bestehen befugt ist, so kann auch derjenige, der mit einem bloß mündlich Bevollmächtigten kontrahirt hat, dem Machtgeber, wenn dieser das Geschäft genehmigt, den Mangel der schriftlichen Vollmacht nicht entgegensetzen.

Eine nähere Betrachtung erfordert jetzt nur noch das Verhältniß des dritten Kontrahenten zu dem angeblichen Bevollmächtigten, wenn der Letztere keine schriftliche Vollmacht beibringen kann, und der Dritte das Geschäft nicht aufrufen will. In solchem Falle ist es ebenso anzusehen, als ob der angebliche Bevollmächtigte ohne Auftrag oder gegen die Anweisung seines Machtgebers gehandelt habe, und hierfür haben wir die Entscheidung in den §§. 96., 150. sqq. d. T. Der §. 96. d. T. gestattet unbedingt einen Anspruch an den Bevollmächtigten, der §. 150. d. T. nur Aufhebung des Geschäfts und Rückforderung des Geleisteten, nicht aber einen Anspruch auf Schadensersatz. Der Unterschied zwischen beiderlei Bestimmungen liegt darin, daß der §. 150. d. T. eine dem dritten Kontrahenten bekannte Ueberschreitung der Vollmacht voraussetzt, während der §. 96. d. T. annimmt, daß dem Dritten die Grenzen der Vollmacht nicht bekannt gewesen. Die Regel ist nämlich, daß derjenige, der mit dem Bevollmächtigten kontrahirt hat, sich wegen der Erfüllung an den Machtgeber halten muß, §. 153. d. T.; hierbei wird jedoch selbstredend vorausgesetzt, daß der dritte Kontrahent eine Klage gegen den Machtgeber habe; hat er gegen diesen kein Klagerecht, so kann er, je nachdem er wissentlich über die Grenzen der Vollmacht hinaus mit dem Bevollmächtigten sich eingelassen hat oder nicht, bloß Aufrufung des Geschäfts und Rückgabe des Geleisteten fordern, oder unbedingt an den Bevollmächtigten sich halten. In jedem Falle aber schließt das Klagerecht gegen den Machtgeber den Anspruch gegen den Bevollmächtigten aus; dies muß selbst dann angenommen werden, wenn nur ein mündlicher Auftrag ertheilt war, wie auch das Ob. Trib. in Sachen J. M. Schinse wider J. Wolff entschieden hat. In dem angezogenen Falle hatte nämlich der Kläger und Revisus Wolff mit dem Beklagten als Bevollmächtigten eines Andern einen Kaufkontrakt geschlossen. Es fehlte an einer schriftlichen Vollmacht, allein der Kläger hatte zugeben müssen, daß der angebliche Kommittent sich wirklich für seinen Schuldner erklärt und die Zahlung des Kaufgeldes versprochen habe. Deswegen wurde der Kläger mit dem Anspruche an den Bevollmächtigten zurückgewiesen, indem er sich zunächst an den Machtgeber halten müsse, und erst dann gegen den Bevollmächtigten klagen könne, wenn sich ergeben sollte, daß dieser wirklich keine Vollmacht gehabt habe. Man darf aus dieser Entscheidung inzwischen nicht folgern, daß der dritte Kontrahent jedesmal zunächst gegen den Machtgeber klagen müsse, und dann einen Anspruch an den Bevollmächtigten habe, wenn sich ergeben sollte, daß dieser wirklich keine Vollmacht gehabt habe. Sein nächster Anspruch ist vielmehr gegen den Bevollmächtigten gerichtet; dieser muß die Vollmacht beschaffen, oder den dritten Kontrahenten selbst klaglos stellen. In dem angeführten Falle war ein Anerkenntniß des angeblichen Kommittenten zugestanden, und dieses Zugeständniß muß als der entscheidende Moment betrachtet werden; ohnedies hätte der in Anspruch genommene Bevollmächtigte nur dadurch dem Anspruche entgehen können, daß er die schriftliche Genehmigung seines Machtgebers wirklich beibrachte.

Dem Gesagten zufolge ist das Rechtsverhältniß des dritten Kontrahenten zu dem Bevollmächtigten dieses: der Dritte kann, wenn er das mit dem mündlich Bevollmächtigten abgeschlossene Geschäft nicht aufrufen will, gegen den Bevollmächtigten selbst klagen, und dieser kann, so wie er früher nichts weiter zu thun hatte, als Vollmacht beizubringen, so auch, nach angestellter Klage noch durch Beibringung der Vollmacht oder Genehmigung seines Machtgebers sich liberiren; er muß aber alsdann allen aus der verzögerten Beibringung entstandenen Schaden tragen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 207.)

2) Der Mandatar, welcher den mündlich erhaltenen Auftrag erfüllt hat, ist verbunden, die in Folge dieses Auftrages erworbenen Sachen dem Machtgeber zu überlassen; er kann nicht diesem den Einwand entgegensetzen, daß der Gegenstand des von ihm ausgeführten Geschäftes einen schriftlichen Vertrag erfordert habe, und daß ihm eine schriftliche Vollmacht nicht ertheilt worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1333.) (Präj. Samml. S. 76.)

Dazu:

a) Dies Präj. findet auch dann Anwendung, wenn der Bevollmächtigte das Geschäft, welches Gegenstand des Auftrages war, auf seinen Namen geschlossen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1851[1]). (Präj. Nr. 2326 b.)

In dem Falle des Präj. Nr. 1333. ging die mündliche Vollmacht ausdrücklich dahin, daß der Bevollmächtigte in seinem Namen kaufen sollte; in der Sache macht dies indessen keinen Unterschied. Wer einen Auftrag übernimmt, tritt, so lange das Vollmachtsverhältniß besteht, ganz an die Stelle des Machtgebers; was er in Bezug auf den Auftrag thut, geschieht daher zum Besten des Machtgebers. Dies muß bis zu einer entgegengesetzten Erklärung, d. h. bis zur Zurückgabe des Mandats, ohne Weiteres angenommen werden, weil es ein Widerspruch in sich sein würde, wenn man voraussetzen wollte, daß der Bevollmächtigte, der die Verpflichtung für den Machtgeber zu handeln übernommen hat und daher redlicher Weise nur für diesen handeln kann, dann noch für sich zu handeln die Absicht gehabt habe. Eben deswegen muß auch, wenn der Bevollmächtigte den Vertrag, den er in Folge des Auftrags für den Machtgeber schließen sollte, auf seinen Namen geschlossen hat, angenommen werden, daß der Bevollmächtigte dabei nicht die Absicht gehabt, für sich selbst zu erwerben, sondern daß diese Form des Abschlusses nur das in Ermangelung einer ihn gehörig legitimirenden Vollmacht nothwendige Mittel gewesen, um den Auftrag zur Ausführung zu bringen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 24, Entsch. Bd. 22. S. 194, Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 253 Nr. 53.)

b) Der in dem Präj. Nr. 1333. ausgesprochene Grundsatz, daß der Bevollmächtigte unter der Vorschützung, daß nur ein mündlicher Auftrag ertheilt worden, der Gegenstand des Auftrages aber einen schriftlichen erfordert, so wie, daß er für sich gehandelt habe, sich seiner Verpflichtnng nicht entziehen könne, die in Folge des Auftrages erworbene Sache dem Machtgeber herauszugeben, — findet nur dann Anwendung, wenn der Vollmachtgeber entweder selbst direkt oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten den Auftrag mündlich ertheilt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 100 Nr. 28.)

c) Von dem Grundsatze des Präj. Nr. 1333. geht das Ob. Trib. auch in folgenden Entscheidungen aus:

α) Wer einen mündlich gegebenen Auftrag angenommen zu haben schriftlich anerkannt hat und in Folge dessen das aufgetragene Geschäft in seinem eigenen Namen macht, ist zwar verbunden, alle daraus erlangten Rechte dem Auftraggeber abzutreten oder ihn zu entschädigen; der Auftraggeber hat aber dieserhalb nur einen persönlichen Anspruch an den Beauftragten und tritt nicht von selbst in die aus dem Geschäft auf der Seite des Beauftragten entstandenen Rechte und Vortheile.

Hat aber der Auftraggeber über solche Erwerbung mit dem gewesenen Beauftragten besonders kontrahirt, so kann er diesen Vertrag aus dem Grunde, weil er aus dem Auftrage oder aus einem besonderen Rechte in die Rechte des gewesenen Mandatars hätte eintreten können, nicht beseitigen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Mai 1840. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 501.)

β) Auch wenn der Bevollmächtigte mit dem Dritten im eigenen Namen kontrahirt hat, darf er sich Vortheile aus dem ihm aufgetragenen Geschäft, ohne Einwilligung des Machtgebers, nicht aneignen.

Unerheblich ist es hierbei, ob der Bevollmächtigte mit einer an sich zu dem Geschäft erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Spezialvollmacht versehen war oder nicht, sofern nur ein, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu Recht beständiger Vollmachtsvertrag anzunehmen ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Mai 1842. (Entsch. Bd. 7. S. 368.)

3) Wenn Jemand für sich und zugleich im Auftrage Anderer ein Grundstück kauft, und dann mit den Auftraggebern vermittelst eines mündlichen Vertrages theilt, so kann er die übergebenen Theile nicht aus dem Grunde, weil die Ueberlassung mündlich geschehen, und deshalb für einen widerruflichen Kaufkontrakt zu erachten, zurückfordern; vielmehr ist das Rechtsverhältniß lediglich nach den Regeln vom Vollmachtsauftrage zu beurtheilen.

Erkannt von dem (vormaligen) Fürstenthumsger. zu Neisse unter 15. Dec. 1840.

Es handelt sich hier nicht darum, ob der Mandatar in Folge eines mündlichen Vollmachtsauftrages zur Ausführung des Auftrags angehalten werden kann, sondern darum, ob der Beauftragte, wenn er den Auftrag ausgeführt hat, das in Vollführung des Auftrags Gegebene wieder zurückfordern kann, weil der Auftrag nur mündlich geschehen. Dies ist zu verneinen. Denn a) nicht einmal der negotiorum gestor, der ohne allen Auftrag die Geschäfte

[1]) In Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 253 Nr. 53. ist dies Präj. v. 5. Septbr. 1851 datirt.

eines Andern besorgt hat, hat dazu das Recht, derselbe muß vielmehr, wenn der Eigenthümer es verlangt, das Geschäft bis zur gänzlichen Vollendung fortsetzen (§§. 256., 257. h. t.); b) das Mandat ist, wenn keine Belohnung versprochen worden, ein einseitiger Vertrag und hat eine Handlung zum Gegenstande. Die einmal geschehene Erfüllung desselben kann daher wegen Mangels der Form nicht rückgängig gemacht werden (A. L. R. Tit. 5. §. 146., Tit. 2. §. 7.). (Koch's Arch. Bd. 5. S. 434.)

4) Das Konklusum der Gesetz-Komm. v. 3. Dec. 1793 setzt fest, daß ein Mandatar, der ein ihm mündlich aufgetragenes Geschäft erfüllt hat, von dem Mandanten verlangen könne, daß dieser ihn wegen des in Folge des Auftrages mit einem Dritten geschlossenen Kontraktes gegen diesen außer Verbindung setze und ihn entschädige.

(Klein's Annal. Bd. 12. S. 43, Rabe Bd. 2. S. 542.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 473, Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 7. h. t.)

Dagegen bemerken die Gesetzrevisoren:

Das Konklusum geht zu weit, indem auf solche Weise, ebenso wie wenn man dem Dritten auf den Grund des mündlichen Auftrags unmittelbar ein Klagerecht gegen den Machtgeber gestatten wollte, die wichtigsten Verträge durch eine bloß mündliche Willenserklärung zu Stande kommen könnten, indem der dritte Kontrahent eine Klage gegen den Bevollmächtigten, und dieser wieder eine Klage gegen den Machtgeber hätte.

Sie wollen daher Rechte und Verbindlichkeiten auch hier nur insofern anerkennen, als solche bei mündlichen Verträgen überhaupt durch hinzugetretene Erfüllung begründet werden, woraus denn folge, daß der Machtgeber die geleisteten Dienste vergüten, etwanige Auslagen ersetzen, auch eine bei Ausführung des mündlichen Auftrages beiläufig übernommene Verbindlichkeit abnehmen, aber nimmermehr das von dem Bevollmächtigten auf den Grund des bloß mündlichen Auftrags vorgenommene Geschäft genehmigen müsse.

(Gesetzrev. a. a. O. S. 211.)

Dieser letzgedachten Ansicht ist auch Bornemann.

(System Bd. 3. S. 403, 2. Ausg. Bd. 3. S. 232.)

5) Muß der Auftrag zur Schließung eines Versicherungsvertrages schriftlich ertheilt werden?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 30. Aug. 1848 aus, daß dies nach §. 7. h. t. in Verbindung mit §. 138. A. L. R. I. 5. nur dann erforderlich sei, wenn die Versicherungs-Prämie über 50 Thlr. beträgt. (Rechtsf. Bd. 4. S. 310 Nr. 153.)

§§. 7. u. 11. Der Beauftragte — Kommissionair — kann auch dann, wenn er zum Ankauf von Waaren zum Werthe von mehr als 50 Thlr. bloß einen mündlichen Auftrag hatte, von dem Kommittenten Erstattung der Auslagen, und als Kaufmann Provision fordern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Mai 1845. (Präj. Nr. 1569.) (Präj. Samml. S. 76, Entsch. Bd. 11. S. 375.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 165. Zus. 6.

§§. 7. sqq. u. §. 148. Wenn in Folge einer über ein Grundstück geschlossenen Kaufpunktation der Käufer den Verkäufer auch nur mündlich beauftragt, das Grundstück an einen Dritten zu übergeben, oder mit demselben einen förmlichen Kaufkontrakt darüber zu errichten, so ist die demgemäß auch wirklich an den Dritten geleistete Uebergabe, die Errichtung des förmlichen Kaufkontraktes mit demselben oder eine gültige Erfüllung der Punktation von Seiten des Verkäufers.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Mai 1846 auf Grund des A. L. R. I. 5. §§. 155. ff. und Tit. 13. §§. 7. ff. 148. (Präj. Nr. 1752.) (Präj. Samml. S. 11, Entsch. Bd. 13. S. 169.)

§§. 7. 11. 65. 66. Dem Bevollmächtigten, der von dem Machtgeber den Ersatz der bei Ausrichtung des ihm ertheilten Auftrages gehabten Auslagen fordert, kann auch bei Gegenständen über 50 Thlr. der Mangel einer schriftlichen Vollmacht mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1847.

Denn der §. 11. spricht nur aus, was in den Fällen, wo die Gesetze überhaupt einen schriftlichen Vertrag erfordern, bei dem Mandate zur Konstituirung desselben für ausreichend erachtet werden soll, während der §. 7. sich darauf beschränkt, den Vollmachtsvertrag, wo es nach den Gesetzen keines schriftlichen Vertrages bedarf, für geschlossen zu erklären, wenn der Eine den mündlichen Auftrag des Andern selbst nur stillschweigend annimmt.

(Entsch. Bd. 15. S. 196.)

§. 8. 1) Die Beglaubigung des Bevollmächtigten durch einen schriftlichen Auftrag ist das wesentliche Band zwischen dem Machtgeber und dem Dritten, in dessen Ermangelung dieser sich nur an seinen Kontrahenten halten kann (§. 9.). Deshalb müßte also auch zur Leistung einer Unterschrift unter einem Instrumente eine schriftliche Vollmacht erforderlich sein. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 8. h. t.)

Dies hat auch das Ob. Trib. mehrmals als Grundsatz anerkannt und angewendet.

Vergl. die Präj. des Ob. Trib. v. 23. Aug. 1845 (Präj. Nr. 1602.) und v. 30. März 1849 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 116. Zus. 1.

In Folge eines entstandenen Zweifels ist indeß durch den Pl. Beschl. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2196.) das Gegentheil angenommen worden.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 116. Zus. 3. und die Erg. zu den §§. 142—144. h. t.

2) In Betreff des Falles, wenn in der Vollmacht auf eine besondere Instruktion Bezug genommen worden, vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Okt. 1851 (Präj. Nr. 2326 a.) in den Erg. zu den §§. 5. u. 6. h. t. Zus. 3.

§. 9. Die Anwendung der Vorschrift des §. 9. fällt fort, wenn, des Mangels der schriftlichen Vollmacht ungeachtet, der Dritte den Machtgeber, sei es wegen hinzugetretener Genehmigung oder aus sonstigen Gründen, auf Erfüllung des mit dem Bevollmächtigten eingegangenen Vertrages hat in Anspruch nehmen können.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1842. (Präj. Nr. 1152.)

Wenn gemäß §§. 142. ff. durch Genehmigung der Handlungen des Bevollmächtigten oder durch Aneignung der Vortheile aus dem Geschäfte der Machtgeber, fehlender schriftlicher Vollmacht ungeachtet, dem Dritten verpflichtet wird, so kann dieser ihn unmittelbar in Anspruch nehmen. Es tritt also dann das Hinderniß des §. 8. nicht ein, und somit kann auch die Folge des §. 9., daß der Bevollmächtigte schadlos halten muß, nicht eintreten. Wollte man den §. 9. anders anwenden, so würde die Sache darauf hinauslaufen, daß der Bevollmächtigte, obwohl durch die hinzugetretene Genehmigung des Machtgebers der Vertrag gegen diesen gültig geworden, der Dritte gegen diesen auch ein günstiges Erk. erstritten hat, dennoch bloß deshalb aufkommen müßte, weil der Machtgeber nichts im Vermögen besitzt; der Bevollmächtigte müßte danach für den Machtgeber als Bürge eintreten, was in den Gesetzen nirgends, jedenfalls nicht im §. 9. bestimmt ist. Nur dafür soll der Bevollmächtigte schadlos halten, daß wegen des Mangels der schriftlichen Vollmacht der Dritte sich nicht an den Machtgeber halten kann, nicht aber dafür, daß der Machtgeber nicht bezahlen kann. (Präj. Samml. S. 76, Entsch. Bd. 9. S. 229.)

Koch meint, daß diese Entscheidung mit dem §. 154. h. t. nicht zu vereinigen sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 7. zum §. 9. h. t.)

§§. 9. 10. Der Vollmachtgeber ist auch dann, wenn ihm der mündlich Bevollmächtigte die von dem Dritten im eigenen Namen gekaufte Sache zum Eigenthum übergeben hat, ohne Cession der Rechte des Bevollmächtigten nicht berechtigt, gegen den Dritten Ansprüche aus dem Geschäfte, z. B. wegen Gewährsmängel, geltend zu machen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Okt. 1854, unter Bezugnahme auf die §§. 9. u. 10. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 192 Nr. 38.)

§. 10. Auch bei Gegenständen über 50 Thlr. ist ein von dem mündlich Bevollmächtigten Namens des Machtgebers mit einem Dritten in gültiger Form geschlossener Vertrag für den Dritten bis zur erfolgten Erklärung des Machtgebers verbindlich, und erhält durch die Genehmigung des Letzteren für beide Theile vollständige rechtliche Wirksamkeit.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1240.) (Präj. Samml. S. 77.)

Ueber die Form der Genehmigung in einem solchen Falle vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2196.) in den Erg. zu den §§. 142—146. h. t.

§§. 10. 18. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 17. April 1848 (Entsch. Bd. 17. S. 184) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 981—987.

§§. 13—17. Wer Vollmachtsaufträge zu übernehmen schuldig sei.

§. 13. Gegen die sogen. Kommissionaire ist schon das R. v. 22. Nov. 1809 gerichtet (Mathis Bd. 8. S. 559). Jetzt ist deren Stellung durch die Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 geregelt.

§§. 13. 19. 61. Die Stellung des Rechtsanwalts als öffentlicher Beamter hindert nicht, ihn, der ihn beauftragenden Partei gegenüber, als deren Bevollmächtigten anzusehen.

Die Manualakten eines Rechtsanwalts sind als eine Sammlung von Schriften und Urkunden, die für die Partei, als Eigenthümerin des Geschäftes, in den Händen des Rechtsanwalts aufbewahrt wird, mithin nicht als dessen Eigenthum anzusehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. April 1844. (Präj. Nr. 1429.)

Es ist nicht zu leugnen, daß die Rechtsanwalte zu den Beamten des Staats — zu den Justizbedienten — gehören, die zur Förderung der Rechtspflege bestellt worden (§. 3. A. G. O. III. 7.), ihr Amt besteht eben darin, daß sie dem Publikum mit ihrer Rechtskenntniß bereitwillige Dienste leisten sollen, insbesondere als Bevollmächtigte in Prozessen (§. 17. ad III. a. a. O.). Das letztere Verhältniß ist ein Privatverhältniß des Vollmachts-Vertrages. Die Verleihung des Amts Seitens des Staats bestimmt nur ihren Stand; die Ausübung fällt in die Sphäre des Gewerbebetriebes, und bestimmt ihr Verhältniß zum Publikum. In ihrer Person vereinigt sich der Stand des öffentlichen Beamten mit der Privatdienstleistung dem Publikum gegenüber, welche letztere als das Wesentliche vorzugsweise in Betracht kommen muß, wenn die Frage entsteht, welche Verpflichtungen dem Rechtsanwalt als Bevollmächtigten rücksichtlich der Manualakten gegen die beauftragende Partei obliegen. — Daß dem Rechtsanwalt die Schriften, die in seinen Manualakten gesammelt sind, als Eigenthum gehören, läßt sich nach seiner Stellung zu der Partei, deren Gerechtsame im Prozesse er wahrnimmt, nicht annehmen. Sie sind für den Zweck der Partei, als Eigenthümerin des Geschäfts, bestimmt. Was insbesondere die von der Partei selbst dem Rechtsanwalte anvertrauten Dokumente betrifft, so ist es klar, daß dem Rechtsanwalt ein Eigenthum daran nicht zusteht. Aber auch in Betreff der Vorladungen, Abschriften, Erkenntnisse und Prozeßschriften ist dies nicht anzunehmen. Sie müssen vielmehr sämmtlich unter einerlei Begriff, als »dem Zwecke der auftragenden Partei dienende und für sie gefertigte Werke«, gestellt werden. Es sind Gegenstände, die als deposita oder asservata in den Händen des Rechtsanwalts für die Partei sich befinden. Nach vollendetem Geschäfte oder bei Niederlegung des Mandats muß der Bevollmächtigte über dessen Ausrichtung Rechnung ablegen (§. 61. A. L. R. I. 13.). Dazu gehört für den Rechtsanwalt auch die Ausantwortung der ihm anvertraut gewesenen Dokumente und die Herausgabe der asservirten Manualakten, die eben jene Nachweise und die für die Partei gesammelten Schriften enthalten. — Ob und wie weit dem Rechtsanwalte ein Retentionsrecht daran zustehe (§. 83. a. a. O.), ob und wie weit er Quittung zu fordern berechtigt sei, — ist eine andere Frage. Die Auslieferung der Manualakten an die Partei ist nicht die Handlung der Uebertragung in ihr Eigenthum, sondern die Handlung der Rückgabe eines anvertrauten Gutes, nicht Uebergang des Rechts von dem Rechtsanwalt auf die Partei, sondern Erfüllung der Pflicht des Depositars (§§. 9. 24. ff. A. L. R. I. 14.). (Präj. Samml. S. 271, Entsch. Bd. 10. S. 136.)

Dagegen sucht Arndts zu zeigen, daß nicht bloß die dem Rechtsanwalte anvertrauten Dokumente, sondern auch die von ihm geführten Manualakten, mindestens aber die in nicht prozessualischen Angelegenheiten, Eigenthum des Rechtsanwalts seien. (J. W. 1845 S. 382.)

Ueber das Retentionsrecht des Rechtsanwalts an den Manualakten vergl. die Erg. zur A. G. O. III. 7. §. 43.

§§. 18. u. 19. Was der Gegenstand eines Vollmachtsauftrages sein könne.

§. 18. 1) Nach §. 18. kann auch die Annahme eines Mandats selbst Gegenstand eines von dem Mandatar einem Dritten ertheilten Auftrages werden, hierbei aber von der Nothwendigkeit einer dazu dem Bevollmächtigten durch den Machtgeber ertheilten Genehmigung nicht die Rede sein.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 39 Nr. 18.)

2) Ist die Vollmacht eines Ehemannes: »in allen Angelegenheiten, in welchen zu den Erklärungen der Ehefrau der ehemännliche Konsens erforderlich sei, diesen zu ertheilen«, rechtsgültig?

Bejahet von dem Appell. Ger. zu Glogau (Datum des Urtels konstirt nicht).

Nach §. 18. h. t. und §. 99. Einl. ist die Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften zugelassen, sofern nicht Ausnahmen ausdrücklich vorgeschrieben worden. Eine solche Ausnahme enthält der §. 31. h. t. und §. 104. Einl. Die Ehe ist zwar ein solcher »Stand«, von dem a. a. O. die Rede, und deshalb findet weder bei der Eheschließung eine Stellvertretung statt, noch können die Rechte des einen Ehegatten auf die Person des anderen willkührlich verletzt werden (§§ 167., 196., 197. A. L. R. II. 1.). Allein die vermögensrechtlichen Bestandtheile der Ehe können nicht nach den für Standesrechte vorgeschriebenen Grundsätzen beurtheilt werden; denn sie sind nicht dem Ehestande eigenthümlich, und deshalb folgen sie den allgemeinen Regeln. Wo es sich daher um Ertheilung des ehemännlichen Konsenses zu einem Rechtsgeschäfte der Ehefrau, das ihre Vermögensrechte allein angeht, handelt, ist auch der Grundsatz des §. 18. h. t. zur Anwendung zu bringen, und der Konsens des Ehemannes kann in diesem Falle auch nicht als ein an seine Person gebundenes Recht (§. 99. Einl.) betrachtet werden, sonst müßten Rechtsgeschäfte unter den Eheleuten selbst überhaupt verboten sein. Eben so wenig ist anzunehmen, daß der Konsens des Ehemannes nur dazu da sei, um die Frau vor sich selbst zu schützen; denn die Frau ist an und für sich eben so selbstständig als der Mann.

Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1855 verworfen, weil die Gesetze nicht vorschreiben, daß eine Vollmacht der gedachten Art die Rechtsgeschäfte der Ehefrau, zu welchen der Bevollmächtigte den Konsens des Mannes solle ertheilen dürfen, speziell bezeichnen müsse.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 95. Nr. 23.)

§§. 20—28. Welche Aufträge nicht übernommen werden sollen.

§. 22. 1) Bei einem Rechtsgeschäfte, wodurch Jemandem der Auftrag, einen Kauf zu vermitteln oder zu Stande zu bringen, gegen Vergütung ertheilt wird, bleiben die Vorschriften von Vollmachtsaufträgen A. L. R. I. 13. Abschn. 1., insbesondere der §. 22. daselbst, letzterer, wenn ein Fall kollidirender Interessen vorliegt, nicht außer Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1687.) (Präj. Samml. S. 77.)

Dieser Grundsatz ist wiederholt ausgesprochen in dem Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 23. März 1852.

(Entsch. Bd. 23. S. 308.)

2) Der Kommissionair, welcher von dem Eigenthümer der verkäuflichen Sache den Auftrag, einen Käufer, und von einem Anderen den Auftrag, eine solche verkäufliche Sache nachzuweisen, unter Zusicherung von durch das Zustandekommen des Kaufgeschäftes bedingten Honoraren angenommen hat, geht seines desfallsigen Anspruchs verlustig, wenn er gegen das Interesse des betreffenden Kontrahenten auch auf den Abschluß des Kaufgeschäftes einwirkt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1856, weil auch in diesem Falle der Grundsatz des Präj. Nr. 1687. v. 30. Jan. 1846 [1]), mithin auch der §. 22. h. t. zur Anwendung kommen müsse. (Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 258 Nr. 61.)

3) Geschäftsagenten und Kommissionaire können nur in soweit zugleich dem Käufer und Verkäufer bedient sein, als ihre eigene Mitwirkung da aufhört, wo die Kollision des beiderseitigen Interesses eintritt.

Sie können daher, wenn der Auftrag des Verkäufers (oder des Käufers) nur dahin gegangen ist, einen Käufer (oder Verkäufer) nachzuweisen, nach Ausführung dieses Auftrages sich der wirklichen Vermittelung des Geschäfts im Auftrage des anderen Theils unterziehen. Haben sie dagegen den Auftrag, zu kaufen (oder zu verkaufen), erhalten, so können sie nicht auch den Auftrag zu verkaufen (oder zu kaufen) übernehmen.

Ein Anspruch auf den versprochenen Mäklerlohn für die Ausführung eines hiernach nicht annehmbaren Auftrages findet nicht statt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1852.

Das Interesse des Verkäufers eines Grundstücks oder irgend eines Gegenstandes kollidirt, namentlich rücksichtlich des zu zahlenden Preises, an sich mit dem Interesse des Käufers, und so weit es auf die Vereinigung beider Theile hierüber, so wie in Betreff der sonstigen Bedingungen des Geschäfts, welche dem einen Theile in dem Maße lästig sind, als sie dem anderen zum Vortheile gereichen, ankommt, muß der Mandatar, welchem der eine Kontrahent

---

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

die statt seiner mit dem anderen Kontrahenten zu bewirkende Unterhandlung übertragen hat, einen von dem letzteren ihm ertheilten, gleichfalls auf diese Unterhandlung gerichteten Auftrag zurückweisen. Dagegen kann er dem Käufer und Verkäufer in sofern bedient sein, als seine eigene Mitwirkung da aufhört, wo die Kollision des beiderseitigen Interesses eintritt, und er kann namentlich, wenn etwa der Auftrag des Verkäufers oder des Käufers nur dahin gegangen ist, ihm einen Käufer oder Verkäufer nachzuweisen, sich demnächst der wirklichen Vermittelung des Geschäfts im Auftrage des anderen Theils unterziehen.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 90 Nr. 20.)

4) Ein Kommissionair, der ein Geschäft zwischen Zweien nach ihren Wünschen vermittelt, kann von Beiden die bedungene Belohnung fordern, indem der §. 22. nur das Verbot der Annahme von Aufträgen verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, enthält.

Erkannt von dem IV. Sen. Ob. Trib. (Datum konstirt nicht). (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 261.)

§§. 23. u. 27. Ein Rechtsanwalt, welcher in der früheren Instanz einer Partei bedient gewesen, kann, wenn er auch das Mandat aufgegeben hat, nicht als Anwalt der Gegenpartei in den folgenden Instanzen oder überhaupt Behufs Einwendung eines ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmittels in demselben Prozeß zugelassen werden; doch bleiben die von ihm für den Machtgeber besorgten Geschäfte nach §. 27. gültig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1837. (Präj. Nr. 359,) (Präj. Samml. S. 271.)

Koch bemerkt, daß das Gleiche aus gleichen Gründen auch für das Separatum gelten müsse, welches nur der zweite Theil des ganzen Rechtsstreites sei, desgl. für den Fall der Abweisung zur Zeit oder angebrachtermaßen. (Landr. Bd. 2. Anm. 20. zum §. 23. h. t.)

§. 27. Ueber das Verständniß des §. 27. bemerken die Gesetzrevisoren:

Der §. 27. hat den Zweifel veranlaßt, wie man sich den Fall des §. 22., »daß nämlich der Bevollmächtigte von verschiedenen Personen, deren Interesse einander entgegen läuft, Aufträge angenommen«, hier denken solle, ob in der Weise, daß die beiden Machtgeber mit einem Dritten kontrahiren wollten, z. B. dieselbe Sache auf einer Auktion erstehen, oder, daß die beiden Machtgeber mit einander kontrahiren wollten, z. B. der eine kaufen, der andere verkaufen. Für den letzten Fall hatte das Ob. Trib. einst angenommen, daß der Bevollmächtigte — ein Kommissionair, der sich für das Zustandebringen eines Kaufkontrakts vom Käufer, so wie vom Verkäufer ein Mäklerlohn hatte versprechen lassen — von keinem der beiden Machtgeber die versprochene Belohnung oder überhaupt eine Vergeltung fordern könne. Diese Entscheidung erscheint durch das bestehende Verbotsgesetz, welches der Bevollmächtigte übertreten hatte, genugsam gerechtfertigt; allein es bleibt die Frage übrig: Was soll hinsichtlich des Hauptgeschäfts unter den beiden Machtgebern Rechtens sein? U. E. kann diese Frage hier gar nicht beantwortet werden; sofern nämlich die Machtgeber das Geschehene genehmigt haben, sind sie aus dieser Genehmigung einander verhaftet; und ohne eine solche Genehmigung kann kein Geschäft zu Stande kommen. Der Bevollmächtigte, welcher von beiden Machtgebern, die mit einander kontrahiren wollen, einen Auftrag angenommen, kann nämlich den Vertrag nicht mit sich selbst abschließen, es kann also kein Geschäft zu Stande kommen, ohne daß er seine Kommittenten zusammenbringt, und Alles, was bis dahin geschieht, sind vorläufige Unterhandlungen. Die Frage, was in dem vorgesetzten Falle unter den Machtgebern Rechtens sei, bedarf daher keiner Antwort, so wie sie ihrer Natur nach nicht beantwortet werden kann; denn die Machtgeber können einer dem anderen nur durch eine der Vollmacht hinzugekommene Thatsache verpflichtet werden. Hieraus ergiebt sich ferner, daß der §. 27. des Tit. auf den Fall, daß zwei Machtgeber mit einander haben kontrahiren wollen, gar nicht bezogen werden kann; nur auf den Fall kann er sich beziehen, wenn jene beiden mit einem Dritten dasselbe Geschäft abschließen wollten. Alsdann sollen die Handlungen des Bevollmächtigten zu Gunsten dessen, für den er das Geschäft besorgt hat, gültig sein, wenn nicht dieser eines Verständnisses mit dem Bevollmächtigten zur Verkürzung des anderen Machtgebers sich schuldig gemacht hat.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 214.)

Vergl. Bornemann's System Bd. 3. S. 406—411, 2. Ausg. Bd. 3. S. 235—237.

§§. 27. 28. Wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers bestreitet, indem er behauptet, daß er nicht im eigenen Namen, sondern im Namen eines Dritten kontrahirt habe, so muß Beklagter diese Behauptung beweisen.

Angenommen von der IV. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammergerichts unterm 1. Nov. 1854. (Präj. Nr. 26.)

§§. 29—36. Personen, welche Aufträge machen und übernehmen können.

§§. 29. u. 32. R. v. 28. Nov. 1825. Unverheirathete Frauenspersonen und Ehefrauen mit Genehmigung ihrer Ehemänner können Vollmachten annehmen, und als Bevollmächtigte überhaupt und namentlich auch zur Erhebung von Geldern aus Depositorien zugelassen werden. (Jahrb. Bd. 26. S. 381, Gräff Bd. 1. S. 52.)

§. 36. Ueber das Verhältniß des §. 36. zum §. 53. A. L. R. I. 6. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 6. §. 53.

§§. 37—84. Rechte zwischen dem Machtgeber und Bevollmächtigten.

§§. 37—48. Von der Befugniß, zu substituiren.

§§. 37. 38. Ist die Substitution ohne Zustimmung des Machtgebers an und für sich für eine solche von den Gesetzen gemißbilligte Handlung zu erachten, deren bloß zufällige schädliche Folgen gemäß §. 13. A. L. R. I. 3. vertreten werden müssen?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 6. Jan. 1844 (Präj. Nr. 1397); denn es sei zwar richtig, daß nach §. 37. h. t. ein Jeder, der einen Auftrag angenommen hat, ihn in der Regel selbst auszurichten verbunden ist; als Folge der eigenmächtigen Substitution sei aber im §. 38. h. t. ein Anderes nicht ausgesprochen, als daß der Bevollmächtigte für die Handlungen und Versehen des Substituten wie für seine eigenen hafte.

(Präj. Samml. S. 205, Entsch. Bd. 9. S. 370.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 2459.

§§. 38—40. Kann der Machtgeber sich auch an den ohne seine Einwilligung bestellten Substituten halten und umgekehrt der Substitut bloß an seinen Konstituenten oder auch an den Machtgeber, mindestens als Geschäftsführer ohne Auftrag oder aus der nützlichen Verwendung?

a) Für zweifelhaft wird die Frage erklärt auf Grund des §. 40. in Hymmens Beitr. Bd. 5. S. 129.

b) Die Gesetzrevisoren dagegen verneinen bestimmt:

Wir sind der Meinung, daß nach der Natur der Sache, so wie nach dem Wortverstande des Ges. weder von Seiten des Machtgebers an den Substituten, noch umgekehrt, von Seiten des Substituten an den Machtgeber ein Anspruch stattfinde. Diese beiden Personen stehen nämlich in gar keinem Vertrags-Verhältnisse zu einander, und deswegen sagt das Gesetz mit Recht: der Bevollmächtigte hafte für die Handlungen und Versehen des Substituten, wie für seine eigenen (§. 38. d. T.). Dem Machtgeber ein eventuelles Klagerecht gegen den Substituten zu geben, wenn der Bevollmächtigte zahlungsunfähig sein sollte, dazu ist aber auch gar keine Veranlassung vorhanden, da derjenige, welcher mit einem solchen Bevollmächtigten kontrahirte, sich dieses selbst beizumessen hat. Nicht einmal von einer Geschäftsführung ohne Auftrag, oder von einer nützlichen Verwendung kann die Rede sein, weil Niemandes Geschäfte ohne Auftrag geführt sind, und keine Verwendung zu Gunsten des Machtgebers stattgefunden hat, da dieser einem Anderen Auftrag gegeben hatte. Das Letztere wird, wenn es irgend zweifelhaft sein sollte, in einem Beispiele vollkommen klar werden. Bekanntlich hatten in den letzten Kriegsjahren manche Dominien wegen der ausgeschriebenen Lieferungen mit Lieferanten Verträge geschlossen; die mit der Lieferung Beauftragten hatten Unterlieferanten angenommen; und wenn nun diese, um die Auseinandersetzung mit ihren Kommittenten zu umgehen, gegen die Dominien, für welche sie geliefert hatten, ex in rem verso klagten, so leuchtete es ein, daß sie abgewiesen werden mußten, denn der Verpflichtete hatte einem Anderen Auftrag gegeben und jene hatten im Namen des Letzteren geliefert, es war nicht mehr ein Geschäft der verpflichteten Dominien, was sie ausgeführt, sondern ein Geschäft ihres Kommittenten, und daher konnte kein Anspruch an die ursprünglich Verpflichteten stattfinden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 217.)

§. 46. Der die Versendung von Waaren gewerbsmäßig übernehmende Spediteur haftet für den von ihm bestellten Frachtführer nicht, wie dieser für seine Leute, unbedingt; vielmehr nur so weit, als ihm bei der Auswahl des Frachtführers ein mäßiges Versehen zur Last fällt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1849. (Präj. Nr. 2248.)

Das A. L. R. II. 8. §. 2459. handelt von Fuhrleuten und hat auf Spediteure keine Anwendung; dieser verpflichtet sich durch den Vertrag nicht, den Transport als Fuhrmann zu bewirken; der Ladeschein begründet eine Ver-

pflichtung gemäß jener gesetzlichen Bestimmung nicht. Ein Spediteur ist ein, dem Publikum bestimmter, in einen gewissen Gewerbebetrieb fallender, Dienste leistender Kommissionair, dessen Geschäft darin besteht, beim Waarentransport das erforderliche Fuhrwerk nicht selbst zu stellen, vielmehr solches zu verschaffen. Das Rechtsverhältniß, in das der Spediteur zu dem, sich der Mitwirkung des Letzteren bei der Waarenversendung bedienenden Absender tritt, fällt in soweit im Allgemeinen in das Gebiet der Vollmacht. Das Geschäft, das der Spediteur übernimmt, besteht seiner Natur nach nur in der Auswahl der den Transport der Waaren besorgenden Personen, hauptsächlich der Fuhrleute, und in der Ueberlieferung der zu versendenden Gegenstände an dieselben, soweit er diese in Empfang genommen hat, so wie in der Abschließung des Frachtkontrakts mit den gedachten Personen nach der ihm vom Absender etwa ertheilten Instruktion.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 25, Entsch. Bd. 20. S. 155.)

Vergl. über dies Präj. Gelpcke in dem Aufsatze: über den Umfang der Haftbarkeit des Spediteurs für den Frachtführer und für den Zwischen-Spediteur.

(In Gelpcke's Zeitschr. für Handelsrecht Hft. 1. S. 34—48.)

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 7. Dec. 1854 erkannt.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 78 Nr. 24.)

§§. 49—53. Von der Pflicht des Bevollmächtigten, die Vorschrift des Machtgebers genau zu befolgen.

§§. 49. 50. Ein Kommissionair, der eine Waare unter dem ihm gestellten Limitum verkauft, ist, wenn der Kommittent den limitirten Betrag einklagt, und jener dafür aufzukommen sich nicht für schuldig achtet, weil das Limitum nicht zu erreichen, der Verkauf aber dennoch vortheilhaft für den Kommittenten gewesen, diese Weigerung als eine Einrede zu begründen und zu beweisen verpflichtet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1848.

(Entsch. Bd. 16. S. 159, Rechtsf. Bd. 3. S. 386 Nr. 189.)

§. 50. Wenn ein Einkaufs-Kommissionair mit del credere auch Auftrag zum Verkauf erhält und übernimmt, dessen Ausführung aber unterläßt, so kann sein Anspruch aus der Einkaufs-Kommission nicht durch den Einwand des Kommittenten, daß der Kommissionair unterlassen habe, die demnächst ertheilte Verkaufs-Kommission auszuführen, entkräftet werden. Vielmehr giebt diese Unterlassung nur Grund zu einem Anspruche auf Schadensersatz, gemäß dem §. 50. h. t., auf welchem, wenn er gehörig substantiirt ist, der Einwand der Kompensation gestützt werden kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1855.

(Entsch. Bd. 33. S. 346.)

§. 53. 1) Nach §. 53. ist anzunehmen, daß ein Kaufmann, welcher einen andern Kaufmann ersucht hat, ihm wegen einer Quantität Waaren, die er zur See beziehen will, bei einem dritten Handlungshause Kredit zu verschaffen und von diesem Handlungshause die Assekuranz des imaginairen Gewinnes besorgen zu lassen, denjenigen, welchen er hierum ersucht hat, auch beauftragt habe, die Versicherung der Waaren selbst von jenem Handlungshause besorgen zu lassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1806.

(Mathis Bd. 3. S. 523.)

2) Der zum Mitbieten und zur Kautionsbestellung autorisirte Bevollmächtigte eines Realgläubigers kann ohne spezielle Ermächtigung mit den Hypothekenforderungen seines Machtgebers Kaution bestellen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 129 Nr. 23.)

§§. 61—64. Von der Rechenschaft, zu welcher der Bevollmächtigte dem Machtgeber verpflichtet ist.

§. 61. 1) Die Befugniß eines Machtgebers, von seinem Bevollmächtigten über die Ausführung des Auftrages Rechenschaft zu fordern, unterliegt der im §. 158. A. L. R. I. 14. wegen der Rechnungslegung aus einer geführten Verwaltung aufgestellten fünfjährigen Verjährungsfrist nicht, sondern es findet hinsichtlich dieses Rechts nur die gewöhnliche Verjährungsfrist statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1839[1]). (Entsch. Bd. 4. S. 341.)

[1]) In der Präj. Samml. S. 81, wo die übrigen Sätze dieses Urtels (Präj. Nr. 606.) gegeben werden, ist dasselbe vom 5. Febr. 1839 datirt.

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Juni 1847 (Präj. Nr. 1892.) dahin ausgesprochen:

Die (in den §§. 158., 159. A. L. R. I. 14. bestimmte) fünfjährige Frist zur Abforderung von Verwaltungsrechnungen findet keine Anwendung auf diejenige Rechenschaft, welche ein Bevollmächtigter nach vollendetem Geschäfte bei einem einzelnen bestimmten Auftrage abzulegen verpflichtet ist, wenn dieser Auftrag auch die Erhebung von Geldern und deren Verwahrung, Verwendung und Auszahlung zum Gegenstande hat.

(Präj. Samml. S. 77, Entsch. Bd. 14. S. 470.)

Auch der I. Sen. des Ob. Trib. ist in dem Erk. v. 11. Juli 1856 derselben Meinung. (Entsch. Bd. 34. S. 364.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §. 158. Zus. 7.

Bielitz ist entgegengesetzter Ansicht.

(Komm. Bd. 3. S. 275 Anm. 3.)

2) Die Rechenschaft, welche ein Bevollmächtigter dem Auftraggeber über die Vollziehung des Auftrages zu geben verpflichtet ist, bringt es nicht mit sich, daß der Bevollmächtigte unter allen Umständen eine förmliche, mit bündigen Belägen versehene Rechnung zu legen, d. h. daß er allemal seine Angaben zu beweisen habe. Denn die §§. 61. u. 62. entscheiden nicht über das Prinzip der Beweislast; vielmehr kommt es in jedem besonderen Falle auf die Beschaffenheit der Rechenschaft und den Gehalt der dagegen gemachten Ausstellungen an, um über die prozessualische Stellung der Angaben und der Einwendungen dagegen zu entscheiden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Febr. 1848.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 389 Nr. 190.)

Das Erk. desselben Sen. v. 20. Nov. 1856 führt, unter Bezugnahme auf das vorstehende Präj., gleichfalls aus, daß der Grundsatz, daß die von dem Verwalter zu legende Rechnung mit Belägen versehen sein müsse, auf die von dem Bevollmächtigten zu gebende Rechenschaft keine Anwendung finde.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 67 Nr. 17.)

3) Der Anspruch auf Ablegung der Rechenschaft über die Ausführung eines Auftrages an die Gesammtheit der Berechtigten kann auch von einem einzelnen Miterben des verstorbenen Machtgebers gegen dessen Bevollmächtigten geltend gemacht werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1850.

(Entsch. Bd. 19. S. 213.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 17. §. 10.

Dieser Grundsatz ist in dem Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1851 (Präj. Nr. 2325.) aufrecht erhalten worden.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3.

4) Der Machtgeber kann unter Umständen den Bevollmächtigten sofort auf Zahlung einer erhobenen Geldsumme belangen, ohne vorher Rechnungslegung über die Ausführung des aufgetragenen Geschäfts zu fordern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1851; da aus dem Rechte des Machtgebers, von dem Bevollmächtigten über die Ausführung des Geschäfts Rechenschaft zu fordern, noch nicht die Pflicht hierzu folge.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 82 Nr. 18.)

5) Auch bei dem sogen. Kommissionsgeschäfte del credere ist der Kommissionair dem Kommittenten nach vollendetem Geschäfte über dessen Ausführung Rechenschaft abzulegen verbunden, und es finden auch auf derartige Geschäfte die Vorschriften, die für den Vollmachtsauftrag gegeben sind, Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1850.

Es liegt in dem Wesen des Mandats — und dazu gehört seinen Grundprinzipien nach auch der Kommissionsvertrag, — daß das Vertrauen, welches der Machtgeber durch den Auftrag seinen Bevollmächtigten beweist, von diesem auch durch Treue gerechtfertigt werde. Dieses Vertrauen bildet die Grundlage des Vertrages, und es folgt daraus von selbst, daß der Bevollmächtigte den Auftrag ohne Zustimmung des Machtgebers nicht benutzen darf, um daraus eigene Vortheile zu ziehen. (L. 20. D. mandati vel contra [17. 1.] u. A. L. R. §§. 62., 63. h. t.). Es ist deshalb auch der Bevollmächtigte schuldig, nach vollendetem Geschäft über dessen Ausführung Rechenschaft abzulegen (§. 61. a. a. O.), und dazu gehört es, dem Machtgeber alle diejenigen Mittel zu gewähren, die zum vollständigen Aufschlusse über die Ausführung des Geschäfts führen können. Daß das sogenannte Kommissionsgeschäft del credere hiervon eine Ausnahme mache, läßt sich weder aus dem Vertrage, noch aus den

Gesetzen rechtfertigen, und es würde eine kaufmännische Observanz, die sich etwa in Beziehung auf ein solches Geschäft wider das Gesetz gebildet haben sollte, nicht zu Recht bestehen können (Präj. Nr. 678. S. 2 der gedr. Ob. Trib. Präj.). Auch bei dem Kommissionsgeschäft del credere bildet der Auftrag die Grundlage des Vertrages, und es gelten dafür, wenn auch mit Modifikationen, soweit diese sich aus der besonderen Natur des Geschäfts ergeben, die Vorschriften des Mandates. Auch in dem Falle, wenn der Kommissionair den Auftrag nur mit der besonderen Verpflichtung übernommen hat, seinem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts von Seiten des Dritten einzustehen, gilt derselbe Grundsatz. Denn dadurch ändert sich im Wesen des Vertrages nichts, und dieser bleibt ein Mandat. Die übernommene Gewähr erscheint nur als eine Bedingung des Vertrages und hat an sich nichts Ungewöhnliches. Der Kommissionair muß seinen Käufer oder Verkäufer kennen, und kann nach seiner Kenntniß von den örtlichen und persönlichen Verhältnissen bei eigener Vorsicht, in der Regel ohne Nachtheil für sich selbst, eine solche Verpflichtung seinem Machtgeber gegenüber wohl eingehen, für welche er überdies entweder nach ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung in üblicher Weise durch eine höhere Provision, oder gewisse Prozente besonders belohnt zu werden pflegt Wenn man in einem von den Kaufmannsältesten attestirten Handelsgebrauche eine zu Recht bestehende Observanz findet, welche, im Widerspruche mit dem Gesetze, bei dem sogenannten Kommissionsgeschäfte del credere den Kommissionair von der ihm wie jedem anderen Bevollmächtigten obliegenden Pflicht einer gehörigen Rechenschaft über die Ausführung des Auftrages entbinden sollte, wozu ohne Zweifel auch die Nennung desjenigen gehört, mit welchem das Handelsgeschäft abgeschlossen ist, so wird dadurch eben sowohl gegen das Prinzip der Mandatstreue überhaupt, als gegen die klaren Vorschriften der §§. 61. ff. h.. t. gefehlt. Bei aller Anerkennung einer besonderen Eigenthümlichkeit des mit einem del credere versehenen Kommissionsgeschäfts kann diese dahin nicht ausgedehnt werden, daß der Beauftragte (Kommissionair) für befugt erachtet werden könnte, den ihm ertheilten Auftrag: »mit Wahrnehmung des vom Auftraggeber gesuchten Vortheils die Gerechtsame dieses Letzteren festzustellen«, dazu zu gebrauchen, gegen das Interesse des Auftraggebers seinen eigenen Vortheil zu suchen, — während der Kommittent es ihm anvertraut, unter Benutzung der Konjunktur für ihn zu kaufen, von dieser ihm dargebotenen Gelegenheit die Anwendung zu machen, daß er die Konjunktur zu eigenem Vortheil gegen den Kommittenten ausbeutet, — sonach also das Gegentheil von dem thue, was ihm anvertraut ist, und daß er hierbei den Kommittenten glauben läßt, er habe für ihn mit einem Dritten gehandelt, während er selbst für sich mit dem Kommittenten handelte. Niemand kann Käufer und Verkäufer in einer Person sein, und der mit An- und Verkauf beauftragte Kommissionair kann deshalb in Ausführung dieser Kommission nicht von sich selbst kaufen oder an sich selbst verkaufen. Geschieht dies, so beruht das Geschäft auf einer Täuschung des Kommittenten, aus der keine Rechte gegen diesen abgeleitet werden können. Allerdings kann eine ertheilte Kommission auch in rechtlichem Wege faktisch zu dem hier erwähnten Resultate führen; das kann aber möglicher Weise nur durch offene Behandlung der Sache, also dadurch geschehen, daß der Kommissionair auf erhaltene Kommission sich dem Kommittenten selbst als Käufer oder Verkäufer anbietet, das Geschäft ihm als ein eigenes offerirt, implicite also damit die Kommission zurückgiebt.

(Entsch. Bd. 20. S. 159.)

Auf demselben Grundsatze beruhen die Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Febr. 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 185.)

Vergl. indeß die Erg. zu den §§. 5. u. 6. h. t. Zus. 1. sub a.

§§. 62. u. 63. 1) Der Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund des erhaltenen Auftrages eine Sache von einem Dritten im eigenen Namen gekauft hat, erwirbt durch die in Folge eines solchen Vertrages an den Bevollmächtigten geschehene Uebergabe der Sache nicht sofort das Eigenthum derselben, sondern erlangt nur das persönliche Recht, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums an ihn zu fordern.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Okt. 1848 [1]). (Präj. Nr. 2052.)

Die Entscheidung gründet sich hauptsächlich auf den Grundsatz des Röm. Rechts, daß wenigstens der Tradent die Absicht gehabt haben muß, das Eigenthum durch Tradition auf den Machtgeber, nicht auf den Mandatar, zu übertragen (L. 13. D. de donat.), und bemerkt dann:

Zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums ist, wo nicht die Gesetze eine ausdrückliche Ausnahme machen, die Uebergabe erforderlich. Damit durch diese Eigenthum übergehe, muß schon nach gemeinem Recht der Tradent an den Empfänger veräußern, und dieser erwerben wollen. Soll Besitz, resp. Eigenthum mittelst eines Bevollmächtigten erworben werden, so ist, damit das Eigenthum auf den Machtgeber übergehe, erforderlich, daß der Tradent nichts Anderes, als dieses beabsichtigte, daß er namentlich nicht den Bevollmächtigten zum Besitzer und Eigenthümer machen wollte. Hiermit stimmt auch das A. L. R. überein, wie sich namentlich aus den §§. 58. u. 45. I. 7. ergiebt. Auch die besonderen Vorschriften vom Vollmachtsvertrage enthalten nichts Abweichendes. Zwar verordnen die §§. 62. u. 63. Tit. 13., daß alle Vortheile, welche aus dem aufgetragenen Geschäfte entstehen, dem Machtgeber zukommen, und daß der Bevollmächtigte den erhaltenen Auftrag nicht dazu benutzen dürfe, sich eigene Vortheile zu verschaffen; dies kann aber nur dahin verstanden werden, daß der Machtgeber gegen seinen Bevollmächtigten einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung der gedachten Vortheile habe, nicht aber geht daraus hervor, daß, wenn der Bevollmächtigte im eigenen Namen eine Sache von einem Dritten erwerbe, der Machtgeber ohne Weiteres Eigenthümer derselben werde. Auch sprechen die §§. 302—304. A. G. O. I. 50. für diese Meinung.

(Präj. Samml. S. 77, Entsch. Bd. 17. S. 19, J. M. Bl. 1848 S. 368.)

Vergl. darüber Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 39. zum §. 62. h. t.

2) Der zur Cession einer Schuldforderung Bevollmächtigte ist nicht befugt, dieses Aktivum wegen einer eigenen Schuld zu verpfänden und damit für sich einem Dritten Sicherheit zu bestellen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1851.

Die Bestimmung des A. L. R. I. 20. §. 15. steht dem nicht entgegen. Die Worte: »soweit Jemand über eine Sache zu verfügen fähig und berechtigt ist«, können nur mit dem Zusatze: »für sich« oder »in eigenem Namen« verstanden werden und ändern nichts in den in den §§. 62., 63. h. t. angegebenen Pflichten des Bevollmächtigten, der die Sache des Machtgebers nur für diesen und in dessen Auftrage besitzt. Daß der §. 15. a. a. O. nur das eigene Recht des Besitzers an der Sache, über die er durch Verpfändung verfügen will, im Auge hat, ergiebt sich daraus, daß das Gesetz sich nicht des Beisatzes »fremde« zur Sache bedient, sondern allgemein von der Fähigkeit zur Pfandbestellung handelt, mithin lediglich die persönliche Fähigkeit des Verpfänders im Allgemeinen bestimmen will, wie auch aus der ganz allgemeinen Fassung des Marginale zu diesem §. hervorgeht. Von der Verpfändung fremder Sachen finden sich die speziellen Vorschriften erst vom §. 73. Tit. 20. an, und es ist dabei nichts davon gesagt, daß Jeder, der eine Sache im Auftrage eines Anderen, und zu einem bestimmten Zwecke, für denselben als Bevollmächtigter besitzt, dieselbe ohne Weiteres für eine eigene Schuld verpfänden dürfe. Es würde dies ein eben so gefährlicher, als mit dem §. 63. Tit. 13. unvereinbarlicher Grundsatz sein. (Entsch. Bd. 22. S. 185.)

3) Wenn der Erwerber eines Grundstücks zur Zeit der Eintragung in das Hypothekenbuch oder der Uebergabe gewußt hat, daß derjenige, von welchem sich sein Titel herschreibt, das Grundstück zwar im eigenen Namen, aber nur auf Grund einer Vollmacht, als Mandatar eines Dritten erworben hat, so muß derselbe dem Machtgeber seines Autors in dem Besitze des Grundstücks weichen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1844. (Präj. Nr. 1418.)

In dem vorausgesetzten Falle würde der Bevollmächtigte gegen die Vorschrift des §. 62. sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vortheile verschaffen, wenn er das für Letzteren erworbene Eigenthum sich anmaßte und es zu seinem eigenen Nutzen ohne Erlaubniß desselben an einen Dritten veräußerte. Er würde sich durch eine solche Veräußerung nur gegen diesen persönlich verpflichtet und in die Lage versetzt haben, daß derselbe die Erfüllung von ihm fordern könnte (§. 154.); daß aber dadurch das Verhältniß zu seinem Machtgeber nicht aufgehoben worden, ergiebt sich gerade aus diesem §., indem er darin als Bevollmächtigter bezeichnet wird, so wie aus der Vorschrift des §. 156. Demnach ist dem Bevollmächtigten gegenüber der Machtgeber als der eigentliche und wahre Eigenthümer anzusehen, und wenn der Dritte diese Thatumstände wußte, so muß der §. 24. A. L. R. I. 10. gegen ihn angewandt werden.

(Präj. Samml. S. 47, Entsch. Bd. 10. S. 113.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 10. §. 24.

Koch weist indeß darauf hin, daß auf dies Präj. der neuere Pl. Beschl. v. 2. Okt. 1848 [1]) (Präj. Nr. 2052.) seine entsprechende Bedeutung ausüben müsse. (Landr. Bd. 1. Anm. 30. zum §. 24. A. L. R. I. 10.)

---

[1]) Früher hatte das Ob. Trib. in den Erk. v. 27. Mai 1842 (Entsch. Bd. 7. S. 368) und v. 28. Okt. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 48. Nr. 25.) angenommen, »daß das Eigenthum einer Sache, welche der Bevollmächtigte auf seinen Namen von einem Dritten erworben hat, sofort und ohne Weiteres auf den Machtgeber übergehe.« Als der III. Sen. von diesem Grundsatze abwich, gelangte die Frage zur Pl. Berathung und es wurde der im Texte gegebene, von dem älteren Prinzip abweichende Rechtssatz angenommen.

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

Das **Plenum** des **Civ. Sen.** des **Kammergerichts** hat in Bezug hierauf unterm 9. März 1853 (Präj. Nr. 52.) folgenden Rechtssatz angenommen:

Ein Bevollmächtigter, welcher für seinen Machtgeber, wenn auch im eigenen Namen, ein Grundstück gekauft und adjudizirt erhalten, und den Besitztitel auf seinen, des Bevollmächtigten Namen in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, kann den Civilbesitz des Grundstücks durch eine diesem Sachverhältnisse entsprechende und von dem Machtgeber akceptirte Erklärung, durch welche er sich der ihm als Bevollmächtigten obliegenden Verpflichtung entledigt, auf den Machtgeber übertragen. Auf Grund einer solchen Erklärung, wenn die Richtigkeit derselben sonst nur bescheinigt ist, muß der Besitztitel auf den Namen des Machtgebers umgeschrieben werden, ohne daß es hierzu des Abschlusses eines Kaufkontrakts zwischen dem Bevollmächtigten und dem Machtgeber bedarf.

4) Ein Lotteriegewinn wird Eigenthum der Ehefrau, wenn dieselbe das Loos gekauft, das Einsatzgeld aber von dem ihr von dem Manne zur Bestreitung der Wirthschaftskosten gegebenen Gelde entnommen hat.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** unterm 7. Dec. 1809, weil die §§. 62., 63. gegen die Ehefrau nicht anwendbar, da der Ehemann ihr nicht aufgetragen habe, in die Lotterie zu setzen.

(Simon's R. Bd. 1. S. 303.)

Koch tritt dieser Entscheidung bei, indem er bemerkt:

Der Auftrag ist der Grund der Erwerbung für den Machtgeber; die Geldmittel, welche der Bevollmächtigte von dem Machtgeber zu einem anderen Zwecke in Händen hatte und zu einem ihm nicht aufgetragenen Geschäfte verwendet, thun dazu nichts. (Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 62. h. t.)

§§. 65—69. Pflichten des Machtgebers gegen den Bevollmächtigten wegen der Schadloshaltung.

§§. 65. 66. 70. 82. 1) Der Bevollmächtigte verliert dadurch, daß er die im Auftrage gekaufte, von dem Machtgeber aber nicht angenommene Waare unter dem Einkaufspreise wiederverkauft, noch nicht seinen Anspruch aus dem Einkaufs-Kommissionsgeschäfte, sondern es kommt darauf an, ob dem Kommittenten aus dem Verkaufe ein Nachtheil erwachsen ist, und er dieserhalb dem Bevollmächtigten einen Entschädigungsanspruch entgegensetzen kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 10. Febr. 1853, auf Grund der §§. 65., 66., 70. u. 82. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 300 Nr. 62, J. M. Bl. 1853 S. 144.)

2) Der Kommissionair del credere ist, nach den Grundsätzen der §§. 65., 82. u. 70. h. t., berechtigt, von dem Kommittenten, in dessen Auftrag er einen Kaufvertrag abschließt, die Zahlung des Kaufpreises, wegen dessen der Dritte sich ausschließlich an ihn halten darf, zu begehren, und, im Falle die Uebergabe der gekauften Sache oder Waare Zug um Zug gegen Erlegung der Kaufgelder bedungen ist, zu verlangen, daß ihm die hierzu nöthige Summe im Voraus überwiesen werde. Deshalb gehört es nicht zu seinen aus der Uebernahme des Auftrages allein schon gesetzlich fließenden Obliegenheiten gegen den Kommittenten, daß er, um die Erfüllung des mit dem Dritten errichteten Kaufvertrages von Seiten des letzteren durch Uebergabe der Sachen oder Waaren herbeizuführen, den Kaufpreis **aus eigenen Mitteln vorschießt**; es muß vielmehr der Kommittent, wenn er den Kommissionair nicht in den Stand gesetzt hat, durch Erlegung des Kaufschillings die Uebergabe der Waare zu bewirken, alle hieraus fließenden nachtheiligen Folgen tragen, für welche er mithin den Kommissionair nicht verantwortlich machen kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 16. Jan. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 179 Nr. 47.)

§§. 65—84. Der Spediteur, welcher einen nur mündlich geschlossenen Speditionsvertrag erfüllt hat, kann seine Ansprüche an den Befrachter mit der Klage aus dem Mandate oder mit der Klage aus einem Vertrage über Handlungen verfolgen.

Erkannt von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 4. Sept. 1851.

Bei der Beurtheilung des Erforderrnisses der schriftlichen Form beim Mandat muß man das Verhältniß des Mandanten zu dem Mandatar von dem des Mandanten zu dem Dritten scharf unterscheiden. Beim Mandat schreibt das Landrecht die schriftliche Form in der Weise vor, daß auf Seiten des Mandanten die Schriftlichkeit verlangt wird, der Mandatar aber nur stillschweigend zu akceptiren braucht. §§. 8—11. h. t. Zu unterscheiden ist weiter in Beziehung auf dieses Erforderniß das Verhältniß des Mandanten und Mandatars zu einander, und das Verhältniß beider zum Dritten, mit welchem der Mandatar gehandelt hat. Für dieses letzte Verhältniß ist das Erforderniß der Schrift von durchgreifender Bedeutung, §§. 8., 9., 10., 142—149 a. a. O. Die Verbindlichkeit des Mandanten dem Mandatar gegenüber ist dagegen, wenn dieser das Mandat ausgeführt hat, von der Beobachtung der schriftlichen Form unabhängig. Der rechtliche Entstehungsgrund der Verpflichtung ist dann lediglich die durch den Mandatar vorgenommene Ausführung des wenn auch nur mündlich ertheilten Mandats; §. 147. a. a. O. Es ergiebt sich hiernach, daß der Spediteur in seiner Eigenschaft als Mandatar aus dem nur mündlich abgeschlossenen Speditionsvertrage gegen den Befrachter als seinen Machtgeber mit der actio mandati contraria in ihrem durch die §§. 65—84. a. a. O. bestimmten Umfange klagen kann. — Wird das Rechtsverhältniß unter den Parteien als ein Vertrag über Handlungen aufgefaßt, dann haftet der Verklagte, der mündlichen Abschließung des Kontrakts ungeachtet, dem Kläger, da dieser die bestimmten Handlungen geleistet hat, nach Inhalt der getroffenen Verabredung. A. L. R. I. 5. §. 165. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 248 Nr. 52.)

§§. 70—79. In wiefern der Bevollmächtigte Zinsen oder Belohnungen fordern könne.

§§. 70. u. 82. Der Bezogene, welcher ohne Deckung akceptirt hat, kann von dem Aussteller der Tratte auch noch **vor** bewirkter Zahlung Befreiung von der durch das Akcept gegen den Wechselnehmer übernommenen Verbindlichkeit, und eventuell Deckung verlangen.

Erkannt von dem **Ob. Trib.** unterm 6. Sept. 1847 (Präj. Nr. 1912.), auf Grund der §§. 70. u. 82. h. t.

(Präj. Samml. S. 199, Entsch. Bd. 15. S. 354.)

§. 72. Was bedeutet der im §. 72. gebrauchte Ausdruck: »Kapitalszahlungen«?

a) Die **Gesetzrevisoren** bemerken:

Man hat die Ansicht aufgestellt, Kapitalszahlung sei die Berichtigung einer größeren Summe, welche für den Bevollmächtigten nach dessen Vermögensumständen als ein Kapital betrachtet werden müsse, und wovon bloße Auslagen (§. 71. d. T.) den Gegensatz bilden sollten. Allein unmöglich kann aus den Vermögensumständen des Bevollmächtigten, welche auszumitteln gar keine Veranlassung vorhanden ist, ein Anhaltpunkt entnommen werden; auch ergiebt der Zusammenhang unzweideutig, daß hier nicht von Summen die Rede ist, welche für den Bevollmächtigten ein Kapital sein würden, sondern von solchen, welche für den Machtgeber ein Kapital sind. Wir wissen in dem vorliegenden Zusammenhange unter diesem Ausdrucke nichts Anderes zu verstehen, als eine zinsentragende Forderung; denn die übrigen Bestimmungen, welche dem Bevollmächtigten in gewissen Fällen Zinsen zusichern, sind von der Art, daß nur noch die Berichtigung einer zinsentragenden Forderung für den Machtgeber eine besondere Erwähnung verdiente; wegen Zahlungen jeder andern Art ist der Mandatar durch die §§. 71. u. 73. d. T. hinsichtlich der Zinsen gedeckt.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 219.)

b) **Bornemann** versteht darunter alle Auslagen, die der Bevollmächtigte gemacht hat, um den Machtgeber von einer Schuld zu befreien, ohne Rücksicht, ob dieselbe zu verzinsen war oder nicht.

(System Bd. 3. S. 415, 2. Ausg. §. 215. S. 240.)

c) **Koch** nimmt an, daß darunter nicht bloß solche Zahlungen zu verstehen, welche auf verzinsliche Schulden des Machtgebers geleistet sind, sondern daß dazu alle Zahlungen gehören, durch welche der Machtgeber von einer Hauptschuld befreit wird, und bemerkt, daß der §. 72. aus der L. 12. §. 9. D. mandati entnommen sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 72. h. t.)

§. 74. 1) Wie verhält sich der §. 74. zu dem §. 874. A. L. R. I. 11.?

a) Die **Gesetzrevisoren** bemerken:

Den §§. 74—79. d. T. zufolge ist die Belohnung beim Vollmachtsvertrage nichts Wesentliches; sie kann vorbedungen werden, ohne den Charakter des Mandats zu verletzen, und sie kann unter Umständen, auch ohne vorbedungen zu sein, gefordert werden. Da das neue Röm. Recht beim mandatum ebenfalls das Versprechen eines Honorars zuläßt, und in gewissen Fällen selbst ohne solches Versprechen ein Rechtsmittel auf Zahlung eines billigen Honorars gestattet, so ist hierdurch im Grunde nichts Neues verordnet. Vergleicht man aber von der andern Seite die Vorschrift: »daß eine unbedungene Belohnung nur soll gefordert werden können, wenn die G. selbst einen Preis für die Ausrichtung des Geschäfts bestimmen, oder wenn diese Art von Geschäften zu des Bevollmächtigten ordentlichem Gewerbe gehört (§. 74. d. T.)« mit dem §. 874. A. L. R. I. 11., wonach eine unbedungene Vergeltung für einen geleisteten Dienst jedesmal soll gefordert werden können, wenn nur eine Freigebigkeit gesetzlich nicht zu vermuthen steht, so scheint dies allerdings im ersten Augenblicke nicht voll-

kommen vereinbar; allein eine störende Kollision ist dennoch nicht vorhanden. Offenbar gehört jene Bestimmung des 11. Tit. ihrem Ursprunge nach der Röm. Theorie von unbenannten Kontrakten an (duo ut facias facio, ut des), die vorliegende Bestimmung des 13. Tit. ist dagegen den Grundsätzen des Röm. Rechts über das mandatum, als einem Konsensualkontrakt, nachgebildet. Da man aber die Röm. Eintheilung der Verträge verlassen und die gewöhnlichsten derselben so aufgefaßt hatte, wie sie im praktischen Leben vorzukommen pflegen, so mußten nothwendig solche Berührungspunkte hervortreten, wie in den beiden vorliegenden Gesetzesstellen. Darin liegt aber keinesweges ein Widerspruch, sondern der Vollmachtsvertrag bildet eine Ausnahme von jenem Grundsatze des 11. Tit. Nun kann allerdings bei dem Auftrage, den Jemand übernimmt, die Aussicht auf eine Belohnung eben sowohl die Hauptsache sein, wie bei jeder andern Dienstleistung; es kann deswegen zweifelhaft werden, ob auch außer den §. 74. d. T. bezeichneten Fällen eine Belohnung gefordert werden könne; allein ganz in derselben Weise konnte es nach Röm. Rechte zweifelhaft werden, ob die Ausführung eines Geschäfts für einen Andern als mandatum, oder als ein unbenannter Kontrakt, facio ut des, anzusehen sei. Solche Zweifel zu beseitigen, muß dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleiben. Seiner Natur nach ist der Vollmachtsvertrag von der Art, daß dabei eine Belohnung unwesentlich ist; man kann nicht jede Ausführung eines Auftrags als eine um Lohn unternommene Handlung betrachten und muß deswegen die Absicht der Freigebigkeit vermuthen, wenn nicht etwa die G. einen Preis für Geschäfte der Art bestimmen, oder deren Ausrichtung zu des Bevollmächtigten ordentlichem Gewerbe gehört. Auch hat die Erfahrung nicht gelehrt, daß eine Vergleichung des §. 74. d. T. mit dem §. 874. Tit. 11. zu Zweifeln oder Irrungen Veranlassung gegeben hätte. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 219.)

b) **Koch** nimmt an, daß der Satz des §. 874. A. L. R. I. 11. auf Vollmachtsverträge nicht Anwendung finde; für diese gelte die besondere Bestimmung des §. 74. h. t.

(Landr. Bd. 1. Anm. 11. zum §. 874. A. L. R. I. 11.)

2) Der §. 74. setzt voraus, daß der Bevollmächtigte die Ausrichtung solcher Geschäfte für Andere als Gewerbe betreibt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 122 Nr. 33.)

§§. 74. 77. Wenn der Verkäufer eines Guts, nach bereits geschlossenem Kaufkontrakt, Jemandem schriftlich zusichert, ein ihm für die Bemühungen bei dem Verkauf, wenn solcher vollständig bewirkt werde, freiwillig versprochenes, belohnendes Geschenk von den Kaufgeldern zu zahlen, so ist dies das Versprechen eines Mäklerlohns und nicht eines belohnenden Geschenks.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. April 1828.

(Simon's R. Bd. 2. S. 139.)

§. 75. Ein mit einer Auktion Beauftragter kann keine versprochenen Unrathsgelder, sondern nicht mehr an Gebühren, als taxmäßig sind, ungeachtet eines höheren Versprechens, fordern.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 22. Mai 1841, auf Grund des §. 75. und des R. v. 30. Mai 1834 (Jahrb. Bd. 45. S. 495), nach welchem die bei Versteigerung von Mobilien bis dahin stattgehabte Erhebung sogen. Unrathsgelder unzuläßig.

(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 663.)

Dagegen hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Aug. 1845 angenommen, daß bei aufgetragenen Versteigerungen von Immobilien die Bestimmung der Belohnung lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien abhänge.

Das R. v. 30. Mai 1834 — ohnehin kein Gesetz — bezieht sich nur auf Versteigerung von Mobilien; der §. 75. h. t. aber findet hier schon aus dem Grunde keine Anwendung, weil es an einer Taxe für Justizkommissarien für den öffentlichen Verkauf von Immobilien überhaupt fehlt, überdies aber dergleichen öffentliche Ausgebote von Immobilien keineswegs zu den Geschäften gehören, zu welchen nur Justizkommissarien bestimmt sind. Demnach muß die Vorschrift des §. 77. maßgebend sein, da auch für Kommissionaire eine bestimmte Taxe für ihre Bemühungen nicht besteht. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 316.)

Koch weist darauf hin, daß der erste Grund dieser Entscheidung seitdem durch das G. v. 11. Mai 1851 §. 9. zum Wegfall gekommen sei, und bemerkt, daß der zweite Grund nicht nöthige, die Voraussetzung des §. 77. als vorhanden anzunehmen, da vielmehr das Gegentheil der Fall sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 48. zum §. 75. h. t.)

§§. 82—84. Pflicht des Machtgebers, den Bevollmächtigten von den gegen Andere übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.

§. 82. 1) Der Mandant ist auch dann verbunden, den Mandatar von den gegen den Dritten bei Ausführung des Auftrags übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, wenn derselbe das Geschäft nicht im Namen des Mandanten, sondern im eigenen Namen abgeschlossen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 297 Nr. 53.)

2) Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 6. Sept. 1847 (Präj. Nr. 1912) in den Erg. zum §. 70. h. t.

§. 83. 1) Das Zurückbehaltungsrecht kann durch förmliche Verpfändung der dem Bevollmächtigten anvertrauten Sachen in ein Pfandrecht verwandelt werden. Darin liegt nicht zugleich eine Beschränkung der Ermächtigung des Kommissionairs zum Verkaufe der Kommissionsgüter aus freier Hand. Die Vorschriften der §§. 28. ff. A. L. R. I. 20. finden mithin auf diesen Fall nicht Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 22. Mai 1848.

(Entsch. Bd. 17. S. 230, 236.)

Nach §. 33. Nr. 8. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 hat der kaufmännische Kommissionair und Spediteur ein gesetzliches Pfandrecht.

Vergl. **Gelpcke**, Abhandl. über das Pfandrecht des Kommissionairs an dem Kommissionsgute. (In dessen Zeitschr. Hft. 2. S. 91 ff.)

2) Ein nicht genannter Gerichtshof nimmt an, daß der Mandatar auf Grund seiner auf Erhebung von Geldern lautenden Vollmacht nicht die Auszahlung seiner eigenen Auslagen aus dem Depositorio fordern kann, sondern daß dazu das Anerkenntniß des Mandanten erforderlich ist.

Der Verf. des Auff. in der J. Z. 1833 S. 1041 sucht dies indeß zu widerlegen.

3) Der zur Prozeßführung bevollmächtigte Rechtsanwalt kann zwar nicht die Herausgabe, wohl aber die Einsicht seiner Manualakten zum Zweck der Kosten-Liquidation von seinem Machtgeber verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 128 Nr. 27.)

4) Ueber das Zurückbehaltungsrecht der Rechtsanwalte Betreffs ihrer Manualakten vergl. die Erg. zur A. G. O. III. 7. §. 43.

Vergl. die Erg. zu den §§. 13., 19., 61. h. t.

§§. 83. 84. Unter dem Ausdrucke: »diejenigen Sachen«, »dergleichen Sachen« sind auch baares Geld und geldwerthe au porteur lautende öffentliche Papiere zu verstehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1835. (Präj. Nr. 96.)

(Präj. Samml. S. 77, J. W. 1836 S. 508, J. Z. 1836 S. 300.)

§. 84. Das dem Machtgeber im §. 84. beigelegte Vorrecht der sechsten Klasse im Konkurse des Bevollmächtigten in Ansehung des Werthes der dem Beauftragten anvertrauten Sachen ist durch die Konk. O. v. 8. Mai 1855 in Wegfall gebracht [1]), weil, wie es in

[1]) Hiernach sind die auf den §. 84. bezüglichen Kontroversen für die Zukunft nicht mehr von praktischer Bedeutung. Dahin gehören:

a) Das Vorzugsrecht der sechsten Klasse steht auch demjenigen, welcher dem Gemeinschuldner Waaren zum Verkauf in Kommission übergeben hat, für die von diesem daraus gelösten und verzehrten Gelder zu.

(Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1838, Präj. Nr. 592, Präj. Samml. S. 78.)

b) Die Streitfrage: ob das Vorzugsrecht der sechsten Klasse auch solchen Forderungen des Machtgebers gegen den Bevollmächtigten zusteht, welche aus der Veruntreuung verzehrbarer Sachen entstanden sind?

Das Ob. Trib. hat, in Anwendung der Präj. Nr. 96. (vergl. in den Erg. zu den §§. 83., 84. h. t.), gleichförmig erkannt, daß die in die Gewahrsam des Mandatars gekommenen Gelder und verzehrbaren Sachen seines Mandanten, welche bei der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ersteren nicht vorgefunden worden, in die sechste Klasse zu lociren. (Erk. v. 27. Nov. 1835, J. W. 1836 S. 508, J. Z. 1836 S. 300, Erk. v. 2. Mai 1836, Entsch. Bd. 1. S. 178, J. W. 1836 S. 562, Erk. v. 15. Aug. 1845, Entsch. Bd. 12. S. 502.) — Diese Ansicht haben auch angenommen: Dr. Jacobi in der Abhandl. in der J. W. 1836 S. 473 ff., Koch, Recht der Ford. Bd. 1. §. 54. S. 586, desgl. die Verf. der Auff. in der J. Z. 1836 S. 111 u. 786. — Eine widersprechende Meinung wollte dagegen das Vorrecht der sechsten Klasse von der Vindikationsfähigkeit der Sachen, wenn sie noch in Natur vorhanden wären, abhängig machen. Vergl. Merkel im Komm. zur A. G. O. §. 288., Grävell Komm. zur A. G. O. Bd. 5. S. 325 §. 206., zum §. 267. I. 50. und S. 446 §. 288 zum §. 456. I. 50., Bornemann's System (1. Ausg.) Bd. 3. S. 416 Anm. 2., die Gesetzrevisoren in den

den Motiven zum §. 80. des Entw. S. 67 heißt, »derjenige, welcher seinem Schuldner persönliches Vertrauen schenkt, auch die Folgen tragen muß, die daraus entstehen, daß er sich geirrt und seine anderweite Sicherung verabsäumt hat.«

§§. 85—149. Rechte zwischen dem Machtgeber und einem Dritten.

§. 85. Was nicht durch Verhandlung des Mandatars mit dem Dritten dem Mandatar bekannt wird, verpflichtet den Machtgeber nicht.

Ist daher dem Mandatar eines Schuldners bekannt geworden, daß die Bedingung einer seinem Mandanten obliegenden Zahlung eingetreten, so kann, in sofern nicht etwa der Berechtigte selbst dem Mandatar diese Anzeige gemacht hat, die Wissenschaft des Mandatars den Schuldner nicht in Verzug setzen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1774.) (Präj. Samml. S. 87.)

§§. 86—88. Ueber das Verhältniß des §. 86. zum §. 88., sowie über den Kollisionsfall, welchen die §§. 86—88. voraussetzen, bemerken die Gesetzrevisoren:

Die §§. 86—89. setzen u. Er. einen Kollisionsfall voraus, der, so wie der Gesetzgeber sich ihn gedacht hat, nicht vorkommen kann. Sie sind bei Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden. Suarez sagt hierüber in der rev. mon.:

ad §. 59. d. Entw. (§. 85. d. T.) tragen einige Monenten darauf an, zu bestimmen, was Rechtens sei, wenn ein und ebendasselbe Geschäft, welches einem Mandatar aufgetragen worden, von diesem mit dem Einem, und von dem Mandanten selbst mit einem Andern vollzogen ward, und wenn beiderlei Verhandlungen zusammen nicht bestehen können, welche derselben gültig sei. Herr v. Goßler hält diese Frage für überflüssig; ich kann Ihm darunter aber nicht beitreten, da der Fall vorkommen kann und nicht so ganz klar ist. Meo voto galt die frühere Verhandlung, sie mag mit dem Mandanten oder Mandatar abgeschlossen sein. Der Mandans aber muß demjenigen, dessen Verhandlung solchergestalt rückgängig wird, sein damnum positivum ersetzen.

Ad marg. ist hierbei bemerkt: der Mandans muß, ehe er abschließt, den Mandatar avertiren, und nicht anders, als sub reservatione abschließen. Hat der Mandatar zur Zeit der erhaltenen Nachricht noch nicht abgeschlossen, so gilt der Kontrakt des Mandanten. Unterläßt der Mandans die Benachrichtigung, und schließt pure ab, ohne seinen Mandatar zu avertiren, so gilt der Kontrakt des Mandatars, und der Mandans muß seinem Kontrahenten das lucrum cessans und damnum emergens ersetzen.

Aus diesen Bemerkungen sind die §§. 86—89. d. T. entstanden, und wenn man zweifeln könnte, wie sich die §§. 86. u. 88. zu einander verhalten, so würde sich hieraus ergeben, daß sie als Regel und Ausnahme nebeneinander stehen, und daß im Grunde §. 88. die Regel, §. 86. aber die Ausnahme bildet.

In unserem Vorschlage ist der Kollisionsfall, so wie er §§. 86. u. 88. d. T. gedacht worden, übergangen, weil die Verträge, deren einer mit dem Machtgeber, der andere mit dem Bevollmächtigten geschlossen worden, sich nicht berühren; sie bestehen nebeneinander, der Machtgeber wird beiden Kontrahenten verpflichtet. Vollkommen klar ist dies, wenn man bloß im Allgemeinen an die Ausführung eines Auftrags denkt, wenn z. B. der Bevollmächtigte ein Darlehn suchen sollte, welches der Machtgeber inzwischen selbst gefunden hätte. Um überhaupt zwei Kontrahenten mit einander in Kollision zu bringen, muß man sich, wie auch der §. 86. ausdrückt, einen und denselben Gegenstand denken, wenn z. B. ein bestimmtes Pferd von dem Machtgeber und von dem Bevollmächtigten verkauft — oder gekauft wäre. Die Kollision, welche unter mehreren Käufern in solchem Falle entstehen kann, liegt aber nicht in den Verträgen, jeder Kontrahent erlangt einen persönlichen Anspruch; die Frage, wer das Pferd bekommen soll, berührt die Erwerbung des Eigenthums, und in dieser Beziehung ist es ebenso anzusehen, als ob mehrere von ein und derselben Person einen rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums herleiteten. Dieser Fall ist im zehnten Titel nach den Ansichten der Mehrheit in der Dep. entschieden. (Der Revisor glaubt, daß auch dieser Kollisionsfall auf einer Täuschung beruht und hat seine Ansicht in den Motiven zu Tit. 10. auszuführen gesucht.) Auf jene §§. 16. u. 18. Tit. 10. mußte folgerecht, sobald es auf die Erwerbung des Eigenthums an einem bestimmten Gegenstande ankommt, hier verwiesen werden. Sollte endlich der Fall so liegen, daß der Machtgeber und der Bevollmächtigte von ein und demselben Dritten einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums an einem bestimmten Gegenstande erlangt hätten, so bestehen wiederum beide Verträge nebeneinander; der Machtgeber wird auf die Erfüllung desjenigen dringen, der ihm der Vortheilhafteste ist, und der Dritte würde auf Erfüllung des andern dringen können, wenn er es nicht gerathener finden möchte, davon abzustehen, indem er nicht doppelt erfüllen kann. — Der Fall endlich, wo die Kontrahirung mehrerer persönl. Rechtsverhältnisse über ein und denselben verboten ist, wie z. B. Niemand auf denselben Gegenstand mehrfache Versicherung nehmen darf (§§. 2000—2008. A. L. R. II. 8.), bedarf hier keiner Berührung; für solche Fälle müssen besondere Vorschriften gegeben werden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 222.)

Vergl. Bornemann's System Bd. 3. S. 427, 2. Ausg. Bd. 3. S. 246 ff.

§. 91. 1) Kann derjenige, welcher sich mit dem Mandatar einlassen will, Vorzeigung der Originalvollmacht verlangen, oder genügt eine vidimirte Abschrift? Sind mithin Behörden, wenn es auf die Prüfung der Legitimation zu einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ankommt, die Produktion der Originalvollmacht oder doch einer beim Abschluß des Geschäfts angefertigten beglaubigten Abschrift zu verlangen befugt und verpflichtet, oder sollen sie die Bezugnahme auf irgend eine beglaubigte Abschrift für zureichend erachten?

a) Grävell verlangt in ersterer Beziehung die Vorzeigung der Originalvollmacht. (Kreditg. Bd. 4. S. 25.)

b) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Zweifel in Betreff dieser Frage entstehen durch die den Gegenstand nicht vollkommen erschöpfenden Bestimmungen hinsichtlich des Widerrufs einer Vollmacht. Während man von der einen Seite behauptet, der Widerruf erfolge durch Zurücknahme der schriftlichen Vollmacht (§. 261. h. t.), deswegen könne nur durch Vorlegung des Originals die erforderliche Sicherheit gegeben werden, daß der Auftrag noch fortbestehe; — entgegnet man anderntheils, nach §§. 162. u. 167. h. t. müsse der Machtgeber dem Richter, oder dem dritten Kontrahenten von dem Widerrufe einer Vollmacht Nachricht geben; dies sei auch ganz angemessen, weil eine Veränderung der Umstände, wie sie durch den Widerruf entstehe, nicht vermuthet werden könne; es komme aber demzufolge nur auf den Beweis an, daß die Vollmacht einmal existirt habe, und dieser werde schon durch die vidimirte Abschrift geliefert.

Es bemerken dieselben ferner, daß nach §. 170. h. t. eine nach geschehenem Widerrufe von dem Bevollmächtigten mit einem Dritten abgeschlossene Verhandlung für den Machtgeber unverbindlich zu sein scheine, selbst wenn die Vollmacht in den Händen des Mandatars zurückgeblieben, und nehmen an, daß in dem supponirten Falle der Richter die Vorlegung des Originals zu fordern habe, weil sich deren formelle Gültigkeit nur dann prüfen lasse, wenn man die Urkunde selbst gesehen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 224.)

2) Wie soll der Dritte, der sich durch Vorzeigung der Vollmacht von der Legitimation des Bevollmächtigten überzeugt hat, in dieser Beziehung den erforderlichen Nachweis führen?

Die Gesetzrevisoren bemerken:

Wir haben darüber im Texte für den Fall, daß der Bevollmächtigte ein Darlehn aufgenommen, die §§. 140. u. 141.; die Vollmacht wird dem Gläubiger eingehändigt. Diese Bestimmungen, welche offenbar hierher gehören, sind zufällig im Texte unter die Rubrik: von stillschweigenden Vollmachten, gerathen; die Veranlassung dazu ist im ungedr. Entw. zu suchen, wo die Bestimmungen, aus denen die §§. 91—97. d. T. entstanden sind, unter den Wirkungen des geschlossenen Vollmachtsvertrages, die §§. 140. u. 141. d. T. aber unter einer ganz abgesonderten, das Verhältniß zu dritten Personen betreffenden Rubrik sich fanden. Bei der Umarbeitung wurden die verschiedenen Vorschriften nach den drei Rücksichten, welche durch das Verhältniß des Machtgebers zu dem Bevollmächtigten, und des Machtgebers, so wie des Bevollmächtigten zu einem Dritten entstehen, schärfer gesondert. Die §§. 140. u. 141. d. T. aber behielten ihren nicht ganz angemessenen Platz. U. Er. kann es nicht dem entferntesten Bedenken unterliegen, dasjenige, was für die Vollmacht zur Aufnahme eines Darlehns vorgeschrieben worden, ganz allgemein zu verordnen.

(a. a. O. S. 225.)

3) Das R. v. 4. Mai 1836 nimmt an, daß die Kündigung eines Pachtkontrakts ungültig sei, wenn sich der Mandatar des Eigenthümers nicht rechtzeitig durch seine Vollmacht dazu legitimirt hat.

(J. M. Akt. I. 1166, Gen. M. No. 88. Fol. 155.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 61. h. t.)

Mot. zur Prior. O. S. 111 und Pens. XIV. S. 221 (wörtlich mitgetheilt in den Entsch. Bd. 1. S. 179 Anm. *), desgl. die Erk. des Stadtger. zu Berlin und des Ob. App. Sen. des Kammerger. in der J. W. 1836 S. 505 ff. u. 562, so wie die Erk. in der J. Z. 1834 S. 1115 und 1836 S. 82.

c) Der Machtgeber hat im Konkurse des Bevollmächtigten das Vorzugsrecht der sechsten Klasse, wenn Letzterer die ihm aufgetragenen Zahlungen nicht geleistet, obgleich er vom Machtgeber durch Anweisung die nöthigen Geldmittel erhalten hat.

(Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Juni 1852, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 347 Nr. 66.)

§. 92. Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Okt. 1851 (Präj. Nr. 2326. a.) in den Erg. zu den §§. 5. u. 6. h. t. Zus. 3.

§§. 98—117. Von Spezialvollmachten.

§. 98. 1) Anwendungen des §. 98. sind folgende Fälle:

a) R. v. 14. Febr. 1820. Wer bevollmächtigt ist, sich nach Gutbefinden, mit oder ohne Vorbehalt, als Erbe zu erklären, kann und muß auch als bevollmächtigt zu Allem angesehen werden, was zu einer Erbeserklärung ohne Vorbehalt erforderlich ist, und die Erklärung eines solchen Bevollmächtigten über die Antretung der Erbschaft ohne Vorbehalt ist rechtsgültig.

(Jahrb. Bd. 15. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 38.)

b) Wer bevollmächtigt ist, die Rechte eines Subhastationsinteressenten wahrzunehmen, ist hierdurch auch ermächtigt zur Abgabe der Erklärungen, wodurch die Licitationsbedingungen festgestellt werden, und es bedarf des besonderen Nachweises, wenn eine Ausnahme hiervon angenommen werden soll.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Jan. 1848. (Rechtsf. Bd. 3. S. 300 Nr. 147.)

c) Vergl. die Erg. zum §. 53. h. t.

2) Die Vollmacht zum Abschluß eines Kaufvertrages schließt die Ermächtigung zur Verabredung von Konventionalstrafen nicht in sich; vielmehr bedarf es zur Gültigkeit einer solchen Festsetzung einer Spezialvollmacht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1844. (Präj. Nr. 4450.) (Präj. Samml. S. 78.)

§. 99. Anh. §. 44. Der §. 44. des Anh. ist aus dem Gutachten der Gesetz-Kommission v. 28. Okt. 1800 (N. A. Bd. 1. S. 415, Rabe Bd. 6. S. 341) entnommen.

§. 100. Um einen erkannten nothwendigen Eid nach dem Tode dessen, dem er auferlegt worden, für geschworen zu erachten, ist es nicht nothwendig, daß von der betreffenden Partei persönlich oder durch einen mit Spezialvollmacht versehenen Stellvertreter die ausdrückliche Erklärung, daß sie den erkannten Eid leisten wolle, abgegeben worden sei; sondern es genügt, wenn von ihrem mit gewöhnlicher Prozeßvollmacht versehenen Mandatar diese Erklärung Namens derselben erfolgt ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1962.) (Präj. Samml. S. 231, Entsch. Bd. 16. S. 485.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 10. §. 379.

§. 101. Die Spezialvollmacht zu einem Vergleiche (§. 102.) legitimirt nicht zu einem Kompromiß, mithin auch nicht zu dem Antrage, gemäß §. 100. des Anh. zur A. G. O. I. 12. §. 20., gleich in der Revisionsinstanz zu entscheiden.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Bescheide v. 14. April 1835. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 68. zum §. 101. h. t.)

§. 102. Der Disponent einer Handlung ist, wenn seine Prokura eine diesfällige Beschränkung nicht enthält, auch Vergleiche einzugehen berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1851, mit Beziehung auf §. 501. A. L. R. II. 8.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 186 Nr. 39.)

§. 103. 1) Eine Aftervermiethung fällt gleichfalls unter den Rechtssatz des §. 103. h. t. Daher ist z. B. eines Miethers Verwalter als solcher nicht ermächtigt, auch nur einen Theil der gemietheten Räume aftermiethsweise abzutreten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1851. (Entsch. Bd. 20. S. 336.)

2) In Betreff der Befugniß des Testamentsexekutors zur Cession von Nachlaßforderungen vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 1. Nov. 1845 (Präj. Nr. 1644.) in den Erg. zum A. L. R. I. 12. §§. 557., 558. Zus. 3. sub d.

§§. 103. u. 104. Ein mit gewöhnlicher Prozeßvollmacht versehener Mandatar ist auf Grund derselben zur Zurücknahme eines von seinem Machtgeber angemeldeten Rechtsmittels ermächtigt, ohne daß es dazu einer Spezialvollmacht bedarf.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1847. (Präj. Nr. 1920.)

(Präj. Samml. S. 231, Entsch. Bd. 15. S. 492, Rechtsf. Bd. 2. S. 272 Nr. 136.)

§. 105. 1) Wenn der natürliche Vater eines unehelichen Kindes, nach erreichtem vierten Lebensjahre desselben, das Kind in eigene Pflege nehmen will und dessen Verabfolgung von der Mutter nicht persönlich, sondern durch einen dazu Beauftragten fordert, so bedarf der Letztere mindestens einer schriftlichen Vollmacht. Wenn ohne solche Vollmacht die Mutter die Verabfolgung des Kindes verweigert, so wird der natürliche Vater von der Verpflichtung der ferneren Alimentenzahlung durch die an die Mutter ergangene Aufforderung, ihm das Kind zu verabfolgen, nicht befreit.

Erkannt vom Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1845 auf Grund der §§. 105., 119., 123. h. t. (Entsch. Bd. 11. S. 341.)

2) R. v. 3. Okt. 1834. Der Mandatar kann im Namen seiner Partei, ohne besondere Vollmacht, Prozeßkosten, also auch die Mandatariengebühren einfordern, in Empfang nehmen und darüber quittiren.

(Jahrb. Bd. 44. S. 393, Gräff Bd. 9. S. 165.)

3) Ist ein Handlungsdisponent durch seine Prokura auch zu Gelderhebungen in Handlungsangelegenheiten ermächtigt?

Das Kammergericht hat in einem von dem Justizmin. erforderten Berichte (Datum konstirt nicht) bejahet, weil sich der Auftrag des Disponenten auf alle in der Prokura nicht ausgenommenen Handlungsgeschäfte erstrecke, und nur in Betreff der Wechselverbindlichkeiten nach A. L. R. II. 8. §§. 497., 501—514., 1945—1946. eine Ausnahme gemacht sei; die Prokura sei daher selbst schon eine Spezialvollmacht für alle Handlungsgeschäfte mit Ausnahme des Wechselverkehrs.

Bornemann tritt dieser Ansicht bei, indem er sich zugleich auf den §. 543. A. L. R. II. 8. stützt.

(System Bd. 3. S. 418, 2. Ausg. Bd. 3. S. 241—242.)

§§. 105. 148. 149. 1) Der Rechtsgrundsatz, daß eine von einem Dritten an einen durch mündliche Eröffnung bezeichneten Bevollmächtigten geschehene Leistung von demjenigen, welcher in dieser Art die Beauftragung erklärte, anerkannt werden müsse, findet auch auf den Fall Anwendung, wenn der Bevollmächtigte nicht zur Abschließung eines Geschäftes, sondern nur zur Empfangnahme einer bereits feststehenden Zahlung dem Dritten mündlich bezeichnet war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1257.)

Die Vorschriften der §§. 147—149. stellen sich als durchaus allgemein gefaßte dar, weshalb ihnen eine Geschäfte aller Art umfassende Wirksamkeit zukommt und ihr Prinzip auch über den Fall hinaus, auf den dasselbe angewandt wird, zur Norm dienen muß. Insbesondere aber ist nicht unterschieden zwischen Vertretungen, zu welchen sonst eine Spezialvollmacht erforderlich, und solchen, bei denen dies nicht der Fall.

(Präj. Samml. S. 78, Entsch. Bd. 9. S. 233.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Nov. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 324 Nr. 76.) in den Erg. zum §. 129. h. t.

§§. 106. u. 239. sqq. Hat die Ehefrau den Wiederverkauf des von ihrem Ehemanne ohne ihre Vollmacht für sie angekauften Grundstückes ausdrücklich genehmigt, so enthält diese Genehmigung zugleich eine rechtsgültige stillschweigende Genehmigung des früheren Kaufvertrages.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 28 Nr. 7.)

§. 108. 1) R. v. 10. April 1820. Es ist nicht nöthig, daß in der Vollmacht, wodurch Jemand zur Erhebung eines Hypotheken-Kapitals bevollmächtigt wird, noch besonders ausgedrückt sei, daß der Bevollmächtigte auch zur Quittungsleistung über das Kapital und zur Einwilligung in die Löschung berechtigt sein solle.

(Jahrb. Bd. 15. S. 39, Gräff Bd. 4. S. 227.)

2) Ist derjenige, welcher zur Einhebung einer Schuldforderung bevollmächtigt ist, dadurch von selbst auch ermächtigt, diese Post an einen Dritten freiwillig zu cediren?

a) Das R. v. 26. April 1806. (N. C. C. Tom. XII. p. 143, Mathis Bd. 3. S. 414, Rabe Bd. 8. S. 514) bejahet, wogegen das R. v. 19. Okt. 1809 (Mathis Bd. 8. S. 368, Rabe Bd. 10. S. 162) jenes aufhebt und verneint, weil jeder Cedent dem Cessionar in verschiedenen Beziehungen verpflichtet werde, der §. 103. h. t. auch zu Cessionen eine Spezialvollmacht erfordere.

b) Die Gesetzrevisoren treten der neueren Meinung der R. v. 19. Okt. 1809 bei; man müsse dies insbesondere annehmen, nachdem in Folge der Dekl. v. 3. April 1824 der Besitzer des Grundstückes auf Grund der Quittung eine im Hypothekenbuche noch ungelöscht stehende Forderung weiter cediren könne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 239.)

c) Koch ist gleichfalls der verneinenden Ansicht; denn Cession und Zahlungsempfang seien wesentlich verschiedene Rechtsgeschäfte und hätten verschiedene Folgen und Wirkungen; zu jedem von beiden aber werde Spezialvollmacht gefordert. (§§. 103. u. 105.)

(Landr. Bd. 2. Anm. 75. zum §. 108. h. t.).

d) Bornemann bemerkt:

Es kommt darauf an, ob von einer Cession an denjenigen, von welchem das Geld erhoben werden soll, oder von einer Cession an irgend einen Anderen die Rede ist. Zu der letzteren kann der Bevollmächtigte aus den in dem R. v. 19. Okt. 1809 angeführten Gründen nicht für befugt erachtet werden. Zu der ersteren dagegen muß ihm die Befugniß zugestanden werden, wenn nämlich, wie sich von selbst versteht, der Zahlungsleister eine von dem Schuldner verschiedene Person ist. Denn ein solcher Zahler kann die Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner nach §. 50. A. L. R. I. 16. fordern. Was aber auf Verlangen des Zahlenden erfolgen muß, muß auch von dem Bevollmächtigten bewirkt werden können, zumal der Cessionar in diesem Falle für die Richtigkeit und Sicherheit der Forderung nicht haftet.

(System 2. Ausg. Bd. 3. S. 245.)

§. 109. Die Vollmacht eines Ehemannes: »in allen Angelegenheiten, wo zu den Erklärungen seiner Ehefrau sein ehemännlicher Konsens erforderlich, diesen zu ertheilen«, ermächtigt den Mandatar auch zu dem Konsense in eine von der Ehefrau erklärte Schenkung an einen Dritten, und insbesondere kann die Ehefrau aus dem Rechte ihres Mannes, wegen Mangels der Spezialvollmacht, keinen Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit der von ihr erklärten Schenkung herleiten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 95 Nr. 23.)

Vergl. die Erg. zum §. 18. h. t. Zus. 2.

§§. 110—117. Form der Spezialvollmachten.

§. 115. u. Anh. §. 45. 1) Genügt bei den zu gerichtlichen Verhandlungen nöthigen Spezial-Vollmachten ein Anerkenntniß der Unterschrift, oder ist eine dem Inhalte nach anerkannte Vollmacht zu verlangen?

Die Gesetzrevisoren nehmen Ersteres an.

Denn die A. G. O. II. 3. §. 26. und Thl. III. Tit. 7. §§. 75—77. kennt bloße Rekognitionen nur in Beziehung auf die Unterschrift, und mit der Wirkung, daß die Urkunde nachher nicht mehr diffitirt werden kann; gerichtliche Anerkenntnisse des Inhalts, oder sogenannte Verlautbarungen, kennt die G. O. nicht als eine von der gerichtlichen Aufnahme des Vertrags in den Wirkungen wesentlich verschiedene, sondern nur als eine Form, welche jene andere — die gerichtliche Aufnahme vertreten soll (A. G. O. I. 10. §§. 124—126., II. 1. §. 3. u. Anh. §. 413., Tit. 3. §§. 21—23.). Gerichtlich aufgenommene und gerichtlich verlautbarte Urkunden stehen in den Wirkungen einander gleich, und wenn daher der Text im §. 115. einer gerichtlich ausgestellten Vollmacht die anerkannte entgegengesetzt, so kann man darunter keine andere verstehen, als eine solche, welche nach der A. G. O. II. 3. §. 26. u. III. 7. §§. 75—77. mit einem Rekognitionsatteste versehen ist. Der Sprachgebrauch im §. 126. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. berechtigt zu keiner andern Auslegung, weil die Bedeutung, welche den Ausdrücken dort beigelegt worden, durch die beiden vorhergehenden §§. veranlaßt ist; auch dort nicht gerichtlich ausgestellte (als wozu auch die verlautbarten gehören), sondern gerichtlich aufgenommene Urkunden den anerkannten gegenüber gestellt sind. Vollends unbedenklich muß es nach Erscheinung des G. v. 23. April 1821 (G. S. 1821 S. 43) erachtet werden, daß ein Anerkenntniß der Unterschrift genüge, da der §. 1. dieses G. überhaupt nur ein solches Anerkenntniß statt der früher erforderlich gewesenen Verlautbarung oder Bestätigung verlangt. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 229.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System Bd. 3. S. 420, 2. Ausg. Bd. 3. S. 243 Anm. 1.) und Grävell (Kreditges. Bd. 4. S. 31.)

2) In Betreff der im §. 115. gedachten gerichtlichen oder notariellen Vollmachten besteht kein Unterschied zwischen den im Inlande und den im Auslande aufgenommenen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1857.

(Entsch. Bd. 35. S. 36, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 62 Nr. 15.)

3) Ueber die Form der Vollmachten der Ehefrauen für ihre Ehemänner vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 198—201.

4) Der §. 45. des Anh. ist aus den R. v. 28. Sept. 1795 (N. C. C. Tom. IX. p. 2631, Rabe Bd. 3. S. 150) und v. 9. Aug. 1802 (R. A. Bd. 2. S. 453, Rabe Bd. 7. S. 202) entnommen.

5) R. v. 20. Nov. 1840. Die Ausnahme des §. 45. des Anh. tritt auch dann ein, wenn die Vollmachts-Verhandlung einer Innung von dem Beisitzer des Magistrats aufgenommen und von dem Magistrat ausgefertigt worden ist, unter dessen Oberaufsicht die Innung steht. (J. M. Bl. 1840 S. 391.)

§. 116. Der §. 116. ist aufgehoben durch den §. 2. des G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte, welcher bestimmt:

Es können fortan auch von einem Notar aufgenommen werden: Vollmachten zur Erhebung von Sachen und Geldern bei Gericht. Der §. 116. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. wird aufgehoben, dagegen bleibt der §. 571. Tit. 12. in Kraft. (G. S. 1845 S. 495.)

§. 117. und Anh. §. 46. 1) Was versteht der §. 117. unter einem »gerichtlich beglaubigten« Notarius?

Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Der §. 117. fordert für Ausländer eine von einem gerichtlich beglaubigten Notar attestirte Vollmacht. In der Lateinischen Uebersetzung des A. L. R., welche im Jahre 1800 veranstaltet wurde, ist dies auf folgende Weise wiedergegeben: „Si accipiens est extraneus, mandatum sufficit, quod attestatus est notarius in judicio immatriculatus." Daraus hat man den Schluß ziehen wollen: der Ausdruck: »gerichtlich beglaubigter Notar« sei auf die in vielen vormaligen Reichsländern erforderliche Immatrikulation der von den Pfalzgrafen kreirten Notarien zu deuten. Aus den Materialien des A. L. R. läßt sich über den Sinn des Gesetzes keine bestimmte Auskunft erlangen; der §. 117. ist nach der letzten Umarbeitung des Entwurfs eingeschoben, aus dem Grunde, weil in manchen auswärtigen Ländern schlechterdings keine andere Vollmachten, als coram notario et testibus ausgestellt würden. Erwägt man indeß, daß für die erfolgte Immatrikulation eines Notars kein erkennbares Zeichen vorhanden ist, als die Vergleichung mit der Matrikel, welche natürlich ein Fremder, der die Vollmacht an einem andern Orte zu Gesichte bekommt, nicht anstellen kann, so ist wohl als unbedenklich anzunehmen, daß die Verfasser des A. L. R. an eine unter der Urkunde befindliche gerichtliche Bescheinigung, daß der Notar als solcher bestellt und zu Handlungen der Art befugt sei, gedacht haben. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 230.)

2) Das R. v. 18. April 1823 (Jahrb. Bd. 21. S. 274) hatte die gerichtliche Legalisation der im §. 117. gedachten Spezialvollmachten auch für inländische Notarien in den Landestheilen, wo die A. G. O. und das A. L. R. nicht gilt (Rheinlande und Neuvorpommern) vorgeschrieben. Dies ist aber durch das R. v. 4. Mai 1839 (J. M. Bl. 1839 S. 183) wieder abgeschafft worden.

3) C. R. v. 23. Febr. 1843 nebst K. O. v. 14. ej. m. Der §. 117. hat nicht die Eigenschaft des Ausstellers der Vollmacht, als Ausländer, sondern den Umstand, daß die Ausstellung der Vollmacht im Auslande geschehen ist, im Auge gehabt, und ist daher auch auf die von Inländern im Auslande ausgestellten Vollmachten zu beziehen.

(J. M. Bl. 1843 S. 58.)

4) Der §. 46. des Anh. ist dem R. v. 17. Nov. 1800 (Rabe Bd. 6. S. 359) entnommen:

Dazu:

a) R. v. 26. Febr. 1842. Der §. 46. des Anh. ist auf die von den Preuß. Gesandten und Residenten ausgestellten Vollmachten zu beschränken.

Dies entspricht sowohl dem Wortsinn, als auch der unzweifelhaften Absicht des Gesetzes, die dahin geht, den im Auslande befindlichen Preuß. Unterthanen die Bestellung von Bevollmächtigten zum Betriebe ihrer heimathlichen Rechtsangelegenheiten möglichst zu erleichtern. Keinesweges aber ist es die Absicht gewesen, den Gesandten rc. im Allgemeinen die Befugniß zur Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit beizulegen; wie insbesondere auch daraus erhellt, daß in weiterer Ausdehnung des angeführten §. 46. durch den Allerh. Befehl v. 11. Nov. 1829 den Konsuln und Konsular-

Agenten in den überseeischen Ländern ebenfalls nur die Befugniß ertheilt ist, den gerichtlichen gleich zu achtende Vollmachten Preuß. Unterthanen aufzunehmen und zu attestiren.

Daß die von ausländischen Behörden oder Beamten aufgenommenen oder beglaubigten zum Gebrauch vor inländischen Gerichten bestimmten Urkunden von dem betreffenden diesseitigen Gesandten rc. legalisirt sein müssen, berechtigt nicht zu der Folgerung, daß die Gesandten dergleichen Urkunden selbst aufzunehmen oder zu beglaubigen befugt seien, da die Legalisation sich nur darauf bezieht, daß die Urkunde wirklich von der unterzeichneten Behörde ausgestellt, und daß diese zur Ausstellung befugt sei. (J. M. Bl. 1842 S. 95.)

b) Das R. v. 30. Mai 1823, welches, in Verbindung mit dem Schreiben des Min. der ausw. Ang. v. 18. ej. m., die Form der von den Gesandtschaften auszustellenden Atteste auf Vollmachten angiebt, nimmt an, daß der §. 46. des Anh. sich nur auf die Vollmachten diesseitiger Unterthanen bezieht.

(Jahrb. Bd. 21. S. 269, Gräff Bd. 1. S. 53).

Vergl. auch das oben zu a. mitgetheilte R. v. 26. Febr. 1842.

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 80. zum §. 46. des Anh.)

c) Der §. 46. des Anh. ist dahin zu verstehen, daß eine im Auslande vor einem Preuß. Gesandten oder Residenten von einem Preuß. Unterthan ausgestellte Vollmacht die Stelle einer gerichtlichen oder notariellen Vollmacht vertreten könne; keineswegs aber verlangt derselbe zur Gültigkeit der Vollmacht Beides, die gerichtliche oder notarielle Form und das gesandtschaftliche Attest.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1857.

(Entsch. Bd. 35. S. 36, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 62 Nr. 15.)

5) K. O. v. 11. Nov. 1829.

Ich will auf Ihren gemeinschaftlichen Antrag v. 31. v. M. Meinen Konsuln und Konsular-Agenten in den überseeischen Ländern die Befugniß ertheilen, den gerichtlichen gleich zu achtende Vollmachten Meiner Unterthanen aufzunehmen und zu attestiren. (G. S. 1830 S. 2.)

6) Ueber die Glaubwürdigkeit der Verhandlungen und Urkunden der Preuß. Konsulate in der Türkei, der Moldau und Wallachei vergl. das R. v. 27. Juli 1846. (J. M. Bl. 1846 S. 144.)

§. 118. Von Generalvollmachten.

1) R. v. 19. März 1798. Generalbevollmächtigte, welche nicht als Rechtsanwalte angestellt sind, sind zu solchen gerichtlichen Handlungen, zu welchen außer den in §§. 119—122. h. t. benannten Personen nur ein Rechtsanwalt zugelassen werden soll, berechtigt.

(Stengel Bd. 6. S. 288, Rabe Bd. 5. S. 79.)

2) R. v. 2. Febr. 1818. Dies bezieht sich aber nur auf Celebrirung von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; zur Führung von Prozessen aber sind dergleichen General-Bevollmächtigte nicht befugt. (Jahrb. Bd. 11. S. 14, Gräff Bd. 2. S. 56.)

3) R. v. 27. April 1837. Ist der General-Mandatarius Rechtsanwalt, so kann er doch nicht bei anderen Ger., als bei welchen er angestellt ist, für seinen Mandanten Prozesse führen oder prozessualische Handlungen vollziehen, mithin auch nicht in Subhastationsprozessen und Kaufgelder-Vertheilungsverfahren seinen Machtgeber vertreten. (J. W. 1837 S. 372.)

4) Der Generalbevollmächtigte, dessen Vollmacht mit auf Wahrnehmung der Gerechtsame des Mandanten in Prozessen gerichtet ist, ist auch dann, wenn die Vollmacht die Befugniß zu substituiren, nicht ausdrücklich enthält, zur Substitution eines der bei dem Ob. Trib. angestellten Rechtsanwalte zur Wahrnehmung der Gerechtsame seines Mandanten in den bei dem Ob. Trib. schwebenden Prozessen befugt, weil zu einer solchen Substitution keine Spezialvollmacht erforderlich ist, und der General-Mandatar das Geschäft nicht in Person wahrnehmen kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juli 1848. (Präj. Nr. 2033.) (Präj. Samml. S. 78, Entsch. Bd. 16. S. 510.)

5) Muß die Generalvollmacht die Geschäfte aufzählen, zu denen nach den Gesetzen eine Spezialvollmacht erforderlich ist, oder genügt eine Bezugnahme auf das A. L. R., etwa in der Art, daß der Bevollmächtigte Alles zu thun befugt sein solle, wozu das Gesetz eine Spezialvollmacht erfordere?

Ersteres nehmen an:

a) das Justizmin. in dem R. v. 30. April 1819.

(Act. Gen. No. 13., Dekl. des A. L. R. betr. Vol. I. Fol. 289—291.)

b) die Gesetzrevisoren auf Grund der A. G. O. II. 3. §. 15. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 229.)

c) Bornemann, welcher zugleich aus den Materialien nachweist, daß dies auch Suarez Ansicht gewesen.

(System Bd. 3. S. 419, 2. Ausg. Bd. 3. S. 242.)

d) Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 85. zum §. 118. h. t.)

6) Ist eine Vollmacht, worin dem Bevollmächtigten die Befugniß ertheilt wird, Gegenstände aller Art zu verkaufen, zu verpachten und zu vermiethen, zum Verkauf eines dem Machtgeber gehörigen Grundstücks für genügend zu erachten?

Bornemann theilt mit, daß das Kammergericht, unter Beitritt des Justizmin., verneint habe, weil, wenn sich gleich aus den gebrauchten Worten auf die Absicht des Machtgebers mit ziemlicher Gewißheit schließen lasse, doch in Fällen, in denen eine Spezialvollmacht erforderlich ist, die Befugniß des Bevollmächtigten nicht bloß gefolgert werden dürfe, sondern expressis verbis ausgesprochen sein müsse.

(System Bd. 3. S. 419, 2. Ausg. Bd. 3. S. 242.)

Koch ist derselben Ansicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 85. zum §. 118. h. t.)

§§. 119—128. Von vermutheten Vollmachten.

§. 119. 1) R. v. 8. Okt. 1836. Als präsumtive Bevollmächtigte sind außer den Ascendenten und Descendenten, Eheleuten, Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Schwägern und Schwägerinnen unbedenklich alle diejenigen Anverwandten zuzulassen, die bis zum dritten Grade der Seitenlinie einschließlich mit einander verwandt sind, und außerdem auch die Geschwisterkinder ersten Grades, und eben so kann des Vaters oder der Mutter Bruder durch seinen Neffen und umgekehrt der Neffe durch seinen Oheim vertreten werden.

(J. W. 1836 S. 833.)

Das R. v. 9. Okt. 1840 wiederholt diese Ansicht und bemerkt:

Die Vertretung einer Partei ist auch durch deren Oheim zuläßig, denn wenn eine Partei befugt ist, sich durch ihren Bruder oder Schwestersohn vertreten zu lassen — §. 119. h. t. und A. G. O. I. 3. §. 25. —, so muß auch umgekehrt die Zulassung des Oheims für Neffen und Nichte zuläßig sein. Die V. v. 9. Febr. 1817 und 16. Juni 1834 schließen diese Anwendung der bezogenen Gesetzstellen nicht aus. (J. M. Bl. 1840 S. 337.)

Gegen diese Meinung vergl. Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 462, Landr. Bd. 2. Anm. 86. zum §. 119. h. t.), weil das Institut der präsumtiven Vollmacht keiner Ausdehnung fähig sei.

§§. 119. 124—128. 1) Der Fall einer vermutheten Vollmacht zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts wird nicht allein durch das persönliche Verhältniß des Vertretenden zu dem Vertretenen (als Ehegatte u. s. w.), sondern insbesondere auch dadurch bedingt, daß das Geschäft keinen Aufschub erleidet. (§. 119.)

2) Nur wo diese Bedingung zutrifft, kann aus der Nichterklärung des benachrichtigten Vertretenen innerhalb der Akceptationsfristen die Genehmigung desselben hinsichtlich des Geschäftes gefolgert werden. (§§. 124—128.)

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. März 1849.

Die Vorschrift des §. 119. hat etwas Unbestimmtes in zwiefacher Beziehung, nämlich einmal darin, daß es heißt, ein Ehegatte müsse in solchen Fällen auch ohne ausdrückliche Vollmacht zugelassen werden, was bei Verträgen keinen rechten, und vielmehr nur Sinn hat bei prozessualischen und dergl. einseitigen Handlungen; oder bei Verträgen allenfalls nur dann, wenn es sich um Akceptation einer Proposition oder um Erfüllung einer Bedingung handelt. — Die zweite Unbestimmtheit besteht darin, daß es schwer abzusehen ist, wie der Dritte, der sich mit dem vermutheten Bevollmächtigten einläßt, beurtheilen soll, ob es sich um einen Fall handle, der keinen Aufschub leide, da dies eine nur das Verhältniß zwischen dem präsumtiven Machthaber und Machtgeber berührende Frage ist. Das Gesetz hat aber ausdrücklich ein präsumtives Mandat auf die Unaufschiebbarkeit des Falles beschränkt, und es ist unzuläßig, das Institut über seine Grenze hinaus auszudehnen. Wer sich aber auf das Vorhandensein dieser Unaufschiebbarkeit beruft, hat dies zu beweisen.

(Entsch. Bd. 18. S. 207.)

§. 120. 1) Einzelne Mitglieder einer Dorfgemeinde sind auf den Grund einer vermutheten Vollmacht für die Gemeinde in Prozessen aufzutreten befugt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1851 auf Grund der §§. 119., 120. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 212 Nr. 44.)

2) Vergl. die V. v. 5. Mai 1838 §. 3. Litt. a. und dazu den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 13. Dec. 1841 (Entsch. Bd. 7. S. 228) in den Erg. zur A. G. O. I. 13. §. 44.

§. 121. Der §. 121. ist in Folge der aufgehobenen Gutsunterthänigkeit obsolet geworden.

§. 122. 1) R. v. 24. Dec. 1838. Ein Pächter hat in Beziehung auf die Gerechtsame der verpachteten Sache jedenfalls zugleich die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verwalters (A. L. R. I. 21. §§. 12. 434.) und gehört deshalb nach §. 122. h. t. zu denjenigen Personen, welche ein mandatum praesumtum für sich haben, mithin auch als Bevollmächtigte ihres Prinzipals im Prozesse zugelassen werden müssen. (Jahrb. Bd. 42. S. 476, Gräff Bd. 12. S. 17.)

Dagegen vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 122. h. t.

2) R. v. 6. Nov. 1831 u. v. 10. Mai 1834. In Rechtsangelegenheiten werden Hausoffizianten nur dann als präsumtive Bevollmächtigte ihrer Herrschaft angesehen, wenn ihnen der Betrieb der Rechtsangelegenheiten derselben als ein Theil ihrer Dienstgeschäfte ein- für allemal übertragen worden, oder wenn der Prozeß ein ihnen in jener Eigenschaft anvertrautes Geschäft betrifft.
(Jahrb. Bd. 40. S. 425 u. Bd. 43. S. 479, Gräff Bd. 6. S. 230 u. Bd. 8. S. 152.)

§§. 126. 127. Vergl. A. L. R. I. 4. §. 61.

§§. 129—141. Von stillschweigend ertheilten Vollmachten.

§§. 129. 130. 1) Wird der Aussteller eines den Empfang der Valuta bekennenden Schuldscheines, der diesen einem Dritten mit dem mündlichen (oder stillschweigenden) Auftrage zur Erhebung der darin verschriebenen Summen übergiebt, durch die an diesen Dritten erfolgende Zahlung der Valuta verpflichtet?

Verneint von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. März 1844.

Die Ansicht, welche annimmt, daß im §. 129. von Einziehung der in einem Schuldscheine verschriebenen Summe für den Gläubiger durch einen Dritten, welchem von jenem das Instrument quittirt anvertraut worden, die Rede sei, während der §. 130. den Fall der Erhebung der verschriebenen Geldsumme für den Schuldner unterstelle, in Absicht dessen das Schuldinstrument von dem Schuldner anvertraut worden, auch zur Einziehung der Darléhnsvaluta befugt sein solle, ist unrichtig. Es kann die Frage: ob der Bevollmächtigte, welcher sich im Besitze der von dem Machtgeber selbst ausgestellten Schuldverschreibung befindet, noch einer besondern Vollmacht zur Erhebung der darin verschriebenen Valuta bedarf, aus den §§. 129. u. 130. nicht beantwortet werden. Es ist irrig, daß nur der §. 129. den Fall eines von dem Gläubiger ausgegangenen Mandats zur Einkassirung ausstehender Schulden unterstelle, der §. 130. aber als Machtgeber den Schuldner supponire, der durch einen Dritten für sich die Darlehnsvaluta erheben läßt. Beide §§. berühren lediglich nur das Verhältniß des Gläubigers, was schon das Anfangswort des §. 130. »hingegen« andeutet, als den Gegensatz von dem §. 129. dahin bezeichnend, daß die Quittung über eine zu bezahlende Summe in den Händen eines Dritten die Stelle einer Vollmacht Seitens des Quittungsleisters vertreten soll; durch den §. 130. hat hauptsächlich ein im gewöhnlichen Verkehr des bürgerlichen Lebens täglich sich wiederholender Fall vorgesehen werden sollen. Dagegen widerstreitet es allen Rechtsgrundsätzen, den Schuldschein bezüglich auf den Schuldner einer Quittung im gesetzlichen Sinne gleichzustellen, und vermöge dieser Fiktion den §. 130. auch auf den Schuldner, der das auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lautende Schuldinstrument, bevor es an diesen gelangt, einem Dritten anvertraut hat, anzuwenden, und diesen Dritten zur Einziehung der Valuta für bevollmächtigt zu achten. Zur Vollständigkeit eines Schuldscheins gehört zwar nach §. 130. A. L. R. I. 11. das Bekenntniß der empfangenen Valuta unter deutlicher Bestimmung, worin selbige bestanden habe, und Angabe der Münzforte, in welcher sie gezahlt worden, der Schuldner muß also schriftlich bekennen, die Darlehnsvaluta bezahlt erhalten zu haben, und dies wird in der Sprache des gemeinens Lebens auch wohl »Quittiren« genannt. Allein ein derartiges Bekenntniß der empfangenen Valuta ist keine Quittung im gesetzlichen Sinne. Gemäß §. 86. A. L. R. I. 16. ist nur der, welcher Zahlung geleistet hat, von dem Gläubiger eine Quittung, d. h. ein schriftliches Bekenntniß der empfangenen Zahlung zu fordern berechtigt. Zahlung ist eine Art der Tilgung einer obligatio, die durch Erfüllung oder Leistung dessen, worauf jene gerichtet ist, und in specie nun die Erfüllung durch Geld oder geldgleiche auf jeden Inhaber lautende Papiere geschieht (§. 28. a. a. O.). Eine Quittung im gesetzlichen Sinne ist daher eine über die geschehene Erfüllung einer bestandenen Verbindlichkeit von dem berechtigten Empfänger ertheilte Bescheinigung. Durch die Ausstellung eines Schuldscheins wird aber keine Verbindlichkeit erfüllt, im Gegentheil eine solche von dem Schuldner erst kontrahirt. Die im §. 87. a. a. O. angegebenen Requisite einer Quittung lassen auf Schuldscheine auch nicht einmal eine analoge Anwendung zu, und es ist um so ungehöriger, diese Desiderate reinen Chirographis anpassen zu wollen, da in diesen der Natur der Sache nach von einer schon getilgten Schuld nicht die Rede sein kann. Zur Aufnahme eines Darlehns ist nach §. 105. h. t. eine Spezialvollmacht nothwendig. Daß von dieser Vorschrift durch den lediglich das Verhältniß des Kreditors zu dem das Geld von dem Schuldner erhebenden Dritten berührenden §. 130. keine Ausnahme hat gemacht werden sollen, kann nach dem Vorhergehenden nicht zweifelhaft sein. (Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 1 ff.)

2) Derjenige, welcher einen Andern, unter Aushändigung eines Schuldscheines, mündlich beauftragt hat, die Valuta dieses Schuldscheines von dem Schuldner zu erheben, kann dem Letzteren, welcher hierauf, gegen Aushändigung des Schuldscheines, die Zahlung an den mündlich Beauftragten geleistet hat, nicht den Einwand des Mangels einer schriftlichen Vollmacht entgegensetzen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1854, gegen die konformen Urtel des Stadtgerichts zu Berlin und des Kammergerichts, welche angenommen hatten, daß die mündliche Vollmacht nicht genüge, um den Zahlenden zu schützen, da der Ausnahmefall der §§. 148., 149. h. t. nicht vorliege.

Das Ob. Trib. führt aus:

Nach den im §. 129. h. t. gebrauchten Worten: »noch nicht« berechtigt zwar der bloße Besitz des Schuldscheins nicht, an dessen Inhaber zu zahlen; in dem Falle jedoch, wenn außerdem ein obgleich nur mündlicher Auftrag zur Erhebung der Valuta nachgewiesen ist, hat der Zahlende sich nicht mit Unrecht mit dem Inhaber des Schuldscheines eingelassen, und wird durch die an den Letzteren geleistete Zahlung von der Schuld an den Machtgeber befreit. Denn hier handelt es sich nicht von einem Anspruche auf Erfüllung eines mit dem nur mündlich Bevollmächtigten geschlossenen Vertrages, wobei allerdings nach §. 8. h. t. eine schriftliche Vollmacht unerläßlich ist, sondern von einer an den mündlich Bevollmächtigten geleisteten Zahlung, die der Machtgeber als seinem Willen entsprechend gutheißen muß[1]), widrigenfalls er der exceptio doli unterliegt, welchen Grundsatz das A. L. R. in der Lehre von Cessionen Thl. I. Tit. 11. §. 398. anerkennt. (Striethorst's Arch Bd. 14. S. 324 Nr. 76.)

§. 130. Wer dem Rendanten einer öffentlichen Kasse zum Zwecke eines Belags Quittung ertheilt, ohne Geld zu erhalten, hat eben dadurch den Rendanten als Privatschuldner angenommen, zur Erhebung für den Quittungsaussteller bevollmächtigt, und kann gegen die Kasse, deren Rendant die Gelder unterschlagen hat, die Einrede der nicht erhaltenen Zahlung nicht vorschützen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 6. Sept. 1845.
(Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 665.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 96. zum §. 130. h. t.)

§. 131. 1) Aus dem §. 131. h. t. und den §§. 7. und 12. A. L. R. I. 2. folgt auch, daß derjenige, welcher zur Ausstellung der Cession einer Forderung bevollmächtigt worden, wenn er zugleich das Schuldinstrument zur Aushändigung an den Cessionar übergeben erhalten hat, hierdurch legitimirt ist, die Cessionsvaluta zu erheben.

Angenommen von den Gesetzrevisoren (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 239), Merkel (Komm. ad h. l.), Grävell (Kreditges. Bd. 4. S. 36.), Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 97. zum §. 131. h. t.)

2) Die Berechtigung, mit rechtlicher Wirksamkeit an denjenigen das Kaufgeld zu zahlen, der mit dem Verkauf einer Sache beauftragt und auch durch den Mandanten zum Ueberliefern derselben in den Stand gesetzt worden, ist nicht davon abhängig, daß die Zahlung unmittelbar gegen die Uebergabe der Sache stattfinde.

Zur Empfangnahme des Kaufgeldes für Waaren, welche Handlungsdiener und Lehrlinge überbringen, sind dieselben nur insofern legitimirt, als diese Zahlung unmittelbar gegen Aushändigung der Waaren Zug um Zug erfolgt.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht), unter Bestätigung des Urtels des Ob. App. Sen. des Kammergerichts v. 6. Aug. 1845.

---

1) Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1257. in den Erg. zum §. 105. h. t. Zus. 1.

Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen sind der §. 131. A. L. R. I. 13. und der §. 550. A. L. R. II. 8. Während die eine eine ganz allgemeine Anordnung enthält, die erst durch die Erwägung der individuell gestalteten Verhältnisse ihre Anwendbarkeit zu erproben hat, ist die andere spezielle auf kaufmännische Verhältnisse bezüglichen Inhalts. Im §. 131. wird nicht aus der Fähigkeit, eine Sache übergeben zu können, unmittelbar auf die Befugniß, Geld dafür einzunehmen, ein Schluß gezogen, sondern es enthält der Auftrag zum Verkauf, den der Uebergebende erhielt, eine weitere Bedingung, um den Käufer zur gültigen Zahlung an denselben zu berechtigen. Um also auf diese Bestimmung rekurriren zu können, wenn es sich von der Gültigkeit einer von dem eigentlichen Verkäufer anzuerkennenden Zahlung an den Dritten handelt, kommt der Verkaufsauftrag in Betracht, von dem gewiß alsdann keine Rede sein kann, wenn entweder der Verkauf mit dem Eigenthümer der Sache schon abgeschlossen war, oder wenn nur mit dem Inhaber der Sache, der aber sich für seine Person keine eigenen Dispositionsbefugnisse beilegte, vielmehr den Eigenthümer der Sache bezeichnete, kontrahirt worden ist. — Die Frage betreffend: ob unter Voraussetzung des Vorhandenseins der Bedingung der Anwendbarkeit des §. 131. — Auftrag Seitens des Eigenthümers — im Uebrigen eine unmittelbar an die Uebergabe sich anknüpfende Zahlung nothwendig sei, so erscheint dieser Punkt nicht so geartet, daß es sich von selbst verstünde; denn im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf kaufmännische Verhältnisse betrachtet, ist nicht abzusehen, wie in Betreff der Folgerung, die der §. 131. aus dem Auftrage zum Verkauf mit geschehener Ueberlieferung der Sache an den Verkaufsbevollmächtigten für eine anzunehmende Vollmacht zum Empfange des Kaufgeldes zieht, der Umstand bei der Ausführung jenes Auftrags sollte von Bedeutung sein können, daß der Bevollmächtigte nicht Zug um Zug das Geschäft abmachte, sondern — ob mit desfallsiger Befugniß oder ohne Ermächtigung, kann hierbei dahin gestellt bleiben — dem Käufer Kredit gab und nun erst nach der Ueberlieferung, mithin zu irgend einer spätern Zeit, sich die Zahlung leisten ließ, wenn nur nicht der Machtgeber mit irgend einer Anderes anordnenden Willensbestimmung dazwischen getreten. — Den §. 550. A. L. R. II. 8. anlangend, so ist, so wenig es zweifelhaft sein kann, daß dergleichen Quittungen nicht ohne dagegen erfolgende Zahlung in den Händen der betreffenden Schuldner werden gelassen werden, wenigstens dazu in der Handlung des Einhändigers der Quittung an den Handlungsdiener u. s. w. kein Auftrag enthalten sein kann — so daß also in einem solchen Falle das Sachverhältniß von dem Gesetze so gedacht ist, daß der Besitz von dergleichen zum Abgeben gegen die Zahlung sich eignender Papiere als Vollmacht zum Zahlungsempfange gelten soll, hierbei also gewiß der ganze Vorgang als Zug um Zug sich ereignend vorausgesetzt wird, so wenig ist auf der andern Seite Grund vorhanden, bei der Waarenüberlieferung ein ganz anderes Sachverhältniß als das vom Gesetze in jenem Falle gemeinte unterstellen zu dürfen. Die zum Aushändigen an den Käufer bestimmte Waare, sei es mit oder ohne Rechnung, muß demnach so betrachtet werden, daß sie als der Auftrag zum Geldempfange sich darstellt. Daß dieser Auftrag ein permanenter sein solle, ist nirgends vorgeschrieben und versteht sich in keiner Weise von selbst. Dem auftragenden Kaufmanne, dem Geschäftsherrn des Handlungsdieners, muß seine freie Dispositionsbefugniß unbeschränkt erhalten werden. Die Waarenbehändigung zur Ablieferung enthält das Mandat; nur dann wird ihm entsprechend verfahren, wenn dem Empfang der Waaren die Geldzahlung sich so unmittelbar anschließt, daß solche als Zug um Zug geschehen sich betrachten läßt. Das Mandat ist für keinen weitern Fall gegeben und der früher bevollmächtigt Gewesene ist es nicht weiter, wenn die Voraussetzung weggefallen, unter welcher nur die Vollmacht gelten sollte. Der später Zahlung Empfangende ist bei einem solchen Vorgang nicht weiter ein Waarenüberbringer. Die Analogie der anderen Fälle läßt es gleichgültig erscheinen, daß für sie Alle statt der entsprechenderen Form »überbringen«, die Ausdrücke »gebracht haben« etwas ungenau gebraucht sind. (J. W. 1846 S. 253 ff.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 550.

§. 134. Ein Kommissionair, welcher das Kaufgeld der ihm zum Verkauf gesandten Waaren ohne Autorisation seines Kommittenten kreditirt, haftet diesem für den Ausfall.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1816.
(Simon's R. Bd. 1. S. 217.)

§§. 142—149. Von der Verpflichtung des Machtgebers durch hinzugekommene Genehmigung.

§. 142. 1) Auch ein Auftrag, der erst nach erfolgtem Widerrufe ausgeführt wird, erhält durch die hinzukommende Genehmigung des früheren Machtgebers seine rechtsverbindliche Kraft, und die Genehmigung selbst ist an keine schriftliche Form geknüpft.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Juni 1847.
(J. W. 1847 S. 381 ff.)

Jakobi führt dieselbe Ansicht aus. (a. a. O. S. 401. ff.)

2) Wenn mit Vorbehalt der Genehmigung des Machtgebers, d. h. mit Bewußtsein des Dritten von dem Sachbestande, kontrahirt worden ist, so ist der Dritte so lange gebunden, bis der Machtgeber sich hat erklären können.

Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Dec. 1842 (Präj. Nr. 1240.) in den Erg. zum §. 10. h. t.

§§. 142—144. Eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus einem von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte, wenn derselbe in Fällen, wo es eines schriftlichen Vollmachtsvertrages bedurfte, ohne schriftlichen Auftrag, jedoch in der gesetzlichen Form gehandelt hat, kann nicht nur durch eine schriftlich, sondern auch durch eine mündlich oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers dem Dritten gegenüber entstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 22. April 1850 [1]. (Präj. Nr. 2196.)

Wenngleich die §§. 142—146. nur für den speziellen Fall gelten, daß der Bevollmächtigte den ihm gegebenen Auftrag überschritten hat, und obgleich auch darüber nichts ausdrücklich gesagt ist, sie doch die Möglichkeit zulassen, daß der Gesetzgeber dabei vorausgesetzt habe, daß die wirklich ertheilte, obwohl überschrittene Vollmacht an sich eine schriftliche sei, so steht doch rechtlich nichts entgegen, um die Geltung jener Vorschriften auch allgemein, und selbst dann für zulässig und nothwendig zu erachten, wenn es überhaupt an einer schriftlichen Vollmacht fehlt. — Auch bei dem Mangel einer solchen schriftlichen Vollmacht steht nämlich nach §. 10. h. t. dem Machtgeber gegen den Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem Namen gehandelt hat, ein Klagerecht zu, wobei ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten das Geschäft formgerecht geschlossen ist. Daß nun in der Regel, also namentlich ohne hinzutretende Genehmigung des Machtgebers, nach §. 8. dem Dritten, der sich mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, nicht ein gleiches Recht gegen den Machtgeber zusteht, das Geschäft also ein negotium claudicans ist, beruht in dem Mangel der Beglaubigung des Bevollmächtigten bei dem Dritten; es fehlt überhaupt an der nöthgen Einwilligung des einen der Geschäftsherren. Es fragt sich, in welcher Weise und Form dieser Konsens des Machtgebers nachgebracht werden kann? Von der Heilung gewisser Mängel der Verträge durch spätere Anerkennung sprechen die §§. 185—192. Tit. 5. Liegt der

[1]) Nach §. 8. h. t. kann ein Dritter, welcher mit einem Bevollmächtigten sich eingelassen hat, auch in solchen Fällen, wo es unter den handelnden Personen selbst eines schriftlichen Vertrages nicht bedarf, auf Erfüllung des mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht klagen, wenn jener nicht durch einen schriftlichen Auftrag des Machtgebers legitimirt ist. Jedoch kennt das Gesetz stillschweigend ertheilte Vollmachten (§§. 129. ff. h. t.). Eine andere Frage ist aber die: ob, wenn der schriftliche Auftrag fehlt, der Machtgeber dem Dritten nicht dennoch durch später hinzutretende Genehmigung verpflichtet werde? Obgleich dies alsdann nicht bezweifelt werden kann, wenn solche Genehmigung schriftlich erfolgt, so ist es doch bestritten, sobald nur eine mündliche, oder auch wohl nur eine stillschweigende Genehmigung behauptet wird. In dieser Beziehung hatten die Ansichten des Ob. Trib. gewechselt. Für die bejahende Meinung, daß auch durch eine nur mündliche, oder aus Handlungen gefolgerte, also stillschweigende Genehmigung der Machtgeber dem Dritten, welcher mit dem Bevollmächtigten in ein Geschäft sich eingelassen hat, verpflichtet werde, haben sich erklärt:

a) das Erk. v. 11. Juni 1842 (Entsch. Bd. 9. S. 232), unter Anwendung der §§. 142. sqq. h. t.;

b) das Erk. des III. Sen. v. 17. Dec. 1842, welches zu dem Präj. Nr. 1240. (Präj. Samml. S. 77, vergl. in den Erg. zum §. 10. h. t.) Veranlassung gegeben hat;

c) das Erk. des IV. Sen. v. 11. Aug. 1848, welches den Anspruch einer Eisenbahngesellschaft auf Erfüllung einer Aktienzeichnung, obwohl dieselbe von einem Dritten zwar im Namen, aber ohne schriftlichen Auftrag des derzeitigen Verklagten erfolgt war, um deshalb für begründet erachtete, weil der Verklagte durch eine Genehmigung involvirende Handlungen eine Verpflichtung gegen die Gesellschaft übernommen habe.

In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen befindet sich in der besonderen Beziehung auf die Verpflichtung eines Gesellschafters aus dem bei nur mündlich geschlossenem Gesellschaftsvertrage von einem Mitgesellschafter eingegangenen Rechtsgeschäfte der Pl. Beschl. v. 23. Jan. 1843 (Entsch. Bd. 8. S. 129 insbes. S. 144 ff.) und das Urtel des IV. Sen. v. 22. Sept. 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 367.)

Die entgegengesetzte Ansicht, daß also die Genehmigung schriftlich ertheilt werden müsse, hat dagegen das Erk. des III. Sen. v. 23. Aug. 1845 (Entsch. Bd. 12. S. 477) angenommen, welches dem Präj. Nr. 1602. zum Grunde liegt (vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 116. Zus. 1.), und wegen des hiernach vorliegenden Konfliktes wurde die Frage zur Entscheidung des Plenums gebracht, welches sich für die bejahende Meinung aussprach.

Mangel in persönlicher Unfähigkeit, so entscheidet der §. 192., fehlte es an schriftlicher Abfassung, der §. 185., und es sollen insbesondere nach §. 189. solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, ein stillschweigendes Anerkenntniß begründen. Die Anwendung dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall kann kein Bedenken finden; sie wird insbesondere aber durch das bei dem §. 143. Tit. 13. hinzugefügte Allegat der §§. 185—191. Tit. 5. vollständig gerechtfertigt. Allerdings handelt es sich dort zunächst um die Konvalescenz eines mit Ueberschreitung des gegebenen Auftrags zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten geschlossenen Geschäfts; allein aus gleichem, ja oft stärkerem Grunde muß dasselbe für Handlungen gelten, die auf mündliche Vollmacht hin vorgenommen sind. — Die hier vertheidigte Ansicht entspricht nicht nur den Worten, sondern auch dem Sinne der Gesetzgebung. Wenn der Dritte sich mit dem Bevollmächtigten eines Anderen nicht einlassen soll, ohne daß von dem Letzteren schriftliche Vollmacht vorgelegt wird, so beabsichtigt diese Vorschrift: für den Inhalt des abzuschließenden Vertrages eine sichere Grundlage zu gewinnen, künftige Streitigkeiten wegen Ueberschreitung der Vollmacht abzuschneiden, und namentlich den Machtgeber von vorn herein gegen allerlei Ansprüche aus angeblich von ihm aufgetragenen Geschäften zu schützen. Dieser Zweck wird erreicht, wenn nach abgeschlossenem Geschäft durch den Bevollmächtigten der Machtgeber freie Hand behält, ob er an den Vertrag gebunden sein will oder nicht. Seine zustimmende Erklärung noch an eine besonderer Form zu binden, dazu liegt ein besonderer Anlaß nicht vor. Der Inhalt des Vertrages ist in gehöriger Form fixirt; eine Uebereilung ist nicht zu besorgen, wenn der Machtgeber, der schon vor geschlossenem Geschäfte dasselbe wollte, nun, nachdem es fertig und übersichtlich vor ihm liegt, mit voller Kenntniß desselben (§§. 189. bis 190. Tit. 5.) nochmals sich damit zufrieden erklärt. Und es wäre in der That eine nicht geringe Verletzung des guten Glaubens, wenn man ihm nach einer solchen neuen unmittelbar auf das Geschäft selbst gehenden Erklärung noch den Einwand gegen den Dritten gestatten wollte, daß dieser mit einem nicht gehörig legitimirten Bevollmächtigten gehandelt habe. Die Herüberziehung der Vorschriften §§. 142—144. h. t. auf den vorliegenden streitigen Fall ist um so mehr gerechtfertigt, als im Handelsverkehr — wie sich namentlich bei den Zeichnungen auf Eisenbahnaktien bewährt hat — und nicht minder im gewöhnlichen Verkehr, z. B. bei Bestellung und Annahme von Waaren durch Dienstboten, dieselben zur Aufrechthaltung des guten Glaubens recht eigentlich an ihrem Platze und von rechtlich wohl begründeter Wirksamkeit sind. — Die §§. 147—149. bewähren den vorliegenden Fall nicht; denn sie handeln nur von der Form einer die Vollmacht anerkennenden Erklärung, nicht von der Form einer Genehmigung des auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Geschäfts. — Auch kann nicht eingewendet werden, daß die Unverbindlichkeit des Geschäfts wegen Nichtbeobachtung der gesetzl. Form nur durch Erfüllung dieser letzteren gehoben werden könne; denn für das Geschäft mit dem Dritten mangelt eben die erforderliche Form nicht, sondern nur für die Einwilligung des Geschäftsherrn.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 25, Entsch. Bd. 19. S. 29, J. M. Bl. 1850 S. 205.)

Gegen die Richtigkeit dieses Pl. Beschl. vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 9. u. 10. zu den §§. 148. u. 149. h. t.

Vergl. die Erg. zum §. 8. h. t. Zus. 1.

Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Jan. 1857 führt aus:

Der Pl. Beschl. v. 22. April 1850 findet keine Anwendung, wenn der Empfänger von Waaren dieselben zwar nicht unmittelbar selbst gekauft, jedoch den durch dritte Personen, sei es mit oder ohne ausdrückliche Vertretung, für ihn geschehenen Ankauf in allen wesentlichen Bestandtheilen eines Kaufvertrages genehmigt hat, indem alsdann ein für ihn verbindlicher Kaufvertrag vorliegt, ohne daß der hiernächst gegen ihn klagende Verkäufer jene Personen zu benennen oder zu behaupten braucht, daß dieselben den Kauf ausdrücklich als Bevollmächtigte des Empfängers abgeschlossen hätten.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 230 Nr. 57.)

§§. 142—146. Ueber die Wirkung der im mündlichen oder stillschweigenden Auftrage eines Anderen erfolgten Unterschrift eines Vertrages mit dessen Namen vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 4. Dec. 1854 (Präj. Nr. 2585.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 116. Zus. 3. (s. ob. S. 98).

§§. 145. 146. und Tit. 5. §§. 90. sqq. Ein Machtgeber, welchem sein Bevollmächtigter die geschehene Ueberschreitung des erhaltenen Auftrages anzeigt, ist, wenn er diese Ueberschreitung nicht innerhalb der in den §§. 90. ff. A. L. R. I. 5. bestimmten Fristen genehmigt hat, durch eine spätere Erklärung das inzwischen von dem dritten Kontrahenten wieder aufgelöste Geschäft sich zuzueignen oder Entschädigung zu fordern nicht berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Aug. 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 220.)

§. 147. Wenn Jemand einen Anderen schriftlich beauftragt hat, Speditionsgut an den nicht namhaft gemachten Ueberbringer des Schreibens zu verabfolgen, so kann die Ablieferung an den Letzteren rechtsgültig erfolgen.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 7. Jan. 1854, auf Grund des §. 147 h. t. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 168.)

§§. 148. 149. Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib v. 18. Jan. 1843 (Präj. Nr. 1257.) in den Erg. zum §. 105. h. t. Zus. 1.

§§. 150—158. Verhältnisse zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten, welcher Verhandlungen mit ihm vornimmt.

§. 153. Der Dritte, welcher mit dem, mit schriftlicher Vollmacht versehenen Bevollmächtigten über einen Gegenstand seines Auftrages kontrahirt hat, kann sich wegen Erfüllung des Vertrages auch dann an den Machtgeber halten, wenn der Bevollmächtigte nicht ausdrücklich im Namen des Machtgebers kontrahirt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 81 Nr. 20.)

§. 157. R. v. 11. Okt. 1817. Ein zum Prozesse bevollmächtigter Justizkommissarius muß sich auch die erste Citation und die Klage, zu deren Beantwortung er durch sein erhaltenes Mandat berechtigt und verpflichtet ist, insinuiren lassen, und es hängt nicht von seinem Gutbefinden ab, eine Citation gegen seinen Mandanten anzunehmen oder nicht. Dagegen aber muß der Kläger, der die Insinuation der Vorladung an einen Mandatar begehrt, zugleich genügend nachweisen, daß der letztere gehörig legitimirt sei.

(Jahrb. Bd. 10. S. 240, Gräff Bd. 2. S. 81.)

§§. 159—200. Wie Vollmachtsverträge aufgehoben werden.

§§. 159—185. Durch Aufkündigung und Widerruf.

§. 159. Ist in einem zweiseitigen onerosen Kontrakte dem einen Kontrahenten von dem anderen die Ausführung eines Geschäfts oder eines Auftrages für die ganze Dauer des Geschäftes oder für eine bestimmt bezeichnete Zeit übertragen und zugesichert und dafür eine Gegenleistung versprochen, so kann derjenige, welcher den Auftrag ertheilte, dadurch allein noch nicht von der Gegenleistung frei werden, daß er sich des Beauftragten nicht ferner zu dem Geschäfte bedienen will; vielmehr muß er, sofern nicht andere Gründe der Befreiung eintreten, die seinerseits übernommenen kontraktlichen Pflichten erfüllen, wenn er auch nicht gezwungen werden kann, die Leistungen des anderen Kontrahenten anzunehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1848. (Präj. Nr. 1991.)

Verträge müssen ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden, und wenn in einem Vertrage ein gewisses Rechtsverhältniß nach Zeitbestimmung, oder mit Bezugnahme auf eine gewisse Bedingung für eine näher bezeichnete längere Dauer gebildet und begründet worden, so kann sich keiner der Kontrahenten einer solchen Vertragsbestimmung einseitig und nach Willkühr entziehen, wo nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften das Gegentheil festsetzen. Dies gilt für Verträge im Allgemeinen, und also auch für solche Verträge, in denen die eine der auf bestimmte Dauer übernommenen Leistungen in sich als ein nach den Regeln von Vollmachten zu beurtheilender Auftrag anzusehen ist.

(Präj. Samml. S. 78, Entsch. Bd. 16. S. 166.)

Dieser Grundsatz findet überall Anwendung, wo die von dem Machtgeber mit dem Bevollmächtigten getroffene Uebereinkunft überhaupt die Natur eines zweiseitigen lästigen Vertrages angenommen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 31 Nr. 7.)

§§. 159. 160. Die Bestimmungen der §§. 159. und 160. finden auch auf den Verwaltungsvertrag analoge Anwendung.

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Jan. 1846 (Präj. Nr. 1708.) in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 109. sqq.

§§. 159. sqq. 1) Der Kommissionsvertrag eines Autors mit einem Buchhändler über den Vertrieb des Werkes gegen einen

bestimmten Rabatt für die Mühwaltung und für die von dem Buchhändler zu bestreitenden Kosten ist nicht nach den Regeln von Vollmachtsverträgen zu beurtheilen, sondern das Geschäft ist ein gemischtes, welches in einigen Beziehungen mit einem Mandate und Vertrage über Handlungen, in anderen mit einem Sozietätsvertrage Aehnlichkeit hat, weil beide Theile ihre Arbeiten und Bemühungen zu einem gemeinschaftlichen Endzwecke vereinigt haben. Deshalb ist ein willkührlicher Rücktritt von dem Vertrage nicht zulässig, sondern die Befugniß dazu nach den allgemeinen Grundsätzen von Aufhebung der Verträge zu beurtheilen.

Erkannt von einem nicht namhaft gemachten Gerichtshofe zweiter Instanz. (Bornemann's System Bd. 3. S. 436, 2. Ausg. Bd. 3. S. 251.)

Koch hält einen solchen Vertrag für einen Sozietätsvertrag, welcher nicht einmal vor der Zeit widerrufen werden könne, wenn der Autor dem Buchhändler nicht den Rabatt für alle noch unabgesetzte Exemplare zahlen will. Denn die Societät sei für ein bestimmtes Unternehmen eingegangen und die Kosten der Bekanntmachung ꝛc. seien für das Ganze verwendet.

(Landr. Bd. 2. Anm. 17. zum §. 159. h. t.)

2) R. v. 25. Jan. 1817. Eine Prozeßvollmacht kann mündlich zurückgenommen werden, ohne daß es der Einwilligung des Mandatars bedarf. Ist dieser ein Rechtsanwalt, so muß er zur Herausgabe der Manualakten ohne prozessualische Weitläuftigkeiten von Aufsichtswegen angehalten werden.

(Jahrb. Bd. 9. S. 12, Gräff Bd. 3. S. 58.)

§§. 161. Dadurch allein, daß der Machtgeber von dem Bevollmächtigten die demselben ertheilte schriftliche Vollmacht zurückgefordert hat, wird das Geschäft, welches der Bevollmächtigte, im Besitze der Vollmacht, mit einem Dritten geschlossen, für den Machtgeber nicht unverbindlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1852. (Präj. Nr. 2351.)

Nach §. 161. muß der von dem Vollmachts-Vertrage Abgehende dem Anderen die ertheilte schriftliche Vollmacht wieder abfordern oder zurückgeben. Diese Rückgabe vertritt die Stelle der Kassation des Instrumentes, welche nach A. L. R. I. 5. §. 387. hinzukommen muß, wenn ein noch von keiner Seite erfüllter Vertrag durch wechselseitige mündliche Einigung wieder aufgehoben werden soll, und man kann auf Grund des A. L. R. I. 4. §§. 58—60. zugeben, daß schon die bloße Zurückforderung der Vollmacht von Seiten des Machtgebers dem Mandatar gegenüber ohne Weiteres einer ausdrücklichen Kündigung völlig gleich zu achten sei. Anders ist dagegen das Verhältniß zwischen dem Machtgeber und dritten Personen, mit denen der Mandatar, im Besitze der ihm zugestellten Vollmacht, Namens des Ausstellers derselben kontrahirt hat. Nach §. 91. h. t. hat derjenige, der mit dem Bevollmächtigten zu unterhandeln im Begriffe steht, das Recht, keineswegs aber die Pflicht, die Vorzeigung der Vollmacht zu verlangen (§§. 85. 8. h. t.), und es folgt hieraus, daß dem dritten Kontrahenten, der mit dem Mandatar, während derselbe noch die ihm ertheilte Vollmacht besaß, kontrahirt hat, wenn ihm nicht der Mangel des guten Glaubens entgegensteht, von dem Machtgeber nicht mit dem Einwande begegnet werden kann, daß er dem Bevollmächtigten das ihm ertheilte Mandat gekündigt habe. Die Rückforderung der dem Mandatar behändigten Vollmacht ist dem Machtgeber, der das Mandat zurücknehmen will, im §. 161. ganz unbedingt, folglich auch für den Fall zur Pflicht gemacht, wenn es zwischen ihm und dem Mandatar gar keines schriftlichen Vertrages bedurfte, mithin auch an sich der Rücktritt von dem Vertrage, soweit es sich nur um ihr eigenes gegenseitiges Verhältniß handelt, unter allen Umständen nur eine mündliche Erklärung erfordern würde. Jene Vorschrift erscheint daher vorzugsweise auf diejenigen, welche mit dem Mandatar sich einlassen könnten, berechnet. Der Natur der Sache nach läßt sich die bloße Zurückforderung der Vollmacht eben so wenig, wie die bloße Kündigung in Bezug auf dritte Personen für ausreichend halten, vielmehr muß die wirkliche Zurückgabe erfolgen, wenn der Hauptzweck des Gesetzes erreicht oder, mit anderen Worten, der Bevollmächtigte außer Stand gesetzt werden soll, den Machtgeber durch seine eigenen ferneren Handlungen einem dritten Kontrahenten gegenüber zu verpflichten, und es ist gerade im Verhältniß zu diesem die wirkliche Wiederaushändigung der Vollmacht an den Machtgeber um so mehr für erforderlich zu erachten, je weniger man sie in Bezug auf die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Mandatars und des Mandanten als wesentlich ansehen will. — Auch aus den §§. 186., 187. in Verbindung mit §. 200. geht hervor, daß die von dem Mandatar errichteten Verträge dadurch allein noch nicht ungültig werden können, daß ihm das Mandat vorher schon gekündigt und er von dem Machtgeber zur Rückgabe der Vollmacht aufgefordert war. Aus den §§. 170., 171. kann die Ansicht, daß es, um die von dem Bevollmächtigten geschlossenen Verträge für den Machtgeber unverbindlich zu machen, der wirklichen Rückgabe der Vollmacht bei geschehener Kündigung keinenfalls bedürfe, nicht geschlossen werden. Schon an sich ist die Vorschrift des §. 161. zu kathegorisch gefaßt, als daß die darin dem Machtgeber zur Pflicht gemachte Zurückforderung der Vollmacht, deren Zweck wiederum wenigstens in Bezug auf dritte Personen unerreicht bliebe, wenn die wirkliche Aushändigung der Vollmacht hinzuträte, für unwesentlich erachtet werden könnte, und es lassen auch die §§. 170., 171. eben so wenig diese Deutung zu, als sie eine ausdrückliche Disposition enthalten, welche die Ausantwortung der Vollmacht an den Machtgeber unerheblich erscheinen ließe. Wenn in den §§. 167., 170. davon ausgegangen wird, daß es dem Letzteren bekannt oder resp. unbekannt gewesen sei, mit wem der Bevollmächtigte sich eingelassen habe, so werden dabei, wie auch die §§. 168., 171., und zugleich außerdem die §§. 163—166. ergeben, zur Zeit des Widerrufes von dem Mandatar mit irgend einem Dritten auf Grund der Vollmacht bereits angeknüpfte, wenngleich noch nicht zum Abschlusse gediehene Unterhandlungen vorausgesetzt, und es ist in dem ersten Falle neben der Zurücknahme der Vollmacht die ausdrückliche Benachrichtigung jenes Dritten von dem geschehenen Widerrufe mit Rücksicht darauf vorgeschrieben, daß er die beim Beginne der mit dem Mandatar gepflogenen Unterhandlungen, durch die in den Händen des Bevollmächtigten befindliche Vollmacht, welche er sich nur einmal vorzeigen zu lassen brauchte, vorhandene Legitimation desselben für sich geltend machen kann. Allerdings hätte dieselbe Rücksicht auch dann, wenn dem Machtgeber nicht bekannt war, mit wem der Mandatar sich eingelassen hat, für durchgreifend erachtet werden können. Doch wird dadurch, daß alsdann auf die vor dem Abschlusse des Geschäfts erfolgte Beseitigung jener Legitimation das entscheidende Gewicht gelegt ist, die Nothwendigkeit der Zurücknahme der Vollmacht, ohne deren Besitz der Mandatar nicht weiter legitimirt ist, nicht ausgeschlossen, und es läßt sich nicht daraus folgern, daß der Machtgeber ein selbst erst nach geschehenem Widerrufe von dem Mandatar auf Grund der in seinen Händen gebliebenen Vollmacht mit einem Dritten eingegangenes Geschäft allein schon deshalb, weil er die Ausantwortung der Vollmacht schon vorher von demselben verlangt hatte, anfechten könne. — Es läßt sich nach §§. 167. ff. nicht bezweifeln, daß dabei, soweit es sich um den Eintritt der an die unterbliebene Benachrichtigung des dritten Kontrahenten geknüpften Folgen handelt, überall, mithin auch in dem Falle, den der §. 167. an die Spitze stellt, an Verhandlungen, welche der Mandatar schon vor dem Widerrufe der Vollmacht angeknüpft hatte, gedacht ist, und daß jene Bestimmungen durchweg wesentlich auf dieser Voraussetzung beruhen, so wie die nähere Feststellung des Verhältnisses zwischen dem Machtgeber, dem dritten Kontrahenten und resp. dem Bevollmächtigten, nicht minder aber zwischen den beiden Letzteren unter einander, bei einem erst nach dem Beginne, jedoch noch vor dem Abschlusse der mit dem dritten Kontrahenten gepflogenen Unterhandlungen erfolgten Widerrufe bezwecken. Der §. 168. erklärt den Machtgeber an die von dem Bevollmächtigten auf Grund der Vollmacht eingegangenen Verträge, selbst wenn sie erst nach dem Widerrufe zum Abschluß gediehen sein sollten, für gebunden, sobald dem Bevollmächtigten eine bestimmte Person, mit der er zu kontrahiren habe, genannt oder dem Machtgeber selbst bekannt war, mit wem derselbe sich eingelassen und er diesem Dritten von dem auch sonst nicht zu dessen Kenntniß gelangten Widerrufe zu benachrichtigen versäumt hat. Daß aber ein erst nach dem Abschlusse des Geschäfts erfolgter Widerruf der bindenden Kraft desselben keinen Eintrag mehr thun kann, liegt zu Tage, und somit sollte durch den Nachdruck, der dessenungeachtet auf den späteren Abschluß gelegt ist, eben nur die unter den obigen Bedingungen anzunehmende Gültigkeit der schon vor dem Widerrufe eingeleiteten, jedoch erst hinterher wirklich abgeschlossenen Verhandlungen ausgesprochen werden. Die Fälle, wenn der Machtgeber den Bevollmächtigten ausdrücklich zur Eingehung des beabsichtigten Geschäfts mit einer bestimmten Person angewiesen, oder wenn er sonst erfahren hatte, mit wem der Mandatar ohne solchen speziellen Auftrag in Verbindung getreten war, sind hierbei in sofern ganz gleich gestellt, als sie zur Zeit des Widerrufes schon begonnene Verhandlungen voraussetzen, und der Unterschied liegt nur darin, daß der Machtgeber, selbst wenn er noch nicht weiß, ob der Bevollmächtigte die ihm aufgetragene Verhandlung mit der ihm genannten bestimmten Person begonnen, diese letztere von dem geschehenen Widerrufe unterrichten muß, während seine Pflicht, den Dritten, mit dem der Mandatar sich in Verbindung gesetzt hat, von dem Widerrufe zu benachrichtigen, dadurch, daß er von dem Beginne der Verhandlungen Kenntniß erhalten, bedingt erscheint, wenn er hiermit zugleich erst erfährt, wem jene Nachricht zu ertheilen ist. Der Gegensatz aber, in welchem die §§. 170., 171. zu den §§. 167—169. stehen, beruht nur darin, daß der Machtgeber dem Bevollmächtigten weder eine bestimmte Person, mit der er zu verhandeln habe, bezeichnet, noch sonst in Erfahrung gebracht hat, mit wem inzwischen bereits verhandelt worden, oder daß eines von beiden der Fall war, und es wird im Uebrigen in den §§. 170., 171. ganz derselbe Thatbestand, wie in den §§. 167—169. vorausgesetzt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 25, Entsch. Bd. 22. S. 200.)

§. 163. Unter dem nach §. 163. dem Bevollmächtigten zu vergütenden Aufwande ist auch der Müh- und Zeitaufwand desselben mitbegriffen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. April 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 31 Nr. 7.)

§. 164. Der Bevollmächtigte ist in Betreff der von ihm nach Kündigung der Vollmacht noch besorgten Geschäfte nur als negotiorum gestor zu beurtheilen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 5 Nr. 3.)

Derselben Ansicht ist Koch, außer dem Falle des §. 166.
(Landr. Bd. 2. Anm. 20. zum §. 164. h. t.)

§§. 164. 167—171. I. Stehen die Verpflichtung des Machtgebers, den Dritten von dem Widerruf der Vollmacht zu benachrichtigen und das Rückfordern der schriftlichen Vollmacht nebeneinander? Muß daher der Machtgeber beiden Verpflichtungen nachkommen, um sich gegen einen Dritten zu schützen, oder genügt die Benachrichtigung für sich und die Rückforderung der Vollmacht ebenfalls für sich?

II. Welche Folgen führt die unterbliebene Rückforderung der Vollmacht herbei, wenn dem Machtgeber nicht bekannt war, mit wem der Bevollmächtigte sich eingelassen, derselbe also nicht vom Widerrufe benachrichtigen konnte und das von dem Bevollmächtigten vorgenommene Geschäft des Widerrufes wegen nach §. 170. für den Machtgeber unverbindlich sein soll?

1) Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Der Vollmachtsvertrag kann von dem Machtgeber, so wie von dem Bevollmächtigten beliebig widerrufen werden, und der Widerruf ist, wie in der Regel jede Kündigung, an gar keine Form gebunden; auch die mündliche Erklärung ist hinreichend. Einige Schwierigkeit erregt nur die nach erfolgter Kündigung in den Händen des Bevollmächtigten zurückbleibende Schrift. Der §. 161. verordnet in Uebereinstimmung mit §. 387. A. L. R. I. 5., daß die schriftliche Vollmacht von dem Machtgeber zurückgefordert, von dem Bevollmächtigten zurückgegeben werden solle, dagegen verpflichtet der §. 167. d. T. den Machtgeber, einem Dritten, mit dem sich der Bevollmächtigte eingelassen oder einlassen sollte, von dem Widerrufe Nachricht zu geben; und nur wenn dies versäumt worden, sollen die nach erfolgtem Widerrufe auf den Grund der Vollmacht abgeschlossenen Verhandlungen gültig sein; ist dagegen die Benachrichtigung erfolgt, oder hat der Machtgeber nicht gewußt, mit wem der Bevollmächtigte unterhandele, so entsteht für den Ersten aus den nach erfolgtem Widerruf abgeschlossenen Verhandlungen keine Verpflichtung. (§§. 167—171. d. T.) Den letzteren Bestimmungen zufolge scheint es auf das in den Händen des Mandatars zurückbleibende Original der Vollmacht wenig anzukommen, und die Frage, welche Folgen mit dem Nichtabfordern noch verbunden sein sollten, ist nicht genügend zu beantworten, weil die Verfasser des A. L. R. sich selbst darüber nicht klar geworden sind. Im gedr. Entw. zum Gesetzbuch fanden sich nämlich noch keine Bestimmungen über die Form des Widerrufs, bei der Umarbeitung des Entw. bemerkte Suarez in der rev. mon:

Einige Monenten, besonders Hr. v. Grolman, wollen die Form des Widerrufs und der Aufkündigung näher bestimmt haben, und Letzterer meint, daß auch dabei scriptum ein essentiale sei. Ich kann aber dazu keinen überwiegenden Grund finden, und halte vielmehr dafür, daß besonders inter praesentes eine bloß mündliche Erklärung von Wirkung sein müsse. Dagegen würde ich festsetzen: a) daß der Mandatar die Vollmacht zurückgeben und der revozirende Mandant ihm solche abfordern müsse; b) daß, wenn der Auftrag ein gerichtliches Geschäft betrifft, und also die Vollmacht ad acta ist, der zurücktretende Theil die Aufhebung des Mandats dem Richter anzeigen müsse.

Aus dieser Bemerkung sind die §§. 160—162. d. T. hervorgegangen. Dann fand sich im Entw. am Schlusse der Rubrik, welche davon handelte, wie Vollmachtsverträge rückgängig werden, eine Vorschrift des Inhalts:

§. 126. Ein Geschäft, das mit einem Dritten abgeschlossen worden, ehe derselbe von dem Widerrufe der Vollmacht, von dem Tode oder von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Nachricht erhalten hat, bleibt gültig, wenn auch der Bevollmächtigte selbst von einem solchen Zwischenfalle unterrichtet gewesen wäre.

Hierüber findet sich ad marginem der rev. mon. folgende wahrscheinlich beim Vortrage, den Suarez über den umgearb. Entw. hielt, entstandene Bemerkung:

ad §. 126. Bei der Revokation ist zu unterscheiden, ob der Mandatar angewiesen war, mit einem gewissen bestimmten Subjekte zu kontrahiren, oder das Subjekt, mit dem er in Unterhandlungen stand, dem Mandanten bekannt war. Dann muß er verlieren. Sonst muß der Mandatar, welcher post revocationem agirt hat, vertreten.

NB. wegen der Ungültigkeit.

Aus dieser Bemerkung sind offenbar die §§. 167—171. d. T. hervorgegangen; sie finden sich in dem umgearb. Entw. am Rande beigefügt, während in dem angeführten §. 126. des Entw., der sich im §. 200. d. T. wiederfindet, die Worte: »von dem Widerrufe der Vollmacht«, durchstrichen sind. Hieraus ergiebt sich, daß die §§. 167—171. d. T. nachträglich eingeschoben worden, ohne daß man daran dachte, wie sich die dem Machtgeber zur Pflicht gemachte Benachrichtigung des dritten Kontrahenten zu dem Zurückfordern der schriftlichen Vollmacht verhalte. Als noch die anderweitige Bestimmung dahin lautete, das Geschäft, welches mit einem Dritten abgeschlossen worden, ehe derselbe von dem Widerrufe der Vollmacht Nachricht erhalten, solle gültig bleiben, da bedurfte es keiner Auseinandersetzung der Folgen, welche die nach erfolgtem Widerrufe in den Händen des Mandatars etwa zurückbleibende Vollmacht hervorbringen konnte; die Gültigkeit oder Ungültigkeit des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts hing unter allen Umständen davon ab, ob der Dritte des Widerrufs unkundig geblieben oder nicht. Jetzt stehen dagegen die Verpflichtung des Machtgebers, den Dritten zu benachrichtigen, und das Rückfordern der schriftlichen Vollmacht nebeneinander; man fragt daher mit Recht, ob der Machtgeber diesen beiden Verpflichtungen nachkommen müsse, um sich gegen einen Dritten zu schützen, oder ob die Benachrichtigung für sich, und die Rückforderung der Vollmacht ebenfalls für sich allein genügen; — man fragt ferner mit Recht, welche Folgen die unterbliebene Rückforderung der Vollmacht herbeiführe, wenn dem Machtgeber nicht bekannt war, mit wem der Bevollmächtigte sich eingelassen, wenn er also nicht benachrichtigen konnte, und das vor dem Bevollmächtigten vorgenommene Geschäft des Widerrufs wegen nach §. 170. d. T. für den Machtgeber unverbindlich sein soll. Wir nehmen keinen Anstand, die erstere Frage dahin zu beantworten, daß die erfolgte Benachrichtigung des Dritten für sich allein genüge, den Machtgeber sicher zu stellen, wenn auch die Vollmacht in den Händen des Mandatars geblieben wäre; bedenklich aber ist es, ein Gleiches anzunehmen, wenn nur die Vollmacht zurückgefordert, die vorgeschriebene Benachrichtigung dagegen unterblieben ist; denn man kann dem Dritten, der sich einmal mit dem gehörig legitimirten Bevollmächtigten eingelassen hat, nicht zumuthen, daß er sich die Vollmacht in jedem Augenblicke von Neuem vorlegen lasse. Die zweite Frage: was für Wirkungen die in den Händen des Mandatars zurückbleibende Vollmacht erzeuge, wenn keine Benachrichtigung erfolgen konnte, läßt sich kaum zur Genüge beantworten. Man könnte versucht sein, anzunehmen, die Bestimmung, daß der Machtgeber in solchem Falle nicht verpflichtet werde, setze voraus, daß die Originalvollmacht zurückgegeben worden; allein gegen diese Annahme spricht nur das, was vorhin über die Entstehung der §§. 167—171. d. T. gesagt ist, sondern auch die Fassung derselben. Der §. 168. d. T. gedenkt einer auf den Grund der Vollmacht geschlossenen Verhandlung, — der §. 170. d. T. beginnt mit den entscheidenden Worten: Außer diesem Falle, und wenn u. s. w., und im §. 171. d. T. ist der bestimmende Monent in die Verschweigung des Widerrufs gesetzt, ohne daß irgend ein Gewicht auf die erfolgte oder nicht erfolgte Rückforderung der Vollmacht gelegt wäre. Man muß deswegen zugeben, daß der Machtgeber dem dritten Unbekannten aus einem nach erfolgtem Widerruf abgeschlossenen Geschäft nicht verpflichtet werde, selbst wenn die schriftliche Vollmacht in der Hand des Mandatars geblieben wäre; und da, wie bereits bemerkt worden, die in der Hand des Mandatars zurückgebliebene Vollmacht auch dann bedeutungslos wird, wenn der Dritte von dem Widerruf benachrichtigt worden, so bleibt wohl nichts anderes übrig, als anzunehmen, die Rückforderung der Schrift diene nur zum Beweise. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 241.)

2) Grävell bemerkt zu dem Worte »muß« des §. 161., daß dieses Müssen eine im Gesetze bestimmte Folge und Wirkung der Aufhebung des Vollmachtauftrages, aber nicht als Bedingung und wesentliches Erforderniß dieser Aufhebung vorgeschrieben sei. In Betreff der Frage ad II. müsse der Machtgeber, der durch Nichtrückforderung der Vollmacht sich einer culpa lata schuldig gemacht, dem Dritten allen aus diesem Irrthum entstehenden Schaden ersetzen; das Geschäft bleibe aber nicht bei Kräften, da die Zurückgabe der Vollmacht keine bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Form des Widerrufes sei. Es finde in Absicht der Person des Berechtigten ein wesentlicher Irrthum statt, der das Geschäft ungültig mache, aber dem unschuldig Irrenden das Recht auf Entschädigung gebe. (A. L. R. I. 4. §§. 76., 88. ff., 3. §§. 17., 19.)
(Kreditges. Bd. 4. S. 42, 44.)

3) Merkel ist dagegen ad II. der Ansicht, daß das Geschäft bei Kräften bleibe.
(Komm. zum A. L. R. Thl. I. S. 427 zu §§. 170., 171. h. t.)

4) v. u. z. Mühlen legt die Bestimmungen der §§. 167—171. mit Hülfe der Materialien dahin aus: daß die Verpflichtungen des Machtgebers zur Rückforderung der Vollmacht, und zur Benachrichtigung des dritten Kontrahenten nicht neben einander bestehen, daß viel-

mehr die Wirkung der in den Händen des Mandatars gelassenen Vollmacht nicht in einer unbedingten Verpflichtung des Machtgebers gegen den Dritten, der sich im Vertrauen auf dieselbe mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, sondern nur in der Nothwendigkeit eines anderweiten Beweises des Widerrufes oder der Aufkündigung des Auftrages bestehe, die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verhandlungen aber, welche der Mandatar nach erfolgtem Widerruf noch vorgenommen hat, nur von der im §. 167. angeordneten Benachrichtigung des Dritten, von Seiten des Machtgebers, abhängig sei.
(Simon's Z. Bd. 1. S. 55.)

5) Bornemann's Ansicht ist der v. u. z. Mühlen's entgegengesetzt. Er gelangt zu folgenden Resultaten:

a) Der Widerruf einer Vollmacht ist gegen dritte Personen in der Regel unwirksam, wenn die Vollmacht in den Händen des Bevollmächtigten geblieben und nach Produktion derselben ein Geschäft abgeschlossen worden ist.

b) Auch die Rücknahme der Vollmacht ist in Bezug auf dritte Personen, welche mit dem Bevollmächtigten bereits in Unterhandlungen getreten waren, ungenügend, wenn der Machtgeber von den Verhandlungen Kenntniß erhalten hatte. Solchen Personen muß vielmehr von dem Widerruf der Vollmacht Nachricht gegeben werden. Dasselbe gilt von Personen, mit denen der Bevollmächtigte nach Inhalt der Vollmacht kontrahiren sollte.

c) Hat in dem einen oder dem andern Falle der Dritte von dem Widerruf irgendwie Nachricht erhalten, so kann er sich damit, daß die Vollmacht in den Händen des Bevollmächtigten geblieben und von demselben produzirt worden sei, nicht schützen. (System Bd. 3. S. 433, 2. Ausg. Bd. 3. S. 249—251.)

§§. 167. u. 168. Um den Machtgeber an das Geschäft zu binden, welches der Bevollmächtigte mit einer bestimmten, ihm im Voraus durch denselben bezeichneten und von dem inzwischen erfolgten Widerrufe des ihm gegebenen Auftrages nicht unterrichteten Person geschlossen hat, ist es nicht erforderlich, daß diese Person in der ertheilten schriftlichen Vollmacht genannt sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1852. (Präj. Nr. 2351.)

Das Gebundensein kann, wie einerseits durch das Stillschweigen des Machtgebers, so andererseits nur dadurch bedingt sein, daß er überhaupt gewußt, mit wem der Mandatar bereits in Unterhandlung getreten, oder mit wem derselbe auf Grund der ihm ertheilten bestimmten Anweisung sich inmittelst in Verbindung gesetzt haben könnte und an wen er sich daher mit der Anzeige des geschehenen Widerrufs zu wenden habe. Dies liegt in der Natur der Sache; es ergiebt sich aber auch daraus, daß die Fälle, wenn der Machtgeber dem Mandatar die Verhandlung des Geschäfts mit einer bestimmten ihm bezeichneten Person aufgetragen, oder wenn er sonst, folglich auf irgend eine andere Weise in Erfahrung gebracht hat, mit wem derselbe in Verbindung getreten ist, sich gleichgestellt sind, und es kann daher hierbei auf den Inhalt der Vollmacht, die den Mandatar bei einer allgemeinen Fassung jedenfalls auch zur Verhandlung mit einer ihm nebenbei von dem Machtgeber zu diesem Zwecke benannten Person legitimirt, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 25, Entsch. Bd. 22. S. 200.)

§§. 186—195. Aufhebung des Vollmachtsvertrages durch den Tod.

§. 186. Eine in Handelssachen einem Kaufmann, als Vorsteher ein Handlung, für diese übertragene Verkaufs-Kommission wird durch den Tod des ersteren in der Regel nicht aufgehoben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1848. (Präj. Nr. 2022.)

Die allgemeinen Vorschriften des Tit. 13. §§. 186. sqq. finden auf die, einer Handlung als solche übertragenen Kommissionsgeschäfte nicht unbedingt Anwendung. Der Grund des allgemeinen Rechtssatzes: »der Tod eines der Kontrahenten hebt das Mandat auf«, der in dem, auf der gegenseitigen Persönlichkeit beider Theile beruhenden Vertrauen der Kontrahenten bei der Ertheilung und Annahme des Auftrags und dessen Widerruflichkeit zu suchen, tritt bei kaufmännischen Geschäften oft mehr und weniger zurück. Der §. 191. spricht dies für diese Geschäfte in Beziehung auf den Tod des Machtgebers aus. In Beziehung auf den Tod des Bevollmächtigten fehlt es an einer solchen Bestimmung, daraus folgt indeß nicht, daß in einem solchen Falle die Regel nicht ebenfalls eine Ausnahme erleiden könne. Sie tritt, nach der inneren rechtlichen Natur des Auftrags und des zu besorgenden Geschäfts von selbst ein, wenn die Besorgung einer fortdauernden Handlung anvertraut, und der Auftrag weniger einer einzelnen bestimmten Persönlichkeit, als dem Vorsteher der Handlung für diese selbst ertheilt worden ist. Ein Wechsel in diesem Vorstande ist dann nicht für ein Ableben des Kommissionairs zu achten, und diesem Fall in der Wirkung gleichzustellen.
(Präj. Samml. S. 79, Entsch. Bd. 17. S. 230, Rechtsf. Bd. 4. S. 146 Nr. 71.)

Gegen die Richtigkeit der Begründung dieses Präj. vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 186. h. t.

§. 187. Ueber einen Zusatz am Schlusse dieses §., der dahin vorgeschlagen wurde: »und ihnen ohne ihren eigenen Nachtheil möglich ist«, sagt Suarez in der Schlußrevision:

Dieser Zusatz scheint theils bedenklich, theils unnöthig. Bedenklich, weil es alsdann die Erben fast immer in ihrer Gewalt haben würden, die Sache zum größten Schaden des Machtgebers ungestraft liegen zu lassen; unnöthig, weil es sich von selbst versteht, daß auch den Erben actio mandati contrario gegen den Machtgeber kompetire. (Jahrb. Bd. 52. S. 18.)

§. 191. Der Grundsatz des §. 191. findet im Allgemeinen auch auf das Verhältniß des Trassanten zum Trassaten Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 21. Mai 1846. (Entsch. Bd. 13. S. 81.)

§. 192. 1) R. v. 14. Dec. 1835. Auch wenn mit der Person des Mandanten eine Veränderung vorgeht, verliert eine Prozeß-Vollmacht nicht ihre Wirkung; es bedarf daher, wenn eine ledige Frauensperson sich während eines Prozesses verheirathet, weder einer neuen Vollmacht der Eheleute, noch einer Vollmacht des Mannes, und ebenso bedarf es keiner Erneuerung der von einem Vormunde ertheilten Prozeß-Vollmacht von Seiten des im Laufe des Prozesses majorenn gewordenen bisherigen Pflegebefohlenen. Dies gilt jedoch nicht von anderen als Prozeßvollmachten.
(Centralbl. 1837 S. 63.)

Nach diesem Grundsatze hat auch das O. L. G. zu Breslau unterm 9. März 1837 in Sachen Winkler w. Szytowski (Akt. W. 18.) und unterm 4. Juli 1837 in Sachen von Axlebensche Erben w. Ob. Thomaswaldauer und Schwiebendorfer Dienstreluenten (Akt. A. 7.) erkannt.

2) Sind die vor die Auseinandersetzungs-Behörden ressortirenden Auseinandersetzungen in Hinsicht auf Vollmachten als Prozesse anzusehen?

Verneint von dem Min. des Inn. in den R. v. 29. Nov. 1842 und 17. März 1843.
(M. Bl. d. i. V. 1842 S. 423 u. 1843 S. 162.)

Bejahet von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. in den Erk. v. 20. Sept. 1846 und 15. Sept. 1848.
(Zeitschr. desselb. Bd. 1. S. 253—255.)

Für die bejahende Meinung vergl. auch die Erk. v. 22. Sept. 1837 und 27. Nov. 1838 im Centralbl. 1839 S. 345—355.

Koch ist der verneinenden Ansicht, indem er bemerkt, daß dergleichen Geschäfte, weil sie stets mit einem Vertrage (Rezeß) endigen, allemal eine Spezialvollmacht erfordern, weshalb die Meinung, welcher eine Prozeßvollmacht zur Vertretung bei diesen zusammengesetzten Rechtsgeschäften genügt, und deshalb den Bevollmächtigten zur Fortsetzung und Beendigung der Angelegenheit auch nach dem Ableben der Partei für berechtigt hält, der Begründung entbehrt.
(Landr. Bd. 2. Anm. 35. zum §. 192. h. t.)

Vergl. hierüber auch: Lette u. v. Rönne, Landes-Kultur-Gesetzgeb. des Preuß. Staates Bd. II. Abthl. 2. S. 309 u. 315—366.

§§. 201—209. Von mehreren Bevollmächtigten.

§§. 204. 65. sqq. **211.** Haben Machtgeber zur Besorgung des nämlichen Geschäftes mehrere Bevollmächtigte ernannt, so kann jeder Bevollmächtigte, welcher allein gehandelt hat, wegen seines Aufwandes zwar von den Mitbevollmächtigten auf ihre Antheile Vergütung fordern, er ist aber auch berechtigt, ohne Zuziehung der Mitbevollmächtigten seine Machtgeber und zwar solidarisch auf Vergütung seiner Gebühren und Auslagen in Anspruch zu nehmen. Der §. 450. A. L. R. I. 5. ist auf die Klage der Bevollmächtigten wegen ihres Aufwandes nicht anzuwenden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1852.

Die Anwendbarkeit des §. 450. A. L. R. I. 5. auf mehrere Machtgeber, welche Einem Mandatar Ein Geschäft aufgetragen haben, leidet keinen Zweifel

und ist auch im §. 210. I. 13. ausgesprochen, unter Verweisung auf §. 450. Daß eine gleiche Bestimmung sich bei den §§. 201—209. a. a. O., welche von mehreren Bevollmächtigten handeln und unmittelbar vorhergehen, nicht findet, deutet schon auf die Absicht des Gesetzgebers, den §. 450. auf die Klage der Bevollmächtigten wegen ihrer Auslagen nicht anwenden zu wollen. Dies Gesetz paßt auch auf dieselbe nicht. Die kontraktliche oder gesetzliche Pflicht des Mandanten, den Mandatarien Belohnungen zu geben, oder ihre Auslagen zu vergüten, hat, wenn die Belohnungen nur von Einzelnen der Mandatarien verdient worden, die Auslagen nur von Einzelnen geschehen sind, nicht ein und dasselbe Objekt Allen gegenüber zum Gegenstande. Hat derjenige, welcher die Vergütungen verdient hat, nach den Vorschriften und in den Grenzen des Mandats gehandelt, so bildet eben seine Handlung das Objekt des Anspruchs auf Vergütung. Da letztere nur durch die Arbeit resp. Auslage bedingt wurde, so können diejenigen nicht als nothwendige Mitbetheiligte erscheinen, die weder die Arbeit gethan, noch die Auslage gemacht haben. Daß der eine Mitbevollmächtigte von seinen Mitgenossen die Vergütung des Aufwands verlangen kann (§. 204.), hindert nicht, einen direkten Anspruch gegen die Machtgeber ebenfalls einzuräumen; jenes Recht hat nur zum Zweck, den Mandatar, der erst am Ende des Geschäfts von dem Machtgeber die Vergütung erlangt, bis dahin in Ansehung dessen, was er für das Geschäft ausgelegt hat, wenigstens pro rata zu sichern. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 28 Nr. 7.)

§§. 206. 207. Eine an den Ehemann allein geleistete Zahlung, zu deren Empfangnahme beide Eheleute von einem Dritten beauftragt waren, ist für eine gültige Zahlung nicht zu erachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1854, auf Grund der §§. 206. u. 207. h. t. in Verbindung mit §. 30. A. L. R. I. 16. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 40 Nr. 8.)

§§. 210—216. Von mehreren Machtgebern.

§§. 210. Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1851 (Präj. Nr. 2325.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3.

§. 211. Der Bevollmächtigte kann nicht bloß alle, sondern auch einen oder einige der mehreren Machtgeber wegen seiner Gebühren und Auslagen für die Gesammtheit solidarisch in Anspruch nehmen und in diesem Prozesse die Richtigkeit seiner Forderungen durchführen. Es ändert hieran nichts, wenngleich die Machtgeber eine Gemeinschaft bilden und der Bevollmächtigte Mitglied dieser Gemeinschaft ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1852, auf Grund des §. 211. h. t. und betreffs des zweiten Satzes auf Grund des A. L. R. I. 17. §. 45. und §. 53. a. a. O. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 28. Nr. 7.)

§§. 217—223. Vom Rathe und von der Empfehlung.

§. 223. Statt: »Abschn. 6.« muß es heißen: »Abschn. 7.«; es sind die §§. 702. sqq. gemeint.

§§. 224—227. Vom Befehle.

§. 227. Statt: »§§. 45—46.« muß es heißen: »§§. 45—49.«

Zweiter Abschnitt.

Von Uebernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag.

Ueber das Wesen der actio negotiorum gestorum und der actio de in rem verso und über das Verhältniß beider Klagen zu einander nach den Grundsätzen des A. L. R. und des gemeinen Rechts. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 128 ff.)
Dane, über die Klage aus der Verwendung nach Röm. und Preuß. Rechte. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 267 ff.)
Plathner, der Anspruch aus der Führung fremden Geschäfts. (J. W. 1848 S. 317 ff.)
Korte, Geschäftsführung ohne Auftrag und nützliche Verwendung. (Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 365 ff.)

§§. 228—230. Grundsätze.

§. 229. Wenn Jemand im Namen eines Anderen ohne Auftrag einen Schuldschein über ein dem Andern gegebenes Darlehn ausstellt, so ist dies kein Geschäft, wodurch der Geschäftsbeforger dem Empfänger des Schuldscheins verbindlich wird. Wäre dadurch dem Darlehngeber ein Schade entstanden, so würde dies ein außerhalb des Falles eines Kontraktes erlittener Schade sein, weswegen die Klage binnen drei Jahren verjährt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1840. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 451.)

Koch bemerkt hierzu, daß der Geschäftsführer ohne Auftrag dem Dritten gegenüber als Kontrahent aus dem Rechtsgeschäfte haftet, daß aber hierzu gehöre, daß er in eigenem Namen kontrahirt habe, indem er sonst eben als Stellvertreter ohne Vollmacht handelt, als welcher er für die Erfüllung nicht verbindlich gemacht werde. (Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 229. h. t.)

Vergl. die Nachschrift zu dem obigen Rechtsfalle in Koch's Arch. Bd. 4. S. 461 ff.

§. 230. 1) Wer für einen Anderen an dessen Gläubiger ohne Auftrag Zahlung leistet, kann das Gezahlte zurückfordern, wenn hiernächst der befriedigte Gläubiger von seinem früheren Schuldner nochmals Zahlung erhält.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Sept. 1851, auf Grund des §. 230. h. t. und der §§. 187., 178., 151., 181., 46. A. L. R. I. 16. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 342 Nr. 72.)

2) Von einer die Verpflichtung zur Schadloshaltung nach sich ziehenden Bereicherung im Sinne des §. 230. kann nur dann die Rede sein, wenn eine wirkliche negotiorum gestio stattgefunden hat, und wenn es sich um einen auf diesem Wege herbeigeführten Vortheil handelt, den derjenige, der ihn erlangt hat, nach seiner Wahl aufgeben oder sich zueignen konnte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1856, aus der Verbindung des §. 230. mit den Vorschriften der §§. 231., 232., 240., 241. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 354 Nr. 76.)

§§. 238—248. Wenn die Besorgung zur Beförderung eines Vortheils geschieht.

§. 239. 1) Die Anwendbarkeit des §. 239. erfordert eine ausdrückliche Genehmigung, weshalb ein Rechtsverhältniß wie zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten niemals durch eine nur stillschweigend ertheilte Genehmigung entstehen kann.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 268 Nr. 134.)

2) Zu der ausdrücklichen Genehmigung, wodurch Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt werden soll, gehört in Fällen, wo überhaupt Schriftlichkeit des Rechtsgeschäftes erfordert wird, und insbesondere insofern, als sich die Folgen der Genehmigung auf die Zukunft erstrecken sollen, auch die schriftliche Form.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. März 1849, auf Grund des §. 133. A. L. R. I. 5[1]). (Entsch. Bd. 18. S. 207.)

Vergl. indeß den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 22. April 1850 (Präj. Nr. 2196.) in den Erg. zu den §§. 142—144. h. t., auf Grund dessen Koch bemerkt, daß die im §. 239. gedachte »ausdrückliche« Genehmigung nur mündlich erfolgt zu sein brauche. (Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 239. h. t.)

§§. 242—244. Tritt die dreijährige Klagenverjährung auch in dem Falle ein, wenn der Geschäftsherr des früheren Verbotes ungeachtet die aus der Geschäftsführung entstandenen Vortheile sich zueignet?

Koch bemerkt hierüber:

Wenngleich der Satz im §. 54. A. L. R. I. 6. lautet: »Wer einen außerhalb dem Falle eines Kontrakts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre — einzuklagen vernachlässigt, der hat sein Recht verloren«, und hier kein Vertrag vorhanden zu sein scheint, so mangelt es doch nur an einem Konsensualkontrakte; durch die That aber ist hier eben so gut ein Vertrag zu Stande gekommen, wie solches der Fall ist, wenn z. B. Einer dem Andern ohne vorherige Aufforderung Geld in der erklärten Absicht, daß es ein Darlehn sein solle, übergiebt, und der Andere dasselbe stillschweigend annimmt und verwendet. Indeß scheint die Praxis auch hier zu einer dreijährigen Verjäh-

---

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 133. Zus. 1. u. Zus. 2. sub b.

rung hinzuneigen (vergl. Arch. Bd. 4. S. 452 Nr. II., Erk. des Ob. Trib. v. 31. Okt. 1837 in der J. W. 1839 S. 5, Abhandl. in der J. W. 1837 S. 728). (Recht der Ford. Bd. 3. S. 500.)

In dem Komm. zum A. L. R. (Anm. 12. zum §. 243. h. t.) spricht derselbe sich gleichfalls für die Verneinung aus.

§§. 258—261. Von gemeinschaftlicher Besorgung fremder und eigener Geschäfte zugleich.

§. 259. 1) Die Berichtigung der Beiträge eines Mitgenossen ohne besonderen Auftrag durch einen anderen Genossen ist als Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juli 1851, auf Grund des §. 259. h. t. und Tit. 17. §§. 53., 239.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 247 Nr. 53.)

2) Ueber die Gemeinschaft an einem Lotterieloose vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Sept. 1844 (Präj. Nr. 1484.) in den Erg. zum A. L. R. I. 17. §§. 169—173.

Dritter Abschnitt.

Von nützlichen Verwendungen.

Schmidt, über die Lehre von nützlichen Verwendungen nach dem A. L. R. (J. W. 1839 S. 281 ff.)

Vergl. auch die ob. zum Abschn. II. alleg. Literatur.

§. 262. Der auf den §. 262. gestützte Klageantrag braucht nicht alternativ gestellt zu werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1856; denn der §. 262. berechtige den in Anspruch Genommenen nur zu dem Einwande, daß er zur Rückgabe in Natur bereit sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 205 Nr. 51.)

§§. 262. 265. 268. Bei einer durch Leistung von Handlungen bewirkten nützlichen Verwendung genügt der Nachweis, daß die Handlungen geleistet worden sind; es ist nicht erforderlich, daß zur Hervorbringung des Nutzens von dem Kläger Anstalten gemacht oder besondere Veranstaltungen getroffen worden sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juni 1847. (Präj. Nr. 1882.)

Der Begriff der nützlichen Verwendung erfordert nicht, daß der Verwender besondere Ausgaben oder Veranstaltungen gemacht habe, mittelst welcher er den Nutzen hervorgebracht. Es genügt vielmehr nach §. 262., daß aus seinem Vermögen etwas in den Nutzen des Andern verwendet worden, daß das Verwendete Geldeswerth gehabt (§. 265.). Hierzu gehören auch Handlungen, insofern dieselben dem Andern nöthige und nützliche Ausgaben ersparen (§. 268.). Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung mit den Vorschriften über die Folgen, welches es hat, wenn vertragsmäßig Handlungen, ohne daß eine Vergütigung bestimmt ist, geleistet sind; in diesem Falle muß die Vergeltung derselben nach dem niedrigsten, durch Sachverständige zu bestimmenden Satze geleistet werden, vorausgesetzt, daß keine Umstände vorhanden sind, unter welchen eine Freigebigkeit gesetzlich vermuthet werden kann. (A. L. R. I. 11. §. 874.)

(Präj. Samml. S. 79, Entsch. Bd. 15. S. 206.)

Das Erk. desselben Sen. v. 16. Okt. 1855 nimmt gleichfalls an, daß die nützliche Verwendung auch durch geleistete Dienste und Handlungen bewirkt werden kann und führt aus, daß der, welchem solche geleistet worden, dafür Vergütung nach Art und Beschaffenheit der Dienste zu leisten hat. (Striethorst's Bd. 19. S. 58 Nr. 17.)

§§. 262. sqq. 1) Der »Andere«, in dessen Nutzen etwas verwendet wird, kann auch eine juristische Person oder Gesellschaft sein.

a) Zur Begründung des Anspruches auf Erstattung des einer geduldeten Religionsgesellschaft hergegebenen und in ihrem Nutzen verwendeten Darlehns ist nicht erforderlich, daß derselben Korporationsrechte verliehen worden. Es genügt, daß die Gesellschaft mit Genehmigung des Staates zusammengetreten ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Mai 1847.

(Entsch. Bd. 15. S. 318.)

b) Die nützliche Verwendung begründet die Pflicht zum Ersatze Seitens der Korporation, ohne Rücksicht, ob und welche einzelne Korporations-Mitglieder an den entstandenen Vortheilen Theil genommen, oder ob im Laufe der Zeiten die Mitglieder gewechselt haben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 102 Nr. 18.)

2) Der Satz, welcher der gemeinrechtlichen condictio sine causa zum Grunde liegt, daß Niemand ein Vermögensstück, welches er von einem Anderen an sich genommen hat, ohne allen Rechtsgrund behalten darf, sondern das Empfangene, soweit er bereichert ist, herausgeben muß, ist auch der Gesetzgebung des Preuß. A. L. R. bei Zahlungen, die aus Veranlassung von Verträgen erfolgt sind, nicht fremd.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1847.

Dieser Satz ist zuvörderst in der Lehre von der nützlichen Verwendung in den §§. 262. ff. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. vollständig enthalten, und es ist hier im §. 278. hinsichtlich der in der Form mangelhaften Verträge auf die im 5. Tit. ertheilten Vorschriften verwiesen; diese verordnen aber in den §§. 156. ff., falls die Erfüllung des Vertrages nicht nach der mündlichen Abrede erfolgen muß, die Rückgabe oder Vergütigung des Empfangenen. Ebenso ist die Rückerstattung der Draufgabe im §. 221. daselbst festgesetzt, wenn der Vertrag durch wechselseitige Einwilligung beider Theile wieder aufgehoben wird, oder wegen Mangel der rechtlichen Erfordernisse nicht bestehen kann. Der Grundsatz ist also auch bei Zahlungen, die aus Veranlassung von Verträgen erfolgt sind, als leitend anerkannt, und versteht sich im Allgemeinen so von selbst, daß er einer ausdrücklichen Bestimmung zu seiner Geltung nicht bedurfte; die Regeln von der condictio indebiti passen auf ein solches Sach- und Rechtsverhältniß nicht. (Entsch. Bd. 16. S. 172, Rechtsf. Bd. 3. S. 224 Nr. 112.)

3) Der Anspruch aus einer nützlichen Verwendung findet nur in dem Falle des geschehenen unmittelbaren Ueberganges des Verwendeten aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen statt.

Dieser Grundsatz findet auch bei Verwendungen in das Vermögen einer Handelsgesellschaft Anwendung.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Sept. 1853, welches zugleich von dem Grundsatze ausgeht, daß der Anspruch aus der nützlichen Verwendung in das hiernächst zum Konkurs gezogene Vermögen des Gemeinschuldners auch gegen die Konkursmasse einer inländischen kaufmännischen Handlung desselben geltend gemacht werden kann, wenngleich die Verwendung zunächst lediglich in dessen im Auslande etablirte Handlung stattgehabt hat.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 142 Nr. 33.)

4) Die Klage aus der nützlichen Verwendung erfordert zu ihrer Begründung weder den Nachweis, daß der Kläger einen Schaden erlitten habe, noch auch den Nachweis, daß derselbe für solche geleistete Handlungen, als die von ihm vergütet verlangten, bezahlt zu werden pflege.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Mai 1851.

Insofern die entgegengesetzte Ansicht auf die §§. 230. u. 232. h. t. gegründet wird, steht derselben entgegen, daß diese §§. sich in der Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag und nicht in der Lehre von der nützlichen Verwendung finden. Der letzteren sind diese Ansichten fremd; dies ergiebt sich aus den §§. 262., 265. u. 268. Denn der §. 262. erfordert zur Begründung eines Vergütungsanspruches nur, daß aus dem Vermögen des Versionsklägers etwas in den Nutzen des Andern verwendet sei, und der §. 265., daß das Verwendete Geldeswerth gehabt. Dies muß nach §. 268. auch von Handlungen gelten, sofern dadurch nothwendige oder nützliche Ausgaben für den Andern bestritten, diesem also derartige Ausgaben erspart worden sind. Eine Ausnahme hiervon, die ebenmäßig aber auch bei sachlichen Aufwendungen gilt, tritt nur dann ein, wenn Umstände vorliegen, die eine Freigebigkeit vermuthen lassen. (§. 280.) (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 144 Nr. 30.)

5) Zur Begründung der Klage aus der nützlichen Verwendung gehört der Nachweis, daß der Empfänger der Sache dieselbe für sich angenommen und seinem Vermögen zugewendet hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 315 Nr. 66.)

6) Zur Begründung der Klage aus der nützlichen Verwendung von Waaren genügt die Behauptung des Klägers, daß der Verklagte die Waaren erhalten, und daß sie für denselben und resp. mit seiner Genehmigung für seine Familie und in seiner Wirthschaft verwendet worden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Jan. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 230 Nr. 57.)

7) Ueber die Erfordernisse der Klage aus der in rem versio vergl. die Relation III. in Koch's Anleit. zum Referiren (2. Ausg.) S. 143 ff., in welcher ausgeführt wird, daß zur Begründung der Versionsklage wesentlich gehöre, daß der Kläger zu der Handlung,

welche die Klage begründen soll, nicht selbst eine natürliche Pflicht habe und diese Handlung in der Meinung, dieselbe schuldig zu sein, vornehme, sondern vielmehr, daß er die Absicht habe, dem Beklagten dadurch einen Vortheil zuzuwenden.

§§. 267. 269. 271. Ueber die Begründung der Schuld- verbindlichkeit des Vaters aus der nützlichen Verwendung für den Sohn vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Aug. 1849 (Präj. Nr. 2136.) in den Erg. zum A. L. R. II. 2. §§. 129., 130.

§. 268. 1) Eine Lohnforderung wird der kürzeren Verjährung von zwei Jahren nicht schon dadurch entzogen, daß sie auf eine Be- reicherung des Verklagten durch die geleisteten Dienste gegründet wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. April 1845. (Präj. Nr. 1559.) (Präj. Samml. S. 79.)

2) Zur Begründung der Klage gegen den Verwandten eines verpflegten Armen auf Erstattung der Pflegekosten reicht der Nach- weis, daß die Kosten in Beziehung auf den Armen nützlich ver- wendet seien, nicht hin; es bedarf vielmehr auch des Nachweises, daß der Aufwand zugleich in Beziehung auf den Verwandten ein nöthiger gewesen sei. Ist daher der Verklagte nicht aufgefordert worden, nach seiner Wahl den Verwandten in eigene Pflege zu neh- men, oder die fortdauernde Pflege dem Kläger gegen Ersatz der Kosten zu überlassen, so kann die Klage auf Erstattung der Pflege- kosten nur durch den Nachweis begründet werden, daß zur Zeit des Eintritts der Pflege keine andere zahlungsfähige Verwandte, als der später in Anspruch genommene, vorhanden gewesen, und daß eine Aufnahme des Pflegebefohlenen in die Familie, oder eine billigere Verpflegung Seitens derselben unmöglich gewesen wäre.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 75 Nr. 20.)

§§. 268. 270. Die auf die Erhaltung lebender, zum Nutzen bestimmter Thiere verwendeten Kosten sind, wenn der Eigen- thümer die Benutzung der Thiere entbehrt hat, nicht ohne Weiteres als in dessen Nutzen verwendet anzusehen [1]).

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 109. Nr. 20.)

§. 271. Ueber die Rechtfertigung dieser beschränkenden Ab- weichung vom Röm. Rechte vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 50.)

§. 274. Die Vorschrift des §. 274. findet nur dann Anwen- dung, wenn der Anspruch aus der nützlichen Verwendung noch wäh- rend der Unfähigkeit, nicht aber, wenn er nach gehobener Unfähigkeit geltend gemacht wird.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juni 1839. (Präj. Nr. 684.)

Nach der klaren Wortfassung ist im §. 274. davon die Rede, wenn zur Zeit, als der Anspruch geltend gemacht wird, der Schuldner ein zur Schließung von Verträgen Unfähiger ist; nicht aber davon, wenn der Beanspruchte zur Zeit der Verwendung unfähig war. Der vorausgehende §. 267. zeigt nämlich, daß ein Anspruch aus nützlicher Verwendung auch noch während der Dauer der Unfähigkeit des Schuldners geltend gemacht werden darf. Dieser sein Zu- stand bedingt sodann, daß der ihm verschaffte Vortheil zur Zeit, wenn der Anspruch geltend gemacht wird, noch vorhanden sein müsse, und der §. 274. findet alsdann seine Anwendung. Nach erreichter Großjährigkeit aber gehört der Schuldner gar nicht mehr zu den Unfähigen, sondern für ihn gilt der §. 273. Auch selbst die Forderung des an sich geringeren Nachweises, daß, wenn auch nicht zur Zeit des genügten Anspruches, so doch zur Zeit der er- langten Großjährigkeit (der gehobenen Unfähigkeit) der Vortheil aus der Ver- wendung noch existent gewesen sei, würde mit der Fassung des §. 274. sich nicht vereinigen lassen, und eine rein willkührliche Bestimmung in das Gesetz hineintragen. (Präj. Samml. S. 80, Centralbl. 1840 S. 684.)

Das O. L. G. zu Frankfurt hatte dagegen in dem durch dies Präj. entschiedenen Rechtsfalle in dem Erk. v. 20. Juli 1838 ange- nommen, daß die Behauptung, daß der Beklagte reicher sei, ad fundandam intentionem gehöre. (Centralbl. 1839 S. 635 ff.)

Koch findet, daß das Präj. des Ob. Trib. gegen das Wesen des Institutes verstoße.

[1]) Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 8. März 1850 Nr. 2189. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 157.

Die Beendigung der Vormundschaft über einen Schuldner wirke gar keine Veränderung in seinen Schuldverhältnissen. Wenn also ein Anspruch nur in sofern gegen ihn vorhanden war, als er noch reicher ist, so könne derselbe durch Eintritt der Großjährigkeit des Schuldners keine andere Natur annehmen. Es sei jedoch ein wesentliches Erforderniß jenes lediglich wegen unbilliger Bereiche- rung zugelassenen Anspruches — eine Eigenthümlichkeit des Instituts — daß die Bereicherung noch zur Zeit der Klage vorhanden sein müsse; sonst fehle der Grund und Gegenstand dieser Klage, welche sich lediglich auf den Dolus des Beklagten gründe, folglich voraussetze, daß derselbe noch hinter sich habe, was ihm abgefordert wird, oder daß doch seine Arglist Ursache sei, wenn er dies nicht mehr hat. (Landr. Bd. 2. Anm. 17. zum §. 274. h. t.)

§. 277. Das prinzipale Fundament des Vertrages schließt das eventuelle Fundament der nützlichen Verwendung nicht aus.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Jan. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 230 Nr. 57.)

§§. 277. 278. Die Vorschrift, daß die Regeln der nützli- chen Verwendung in dem Falle nicht gelten, wenn ein rechtlicher Vertrag vorliegt, setzt nicht das Bestehen eines in jeder Beziehung, insbesondere auch hinsichtlich der Form rechtsgültigen Vertrages vor- aus; vielmehr genügt das Vorhandensein eines solchen Vertrages, der überhaupt nicht ohne alle rechtliche Wirkung ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1714.) (Präj. Samml. S. 80.)

§§. 277. 280. Der Grundsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden des Anderen bereichern soll (§. 230.), aus welchem die Vorschriften über nützliche Verwendungen abgeleitet sind, findet auch da Anwendung, wo Jemand ohne die Absicht, ein Rückforderungs- oder Vergütungsrecht erwerben zu wollen, oder selbst in der Mei- nung, nur einer eigenen Verpflichtung zu genügen, aber doch ohne wirklichen Rechtsgrund und ohne die Absicht der Freigebigkeit, Etwas in den Nutzen des Anderen verwendet hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1855; denn daß zu den negativen Erfordernissen der §§. 277. u. 280. noch das positive Erforderniß, den Anderen verpflichten zu wollen, hinzutreten müsse, um den Anspruch aus der nützlichen Ver- wendung zu begründen, sei nirgends verordnet, noch auch durch die Natur der Sache gerechtfertigt.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 114 Nr. 25.)

Vierzehnter Titel.

Von Erhaltung des Eigenthums und der Rechte.

§§. 1—8. Die §§. 1—4., welche die Einleitung zum vier- zehnten Titel bilden, stellen den inneren Zusammenhang der in dem- selben zusammengestellten, anscheinend heterogenen Rechtsverhältnisse dar, nämlich die Beziehung derselben auf das Eigenthum. Die §§. 5—8. wurden bei der Umarbeitung des gedruckten Entwurfes eingeschaltet und sollen, wie sich Suarez in der rev. mon. aus- drückt, die Konservation des schon existirenden Rechts zum künftigen Anfall und die Konservation dieses Anfalles selbst, d. h. der Sache, deren Anfall erwartet wird, von einander unterscheiden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 1.)

Erster Abschnitt.

Vom Verwahrungsvertrage.

§. 9. Begriff.

Derjenige haftet nicht als Depositar, welcher eine fremde, ihm nicht besonders übergebene Sache, ohne sich zu deren Aufbewahrung und Rückgabe zu verpflichten, in ein ihm gehöriges Behältniß zu bringen gestattet.

Erkannt von dem Ostpreuß. Trib. unterm 1. Sept. 1821, weil es an zwei Haupterfordernissen des Depositums, nämlich der übernommenen Verpflichtung von Seiten des Empfängers und einer förmlichen Uebergabe fehle. (Simon's R. Bd. 1. S. 434 ff.)

Gegen diese Ansicht: Koch, Recht der Ford. Bd. 3. S. 375 ff. und Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 9. h. t. und den Auff. im Centralbl. 1839 S. 1074.

§. 10. Form.

Der §. 10. deutet durch den Gegensatz: andere Beweismittel, auf die Ansicht, als ob auch die Schrift nur als Beweismittel gedacht worden; dies ist sie allerdings, allein sie ist mehr, sie ist nämlich bei Verträgen überhaupt, sobald der Gegenstand eine gewisse Höhe erreicht, Beweismittel und wesentliche Form zugleich und nur in letzter Beziehung ist der Verwahrungsvertrag von der allgemeinen Regel ausgenommen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 2.)

§§. 11—23. Pflichten des Verwahrers bei der Aufbewahrung.

§§. 11. 12. 17. Ist ein Stallmeister resp. Viehmeister, der — zumal gewerbmäßig — Vieh zur Verwahrung, Fütterung, Pflege und Stallung übernimmt, zur Vertretung der Handlungen seiner Leute unbedingt verpflichtet?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 13. Nov. 1856 verneint, annehmend, daß der Stall- resp. Viehmeister sich keines Versehens schuldig mache, wenn er die Wartung und Pflege des ihm anvertrauten Viehes seinen Leuten überläßt, und daß daher von einer ihm obliegenden Vertretung nur dann die Rede sein könne, wenn ihm ein Versehen bei der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung seiner Leute zur Last fällt.
(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 308 Nr. 68.)

§. 16. Bornemann nimmt an, daß der Verwahrer, welcher die im §. 16. gedachte Anzeige unterläßt, für den Schaden haftet, der durch eine anderweite Verfügung des Niederlegers, und namentlich durch die Rücknahme der Sache hätte vermieden werden können.
(System Bd. 3. S. 444, 2. Ausg. Bd. 3. S. 257.)

Dagegen meint Bielitz, daß die Folgen der §§. 36., 37. eintreten. (Komm. Bd. 3. S. 371.)

Koch nimmt an, daß der Depositar für die durch die Unterlassung herbeigeführten Nachtheile hafte.
(Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 16. h. t.)

§§. 24—45. Pflichten des Verwahrers bei der Zurücklieferung.

§. 24. Ueber die Vollstreckung der Exekution in ein Depositum auf Antrag des Gläubigers des Deponenten vergl. §. 18. des Ges. v. 20. März 1854 (G. S. S. 119) in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 68. sqq.

§§. 24—45. Der Verwahrer eines noch nicht ausgeloosten, ihm durch ein zu vertretendes Versehen abhanden gekommenen Seehandlungs-Prämienscheines ist verpflichtet, dem Eigenthümer entweder dieselbe Nummer zurückzugeben, oder das volle Interesse zu vergüten, mithin auch den bei Ziehung auf diese Nummer fallenden Gewinn zu zahlen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Okt. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 51 Nr. 16.)

§. 35. Die Vorschrift des §. 35. findet auf Beamte, zu deren Amtspflichten auch die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, nicht Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1331.) (Präj. Samml. S. 80.)

§§. 42. 43. Die Ausnahme im §. 43., daß bei dem depositum miserabile der Deponent nur ein mäßiges Versehen zu prästiren habe, ist in Folge eines Monitums bei der Schlußrevision angenommen worden. Es wurde berücksichtigt, daß ein solches depositum miserabile allemal Umstände voraussetze, welche eine gewisse Gemüthsverwirrung fast unvermeidlich machen, und es also hart wäre, unter solchen Umständen den höchsten Grad der Aufmerksamkeit von dem Deponenten zu verlangen. (Jahrb. Bd. 52. S. 18.)

§§. 59—62. Von mehreren Verwahrern oder Erben.

Nach Ansicht der Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 9) sind hiernach gegen die Bestimmung des Tit. 17. §§. 127—133. mehrere Erben des Verwahrers unbedingt solidarisch verpflichtet und nicht erst dann, wenn sie sich vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verbindlichkeit in den Nachlaß getheilt haben, wie Bornemann (System Bd. 3. S. 448, 2. Ausg. Bd. 3. S. 260) auf Grund der gedachten Gesetze annimmt.

Gegen die Ansicht der Gesetzrevisoren vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 399—401 und Landr. Bd. 2. Anm. 35. u. 36. ad h. l.

§§. 63—66. Von mehreren Niederlegern.

§. 64. Hinsichtlich anderer Erbschaftsaktiva kann nach Tit. 17. §. 152. erst nach getheilter Erbschaft an denjenigen Erben sicher gezahlt werden, der sich im Besitze des über das Aktivum sprechenden Instrumentes befindet. Es hat jedoch für das Depositum etwas Abweichendes gar nicht verordnet werden sollen, vielmehr ist der §. 64. h. t. bei der Umarbeitung des gedr. Entw. aufgenommen, um, wie Suarez in der rev. mon. bemerkt, eine Uebereinstimmung hervorzubringen unter den zu einer Erbschaft gehörigen Depositis und erbschaftlichen Aktivis überhaupt.
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 10.)

Bornemann (System Bd. 3. S. 449, 2. Ausg. Bd. 3. S. 260) nimmt auf Grund dieser Suarez'schen Bemerkung an, daß der Besitz des Depositenscheins den Inhaber erst nach getheilter Erbschaft legitimirt.

Derselben Ansicht ist Koch.
(Recht der Ford. Bd. 3. S. 397—398, Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 64. h. t.)

§§. 76—79. Rechte des Verwahrers gegen den Niederleger wegen Bemühungen und Kosten.

§§. 76. 77. R. v. 5. Nov. 1838, betr. das Zurückbehaltungsrecht der Behörden an den in Deposition oder Aufsicht genommenen Sachen wegen der zu deren Erhaltung verwendeten Kosten.

Der Justizmin. kann sich mit der Ansicht nicht einverstanden erklären, welche das O. L. Ger. in dem am 11. v. M. erstatteten Bericht in Betreff der Beschwerde des Magistrats zu C. v. 20. Sept. d. J. entwickelt hat. Die Bewachung des von dem Schiffer L. geführten Kahnes ist wegen der nöthig gewordenen Verhaftung des L. veranlaßt, und an die Stelle der Deposition getreten. Dem Magistrat stand daher nach §§. 76., 77. Tit. 14. Thl. I. A. L. R. ein Zurückbehaltungsrecht wegen der durch die Bewachung entstandenen Kosten zu, welche nach §. 212. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. als zur Erhaltung der Substanz nothwendig von dem Eigenthümer vergütet werden müssen, oder gleich den Depositionskosten mit Rücksicht auf §. 562. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. aus dem für den bewachten Gegenstand gelösten Kaufgelde genommen werden können. Der Anspruch auf Berichtigung der Bewachungskosten, vorausgesetzt, daß gegen die Höhe derselben nichts zu erinnern ist, erscheint hiernach vollkommen gegründet rc. (Centralbl. 1839 S. 177.)

Koch ist derselben Ansicht.
(Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 77. h. t.)

§§. 80—89. Vom erlaubten und unerlaubten Gebrauche in Verwahrung gegebener Sachen.

§. 83. Der §. 83. setzt einen durch freiwillige Uebereinkunft unabhängiger Kontrahenten abgeschlossenen Verwahrungsvertrag voraus, in welchem von dem Niederleger dem Verwahrer der unschädliche Gebrauch der verbrauchbaren Sache gestattet worden. Dagegen behalten die in Gemäßheit der K. O. v. 11. Febr. 1832 (G. S. 1832 S. 61) an die Generalstaatskasse eingezahlten baaren Kautionen der Beamten die Natur von Depositen, wenngleich sie den Beamten verzinst werden, und in das Eigenthum und die Benutzung des Staates übergehen, weil in dem §. 6. der gedachten K. O. ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß der Betrag der Kautionskapitale bei der Verwaltung der Staatsschulden als ein besonderes Depositum verwaltet werden, diese Vorschrift aber nicht allein einen Unterschied in der Verwaltung derselben von den übrigen Staatsschulden begründen soll.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. April 1838.
(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 327 ff.)

Hiergegen führt indeß Koch aus, daß die Anordnung der K. O. v. 11. Febr. 1832 nicht über die rechtliche Natur des Verhältnisses entscheide.

Wenn der Empfänger von Anfang an Eigenthum und Benutzungsrecht hat, so kann das Gegebene kein Depositum sein, auch kein depositum irregulare, welches sich in Folge der ersten Verabredung in ein anderes Rechtsgeschäft verwandeln soll. Zwar kann Geld mit der Verabredung in Verwahrung gegeben werden, daß der Verwahrer solches sofort nutzen könne und auch von Anfang verzinsen solle. Dies Geschäft ist dem verzinslichen Darlehn sehr ähnlich, es bleibt aber doch Verwahrung (despositum irregulare), weil nicht eine Anleihe auf der einen Seite und die zinsbare Anlegung des Geldes auf der anderen Seite der Hauptzweck des Geschäfts war, vielmehr hauptsächlich die sichere Niederlegung einerseits beabsichtigt wurde, und die Annahme in Verwahrsam Gefälligkeit war. Deshalb geht in diesem Falle die depositi actio auch auf die Zinsen als bloßen Nebenvortheil, und ebenso gilt in diesem Falle das Privilegium des Depositums (C. 26. §. 1. D. depos.). Anders verhält es sich mit den Kautionen der Beamten. Diese suchen keinesweges einen sicheren Aufbewahrungsort für die Gelder, die sie zur Erreichung ihres Zweckes meistens selbst aufborgen; sie sind genöthigt, sich die vorgeschriebene Forderung an ihren Dienstherrn zu verschaffen. Ihre baaren Geldzahlungen sind von Anfang nichts Anderes, als verzinsliche Darlehne, womit, zufolge einer andern Verabredung, dem Empfänger Sicherheit bestellt worden ist.

(Landr. Bd. 2. Anm. 50. zum §. 83. h. t.)

Das Justizmin. hat angenommen, daß die Amtskaution ein depositum irregulare sei, welches in einen Darlehnsvertrag übergehe; das Rechtsverhältniß zwischen den Beamten und dem Fiskus sei nach Abschn. III. h. t. zu beurtheilen. (Act. gen. C. 18. Vol. II.)

§§. 92—102. Gerichtliche Verwahrung.

§. 92. Merkel (Komm. z. A. L. R. Bd. 1. S. 923) theilt ein Judikat des O. L. G. zu Glogau mit, nach welchem auf Grund der Worte des §. 92.: »gewisse Rechte«, die nicht bloß auf dingliche Rechte zu beziehen, ein Erbe nach dem Antrage eines bloß persönlichen Gläubigers aus dem Besitze der Erbschaft gesetzt und diese in gerichtl. Verwahrung genommen worden. Gegen diese von Merkel vertheidigte Entscheidung führt Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 386, 387) an, daß der §. 92. nur von Rechten auf die Sache spricht.

Koch bemerkt hierüber:

Man hat den §. 92. unrichtig so auslegen wollen, daß die Sequestration einer Sache nur dann stattfinde, wenn über das Eigenthum selbst, oder ein anderes dingliches Recht an der Sache gestritten werde; es ist aber unter dem Eigenthum die Sache selbst, ihrer Substanz nach, im Gegensatze zu einem jus in re zu verstehen, so daß mithin jeder Streit über die Auslieferung der Sache die Sequestration zuläßt, wenn sonst nur begründete Besorgniß ist, daß das Objekt des Anspruchs, d. i. die Sache, entzogen werden möchte; denn ob der Beklagte übrigens des Vermögens ist, dafür zu entschädigen, ist unerheblich, weil der obsiegende Kläger die Sache selbst, mithin auch Sicherheit dieses seines Rechtes verlangen kann, und durch Hinweisung auf Entschädigung, sich etwas Anderes als ihm gebührt aufdringen zu lassen, nicht schuldig ist. Es genügt die gegründete Besorgniß, daß ihm das »Objekt der Forderung« verloren oder auch nur beschädigt werde. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 409—410.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 54. zum §. 92. h. t.

§§. 92. 103. 105. Derjenige, welchem von dem Anderen die Uebernahme der Sache widerrechtlich verweigert wird, kann die auf die Sache verwendeten Unterhaltungskosten keinesweges schon aus dem Grunde ersetzt verlangen, weil er gleich einem gerichtlichen Sequester für die Sache gesorgt habe, sondern er muß seinen desfallsigen Anspruch nach den Grundsätzen von der nützlichen Verwendung begründen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1856.

Die §§. 92., 103., 105., 109., 76. ff. h. t. so wenig, als die §§. 15. ff., 218., 213., 220., 221. A. L. R. I. 16. finden auf diesen Fall Anwendung, für welchen das A. L. R. überhaupt keine Bestimmungen trifft, und welcher daher lediglich nach den Grundsätzen der in rem versio bemessen werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 109 Nr. 29.)

Zweiter Abschnitt.

Von Verwaltung fremder Sachen und Güter.

§§. 109. ff. Auch ein schriftlich errichteter und zum Theil schon erfüllter Verwaltungsvertrag kann vom Prinzipal, gleich einem Mandate, einseitig und mündlich gekündigt werden. Es erwächst daraus nur eine Entschädigungspflicht des Prinzipals gegen den Verwalter.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1846. (Präj. Nr 1708.)

Das A. L. R. hat, abweichend vom gemeinen Rechte, die Verwaltung fremder Sachen zu einem besondern Rechtsgeschäfte gemacht, und es sagt im §. 109. h. t.: »daß der Verwalter fremder Güter, in soweit es dabei auf deren Erhaltung und Aufbewahrung ankommt, nach den Grundsätzen vom Verwahrungsvertrage zu beurtheilen, soweit aber von ihm fremde Geschäfte besorgt würden, er als ein Bevollmächtigter anzusehen ist.« Es wird hierdurch zunächst der Umfang der Verpflichtungen eines solchen Verwalters, folgeweise aber auch der Rechte des Prinzipals bestimmt; und es läßt sich die weitere Folgerung nicht abweisen, daß das ganze Rechtsverhältniß der Kontrahenten als ein gemischtes zu betrachten ist, bei dem jedoch die Natur des Mandats überwiegt, da die bloße Erhaltung und Aufbewahrung der Sache vor derjenigen Thätigkeit, welche die Bewirthschaftung, namentlich eines Landgutes, vom Verwalter erfordert, zurücktritt. Es finden sich daher auch in dem von der Verwaltung handelnden Abschn. des Tit. 14. bei den Spezialvorschriften häufige Verweisungen auf die Vorschriften von Vollmachten, z. B. in den §§. 122., 125., 132., 142., während keine solche spezielle Hinweisung auf die Lehre vom Depositum gegeben ist; und die Namen Bevollmächtigter und Verwalter werden selbst als gleichbedeutend gebraucht in den §§. 170—174. Der Verwalter ist auch in soweit entschieden ein Bevollmächtigter, als er den Prinzipal durch die innerhalb der Grenzen seines Auftrags vorgenommenen Handlungen verpflichtet, ihn selbst vertritt, so daß er gewisse Klagen anstellen kann (§. 124.), in allen die Sache betr. Rechtsangelegenheiten die Vermuthung der Vollmacht für sich hat (§. 125.) und durch seine mit einem Dritten geschlossenen Verträge dem Prinzipal ebenso verpflichtet, wie der Bevollmächtigte nach §§. 129. u. 130. das. In den wichtigsten Beziehungen ist hiernach der Verwalter dem Bevollmächtigten gleichgestellt, und man ist daher berechtigt, die Vorschriften vom Vollmachtsvertrage auch in den Fällen anzuwenden, wo eine spezielle Bestimmung fehlt, soweit die Natur des Verhältnisses nicht als eine verschiedene sich etwa darstellt. Eine solche Verschiedenheit liegt nun darin nicht, daß das Mandat gewöhnlicherweise nicht auf einen bestimmten Zeitraum, sondern auf die Ausführung eines Geschäfts gerichtet, der Verwaltungsvertrag dagegen wohl meistens auf eine gewisse Zeitdauer eingegangen wird — da die Art der Festsetzung über die Dauer des Verhältnisses nichts Wesentliches ist; und ebenso gut z. B. ein General-Mandatar auf ein oder mehrere Jahre, wie ein Verwalter eines gewissen Gutes für eine unbestimmte Zeit bestellt werden kann, wenn daher das Mandat in der Regel willkührlich aufgekündigt werden kann, so ist aller Grund vorhanden, diese gesetzliche Ausnahme auch auf den Verwaltungsvertrag auszudehnen, da bei dem letzteren die Rücksichten auf persönliches Vertrauen und auf die Angemessenheit der Fortsetzung des angefangenen Geschäfts in gleichem Maße, wie bei ersterem obwalten. Es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn man den Machtgeber hindern wollte, einen Stellvertreter, den er doch nur in eigenem Interesse bestellt hat, beizubehalten, oder ein angefangenes Geschäft nicht weiter fortzusetzen, wenn sein Interesse ganz aufgehört hat, oder gar ein entgegengesetztes geworden ist; und das nämliche muß man von dem Zwange zur Beibehaltung eines Verwalters sagen, sobald der Prinzipal die Sache wieder in eigene Hände nehmen, oder sonst darüber anderweit verfügen will. — Daß auch der Nutzen des Mandatars, wie des Verwalters bei der Fortdauer ihres Verhältnisses in Frage kommen kann, entscheidet nichts, weil bei beiden Geschäften nicht das Interesse der Beauftragten der Zweck ist, sondern der Vortheil des Auftragsgebers. Letzterer muß vollständigen Ersatz für allen Schaden, den die unzeitige Aufhebung des Vertrages dem andern Thejl verursacht, gewähren, wie §. 163. Tit. 13. vorschreibt. (Präj. Samml. S. 80, Entsch. Bd. 15. S. 209.)

§§. 109. sqq. **133.** sqq. Der Schäferverdingvertrag enthält seiner allgemeinen Natur nach einen Vertrag über vermiethete Dienste. Der Schäfer, insbesondere der Lohn- und Deputatschäfer, ist daher nicht als Verwalter der Schäferei anzusehen, und mithin zur Rechnungslegung nicht verpflichtet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1852.

Das Wesen der Verwaltung besteht nach §. 109. h. t. in einem Depositum und Mandat; beide vereinigt stellen das Rechtsverhältniß der Verwaltung dar, mit welchem gesetzlich die Pflicht zur Rückgabe der verwalteten Sache und zur Rechenschaftsablage verknüpft ist. In der Natur des Schäferdienstes fehlt die Feststellung der einen wesentlichen Seite jenes Rechtsverhältnisses, die des Mandats. Die Kriterien der Verwaltung sind überhaupt nicht in dem Schäferdienst seiner allgemeinen Natur nach zu finden. Er beruht auf Vertrag, dieser ist als Dienstmiethe, als ein Vertrag über Handlungen zu charakterisiren. Provinzialrechtlich kann nebenher, wie dies in der V. v. 3. Febr. 1800 anerkannt ist, noch ein anderes Rechtsverhältniß unter der gewöhnlichen Bezeichnung eines Gemenge- oder Satzvertrages verabredet sein; dies liegt jedoch in der Bestimmung, daß der Schäfer gegen Lohn und Deputat die Schafe hüten und versehen solle, worin nichts von der Uebernahme der Pflichten eines Verwalters. Der Schäfer überkommt allerdings der Regel nach die custodia der Heerde, aber nicht anders als das Gesinde überhaupt die ihm anvertrauten Geräth-

schaften; daraus folgt nur die einfache Verbindlichkeit zur Rückgabe der in der custodia befindlichen Gegenstände und zur Vertretung des Fehlenden oder Beschädigten nach dem Grade des Versehens.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 377 Nr. 80.)

§§. 109. 135. 139. Ein Wirthschaftsverwalter ist verpflichtet, jederzeit, und ohne daß erst der Ablauf des Rechnungsjahres abzuwarten wäre, die Richtigkeit seiner Verwaltung und die Vollständigkeit der Bestände auf Grund der von ihm abzuschließenden Bücher dem Prinzipal nachzuweisen, und die dabei sich ergebenden Defekte zu vertreten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Mai 1846. (Präj. Nr. 1756.)

Durch die §§. 139. ff. h. t. wird das Recht des Prinzipals, zu jeder Zeit den Abschluß der Bücher zu verlangen und die Bestände zu revidiren, in keiner Art beschränkt. Denn er ist der Herr des Geschäfts, der Verwalter nur sein Geschäftsführer und der Kontrolle des Ersteren zu jeder Zeit unterworfen. Die Bücher, welche der Verwalter über das ihm anvertraute Vermögen des Prinzipals führt, enthalten gerade die Rechnung über dasselbe, und wenn sie richtig geführt und in Ordnung sind, ergiebt deren Abschluß für jeden Zeitabschnitt den Naturalien- und Geldbestand, welchen der Verwalter nachzuweisen hat. Stellt sich bei diesem Nachweis ein Defekt heraus, so ist der Verwalter zur Vertretung sofort verbunden; es ist kein Grund vorhanden, den Prinzipal mit Ausführung seiner Rechte bis zum Jahresschluß und einer dann erst zu erwartenden Rechnungslegung zu verweisen, und eine treulose oder nachlässige Verwaltung bis dahin zu dulden. Der Abschluß der Bücher ist gerade die bei solcher Visitation erforderliche Rechnungsablage.

(Präj. Samml. S. 80, Entsch. Bd. 13. S. 210.)

§§. 110—115. Allgemeine Obliegenheiten eines Verwalters.

§§. 110. 116. Der Verwalter muß jeden erheblichen Vorfall, jeden sich ereignenden Verlust, z. B. den Ausfall eines Kapitals, dem Prinzipal anzeigen und darf damit nicht bis zur Jahresrechnung warten.

Angenommen von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. Dec. 1849, auf Grund der §§. 110., 116.

(Entsch. Bd. 19. S. 194.)

§§. 116—117. Verantwortlichkeit des Verwalters.

§§. 116. 136. In wiefern muß der Dienstherr die an seinen Wirthschafts-Inspektor geschehenen und von demselben in die Wirthschaftsbücher eingetragenen Zahlungen wider sich gelten lassen?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 16. Sept. 1851 an, daß ein Wirthschafts-Inspektor, dem nach seinem Dienstvertrage die selbstständige Bewirthschaftung der Güter nebst der Verwaltung der Wirthschaftskasse mit der dabei noch ausdrücklich zur Sprache gebrachten Pflicht der Rechnungslegung übertragen, der aber dessenungeachtet bestimmte Holzverkäufe nicht vornehmen durfte, auch zur Empfangnahme des dabei bedungenen Preises nicht legitimirt sei, und eben so wenig zur Führung des Beweises, daß derselbe an die Gutsherrschaft gezahlt oder in ihren Nutzen verwendet worden, die bloße Vereinnahmung der erhobenen Gelder in den geführten Wirthschaftsbüchern allein schon genügen; vielmehr hierzu, ohne daß sich das Gegentheil aus den §§. 116. u. 136. h. t. folgern lasse, andererseits zugleich die Bescheinigung der Richtigkeit der gebuchten Ausgaben, sowie resp. der Nachweis der Existenz des Kassenbestandes, der etwa den Büchern zu Folge vorhanden sein mußte, erforderlich sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 272 Nr. 58.)

§§. 118—165. Rechte und Pflichten des Verwalters.

§§. 123. 127. sqq. Ein Verwalter fremder Güter, als solcher, hat ohne Spezialvollmacht des Prinzipals keine Befugniß, noch nicht fällige Einkünfte im Voraus zu erheben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Sept 1849.

Nach §. 116. wird der Verwalter verantwortlich, wenn er die ausbleibenden Einnahmen beizutreiben verabsäumt, und nach §§. 162. u. 163. muß er Einnahmereste aus eignen Mitteln entrichten, wenn er nicht Kredit zu geben befugt gewesen. Von ausbleibenden Einnahmen und Einnahmeresten kann nur die Frage sein, wenn die Einnahmen fällig geworden sind. Nach §§. 127. u. 128. soll auch vom Verwalter nur Kredit genommen und gegeben werden können, soweit es im Laufe der Geschäfte gewöhnlich oder das Geschäft ohne Kredit nicht betrieben werden kann; Vorschriften, welche nicht im Entferntesten eine Vorauserhebung von Gutsrevenüen und Renten durch den Verwalter statuiren. Der §. 126. enthält vielmehr sogar eine ausdrückliche Festsetzung, in welcher ein allgemeines Prinzip zu erkennen ist, das einer Befugniß des Verwalters zur Erhebung von Geldvorschüssen widerspricht. Auch aus den in §§. 129. ff. ertheilten Vorschriften über die Verhaftung des Prinzipals aus Verträgen des Verwalters erhellt der Grundsatz: daß im allgemeinen Auftrage eines Verwalters die Berechtigung nicht schlechthin einbegriffen sei, über das Vermögen seines Prinzipals für die Zukunft, also auch über künftig erst fällig werdende Revenüen im Voraus zu disponiren. Eine solche Befugniß würde überdies den Prinzipal außer Stand setzen, die Grenzen der Geldverwaltung seines Verwalters zu bestimmen und sich gegen dessen mögliche Veruntreuungen und Beschädigungen zu wahren. Jede Verwaltung der Kasse eines Andern und die darüber zu legende Rechnung muß sich nach der Natur der Sache auf Beläge gründen, wie auch dem Verwalter im §. 136. vorgeschrieben ist. Der Belag zu einer durch nicht vorauszusehende spezielle Umstände herbeigeführten, also ausnahmsweisen Vorauserhebung von nicht fälligen Einkünften — da sie in dem Etat, Heberegister oder sonstigen allgemeinen Soll-Einnahme-Belage nicht vorausbestimmt sein kann — kann nur die in jedem Falle nachzusuchende besondere Anweisung oder Genehmigung des Prinzipals sein. Wer also vor der Verfallzeit, und wäre es auch nur einen Tag vor dem Fälligkeitstermine, an den Verwalter zahlt, kann durch die an den Verwalter geleistete Zahlung allein erst dann Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegen den Prinzipal erlangen, wenn dessen besondere Anweisung oder Genehmigung zur Vorauserhebung nachgewiesen werden kann. (Entsch. Bd. 18. S. 214.)

§§. 127. 128. Der Verwalter einer Fabrik ist berechtigt, den angenommenen und von außerhalb eingetroffenen Fabrikarbeitern Behufs Einlösung ihrer von den Fuhrleuten retinirten Sachen die Reisegelder aus der Fabrikkasse vorzuschießen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1856, auf Grund der §§. 127. u. 128.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 268 Nr. 66.)

§. 130. Wenn der Gutsverwalter für eigene Rechnung wirthschaftet, so wird der Prinzipal durch die Verträge desselben gar nicht verbindlich gemacht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. u. 29. Okt. 1847.

Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers, im §. 130. für den Fall etwas den Grundsätzen von Vollmachtsaufträgen (§. 154. A. L. R. I. 13.) Entgegengesetztes festzusetzen, wenn der Verwalter zur Zeit des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages das Gut für sich bewirthschaftet hat. Denn wenn es im §. 130. heißt: »es mache keinen Unterschied, wenngleich der Verwalter den Vertrag auf seinen eigenen Namen geschlossen habe«, so wird davon ausgegangen, daß ein wirklich für den Mandanten abgeschlossener Vertrag vorliegt, nicht das Gegentheil. Letzteres ist vielmehr durch den Beisatz: »sobald nur aus den Umständen klar erhellt, daß er in seiner Eigenschaft als Verwalter gehandelt«, deutlich als ein Gegensatz, für den die Regel nicht Platz greift, ausgesprochen.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 54. Nr. 27.)

§§. 130. u. 131. Bei einer auch unbeschränkten Gutsverwaltung kann der, vom Verwalter im eigenen Namen, lange vor der Schur, gegen Empfangnahme eines bedeutenden Angeldes geschehene Verkauf der gesammten zu erwartenden Gutswolle nicht ohne Weiteres und ohne Hinzutritt besonderer Nebenumstände, für einen, im ordinairen Gange der Geschäfte gewöhnlichen »den Prinzipal verpflichtenden Vertrag« erachtet werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Febr. 1848, auf Grund der §§. 130. u. 131. h. t.

(Entsch. Bd. 16. S. 175, Rechtsf. Bd. 3. S. 422 Nr. 206.)

§§. 133—144. Rechnungslegung.

§. 138. Koch erläutert den §. 138. dahin:

Wenn eine außergerichtliche Untersuchung vom Prinzipal vorgenommen wird, wodurch ihm Kosten erwachsen, so muß er den Verwalter auf Erstattung besonders belangen. Erfolgt aber gerichtliche Rechnungsabnahme, und muß in Folge der Erinnerungen des Prinzipals die Richtigkeit der unbelegten Posten durch mit Kosten verknüpfte Beweisführung nachgewiesen werden, so muß auf Antrag des Prinzipals in eben diesem Prozesse auch über die Tragung resp. Erstattung dieser Kosten erkannt werden, und der Verwalter muß solche auf Grund des §. 138. tragen, wenn es ihm auch gelingt, alle Posten zu rechtfertigen. (Landr. Bd. 2. Anm. 14. zum §. 138. h. t.)

Dies nimmt auch das Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. März 1845 an. (Entsch. Bd. 11. S. 296.)

§§. 145—153. Quittung.

§§. 150. sqq. 1) Der Rechnungsleger, welcher in seiner Schlußrechnung auf einen längeren als fünfjährigen Zeitraum zurückgeht, kann sich gegen die wider dieselbe von dem Rechnungsnehmer gezogenen Monita auf die §§. 150. ff., 154. ff., 158., 159. h. t. nicht berufen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1851, da diese §§. auf den Fall nicht anwendbar, wenn der Rechnungsleger es selbst für nöthig erachtet, auf einen längeren als fünfjährigen Zeitraum zurückzugehen, und gar nicht behauptet, daß eine Schlußrechnung innerhalb aller dieser Jahre gelegt und abgenommen, oder dies durch Verzögerung des Rechnungsnehmers herbeigeführt.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 61 Nr. 14.)

2) Eine abgelegte und quittirte Rechnung hat nur dann die Wirkungen eines Vergleiches, wenn die Berechnung streitig gewesen ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1851 mit Beziehung auf §. 429. A. L. R. I. 16.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 61 Nr. 14.)

3) Das Gesetz, daß eine abgelegte und quittirte Rechnung nach Verlauf von zehn Jahren nicht mehr angefochten werden kann, steht lediglich dem Rechnungsnehmer, nicht auch dem Verwalter, welcher die Rechnung gelegt hat, entgegen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1851, da dies die dem §. 150. vorhergehenden und nachfolgenden §§. beweisen. Dem Verwalter und seinem Erben solle dadurch ein Schutzmittel gegen fernere Ansprüche des Prinzipals gewährt werden, wogegen nirgends gesagt sei, daß der Verwalter, wenn er nach abgelegter Rechnung noch Beläge über Ausgaben findet, die er in der Rechnung nicht aufgeführt, diese nicht solle erstattet verlangen können.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 61 Nr. 14.)

§. 151. Die Ausnahme wegen der Rechnungsfehler ist auf Grund eines Monitums der Mitglieder der G. Komm. aufgenommen. Das hierauf gefaßte Konklusum bezeichnet die Rechnungsfehler, auf die noch Rücksicht zu nehmen, als »offenbare errores calculi im Lateriren und Summiren.« Dem entspricht die Bezeichnung im A. L. R.: »offenbare im Zusammenrechnen oder Abziehen vorgefallene Rechnungsfehler«, und hat hiermit verhütet werden sollen, daß unter dem Vorwande eines Rechnungsfehlers der dechargirte und quittirte Rendant nicht in große Weitläuftigkeiten verwickelt werden könne.

(Jahrb. Bd. 52. S. 19.)

§§. 154—159. Was Rechtens ist, wenn die Abnahme der Rechnung verzögert, oder wenn die Rechnungslegung erlassen worden.

§. 154. 1) Um die fünfjährige Verjährungsfrist [1]) wegen Nichtabnahme einer gelegten Rechnung zur Anwendung zu bringen, muß die Rechnung mit Belägen versehen gewesen sein.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1839. (Präj. Nr. 617.) (Präj. Samml. S. 81.)

2) Die Vorschrift des §. 154. findet nicht bloß auf Privatverwalter, sondern auch auf die Verwalter öffentlicher Kassen und Anstalten Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Mai 1839. (Präj. Nr. 676.) (Präj. Samml. S. 81.)

Vergl. den folgenden Zus. 3. zu a.

Das R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 2. Okt. 1819 nimmt dagegen an, daß die Bestimmungen der §§. 150. sqq. h. t. auf die Rendanten landesherrlicher Kassen und auf die Verwalter des Vermögens von Kommunen, Kirchen, Stiftungen u. s. w. keine Anwendung finden, sondern daß diese nach den die Rechnungslegung betreffenden Patenten, den Anstellungs-Reskripten und den Dienst-Instruktionen zu beurtheilen seien. (v. K. Annal. Bd. 3. S. 896.)

Die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 14) und Bornemann (System Bd. 3. S. 455, 2. Ausg. Bd. 3. S. 264) halten diese letztere Meinung für unrichtig, weil theils in den bestehenden Gesetzen kein Grund vorhanden sei, irgend eine Ausnahme von der in diesen §§. gegebenen kürzeren Verjährungsfrist zu statuiren, theils, wie Bornemann anführt, Suarez bei der rev. mon. ausdrücklich die Absicht ausgesprochen habe, daß dem fisco, piis corporibus u. s. w. keine längere Frist zu lassen sei.

3) a) Die Vorschrift des §. 154. findet auch auf die Rechnungen der Rendanten und Verwalter des Vermögens von Korporationen Anwendung.

b) Ein Rechnungsleger, der sich auf die Vorschrift des §. 154. berufen kann, entsagt dadurch, daß er im Wege der Klage gegen den Rechnungsnehmer auf gerichtliche Abnahme der Rechnung und Ertheilung der Decharge anträgt, noch nicht dem Rechte, welches ihm jene Vorschrift ertheilt. Er kann daher, wenn ihm später im Laufe des gerichtlichen Verfahrens von dem Rechnungsnehmer Erinnerungen gegen die gelegte Rechnung gezogen werden, die er in Gemäßheit jener Vorschrift nicht anerkennen zu dürfen glaubt, sich, der Klage ungeachtet, auf jene Vorschrift noch berufen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1845. (Präj. Nr. 1560.) (Präj. Samml. S. 81.)

4) Ist die Rechnung vom Rechnungsnehmer monirt worden, so findet in Betreff aller ohne Erinnerung gelassenen Posten die Verjährung von fünf Jahren vom Tage der gelegten Rechnung an, — beziehungsweise der Grundsatz Anwendung, daß sie für quittirt gelten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1845. (Präj. Nr. 1557.)

In der Freilassung einzelner Rechnungsposten von aller Monitur bei einer wirkl. stattgehabten Rechnungsabnahme liegt ein stillschweigendes Anerkenntniß, und ein noch sprechenderer Grund, sie für quittirt zu achten, als der ist, welchen die Gesetze aus einem fünfjährigen Stillschweigen des Prinzipals auf die ganze Rechnung entnehmen. Es tritt dieselbe ratio legis bei ihnen ein, und in noch stärkerem Grade. Eine Rendantur oder Administration ist gewöhnl. ein viel zusammengesetzteres Geschäft, als ein anderes Obligations-Verhältniß; nach fünf oder funfzehn Jahren eine umfassende Verwaltungsrechnung justifiziren, und alle bloßen Bestreitungen des Prinzipals erledigen, und durch förmliche Beweisführung beseitigen müssen, ist eine allzu mißliche Lage für den Rechnungsleger. Gerade aber bei solchen Posten, die der Prinzipal passiren läßt, indem er seine Monita auf die anderen Posten beschränkt, wird der Rechnungsleger am wenigsten darauf aus sein, sich die speziellen Notizen zur Aufklärung, und die Beweismittel zu konserviren und bereit zu halten. Die in §. 154. sanktionirte kürzere Verjährung erscheint daher billig und angemessen. Unbedenklich ist es, diese sowohl auf die Rechnungsführer der Korporationen und sonstigen Privilegirten, wie der Privatpersonen anzuwenden. (§. 177. h. t.) (Präj. Samml. S. 81, Entsch. Bd. 11. S. 290.)

5) Wenn über eine Verwaltung monatliche Extrakte eingereicht und dazu am Jahresschlusse die Beläge übergeben worden sind, so findet auch auf sie bei verzögerter Rechnungsabnahme die fünfjährige Verjährungsfrist Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Okt. 1851 auf Grund des §. 154. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 61 Nr. 14.)

6) Jungmeister führt aus, daß der §. 154. nur bei Ansprüchen des Prinzipals gegen den Verwalter, aber nicht für den Fall anwendbar ist, wo der Verwalter seinerseits Ansprüche an den Prinzipal aus dem für ihn geführten Geschäft zu machen hat, folglich nicht bei Rechnungen, aus welchen sich ein Vorschuß für den Verwalter ergeben hat, dessen Rückzahlung von dem Prinzipale nicht geleistet ist. Dies wird daraus gefolgert, daß nach §. 154. eine gehörig gelegte Rechnung in dem Falle schuldbarer Verzögerung der Abnahme für quittirt, d. h. nur den Positionen nach für richtig anerkannt erachtet werden solle, aus der Bedeutung des Wortes »Quittung« im §. 145. und »Erlassung« im §. 158. aus der Absicht des Gesetzes, sowie dadurch, daß durch Verjährung durch Nichtgebrauch zwar Rechte, aber nicht Einwendungen verloren gehen, und im vorliegenden Falle der Prinzipal sich die seinigen durch Zurückhaltung des Vorschusses konservirt habe. (J. W. 1839 S. 217.)

§. 158. 1) Die fünfjährige Frist, binnen welcher von einem Verwalter Rechnungslegung zu fordern ist, widrigenfalls dieselbe für erlassen erachtet werden soll, ist als eine Art der Verjährung durch Nichtgebrauch anzusehen.

---

[1]) Ueber die Frage: ob die Frist des §. 154. eine wirkliche Verjährungsfrist sei? vergl. indeß die Erg. zum §. 158. h. t. Zus. 1.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1839 [1]). (Präj. Nr. 606. a.)

Das wesentliche Merkmal der Verjährung durch Nichtgebrauch besteht darin, daß durch dieselbe ein bestimmter Verpflichteter, einem bestimmten Berechtigten gegenüber, von einem Dulden, Geben oder Leisten dergestalt befreit wird, daß der bisherige Berechtigte die Befugniß, sein Recht gegen den Verpflichteten gerichtlich zu verfolgen, verliert, oder vielmehr dem bisherigen Verpflichteten gegen die Klage des Berechtigten die Einrede gestattet wird, wie die Verpflichtung inzwischen aufgehoben worden, diese Einrede aber nur beseitigt werden kann, wenn der Berechtigte den vollständigen Beweis führt, daß nicht nur die Verbindlichkeit fortdauern, sondern auch der Verpflichtete unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit der Erfüllung derselben sich entziehen wolle (§. 568. A. L. R. I. 9.). Bei dem im §. 158. h. t. erwähnten Falle sind alle diese Merkmale einer wirklichen Verjährungsfrist vorhanden. Denn dem Prinzipal, einem bestimmten Berechtigten, steht das Recht zu, von dem Verwalter, einem bestimmten Verpflichteten, die Legung einer Rechnung, also eine Leistung zu fordern; die Ausübung dieses Rechts aber ist in dem §. 158. an eine bestimmte Frist mit dem Beifügen gebunden, daß nach Verlauf der Frist die Leistung für erlassen, der Verpflichtete also von derselben befreit erachtet werden solle. Das Gesetz hat mithin hier nur diejenige Art der Aufhebung der Verbindlichkeit, deren Vorhandensein vermuthet werden soll, nämlich Erlaß, speziell genannt, während im §. 568. A. L. R. I. 9. die Wirkung der Verjährung durch Nichtgebrauch im Allgemeinen dahin festgestellt ist, daß vermuthet werden soll, die ehemals entstandene Verbindlichkeit sei in der Zwischenzeit »auf eine oder die andere Art« (also entweder durch Erlaß oder Zahlung, Vergleich, Novation u. s. w.) gehoben worden. In Uebereinstimmung hiermit wird auch im §. 152. h. t. die im §. 150. zur Anfechtung einer quittirten Rechnung bestimmte Frist ausdrücklich eine »Verjährungsfrist« genannt, und hieraus folgt ebenfalls, daß die Frist zur Ausübung des Rechts, Rechnungslegung überhaupt zu fordern, für eine Verjährungsfrist gelten muß. Denn die letztere Frist ist nicht anderer Natur, als die erstere.

(Präj. Samml. S. 81, Entsch. Bd. 4. S. 341.)

Dieselbe Ansicht hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Okt. 1852 ausgesprochen.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 287 Nr. 60.)

Das Erk. desselben Sen. v. 3. Febr. 1853 nimmt dagegen an, daß der §. 158. eine eigentliche Extinktivverjährung im Sinne des §. 568. A. L. R. I. 9. in der Bedeutung, daß nach dem Ablaufe der fünfjährigen Frist das Recht des Prinzipals, noch Rechnungslegung zu fordern, verloren sein solle, nicht ausspreche, da derselbe die ganz bestimmte Präsumtion des Erlasses aufstelle, welche Vermuthung einerseits auf der Voraussetzung eines dem Verwalter von dem Prinzipale in ausgedehnterem Maße geschenkten Vertrauens beruhe, während andererseits dabei zugleich auf die im Laufe der Zeit für den Ersteren sich vermehrenden Schwierigkeiten, dem Letzteren über seine Verwaltung vollständige Auskunft zu geben, Rücksicht genommen sei.

(Entsch. Bd. 24. S. 426, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 293 Nr. 61.)

Koch hält die Entscheidung des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 606. für unrichtig und findet in den Fristen der §§. 154. u. 158. h. t. keine eigentliche Verjährung, sondern Erklärungsfristen, nach deren Ablauf eine bestimmte Erklärung (Erlaß) fingirt wird. Deshalb vermeide auch das Gesetz (im §. 159.) den Ausdruck: »Verjährung« und »Verjährungsfrist.«

(Landr. Bd. 2. Anm. 32. zum §. 158. h. t.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 511, Lehrbuch des Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 275, 276 und Arch. Bd. 5. S. 409.

Dagegen finden die Gesetzrevisoren in der Frist der §§. 154. u. 158. eine wirkliche Verjährungsfrist.

(Gesetzrev., Motive zum A. L. R. I. 2. 7—10. u. 15. S. 117—118 und zum A. L. R. I. 14. u. 16. S. 14, auch abgedr. in den Entsch. Bd. 4. S. 341 ff.)

Dieser Meinung sind auch: Grävell (Besitz u. Verjähr. S. 147 Anm.** zum §. 46.), Thöne (Handb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. Abtheil. 2. S. 443 Anm. 12.) und Bornemann (System Bd. 2. S. 92 ff. Anm. **, 2. Ausg. Bd. 2. S. 50 Anm.).

Auch die Redaktion des Striethorst'schen Archivs hält die Frist des §. 158. für eine Verjährungsfrist und bemerkt in dieser Beziehung:

Bei Beantwortung der in Rede stehenden Frage sind die außerhalb des Systems liegenden §§. 568. u. 569. A. L. R. I. 9. eben so wenig entscheidend, als darauf etwas ankommt, daß der §. 158. h. t. statt des gewöhnlichen Ausdrucks »erlöschen« das Wort »Erlassung« gewählt hat, wie denn überhaupt die Wortfassung ersichtlich durch den Anschluß des §. 158. an den §. 157. herbeigeführt ist. Auch die in dem Trib. Urtel v. 3. Febr. 1853 [1]) angegebenen wahrscheinlichen Motive des Gesetzes stehen der Annahme einer Verjährungsfrist nicht im Wege. Entscheidend ist, daß ein obligatorisches Recht, das Recht auf Rechnungslegung durch Nichtgebrauch, innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist erlischt. Deshalb ist in dem §. 158. eine Verjährungs- und nicht eine Erklärungsfrist zu finden.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 293 Anm. **)

Vergl. auch Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 297 ff.

2) Die im §. 158. festgesetzte Art der Verjährung durch Nichtgebrauch wird auch durch außergerichtliches Abfordern der Rechnung unterbrochen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Febr. 1839 [1]). (Präj. Nr. 606. b.)

Obgleich die im §. 158. vorgeschriebene Frist eine Verjährungsfrist ist, und deshalb den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung durch Nichtgebrauch unterliegt, so folgt daraus noch nicht, daß der §. 561. A. L. R. I. 9. hier Platz greift. Denn die Verpflichtung zur Rechnungslegung ist dem Verwalter schon durch das Gesetz auferlegt, und der §. 158. h. t. macht den Verlust des Rechts: den Verwalter zu dieser gesetzlichen Verbindlichkeit anzuhalten, ausdrücklich von dem Umstande abhängig, daß der Prinzipal die Rechnung dem Verwalter »abzufordern vernachlässigt«, folglich denselben auch nicht einmal außergerichtlich an die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht erinnert, und dadurch seinen Willen, dem Verwalter die Rechnungslegung nicht zu erlassen, an den Tag gelegt hat. Sobald also der Prinzipal innerhalb fünf Jahren von dem Tage an, wo die Rechnung hätte abgelegt werden müssen, den Verwalter wirklich aufgefordert hat, sie zu übergeben, hat er die ihm vom Gesetze beigelegte Befugniß ausgeübt, und wo Jemand sich in der Ausübung seiner Befugniß befindet, kann von einem Eintritte der Verjährung durch Nichtgebrauch nicht die Rede sein. Nur wenn der Prinzipal nach geschehener Aufforderung bei der nicht erfolgenden Einreichung der Rechnung sich beruhigt hätte, würde alsdann von da ab eine Verjährung durch Nichtgebrauch beginnen und ablaufen können; bei fortgesetzter Abforderung der Rechnung aber kann dem Prinzipale die Klage gegen den säumigen Verwalter auch nach Ablauf von fünf Jahren seit dem ersten Termin zur Rechnungslegung eben so wenig versagt werden, als der Prinzipal dadurch, daß er gegen eine gehörig gelegte Rechnung nur außergerichtlich Erinnerungen aufgestellt und den Verwalter zur Hebung derselben aufgefordert hat, das Recht verliert, die gemachten und dem Verwalter zur Hebung mitgetheilten Erinnerungen gerichtlich zu verfolgen, wenn auch seit Einreichung der Rechnung schon fünf Jahre verflossen wären.

(Präj. Samml. S. 81, Entsch. Bd. 4. S. 341.)

Derselben Ansicht ist das Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. Jan. 1842.

Die Frist des §. 158. ist zwar eine Verjährungsfrist; hinsichts der Unterbrechung aber begründet der §. 158. eine Ausnahme von dem §. 561. Tit. 9., indem er einfach von der »Abforderung« der Rechnung spricht, worunter auch eine außergerichtliche zu verstehen. Schon das Gesetz legt dem Verwalter die Pflicht auf, die Rechnung zu übergeben, und giebt dem Prinzipal die Befugniß, sie zu verlangen. Hat dieser den Verwalter innerhalb fünf Jahren von der Zeit an, wo die Rechnung gelegt werden mußte, dazu wirklich aufgefordert, so hat er damit die ihm im Gesetz beigelegte Befugniß ausgeübt. Wer sich aber in Ausübung seines Rechts befindet, von dem kann nicht gesagt werden, daß er es »vernachlässige.« (Koch's Arch. Bd. 5. S. 409.)

Bornemann ist derselben Ansicht.

(System 2. Ausg. Bd. 3. S. 263 Anm. 1.)

Gegen die Begründung der Ansicht des Ob. Trib. vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 511.

3) Der Prinzipal, der durch fünf Jahre unterlassen hat, dem Verwalter eine Rechnung abzufordern, wird, wenn ihm demnächst auch von dem Letzteren nach Ablauf des fünfjährigen, mit dem Tage, an welchem die Rechnung zu legen war, beginnenden Zeitraumes eine solche wirklich zugestellt worden, dadurch allein doch nicht wieder berechtigt, gegen dessen Verwaltung andere, als solche Ausstellungen, welche auf einen begangenen Betrug hinauslaufen, anzubringen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1853. (Präj. Nr. 2432.)

---

[1]) In der Präj. Samml. S. 81 ist dies Präj. v. 5. Febr. 1839, in den Entsch. Bd. 4. S. 346 dagegen v. 22. April 1839 datirt.

[1]) Dies Präj. ist in der Präj. Samml. S. 81 v. 5. Febr. 1839, in den Entsch. Bd. 4. S. 346 dagegen v. 22. April 1839 datirt.

Die Ausführung stützt sich darauf, daß der §. 158. eine eigentliche **Verjährungsfrist nicht** festsetze[1]) und bemerkt sodann:

Dem Verwalter steht der Umstand, daß er dem Prinzipal auch aus Jahren, für welche dieser keine Rechnung mehr zu fordern befugt war, dennoch eine solche zugestellt hat, nicht entgegen. Der §. 564. A. L. R. I. 9. tritt hier nicht ein, weil es sich um keine eigentliche Verjährung handelt, und zugleich ist auch in jenem Umstande ein Anerkenntniß, wie der §. 564. a. a. O. es erfordert und voraussetzt, nicht zu finden, namentlich kann der Prinzipal daraus einen neuen Rechtsgrund für sich nicht herleiten, sondern er kann nur noch auf Betrug gegründete Ausstellungen gegen die ihm aus dem mehr als fünfjährigen Zeitraume zugestellten Rechnungen machen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 25, Entsch. Bd. 24. S. 426, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 293 Nr. 61.)

4) Die im §. 158. bestimmte fünfjährige Verjährung setzt einen Anspruch voraus, welcher gegen die **Rechnung** des Verwalters, falls sie wirklich gelegt worden, zu machen gewesen wäre.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 31. Dec. 1849. (Präj. Nr. 2169.)

Es läßt sich nicht annehmen, daß, wenn der Prinzipal dem Verwalter eine Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt hat, er dann seiner Ausstellungen nicht nur gegen die zu legen gewesene Rechnung, also gegen die darin aufzunehmenden Einnahmen und Ausgaben, sondern gegen den **ganzen Umfang der Verwaltung** verlustig gehen, daß er also auch alle Ansprüche gegen den Verwalter verlieren soll, falls dieser etwa gegen den §. 110. einen drohenden Schaden nicht abwendet, gegen §§. 111. u. 112. eigenmächtig von der bisherigen Betriebsart abweicht, gegen §. 116. die anvertrauten Güter vernachlässigt, gegen §§. 118., 119. die baaren Bestände, statt sie zu bewahren, für sich benutzt u. s. w. Für eine so exorbitante Bestimmung würde es an jedem Grunde fehlen, der nicht auch für verwandte Vertragsverhältnisse, z. B. das Mandat, einträte. Es wäre nicht abzusehen, in welcher Verbindung die Nichteinforderung der Rechnung mit dem Erlaß aller sonstigen Verschuldungen des Verwalters stehen sollte, ohne Rücksicht darauf, ob sie aus der zu legenden Rechnung irgend hätten ersehen werden und zu Monitis hätten Anlaß geben können oder nicht. Auch würde mit dieser Annahme der §. 148. nicht zu vereinen sein. Denn da der Verwalter wegen solcher Geschäfte, die in der gelegten Rechnung nicht mit vorgekommen sind, ungeachtet der ihm ertheilten Quittung verantwortlich bleiben soll, so wäre es seltsam, wenn in Bezug auf solche Geschäfte, welche in der Rechnung gar nicht vorkommen konnten, der stillschweigende Rechnungserlaß von der Verantwortlichkeit befreien sollte. Es ergiebt auch andererseits der Zusammenhalt der §§. 157., 158. mit dem Vorhergehenden und Folgenden, namentlich mit dem Ausdrucke »Ausstellungen gegen solche **Rechnung**« im §. 155., und dem Satze: »die stillschweigende Erlassung (des §. 158.) erstreckt sich immer nur auf die einzelnen **Jahresrechnungen**« im §. 159., daß auch im §. 157. unter den »Ausstellungen gegen die Verwaltung« nur die auf die Rechnungslegung des Verwalters bezüglichen gemeint sein sollen. Ueberhaupt würde bei dieser sowohl exceptionellen, als neuen und eigenthümlichen Bestimmung des A. L. R. (Motive zum Entw. der Tit. 14., 16. Thl. I. A. L. R. S. 14) der engeren Auslegung der Vorzug zu geben sein.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 26, Entsch. Bd. 19. S. 192.)

5) Der im Falle fünfjähriger Vernachlässigung der Abforderung einer Verwaltungsrechnung anzunehmende Erlaß der Rechnungslegung befreit den Verwalter nicht von der Ausantwortung der **erweislich** durch die Verwaltung in seine Hände gelangten Vermögensstücke des Prinzipals, z. B. von der Herausgabe nachweislich erhobener Nutzungen.

Erkannt von dem II. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 14. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2191. II.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 26, Entsch. Bd. 18. S. 540.)

6) Welchen Einfluß hat die während fünf Jahren unterlassene Abforderung der Verwaltungsrechnung auf die Beweislast bei einem später erhobenen Anspruche des Prinzipals gegen den Verwalter?

Der I. Sen. des **Ob. Trib.** spricht sich hierüber in dem Erk. v. 11. Juli 1856 dahin aus:

Die während fünf Jahre unterlassene Abforderung der Rechnung schließt zwar, auch abgesehen von betrüglichen Handlungen des Verwalters, nicht Ansprüche jeder Art aus (vergl. die Präj. Nr. 2169. und 2191.)[2]), allein sie hat jedenfalls die Wirkung, daß dem gewesenen Verwalter der Beweis geführt werden muß, daß er noch etwas vom Vermögen des Prinzipals hinter sich habe. Hierzu genügt nicht ohne Weiteres der Nachweis, daß er während seiner Verwaltung eine gewisse Summe für jenen eingenommen habe. Sollte dies schon hinreichen und der Verwalter dadurch allein und unter allen Umständen schon genöthigt sein, seinerseits darzuthun, daß und wie er die empfangene Summe für den Prinzipal wieder verwendet habe, so müßte er auf diesem Wege nachträglich Rechnung legen, wozu er doch nach Ablauf der gesetzlichen Frist nicht mehr verpflichtet sein soll. Der in einem solchen Falle gesetzlich vorausgesetzte Erlaß der Rechnungslegung befreit ihn regelmäßiger Weise von allen Nachforderungen; er soll nicht genöthigt sein, sich demungeachtet noch zur Rechnungslegung bereit zu halten. Tritt aber einer der Fälle ein, wo er dennoch in Anspruch genommen werden darf, so ist das eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, und deren Eintritt muß von dem, der sie behauptet und darauf seinen Anspruch gründet, bewiesen werden. (Entsch. Bd. 33. S. 364.)

7) Außerhalb des eigentlichen Administrationsvertrages über fremde Güter, und namentlich auf das Verhältniß des für gemeinschaftliche Rechnung verwaltenden Eigenthümers, den Erben des Nießbrauchers gegenüber, findet die Vorschrift des §. 158. nicht Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 7. Jan. 1857.

Der §. 158. bezieht sich nur auf die Verwaltung **fremder** Sachen und Güter und den eigentlichen Administrationsvertrag. Dies ergiebt nicht nur der ganze Zusammenhang des Abschn. II. h. t., sondern auch wortdeutlich der Inhalt des §. 158., der das Verhältniß eines Prinzipals zum Verwalter und dessen Verpflichtung zur Ablegung der Rechnung, so wie die Verpflichtung des Verwalters, jährlich Rechnung zu legen (§. 139.), voraussetzt. Es ist unstatthaft, diese Vorschrift analog auf ein anderes Rechtsverhältniß zu beziehen, welches eine völlig verschiedene rechtliche Natur hat. Die exceptionelle Vorschrift des §. 158. fließt ganz nothwendig aus dem Verhältniß des Prinzipals, des dominus negotii, und des Eigenthümers zu dem Verwalter der fremden Sache, und der Natur des eigentlichen Administrationsvertrages; auf andere Rechtsverhältnisse, in welchen eine Rechnungslegung gefordert werden kann, findet sie durchaus keine Anwendung. (Entsch. Bd. 34. S. 122.)

8) Auf das Verhältniß eines verwaltenden Vormundes finden der §. 158. und überhaupt die Vorschriften des Abschn. II. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R. Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des **Ob. Trib.** unterm 11. Juli 1856.

(Entsch. Bd. 33. S. 364.)

9) Ueber die Nichtanwendbarkeit der §§. 157—159. auf einen einzelnen Vollmachtsauftrag vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 61. Zus. 1.

§. 164. Kaution.

Der Geschäftsherr kann auch nach Ablauf der fünjährigen Frist (§. 158.) dem auf Rückzahlung der Kaution klagenden Geschäftsführer die Einrede der noch zu bewirkenden Rechnungslegung entgegensetzen.

Angenommen von dem IV. Sen. des **Ob. Trib.** in dem Erk. v. 26. Okt. 1852, davon ausgehend, daß zwar der §. 158. eine wirkliche **Verjährungsfrist** enthalte[1]), indeß der Grundsatz: „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua" auch in der Vertragstheorie des A. L. R. anerkannt sei und durch den §. 158. nicht für aufgehoben erachtet werden könne. Deshalb könne der Prinzipal, auf Grund des §. 164., welchem auch die generelle Bestimmung des §. 271. A. L. R. I. 5. zum Grunde liege, die Kaution zurückhalten, bis der Verwalter **allen** aus der Verwaltung entspringenden Obliegenheiten genügt habe.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 287. Nr. 60.)

§§. 172—177. Wiedereinsetzung des Fiskus und anderer Korporationen gegen Handlungen und Unterlassungen ihrer Administratoren.

Dr. Sommer, über die Frage: ob nach Einführung des A. L. R. noch die Restitution gegen ein unter der Herrschaft des gemeinen Rechts abgeschlossenes verletzendes Geschäft nachgesucht werden kann?

(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 479 ff.)

§. 174. 1) Auch die Restitution aus dem §. 174. h. t. ist durch die Dekl. v. 6. April 1839 Art. 13.[2]) (G. S. S. 131) gemindert. Denn es ist dadurch aufgehoben die Restitution gegen Versäumung des Fatale zur Einlegung der Appellation, der Revision, des Rekurses und der Nichtigkeitsbeschwerde; dagegen ist hinsichtlich der Restitutionsklage wegen anderer gesetzmäßiger oder vom Richter bestimmter Fristen bei Prozessen der §. 174. h. t. bestehen geblieben,

---

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.
[2]) Vergl. ob. Zus. 4. u. 5. ad h. l.

[1]) Vergl. die Erg. zum §. 158. h. t. Zus. 1.
[2]) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 16. zu den §§. 21. u. 22. der V. v. 14. Dec. 1833.

und auch sonst in den Vorschriften der §§. 12—16. A. G. O. I. 16. über die restitutio ex capite minor. nichts geändert.

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Aug. 1849 (Präj. Nr. 2138.) in den Erg. zum Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839.

2) Auch die Restitutionsklage ex capite minor. gegen einen durch Verabsäumung des in den §§. 69. ff. A. G. O. I. 14. gewährten Restitutionsgesuches rechtskräftig gewordenen Kontumazialbescheid ist durch den Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839 nicht aufgehoben.

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 19. Mai 1851 (Präj. Nr. 2290.) in den Erg. zum Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839.

3) Die in dem Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839 ausgesprochene Aufhebung der Restitution ex capite minor. beschränkt sich aber nicht bloß auf die durch Verabsäumung der Einlegungsfrist der Rechtsmittel erlittene Läsion, sondern erstreckt sich auch auf die durch versäumte Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel erwachsenen Rechtsnachtheile.

Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 19. Juli 1850 (Präj. Nr. 2224.) in den Erg. zum Art. 13. der Dekl. v. 6. April 1839.

4) Gegen die wegen mangelhafter Vollmacht erfolgte Zurückweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde des Fiskus findet eine restitutio in integrum aus dem Grunde, weil der Zurückweisungsgrund ungesetzlich, nicht statt.

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 13. April 1839 in den Erg. zur A. G. O. I. 16. §§. 13—16.

§. 177. 1) Die Fassung des §. 177. läßt es unklar, ob nur eigentliche Verjährungsfristen oder auch andere Zeitbestimmungen zur Ausübung oder Erhaltung gewisser Rechte und Befugnisse gemeint sind. Der gedr. Entw. gab im §. 111. h. t. die Restitution bei jeder minderen als der 40- (44-) jährigen Präskriptionsfrist, und der §. 112. bestimmte den Anfangspunkt der Restitutionsfrist. Dazu bemerkte Suarez bei der rev. mon. Folgendes:

Diese §§. bedürfen einer Berichtigung, wenn sie mit der Lehre von der Präskription harmoniren sollen. Dort ist angenommen, daß contra fiscum und die mit ihm gleiche Rechte haben, sowohl praescriptio acquisitiva, als extinctiva erst in 40 Jahren vollendet werde, daß aber dagegen auch, wenn diese Frist absolvirt ist, keine restitutio in integrum anders, als aus eben den Gründen stattfinde, aus welchen auch jeder privatus contra praescriptionem completam restituirt werden muß. Hier kann also nur von besonderen Fällen die Rede sein, wo die Gesetze besondere praescriptiones etablirt haben. Dies kommt hauptsächlich bei Prozessen vor, wo Fristen fatalia oder remedia ordinaria verabsäumt worden. Es giebt aber freilich auch andere Fälle, z. B. die Befugniß, Gewährsmängel zu rügen, selbst das Recht, gegen eine schon quittirte Rechnung errores calculi zu moniren. Mit einem Worte, es ist nur von solchen Fällen die Rede, wo nicht praescriptio ordinaria, sondern eine kürzere gewöhnliche Präskription stattfindet. Hiernach wird die Fassung zu berichtigen sein. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 15.)

Koch bemerkt, wie hieraus erhelle, daß »Fristen, fatalia in Prozessen, die Frist, Gewährsmängel anzufechten, und die Frist zur Monirung von errores calculi«, für besondere praescriptiones gehalten werden, und daß kein Unterschied gemacht werde. Dies entspreche auch der landrechtlichen Verjährungstheorie, welche kein wesentliches Unterscheidungszeichen zwischen der eigentlichen Verjährung und anderen Präklusivfristen, mit Einschluß der Prozeßfristen, kenne.

(Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 177. h. t.)

2) Das Ob. Trib. nimmt an, daß der §. 177. auf die eigentliche Verjährung zu beschränken sei. Das Erk. des II. Sen. v. 3. Juli 1840 (Präj. Nr. 884.) stellt nämlich folgende Grundsätze auf:

a) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand innerhalb vier Jahren, welche dem Fiskus und den mit ihm gleichprivilegirten Korporationen gestattet ist, wenn außer Prozessen die Gesetze die Befugniß zur Ausübung eines gewissen Rechts oder Entgegensetzung eines Einwandes an eine kürzere als die gewöhnliche Verjährungsfrist gebunden haben, findet nur bei Versäumung wirklicher Verjährungsfristen Anwendung.

b) Sie gilt daher namentlich nicht bei Versäumung der gesetzlichen Fristen zur Erklärung über die Ausübung eines Verkaufsrechts.

In der Vorschrift des §. 177. ist der Unterschied zwischen den eigentlichen Verjährungsfristen und den in den G. vorkommenden anderweitigen Zeitbestimmungen zur Ausübung oder Erhaltung gewisser Befugnisse keineswegs deutlich hervorgehoben. Gleichwohl kann der §. 177. auf Fristen der letztern Art nicht angewandt werden, da dies zu Resultaten, welche nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, und zu Widersprüchen führen würde, auch in den Rechtsverhältnissen der Privatpersonen, dem Fiskus oder den gleichberechtigten Korporationen gegenüber, Unsicherheit hervorrufen müßte. Es genügt in dieser Beziehung hinzudeuten auf die Fristen, Tit. 5. §§. 94—101., Tit. 11. §. 435., §§. 738., 739. und a. a. O. Tit. 20 §§. 425., 426. Man muß daher den §. 177. h. t. auf wirkliche Verjährungsfristen um so mehr beschränken, als die Preuß. Gesetzgebung, welche auf andere Weise gegen Rechtsverletzungen möglichst zu sichern sucht, den Restitutionen überhaupt abhold ist, und in Betreff derselben gegebene Vorschriften mithin nur strikt erklärt werden dürfen. Diese Deutung des §. 177. wird durch eine Bemerkung von Suarez in den Materialien zum A. L. R. unterstützt. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 15, 16.) Die Worte an dieser Stelle: »Hier kann also nur von besonderen Fällen die Rede sein, wo die G. besondere praescriptiones etablirt haben«, zeigen deutlich, daß die Verfasser des A. L. R., wenn sie sich gleich in Betreff des Unterschiedes zwischen den Verjährungsfristen und den Fristen zur Ausübung irgend einer Befugniß nicht ganz klar ausgesprochen haben, dennoch die jetzt im §. 177. enthaltene Vorschrift jedenfalls nur auf die außergewöhnlichen kurzen Verjährungsfristen haben bezogen wissen wollen. Die Anwendbarkeit des §. 177. auf einen bestimmten Fall hängt hiernach davon ab, ob die Frist, gegen deren Ablauf die Restitution gesucht wird, zu den Verjährungsfristen zu zählen ist. Das leitende Prinzip zur Beantwortung dieser Frage liegt in dem §. 500. Tit. 9. a. a. O., nach welchem eine Verjährung vorhanden ist, wenn durch den Ablauf einer bestimmten Frist wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der G. entsteht, mithin von dem Begriffe der Verjährung namentlich auch diejenigen Veränderungen in den rechtlichen Befugnissen oder Verhältnissen einer Person ausgeschlossen sind, welche, wenngleich nach einem gewissen Zeitabschnitte, doch schon lediglich mit Ablauf einer den Anfang oder die Dauer der Ausübung eines Rechtes bestimmenden Frist eines dies a quo oder ad quem, eintreten. Beurtheilt man hiernach die in den §§. 609. u. 610. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. bestimmten Fristen zur Erklärung des Vorkaufsberechtigten über die Ausübung seines Vorkaufsrechtes, so leuchtet es ein, daß dieselben nicht zu den Verjährungsfristen zu zählen sind. (Präj. Samml. S. 82, Entsch. Bd. 6. S. 385.)

3) Ueber die Unstatthaftigkeit der Restitution aus dem §. 177. gegen die kürzeren Verjährungsfristen, welche das G. v. 31. März 1838 eingeführt hat, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 8. Juli 1852 (Präj. Nr. 2387.) in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 531. u. 535. Zus. b. (s. ob. S. 259.)

4) Dem Fiskus, oder den mit ihm gleichprivilegirten Korporationen kommt die aus dem §. 177. herzuleitende vierjährige Restitution nur dann zu statten, wenn sie sich auf diese Rechtswohlthat berufen haben; von Amtswegen ist sie ihnen nicht zu gewähren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1846. (Präj. Nr. 1791.) (Präj. Samml. S. 82.)

Dritter Abschnitt.

Von Kautionen und Bürgschaften.

Paul, die Lehre von Verträgen im Allgemeinen und von Bürgschaften, vom Pfand- und Hypothekenrechte insbesondere nach Preuß. Rechte. Berlin 1853. 8.

B. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preuß. Rechte. Berlin 1853. 8.

§. 178. Zweck der Kautionen.

1) Das durch die Handlung der Kautionsbestellung zu sichernde Forderungsrecht wird durch die Handlung der Kautionsbestellung selbst noch nicht begründet; vielmehr muß die persönliche Verbindlichkeit von der Person, welche Schuldner sein soll, durch eine besondere Erklärung entweder schon übernommen worden sein, oder doch, wenn auch in derselben Urkunde, übernommen werden.

Deshalb ist bei nothwendigen Subhastationen zur Begründung des Widerspruchs gegen den Zuschlag die bloße Deposition des zehnten Theils des Gebots als Kaution nicht genügend, sondern der Widersprechende muß auch erklären, daß er für das Gebot, allen Nachtheil und die Kosten haften wolle.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Okt. 1844. (Präj. Nr. 1486.) (Präj. Samml. S. 397, Entsch. Bd. 10. S. 486.)

2) Nach thatsächlich aufgelöstem Pachtverhältnisse kann der Verpächter die Einzahlung der zu seiner Sicherheit für die Erfüllung der

Verbindlichkeiten des Pächters versprochenen, aber noch nicht geleisteten Kaution nicht mehr verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Sept. 1852, weil die entgegengesetzte Annahme die Natur und den rechtlichen Charakter einer Kaution und den §. 178. verletze, da eine solche stets nur die Sicherung künftiger Verbindlichkeiten oder die Abwendung künftiger Beeinträchtigungen betreffe.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 317 Nr. 75.)

§§. 180—196. Gesetzliche Kautionen.

§. 180. Ueber das Verhältniß der Kautionsforderungen zu dem gesetzlichen Pfandrechte sprechen die Gesetzrevisoren sich in folgender Art aus:

Die Befugniß, Kaution zu fordern und das gesetzliche Pfandrecht sind zwei Rechtsverhältnisse, welche Tit. 20. §§. 3., 4. als einander verwandt zusammengestellt sind, die aber zur Vermeidung von Irrungen auseinander zu halten sind. Das Pfandrecht entsteht durch Eintragung in das Hypothekenbuch bei unbeweglichen, durch Einräumung des Besitzes bei beweglichen Sachen. Erstere kann der Regel nach nicht ohne besondere Einwilligung des Schuldners erfolgen und nur auf Grund der gesetzlichen Pfandrechte, richtiger der gesetzlichen Titel eines Pfandrechtes, erfolgt die Eintragung ohne besondere Einwilligung des Schuldners (A. L. R. I. 20. §§. 3., 400., 401.) und gewähren dieselben zugleich auch ohne Rücksicht auf die Eintragung ein gewisses Vorrecht im Konkurse (G. O. I. 51. §. 12.). Diesen §. 3. Tit. 20. gedachten gesetzlichen Pfandrechten scheint der folgende §. 4. die Befugniß, Kaution zu fordern, in gewissem Betrachte gleich zu stellen, und dies hat die Frage veranlaßt: ob auf den Grund irgend eines Rechtsverhältnisses, welches eine Befugniß zur Kautionsforderung giebt, irgend eine Eintragung in's Hypothekenbuch, ohne vorgängiges richterliches Erkenntniß, überhaupt ohne weiteres Verfahren stattfinde.' Grävell (Theorie der Protestation S. 61) verneint die Frage, weil die Befugniß zur Kautionsforderung weder eine bestimmte Sache betreffe, noch überhaupt ein dingliches Recht voraussetze. Strombeck in seiner Recension des gedachten Grävell'schen Werkes (Jahrb. Bd. 5. S. 124) erklärt sich ohne Unterschied der Fälle für die entgegengesetzte Alternative und beide bleiben in ihren weiteren Erörterungen desselben Gegenstandes (Jahrb. Bd. 6. S. 264, 274 sqq., 279 sqq.) bei der aufgestellten Meinung. Die Grävell'sche Ansicht ist jedoch offenbar die richtige, denn die Befugniß, Sicherheitsbestellung zu verlangen, ist kein dingliches, sondern ein persönliches Recht, es kann darin nimmermehr ein Titel zum Pfandrecht gefunden werden, auf dessen Grund irgend eine Eintragung zu gestatten wäre, vielmehr muß der Berechtigte auf wirkliche Bestellung der zu leistenden Sicherheit klagen. Schon die dem Verpflichteten zustehende Wahl, die Kaution durch Bürgen oder Pfänder zu bestellen, schließt die Zulässigkeit einer Eintragung aus. Der §. 4. Tit. 20. setzt vielmehr ein prozessualisches Verfahren zwischen dem zur Kaution Verpflichteten und dem Berechtigten voraus, ehe von einer Eintragung oder von einem Vorrechte im Konkurse, wie es mit dem gesetzlichen Pfandrecht verbunden, die Rede sein kann. — Die Vermischung des persönlichen Rechtes auf Sicherheitsbestellung und des dinglichen Rechtes, welches in dem pignus legale auch schon vor der Eintragung liegt, beruht auf einer Verwirrung der Begriffe, wozu die nicht passende Fassung des §. 4. Tit. 20. die Veranlassung gegeben hat.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 17 ff.)

Bornemann (System Bd. 4. S. 483, 2. Ausg. Bd. 4. S. 177 ff.) und Schmidt (System des Pfandrechts S. 176 ff.) sind der Meinung, daß die Kautionsforderungen persönlicher Natur sind und erst Pfandrechte durch richterliches Erk. werden können. Dabei macht Bornemann die Bemerkung, daß der Richter sich über Art und Höhe der Kaution auszusprechen habe, und Schmidt, daß das Erk. das spezielle Pfandobjekt ausdrücken müsse, weil sonst die Intabulationsklausel fehle, alsdann aber schon die mit dem Atteste der Rechtskraft versehene Ausfertigung des Erk. als das einzutragende Kautionsinstrument genüge.

§. 188. 1) Betreffend den Begriff von »Landgütern« im Sinne des §. 188.

a) R. v. 7. Okt. 1825. Der im §. 188. aufgestellte Unterschied zwischen Landgütern und städtischen Grundstücken beruht darauf, daß bei jenen die Feldwirthschaft, bei diesen die Gebäude den Hauptnutzen gewähren.

(Gen. Akt. des Justizmin. A. L. R. Nr. 3. Vol. 5. Fol. 34.)

b) R. v. 6. Juni 1840. Unter Landgütern werden auch andere als adelige Güter verstanden; dies geht aus §. 14. A. G. O. II. 6. und aus dem A. L. R. I. 2. §§. 48. ff., I. 7. §. 195., I. 21. §. 399. hervor. (J. M. Bl. 1840 S. 224.)

c) Vergl. den Aufsatz von Cappell in Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 75 ff.

2) Die Bestimmung des §. 188. ist auch auf vertragsmäßige Kautionen, wenn sie durch Verpfändung bestellt werden sollen, anwendbar.

Erkannt von dem (vormaligen) Hofger. zu Arnsberg unterm 6. Febr. 1834, weil sich aus der Stellung des §. 188. nicht entnehmen lasse, wie sich derselbe bloß auf die gesetzlichen Kautionen beziehe, dagegen die §§. 246. u. 192. h. t. auf die Grundsätze von gesetzlicher Kautionsleistung verwiesen. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 356.)

§. 189. 1) Ueber die Annahme von Staatsschuldscheinen, konvertirten Pfandbriefen, Eisenbahnaktien ꝛc. als pupillen- und depositalmäßige Sicherheit vergl. die Erg. zur Dep. O. Tit. I. §. 41.

2) Der (vormalige) Rhein. Rev. u. Kass. Hof hat in einem Rechtsfalle vom Jahre 1832 durch Erk. v. 7. Febr. 1835 ausgesprochen, daß die in Staatsschuldscheinen angebotene Kaution als gegenwärtig genügend anzunehmen sei, mit Rücksicht auf den konkreten Fall, wo eine jährliche Rente der einzige Gegenstand der Forderung, die schon durch die Zinsen der Staatsschuldscheine völlig gedeckt, und diese Zinsenzahlung von dem Kurse der Staatsschuldscheine unabhängig, und hiergegen die Möglichkeit, daß der Staat einmal aufhören könnte, Zinsen zu zahlen, nicht in Betracht komme, da theils eine solche Möglichkeit auch jede andere Kaution unzureichend machen, theils im eintretenden Falle auf Verwandlung oder Ergänzung der Kaution angetragen werden könne. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 255 ff.)

Die Gesetzrevisoren sind ebenfalls der Ansicht, daß Privatpersonen verbunden seien, Staatsschuldscheine als Kaution anzunehmen, indem sie bemerken:

Was den Verkehr unter Privatpersonen betrifft, so ist es bis dahin lediglich dem Uebereinkommen der Parteien überlassen geblieben, in wiefern Staatspapiere als Kautionsmittel anzunehmen. Auch hat das Justizmin. auf die Anfrage, ob nicht Staatsschuldscheine nach ihrem jedesmaligen Kourse zur Deckung eines Wechsels für genügende Sicherheit angenommen werden müßten, durch das R. v. 21. Juni 1817 (acta gen., betr. die Deklarationen des A. L. R. und der A. G. O. Vol. I. F. 50—55.) sich dahin ausgesprochen, daß die Sache zu einer Deklaration des Gesetzes keinesweges angethan sei, sondern zur richterlichen Entscheidung sich eigne. Die Entscheidung ist aber nicht bedenklich. Das Gesetz erkennt diese Sicherheit, selbst nach dem Tageskourse der Papiere, nirgends an, und bei dem wechselnden Werthe wäre auch eine solche Bestimmung nicht zu rechtfertigen. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß die Staatspapiere dennoch immer zu irgend einem mindern, den augenblicklichen Kours nicht erreichenden Satze hinreichende Sicherheit gewähren, wie z. B. die Bank Staatsschuldscheine zu 10 Prozent unter dem Tageskourse als Unterpfand annimmt. Inzwischen entscheiden in dieser Beziehung die Zeitverhältnisse im Allgemeinen und die kürzere oder längere Dauer der Verbindlichkeit, für welche Kaution geleistet werden soll. (Gesetzrev. Pens. XV. S. 19.)

Dagegen vergl. Grävell's Kreditges. Bd. 4. Abthl. 2. S. 8 und Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 12. zum §. 189. h. t.

3) Ueber die Kautionsbestellung bei nothwendigen Subhastationen vergl. §§. 11. u. 13. der Subh. V. v. 4. März 1834 in den Erg. zur A. G. O. I. 52.

§. 195. Vergl. Crim. O. §. 230.

§§. 200. sqq. Von eigentlichen Bürgschaften.

§§. 200—203. Ist die mit Einwilligung des Eigenthümers einer Sache von einem Dritten geschehene Verpfändung derselben nach den Vorschriften über Bürgschaften zu beurtheilen?

Das Ob. Trib. hat in seiner Ansicht hierüber gewechselt.

Während das Erk. desselben v. 20. Juni 1846 (J. W. 1846 S. 350) die Frage bejahet hatte, ist dieselbe in späteren Entscheidungen des I. Sen. v. 20. Dec 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 248 Nr. 123.) und des IV. Sen. v. 18. Jan. 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 212 Nr. 46.) verneint worden, weil das Gesetz (§§. 198., 199. h. t.) die Pfandbestellung und die Bürgschaft als verschiedene Arten der Sicherheitsbestellung genau unterscheide, und, wenngleich das Pfand auch von einem Dritten bestellt werden könne, diese Art der Pfandbestellung doch nicht den wesentlichen rechtlichen Unterschied in dem Begriffe von Pfand und Bürgschaft aufheben könne. Der Begriff des §. 200. h. t. liege aber nicht vor, wo der Dritte nur in die Verpfändung seiner Sache gewilligt habe.

§§. 202. 203. Kann in einer nach kaufmännischem Rechte gültig übernommenen Wechselbürgschaft eine Verbürgung für die Verbindlichkeiten des Wechselschuldners aus dem dem Wechsel zum Grunde liegenden Geschäfte gefunden werden?

Verneint von dem Appell. Ger. zu Hamm in dem Erk. v. 29. Okt. 1855. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 107.)

§. 204. Bedarf die Erklärung der Uebernahme einer Bürgschaft der Annahme Seitens des Gläubigers?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Der §. 204. ist nicht so zu verstehen, als bedürfe die Erklärung der Uebernahme der Bürgschaft Seitens des Bürgen gar keiner Annahme Seitens des Gläubigers, vielmehr bedarf es nur keiner ausdrücklichen Annahme. Doch ist es ungewiß, ob man sich dessen bei der Redaktion des A. L. R. klar bewußt gewesen. Der §. 204. ist wörtlich aus dem gedr. Entw. §. 131. entnommen; im ungedr. Entw. findet sich dabei folgende Marginalbemerkung: »Quaer.: Ist die ausdrückliche Akceptation des Prinzipalschuldners nothwendig? Herr Scholz glaubt quod sic, ich glaube quod non; denn eigentlich ist der Vertrag nur zwischen dem Gläubiger und Bürgen vorhanden; wenn nun keine ausdrückliche Akceptation vom Gläubiger nöthig sein soll, so bedarf es deren noch weniger vom Schuldner, denn dieser wird dem Bürgen, wo nicht ex mandato, doch ex negotiorum gestione immer verhaftet.« An die stillschweigende Annahme scheint man hiernach nicht gedacht zu haben, allein das einfachste Beispiel überzeugt, daß der Gläubiger bis zu seiner mindestens stillschweigenden Akceptation kein Recht erlangt. Gesetzt, der Schuldner hat sich einen Bürgen verschafft und von demselben eine Bürgschaftsurkunde ausstellen lassen, er macht jetzt aber von diesem Dokumente keinen Gebrauch, sondern giebt es zurück, ohne seinem Gläubiger davon gesagt zu haben, alsdann ist offenbar für den Gläubiger kein Recht entstanden, es bedarf keiner Willenserklärung, daß er den Bürgen entlasse. Ist ihm aber die Verbürgungsurkunde eingehändigt, so ist der Vertrag geschlossen, der Bürge kann jetzt nicht ohne des Gläubigers Zustimmung entlassen werden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 24.)

b) Bornemann theilt zur Erklärung des Gesetzes gleichfalls die Materialien zum A. L. R. mit und scheint es ihm auf Grund derselben, als habe man zwischen einer unbedingten und einer sub conditione übernommenen Bürgschaft unterscheiden wollen. Er nimmt auf Grund des §. 200. an, daß die Erklärung des Bürgen gegen den Gläubiger selbst erfolgt, diesem also das schriftliche Bürgschaftsinstrument offerirt sein muß, ehe von einer Akceptation und der Möglichkeit eines Rechts für denselben die Rede sein könne, und, falls das Bürgschaftsinstrument dem Schuldner zum beliebigen Gebrauch ausgeantwortet, dessen Offerte nothwendig sei.

(System Bd. 3. S. 474 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 275.)

Vergl. Bornemann von Rechtsgesch. S. 255.

c) Koch hält die Annahme für ein wesentliches Erforderniß, weil die Bürgschaft ein Vertrag mit dem Gläubiger sei (§. 200. h. t.); indeß genüge jede Erklärungsweise, mithin auch die stillschweigende (§. 94. A. L. R. I. 4.). (Landr. Bd. 2. Anm. 25. zum §. 204. h. t.)

§§. 204. 209. Die von einem Bürgen als Selbstschuldner für eine Realschuld geleistete Bürgschaft unter der Beschränkung, daß der Gläubiger, bevor er sich an den Bürgen halten könne, die Hypothek angreifen müsse, ist keine bedingte Bürgschaft, zu deren Gültigkeit die ausdrückliche Annahme des Gläubigers gehörte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juni 1845. (Präj. Nr. 1590.)

Der §. 204. spricht nicht aus, daß der Gläubiger an dem Rechtsgeschäfte gar nicht Theil nehmen dürfe. Derselbe verlangt aber keine ausdrückliche Annahme. Auch eine stillschweigende Willensäußerung durch Handlungen Seitens des Berechtigten reicht zu einer gültigen Annahme hin. Es ist auf die Vorschriften §§. 58. ff. A. L. R. I. 4. und §§. 78. ff. A. L. R. I. 5. zurückzugehen. Eine Annahme überhaupt konnte der Gesetzgeber nicht für überflüssig erklären, wenn er nicht zugleich den von der Bürgschaft untrennbaren Begriff eines Vertrages zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger aufheben wollte. Der Grund, weshalb dem Gesetzgeber eine stillschweigende Annahme genügend erschien, ist ferner in der rechtlichen Natur der Bürgschaft zu suchen. Sie ist ein akcessorischer Vertrag, dient zur Verstärkung der Hauptverbindlichkeit, und der Gläubiger erhält zu dem ursprünglichen Schuldner noch einen zweiten Schuldner. Sein Recht wird also in Ansehung der Sicherheit erhöht. Anders, wenn der Bürge nur bedingt, oder mit Vorbehalt sich verbürgen will. Bedingung und Vorbehalt können Einfluß haben auf die Natur, den Umfang, die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit. Hier hat deshalb das Gesetz die Wirksamkeit der Bürgschaft von einer ausdrücklichen Annahme Seitens des Berechtigten abhängig gemacht. Die ausdrückliche Annahme erfordert, nach Verschiedenheit der Fälle, öfter auch eine besondere Form, nämlich die schriftliche Erklärung. Eine stillschweigende Willenserklärung ist in solchen Fällen nicht hinreichend. Eine Anwendung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber bei der Expromission eintreten lassen. Geht man von diesen Grundsätzen aus, so kann die Vorschrift des §. 205. von einer bedingten, oder mit Vorbehalt übernommenen Bürgschaft der Art, daß der Gläubiger eine ausdrückliche Annahme hätte erklären müssen, hier nicht in Anwendung kommen. Die Bürgschaft enthält nur eine Entsagung des beneficii excussionis, des Rechtes des Bürgen, den Gläubiger zuvörderst zur Klage gegen den Hauptschuldner zu verweisen (§§. 270., 297., 307., 292—295. h. t.). Dieser Fall kann nicht unter die Vorschrift des §. 205. von bedingten Bürgschaften oder Bürgschaften mit Vorbehalt gestellt werden. Eine Bedingung oder ein Vorbehalt in Betreff der Hauptverbindlichkeit, an die bei Anwendung der Vorschrift nur gedacht werden kann, ist nicht gemacht worden. Hiernach ist eine stillschweigende Annahme der Bürgschaft genügend. (Präj. Samml. S. 82, Entsch. Bd. 12. S. 231.)

§§. 206 — 218. Stillschweigende Bürgschaften.

§. 209. Wie vereinigt sich der §. 9. h. t. mit den §§. 217. bis 222. A. L. R. I. 13.?

Bornemann nimmt an, daß der §. 209. nur von dem Falle spricht, da dem Kreditsuchenden zwar ein unrichtiges Zeugniß gegeben, dem Kreditgeber aber nicht ausdrücklich der Rath ertheilt worden, dem Ersteren Geld zu leihen.

(System Bd. 3. S. 478 Anm., 2. Ausg. Bd. 3. S. 277 Anm. 2.)

§. 210. und Anh. §. 47. Der §. 47. des Anh. ist dem Publ. v. 20. Febr. 1802 entnommen.

Vergl. dasselbe in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 70—74.

§§. 210. u. **211.** Die in den §§. 210. u. 211. bezeichnete subsidiarische Verpflichtung aus verstellten Verträgen, oder anderen simulirten Handlungen, welche in der Absicht, einem Anderen Kredit zu verschaffen, vorgenommen worden, tritt auch in dem Falle ein, wenn ein Schuldschein mit dem simulirten Bekenntnisse des Empfanges der Valuta in der Absicht ausgestellt worden, daß der angebliche Gläubiger darauf erst Geld negoziire und an den Aussteller abliefere, diese Ablieferung aber unterblieben ist und der Cessionar daher mit seinem prinzipalen Anspruche aus dem Schulddokumente und der Cession an den Aussteller, wegen Mangels der berichtigten Valuta, nicht hat durchdringen können.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Nov. 1844. (Präj. Nr. 1515.) (Präj. Samml. S. 82.)

§§. 215—217. 1) Geht das Forderungsrecht desjenigen, welcher im Auftrage und für Rechnung eines Anderen einem Dritten ein Darlehn gegeben hat, gegen den Auftraggeber dadurch verloren, daß der Beauftragte einen auf sich lautenden Schuldschein des Darlehnsempfängers annimmt?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Jan. 1858.

Das im §. 215. beschriebene Rechtsgeschäft entspricht dem Begriffe des gemeinrechtlich sogenannten mandatum qualificatum, d. i. eines zum Besten eines Dritten (nicht des Machtgebers) ertheilten Auftrages. Ein solches Mandat war im Röm. R. eine Gattung der Intercession und trat als Konsensualkontrakt, welcher auch unter Abwesenden geschlossen werden konnte, ergänzend ein, wo der nur unter Anwesenden zulässige Verbalkontrakt der fidejussio nicht Platz greifen konnte. Als Intercession aber begründete ein solches Mandat, wenn es ausgeführt war, für den Beauftragten, welcher es ausgeführt hatte, ein Rechtsverhältniß sowohl zu dem Dritten, zu dessen Gunsten die Ausführung erfolgt war, als auch zu dem Auftraggeber (mandator), und der Letztere wurde von seiner Verbindlichkeit nicht dadurch befreit, daß auch dem Dritten durch die zu seinen Gunsten erfolgte Ausführung des Auftrages eine Verbindlichkeit gegen den Beauftragten erwachsen war (L. 13. D. 461., L. 7. Cod. 4., 35., Nov. 4. c. 1.). Daß das A. L. R. von diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen, in sofern sie dem zum Kreditgeben an einen Dritten Beauftragten nach Ausführung des Auftrages sowohl gegen den Auftraggeber, als gegen den Dritten ein Klagerecht einräumen, habe abweichen wollen, läßt sich nicht annehmen. Einer solchen Annahme widerspricht zunächst die Stellung des §. 215. im Tit. 14. Thl. I., welcher von der Erhaltung und Sicherstellung der Rechte des Einen durch die Mitwirkung Anderer handelt, insbesondere im Abschn. 3. jenes Titels, welcher unter der Ueberschrift: »von Kautionen und Bürgschaften« überhaupt verschiedene Arten der Intercessionen, also solcher Rechtsgeschäfte umfaßt, welche dem Berechtigten in der Regel zwei Verpflichtete gegenüberstellen. Hierzu kommt, daß der §. 215. den Auftraggeber als

Hauptschuldner bezeichnet — eine Bezeichnung, nach welcher (neben dem Hauptschuldner) nothwendig noch ein anderer Schuldner gedacht werden muß, welcher eben kein Anderer, als der Geldempfänger sein kann. Daß der Beauftragte aus der Hingabe des Darlehns nicht bloß gegen den Auftraggeber, auf dessen Veranlassung er solches gegeben hat, sondern auch gegen den Dritten, welchem er es gegeben, Rechte erwirbt, unterscheidet daher gerade das mandatum qualificatum von dem gewöhnlichen Auftrage (mandatum simplex), bei welchem das durch eine Leistung des Beauftragten an einen Dritten begründete Forderungsrecht (gemäß §. 62. A. L. R. I. 13.) nur dem Machtgeber erworben wird, während durch Ausführung einer mandati qualificati (nach §. 217. h. t.) gegen Den, welchem der Kredit gegeben worden, zwar auch dem Auftragenden alle Rechte des Machtgebers aus der Handlung seines Bevollmächtigten erworben werden, daneben aber auch dem beauftragten Kreditgeber seine Rechte gegen den Kreditnehmer so lange gewahrt bleiben, bis dieser seiner Verpflichtung gegen ihn oder den Auftraggeber genügt hat. (Entsch. Bd. 38. S. 105.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Sept. 1851 (Entsch. Bd. 21. S. 92) in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §§. 710—712.

§§. 219. 220. Wer Bürgschaften übernehmen könne.

§. 219. Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Mai 1847 (Präj. Nr. 1869.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 700—703. Zus. 6.

§. 220. 1) Statt »Abschn. 4.« muß es heißen: »Abschn. 5.« (R. v. 5. Mai 1834 und v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 und Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 3. und Bd. 12. S. 1.)

2) Ueber die Bürgschaften der Ehefrauen vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 341. sqq.

§§. 221—244. Von Bürgschaften der Weiber.

I. Ueber die Grundansicht, von welcher die Redaktoren des A. L. R. rücksichtlich der Lehre von der Bürgschaft der Weiber ausgegangen, vergl. die Anm. zum Entw. des Gesetzb. (Siewert Hft. 1. S. 41), und über die Abweichungen der §§. 221—224. h. t. von dem gem. Rechte: Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 41. S. 50.)

Vergl. den Auff. über die Bürgschaft weiblicher Personen in den Jahrb. Bd. 27. S. 158 ff., desgl. Dr. Schütz, über die Bestimmungen des A. L. R. in Betreff der weiblichen Bürgschaften in der J. W. 1840 S. 159 ff.

II. Das R. v. 31. Okt. 1840 fordert die Obergerichte zur Begutachtung über die Aufhebung oder Modifikation der landrechtlichen Bestimmungen rücksichtlich der Certiorationen bei weiblichen Bürgschaften auf und bezeichnet die vorzüglichsten daraus entstandenen Kontroversen. (J. M. Bl. 1840 S. 344.)

III. Nach welchen Gesetzen ist die Gültigkeit einer weiblichen Bürgschaft zu beurtheilen? nach den Rechten, welche an dem eigentlichen Wohnorte der Intercedentin gegolten, oder nach den Rechten des Orts, wo die Bürgschaft übernommen, oder nach den Rechten des Orts, wo die Erfüllung geschehen und deshalb geklagt wird?

1) Die Gesetzrevisoren sind, was insbesondere die Nothwendigkeit der gerichtlichen Verwarnung anlangt, der Ansicht, daß die richterliche Belehrung weder zur Form, noch zum Inhalte des Vertrages gehöre, vielmehr eine Beschränkung der persönlichen Freiheit sei. Demgemäß sei die Verwarnung zu der Bürgschaft einer Preuß. Frau erforderlich, wo sie auch immer die Verpflichtung eingehen mag (§. 23. der Einl.), wogegen eine Frauensperson, die an einem Orte wohnt, wo es der Verwarnung nicht bedarf, ohne dieselbe sich überall gültig verbürgen kann. Dieser Gesichtspunkt, wofür insbesondere noch der §. 256. h. t. spricht, wenn man den dort ausgesprochenen Satz als ein Korollarium aus dem §. 254. betrachtet, sei auch von dem Justizmin. in einem R. v. 12. April 1824 festgehalten. Es hatte eine in den Rheinprovinzen wohnende Frau in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne ein Darlehn kontrahirt, wofür die im O. L. G.-Bezirke Münster belegenen Güter der Erstern verpfändet worden. Das O. L. G. verweigerte die Eintragung nach A. L. R. I. 5. §. 115.; der Justizmin. wies dasselbe jedoch zur Eintragung an, weil hier nach §. 23. der Einl. zum A. L. R. die Gesetze des Wohnorts anzuwenden. Nach demselben Grundsatze müsse aber der gedachte §. 23. auch dann Anwendung finden, wenn die in den Rheinprovinzen wohnende Frau anderswo, als in ihrem Domizil, an einem Orte, wo es der Verwarnung bedürfte, eine Bürgschaft übernommen hätte. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 28.)

2) Derselben Ansicht ist Bornemann und entscheidet sich mithin für die erste der sub III. aufgestellten Alternativen. (System Bd. 3. S. 569 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 308 ff.)

3) Ebenso der II. Sen. des O. L. G. zu Magdeburg in einem Judikate v. 26. Juni 1818. (Simon's R. Bd. 2. S. 425 ff.)

4) Koch bemerkt, daß die Gesetze des Wohnorts bestimmen, da es sich nicht um eine bloße Formalität, sondern um eine persönliche Fähigkeit handle, denn die Frau, an sich unwissend, unbesonnen und darum zu diesem Geschäfte unfähig gedacht, soll durch den ihr zu gebenden Unterricht von der ihr drohenden Gefahr erst fähig gemacht werden. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 888.)

Dagegen hat sich

5) in der ad 3. gedachten Sache der I. Sen. des gedachten Ger. und das O. L. G. zu Halberstadt durch das Urtel v. 2. April 1819 für die Gesetze des fori contractus entschieden, da nicht vom status die Rede sei, d. h. von irgend einer persönlichen Eigenschaft, welche allein, ohne Dazwischenkunft einer Handlung oder Willenserklärung für die betreffende Person gewisse Rechtsbefugnisse begründe, sondern die Gültigkeit der Form einer Handlung in Frage gestellt werde. Die Form der Handlungen und namentlich der Verträge sei aber nach den im foro contractus geltenden Vorschriften zu beurtheilen.

§. 221. und Anh. §. 48. 1) Der §. 48. des Anh. ist aus dem R. v. 29. Sept. 1800 (Stengel Bd. 12. S. 279, R. A. Bd. 1. S. 361, Rabe Bd. 6. S. 261) entnommen.

2) Die Erklärung der rechtlichen Wirkungen und Folgen einer Bürgschaft ist als hinreichend geschehen zu erachten, wenn die sich verbürgende Frauensperson gerichtlich darüber belehrt worden ist, daß sie dem Gläubiger die Zahlung, die dem Schuldner obgelegen, alsdann leisten müsse, wenn solche von diesem nicht erlangt werden könne; ohne daß es jedoch erforderlich wäre, auch die Art und Weise auseinanderzusetzen, wie diese rechtliche Verbindlichkeit gegen die Bürgin zur gerichtlichen Vollziehung gebracht werden könne.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1384.) (Präj. Samml. S. 83, J. W. 1846 S. 92 ff., 101 ff.)

3) Es genügt zur Verpflichtung der Bürgin, wenn sie in der über die Bürgschaft aufgenommenen gerichtlichen Verhandlung sich den von ihr selbst bestimmt ausgesprochenen Folgen derselben ausdrücklich unterworfen hat, und es steht in diesem Falle ihrer Verhaftung nichts entgegen, wenn auch in der Verhandlung nicht angegeben ist, daß und wie der Richter sie mit jenen Folgen bekannt gemacht habe.

Unter den Folgen aber, worüber sie belehrt worden, oder von denen aus der Verhandlung erhellen muß, daß sie ihr bei der Bürgschaftsleistung bekannt gewesen seien, können nur diejenigen, welche der Bürgschaft eigenthümlich sind, und nicht zugleich auch diejenigen, welche dieselbe mit anderen Geschäften, wobei es keiner Certioration bedarf, gemein hat, verstanden werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Sept. 1848. (Präj. Nr. 2049.)

Zwar sollen Frauen bei Bürgschaften nach §. 221. deren rechtliche Folgen vom Gerichte erklärt, und es soll, wie solches geschehen, nach §. 222. im oder unter dem Instrument vermerkt werden, welches nach §. 225. selbst nicht durch das Bekenntniß der Durch- oder Vorlesung ersetzt werden kann; auch ist eine mangelhafte Bürgschaft nach §. 226. wirkungslos. Diese Bestimmungen haben indeß durch den §. 48. des Anh. eine wesentliche Modifikation erlitten. Denn darnach bedarf es überhaupt keiner Certioration, wenn die Bürgin zum Protokoll erklärt, daß sie mit den Folgen der Bürgschaft bekannt sei; eben so wenig einer Prüfung: ob dieses Bekenntniß in der Wahrheit beruhe. Das Wesen der Bürgschaft besteht nach §. 200. darin, daß der Bürge dem Gläubiger die Befugniß einräumt, sich wegen Erfüllung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners an ihn zu halten, und damit sind zugleich die Folgen des Geschäftes ausgesprochen. Bei der Entsagung des beneficii ordinis ist nach §. 308. zwar eine besondere Certioration nöthig, es findet aber auch in soweit §. 48. des Anh. Anwendung. Wenn daher die Frau eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen und sich mit deren rechtlichen Folgen bekannt erklärt hat, so genügt dies, und es braucht die Belehrung nicht soweit ausgedehnt zu werden, daß der Bürgin auch die äußersten Folgen, die Exekutionsgrade und

als letzten derselben die Personalexekution verdeutlicht werden müsse. Dies ist dem Zweck des Gesetzes entgegen, welcher nur dahin geht, die Folgen einer eigenen Schuld von den Folgen der Schuld eines Andern zu unterscheiden, welche die Bürgin gegen den Gläubiger des eigentlichen Schuldners übernimmt.

(Präj. Samml. S. 83, Entsch. Bd. 17. S. 239, Rechtsf. Bd. 4. S. 348 Nr. 172.)

4) Ist die von einer Ehefrau zum gerichtlichen Protokoll und mit Zuziehung eines Beistandes erklärte Uebernahme der Schulden des Ehemannes auch ohne Certioration rechtsverbindlich, wenn das Protokoll ergiebt, daß ihr das Wesen und die Folgen der Expromission bekannt gewesen sind?

Bejahet von dem Ob. Trib. unterm 14. März 1827 auf Grund des §. 48. des Anh. (Simon's R. Bd. 2. S. 266.)

§. 223. Bei der Verbürgung einer Ehefrau ist die gerichtliche Aufnahme des Schuld- und Verbürgungsinstrumentes selbst nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügt, um anzunehmen, daß die Verbürgungsverhandlung gerichtlich erfolgt sei, wenn die Ehefrau mit Beitritt eines rechtskundigen Assistenten, nachdem ihr vom Richter die nach §. 344. A. L. R. II. 1. erforderliche Verwarnung der in den §§. 221. ff. Tit. 14. vorgeschriebenen Art ertheilt und das Schuld- und Verbürgungsdokument von ihr nochmals durchgelesen oder ihr vorgelesen worden, nicht bloß ihre unter solchem befindliche Namensunterschrift rekognoscirt, sondern sich auch zugleich zu dessen ganzen Inhalt ausdrücklich bekannt und der Richter darüber ein gerichtliches Protokoll aufgenommen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1838. (Präj. Nr. 587.) (Präj. Samml. S. 141.)

§§. 228—230. 1) Bei Bestellung eines Unterpfands- oder Hypothekenrechtes Seitens einer Frauensperson für die Verbindlichkeit eines Anderen müssen die Förmlichkeiten der Intercession einer Frauensperson beobachtet werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Juni 1846.
(J. W. 1846 S. 350.)

Ebenso von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 243 Nr. 54.)

2) R. v. 20. Febr. 1824. Der im §. 230. vorgeschriebenen Certioration bedarf es bei Postlokations-Konsensen der Frauenspersonen nicht. (Jahrb. Bd. 23. S. 49, Gräff Bd. 1. S. 58.)

3) R. v. 31. Mai 1826. Die Certioration ist nicht erforderlich, wenn eine Ehefrau, um einen bestimmten Gläubiger ihres Ehemannes sicher zu stellen, dem Gläubiger wegen dieser Forderung das mit ihrer Illatenforderung verbundene Vorzugsrecht abtritt.

Die Bedenken, welche das (Tit.) gegen die Willfahrung des Antrags des Justiz-Kommissarius L. die Cession eines von der Baronesse v. E. im G.'schen Konkurse liquidirten Hyp.-Kapitals an den O. ohne die im §. 230. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R. vorgeschriebene Verwarnung für gültig zu erachten, in dem Ber. v. 25. v. M. vorträgt, kann der Justizmin. nicht theilen. Das A. L. R. schreibt in der gedachten Gesetzstelle die Verwarnung nur für den Fall vor, wenn die Forderungen im Hypothekenbuche nicht eingetragen sind. Dieser Fall ist hier nicht vorhanden, indem die Güter, worauf die Forderung früherhin eingetragen gestanden, bereits subhastirt, die Kaufgelder ad depositum gezahlt und die eingetragen gewesenen Forderungen gelöscht worden. Es fehlt an zureichenden Gründen, jener Vorschrift eine ausdehnende Auslegung und Anwendung geben zu wollen, und da die Voraussetzungen, welche das A. L. R. §§. 228. u. 229. l. c. macht, hier ebenfalls nicht eintreffen, so muß in Beziehung auf die in dem R. v. 21. April 1823 enthaltene Ausführung die geführte Beschwerde für erheblich gehalten werden.

(Acta gen. des Justizmin. B. 2433. Rev. Pens. 14. Fol. 21.)

In Bezug hierauf bemerkt indeß Koch:

Ein Zeugniß, wie rein zufällig die Antworten auf dergleichen Zweifel, je nach dem jedesmaligen Gefühl, ausfallen, giebt das R. v. 31. Mai 1826 auf eine Beschwerde in einem Falle, wo, soviel zu erkennen ist, eine Frauensperson eine Hypothekenforderung in einem Konkurse liquidirt und, nachdem das Grundstück schon verkauft und die Kaufgelder zur Masse gezahlt, demzufolge auch die Hypotheken gelöscht worden waren, den Vorzug einem Andern abgetreten hatte. Das Gericht hatte dies für eine Intercession angesehen; das Justizmin. aber meint, das gelte nur, so lange die Post im Hypothekenbuche eingetragen stehe. Danach ist denn also eine und dieselbe Rechtshandlung eine Intercession und auch keine Intercession, je nachdem das aufgegebene Vorrecht im Hypothekenbuch steht oder nicht. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 887.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 53. zum §. 229. h. t. sub 3.

4) Jede vertragsmäßige Korrealverbindlichkeit enthält insoweit, als die Haftung des correus über seinen Antheil an der Gegenleistung hinausgeht, eine Intercession, zu deren Wirksamkeit bei Frauenspersonen die Certioration nach §. 228. erforderlich ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845. (Entsch. Bd. 11. S. 42.)

§§. 230. 231. Der Gegensatz des §. 230. zum §. 231. hat zu verschiedenen Zweifeln Veranlassung gegeben.

1) Ist es als Intercession zu betrachten, wenn eine Ehefrau, in Betreff deren der §. 341. A. L. R. II. 1. im Allgemeinen auf den Abschn. III. Tit. 14. verweist, auf das ihr in dem Grundstücke ihres Ehemannes bestellte Hypothekenrecht gänzlich Verzicht leistet, ohne daß solches ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten geschieht?

a) Das Justizmin. hat in dem R. v. 19. Febr. 1802. angenommen, daß es in diesem Falle keiner Certioration bedarf.

Auf Eure Anfrage v. 2. d., gereicht Euch hiermit zum Bescheid: daß es der bei Bürgschaften vorgeschriebenen Belehrung nicht bedarf, wenn eine Ehefrau auf das ihr in den Grundstücken ihres Ehemannes bestellte Hyp. R. gänzlich Verzicht leistet, und solches nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten geschieht, indem das A. L. R. dieses nach der von Euch alleg. Stelle, Thl. I. Tit. 14. §. 231., nicht erfordert, und überhaupt die den bürgerlichen Verkehr einschränkenden und Nullitätsklagen veranlassenden gesetzlichen Vorschriften keine ausdehnende Erklärung verstatten.

(Stengel Bd. 16. S. 137, Rabe Bd. 7. S. 51.

b) Auch das R. v. 26. Nov. 1840 erklärt den §. 231. lediglich in dem Falle für anwendbar, wenn eine Ehefrau auf eine Forderung verzichtet, welche auf einem später veräußerten Grundstücke ihres Ehemannes eingetragen worden; denn dieser §. handele nicht bloß von einem Verzichte auf künftige Rechte, — auch liege der Fall des A. L. R. II. 1. §. 198. nicht vor, weil das belastete Grundstück bereits veräußert worden, und endlich könnten dabei die Bestimmungen in §§. 272. u. 273. a. a. O., sowie die §§. 229. u. 230. Tit. 14. Thl. I. deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil darin die Certioration nur vorgeschrieben sei, wenn die Frau auf die Priorität ihres Rechtes, nicht wenn sie auf das Recht selbst verzichtet.
(J. M. Bl. 1840 S. 396.)

c) Entgegengesetzter Ansicht ist der Aufsatz von Eberty in der J. W. 1839 S. 593.

2) Liegt eine Intercession vor und bedarf es daher der Certioration, wenn eine Frauensperson eine für sie eingetragene Forderung theilweise abtritt und dem abgetretenen Theile das Vorzugsrecht vor dem Ueberreste einräumt?

a) Ein von den Gesetzrevisoren angeführtes R. v. 2. Nov. 1811 billigte die Ansicht, daß zu der Cession des Antheils einer Forderung cum prioritate prae residuo die §. 230. vorgeschriebene Verwarnung erforderlich. In dem R. v. 21. April 1823 (Jahrb. Bd. 1. S. 246, Gräff Bd. 1. S. 55) ist jedoch die entgegengesetzte Ansicht als die richtigere dargestellt. Diese letztere Ansicht verdient den Vorzug nach Ansicht Merkel's (Komm. zum A. L. R. I. S. 451), Grävell's (Kreditg. Bd. 4. Abthl. 2. S. 23), Bornemann's (System Bd. 3. S. 520, 2. Ausg. Bd. 3. S. 302) und der Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 31). Letztere bemerken, daß in der Regel jedes Bedenken über derartige Fragen schwinde, wenn man den Begriff der Intercession festhält: »Uebernahme einer Verbindlichkeit, oder Entsagung eines Vortheils für den Fall, daß die Verbindlichkeit eines Andern unerfüllt bleibt«, und namentlich in Bezug auf Prioritäts-Einräumungen den Gesichtspunkt nicht verliert, daß der gemeinsame Schuldner demjenigen, zu dessen Gunsten eine Bürgschaft übernommen wird, der Gläubiger aber, dem die Priorität eingeräumt wird, demjenigen gleichsteht, der sich die Bürgschaft leisten läßt. Von diesem Gesichtspunkte werde es von selbst klar, daß die Prioritäts-Einräumung eine Art der Intercession sei, es ergiebt sich aber eben so unzweifelhaft, daß die Cession des Antheils einer Forderung cum prioritate prae residuo keine Intercession sei.

b) Koch meint, daß man, nachdem man einmal den spezifischen Begriff der Intercession verloren und das unbestimmte Merkmal der Entsagung eines Vortheils für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit an dessen Stelle gesetzt hat, recht wohl die Ansichten beider Reskripte richtig finden könne. Dagegen lasse sich bei richtigem Be-

griffe der Intercession — Eintretung in fremde Schuldverhältnisse — die Frage gar nicht aufwerfen, da das in Rede stehende Geschäft — ein eigenes und selbstständiges Handelsgeschäft der Frau, das ganz von der freien Vereinbarung bedingt wird, — damit nicht die entfernteste Aehnlichkeit habe. Von einer Forderung könne willkührlich der erste oder der letzte Theil abgetreten werden.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 886.)

3) Das R. v. 21. April 1823 nimmt an, daß es auch dann keiner Certioration bedürfe, wenn der Frauensperson nicht volle Valuta vom Cessionar gezahlt wird; denn auch dieser Fall sei nur als Theil des Cessionsgeschäftes, nicht aber als besonderes Geschäft zu betrachten, ersteres könne aber unbezweifelt von Frauenzimmern ohne vorhergegangene Belehrung vorgenommen werden.

(Jahrb. Bd. 21. S. 245, Gräff Bd. 1. S. 55.)

4) R. v. 16. Dec. 1831. Die im §. 230. vorgeschriebene Verwarnung ist nicht auf den Fall auszudehnen, wenn eine Frauensperson als Inhaberin einer für sie auf ihrem eigenen Grundstücke eingetragenen Forderung einem andern Gläubiger wegen derselben die Priorität einräumt, da der §. 229. voraussetzt, daß ein Frauenzimmer gewissen Vortheilen entsage, wenn ein Anderer seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. (Jahrb. Bd. 38. S 289, Gräff Bd. 6. S. 17.)

5) Wenn eine Frauensperson schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verpflichtet ist, die Schulden eines Anderen zu übernehmen, oder wenn bereits in dem Hauptvertrage der Grund ihrer Verpflichtung liegt, so ist von einer Intercession nicht die Rede und bedarf es alsdann nicht der dabei vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

Hiernach sind folgende Fälle zu entscheiden:

a) wenn ein Frauenzimmer bei dem Ankaufe eines Grundstücks die darauf haftenden Schulden in partem pretii übernommen;

b) wenn ein Frauenzimmer als Verkäuferin in dem Kaufvertrage einem von dem Käufer zu negotiirenden Kapitale die Priorität vor den einzutragenden rückständig gebliebenen Kaufgeldern eingeräumt hat.

Vergl. Bornemann's System Bd. 3. S. 521, 2. Ausg. Bd. 3. S. 303, wo bemerkt wird, daß auch ein an das Kammergericht erlassenes R. v. 7. Mai 1828 diese Ansicht ausgesprochen habe.

6) Bedarf es der Certioration in dem Falle, wenn zwei Eheleute gemeinschaftlich ein Grundstück kaufen und in dem Kaufvertrage ausgemacht wird, daß die rückständigen Kaufgelder nicht bloß auf das gekaufte, sondern auch auf ein anderes, der Frau gehöriges Grundstück eingetragen werden sollen?

Bornemann verneint; denn durch den gemeinschaftlichen Kauf werde jeder Ehegatte auf das ganze Restkaufgeld Hauptschuldner des Verkäufers, woraus folge, daß die Ehefrau dem Verkäufer hauptsächlich nur für ihre eigene Schuld eine besondere Sicherheit bestelle, keineswegs aber für den Ehemann Bürgschaft leiste.

(System Bd. 3. S. 523, 2. Ausg. Bd. 3. S. 304.)

7) Die Gewährleistung einer Ehefrau und deren weitere Hypothekenbestellung für die Richtigkeit und Sicherheit einer ihr gegen ihren Ehemann zustehenden, von ihr einem Dritten cedirten Hypothekenforderung enthält keine Bürgschaft.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Nov. 1853, weil das Geschäft schon gesetzlich, beziehungsweise nach Vereinbarung der Kontrahenten die Vertretung der Frau für die Schuld des Ehemannes mit sich führt. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 52 Nr. 12.)

8) Wenn eine Frauensperson eine Erbschaft ohne Vorbehalt antritt, so liegt darin keineswegs die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, und es ist zur Gültigkeit der Erklärung die bei Intercessionen vorgeschriebene Certioration nicht erforderlich.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Okt. 1840.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 335 ff.)

9) Ueber die Ungültigkeit einer in ein Mandat gekleideten Bürgschaft einer Frauensperson vergl. den Rechtsfall nebst Nachschrift von Gruchot in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 397 ff.

§. 232. 1) In der ersten Zeile des §. 232. muß es statt: »oder« heißen: »und.«

(R. v. 5. Mai 1834 und v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 und Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 3 und Bd. 12. S. 3.)

2) Auch bei ehelicher Gütergemeinschaft findet der §. 232. Anwendung, sofern es sich um die persönliche Verpflichtung der Frau handelt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1846. (Präj. Nr. 1764.) (Präj. Samml. S. 84.)

3) Die Vermuthung aus dem §. 232. greift alsdann nicht Platz, wenn im Schuldscheine die Ehefrau allein als Darlehnsempfängerin bezeichnet ist, und der Ehemann in demselben Instrumente nur die Genehmigung der Schuld ausgesprochen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1850.

Wenn auch ein Ehemann aus seiner durch Mitvollziehung des Schuldscheins ausgesprochenen Genehmigung der von seiner Ehefrau kontrahirten Schuld für Letztere nach A. L. R. II. 1. §. 329. dem Dritten persönlich verhaftet wird, so folgt daraus doch noch nicht die Anwendbarkeit des A. L. R. I. 14. §. 232., indem dieser §. voraussetzt, nicht bloß, daß eine Manns- und eine Frauensperson ein Schuldinstrument gemeinsam unterschrieben, sondern auch, daß Beide sich als Selbst- oder Mitschuldner verpflichtet haben. Wenn dagegen nur die Ehefrau in dem Schuldschein bekennt, ein Dahrlehn empfangen und verwendet zu haben, nur sie sich verpflichtet zur Rückzahlung, ist nur sie ursprünglich als Haupt- und Selbstschuldnerin verhaftet. Wenn diese Verhaftung sich auf ihren Ehemann extendirt, ist dies nicht in der ursprünglichen Obligation begründet, sondern in einem anderen davon unabhängigen Rechtsverhältniß, nämlich, weil er der Ehemann der Schuldnerin, mithin aus einem dem ursprünglichen Schuldverhältniß fremden und Letzteres deshalb in seinen wesentlichen Bestandtheilen nicht affizirenden Rechtsgrunde. Auch eine am Schluß des Schuldscheins abgegebene Erklärung: »so verpflichtet sich auch mein Ehemann, diese Schuld als Selbstschuld mit mir erborgt erhalten zu haben«, kann hierin nichts ändern, und die Anwendbarkeit des §. 232. deshalb nicht begründen, weil der Ehemann durch Mitvollziehung des Schuldscheins diese Erklärung keineswegs zu der seinigen gemacht, vielmehr durch den hier wie dort seiner Unterschrift beigefügten Zusatz »als ehelicher Kurator« ausgedrückt hat, daß er die Schuld nicht als die seinige, sondern nur als die seiner Ehefrau ansehe, und ihr als solcher seinen maritalischen Konsens ertheile. (Entsch. Bd. 20. S. 246.)

4) Findet der §. 232. auch dann Anwendung, wenn eine Frauensperson und eine Mannsperson sich in einem und demselben Instrumente dergestalt ausdrücklich verpflichtet haben, daß die Frau als Hauptschuldnerin, der Mann aber als Bürge haften soll?

a) Das Justizmin. hat in dem R. v. 12. April 1830 ausgeführt, daß auch in diesem Falle die Frauensperson nur dann verpflichtet werde, wenn die in den §§. 232—234. vorgeschriebene Certioration gerichtlich erfolgt ist. Denn auch dann trete die Voraussetzung des §. 232. ein, indem der Bürge als ein subsidiarisch verpflichteter Mitschuldner betrachtet werden müsse. Insbesondere aber sei dies unzweifelhaft, wenn der Mann sich als Selbstschuldner verbürgt habe. (Jahrb. Bd. 35. S. 269, Gräff Bd. 6. S. 18.)

b) Bornemann nimmt, mit der Praxis des gemeinen Rechts, das Gegentheil an, weil der §. 232., als Ausnahme von der Regel, nach welcher eine Simulation nicht zu präsumiren, strikte zu interpretiren, und vorliegend nicht einmal par ratio vorhanden sei.

(System Bd. 3. S. 527, 2. Ausg. Bd. 3. S. 307.)

c) Koch tritt der Meinung des Justizmin. bei, weil der Bürge immer Mitschuldner sei und deshalb die Vermuthung, daß das Geschäft ein bemänteltes sei, und in der That doch der Mann nur sein eigenes Geschäft gemacht habe, auf gesetzlich vorgeschriebene Weise (§. 233.) entkräftet werden müsse. Der §. 232. stelle aber die Vermuthung der Simulation auf; würde die Simulation nicht präsumirt, so könnte die Vorschrift nicht vorhanden sein.

(Landr. Bd. 2. Anm. 57. zum §. 232. h. t., Recht d. Ford. Bd. 3. S. 893.)

5) Die im §. 232. zu Gunsten der Frauenspersonen aufgestellte Vermuthung für eine bloße Bürgschaft kann durch Gegenbeweis widerlegt werden, und findet dieselbe namentlich alsdann nicht statt, wenn die Frauensperson schon vor der Ausstellung des Schuldscheins erweislich selbstständig war.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Nov. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 322 Nr. 68.)

6) Findet der §. 232. auch in dem Falle Anwendung, wenn sich die Manns- und Frauensperson ausdrücklich nur pro rata, oder ein Jeder für eine bestimmte Summe verpflichtet haben?

Es verneinen die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 33) und der Verfasser der Abhandl. in den Jahrb. Bd. 27. S. 56—62, weil in

diesem Falle kein Grund mehr zu der in dem Gesetze ausgesprochenen Vermuthung vorhanden.

Dagegen bejahet Bornemann; denn Manns- und Frauenspersonen blieben alsdann Mitschuldner und das Wort »Mitschuldner« scheine gerade dieserhalb dem Worte »Selbstschuldner« hinzugefügt worden zu sein. Ueberdies werde die ratio legis, daß nämlich nicht erhelle, ob das Frauenzimmer wirklich Valuta erhalten habe, durch die Theilung der Verbindlichkeit nicht ausgeschlossen.

(System Bd. 3. S. 528, 2. Ausg. Bd. 3. S. 307.)

Koch hat sich für die Verneinung ausgesprochen, indem er bemerkt:

Die Vermuthung (des §. 232.) tritt nur dann ein, wenn es unbestimmt gelassen ist, in welcher Art die Manns- und Frauensperson sich für dieselbe Obligation neben einander verbindlich gemacht haben, gleichviel: ob gleichzeitig, oder Einer nach dem Anderen; hat sich ein Jeder ausdrücklich nur für einen bestimmten Antheil verbindlich gemacht, so giebt es nicht für jede dieser beiden zufällig neben einander stehenden Obligationen zwei Schuldner, von welchen der Eine als accessorischer Schuldner angesehen werden könnte, vielmehr würde, wenn die Frauensperson für ihren Theil als Bürgin angesehen werden sollte, der Hauptschuldner ganz fehlen, mithin eine fremde Verbindlichkeit nicht vorhanden sein. Es könnte nur eine privative Intercession sein; für diese gelten aber andere Regeln. (Recht der Forder. Bd. 3. S. 892.)

Vergl. indeß die anderweitige Ausführung in Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 57. zum §. 232. h. t.

7) Wenn eine Manns- und eine Frauensperson sich in einer Urkunde als Selbst- oder Mitschuldner verpflichten, so tritt die Vermuthung, daß die Frauensperson nur Bürge sei, ein, die Verpflichtung mag aus einem einseitigen oder zweiseitigen Vertrage herrühren.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845 [1]). (Präj. Nr. 1545. a.)

Die Worte des §. 232. unterscheiden in keiner Art zwischen den Gründen, aus denen die Verpflichtung entstanden ist. Das Wort »Instrument« insbesondere enthält keine nothwendige Beziehung auf irgend eine besondere Art von Rechtsgründen und Geschäften, woraus die Verpflichtung entsprungen sein müsse. Auch ist nicht einzusehen, warum es einen Unterschied machen soll, ob zwei Personen sich als Schuldner bekennen für eine Summe Geldes, welche sie aus einem Darlehn, oder für eine, deren Werth sie durch eine verkaufte und übergebene Sache erhalten haben. — Die Entstehungsgeschichte des §. 232. führt eben so wenig auf diese Unterscheidung. Zum ersten ungedr. Entw. Thl. II. Tit. 23. §§. 31—39., der hinsichtlich der weiblichen Bürgschaften die Verwarnung vor Gericht oder einem Justizkomm. vorschrieb, stellte der Geh. R. v. Lamprecht in seinen Erinnerungen die Frage auf: wie es zu halten sei, wenn eine Frauensperson mit einer Mannsperson eine Schuld in solidum oder pro rata zu bezahlen verspreche? Suarez bemerkte am Rande des Entw.:

ad Nr. 5. präsumiren die Gesetze, daß die Mannsperson als Hauptschuldner, das Frauenzimmer dagegen nur als Bürgin anzusehen sei, und dabei wird man es wohl auch ad evitandam fraudem legis belassen müssen. Die Frauensperson wird also in einem solchen Falle nur soweit verpflichtet, quatenus ad ipsam pervenit.

So wie hier das Wort »Schuld« allgemein gebraucht wird, so setzen auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller diejenige Regel, welche Suarez als gemeines Recht voraussetzt, allgemein fest. (Gail observationes, Berger oeconomia jur. lib. III. §. 8. Not. 5.; Struben, rechtliche Bedenken Bd. 1. S. 76; Hommel, Rhaps. Quaest. obs. DLIV.) Es wird ein Grund für das Wegfallen der im §. 232. aufgestellten Vermuthung und für die Unanwendbarkeit dieser Gesetzstelle bei zweiseitigen, lästigen Verträgen in der Eigenthümlichkeit dieser Verträge selbst gefunden. Das Prinzip, welches den Ausgangspunkt dieser Deduktion bildet, daß nämlich die Frauensperson, trotz der weiblichen Rechtswohlthaten, für dasjenige hafte, was sie aus dem Geschäft überkommen hat, ist an und für sich richtig. Uebereinstimmend mit L. 21. Dig. 16. 1. wird dasselbe im §. 241. Thl. I. Tit. 14. des A. L. R. ausgesprochen. Dies Prinzip kann jedoch bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen eben so gut zur Anwendung kommen, als bei einseitigen Verträgen. Läßt sich nachweisen, daß die Frau das angeblich geliehene Geld, worüber sie die gemeinschaftliche Urkunde ausstellte, ganz oder zum Theil überkommen hat, oder daß solches in ihrem Nutzen verwendet ist, so fällt die Vermuthung des §. 232. hinweg. Der Nachweis wird in einem solchen Falle der Regel nach freilich schwieriger sein, als bei zweiseitigen Obligationen, und dieses ist die einzige, nur im praktischen Resultate liegende Verschiedenheit. Denn der Erwerb der gekauften speziell bezeichneten Sache macht die Haftbarkeit der Frau für das, was sie erhalten hat, in den meisten Fällen ohne weiteren Nachweis erkennbar. Soweit dieser Erwerb reicht, hindert die Vermuthung des §. 232. die Haftbarkeit der Frau nicht. Diese Vorschrift steht ihr nur in so weit zur Seite, als die von ihr übernommene Verpflichtung über jenen Erwerb hinausgeht. Darüber, was als Erwerb der mitkontrahirenden Frau anzusehen, ist aber die hier bekämpfte Ansicht im Irrthum. Sie schließt aus der nach §. 424. I. 5. gesetzl. eintretenden Solidarität, daß das Ganze der durch lästigen Vertrag erworbenen Sache als ein solcher Erwerb zu betrachten sei, und dehnt daher in allen Fällen dieser Art die in rem versio auf dieses Ganze aus. Dem liegt jedoch ein Mißverständniß des citirten §. 424. zum Grunde. Er sagt keinesweges, daß die ganze aus einem solchen Vertrage erworbene Sache von jedem Mitverpflichteten eigenthümlich erworben werde. Dies würde gegen die Natur der Dinge sein und eine Unmöglichkeit involviren; es ist aber auch gegen ausdrücklich gesetzliche Vorschriften. Nach §. 453. a. a. O. sind die Befugnisse mehrerer Berechtigten unter sich nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume zu beurtheilen. Mithin besteht der Erwerb jedes Mitkäufers in dem besonderen Eigenthume desjenigen Antheils, der ihm an der gemeinschaftlichen Sache zusteht. Diese Rate, nicht das Ganze ist, um auf die hier streitige Haftung der Frau zurückzukommen, dasjenige, quod ad eam pervenit. — Hierin liegt jedoch keine besondere Eigenthümlichkeit des Falles, in welchem ein Dokument über die Korrealverpflichtung existirt. Diese Korrealverpflichtung selbst, mag sie auf Vertrag begründet, oder aus dem G. hergeleitet sein, involvirt vielmehr jederzeit eine Intercession, eine Uebernahme fremder Verbindlichkeit; macht also schon deshalb nach der allgemeinen Regel des §. 228. Th. I. Tit. 14. bei Frauenspersonen die Verwarnung erforderlich. Wenn mehrere Personen sich solidarisch zur Zahlung einer Geldsumme verpflichten, so ist es gegen die Natur der Sache, daß jeder von ihnen an sich diese ganze Summe verschulden soll. Denn sonst müßte, da jeder Verbindlichkeit ein Recht gegenüber steht, der Gläubiger die Summe eben so vielmal zu fordern haben, als Verpflichtete da sind, während er sie doch nur einmal fordern kann. In der Wirklichkeit also übernimmt jeder Kontrahent außer der Haftbarkeit für seine eigene Verbindlichkeit auch noch diejenige für die Verpflichtung des Anderen, was der Ausdruck »Alle für Einen und Einer für Alle« auch geradezu ausspricht. Durch die vorstehende Ausführung widerlegt sich die Hypothese, daß keine fremde, sondern, kraft gesetzlicher Vorschrift, eine eigene Verbindlichkeit übernommen — und daher durch die Natur des zweiseitigen lästigen Vertrages von selbst die Anwendbarkeit des §. 232. ausgeschlossen werde. Ist nämlich, wie gezeigt, die bei einem solchen Vertrage gesetzl. eintretende Solidarhaftbarkeit dem Wesen nach nichts anderes, als Intercession, so kann auch die Vermuthung des §. 232. nicht hinwegfallen, sondern muß, soweit die Frauensperson durch den in Rede stehenden Vertrag nichts erworben hat, allerdings hier eintreten. Daß sie in Betreff des Erwerbes haftet, ist, wie oben bemerkt, nicht Eigenthümlichkeit des Falles eines zweiseitigen lästigen Vertrages.

(Präj. Samml. S. 83, Entsch. Bd. 11. S. 33, J. M. Bl. 1845 S. 95.)

8) Die Vorschrift, nach welcher, wenn eine Manns- und eine Frauensperson sich in einer Urkunde als Selbst- oder Mitschuldner verpflichtet haben, die Vermuthung eintritt, daß die Frauensperson nur Bürgin sei, — und der hierauf bezügliche Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845 (Präj. 1545.) [1]) findet auch auf Verpflichtungen aus Pachtverträgen Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1853.

Aus den Motiven des gedachten Pl. Beschl. und der Geschichte seiner Veranlassung erhellet klar, daß damit unbedingt und allgemein die Frage beantwortet sein sollte:

---

[1]) Bei dem Ob. Trib. war über die Frage: auf welche Arten von Verträgen der §. 232. Anwendung findet, eine Meinungsverschiedenheit hervorgetreten. Der II. Sen. hatte in dem Präj. Nr. 1217. v. 18. Nov. 1842 (Präj. Samml. S. 141, Entsch. Bd. 8. S. 307) angenommen: »Wenn eine Ehefrau neben ihrem Ehemann, bei zweiseitigen lästigen Verträgen, als Hauptkontrahentin mit aufgetreten ist, und mit denselben Verpflichtungen übernommen hat, so tritt die Vermuthung, als ob sie nur als Bürgin hinzugetreten, nicht ein, und es finden daher auch in diesem Falle die gesetzlichen Vorschriften über die Bürgschaften der Frauen keine Anwendung.« Der III. Sen. hatte dagegen (im J. 1844) angenommen, daß der §. 232. auch auf Verpflichtungen aus zweiseitigen Verträgen zur Anwendung zu bringen sei, und in Folge dieses Konflikts würde die Frage: ob die Vorschrift des §. 232. sich nur auf Darlehnsgeschäfte oder andere einseitige Verträge, oder auch auf zweiseitige lästige Verträge bezieht? zur Entscheidung des Plenums gebracht, welches sich für die letztere Meinung erklärte. — Vergl. über die hiernach entschiedene Kontroverse auch: Dr. Schütz in der J. W. 1840 S. 117 bis 121 u. 133—147, 159—161, und über den Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845 das Erk. des O. L. G. zu Arnsberg v. 28. Febr. 1846 (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 321 ff.), desgl. den Auff. im J. M. Bl. 1847 S. 261, Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 57. zum §. 232. h. t.

[1]) Vergl. ob. Zus. 7.

ob in allen Fällen, wo eine Manns- und eine Frauensperson sich in einer Urkunde als Selbst- oder Mitschuldner verpflichten — es möge dies nun in einem einseitigen oder zweiseitigen Vertrage geschehen sein — die Vorschrift §. 232. Platz greife?

Dieselben Gründe, die damals gegen seine Beschränkung auf Darlehns-Geschäfte oder andere einseitige Verträge und für seine Anwendung auf zweiseitige lästige Verträge sprachen, sprechen dagegen, innerhalb jener letzteren Kategorie beschränken und auf Pachtverträge nicht anwenden zu wollen. Aus dem Wesen und der besonderen Beschaffenheit der Letzteren läßt sich ebenfalls kein Grund für diese Restriktion entnehmen. Die ratio legis spricht gerade bei Pachtverträgen für die Anwendung. Selbst die in den Motiven des Pl. Beschl., nach Suarez Vorgange, auch angedeutete Restriktion, nach welcher derselbe und die Bestimmung des §. 232. in soweit ausgeschlossen bleiben muß, als auch bei an sich ungültigen Bürgschaften einer Frauensperson dieselbe doch in soweit verhaftet bleibt, als sie aus dem Geschäfte, das sie veranlaßte, erworben (quatenus ad eam pervenit), spricht an und für sich für ihre Anwendung auf Pachtverträge, da sich gerade bei ihnen der Vortheil dieses Erwerbs für die mitpachtende Frauensperson (§. 241.) viel weniger leicht voraussehen läßt, als bei Kauf-, Tausch- und anderen onerosen Erwerbsverträgen, für die der Pl. Beschl. nach seinen Motiven ausdrücklich disponirt. Auch die §§. 372. u. 374. A. L. R. I. 21. stehen der Restriktion des §. 232. h. t., resp. des Pl. Beschl. nicht zur Seite. Denn §. 374. A. L. R. I. 21. ist nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des §. 424. A. L. R. I. 5., die zwar auch auf Frauenspersonen resp. Ehefrauen Anwendung leidet, die mit anderen Mannspersonen oder ihren Ehemännern gemeinschaftlich pachten oder miethen; allein weder der §. 424. noch §. 374. a. a. O. disponiren über die Form einer in dieser Beziehung gültig einzugehenden Korreal-Verbindlichkeit der mitpachtenden oder mitmiethenden Frauensperson, lassen mithin die Frage der Anwendbarkeit der §§. 232., 233. h. t. und des Pl. Beschl. unberührt. Eben so der §. 372. A. L. R. I. 21., der nur von Miethsverträgen und nur über die Verbindlichkeit einer Ehefrau, nach dem Tode ihres Ehemannes, den von diesem eingegangenen Miethsvertrag fortzusetzen und über den Umfang dieser Verbindlichkeit disponirt und voraussetzt (vergl. Präj. v. 3. Aug. 1827 Nr. 184., Präj. Samml. S. 126)[1]), daß die Ehefrau Erbin ihres Ehemannes geworden ist, also von anderen Voraussetzungen ausgeht als der §. 232. h. t. und der Pl. Beschl., und hier daher keine Anwendung leidet.

(Entsch. Bd. 26. S. 273, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 337 Nr. 72.)

9) Auch im Falle der Vermuthung des §. 232. haftet die Frauensperson als Bürgin nur, wenn die bei Bürgschaften vorgeschriebene Verwarnung stattgefunden hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 28. Febr. 1845[2]). (Präj. Nr. 1545. b.)

Die Frage: ob in dem Falle des §. 232. zur rechtlichen Gültigkeit der vom Gesetze vermutheten Bürgschaft eine Verwarnung, bei Wittwen und unverheiratheten Frauenspersonen nach §§. 221. ff. und bei Ehefrauen nach §§. 343. u. 344. A. L. R. II. 1. erforderlich sei? ist zu bejahen. Denn der §. 232. h. t. spricht keineswegs positiv aus, daß die Ausstellerin eines solchen Schuldinstruments als Bürgin hafte; er begründet nur eine Vermuthung, daß sie Bürgin sei, eine Vermuthung, welche den materiellen Inhalt des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts betrifft, über die Form aber, wie solches zur Gültigkeit gelangt, nichts Abweichendes feststellt. Diese Form, die allgemeine Verwarnung nach §. 221., muß also beobachtet werden, in sofern ein gültiges Bürgschafts-Geschäft zu Stande kommen soll. Nimmt man das Gegentheil an, so würde das Gesetz, welches bestimmt war, der Verschleierung des Intercessionsgeschäfts entgegenzutreten, eben diese Umgehung erleichtern, und jede Bürgschaft möglich machen, sobald sie unter der Form der Solidar-Verbindlichkeit versteckt wird. Die Bemerkung von Suarez zum §. 232.[1]) zeigt aber auch unzweideutig, daß keine gültige Bürgschaft ohne Verwarnung hat statuirt werden sollen. Nach seiner Meinung soll die Bürgschaft als solche eben keine Wirkung haben, »die Frauensperson in einem solchen Falle vielmehr nur so weit verpflichtet sein, quatenus ad eam pervenit.« Ueber diesen Erwerb aus dem Geschäfte hinaus kann also letzteres nur nach vorhergegangener Verwarnung Verbindlichkeit für die Frau erzeugen.

(Präj. Samml. S. 83, Entsch. Bd. 11. S. 33, J. M. Bl. 1845 S. 95.)

10) Die Bestimmungen der §§. 232. u. 233. kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Schuldverbindlichkeit der Mannsperson wegen deren persönlicher Unfähigkeit ungültig ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Mai 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 74 Nr. 17.)

11) Der Darlehnsgeber kann, wenngleich er den von einer Manns- und Frauensperson gemeinschaftlich ausgestellten und daher die Vermuthung einer bloßen Bürgschaft der Frau begründenden Schuldschein ohne Vorbehalt und Widerspruch angenommen hat, dennoch die letztere als die Darlehnsschuldnerin in Anspruch nehmen, insofern er die wirklich erfolgte Hingabe des Darlehns an dieselbe zu beweisen vermag.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Nov. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 49 Nr. 11.)

§. 234. Die Worte »ohne Unterschied seiner eigenen persönlichen Qualität« beziehen sich auf die gemeinrechtlich begünstigte intercessio apud minorem (L. 12. D. de minor.). Vergl. Bornemann's System Bd. 3. S. 529 Anm., 2. Ausg. Bd. 3. S. 308 Anm. 1.

§. 238. Dieser §. ist aus dem Gutachten der G. Komm. v. 28. Nov. 1786 (Klein's Annal. Bd. 1. S. 293) genommen.

§. 243. Vergl. den amtlichen Bericht von Suarez in den Jahrb. Bd. 41. S. 51 über die Abweichungen vom Röm. Rechte.

§§. 249—256. Bei welchen Geschäften Bürgschaften stattfinden.

§. 252. Der §. 252. bezieht sich nicht auf solche Verträge, welche bloß wegen der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, sondern auf solche, welche wegen der Qualität der kontrahirten Schuld selbst von den Gesetzen gemißbilligt sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1836. (Präj. Nr. 118.) (Präj. Samml. S. 84.)

In demselben Sinne äußert sich Suarez in der rev. mon. zum ungedr. Entw. zu dieser Stelle:

Unter den im Gesetze ausdrücklich gemißbilligten Schulden sind ohne Zweifel solche zu verstehen, wo der Grund der Ungültigkeit nicht in der Person des Schuldners, sondern in der Qualität der Schuld selbst liegt, z. B. Spielschulden, debitum turpe. Daraus erledigt sich zugleich das Monitum des Herrn v. Scheerer; dieser versteht den §. 28. (§. 252. des A. L. R.) von Offizierschulden, und will bestimmt haben, was bei Schulden der Minorennen Rechtens ist. Ist aber meine obige Interpretation richtig, so ist die Frage zugleich entschieden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 37.)

§. 254. Das Dienstverhältniß eines Subaltern-Offiziers, welches die Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs zu seinen Darlehnsverträgen erfordert, ist nur für eine persönliche Eigenschaft des Verpflichteten im Sinne des §. 254. anzusehen, wegen deren zwar ohne jene Einwilligung der Hauptvertrag nach §. 684. A. L. R. I. 11. ungültig, der Bürge aber nach §. 254. h. t. dem Gläubiger als Hauptschuldner verhaftet ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. mittelst Pl. Beschl. v. 18. Febr. 1856[2]). (Präj. Nr. 2659.)

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 371.

[2]) Die Frage: ob durch ein nach Maßgabe des §. 232. ausgestelltes Schuldinstrument, welchem die im §. 233. vorgeschriebene Verwarnung fehlt, die Ausstellerin unbedingt als Bürgin verpflichtet werde, so daß es auf die Vorschriften nicht weiter ankomme, welche sonst hinsichtlich der weiblichen Bürgschaften gegeben sind, — oder: ob diese Vorschriften auch hier zu berücksichtigen seien, und mithin ein in obiger Art ausgestelltes Instrument, wenn die Ausstellerin nicht nach §§. 221—225. als Bürgin besonders verwarnt worden, gegen dieselbe, dieser fehlenden Verwarnung wegen, gar keine rechtliche Wirkung habe? ist kontrovers geworden. Das Ob. Trib. hat schon in früheren Entscheidungen v. 25. Okt. 1822 (Simon's R. Bd. 2. S. 281), v. 19. März 1826 (a. a. O. S. 271) und v. 31. Juli 1825 (a. a. O. Bd. 4. S. 283 ff.) die Nothwendigkeit der Certioration angenommen. Nachdem dasselbe demnächst (in dem Erk. v. 10. Juli 1833, Simon's R. Bd. 3. S. 262) die entgegengesetzte Meinung angenommen hatte, in späteren Entscheidungen (v. 4. Sept. 1835 u. 10. Dec. 1836, J. W. 1837 S. 297 ff., J. Z. 1836 S. 13 ff.) aber zu seiner früheren Ansicht wieder zurückgekehrt war, wurde der ob. im Texte mitgetheilte Pl. Beschl. gefaßt. Mit diesem sind auch die meisten Rechtslehrer einverstanden. Vergl. den Aufsatz in den Jahrb. Bd. 27. S. 55 ff., die Abhandl. von Löwenberg in Simon's Z. Bd. 2. S. 151 ff. u. Düesberg ebend. S. 160 ff., Koch's R. der Ford. Bd. 3. S. 893, Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 523 ff. u. 2. Ausg. Bd. 3. S. 305 ff., die Bemerk. im J. M. Bl. 1847 S. 261 ff., 265 ff., 284 ff., 313 ff. — Ueber die entgegengesetzte Ansicht, daß es der Certioration nicht bedürfe, vergl. Haase in der J. W. 1841 S. 34 und Pohl a. a. O. S. 72 u. im J. M. Bl. 1847 S. 249 ff. u. 257 ff. Vergl. über die Kontroverse auch Dr. Schütz in der J. W. 1840 S. 143.

[1]) Vergl. dieselbe in den Gründen des Pl. Beschl. Nr. 1545. a. (s. ob. Zus. 7. ad h. l.)

[2]) Das Erk. des Ob. Trib. v. 29. Okt. 1807 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 3. S. 313) hat angenommen, daß die Vorschriften der §§. 251. u. 252. durch

Die §§. 678. ff. A. L. R. I. 11. befinden sich unter dem Rubrum: »Von den Personen, welche Darlehnsverträge schließen können«, und sind von den Vorschriften geschieden, welche unter dem Rubrum: »von Darlehnen zu einem unerlaubten Zwecke, oder wo Waaren statt baaren Geldes gegeben worden«, zusammengefaßt sind. Schon hieraus erhellt, daß der Grund der Beschränkung der Subaltern-Offiziere bei Aufnahme von Darlehnen lediglich in der persönlichen Eigenschaft der Subaltern-Offiziere zu suchen sei. Dies bestätigen die §§. 707. und 713. a. a. O. Diese Vorschriften müssen, wie in Bezug auf das Anerkenntniß in dem Präj. 1737.[1]) (Präj. Samml. Bd. 1. S. 64) angenommen ist, auch auf Darlehne der Subaltern-Offiziere bezogen werden. Dadurch aber wird die Ansicht, daß den Subaltern-Offizieren die Befugniß, Darlehne aufzunehmen, lediglich wegen ihrer persönlichen Eigenschaft entzogen worden, gerechtfertigt, indem entgegengesetzten Falls dem bloßen Anerkenntnisse eine rechtsbegründende Wirkung nicht hätte beigelegt werden können. Schon diese Auffassung des Grundes, aus welchem das Gesetz die ohne Einwilligung des Chefs oder Kommandeurs geschlossenen Darlehnsverträge der Subaltern-Offiziere für nichtig erklärt, führt zu der Anwendung des §. 254. h. t. auf Bürgschaften, welche für die Forderungen aus solchen Darlehnsverträgen übernommen worden. Eben dahin führt auch die Betrachtung der einzelnen Bestimmungen über die Darlehne der Subaltern-Offiziere. An und für sich können hiernach auch solche Offiziere durch Darlehnsverträge verpflichtet werden. Sie bedürfen nur des Konsenses einer anderen Person. Fehlt dieser, so ist der Darlehnsvertrag nichtig, gerade so, wie die Schulden, welche eine Ehefrau in Ansehung des eingebrachten Vermögens ohne Bewilligung des Mannes gemacht hat, für nichtig erklärt werden (§. 684. A. L. R. I. 11. u. §. 320. A. L. R. II. 1.). Jedoch ist das Verhältniß der Subaltern-Offiziere anders behandelt, als das der Ehefrauen und Kinder unter väterlicher Gewalt, und gerade diese Abweichungen von den bei persönlich unfähigen Personen im Allgemeinen geltenden Regeln beweisen für die Anwendbarkeit des §. 254. h. t. auf Schulden der Subaltern-Offiziere. Es bestimmt nämlich erstens der §. 684. Tit. 11., daß das wirklich Gegebene der Invalidenkasse unwiderruflich zur Strafe anheimfalle, und zweitens enthalten die Gesetze Ausnahmen zu Gunsten der Gläubiger. Anlangend den ersten Punkt, so hat die Dekl. v. 27. Juli 1825 bestimmt, daß unter den Worten »das wirklich Gegebene« keinesweges das von dem Schuldner dem Gläubiger Zurückgezahlte, sondern derjenige Kapitalsbetrag zu verstehen sei, welchen der Gläubiger dem Schuldner wirklich gezahlt hat, und daß zu dessen Zurückforderung die Invalidenkasse statt des ursprünglichen Gläubigers berechtigt sein solle. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Subaltern-Offizier das Zurückgezahlte nicht kondiziren könne, und daß noch weniger Fiskus zu einer solchen Kondiktion befugt sei. Man hat zwar aus der gedachten Dekl. gefolgert, daß, wenn die Bürgschaft für Offizierschulden eine gültige sei, sie doch nur für den Fiskus Ansprüche begründen könne, da derselbe nach der Dekl. als Cessionar des Gläubigers anzusehen sei, und als solcher auch alle Rechte aus der Bürgschaft überkommen müsse. Die Dekl. macht indessen den Fiskus nicht zum Cessionar des Gläubigers, so daß er auch die etwa bedungenen Zinsen einfordern könnte. Sie beschränkt vielmehr das Recht des Fiskus überhaupt auf das, was der Gläubiger dem Schuldner wirklich gezahlt hat, und weil nur in soweit der Fiskus statt des Gläubigers ein Zurückforderungsrecht haben soll, läßt sie eine weitere Ausdehnung nicht zu. Bringt man hiernach die Dekl. mit den Vorschriften des A. L. R. in Verbindung, so ergiebt sich

1) in Ansehung des Verhältnisses des Gläubigers zum Schuldner: daß das Gesetz den Darlehnsvertrag lediglich wegen der persönlichen Unfähigkeit des Schuldners für nichtig erklärt habe, und in Folge dessen, wie bei Ehefrauen und Kindern unter väterlicher Gewalt, dem Gläubiger jeden Anspruch auf Wiederbezahlung absprechе.

2) Für das Verhältniß des Schuldners zum Fiskus erhellt: daß nach dem Gesetze der Schuldner aus einem den militairischen Anordnungen widersprechenden Verhalten keinen Vortheil haben, und daher Fiskus ihm das wirklich Erhaltene entziehen solle.

In sofern kann man von einem besonders gebilligten und mit Strafe der Konfiskation bedrohten Geschäfte sprechen, aber nur in Bezug auf den Schuldner, nicht in Bezug auf den Gläubiger, dem die Wiedererstattung des Darlehns lediglich wegen der persönlichen Unfähigkeit des Schuldners abgesprochen worden und dessen Verhalten nicht mehr oder weniger gemißbilligt ist, als das Verhalten dessen, der einer Ehefrau oder einem Kinde unter väterlicher Gewalt ein Darlehn gegeben hat. Was aber die zu Gunsten der Gläubiger gemachten Ausnahmen betrifft, so ergeben die §§. 687., 688. A. L. R. I. 11., daß die persönliche Fähigkeit der Subaltern-Offiziere viel weniger beschränkt worden, als die der Ehefrauen und Kinder unter väterlicher Gewalt. Es folgt aber auch aus diesen Vorschriften, daß jede ursprünglich nichtige Darlehnsschuld eines Subaltern-Offiziers gültig, und das Konfiskationsrecht des Fiskus auch gegen den Schuldner ausgeschlossen werden könne, wenn derselbe die Schuld in der Folge auf ein ihm gehöriges Grundstück eintragen läßt. Hieraus muß geschlossen werden, daß der Vertrag, wenigstens dem Gläubiger gegenüber, nicht als ein im Sinne des §. 252. h. t. ausdrücklich gemißbilligter anzusehen sei. Endlich wird aus diesen Bestimmungen der eigentliche Zweck und die wahre Bedeutung des Gesetzes unzweifelhaft. Dasselbe erklärt die Darlehnsverträge der Subaltern-Offiziere, wegen persönlicher Unfähigkeit der Letzteren, für ungültig, beschränkt aber demnächst diese Ungültigkeit und die Ausschließung des Klagerechts des Gläubigers auf den Fall, wenn demselben kein besonderer und bestimmter Fonds, aus dem er sich bezahlt machen kann, angewiesen worden ist, und er also gegen den Schuldner eine im Allgemeinen auf das Vermögen gerichtete Klage anstellen müßte. Bei einer Bürgschaft ist aber, eben so, wie bei einer Verpfändung, Anweisung oder Cession ein bestimmter Fonds vorhanden, aus dem der Gläubiger sich bezahlt machen kann, und es bedarf dazu eben so wenig einer im Allgemeinen auf das Vermögen des Schuldners gerichteten Klage. Endlich ist der Einwurf nicht durchgreifend, daß es ein Widerspruch sei, wenn aus einem und demselben Darlehnsvertrage doppelte Zahlung geleistet werden sollte; nämlich von dem Bürgen an den Gläubiger und auch von dem Schuldner an den Fiskus. Denn der Gläubiger, welcher von dem Subaltern-Offizier wegen seiner persönlichen Unfähigkeit keine Wiedererstattung fordern kann, erhält nur einmal Zahlung, und zwar von dem Bürgen, der nach der im §. 254. h. t. enthaltenenen Rechtsfiktion als Hauptschuldner haftet. Ob in diesem Falle auch der Fiskus das wirklich Gegebene von dem Offizier zu fordern befugt sein möchte, oder ob nicht vielmehr durch den Hinzutritt der Bürgschaft die Konfiskation des Gegebenen eben so wegfallen dürfte, wie in dem Falle, wenn eine Hypothek eingetragen worden? muß hier zwar auf sich beruhen. Aber, wenn auch das Rückforderungsrecht des Fiskus gegen den Schuldner begründet sein sollte, so berührt doch das den Gläubiger nicht, was das Gesetz dem Schuldner gegenüber zur Strafe bestimmt. Auch originirt der Anspruch des Fiskus nicht aus dem Darlehnsvertrage, sondern aus dem die Konfiskation des Erhaltenen anordnenden Gesetze, so daß keinesweges zu behaupten, daß aus demselben Geschäfte doppelte Zahlung geleistet werden müsse.
(Entsch. Bd. 32. S. 1, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 349, J. M. Bl. 1856 S. 102.)

§. 256. Statt: »geleisteten« muß es heißen: »geleistete«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§§. 257—272. Worauf die Verbindlichkeit des Bürgen sich erstreckt.

§§. 261. 262. Wann ist zu Gunsten eines Bürgen, der sich nur für die Zinsen eines Kapitals verbürgt hat, das Kapital bei dem Hauptschuldner für verloren zu erachten?

Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 28. März 1826 aus, es sei nicht anzunehmen, daß das Unvermögen des Hauptschuldners zur Bezahlung des Kapitals erst durch Konkurseröffnung über dessen Vermögen nachgewiesen sein müsse; vielmehr sei die Bestimmung des §. 262. nur von dem Fall zu verstehen, wo wirklich der Konkurs eingeleitet werde. (Simon's R. Bd. 1. S. 52.)

Grävell (Kreditgesetze Bd. 4. S. 55) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 459) nehmen dies ebenfalls an und sind der Ansicht, daß auf jede Weise, z. B. durch fruchtlos ausgefallene Exekution, festgestellt werden könne, ob das Kapital inexigibel sei.

Bornemann nimmt an, daß bei Anwendung des §. 261. der Richter nach den obwaltenden Umständen festzustellen habe, wann ein Kapital ganz oder theilweise für verloren gegangen zu erachten sei. Die Ansicht, daß auf Grund des §. 262. das Unvermögen des Hauptschuldners durch Konkurseröffnung erwiesen sein müsse, ehe von einer Befreiung des Bürgen die Rede sein könne, widerlege sich durch

---

§. 254. h. t. eingeschränkt werden, im Falle des §. 684. A. L. R. I. 11. aber der Grund der Ungültigkeit des Hauptvertrages lediglich in der persönlichen Eigenschaft des Hauptschuldners, nämlich darin liege, daß dieser als Subaltern-Offizier ohne den gesetzlich nothwendigen Konsens kein Darlehn gültig aufnehmen konnte, der Bürge für ein solches Darlehn daher als Hauptschuldner hafte. Es sei hier eine natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners immer vorhanden, welche nur unwirksam werde, weil das Gesetz auch den Konsens der Militairbehörde verlangt. Die §§. 251. und 252. h. t. könnten nur auf Verträge Anwendung finden, bei denen ein negotium turpe, welches gar keine, auch nicht einmal eine natürliche Verpflichtung wirkt, zum Grunde liegt. Von dieser bisher befolgten Rechtsansicht hatte jedoch der IV. Sen. des Ob. Trib. abzugehen beschlossen, weshalb die Frage an das Plenum gebracht wurde, welches, unter Beibehaltung der älteren Meinung, den oben verzeichneten Rechtssatz angenommen hat. — Vergl. über die Frage auch das Erk. des O. L. G. zu Frankfurt im Centralbl. 1838 S. 368, welches den §. 254. auf die unkonsentirten Schulden eines Subaltern-Offiziers für unanwendbar erachtet. Vergl. ferner: Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 482, 2. Ausg. Bd. 3. S. 279, Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 845 und Landr. Bd. 2. Anm. 75. zum §. 254. h. t.

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 684. Zus. 5.

das im §. 262. gebrauchte Bindewort »doch«, woraus erhelle, daß dieser §. dahin zu verstehen sei, daß der Bürge selbst nach dem Verluste des Kapitals für die bis zur Eröffnung des Konkurses rückständigen Zinsen haften müsse, insofern dem Gläubiger in deren Beitreibung keine schuldbare Versäumniß zur Last fällt. Nur dann, wenn ein früherer Eintritt der Insolvenz des Hauptschuldners nicht nachgewiesen werden könne, sei daher der Tag des eröffneten Konkurses oder erbschaftlichen Liquidationsprozesses als solcher anzusehen. Aus dem §. 262. müsse übrigens, obwohl die Redaktoren daran schwerlich gedacht haben möchten, gefolgert werden, daß der Bürge in infinitum für die Zinsen haften müsse, wenn es gar nicht zum Konkurse komme. (System Bd. 3. S. 448, 2. Ausg. Bd. 3. S. 282—283.)

Ueber die Unzweckmäßigkeit der Bestimmungen der §§. 261., 262. vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 854.

§. 270. Der Bürge, der sich, wenngleich als Selbstschuldner, ausdrücklich nur für das Kapital verbürgt hat, kann ungeachtet der Vorschrift, nach welcher die Uebernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zugleich die Verhaftung wegen Zinsen, Früchte, Kosten und Schäden, so wie wegen des entgangenen Gewinns mit sich bringt (§. 269. h. t.), über das Kapital hinaus nicht in Anspruch genommen werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1967.) (Präj. Samml. S. 84, Entsch. Bd. 16. S. 182.)

§§. 273—276. Von Amtskautionen.

1) Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 10. §. 83.

2) Der Instruktionssenat des K. Ger. hat in dem Erk. v. 13. Aug. 1838 auf Grund der §§. 273. ff. und §. 322. h. t. angenommen, daß auch eine Amtskaution und die Rechte und Pflichten des Bürgen gegen den Gläubiger daraus nach §§. 318., 319. u. 362. h. t. zu beurtheilen seien. Das Petitum gegen den Berechtigten könne aber wegen §. 322. h. t. nur alternativ und nur dahin gestellt werden:

daß dieser ihn entweder der Bürgschaft entlasse oder gegen den Verpflichteten rechtlich ausführe: daß und was ihm dieser in Ansehung des Vergangenen zu leisten oder zu erstatten habe.

Dies ergebe sich auch aus der accessorischen Natur, so wie aus dem Zwecke einer Bürgschaft überhaupt und der Amtskaution insbesondere (§§. 200. u. 273.). Sollte der Fiskus, sobald ein Kassenbeamter in Vermögensverfall geräth, die von einem Dritten bestellte Amtskaution aufgeben müssen, ohne sich wegen seiner, bis zu diesem Zeitpunkte entstandenen Ansprüche daran halten zu können, vielmehr verpflichtet sein, von dem vielleicht in Schulden versunkenen Beamten selbst nunmehr Kautionsbestellung zu fordern, den Bürgen aber ohne Weiteres zu liberiren, so würde für ihn von Anfang an gar keine Kaution existent gewesen sein.

(J. W. 1840 S. 668 ff., Centralbl. 1840 S. 1191.)

§§. 283—296. Wann der Berechtigte sich an den Bürgen halten könne.

§. 283. Ist der Gläubiger schuldig, den Prozeß gegen den Hauptschuldner durch alle Instanzen zu führen, wenn er sich nicht wegen Nachlässigkeit dem Bürgen verantwortlich machen will?

1) Merkel unterscheidet, ob der Gläubiger dem Bürgen litem denunzirt hat, oder nicht, und bejaht die Frage für den letzten Fall arg. §. 328. h. t. (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 458.)

2) Grävell verneint dieselbe auch für diesen letzten Fall; denn es komme nur darauf an, daß die Gründe und Thatsachen zur Sprache gebracht werden, und es liege außer der Wirksamkeit des Litisdenunzianten, welchen Werth der Richter auf dieselben lege; er könne daher hierfür so wenig, als dafür gestraft werden, daß er den Rechtskenntnissen des Richters der ersten oder zweiten Instanz getraut und sich bei deren Ausspruch beruhigt habe.

(Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 1. S. 113.)

3) Bielitz erklärt die Frage für nicht zweifelhaft, weil der Gläubiger von dem Bürgen mehr nicht, als wozu der Hauptschuldner verurtheilt worden, fordern könne, und er folglich, wenn er ein ihm weniger, als die Schuld beträgt, zusprechendes Urtel rechtskräftig werden lasse, hierdurch den Mehrbetrag gegen Schuldner und Bürgen aufgebe, wenn aber das erste oder zweite Urtel die Forderung des Gläubigers nach ihrem rechtmäßigen Betrage feststellt, eine Beschwerde darüber nicht von Seiten des Gläubigers [1]), sondern bloß von Seiten des Schuldners denkbar sei. (Komm. Bd. 3. S. 467.)

4) Koch bemerkt, daß die Frage nicht aufgeworfen werden könne. Gewinne der Gläubiger den Prozeß, so habe er kein Recht zu appelliren; werde ihm dagegen die Forderung abgesprochen, so habe der Bürge keinen Grund zur Beschwerde, da er nichts schuldig sei, wenn die Hauptschuld nicht mehr besteht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 10. zum §. 283. h. t.)

§. 285. 1) Koch bemerkt, daß der Satz des §. 285. mit den alten Exekutionsgraden (§. 141. A. G. O. I. 24.) zusammenhänge, und daß, da nach heutigem Rechte die Subhastation sofort verlangt werden könne, durch die fruchtlos vollstreckte Mobiliar-Exekution das Zahlungsunvermögen zwar noch nicht nachgewiesen sei, nach §. 290. h. t. aber der Gläubiger nicht über drei Monate zu warten brauche und keine Subhastation in dieser Zeit beendigt werden könne, dies Gesetz noch jetzt gelte. (Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 285. h. t.)

2) Der Bürge, welcher sich in einem, den Exekutivprozeß begründenden Schuldinstrumente verpflichtet hat, muß, wenn der Hauptschuldner auf Grund desselben in executivo rechtskräftig verurtheilt und gegen denselben ohne Erfolg Exekution gesucht ist, Zahlung leisten, und kann sich mit dem Einwande, daß in ordinario gegen den Gläubiger auf Aufhebung des Exekutivurtels Klage erhoben sei, nicht schützen [2]).

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1834. (Präj. Nr. 63.) (Präj. Samml. S. 84.)

§. 287. Das R. v. 18. Juli 1840 nimmt an, daß dem Gläubiger zugemuthet werden dürfe, sich an Forderungen, welche der Richter etwa noch für ein Exekutionsobjekt zur Abwendung des Personalarrestes erachten möchte, zu halten (d. h. sie auszuklagen).

(J. M. Bl. 1840 S. 258.)

Koch hält dies für unrichtig; der Gläubiger habe nicht mehr zu thun, als §. 287. ihm auflegt; er brauche sich also die Einziehung der Forderungen in keiner Art angelegen sein lassen, oder sich an dieselben zu halten.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 859, Landr. Bd. 2. Anm. 15. zum §. 287. h. t.)

§§. 292. 293. 297. Ein Bürge, der sich als Selbstschuldner verpflichtet, oder dem Einwande, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, gehörig entsagt hat, kann dem Gläubiger, wenn dieser ihn vor dem Hauptschuldner in Anspruch nimmt, nicht entgegensetzen, daß der Gläubiger sich zunächst an das ihm vom Hauptschuldner bestellte Unterpfand halten müsse. Das Recht des Bürgen, den Gläubiger an das Pfand zu verweisen, entspringt gesetzlich nur aus dem einem Bürgen zustehenden beneficio ordinis oder executionis.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1848. (Präj. Nr. 2091. a.)

(Präj. Samml. S. 227, Entsch. Bd. 18. S. 226.)

§. 296. Wann ist eine Wechselexekution für fruchtlos vollstreckt zu erachten.

Bornemann (System Bd. 3. S. 490, 2. Ausg. Bd. 3. S. 284) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 470) nehmen dies an, sobald der Schuldner zum Wechselarrest gebracht, also mit anderen Worten, sobald die Wechselexekution fruchtlos versucht worden.

Koch ist derselben Ansicht und nimmt die Fruchtlosigkeit der Exekution auch dann an, wenn die Mobiliarexekution vorgezogen und kein abpfändbarer Gegenstand vorgefunden worden.

(Landr. Bd. 2. Anm. 23. zum §. 296. h. t.)

§§. 297—309. Fälle, wenn sich der Gläubiger sofort an den Bürgen halten kann.

§. 297. 1) Wenn nach dem Inhalte eines Bürgschaftsvertrags anzunehmen ist, daß dem Gläubiger eingeräumt worden, sich mit Uebergehung des Hauptschuldners sofort an den Bürgen halten zu

---

[1]) Muß heißen: »Bürgen.«

[2]) Dies Präj. kann nur noch analoge Anwendung finden auf die im Mandatsprozesse ergangenenen exekutorischen Mandate oder Urtel.

können, so ist diese Verabredung von Wirkung, ungeachtet die Ausdrücke »verpflichtet sich als Selbstschuldner« nicht gebraucht worden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1851. (Präj. Nr. 2308.)

Die Gründe sind zunächst aus der betr. Meinung des gemeinen Rechts entnommen, welche das A. L. R. im §. 297. adoptirt und nach welcher es nicht die Absicht sein konnte, durch das Wort »ausdrücklich« gerade den Gebrauch des Wortes Selbstschuldner zu erfordern. Nach der Theorie des A. L. R. sei dies um so klarer, da der Grund, welchen die betreff. Rechtslehrer des gemeinen Rechts für sich anführten, hier eigentlich gar nicht zutreffe. Denn daß der Bürge nur subsidiarisch, debitore principali excusso, haftet, erscheine im System des A. L. R. nicht als ein nachträglich gegen den ursprünglichen Begriff des Geschäfts ertheiltes Benefizium, sondern als ein naturale des erstern selbst. Der Bürge hafte für den Hauptschuldner, soweit dieser seiner Verbindlichkeit gegen den Berechtigten kein Genüge leistet (§. 257. a. a. O.) und der Gläubiger müsse durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner nachweisen, daß Letzteres nicht geschehen ist, ehe er sich an den Bürgen halten kann (§. 289. das.). Werde von dieser gesetzlich geltenden, aber doch der vertragsrechtlichen Abänderung der Kontrahenten unterliegenden Regel das Gegentheil vereinbart, so sei nicht abzusehen, warum eine solche Vereinbarung keine Gültigkeit haben solle, möge sie ausgedrückt sein, wie sie wolle. Insbesondere werde es bei dem häufig obwaltenden Zweifel, ob Expromission oder nur Bürgschaft vorliege (§. 401. I. 14.) sehr oft vorkommen, daß die prinzipale Haftbarkeit des Intercedenten unzweideutig vorliege, sehr selten aber werde der Ausdruck: »verbürgt sich als Selbstschuldner«, sich finden, da, wenn das Wort »bürgen« gebraucht worden, jener Zweifel gar nicht Platz greifen könne. Ob nun die gebrauchten Ausdrücke: z. B. »übernehme ich den u. s. w. für den S. die obige Summe u. s. w. und verpflichte mich, diesen Betrag dem Eigenthümer R. zu J. bis zum 1. Okt. d. J. zu berichtigen, eine prinzipale Haftbarkeit in sich schließen, sei Sache der Auslegung. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 26, Entsch. Bd. 21. S. 196.)

In einer früheren Entscheidung v. 18. April 1840 hat das Ob. Trib. dagegen angenommen, daß die erste Alternative des §. 297. eine ausdrückliche Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen, erfordere, und nicht jeder Ausdruck genüge, der es unzweifelhaft mache, daß der Bürge sofort als Schuldner haften wolle, — weil es überall unzuläßig sei, den Mangel einer Erklärung durch Folgerungen da zu ergänzen, wo sie ausdrücklich geschehen sein muß, wenn eine daran geknüpfte, dem Erklärenden nachtheilige Wirkung eintreten soll. (Centralbl. 1840 S. 1203.)

Koch hält den neueren Grundsatz des Ob. Trib. für richtig, jedoch nur in dem Falle, wenn die gebrauchten Worte keinen Zweifel darüber lassen, daß die Absicht der Kontrahenten gerade dahin gegangen sei, eine prinzipale Haftbarkeit des Bürgen festzustellen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 24. zum §. 297. h. t. und Anm. 37. zum §. 215. h. t.)

2) Ueber die Entlassung des Bürgen für eine Wechselschuld durch die dem Wechselschuldner ertheilte Zahlungsfrist vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Okt. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 311.)

§. 298. Vergl. über die Nichtanwendbarkeit des §. 298.: a) bei Regreßansprüchen gegen Beamte das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1381. v. 27. Nov. 1843 in den Erg. zum A. L. R. II. 10. §. 91.; b) bei Klagen außerehelich Geschwängerter gegen den subsidiarisch verpflichteten Vater des angeblichen Schwängerers auf Alimentirung des unehelichen Kindes den Pl. Beschl. des Ob. Trib. Nr. 2192. v. 8. April 1850 (Entsch. Bd. 19. S. 39); c) bei der Pfandhingabe durch einen Dritten das Erk. des Ob. Trib. v. 20. Dec. 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 248 Nr. 123.)

§. 300. 1) Das Gehaltsabzugsverfahren für sich allein begründet die Bürgschaftsklage mit Uebergehung des Hauptschuldners noch nicht; vielmehr muß durch vergeblich versuchte Exekution festgestellt sein, daß der Schuldner außer seinen Gehaltsabzügen kein Befriedigungsmittel habe; und dann muß erhellen, daß aus diesem einzigen Forderungsrechte der Gläubiger innerhalb dreier Monate (§. 287.) nicht befriedigt werden könne.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1846.

(J. W. 1847 S. 216.)

Bornemann nimmt gleichfalls an, daß der Gläubiger im Falle eines Gehalts- oder ähnlichen Abzugsverfahrens gegen den Schuldner nur unter der Voraussetzung berechtigt sei, die sofortige Befriedigung von dem Bürgen zu verlangen, daß die Insolvenz des Schuldners zuvörderst anderweitig nachgewiesen werde. Dagegen habe der Gläubiger nicht die Pflicht, für seine Forderung und das eventuelle Recht des Bürgen die Immission in die Gehaltsabzüge nachzusuchen.

(System Bd. 3. S. 495, 2. Ausg. Bd. 3. S. 287—288.)

2) Ist, im Falle der Schuldner gestorben und der erbschaftliche Liquidationsprozeß über seinen Nachlaß eröffnet worden, der §. 300. analog anwendbar?

Bejahet von den Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 43) und Bornemann (System Bd. 3. S. 495, 2. Ausg. Bd. 3. S. 287).

Verneint von Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 473) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 300. h. t.), da das erbschaftl. Liquidationsverfahren nur als eine Rechtsvergünstigung des Schuldners gestattet sei, aber noch nicht dessen Unvermögenheit beweise. Koch nimmt indeß an, daß diese Rechtsvergünstigung einen faktischen Indult enthalte, und deshalb der §. 299. anwendbar sei.

§. 304. Gilt der Grundsatz des §. 304. auch für den selbstschuldnerischen Bürgen?

Die Praxis hat hierüber geschwankt:

a) In dem Erk. v. 13. Febr. 1810 hat das Ob. Trib. ausgesprochen, daß wer sich bei einer Bürgschaft als Selbstschuldner verpflichtet, dadurch dem Einwande entsagt, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, und daß seinem Gläubiger, zur Erhaltung seines Rechtes gegen ihn, nicht die Verbindlichkeiten obliegen, welche die Gesetze einem Gläubiger bei einer gewöhnlichen Bürgschaft auferlegen. Es gereiche ihm daher auch die unterbliebene Anmeldung im Konkurse nicht zum Nachtheile, womit der §. 393. h. t. übereinstimme.

(Simon's R. Bd. 1. S. 178.)

b) Dem widerspricht das spätere Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Dec. 1839 (Präj. Nr. 783.), welches ausspricht, daß auch dann, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, der Gläubiger, welcher während der Bürgschaft der ihm noch außer derselben von dem Hauptschuldner bestellten Hypothek ohne Genehmigung des Bürgen sich begiebt, seines Rechtes an den Letzteren verlustig wird.

Diese Entscheidung nimmt nämlich an, daß der selbstschuldnerische Bürge das beneficium cedendarum actionum habe, und daß daher der §. 332. zur Anwendung komme.

(Präj. Samml. S. 84, Entsch. Bd. 5. S. 336.)

c) In einer Entscheidung des Ob. Trib. v. 13. Mai 1843 ist wieder das Gegentheil angenommen. Der Gläubiger hatte das für die Hauptschuld eingesetzte Unterpfand an der Sache eines Dritten, der die verpfändete Sache mit der Schuld von dem Hauptschuldner übernommen hatte, aufgegeben, und nahm darauf den Hauptschuldner in Anspruch. Dieser machte den Einwand aus §. 332., welchen das Ob. Trib. verwarf, weil es einen solchen Einwand für den Korrealschuldner nicht gebe, indem der Gläubiger eben das Recht habe, sich zu halten, an welchen Korrealschuldner er wolle.

(Entsch. Bd. 9. S. 260 u. 264.)

d) In der Entsch. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Nov. 1848[1]) (Präj. Nr. 2091. b.) wird ausgeführt, daß das beneficium cedendarum actionum jedem Bürgen, auch demjenigen, der sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, zukomme.

(Entsch. Bd. 18. S. 231.)

Koch zeigt, daß nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes das sogen. beneficium ced. act. auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zustehe, und führt aus, daß dies auch für das A. L. R. anzuerkennen sei. Damit sei zwar noch nicht entschieden, in wiefern der Belangte sich der Zahlungsleistung entziehen könne, wenn der Gläubiger seine Rechte gegen die übrigen Mitschuldner oder Mitbürgen nicht mehr

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 330—332 h. t.

ungeschmälert zu übertragen vermag. Wenn dies indeß seinen Grund in der Arglist des Gläubigers habe, könne ihm die exc. doli entgegengestellt werden; sonst aber, und wenn nicht der Gläubiger durch ein bestimmtes Vertragsverhältniß zur Erhaltung und Uebertragung jener Rechte verpflichtet ist, gebe der fragliche Umstand dem Belangten in der Regel kein Schutzmittel. Denn aus der selbstschuldnerischen Intercession folge das fragliche Recht des Intercedenten gegen den Gläubiger gar nicht, und als eine unter den Gesichtspunkt der außer dem Falle eines Kontrakts zugefügten Beschädigung sei die Verfügung oder Versäumung des Gläubigers in Beziehung auf sein eigenes Recht nicht zu stellen. Ausnahmen müßte durch das Gesetz gemacht sein. Eine solche Ausnahme enthalte der §. 304. und der §. 332, so wie der §. 368. und §. 262. (Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 304. h. t.)

Bornemann will gleichfalls die §§. 301—305 auch auf denjenigen Bürgen angewendet wissen, welcher dem Einwande, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, entsagt, oder sich als Selbstschuldner verpflichtet hat. Denn der Bürge sei, ungeachtet seiner Verzichtleistung auf das beneficium excussionis, immer nur akcessorisch verpflichtet und unterscheide sich hierdurch von dem Expromittenten, daher die allgemeinen Grundsätze auf ihn anzuwenden; insbesondere sei auch hier der Gläubiger zur Abtretung aller seiner Rechte an den zahlenden Bürgen verpflichtet und Letzterer könne daher die Zahlung verweigern, wenn Ersterer durch sein Verschulden den Eintritt in diese Rechte unmöglich gemacht, z. B. in dem Konkurse des Hauptschuldners seine Forderung und das eventuelle Recht des Bürgen nicht angezeigt hat.
(System Bd. 3. S. 492, 2. Ausg. Bd. 3. S. 286.)

§§. 310—315. Welcher Einwendungen der Bürge sich gegen den Gläubiger bedienen könne.

§§. 311—315. 1) Koch führt aus, daß der Bürge, wenn er in Folge der auf Grund des §. 311. veranlaßten Vorladung dem Beklagten beisteht, doch nicht als Mitbeklagter verurtheilt werden könne, und daß die Vorschrift des §. 23. A. G. O. I. 17. auf diesen Fall nicht anwendbar sei; denn die Bürgschaftsklage sei keine Regreßklage im eigentlichen Rechtssinne und hänge in ihrer Begründung, wie in ihrer Entkräftung, von künftigen und ungewissen Ereignissen ab.
(Landr. Bd. 2. Anm. 33. zum §. 311. h. t.)

Das Justizmin. hat dagegen in dem R. v. 22. Juli 1825 [1] (Jahrb. Bd. 26. S. 211, Gräff Bd. 2. S. 145) den §. 23. A. G. O. I. 17. auch auf den Fall der Bürgschaft bezogen.

Dies erklärt Koch (a. a. O.) für einen juristischen Mißgriff.

2) Kann gegen den Bürgen, dem bei der Klage gegen den Hauptschuldner lis denunzirt worden, das gegen diesen erlassene Erkenntniß zur Vollstreckung gebracht werden?

Es verneint das O. L. G. zu Arnsberg per sent. v. 2. Dec. 1848 auf Grund des §. 311. h. t., so wie der A. G. O. I. 17. §§. 3. 33.

Sommer, der das Erkenntniß mittheilt, fügt den §. 312. h. t. hinzu, nach welchem erst eine Klage gegen den Bürgen anzustellen ist.
(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 137—141.)

§§. 316—327. Befreiung des Bürgen von seiner Verbindlichkeit.

Ueber die Unklarheit und Lückenhaftigkeit dieser Bestimmungen vergl. den Aufs. im Centralbl. 1840 S. 965 ff.

§. 316. Die Einrede des Bürgen, daß seiner Aufforderung ungeachtet der Gläubiger zur Verfallzeit gegen den Schuldner nicht geklagt habe, ist nur dann von rechtlicher Wirkung, wenn der Bürge das »Anhalten« bis zur Anstellung der Klage gegen den Gläubiger fortgesetzt hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1847. (Präj. Nr. 1823.)

Das A. L. R. unterscheidet in den §§. 316—327. h. t. folgende Fälle:
a) wenn sowohl die Hauptverpflichtung als die Bürgschaft auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt ist (§§. 320., 321.),
b) wenn die Bürgschaft für eine fortdauernde Hauptverbindlichkeit sich auf einen gewissen Zeitraum beschränkt (§§. 322., 324.), und
c) wenn zwar die Hauptverpflichtung zu einer bestimmten Zeit fällig, für die Bürgschaft aber keine Dauer festgesetzt ist (§§. 316., 317),
und es ist auch nicht zweifelhaft, daß der zuletzt erwähnte Fall gerade hier zur Sprache kommt. Dessenungeachtet kann man nicht annehmen, daß die Begriffe »Anhalten« und »Auffordern« einerlei Bedeutung haben. Schon nach dem gewöhnlichen Wortverstande ist dies nicht der Fall. Anhalten ist mehr als Auffordern. Das Anhalten setzt einen Zwang voraus, der der Natur der Sache nach nur im Wege des Prozesses geltend gemacht werden kann. So lange überdies der Gläubiger nicht befriedigt und die Bürgschaft erloschen ist, besteht solche. Sie kann durch den bloßen Willen des Bürgen nicht aufhören. Er hat die Bürgschaft für einen unbestimmten Zeitraum übernommen; seine alleinige Erklärung kann seine, ohne Einschränkung eingegangene Verbindlichkeit nicht in eine andere beschränkte verwandeln. Wäre der Gesetzgeber von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, so hätte er zugleich bestimmen müssen, binnen welcher Zeit nach erfolgter Aufforderung die Klage von dem Berechtigten gegen den Hauptverpflichteten zur Vermeidung von Nachtheilen in Bezug auf den Regreß gegen den Bürgen angestellt werden solle. Eine solche Frist ist aber nicht bestimmt, und um so weniger kann man voraussetzen, daß dies nur übersehen sei, als in dem anderen Falle, wenn die Dauer der Bürgschaft auf einen gewissen Zeitraum beschränkt ist, ausdrücklich verordnet wird, daß der Gläubiger seinen Anspruch an den Bürgen verliere, wenn er nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf der Zeit den Hauptschuldner belange. §. 320. l. c.
(Präj. Samml. S. 84, Entsch. Bd. 14. S. 257.)

Gegen die Richtigkeit dieses Präj. vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 37. zum §. 316. h. t.

§§. 316. u. 317. Dem als Selbstschuldner haftenden Bürgen steht nicht die Befugniß zu, nach Ablauf des Zahlungstermins den Gläubiger dahin anzuhalten, daß er die Schuld gegen den Hauptschuldner einklage, oder ihn der ferneren Bürgschaft entlasse.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1852. (Präj. Nr. 2398.)

Die Vorschrift des §. 316. steht mit dem dem Bürgen der Regel nach zustehenden Rechte, von dem Gläubiger zu verlangen, daß derselbe, bevor er ihn aus der Bürgschaft in Anspruch nehme, den Hauptschuldner, nach eingetretener Fälligkeit der Schuld, auf deren Bezahlung belange, im Zusammenhange. Die darin dem Bürgen beigelegte Befugniß dient demselben zum Schutze des beneficii excussionis oder ordinis. Der Gläubiger, der den Bürgen vor der Ausklagung des Hauptschuldners nicht angreifen kann, soll, damit dem Bürgen die gedachte Rechtswohlthat unverkürzt erhalten bleibe, nicht das Mittel haben, durch Zögerung in der Einklagung der fällig gewordenen Schuld gegen den Hauptschuldner, die Lage des Bürgen zu verschlimmern, dem Letzteren dadurch jenes beneficium zu schmälern, und denselben indirekt zu zwingen, den Gläubiger zu befriedigen, dann aber seinerseits auf den Hauptschuldner zurückzugehen. Kann der Bürge, in sofern er der gedachten Rechtswohlthat entsagt, oder sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, den Gläubiger nicht nöthigen, zuvor den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, so fällt der Grund des im §. 316. dem Bürgen beigelegten Sicherungsrechts weg. Es steht in der Willkühr des Gläubigers, den Hauptschuldner oder den als Selbstschuldner haftenden Bürgen zuerst zu verklagen. Zögert er mit der Klage nach eingetretener Verfallzeit, so muß der Bürge entweder den Gläubiger befriedigen, oder er muß, wenn er Einwendungen gegen seine Verpflichtung, entweder aus der Stellung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger, oder aus seinem besonderen rechtlichen Verhältnisse der Bürgschaft gegen den Letzteren zu machen hat, deren Verlust er bei längerer Zögerung des Gläubigers in der Einklagung der Schuld gegen ihn fürchtet, gegen den Letzteren mit der ihm selbst zustehenden Klage gegen den Gläubiger auftreten. Dagegen fällt für einen solchen Bürgen das noch weiter sich erstreckende Recht, den Gläubiger zur Anstellung der Klage gegen den Hauptschuldner zu zwingen, mit dem benef. exc. zugleich weg. Nur die Klage gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft ist in einem solchen Falle dem Bürgen gestattet. (§§. 283., 297., 307., 310. bis 312., 316., 317. 356. ff. h. t., A. G. O. I. 32. §. 1. Nr. II. und §§. 34. ff.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 26, Entsch. Bd. 24. S. 63, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 291 Nr. 69.)

§. 320. Der §. 320. ist nicht bloß auf Bürgschaften für Darlehne, sondern allgemein auf solche zu beziehen, welche für Leistungen übernommen worden sind, die an einem bestimmten Tage fällig sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. April 1853.

Dies folgt aus dem Gegensatze des §. 320. zu den §§. 316. u. 322. und aus dem Bedürfnisse einer allgemeineren Bestimmung, so wie aus dem Mangel eines Grundes, gerade für Darlehnsverhältnisse etwas Besonderes vorzuschreiben,

[1] Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 17. §. 23.

endlich aus der allgemeinen Deutung, welche dem §. 320. unzweifelhaft im §. 56. A. L. R. I. 20. gegeben worden. Denn daß das Allegat im §. 56. a. a. O. den §. 320. und nicht den §. 316. h. t. in Bezug nimmt, ergiebt sich aus dem Druckfehler-Verzeichniß in den Jahrb. Bd. 50. S. 469.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 374 Nr. 79.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 39. zum §. 320. h. t.)

Desgl. Grävell (Kreditges. Bd. 4. S. 46) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 479).

§§. 320. u. 321. Diese §§. gelten selbst dann, wenn der Gläubiger durch einen inzwischen eingetretenen Indult verhindert wird, gegen den Hauptverpflichteten zu klagen. Denn da Vertrag Grund der Befreiung des Bürgen ist, so kann darauf, daß der Gläubiger sich seines Rechts nicht hat bedienen können, nichts ankommen. Spätere Veränderungen der Sachlage sind Unglücksfälle, welche den Gläubiger treffen.

(Erk. des Ob. App. Sen. des K. Ger. v. 19. Sept. 1812, Jahrb. Bd. 1. S. 141, 142.)

§§. 328—333. Wie weit Verhandlungen zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner dem Bürgen schaden oder zu statten kommen.

§. 328. 1) Bei subsidiarischen Obligationen gilt, ohne Unterschied des Entstehungsgrundes, der Grundsatz, daß die Nachlässigkeit des Gläubigers in der Beitreibung der Forderung von dem Hauptschuldner die subsidiarische Verbindlichkeit gänzlich aufhebt. Abhandlung von Koch. (J. W. 1836 S. 317—327 u. 333—339.)

2) Der Bürge, welcher dem Anspruche des Gläubigers den Einwand des Versehens bei Verfolgung der Exekution entgegensetzt, muß außer dem Versehen auch den daraus entstandenen Schaden beweisen und es genügt nicht der Beweis des dem Gläubiger zur Last fallenden Versehens in der Art, daß dem Letzteren dadurch der Beweis der Unschädlichkeit des Versehens aufgebürdet würde.

Erkannt von dem O. L. G. zu Breslau unterm 9. April 1836.

(J. W. 1837 S. 616.)

3) Die Aussetzung einer zeitigen Hülfsvollstreckung ist nur alsdann als ein grobes, nach §. 328. A. L. R. I. 14. den Rückgriff gegen den Bürgen ausschließendes Versehen zu betrachten, wenn die Zeit seit der ausgewirkten Verurtheilung von dem Hauptschuldner zur Verschlimmerung seines Vermögens benutzt werden konnte und dazu benutzt worden ist. Selbst diese Folge der Aussetzung der Exekution steht aber dem Anspruche des Gläubigers gegen den Bürgen alsdann nicht entgegen, wenn der Letztere diese Aussetzung von dem Gläubiger verlangt hatte.

Erkannt vom Ob. Trib. im Jahre 1843.

(J. W. 1846 S. 92 ff. 101 ff.)

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 47. zum §. 328. h. t.)

§§. 328. 284—292. Der für eine Privatforderung eingetretene Bürge kann dem Gläubiger ein vertretbares Versehen bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner nur bis zu dem Punkte imputiren, bis zu welchem dem Gläubiger, gegenüber dem Bürgen, nach den §§. 284—292. h. t. die positive Verpflichtung obliegt, die Exekution gegen den Hauptschuldner zu verfolgen. Durch versäumte Umschreibung der im Exekutionswege auf die Grundstücke des Hauptschuldners protestativisch eingetragenen Personalforderung in eine wirkliche Hypothek verliert deshalb der Gläubiger seinen Rückgriff an den Bürgen nicht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Mai 1851. (Präj Nr. 2293.)

Die aus vernachläßigter Diligenz entstehenden Folgen können nicht weiter vertreten werden, als die Verpflichtung zur Diligenz überhaupt recht. Die Grenzen dieser Verpflichtung werden durch das jedesmalige konkrete Rechtsverhältniß bestimmt; der Ausdehnung der Haftbarkeit über die so gezogenen Grenzen hinaus fehlt es an einem Rechtsgrunde. Nach §. 328. folgt hieraus für das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen, daß dem Gläubiger bei der exekutivischen Verfolgung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner ein vertretbares Versehen nur bis zu dem Punkte imputirt werden kann, bis zu welchem er dem Bürgen gegenüber die Exekution gegen den Hauptschuldner überhaupt zu verfolgen verpflichtet ist. Nach §. 289. bildet somit die Nachsuchung der Sequestration oder Immission die Grenze, bis zu welcher die Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz reicht, und innerhalb deren er sich durch ein grobes Versehen dem Bürgen gegenüber verantwortlich macht. Ist er in der Verfolgung der Exekution bis zu dieser Grenze gelangt, und hat er sich bis zu derselben eines vertretbaren Versehens nicht schuldig gemacht, so ist sein Recht, sich an den Bürgen zu halten, existent und verfolgbar gemacht; was er über diese Grenze hinaus gegen den Hauptschuldner noch vorgenommen hat, kommt bei dem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen obwaltenden Verhältnisse nicht mehr in Betracht. Anders, wenn von Haus aus eine Realforderung vorläge; für eine solche haben die §§. 292. ff. eine weitere Grenze gezogen. Die Exek. O. v. 4. März 1834 hat keine Aenderung der landrechtlichen Bestimmungen in dieser Beziehung herbeigeführt, denn der darin dem Judikat beigelegte Pfandtitel macht die Forderung selbst nicht zu einer von Haus aus realen; nur von einer solchen aber ist der §. 292. in seiner Gegensätzlichkeit zum §. 284. zu verstehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 27, Entsch. Bd. 21. S. 40.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 328. h. t.)

§§. 330—332. 1) Die dem Gläubiger bei der Bürgschaft in der freien Verfügung über das Unterpfand des Hauptschuldners durch das Gesetz, zum Schutze des Bürgen, in soweit auferlegte Beschränkung: »daß der Gläubiger während der Bürgschaft der ihm noch außer derselben von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheit, ohne Genehmigung des Bürgen, bei Verlust des Rechts an denselben, sich nicht begeben darf«, hängt mit dem Rechte zusammen, so weit er den Gläubiger befriedigt hat, von diesem die Abtretung aller Rechte des Letzteren gegen den Hauptschuldner verlangen zu durfen — dem beneficio cedendarum actionum — und giebt namentlich einem solchen Bürgen, der als Selbstschuldner eingetreten ist, nicht das Recht, den Gläubiger zunächst an das Pfand zu verweisen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1848. (Präj. Nr. 2091. b.) (Präj. Samml. S. 227, Entsch. Bd. 18. S. 226.)

2) Ueber die Anwendbarkeit dieser §§. auf die selbstschuldnerische Bürgschaft vergl. die Erg. zum §. 304. h. t.

§. 331. Die Gesetzrevisoren bemerken hierzu:

Bei wörtlicher Auslegung des §. 331. widerspricht er dem §. 390. h. t. Die geschichtliche Entstehung giebt kein Licht, allein der Zusammenhang des §. 331. mit der vorhergehenden Gesetzesstelle macht ihn klar. Der Bürge übernimmt die Verpflichtung mit Rücksicht auf die bereits vorhandene Sicherheit. So wenig nun durch neue Verträge zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erschwert werden kann, so wenig kann seine Lage dadurch verschlimmert werden, daß der Gläubiger die bereits vorhandene Sicherheit aufgiebt. Sollte aber nach bestellter Bürgschaft eine neue Bürgschaft für dieselbe Verbindlichkeit geleistet sein, so ist letztere ein Vertrag, der den ersten Bürgen als einen Dritten nichts angeht, der mithin auch ohne seine Zuziehung wieder aufgehoben werden kann. Die unrichtige Fassung des §. 331. ist Schuld; statt der Worte: »der ihm noch außer selbiger bestellten Sicherheit« müßte es heißen: »der anderweitigen Sicherheit, welche bereits bestellt war, als die Bürgschaft geleistet wurde.« Es bezieht sich demgemäß der §. 390. nur auf mehrere Mitbürgen, welche als Korrealverpflichtete dastehen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 46.)

Bornemann (System Bd. 3. S. 502, 503, 2. Ausg. Bd. 3. S. 291) stimmt hiermit überein.

§§. 338—342. Rechte zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner.

§§. 338. 339. Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß die Cession des Gläubigers dem zahlenden Bürgen diejenigen Ansprüche nicht übertragen kann, welche auf der nach eingegangener Bürgschaft durch einen Dritten bestellten Sicherheit beruhen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 48.)

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 54. zum §. 338. h. t.)

§§. 338. sqq. **372.** sqq. Der Bürge, welcher nach erfolgter Verurtheilung an den Gläubiger Zahlung leistet, erwirbt dadurch den Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner, ohne daß dieser sich auf die inzwischen von ihm selbst bewirkte Tilgung der Schuld berufen oder von dem Bürgen, zur Begründung der Ersatzpflicht, den bestimmten Nachweis einer durch dessen Zahlung herbeigeführten Befreiung verlangen kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Okt. 1853.

Zwar kann von einer Anwendung der §§. 338. sqq. nur die Rede sein, wenn der Bürge den Hauptschuldner wirklich von einer Verbindlichkeit befreit hat. Allein dieser Rechtsgrund — die erfolgte Befreiung des Hauptschuldners — ist nicht der allein für einen Regreß der vorliegenden Art denkbare. Der Schuldner, welcher eine Bürgschaft nachsucht und annimmt, tritt zu dem Bür-

gen in ein Mandatsverhältniß, er beauftragt und ermächtigt den Bürgen, für ihn eintretenden Falls Zahlung zu leisten. Deshalb wird auch gemeinrechtlich der Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner als mit der actio mandati verfolgbar bezeichnet. (Göschen III. 520., Glück XIII. 179.) Die Grundsätze von nothwendigen Cessionen (§. 413. A. L. R. I. 11.) sind daher hier nicht anwendbar. Wenn der Bürge rechtskräftig verurtheilt ist, aus der Bürgschaft Zahlung zu leisten, so beruhen die dem Gläubiger geleisteten Zahlungen auf einer vom Gläubiger im Wege der Exekution erzwingbaren Verpflichtung des Bürgen, wozu er nicht erst der Einwilligung des Hauptschuldners nach §. 342. h. t. bedarf. Hat ihm der Gläubiger Nachsicht gewährt, so ist das für den Hauptschuldner bedeutungslos. Dieser muß die vom Bürgen nach dessen Verurtheilung für ihn geleisteten Zahlungen zur Begründung des Regresses gelten lassen.

(Entsch. Bd. 26. S. 283, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 207 Nr. 47.)

Koch ist gleicher Ansicht und bemerkt:

Der Hauptschuldner hat in diesem Falle nur die actio doli. Die Regreßklage ist hier selbstverständlich nicht die actio utilis aus dem getilgten Rechtsverhältniß (wenn es vorher von dem Hauptschuldner wirklich getilgt war), also ist sie nicht eine Klage auf Grund einer nothwendigen Cession; sondern sie ist die aus der Bürgschaft unmittelbar für den Bürgen entspringende Beauftragungsklage. (Landr. Bd. 2. Anm. 62. zum §. 346. h. t.)

§§. 338. 349. 351. sqq. Der Hauptschuldner kann der Regreßklage des Bürgen, welcher ohne des Ersteren Zuziehung dem Gläubiger Zahlung geleistet hat, die Einrede der Verjährung der Hauptschuld nur in soweit entgegensetzen, als dieselbe zur Zeit deren Zahlung durch den Bürgen bereits vollendet war. Die Verjährung dieser Regreßklage läuft erst von dem Tage der von dem Bürgen geleisteten Zahlung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 208 Nr. 47.)

§. 359. Der §. 359. bezieht sich nicht bloß auf solche fortwährende Verbindlichkeiten, deren der §. 322. h. t. erwähnt, sondern auf alle diejenigen, welche nicht an eine bestimmte Zeitbestimmung geknüpft sind, oder nach den im §. 318. getroffenen näheren Bestimmungen auf alle diejenigen, welche entweder erst nach vorheriger Aufkündigung zahlbar, oder sonst an keinem gewissen Termine fällig sind. Denn von dem Verhältniß des Bürgen zum Schuldner rücksichtlich der Frage, wann Ersterer von seiner Verbindlichkeit frei werde, ist erst in den §§. 356. ff. h. t. die Rede, und auch hier bloß in soweit, als die Bürgschaft ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit geleistet worden, weil der entgegengesetzte Fall schon durch die Bestimmungen über das Verhältniß des Bürgen zum Gläubiger in den §§. 320. ff. seine Erledigung findet. Wollte man nun den §. 359. nach §. 322. beschränken, so würde es für die auf Kündigung zahlbaren Forderungen an einer Vorschrift fehlen. Diese Erklärung stimmt auch mit dem Wortsinne.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 24. Juli 1839. (Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 324.)

§§. 359. 360. 362. 318. 322. Die Vorschrift der §§. 359. u. 360., wonach »derjenige, welcher für fortwährende Verbindlichkeiten ohne Zeitbestimmung und ohne Vergeltung Bürgschaft geleistet, dieselbe nach Ablauf eines Jahres kündigen und dadurch den Hauptschuldner verpflichten kann, den Bürgen vor Ablauf des zweiten Jahres von der Bürgschaft zu befreien«, findet mit den im §. 360. enthaltenen Beschränkungen auch auf Bürgschaften Anwendung, welche für die, erst nach vorhergegangener Aufkündigung zahlbaren Darlehne ohne Zeitbestimmung und Vergeltung geleistet worden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Sept. 1850. (Präj. Nr. 2272.)

Verbindlichkeiten von unbedingter Fortdauer giebt es nicht; selbst die Amtspflicht, welcher der §. 322. h. t. beispielsweise als eine fortwährende erwähnt, ist nicht selten von kürzerer Dauer, als die durch Darlehn begründete Verbindlichkeit, und selbst in diesem §. werden die fortwährenden denjenigen Verbindlichkeiten gleich gestellt, deren Erfüllung sonst an keinen gewissen Tag gebunden ist. Nach dem inneren Zusammenhange der betreffenden Gesetzstellen sind den im §. 359. h. t. erwähnten »fortwährenden Verbindlichkeiten« diejenigen gleich zu stellen, deren Erfüllung nicht an eine gewisse Zeitbestimmung gebunden (§. 322.), oder alle diejenigen, welche erst nach vorhergegangener Aufkündigung zahlbar, oder sonst an keinem gewissen und bestimmten Termine fällig sind (§. 318.) Eine Beschränkung des §. 359. würde eine auffallende Lücke in der Gesetzgebung gerade in Ansehung der Fälle darbieten, welche ihrer Mehrzahl wegen vorzugsweise der gesetzlichen Regelung bedürfen. Die Stellung, welche der §. 359. gegen die vorhergehenden §§. 356—358. einnimmt, dient obiger Ausführung zur Bestätigung. Denn die letztgenannten §§. bedingen die Pflicht des Schuldners, den Bürgen von der Bürgschaft zu befreien, in den Fällen, in welchen die Forderungen zu einer bestimmten Zeit fällig sind. Die nothwendigen Korrelate dieser Kategorie von Forderungen bilden diejenigen Verbindlichkeiten, welche so lange fortdauern, bis sie durch ein zukünftiges, sowohl der Zeit als der Existenz nach ungewisses Ereigniß aufgehoben werden. Diese Korrelate umfaßt, in nothwendiger Ergänzung des Rechtssystems, der §. 359., indem er die Bestimmungen für die fortwährenden Verbindlichkeiten enthält, worunter eine absolute Fortdauer nicht verstanden werden kann. Daher stimmt auch obige Auslegung mit demjenigen Sinne überein, welcher nach der Natur dieser Verbindlichkeiten den Worten des Gesetzes beizulegen ist. Der Widerspruch des §. 318. gegen obige Ausführung ist nur scheinbar. Nach ihm soll die Verbindlichkeit des Bürgen so lange dauern, als das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Dieser §. gehört aber zu denjenigen Bestimmungen, welche sich auf die Verbindlichkeit des Bürgen gegen den Gläubiger beziehen. Diese Vorschrift wird durch vorstehende Ausführung gar nicht berührt. (§. 362. a. a. O.) Hier handelt es sich darum, ob dem Bürgen gegen den Hauptschuldner das Recht zustehe, von demselben unter den Bedingungen der §§. 359., 360. zu verlangen, daß er ihn von der Bürgschaft befreie, d. h. den Gläubiger befriedige oder ihn vermöge, das Bürgschaftsverhältniß zu lösen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 27, Entsch. Bd. 20. S. 166.)

§§. 359—360. Wenn die für eine fortwährende Verbindlichkeit geleistete Bürgschaft nach Ablauf eines Jahres gekündigt worden, muß dann noch der Ablauf eines Jahres seit der Kündigung abgewartet werden, bevor auf Befreiung vom Bürgschaftsnexus geklagt werden kann?

Bejahet von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 21. Febr. 1852, auf Grund der grammatischen Interpretation der §§. 359. u. 360., da das Wort »alsdann« im §. 360. ergebe, daß die Kündigung einen Zeitabschnitt bilde, und von diesem Momente an ein neuer beginne, so wie auf Grund der ratio legis, die dem Schuldner in diesem Falle eine geraume Frist gewähren wolle.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 641.)

Dagegen legt Esleben die §§. 359. u. 360. dahin aus:

Dem Schuldner sollen mindestens zwei volle Jahre seit der Bürgschaftsleistung als gesetzliche Vergünstigung zu statten kommen, damit er mit der Befreiungsklage vom Bürgen nicht übereilt; nach Ablauf von zwei Jahren fallen aber die Voraussetzungen einer solchen Vergünstigung weg, da er Zeit genug gehabt, die Befreiung des Bürgen zu präpariren. Nach Ablauf von zwei Jahren, die das Gesetz dem Bürgen gewährt, kann er daher (A. L. R. I. 16. §§. 20. ff.) nach fruchtloser, die Kündigung involvirender, Aufforderung mit der Befreiungsklage belangt werden.

(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 646—650.)

§. 361. Kann auf Grund des §. 361. sofort Exekution verfügt werden, wenn die Aufkündigung gerichtlich erfolgt ist, also unzweifelhaft feststeht?

Verneint in dem Auff. im J. M. Bl. 1847 S. 246.

§§. 385—398. Ende der Bürgschaft.

§. 393. Ueber die Undeutlichkeit des im §. 393. gebrauchten Ausdrucks: »einer bloß in Ansehung des Hauptschuldners abgelaufenen Verjährung«, vergl. die Abhandlung von Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 608—612.

Vergl. Koch's Landrecht Bd. 2. Anm. 83. zum §. 393. h. t.

§§. 399—412. Von Expromissionen.

§§. 399. 400. 1) Ueber den Begriff der Expromission und Delegation bemerken die Gesetzrevisoren:

Das A. L. R. nimmt die Expromission und Delegation als generisch verschiedene Rechtsgeschäfte, indem sie die erstere betrachtet als Vertrag des Gläubigers mit einem Dritten, welcher in die Verbindlichkeit des früheren Schuldners eintritt; die Delegation dagegen als Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wonach dieser einen neuen Schuldner mit dessen Einwilligung substituirt. Die Delegation setzt ferner ein Schuldverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegaten voraus, während dieses bei der Expromission fehlt und dies giebt letzterer die Natur der Intercession, welche ihr ihre Stellung im A. L. R. bei den Bürgschaften gegeben hat. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 56.)

2) Das Ob. Trib. nimmt an (Datum des Erk. konstirt nicht), daß eine Expromission nur dann vorliege, wenn zugleich der frühere

Schuldner unter ausdrücklicher Einwilligung des Gläubigers entlassen wird, und daß die Uebernahme der neuen Schuld, oder die Annahme von Zinszahlungen, die der neue Schuldner geleistet, nicht genüge. Zum Verständniß der §§. 399. u. 400. bemerkt dies Urtel:

Der §. 399. enthält offenbar einen Vorder- und einen Nachsatz. Im ersteren wird in Verbindung mit dem Marginale der rechtliche Begriff der Expromission dahin aufgestellt, »wenn Jemand eine fremde Schuld statt des ersten Schuldners übernehme«, und im letzteren wird sodann als rechtliche Folge der Expromission das Wegfallen aller Verbindung zwischen dem ersten Schuldner und dem Gläubiger angegeben. Die in dem folgenden §. 400. gebrauchten Worte »dergleichen Uebernehmung« können nun selbstredend nicht auf den Nachsatz, sondern nur auf den Vordersatz des vorhergehenden §. bezogen werden; bezieht man sie nur auf ersteren, so gelangt man zu dem Resultate, daß Jemand eine fremde Schuld nicht nur auf eine gültige, sondern auch für ihn verbindende Weise mit der Wirkung, dem Gläubiger verpflichtet zu werden, übernehmen könne, ohne daß die Schuldverbindung zwischen dem Gläubiger und ersten Schuldner dadurch aufgehoben werde, und daß dann in diesem Falle die nach §. 400. ebend. erforderte Einwilligung des Gläubigers nicht nöthig sei. Dieses Resultat erscheint aber als irrig. Denn die Uebernahme einer Schuld an sich kann, wie auch der allegirte §. 400. besagt, nur auf einem Vertrage zwischen dem Schuldner und Uebernehmer beruhen, welcher den Gläubiger der übernommenen Schuld des Dritten eigentlich gar nicht tangirt, weil durch solchen allein sein rechtliches Verhältniß zu seinem Schuldner in nichts verändert wird und verändert werden kann. Soll eine solche Veränderung geschehen, soll er als Gläubiger Rechte und namentlich ein Klagerecht gegen den Uebernehmer erhalten, so muß er dem Schuldübernahme-Vertrage durch schriftliche Erklärung seiner Einwilligung beitreten. Fehlt es an dieser Erklärung, so wird zwar die Uebernahme in soweit von Wirkung sein, daß der Schuldner vom Uebernehmer der Schuld die Tilgung der letztern fordern, der Gläubiger aber sich nach wie vor nur an seinen Schuldner halten kann. (J. W. 1841 S. 229 ff.)

3) Die bloße Uebernahme einer fremden Schuld ist nach den Regeln der selbstschuldnerischen Bürgschaft, nicht der Expromission zu beurtheilen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1852.

Die Bürgschaft wie die Expromission sind Spezies der Intercession; sie bestehen in der »Uebernahme« einer fremden Verbindlichkeit (§. 200. h. t.). In der Bürgschaft als Selbstschuldner (§. 297. h. t), die nicht bloß, wo dieser Ausdruck expresse gebraucht ist, sondern auch dann vorliegen kann, wenn das Wesen dieses Geschäfts aus den Verabredungen erhellt (vergl. Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Juli 1851)[1]), tritt die Uebernahme der fremden Schuld noch schärfer hervor. Soll nun der Hauptschuldner ganz aus seinem Obligationsverhältnisse treten, soll die Uebernahme des Intercedenten »statt seiner« geschehen, was den Charakter der Expromission ausmacht (§. 399. h. t.), so bedarf es zur Perfektion eines solchen Geschäfts der ausdrücklichen Einwilligung des Gläubigers (§. 400. h. t.). Dies tangirt bloß die Interessen des Gläubigers, der den Einen und ursprünglich Verpflichteten aufgeben soll. Des Intercedenten rechtliches Verhältniß dem Gläubiger gegenüber ändert sich praktisch dadurch nicht; nur dem Schuldner gegenüber tritt in sofern eine Aenderung ein, daß, wenn nicht ein animus donandi der Expromission zum Grunde liegt, der Regreß nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers Seitens des Intercedenten sich nunmehr nicht auf die rechtliche Natur des Rechtsgeschäfts »Bürgschaft« an sich stützen kann, sondern entweder auf besondere Verabredungen oder das Prinzip der in rem versio, die bei der solutio für einen Andern Platz greift, sich stützen muß. — Die Lage des Intercedenten ist eine günstigere bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft; er kann sich also nicht beschweren, wenn seine »Uebernahme« der fremden Schuld, so lange nicht die Exnexuation des Hauptschuldners durch die Erklärung des Gläubigers eingetreten ist, mindestens in dem an und für sich weniger harten Elemente der Bürgschaft geltend gemacht wird, und es liegt an sich kein Grund vor, warum sie für den Gläubiger, dem sie erfolgt, deshalb wirkungslos sein sollte, weil die ausgedehntere Wirkung nicht eintritt.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 97 Nr. 24.)

4) Die von dem Eigenthümer eines verpachteten Grundstücks gegen den Käufer der von dem Pächter eingebrachten und noch auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien übernommene Zurückzahlung des Kaufpreises derselben enthält keine Uebernahme einer fremden Schuld, in sofern der Eigenthümer zugleich ein Retentionsrecht an jenen Mobilien in Anspruch nimmt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 97 Nr. 26.)

5) Es enthält keine Expromission, wenn die Ehefrau sich von dem Gläubiger ihres Ehemannes Forderungen an Letzteren ohne Gewährleistung cediren läßt und der Cedent ihr zur Berichtigung der Cessionsvaluta eine längere Frist bewilligt, mittlerweile aber Sicherstellung der Cessionsvaluta bedungen wird.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 90 Nr. 23.)

6) Durch die Expromission wird die dem Gläubiger durch den ursprünglichen Schuldner bestellte Hypothek nicht aufgehoben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1850.

Da die Expromission nach §. 399. in der Uebernahme einer fremden Schuld, welche dadurch an sich weder umgeschaffen, noch aufgehoben wird, besteht, so bedarf es bei ihr auch nicht, wie dies in Gemäßheit der §§. 470. u. 471. A. L. R. I. 16. bei der eigentlichen Novation der Fall ist, eines besondern ausdrücklichen Vorbehalts, um die von dem ursprünglichen Schuldner mit dem Gläubiger getroffenen Nebenabreden, so wie das von ihm bestellte Pfandrecht aufrecht zu erhalten. (Entsch. Bd. 19. S. 197.)

§§. 399. 400. 404. 406. Zur formellen Rechtsgültigkeit der Expromission bedarf es außer der Schriftlichkeit des Vertrages zwischen dem Uebernehmer der fremden Schuld und dem alten Schuldner nicht zugleich nothwendig der Schriftlichkeit der Einwilligung des Gläubigers in die Schuldübernahme; selbst eine stillschweigende Einwilligung im Sinne der §§. 58. ff. A. L. R. I. 4. ist dazu ausreichend.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Sept. 1854. (Präj. Nr. 2581.)

Der §. 400. prädizirt die ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers als ein besonderes und von dem schriftlichen Vertrage getrennt zu haltendes Moment. Daraus folgt, daß unter dem a. a. O. gedachten Vertrage nur der Vertrag gemeint sein kann, welcher zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer wegen Uebernahme der Schuld zu Stande gekommen sein muß, nicht aber ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer. Jener Vertrag allein muß schriftlich sein; er ändert aber das Verhältniß des Gläubigers zu seinem ursprünglichen Schulder noch nicht (§§. 404—406. h. t.). Kommt aber die Einwilligung des Gläubigers hinzu, so fällt alle Verbindung zwischen diesem und dem alten Schuldner hinweg (§. 399. h. t.); diese Einwilligung ist aber nicht als ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner zu charakterisiren, sondern sie ist ein lediglich das Interesse des Gläubigers berührender Konsens, zu dessen Rechtsgültigkeit die schriftliche Form nicht erforderlich ist. Der §. 400. h. t., welcher ein Spezialgesetz über die Form der Expromission ist, und ein Zurückgehen auf die allgemeinen Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte nicht gestattet, verlangt nur die Ausdrücklichkeit; seine Fassung, die Nebeneinanderstellung der Schriftlichkeit des Vertrages zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer und der Ausdrücklichkeit der Einwilligung des Gläubigers lassen erkennen, daß letztere nicht nothwendig als ein integrirender Theil jenes Vertrages zu denken ist, und bezüglich der Form nicht einer gleichen Regel unterliegen soll, was sonst unzweideutig ausgesprochen sein würde. Da selbst die Ausdrücklichkeit nicht schlechterdings als Bedingung der formellen Rechtsgültigkeit der Expromission im §. 400. h. t. ausgesprochen ist, so ist auch eine stillschweigende Einwilligung im Sinne des §. 58. A. L. R. I. 4. nicht für ausgeschlossen und unkräftig zu erachten (§§. 59., 60. a. a. O.). Auch ist die Gleichzeitigkeit des Vertrages zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer und der Einwilligung des Gläubigers keine nothwendige Voraussetzung der Expromission.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 27, Entsch. Bd. 29. S. 66.)

Diese Ausführung sucht ein neueres Urtel (Datum konstirt nicht) des Appell. Ger. zu Marienwerder zu widerlegen, welches annimmt, daß auch zu der Einwilligung des Gläubigers die Schriftform erforderlich, wie insbesondere aus §. 401. hervorgehe.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 654.)

§. 402. Bleibt die Verbindlichkeit des ersten Schuldners bei Kräften, wenn die Expromission aus irgend einem anderen Grunde, als wegen Unfähigkeit des Expromittenten ungültig ist?

Bielitz folgert aus dem §. 475. A. L. R. I. 16., daß der Gläubiger sich in diesem Falle auch an dem ersten Schuldner nicht weiter halten könne. (Komm. Bd. 3. S. 499.)

Dagegen wird die Frage bejahet von den Gesetzrevisoren, welche bemerken:

Die Folgerung aus dem §. 475. A. L. R. I. 16. ist unhaltbar, da die Entlassung des Bürgen bei der Novation Nebensache und die Novation der Hauptvertrag, geschlossen zwischen Gläubiger und Schuldner ist, weshalb es einflußlos auf Entlassung des Bürgen ist, wenn auch der Gläubiger dazu durch ein ungültiges Geschäft veranlaßt worden, wofern es nur ihm selbst an der Fähigkeit zu kontrahiren nicht gebricht. Anders bei der Expromission, wo der

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 297. h. t. Zus. 1.

Gläubiger und der Expromittent, als der neue Schuldner, die Kontrahenten sind. Ist Letzterer an das Geschäft nicht gebunden, so kann auch die in Entlassung des vorigen Schuldners bestehende Gegenleistung des Ersteren nicht beansprucht werden, denn diese Entlassung ist nicht, wie die Entlassung des Bürgen nach erfolgter Novation, ein Nebengeschäft, welches einen Dritten angeht, sondern Hauptgegenstand des Vertrages — die Leistung des einen Theils.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 58.)

Dieser letzteren Ansicht ist auch Bornemann.

(System Bd. 3. S. 535, 2. Ausg. Bd. 3. S. 311—312.)

Desgleichen Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 90. zum §. 402. h. t.)

§§. 407—412. Vergl. über die Motive dieser Bestimmungen Suarez in dem amtlichen Schlußvortrage. (Jahrb. Bd. 41. S. 52.)

§. 411. Das Appell. Ger. zu Arnsberg führt (in dem Erk. v. 5. Juli 1851) aus, daß eine Ehefrau, in Folge des §. 52. des Anh. zum A. L. R. I. 16. §. 484. und der Dekl. v. 3. April 1824, eine von ihr bezahlte und auf ihr Ehevermögen eingetragene Schuld einem Gläubiger ihres Ehemannes rechtsgültig cediren kann, ohne daß es eines gerichtlichen Verzichtes auf die weibliche Rechtswohlthat bedarf. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 244.)

Vierter Abschnitt.

Von Pfändungen.

K., über die actio de pastu pecoris nach Preuß. Rechte. (J. Z. 1832 S. 1116 ff., 1132 ff.)

I. Pfändungen bestehen in der eigenmächtigen Besitznahme fremder Sachen zum Schutze des Eigenthums oder des Besitzstandes gegen Beeinträchtigungen gewisser Art, sind Deutschen Ursprungs und haben sich nach altem Herkommen, trotz des eingedrungenen Röm. Rechts, bis auf die neuesten Zeiten erhalten. Sie dienen hauptsächlich zum Schutze der Landwirthschaft, und in manchen Territorien des vormaligen Deutschen Reichs war die Rechtmäßigkeit derselben durch besondere Verordnungen anerkannt. Als einem solchen, theils auf Herbringen, theils auf besonderen Verordnungen beruhenden Hülfsmittel zum Schutze des Eigenthums, war den Pfändungen schon in dem ersten ungedr. Entwurfe zum Gesetzbuche eine Stelle angewiesen und es bestimmte in dem gedr. Entwurfe der §. 274.: »Die Pfändung ist die eigenmächtige Besitznehmung einer fremden Sache, in der Absicht, dadurch sein Recht gegen die Eingriffe eines Dritten zu vertheidigen, oder den Ersatz eines erlittenen Schadens sich zu versichern.«

Hiergegen bemerkte Suarez in der rev. mon.:

Verschiedene Monenten tragen darauf an, daß die Pfändungen nur als ein Mittel, sich den Ersatz eines zugefügten Schadens zu versichern, geduldet werden möchten; sie wären eine Reliquie des Faustrechtes und also ohne Noth nicht zu statuiren. Zur Vertheidigung seines Rechtes gegen die Eingriffe eines Dritten gebe es schicklichere Mittel, besonders die Protestationen. Auch zum Beweise des Eingriffes könne die Pfändung nichts beitragen, indem, wenn der Eingriff geleugnet werde, der Pfänder doch immer darthun müsse, daß das gepfändete Vieh auf seinem Grund und Boden getroffen worden. Ich würde diesem monito völlig beitreten, den einzigen Fall ausgenommen, wo die Pfändung ein Mittel sein kann, die Person des unbekannten Störers auszumitteln und den turbatum in den Stand zu setzen, daß er sein Recht gegen diesen verfolgen kann.

Diese Beschränkung des Begriffs der Pfändung ist nach Suarez Vorschlag in das A. L. R. aufgenommen worden; auch ließ sich die Pfändung als ein Vertheidigungsmittel zum Schutze des Besitzes gegen fremde Eingriffe nach §. 142. A. L. R. I. 7. und Einl. §§. 77. 78. wirklich nicht mehr rechtfertigen. Dessenungeachtet ist besonders in den §§. 451—457. h. t. eine Spur des früheren Begriffs sehr deutlich. Der §. 451. bildet offenbar einen Gegensatz zum §. 433. h. t. Hier sind ganz auffallend die Pfändungen zur Sicherstellung eines Schadenersatzes und zur Vertheidigung eines Rechts einander gegenüber gestellt, während wir die letztere Art nach dem an der Spitze stehenden Begriffe nicht mehr kennen. Dadurch ist eine gewisse Dunkelheit entstanden über die Bedeutung dieser §§., die nicht ausbleiben konnte, da sie wörtlich aus dem Entwurfe übernommen, während man die Begriffsbestimmung, worauf sie sich beziehen, abgeändert hatte. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 62 ff.)

In den Mot. zum neuen bürgerl. G. B. wird darauf aufmerksam gemacht, daß das Deutschrechtliche Institut der Pfändung, wonach dem Eigenthümer die Mittel gewährt wurden, sich gegen rechtswidrige Eingriffe zu schützen, und sich den Ersatz eines erlittenen Schadens zu sichern, durch die Beschränkungen in den §§. 414—416. wesentlich umgeändert worden. Bei diesen Beschränkungen seien die allgemeinen Bestimmungen wegen der Selbsthülfe und die damalige Ansicht, daß die Pfändung als eine Art der Privatgewalt möglichst zu beschränken und nur ausnahmsweise zu gestatten, leitend gewesen. Es verdiene jedoch diese Zerstörung eines bewährten einheimischen Instituts keine Billigung. (Mot. zum neuen bürg. G. B. Thl. 2. S. 583.)

Aus diesem Standpunkte ist das neue G. v. 1. Nov. 1847 (s. Zus. II.) ergangen.

II. Feldpolizei-Ordn. v. 1. Nov. 1847 für alle Landestheile, in denen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, mit Ausschluß der Kreise Rees und Duisburg [1]).

Wir Friedrich Wilhelm rc. verordnen, um dem Landbau einen wirksameren Schutz zu gewähren, auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenem Gutachten einer aus Mitgliedern des Staatsraths ernannten Kommission, für alle Landestheile, in denen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, mit Ausschluß der zur Rheinprovinz gehörigen Kreise Rees und Duisburg, was folgt:

§. 1. Die gegenwärtige Feldpolizei-O. findet sowohl auf städtische, als auf ländliche Orte und Feldmarken Anwendung.

§. 2. Niemand darf sein Vieh außerhalb geschlossener Höfe oder anderer eingefriedigter Plätze unbeaufsichtigt umherlaufen lassen. Wer solches thut, ist mit Geldbuße von 5 Sgr. bis zu 3 Thlr. zu bestrafen.

Diese Vorschrift kann jedoch für Orte, wo es nach den Verhältnissen erforderlich erscheint, durch V. der Ortspolizei-Behörden mit Zustimmung der Gemeinden abgeändert werden. Auf dem Lande muß die Bestätigung des Landraths hinzutreten. Soll aber in einer solchen Lokalverordnung eine höhere, als die vorstehend bestimmte Strafe angedroht werden, so ist dazu die Genehmigung der Regierung nöthig.

§. 3. Wer sein Vieh anders, als unter der Aufsicht eines hierzu tüchtigen Hirten zur Weide gehen, oder außerhalb eingefriedigter Plätze weiden läßt, soll mit Geldbuße von 5 Sgr. bis zu 3 Thlr. bestraft werden.

§. 4. Wird Vieh auf einem fremden Grundstücke betroffen, auf welchem solches überhaupt oder zur Zeit nicht geweidet werden darf, so kann dasselbe gepfändet werden.

§. 5. Zu einer solchen Pfändung (§. 4.) ist nicht nur der Besitzer des Grundstücks, sondern auch ein Jeder befugt, dem ein Nutzungsrecht daran zusteht. Namens der Berechtigten kann die Pfändung auch von denjenigen Personen vorgenommen werden, welchen die Aufsicht über das Grundstück aufgetragen ist, oder die zur Familie oder zu den Dienstleuten der Berechtigten gehören.

§. 6. Die abgepfändeten Stücke Vieh haften für das Pfandgeld, den entstandenen Schaden und alle durch die Pfändung verursachten Kosten.

§. 7. Sind mehrere Stücke Vieh, oder ist eine ganze Heerde übergetreten, so dürfen dennoch, in sofern dies ausführbar ist, nicht mehr Stücke Vieh gepfändet werden, als erforderlich ist, um die durch die Beschädigung entstandenen Forderungen zu decken, den Beweis der Beschädigung zu sichern und weiteren Schaden abzuwenden.

§. 8. Das Pfandgeld muß von dem Besitzer des Viehes an den Beschädigten für jedes Stück Vieh, welches übergetreten ist, und zwar selbst dann entrichtet werden, wenn eine Pfändung nicht geschehen ist.

Das Pfandgeld beträgt:

1) wenn das Vieh betroffen worden ist auf besäeten oder bepflanzten Aeckern, in Gärten, Baumschulen, Hopfenanlagen oder auf Weinbergen, auf künstlich gebauten oder auf solchen Wiesen oder mit Futterkräutern besäeten Weiden, welche der Besitzer selbst noch mit der Hütung verschont, oder die derselbe eingefriedigt hat, oder auf Dämmen, Deichen, Buhnen, Deckwerken oder gedeckten Sandflächen:
   a) für ein Pferd, einen Esel oder ein Stück Rindvieh zwanzig Silbergroschen;
   b) für ein Schwein, eine Ziege, ein Schaf, ein Füllen oder ein Stück Jungvieh unter zwei Jahren acht Silbergroschen;
   c) für eine Gans oder ein Stück Federvieh anderer Art einen Silbergroschen;
2) in allen anderen Fällen, wohin auch das unbefugte Behüten der Wege, Plätze, Dorfstraßen oder Dorfanger gehört:

---

[1]) Vergl. Lette und v. Rönne, die Landeskulturgesetzgebung des Preuß. Staates, Bd. 2. Abtheil. II. S. 706—750, welches Werk (a. a. O.) einen Kommentar über die Feldpolizei-O. enthält.

a) für ein Pferd, einen Esel oder ein Stück Rindvieh fünf Silbergroschen;
b) für ein Schwein, eine Ziege, ein Schaf, ein Füllen oder ein Stück Jungvieh unter zwei Jahren zwei Silbergroschen;
c) für eine Gans oder ein Stück Federvieh anderer Art drei Pfennige.

§. 9. Ist jedoch gleichzeitig eine Mehrzahl von Stücken Vieh übergetreten, so soll der Gesammtbetrag des zu entrichtenden Pfandgeldes:

a) für Pferde, Esel, Rindvieh, Schweine, Ziegen und Schafe, unter den Voraussetzungen des §. 8. Nr. 1. die Summe von zwanzig Thalern, unter denen des §. 8. Nr. 2. die Summe von fünf Thalern;
b) für Gänse und anderes Federvieh, unter den Voraussetzungen des §. 8. Nr. 1. die Summe von zwei Thalern, und unter denen des §. 8. Nr. 2. die Summe von funfzehn Silbergroschen,

nicht übersteigen dürfen.

§. 10. Die in den §§. 8. u. 9. vorgeschriebenen Sätze des Pfandgeldes können für ganze Kreise auf den Antrag der Kreisstände, für einzelne Feldmarken aber auf den Antrag der Ortspolizei-Behörden und mit Zustimmung der Gemeinden durch Verordnungen der Regierungen verändert und in ihrem Betrage erhöht oder verringert werden.

§. 11. Das Pfandgeld vertritt die Stelle des Schadenersatzes. Erachtet jedoch der Beschädigte dasselbe hierzu nicht für genügend, so steht ihm frei, statt des Pfandgeldes die Ermittelung und den vollen Ersatz des Schadens zu fordern; außer dem letzteren kann er aber alsdann in den Fällen des §. 8. Nr. 1. auch noch für die übergetretenen Stücke Vieh das geringere Pfandgeld (§. 8. Nr. 2. u. §. 9.) verlangen.

§. 12. Das Pfandgeld ist in jedem einzelnen Falle nur einmal zu erlegen, selbst alsdann, wenn durch den Uebertritt des Viehes auf ein Grundstück mehrere Personen, z. B. der Besitzer und ein Nutzungsberechtigter, in ihren Rechten verletzt worden sind, oder wenn sich der Uebertritt zugleich auf mehrere Grundstücke verschiedener Besitzer erstreckt hat.

§. 13. In Fällen der im §. 12. bezeichneten Art gebührt das Pfandgeld allein demjenigen Beschädigten, welcher die Pfändung bewirkt, oder den Uebertritt zuerst angezeigt hat. Die übrigen Beschädigten bleiben aber berechtigt, den Ersatz ihres Schadens besonders zu fordern.

Hat ein Feldhüter, der über die beschädigten Grundstücke die Aufsicht zu führen hatte (§. 50.), die Pfändung oder die Anzeige bewirkt, so wird das Pfandgeld zwischen allen Beschädigten gleichmäßig getheilt.

§. 14. Wer vorsätzlich unbefugterweise Vieh auf einem fremden Grundstücke hütet, ist nicht nur zur Erlegung des Pfandgeldes und zum Schadenersatze nach den vorstehenden Bestimmungen verbunden, sondern soll überdies mit Geldbuße von einem bis zu zwanzig Thalern bestraft werden.

Die verwirkte Strafe ist zu verdoppeln, wenn der Frevel zur Nachtzeit (§§. 29., 30.) oder an Sonn- und Festtagen verübt wird, oder wenn ein wegen Weidefrevels Verurtheilter sich innerhalb Jahresfrist nach dieser Verurtheilung eines solchen Frevels auf's Neue schuldig macht.

Ist das vorsätzliche Behüten fremder Grundstücke aus Rache oder Bosheit unternommen, so tritt die in den Cr. G. bestimmte strengere Ahndung ein.

§. 15. Läßt der zur Beaufsichtigung des Viehes bestellte, an sich tüchtige Hirte dasselbe unbeaufsichtigt gehen, oder überträgt er die Aufsicht einer hierzu untüchtigen Person, so trifft ihn eine Geldstrafe von zehn Silbergroschen bis zu drei Thalern.

§. 16. Wenn das unter der Aufsicht eines an sich tüchtigen Hirten weidende Vieh durch einen unabwendbaren Zufall zu dem Uebertritt auf ein fremdes Grundstück veranlaßt worden ist, so kann weder Pfandgeld noch Schadenersatz dafür gefordert werden; doch bleibt der Beschädigte zu dieser Forderung berechtigt, wenn der Hirte von jenem Zufalle nicht binnen vier und zwanzig Stunden entweder ihm, dem Beschädigten, oder der Ortspolizei-Behörde Anzeige gemacht hat.

§. 17. Ist der Uebertritt des Viehes auf ein fremdes Grundstück von dem an sich tüchtigen Hirten verschuldet, so hängt es von der Wahl des Beschädigten ab, ob er sich wegen des Pfandgeldes und Schadenersatzes an den Hirten, oder an den Besitzer des Viehes halten will. Thut er das Letztere, so bleibt dem Besitzer des Viehes der Regreß an den Hirten vorbehalten.

§. 18. Außerdem soll in den Fällen des §. 17. der Hirte, wenn er vorsätzlich das Vieh auf das fremde Grundstück getrieben hat, mit der im §. 14. bestimmten Strafe belegt, wenn ihm aber nur eine Vernachlässigung der Aufsicht über das Vieh zur Last fällt, mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu drei Thalern bestraft werden.

Auch kann der Hirte schon wegen einer solchen Vernachlässigung von seinem Herrn des Dienstes sofort entlassen werden; bei einer vorsätzlich von ihm herbeigeführten Uebertretung aber ist der Herr zu einer solchen Entlassung des Hirten, wenn der Beschädigte dieselbe verlangt, verpflichtet und durch die Ortspolizei-Behörde dazu anzuhalten.

§. 19. Was in den §§. 3 — 18. verordnet worden, findet auch auf gemeinschaftliche Heerden und deren Hirten Anwendung.

§. 20. Bei Beschädigungen, welche durch eine gemeinschaftliche Heerde geschehen, sind sämmtliche Hütungsgenossen dem Beschädigten für das Pfandgeld, den Schadenersatz und die Kosten solidarisch verhaftet; unter sich aber tragen sie dazu nur nach Verhältniß des Viehes bei, welches ein Jeder von ihnen zur Zeit der Beschädigung in der gemeinschaftlichen Heerde gehabt hat.

§. 21. Dafür, daß die gemeinschaftliche Heerde unter die Aufsicht eines tüchtigen Hirten gestellt werde, hat der Gemeindevorstand zu sorgen. Wo Köhr- oder Feldämter, oder besondere Vorstände der Hütungsgenossenschaft vorhanden sind, liegt diesen ob, dafür zu sorgen.

§. 22. Wie viel gemeinschaftliche Hirten zu halten, und ob die verschiedenen Vieharten abgesondert oder gemischt zu hüten sind, ist durch Beschlüsse der Gemeinde und an Orten, wo nicht alle Gemeindeglieder an der gemeinschaftlichen Weide Theil haben, durch Beschlüsse der Hütungsgenossenschaft mit Genehmigung des Gemeindevorstandes zu bestimmen.

§. 23. Jeder Theilnehmer eines gemeinschaftlichen Hütungsrechtes ist bei dessen Ausübung verpflichtet, sein Vieh dem gemeinschaftlichen Hirten vorzutreiben und von diesem hüten zu lassen, sofern ihm nicht das Recht zum Einzelnhüten herkömmlich oder vermöge besonderen Rechtstitels zusteht, oder die im §. 24. gedachte Ausnahme eintritt.

§. 24. Wo nach besonderen örtlichen oder wirthschaftlichen Verhältnissen für alle oder für einzelne Theilnehmer eines gemeinschaftlichen Hütungsrechtes ein solches Einzelnhüten (§. 23.) während des ganzen Jahres oder gewisser Jahresperioden nothwendig ist, kann dasselbe durch Lokalordnungen, in welchen zugleich die erforderlichen Sicherungsmaßregeln festzusetzen sind, gestattet werden.

§. 25. Eine solche Lokalordnung (§. 24.) kann nach Vernehmung des Provokanten, Untersuchung der Verhältnisse und Anhörung der übrigen Betheiligten, für städtische Feldmarken von der Ortspolizei-Behörde, auf dem Lande von dem Landrathe, festgesetzt werden. Doch ist in denjenigen Städten, in welchen die Polizei nicht vom Gemeindevorstande verwaltet wird, der Letztere jeder Zeit darüber zu hören.

Der Landrath ist befugt, die zu einem solchen Zwecke erforderliche Untersuchung und Vernehmung der Betheiligten der Ortsbehörde, einem Kreisverordneten oder einem Oekonomiekommissarius aufzutragen.

§. 26. Wer unbefugterweise sein Vieh auf der gemeinschaftlichen Weide allein hütet, soll mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu drei Thalern bestraft werden.

§. 27. Auf Hütungsplätzen, die von so geringem Umfange sind, daß ein Uebertreten des Viehes auf die benachbarten fremden Grundstücke leicht zu besorgen steht, muß das Vieh mit Stricken an feste Gegenstände angebunden (getüdert), oder an Stricken geführt werden. Letzteres muß auch dann geschehen, wenn das Vieh auf Wegen zur Weide gebracht wird, denen die erforderliche Breite fehlt.

Wo ein Bedürfniß zu einer dieserhalb zu treffenden allgemeinen Lokalordnung vorhanden ist, kann dieselbe auf dem im §. 25. bezeichneten Wege festgesetzt werden.

Wer diesen Vorschriften zuwiderhandelt, ist mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu drei Thalern zu bestrafen.

§. 28. Grundstücke, welche nicht auf allen Seiten so eingeschlossen sind, daß dadurch das Austreten des Viehes verhindert wird, dürfen nur während der Tageszeit zur Viehweide benutzt werden.

§. 29. Wenn das weidende Vieh nicht über Nacht in Hürden oder anderen geschlossenen Räumen verbleibt, so muß dasselbe spätestens eine Stunde nach Sonnenuntergang zu Stalle gebracht sein, und darf nicht früher, als eine Stunde vor Sonnenaufgang ausgetrieben werden.

§. 30. Verbleibt das Vieh über Nacht im Freien in Hürden oder anderen geschlossenen Räumen, so darf dasselbe nicht vor Sonnenaufgang auf die Weide gebracht werden, und muß bei Sonnenuntergang wieder eingetrieben sein.

§. 31. Für solche Feldmarken oder Bezirke, in denen das nächtliche Hüten auf ungeschlossenen Grundstücken bisher üblich gewesen und nach den eigenthümlichen wirthschaftlichen Verhältnissen, entweder für die ganze Weideperiode oder für einen Theil derselben, nicht zu entbehren ist, kann dasselbe durch besondere, nach Bestimmung des §. 25. zu errichtende Lokalordnungen gestattet werden, in welchen die zum Schutze gegen Beschädigungen und Mißbräuche erforderl. Maßregeln vorzuschreiben sind.

§. 32. Wer den Bestimmungen der §§. 28—30. oder einer nach §. 31. errichteten Lokalordnung zuwiderhandelt, wird, auch wenn kein Vieh auf ein fremdes Grundstück übergetreten ist, mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu drei Thalern belegt.

Diese Strafe ist beim ersten Rückfall (§. 14.) bis zum doppelten, bei ferneren Rückfällen bis zum vierfachen Betrage zu verschärfen.

§. 33. Tritt Vieh zur Nachtzeit auf fremde, dem Hütungsrechte nicht unterliegende Grundstücke über, so ist außer der nach §. 32. eintretenden Strafe das Pfandgeld doppelt dafür zu entrichten.

Auch sind alle diejenigen, welche an dem nächtlichen Hüten Theil nehmen, für Pfandgeld und Schadenersatz dem Beschädigten solidarisch verhaftet; unter sich aber tragen sie dazu nach Verhältniß des von einem Jeden unter ihnen nächtlich gehüteten Viehes bei.

§. 34. Viehtreiber, welche ihre Heerden zur Nachtzeit (§. 29.) treiben, müssen bei Vermeidung einer Strafe von zehn Silbergroschen bis zu drei

Thalern von Ort zu Ort einen von ihnen zu lohnenden Begleiter zur Aufsicht mitnehmen.

§. 35. Auf den der gemeinschaftl. oder wechselseitigen Hütung unterliegenden Wiesen oder Fettweiden findet, soweit durch Statuten oder Gewohnheiten nicht ein Anderes festgestellt ist,

die Vorhut in den Provinzen Preußen und Pommern nur bis zum 1. Mai, in den übrigen Provinzen nur bis zum 1. April,

die Nachhut auf Fettweiden in den Provinzen Preußen und Pommern nicht vor dem 1. Okt., in den übrigen Provinzen nicht vor dem 1. Nov., auf Wiesen dagegen in allen Provinzen erst nach völlig beendigter Heuerndte und auf zwei- und mehrschnittigen Wiesen nicht vor dem 1. Okt. statt.

Diese Termine können, wo ein Bedürfniß dazu obwaltet, durch Lokalordnungen auf dem im §. 25. bezeichneten Wege anders bestimmt werden.

§. 36. Nasse durchbrüchige Wiesen müssen zu allen Jahreszeiten mit fremder Hütung verschont werden.

Neugebaute oder umgebaute Wiesen sind mit fremder Hütung während der ersten zwei Jahre nach Ausführung der Anlage ganz zu verschonen. Auch muß die Schonung in der späteren Zeit noch so lange und in demjenigen Umfange fortgesetzt werden, als sie zur Vollendung der Anlage und zur Sicherung ihres Zweckes nothwendig ist.

Die in allen diesen Fällen etwa erforderl. besonderen Festsetzungen sind von den in dem §. 25. genannten Behörden auf die ebendaselbst vorgeschriebene Weise zu treffen.

§. 37. Auf einzelnen im Gemenge liegenden und der gemeinschaftl. oder wechselseitigen Hütung unterworfenen Feld- und Wiesenstücken darf die Hütung nicht eher ausgeübt werden, als bis die Aberndtung der Früchte und die Werbung des Heues auch auf allen anderen zu demselben Feldtheile (dem Winter- oder Sommer-Getreidefelde ꝛc.) gehörigen Stücken geschehen ist.

Den Zeitpunkt, mit welchem die Hütung auf den abgeerndteten Stücken allgemein beginnen darf, hat die Ortspolizei-Behörde zu bestimmen.

§. 38. Die Vorschriften der §§. 35 — 37. treten auch dann ein, wenn die Hütungsbefugniß auf einem einseitigen Dienstbarkeitsrechte beruht.

Dagegen finden diese Vorschriften in allen denjenigen Fällen keine Anwendung, in welchen durch entgegenstehende rechtsbeständige Willenserklärungen, rechtskräftige Erk. oder durch Verjährung rücksichtlich des Zeitpunktes oder der Art der Ausübung ein abweichendes Rechtsverhältniß begründet ist.

Wegen der Einschränkung solcher besonderen Rechte gegen Entschädigung, so wie wegen Einführung anderweiter Ordn. zur besseren Benuzung der Grundstücke, verbleibt es bei den Vorschriften und dem Verfahren des zweiten Abschn. der Gemeinheitstheilungs-Ordn. v. 7. Juni 1821.

§. 39. An Orten, wo ein Pfandstall nöthig ist, hat die Gemeinde einen solchen zu beschaffen.

§. 40. Tauben, welche Jemand hält, ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben, sind, wenn sie im Freien betroffen werden, ein Gegenstand des Thierfangs (A. L. R. I. 9. §. 111.).

Durch Gemeindebeschlüsse kann aber sowohl in Städten, als in ländlichen Gemeinden bestimmt werden, daß auch die Tauben desjenigen, welcher ein Recht hat, solche zu halten, wenn dieselben zur Saat- und Erndtezeit im Freien und besonders auf den Aeckern betroffen werden, Gegenstand des Thierfangs sein sollen. Dergleichen Gemeindebeschlüsse bedürfen jedoch zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung der Regierung.

§§. 41—46. Diese §§. fallen weg und es treten an deren Stelle die abändernden Bestimmungen des Ges. v. 13. April 1856 (s. unten sub III. Zus. 7.).

§. 47. Die nach dieser Feldpolizei-O. verwirkten Geldbußen fließen zur Gemeindekasse des Orts, in dessen Feldmark die Uebertretung verübt ist. Liegen jedoch innerhalb der Feldmark Besitzungen, welche nicht zum Gemeindeverbande gehören, oder besteht in der Feldmark kein Gemeindeverband, so sind dergleichen Geldbußen an die Ortspolizeibehörde zu entrichten, welche dieselben zu gemeinnützigen Zwecken für den Ort zu verwenden, über diese Verwendung aber da, wo eine Gemeinde vorhanden ist, solche zu hören hat.

§. 48. Geldbußen, welche wegen Armuth der Schuldigen nicht beigetrieben werden können, sind den bestehenden Vorschriften gemäß in Gefängnißstrafe, oder nach dem Ermessen der erkennenden Behörde in Strafarbeit zu einem gemeinnützigen Zwecke zu verwandeln. Hierbei ist Ein Arbeitstag einer eintägigen Gefängnißstrafe gleich zu achten.

§. 49. Eltern, Pflegeeltern und Dienstherrschaften haften, sofern die von ihrem im elterlichen Hause sich aufhaltenden Kindern oder Pflegekindern oder von ihren Dienstleuten begangenen Feldfrevel zu ihrem Vortheil gereichen, für die Pfandgelder, Entschädigungen, Kosten und Geldbußen.

Kann die Geldbuße gegen den eigentlichen Schuldigen nicht vollstreckt werden, so steht der Behörde frei, nach ihrem Ermessen entweder die Geldbuße von jenen subsidiarisch dafür verpflichteten Personen einziehen, oder mit Verzichtung hierauf die im Falle des Unvermögens an die Stelle der Geldbuße tretende Gefängnißstrafe oder Strafarbeit an dem Verurtheilten vollstrecken zu lassen.

§. 50. Die Gemeinde kann beschließen, daß für den ganzen Gemeindebezirk, oder für einzelne Theile desselben Feldhüter bestellt werden, denen die Beaufsichtigung und Sicherung der Gärten, Aecker, Wiesen und deren Früchte gegen Entwendung und sonstige Beschädigungen, so wie die Verfolgung, Pfändung und Anzeige der Beschädiger obliegt. Auch können zu diesem Zwecke Mitglieder der Gemeinde zu Ehrenfeldhütern (Feldherren) ernannt werden.

§. 51. Den Feldhütern und Ehrenfeldhütern (§. 50.) soll in Ansehung dessen, was sie über verübte Feldfrevel aus eigener Wahrnehmung bekunden, voller Glaube beigemessen werden, wenn dieselben

1) hinsichtlich ihrer Tüchtigkeit zu dem Geschäfte von dem Landrathe geprüft und bestätigt, sodann

2) gerichtlich ein- für allemal dahin eidlich verpflichtet sind:
daß sie die Feldfrevel, welche in den ihrer Aufsicht anvertrauten Bezirken vorfallen und zu ihrer Kenntniß kommen, mit aller Treue, Wahrheit und Gewissenhaftigkeit anzeigen, auch was sie über die Thatumstände der Frevel und über deren Urheber und Theilnehmer entweder aus eigener Sinneswahrnehmung oder durch fremde Mittheilung erfahren, mit genauer Beachtung dieses Unterschiedes angeben wollen, und

3) keinen Denunziantenantheil genießen; auch nicht Pfandgelder beziehen.

§. 52. Auch den zu keinem Gemeindeverbande gehörigen Gutsbesitzern ist die Anstellung von dergleichen Feldhütern (§§. 50., 51.) gestattet.

§. 53. Wer eine Pfändung vorgenommen hat, ist verpflichtet, hiervon der Ortspolizei-Behörde spätestens binnen 24 Stunde Anzeige zu machen, und ihre Bestimmung darüber, ob er die Pfandstücke an sie zur Aufbewahrung abliefern, oder bei sich aufbewahren soll, desgleichen, wenn eine Heerde gepfändet worden, auch darüber einzuholen, wie viel Stücke Vieh nach der Bestimmung des §. 7. zurückzubehalten sind.

Wer diese Anzeige unterläßt, verliert zwar dadurch nicht seine übrigen Ansprüche an den Gepfändeten, er kann aber auf dessen Antrag zur sofortigen Rückgabe der Pfandstücke angehalten werden, und hat außerdem seine etwanigen Ansprüche auf Erstattung der Kosten für Wartung, Stallung und Fütterung des gepfändeten Viehes verwirkt.

§. 54. Das abgepfändete Vieh muß sofort freigegeben werden, wenn der Gepfändete durch Niederlegung eines anderen Pfandes oder einer Geldsumme dem Beschädigten für dessen Forderung an Pfandgeld, Schadenersatz und Kosten hinlängliche Sicherheit bestellt. Ueber die Hinlänglichkeit dieser Sicherheit hat, wenn Streit darüber entsteht, die Ortspolizei-Behörde nach vorläufiger Prüfung und Feststellung jener Forderung zu entscheiden.

§. 55. Die Festsetzung der Kosten für Wartung, Stallung und Fütterung der gepfändeten Viehstücke steht der Ortspolizei-Behörde zu. Die Reg. sind befugt, für alle oder für einzelne Kreise, nach Vernehmung der Kreisstände, allgemein geltende Sätze für Kosten dieser Art zu bestimmen.

§. 56. Die Ortspolizei-Behörde hat, sobald ihr eine Pfändung oder eine zur Forderung von Pfandgeld berechtigte Uebertretung angezeigt wird, beide Theile in möglichst kurzer Frist vor sich zu laden, den Pfänder oder Beschädigten über die Veranlassung zur Pfändung oder Klage, und über seine Forderung an Pfandgeld und Schadenersatz, den Beschädiger aber mit seiner Erklärung hierüber zu hören, auch nöthigenfalls sofort den Beweis durch Besichtigung an Ort und Stelle, oder durch Vernehmung der Zeugen aufzunehmen.

§. 57. Fordert der Beschädigte nur Pfandgeld und Kosten, so gebührt die Entscheidung darüber, sofern nicht der im §. 58. Nr. 1. gedachte Fall eintritt, der Ortspolizei-Behörde.

Verwaltet ein Gutsherr die ihm zustehende Polizeigerichtsbarkeit selbst, und ist er oder einer seiner Angehörigen (§. 46. Tit. 17. Thl. II. A. L. R.) bei einem solchen Falle betheiligt, so steht die Entscheidung dem Landrathe zu.

§. 58. Dagegen gebührt die Entscheidung des Streites dem Ger., wenn

1) der Gepfändete die Rechtmäßigkeit der Pfändung oder die Forderung des Pfandgeldes deshalb bestreitet, weil er ein Recht zu der von ihm vorgenommenen Handlung zu haben behauptet, oder

2) der Beschädigte sich mit dem Pfandgelde nicht begnügen will, und zugleich oder allein den Ersatz des ihm verursachten Schadens fordert.

In beiden Fällen ist die Sache von der Polizeibehörde an das betreffende Gericht zu verweisen, welchem alsdann auch die weitere Bestimmung darüber zusteht, was mit den Pfandstücken, sofern solche nach §. 54. noch nicht ausgelöst sind, geschehen soll.

§. 59. Sowohl in den ihrer Entscheidung unterliegenden, als in den nach §. 58. Nr. 2. der gerichtl. Entscheidung zu überweisenden Streitfällen hat die Polizeibehörde sich zu bemühen, zwischen beiden Theilen einen Vergleich zu Stande zu bringen. Gelingt dies, so ist über den Vergleich ein Protokoll aufzunehmen, auf Grund dessen, wie aus einem gerichtl. Vergleiche, die Exekution nachgesucht und vollstreckt werden kann.

§. 60. Erscheint derjenige, gegen welchen der Anspruch auf Pfandgeld erhoben ist, auf die ergangene Vorladung (§. 56.) nicht, so hat die Polizei-Behörde nach thatsächlicher und rechtlicher Erörterung der Sache den Betrag des Pfandgeldes und der Kosten durch sein Resolut festzusetzen, demnächst aber, wenn eine Pfändung geschehen ist und der Gepfändete sich nicht innerhalb acht

Tagen seit der Pfändung meldet, das Pfand öffentlich zu versteigern, den Beschädigten daraus zu befriedigen und den etwanigen Ueberrest des Erlöses an das gerichtliche Depositum des Orts abzuliefern.

§. 61. Auf eben diese Weise (§. 60.) hat die Polizeibehörde in denjenigen Fällen zu verfahren, in welchen eine Pfändung geschehen ist, der Gepfändete aber, weil seine Person oder sein Aufenthalt unbekannt war, zu der nach §. 56. vorzunehmenden Verhandlung nicht vorgeladen werden konnte.

§ 62. Zur Erörterung der Sache gehört es auch, wenn der in Anspruch Genommene behauptet, daß die Beschädigung durch die eigene Schuld und Nachlässigkeit des Pfändenden veranlaßt sei.

§. 63. Verlangt der Beschädigte die Abschätzung des Schadens, so hat die Polizeibehörde solche selbst in denjenigen Fällen, welche der gerichtl. Entscheidung unterliegen (§. 58.), ungesäumt zu veranlassen, und dazu nicht nur den Beschädigten, sondern auch den Beschädiger vorzuladen. Erscheint der Beschädiger auf die Vorladung nicht, oder kann derselbe, weil seine Person oder sein Aufenthalt unbekannt ist, nicht vorgeladen werden, so kann auch ohne ihn die Abschätzung vorgenommen werden.

§. 64. Der Schade ist an Orten, wo Dorfgerichte vorhanden sind, durch diese, sonst aber durch andere vereidete Sachverständige abzuschätzen.

Sind die Dorfgerichte oder die ganze Gemeinde bei dem Ausgange der Sache betheiligt, so muß die Abschätzung durch benachbarte unbetheiligte Dorfgerichte oder durch andere Sachverständige geschehen.

§. 65. Für Orte oder Bezirke, wo ein Bedürfniß dazu obwaltet, sind zu dergleichen Abschätzungen (§. 64.) sachverständige Taxatoren zu bestellen und ein- für allemal gerichtlich zu vereiden. Auf dem Lande erfolgt eine solche Bestellung auf den Vorschlag der Ortsbehörden durch den Landrath, in den Städten durch den Magistrat.

§. 66. Die den Taxatoren zu gewährenden Gebühren sind von demjenigen, welcher die Abschätzung beantragt hat, mit Vorbehalt seines Regresses an den Beschädiger zu zahlen.

Die Reg. sind befugt, die Sätze solcher Gebühren für ganze Kreise nach Vernehmung der Kreisstände, oder für einzelne Orte nach Vernehmung der Ortsbehörden und Gemeinden allgemein festzustellen.

§. 67. Gegen die Entscheidung der Polizeibehörde über Pfandgeld und Kosten kann jede Partei, welche sich dadurch verletzt erachtet, innerhalb der nächsten zehn Tage, nach der ihr geschehenen Verkündigung der Entscheidung, den Rekurs an die vorgesetzte Reg. einlegen.

Uebersteigt die Summe, über welche entschieden ist, den Betrag von zehn Thalern, so steht der beschwerdeführenden Partei frei, binnen jener Frist statt des Rekurses an die Reg. auf gerichtl. Erörterung und Entscheidung der Sache anzutragen; hat dieselbe jedoch den Rekurs einmal eingelegt, so kann sie die gerichtl. Erörterung nicht mehr fordern.

Gegen die in Folge des Rekurses von der Reg. getroffene Entscheidung ist kein weiteres Rechtsmittel zulässig.

§. 68. Ueber die in dieser Feldpolizei-O. mit Strafe bedrohten Uebertretungen jeder Art steht der Ortspolizei-Behörde die Untersuchung und Entscheidung zu.

§. 69. Gegen das polizeiliche Strafresolut (§. 68.) kann der Verurtheilte innerhalb der nächsten zehn Tage nach der Verkündung den Rekurs an die Reg. einlegen; er ist aber, wenn die gegen ihn festgesetzte Strafe eine Geldbuße von zehn Thalern, oder eine Gefängnißstrafe oder Strafarbeit von vierzehn Tagen übersteigt, auch befugt, binnen derselben Frist statt des Rekurses auf gerichtl. Untersuchung und Entscheidung anzutragen. Diese Befugniß fällt weg, wenn er den Rekurs einmal eingelegt hat.

Gegen die in Folge des Rekurses von der Reg. getroffene Entscheidung ist kein weiteres Rechtsmittel zulässig.

§. 70. An Orten, wo gegenwärtig die Feldpolizei und feldpolizeil. Gerichtsbarkeit nicht durch die gewöhnliche Ortspolizei-Behörden, sondern durch Feldämter oder andere zu diesem Zwecke eingesetzte, im Dienste der Gemeinde oder einzelner Gemeindeklassen oder Korporationen stehende Behörden verwaltet wird, gehen auf diese Behörden für den bisherigen Umfang ihres Geschäftskreises alle die Befugnisse und Obliegenheiten über, welche in dieser Feldpolizei-Ordnung den Ortspolizei-Behörden zugetheilt sind.

§. 71. Den an einigen Orten herkömmlich bestehenden Grenzregulirungs- und Feldmeßämtern verbleibt die Befugniß und Verpflichtung, für Erhaltung der richtigen Grenzen zwischen den Flurnachbarn zu sorgen, und dieserhalb entstehende Streitigkeiten vorbehaltlich des Rechtsweges zu entscheiden.

§. 72. Die Reg. sind befugt, an solchen Orten, wo dies wegen zu großer Entfernung des Sitzes der Polizeibehörde oder aus anderen Gründen angemessen erscheint, die Verwaltung der Feldpolizei und der feldpolizeil. Gerichtsbarkeit nach Inhalt dieser Ordnung ganz oder theilweise den Dorfger. oder dem Orts- oder Gemeindevorstande aufzutragen.

Auch können die Reg., nach eingeholter Genehmigung des Min. des Inn., für einzelne Orte oder aus mehreren Ortschaften zu bildende Bezirke zur Verwaltung der Feldpolizei und feldpolizeil. Gerichtsbarkeit besondere Feldämter errichten, die aus mindestens drei vom Landrathe in Vorschlag zu bringenden, und gerichtl. zu vereidigenden Grundbesitzern zusammenzusetzen sind.

Alle dergleichen Einrichtungen dürfen jedoch für Orte, über welche die Polizeigerichtsbarkeit einer Privatperson zusteht, nur mit deren Zustimmung getroffen werden.

§. 73. Wo ein Bedürfniß dazu obwaltet, wegen der Räumung und Instandhaltung von Privatflüssen und Gräben, und zu dem Ende wegen Bestellung von Schaurichtern und der denselben beizulegenden Aufsichts- und Strafbefugnisse besondere Ordnung oder Statuten abzufassen, kann dies auf dem im §. 25. bezeichneten Wege unter Bestätigung der Reg. mit verbindlicher Kraft geschehen.

§. 74. Wo besondere Verhältnisse feldpolizeil. Vorschriften über solche Gegenstände erforderlich machen, in Ansehung deren die Feldpolizei-O. keine Bestimmung enthält, können darüber Kreis- oder Lokal-Verordn., nach Anhörung der Kreisstände oder der Ortspolizei-Behörden, der Gutsherrschaften und Gemeinden, mit Genehmigung und unter Bestätigung Unserer Min. des Inn. und der Justiz erlassen werden.

§. 75. Die gegenwärtige Feldpolizei-O. soll am 1. Jan. 1848 in Kraft treten. Von diesem Zeitpunkte ab verlieren alle bisherigen allgemeinen, provinziellen, statutarischen oder sonstigen Vorschriften über Gegenstände, worüber diese Feldpolizei-O. Bestimmungen enthält, soweit nicht ausdrücklich darin auf sie verwiesen ist, ihre Wirksamkeit.

Doch verbleibt von der Halberstädtischen Feldordnung v. 27. Juli 1759, wo dieselbe bisher gegolten hat, der §. 38. derselben, indessen auch dieser nur soweit in Kraft, als er die Schaafhirten verpflichtet, für den Schadenersatz solidarisch zu haften; die darin ausgesprochene solidarische Verpflichtung dieser Personen für die Strafen wird aufgehoben[1]). Von den im A. L. R. I. 14. Abschn. 4. enthaltenen Vorschriften über Pfändungen bleiben in Beziehung auf Gegenstände dieser Feldpolizei-O. nur diejenigen gültig, welche in den hier beigedruckten Anh. aufgenommen sind[2]).

Urkundlich 2c.

Gegeben Sanssouci, den 1. Nov. 1847.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

(G. S. 1847 S. 376 ff.)

III. Ergänzungen und Erläuterungen zur Feldpolizei-O. v. 1. Nov. 1847.

1) Zum §. 1. R. der Min. d. F. u. d. H. v. 8. Mai 1848. Auch die innerhalb der Grenzen einer Forst belegenen, aber nicht forstwirthschaftlich, sondern landwirthschaftlich genutzten Grundstücke sind den Bestimmungen der Feldpol. O. unterworfen.

(Min. Bl. d. i. V. 1848 S. 241 Nr. 271.)

2) Zum §. 2. Die hier vorgeschriebene Bestätigung des Landraths fällt nach dem G. v. 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung, §§. 5. sqq. (G. S. 1850 S. 265) weg. Die Verordnung muß in den dort vorgeschriebenen Formen getroffen werden.

Vergl. das G. v. 11. März 1850 §§. 4. u. 5. in den Erg. zum A. L. R. II. 17.

3) Zum §. 4. a) R. der Min. für H., G. u. öff. A. und des Inn. v. 31. Okt. 1855. Die Vorschriften der Feldpol. O., namentlich wegen des Pfandgeldes, finden auch auf Beschädigungen, welche dem Eisenbahnkörper, sowie den Chausseen und Chausseegräben durch weidendes Vieh zugefügt werden, Anwendung.

(Min. Bl. d. i. V. 1855 S. 215 Nr. 205.)

b) Der §. 4. der Feldpol. O. verlangt nur, daß das Vieh auf einem fremden Grundstücke, auf welchem sonst nicht geweidet werden darf, betroffen wird, ohne Unterschied, ob das Vieh zum Zweck der Weide, oder zu einem anderen Zwecke aufgetrieben ist. Auch unterscheidet die Feldpol. O. nicht zwischen einem unbefugterweise geschehenen Betreten eines fremden Grundstückes und der Ueberschreitung eines zustehenden Rechtes, sondern in beiden Fällen ist die Pfandgelderklage zulässig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1857.

(Entsch. Bd. 37. S. 108, Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 248 Nr. 40.)

4) Zum §. 8. a) Das Pfandgeld kann auch dann gefordert werden, wenn durch das Uebertreten des Viehes oder durch unbefugtes Fahren, Reiten und Treiben des Viehes über die Ländereien ein Schade nicht entstanden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1856.

---

[1]) Vergl. über die Gültigkeit des §. 38. der Halberstädtischen Feldordn. v. 27. Juli 1759 und der Dekl. v. 9. April 1765 das Gutachten des Ob. Trib. v. 16. Juni 1837. (J. W. 1837 S. 609 ff.)

[2]) Die in den Anh. aufgenommenen Bestimmungen sind die §§. 418—424., 426., 427., 430., 437., 458—465.; außer Wirksamkeit gesetzt in Beziehung auf Gegenstände dieser Feldpolizei-O. sind mithin die §§. 413—417., 425., 428., 429., 431—436., 438—457.

Nach den Bestimmungen der §§. 4., 44. u. 8. der Feldpol. O. ist die Thatsache des Uebertretens des Viehes auf ein fremdes Grundstück und des unbefugten Reitens, Fahrens oder Treibens von Vieh für sich allein ausreichend, die Verpflichtung zur Zahlung des Pfandgeldes zu begründen und diese Verpflichtungen nicht von anderen Voraussetzungen, insbesondere nicht dadurch bedingt, daß durch das Uebertreten des Viehes oder durch das unbefugte Fahren, Reiten und Viehtreiben ein Schade zugefügt worden. Hieraus folgt auch, daß es nicht zulässig sein kann, aus dem §. 11. der Feldpol. O. abzuleiten, daß Pfandgeld nicht gefordert werden könne, wenn durch das Uebertreten des Viehes oder durch das unbefugte Fahren u. s. w. ein Schade überhaupt nicht entstanden ist. Wenn hier gesagt ist, daß das Pfandgeld die Stelle des Schadenersatzes vertritt, so ist der Grund hiervon, wie sich aus den eingesehenen Motiven des Gesetzes ergiebt, lediglich darin zu suchen, um in solcher Weise weitläufigen und kostspieligen Ausmittelungen des Schadens und oft schwer zu substantiirenden Entschädigungsforderungen zu begegnen und das Verfahren über den Civilanspruch des Beschädigten zu vereinfachen und abzukürzen. Es kann hieraus also nicht gefolgert werden, daß das Pfandgeld nicht zu fordern sei, wenn ein Schade überhaupt nicht entstanden ist. Will sich der Besitzer des Landstrichs, welcher unbefugt durch das Vieh eines Anderen betreten worden, mit dem Pfandgelde begnügen, so bleibt die Frage, ob und welcher Schade dadurch entstanden ist, ganz unberührt, und das Pfandgeld nimmt, wie auch in den Motiven des Gesetzes gesagt ist, die Natur einer Privatstrafe an. Daß der §. 11. nur in dieser Weise aufzufassen ist, ergiebt sich aber auch aus dessen Bestimmung selbst. Nach demselben soll nämlich derjenige, welcher sich mit dem Pfandgelde nicht begnügen will, sondern Ersatz des vollständigen Schadens fordert, noch außer diesem zwar nicht das große, wohl aber das geringere Pfandgeld erhalten. Dies beweiset aber, daß das Pfandgeld nicht bloß als Aequivalent des zugefügten Schadens aufzufassen, daß vielmehr in soweit noch eine andere Beziehung gedacht ist. Denn käme es dabei lediglich auf den zugefügten Schaden an, so würde dem Beschädigten durch Vergütung des vollen, ihm verursachten Schadens zu seinem Rechte verholfen sein. Wenn er daher noch außerdem das Pfandgeld, wiewohl in dessen geringern Betrage zu fordern berechtigt ist, so muß einleuchten, daß das Pfandgeld noch eine andere Bedeutung hat, und diese kann nur darin gefunden werden, daß es eine Sühne für das dem Besitzer zugefügte Unrecht, eine Privatstrafe sein soll.

(Entsch. Bd. 31. S. 402, Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 295 Nr. 72.)

b) Die Pfandgelderklage ist auch in dem Falle zulässig, wenn Vieh auf einem zur Einfassung eines Grabens dienenden Walle betroffen worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob: Trib. unterm 2. Okt. 1857, aus dem §. 8. in Verbindung mit dem §. 43. der Feldpol. O.

(Entsch. Bd. 37. S. 108, Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 248 Nr. 40.)

5) Zu §§. 11., 56., 58., 67., 68. Bei einer, nach der Feldpol. O. zur Pfändung berechtigenden Uebertretung gebührt die Entscheidung des Streits über die Rechtmäßigkeit der Pfändung und der Klage wegen des Pfandgeldes dem Civil-Richter und nicht dem Criminal-Richter.

Erkannt von der I. Abth. des Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 21. Sept. 1855. (Präj. Nr. 170.)

Nach §. 11. der Feldpolizei-Ordn. vertritt das Pfandgeld die Stelle des Schadenersatzes. Nach §. 56. ebendas. hat bei einer zur Forderung von Pfandgeld berechtigenden Uebertretung die Ortspolizei-Behörde beide Theile über die Veranlassung zur Pfändung oder Klage zu hören und zu entscheiden, ob das Pfandgeld, wenn dasselbe allein und nicht außerdem Schadenersatz gefordert wird, zu entrichten ist. Dagegen gebührt die Entscheidung des Streits dem Gerichte, wenn der Gepfändete die Rechtmäßigkeit der Pfändung oder die Forderung des Pfandgeldes deshalb bestreitet, weil er ein Recht zu der von ihm vorgenommenen Handlung zu haben behauptet (§. 58. Nr. 1. a. a. O.). Nach §. 67. ebendas. ist nach ergangener Entscheidung durch die Polizeibehörde die Partei, welche sich verletzt fühlt, auf gerichtliche Erörterung und Entscheidung anzutragen befugt, wenn das Pfandgeld die Summe von 10 Thalern übersteigt; dagegen fallen nach §. 68. a. a. O. die in der Feldpol. O. mit Strafe bedrohten Uebertretungen jeder Art der Ortspolizei-Behörde zur Untersuchung und Entscheidung anheim, und es hat dieselbe ein Strafresolut abzufassen, von welchem ein Antrag auf gerichtliche Untersuchung und Entscheidung zulässig ist. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen, und da die Polizeistrafen dem bloßen Pfandgelde gegenübergestellt sind und nur rücksichtlich der mit einer Strafe bedrohten Uebertretungen ein Untersuchungsverfahren vorgeschrieben ist, wogegen der Streit zwischen dem Pfändenden und dem Gepfändeten über das zu entrichtende Pfandgeld polizeilich und gerichtlich zu verhandeln und zu entscheiden ist, gehört also die Klage wegen der Pfändung und der Streit über die Rechtmäßigkeit zur Erörterung und Entscheidung vor das Civilgericht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 157, Entsch. Bd 31. S. 310, J. M. Bl. 1855 S. 375, Goltdammer's Arch. Bd. 3. S. 831.)

Vergl. Zus. 2. zum §. 425. h. t.

6) Zu §§. 12. u. 13. Das Pfandgeld kann nur Seitens desjenigen von mehreren beschädigten Miteigenthümern beansprucht werden, welcher die Pfändung vorgenommen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1857.

(Entsch. Bd. 37. S. 108, Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 248 Nr. 40.)

7) Zu §§. 41—46. G. v. 13. April 1856, betr. die Abänderung der §§. 41—46. der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. verordnen, mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

Art. I. Die §§. 41—46. der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 werden dahin umgeändert:

§. 41. Mit Geldbuße von fünf Silbergroschen bis zu drei Thalern ist zu bestrafen, wer unbefugter Weise:

1) in Gärten, Obstanlagen, Weinbergen oder auf Aeckern eine Nachlese hält;
2) auf Grasangern oder Hecken Leinwand, Wäsche oder andere Gegenstände zum Bleichen, Trocknen u. s. w. ausbreitet oder niederlegt;
3) in Privatgewässern oder auf fremdem Grund und Boden Flachs oder Hanf röthet, oder Privatgewässer durch Aufweichen von Fellen darin oder sonst verunreinigt;
4) fremde, auf dem Felde zurückgelassene Ackergeräthe gebraucht;
5) das auf Grenzrainen, Gräben, Wegen oder Triften wachsende Gras oder sonstige Viehfutter abschneidet oder abrupft;
6) Dünger von Aeckern, Wiesen oder Weiden aufsammelt;
7) Knochen gräbt oder sammelt;
8) die zur Sperrung von Wegen oder von Eingängen in eingefriedigte Plätze dienenden Gatterthore, Pforten, Hecken u. s. w. öffnet, oder nach dem Hindurchgehen nicht wieder schließt;
9) Steine, Scherben, Schutt oder Unrath auf fremde Grundstücke oder Privatwege wirft.

§. 42. Mit Geldbuße von zehn Silbergroschen bis zu zwanzig Thalern soll bestraft werden, wer unbefugter Weise:

1) von Allee- oder Feldbäumen, oder von Hecken Laub abpflückt, oder Zweige abbricht;
2) aus Gärten, Weinbergen, Obstanlagen oder Alleen, oder von Feldern, Aeckern oder Wiesen Gartenfrüchte, Feldfrüchte oder andere Bodenerzeugnisse von unbedeutendem Werthe oder in geringerer Quantität entwendet;
3) Bäume oder Sträuche, welche in Gärten, Obstanlagen, Alleen, auf Aeckern oder sonst außerhalb eines Forstes stehen, oder Hecken und andere zur Einfassung von Grundstücken dienende Anpflanzungen abhaut, abbricht, ausreißt, ausrodet oder beschädigt[1]).

§. 43. Mit Geldbuße von funfzehn Silbergroschen bis zu zwanzig Thalern soll bestraft werden, wer unbefugter Weise:

1) Einfriedigungen, Baum- oder Prellpfähle, oder Brücken auf Privatwegen beschädigt oder zerstört;
2) Steine, Pfähle, Tafeln, Strohwische, Gräben oder ähnliche zur Abgrenzung, Absperrung oder Vermessung von Grundstücken oder Wegen dienende Merk- oder Warnungszeichen fortnimmt, vernichtet oder sonst unkenntlich macht;
3) das zur Bewässerung von Grundstücken dienende Wasser ableitet;
4) Gräben, Wälle, Rinnen oder andere zur Ab- oder Zuleitung des Wassers dienende Anlagen beschädigt.

Gleicher Bestrafung unterliegt:

5) wer ohne Erlaubniß der Ortspolizei-Behörde Torfmoore abbrennt oder Haidekraut, Bülten oder ähnliche Gegenstände auf dem Felde anzündet.

Sind Handlungen der unter Nr. 4. u. 5. bezeichneten Art mit gemeiner Gefahr verbunden, wie z. B. die Beschädigung von Deichen oder Dämmen, so unterliegen sie den im Strafgesetzbuch bestimmten strengeren Strafen der gemeingefährlichen Beschädigung.

---

[1]) In der Feldpol. O. (§. 43. Nr. 2.) fehlten in dieser Bestimmung die Worte: »ausreißt, ausrodet«.

Ueber die Anwendung der Bestimmung auf den Fall, wenn das Abhauen ꝛc. in gewinnsüchtiger Absicht geschehen war, war Zweifel entstanden. Die I. Abtheil. des Sen. für Straff. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 12. Jan. 1853 (J. M. Bl. 1853 S. 172, Entsch. Bd. 24. S. 438) angenommen, daß diebische Absicht die Anwendung dieser Strafbestimmung nicht ausschließe, und der Pl. Beschl. des Sen. für Straff. v. 12. Dec. 1853 (J. M. Bl. 1854 S. 92, Entsch. Bd. 26. S. 440) hatte diesen Grundsatz aufrecht erhalten. Indeß kam man später doch zu der Einschränkung, daß diese Bestimmung, da sie nur vom Abbrechen, Abhauen und Beschädigen spricht, nicht auf den Fall gänzlicher Entwendung des ganzen Baumes oder Strauches mit seiner Wurzel bezogen werden könne, sondern daß hier die allgemeinen Strafbestimmungen über Diebstahl zur Anwendung kommen müßten. (Erk. der I. Abtheil. des Sen. für Straff. v. 8. Febr. und 10. März 1854, J. M. Bl. 1854 S. 151, Goltdammer's Arch. Bd. 2. S. 417.) Diese Praxis ist durch die neue Fassung des §. 45. Satz 2. des G. v. 13. April 1856 bestätigt.

§. 44. Sowohl in dem Falle des §. 347. Nr. 10. des Strafgesetzbuchs, als auch dann, wenn Jemand unbefugter Weise über unbestellte Aecker, abgeerndtete Wiesen oder uneingefriedigte Weiden reitet, fährt oder Vieh treibt, ist die Pfändung der Reit- oder Zugthiere oder des Viehes, so wie die Forderung von Pfandgeld nach den Vorschriften der §§. 4. ff. zuläßsig.

Doch findet in allen diesen Fällen weder Pfändung noch Schadenforderung, noch Bestrafung statt, wenn derjenige, welcher über das fremde Grundstück geritten oder gefahren ist, oder Vieh getrieben hat, hierzu durch die schlechte Beschaffenheit eines an dem Grundstücke vorüber führenden und zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges genöthigt worden ist.

§. 45. Ist in den Fällen der §§. 41 — 43. eine Beschädigung fremden Eigenthums aus Rache oder Bosheit verübt, so trifft den Thäter die Strafe der Vermögensbeschädigung.

Wenn in den Fällen der §§. 41.—43. eine Wegnahme in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, so kommen die Strafen des Diebstahls zur Anwendung.

§. 46. Der Anspruch des Beschädigten auf Pfandgeld verjährt, wenn derselbe nicht innerhalb dreier Monate seit der Uebertretung bei der zuständigen Behörde angemeldet ist.

Art. II. Die vorstehenden Bestimmungen haben auch in denjenigen Landestheilen, in welchen weder die Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847, noch das Ruralgesetz v. 28. Sept. und 6. Okt. 1791 gilt, unter der in dem Art. III. des G. v. 22. Mai 1852 festgesetzten Beschränkung Gesetzeskraft.

Urkundlich rc. rc.

Gegeben Charlottenburg, den 13. April 1856.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen. v. Bodelschwingh. Gr. v. Waldersee. Für den Minister für die landwirthschaftl. Angelegenheiten: v. Manteuffel.

(G. S. 1856 S. 205 Nr. 4389.)

Dazu:

a) Zu §§. 41—43. u. 45. Daß in den Fällen der §§. 41—43. der Feldpol. O. neuerer Fassung eine Wegnahme in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, liegt noch nicht in der Feststellung, daß die Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschehen sei[1]).

Angenommen von dem Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1856. (Präj. Nr. 215.) (Entsch. Bd. 33. S. 481.)

b) Zum §. 42. Nr. 2. (Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 42. Nr. 6.) Auf die Entwendung bereits geerndteter Bodenerzeugnisse in geringer Quantität, oder von unbedeutendem Werthe, von Feldern oder Wiesen, oder aus Gärten, findet, wenn die Wegnahme nicht in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, nicht der §. 217. Nr. 2. des Strafgesetzbuchs, sondern der §. 42. Nr. 2. der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847, in der Fassung nach dem Ges. v. 13. April 1856, Anwendung.

Angenommen von dem Plenum des Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1857[2]). (Präj. Nr. 242.)
(Entsch. Bd. 37. Abth. 2. S. 1*)

c) Zum §. 42. Nr. 3. (Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 43. Nr. 2.) Auf Beschädigung der an öffentlichen Wegen und Anlagen angepflanzten Bäume findet diese Strafbestimmung keine Anwendung, sondern der §. 282. des Strafgesetzbuchs.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1856.
(Goltdammer's Arch. Bd. 4. S. 851.)

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1852 in Betreff der Beschädigung von Bäumen an öffentlichen Chausseen erkannt. (Goltdammer's Arch. Bd. 2. S. 565.)

d) Zum §. 43. Nr. 1. (Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 43. Nr. 3.) Die Bestimmung im §. 43. Nr. 3. der Feldpol. O. (jetzt §. 43. Nr. 1.) »auf Privatwegen« ist nur auf die dort genannten Brücken, und nicht auf die übrigen daselbst erwähnten Gegenstände zu beziehen.

Erkannt von der I. Abth. des Sen. für Straff. des Ob. Trib. unterm 27. Juni 1855. (Präj. Nr. 161.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 158, Entsch. Bd. 31. S. 308, Goltdammer's Arch. Bd. 4. S. 224.)

e) Zum §. 44. Alin. 2. (Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 44. Alin. 2.) Der Weg darf kein Privatweg, sondern muß ein zum gemeinen Gebrauche bestimmter Weg sein, wenn aus der schlechten Beschaffenheit desselben die im zweiten Satze des §. 44. ertheilte Befugniß über das fremde Grundstück zu reiten, zu fahren oder Vieh zu treiben, hergeleitet werden soll.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1855. (Präj. Nr. 2651.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 197, Entsch. Bd. 31. S. 454.)

8) Zu §§. 50 — 52. R. des Min. für landwirthschaftl. Angel. v. 17. April 1852. Die Feldhüter sind zu den Gemeindebeamten auch dann zu rechnen, wenn ihre Besoldung bloß von den Ackerbesitzern aufgebracht wird. (M. Bl. d. i. V. 1852 S. 123 Nr. 111.)

9) Zum §. 58. Vergl. die Erg. zum §. 11. der Feldpol. O.

10) In Folge der durch die neuere Gesetzgebung und namentlich durch das G. v. 13. April 1856 (s. ob. zu den §§. 41—46.) eingetretenen mehrfachen Abänderungen der Feldpol. O. ist die (nachstehende) Instr. der Min. der Fin., des Inn. und für landwirthsch. Angel. v. 1. Juli 1856 ergangen.

Die Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 hat sowohl in materieller Beziehung, als auch in ihren Bestimmungen über das Verfahren durch mehrere neuere Gesetze wesentliche Aenderungen erfahren.

Obwohl es vorbehalten bleiben muß, über das Bedürfniß einer noch weiteren Revision nähere Ermittelungen anzustellen, so hat es doch schon jetzt, um den mit der Handhabung der Feldpolizei beauftragten Lokal-Polizeibehörden die Uebersicht des zur Zeit bestehenden Rechtszustandes zu erleichtern, zweckmäßig geschienen, eine amtliche Ausgabe der Feldpol. O. mit den dieselbe abändernden Gesetzen herauszugeben, welche nicht nur in einem besonderen Anhange die mit der Feldpolizei zusammenhängenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, sondern auch zu den einzelnen §§. besondere ergänzende und erläuternde Anmerkungen enthält, auf welche hiermit verwiesen wird[1]).

Im Allgemeinen ist Folgendes zu bemerken:

Art. 1. Die Feldpol. O. enthält an mehreren Orten Hinweisungen auf Lokalverordnungen und bestimmt die Form des Erlasses derselben, so z. B. in den §§. 2., 25., 73. Diese Lokalverordnungen sind jetzt in Gemäßheit des Ges. v. 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung (G. S. S. 265) nur in den durch dies letztere Gesetz in den §§. 5. ff. vorgeschriebenen Formen zu erlassen.

Art. 2. Die §§. 41—46. der Feldpol. O. sind durch den Art. 1. des Ges. v. 13. April 1856 umgeändert.

Außer den Bestimmungen der Feldpol. O. sind bei Handhabung der Feldpolizei auch die Vorschriften des Strafgesetzbuchs in den §§. 344. Nr. 5.; 347. Nr. 1., 2., 7., 8., 10., 349. Nr. 1., 2. zu beachten.

Art. 3. Für die Verjährung der Uebertretungen der Feldpolizei kommt der §. 339. des Strafgesetzbuchs und der §. 9. des Ges. v. 14. Mai 1852 über die vorläufige Straffestsetzung wegen Uebertretungen in Betracht. Es verjähren danach alle Uebertretungen dieser Art in drei Monaten, ohne Unterschied, ob die Vorschrift, gegen welche gefehlt ist, in der Feldpol. O. oder in dem Strafgesetzbuch enthalten ist.

Art. 4. In den Fällen, in welchen die Feldpol. O. entscheidet, ob eine Wegnahme von Feldfrüchten oder anderen Gegenständen in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt ist oder nicht, ist dies nach den Verhältnissen jedes einzelnen Falles zu beurtheilen, insbesondere nach der Menge und Art des Entwendeten, nach der Persönlichkeit des Thäters und nach dem Zweck, zu welchem das Entwendete dienen sollte. Dabei ist jedoch nicht unbeachtet zu lassen, daß die sonst erschwerenden Umstände, unter denen eine ohne eigentliche gewinnsüchtige Absicht verübte Entwendung ausgeführt worden ist, z. B. das Einsteigen über Hecken und Zäune, die Anwendbarkeit der Feldpol. O. nicht ausschließen, daß es ferner fortan in dieser Beziehung gleichgültig ist, ob Jemand einen Strauch oder Baum mit der Wurzel oder ohne dieselbe entwendet hat. In beiden

---

[1]) Der §. 45. Alin. 2. des G. v. 13. April 1856 enthält nämlich die in der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 nicht befindliche Bestimmung, daß, »wenn in den Fällen der §§. 41 — 43. eine Wegnahme in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, die Strafen des Diebstahls zur Anwendung kommen.« Das Ob. Trib. hatte dagegen in früheren Fällen angenommen, daß auch da, wo die diebische Absicht (der animus lucrifaciendi) festgestellt sei, nur die Bestimmungen der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 42. Nr. 6., beziehungsweise §. 43. Nr. 4., nicht aber die des Strafgesetzbuchs, zur Anwendung zu bringen. (Erk. des Ob. Trib. v. 17. Mai 1854 und v. 29. Mai 1855, Goltdammer's Arch. Bd. 2. S. 685 und Bd. 3. S. 556.)

[2]) Die Abtheil. I. des Sen. für Straff. des Ob. Trib. hatte diesen Grundsatz bereits in mehreren Fällen angenommen. (Vergl. das Erk. v. 29. Okt. 1856, Goltdammer's Arch. Bd. 5. S. 79—80.) Die Abtheil. II. war entgegengesetzter Ansicht, weshalb die Entscheidung vor das Plenum gezogen wurde.

[1]) Erschienen im Verlage der Deckerschen Geh. Ob. Hofbuchdruckerei, 1856. (Bekanntmachung v. 19. Juli 1856, J. M. Bl. 1856 S. 200.)

Fällen trifft ihn die Strafe des Diebstahls, wenn eine gewinnsüchtige Absicht anzunehmen ist; in beiden Fällen die Strafe einer Uebertretung der Feldpol. O., wenn eine gewinnsüchtige Absicht nicht obgewaltet hat.

Art. 5. Was das Verfahren in Feldpolizeisachen betrifft, so kommen für die Fälle, in welchen es sich, wie bei den einfachen Hütungsfreveln nur um die Festsetzung von Pfandgeld, Kosten oder Ausmittelung des Schadens handelt, die Bestimmung der Feldpol. O. (§§. 53—67.) unverändert zur Anwendung.

Art. 6. Dagegen ist für das Verfahren bei Untersuchung und Entscheidung über die mit Strafe bedrohten Uebertretungen eine wesentliche Aenderung der Bestimmungen der Feldpol. O. (§§. 68—69.) eingetreten.

Nach dem Art. VIII. des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 steht in solchen Fällen die Untersuchung und Entscheidung den Einzelnrichtern zu, bei welchen der Polizeianwalt Anklage zu erheben hat. Diesem haben deshalb die Lokal-Polizeibehörden von jeder Uebertretung einer feldpolizeilichen Strafvorschrift Anzeige zu machen, es sei denn, daß sie von der ihnen durch das Ges. v. 14. Mai 1852 beigelegten Ermächtigung, solche Strafen vorläufig festzusetzen, Gebrauch machen wollen. In diesem letzteren Fall kommen indeß folgende Grundsätze zur Anwendung:

1) der Polizeiverwalter darf sich dieser Befugniß nur bedienen, wenn wirklich eine Uebertretung, also eine Handlung vorliegt, welche die Gesetze im höchsten Maße nur mit Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen oder mit Geldbuße bis zu funfzig Thalern bedrohen; handelt es sich um ein Vergehen oder Verbrechen, wie z. B. Diebstahl oder böswillige Beschädigung (§. 8. a. a. O.), so ist darüber dem Staatsanwalt des Bezirks Anzeige zu erstatten:

2) er darf keine höhere Strafe als fünf Thaler Geldbuße oder dreitägiges Gefängniß aussprechen (§. 1. a. a. O.); erachtet er eine höhere Strafe für angemessen, so muß er die Verfolgung dem Polizeianwalt überlassen (§. 1. a. a. O.);

3) gegen die Strafverfügung des Polizeiverwalters findet kein Rekurs an dessen vorgesetzte Behörde statt, sondern dem Angeschuldigten steht nur frei, innerhalb zehn Tagen, vom Tage der Insinuation der Verfügung an, bei dem Polizeiverwalter, dem Polizeirichter oder dem Polizeianwalt auf gerichtliche Entscheidung anzutragen (§. 5. a. a. O.);

4) dem Antragenden muß eine Bescheinigung über die erfolgte Anmeldung kostenfrei ertheilt werden (ebend.).

Art. 7. Nach dem Vorstehenden wird auch in den Fällen, wo es sich um eine mit Strafe bedrohte Uebertretung handelt, in der Regel dieselbe Polizeibehörde vorläufig die Strafe festsetzen können, welcher die Entscheidung zusteht, sobald es sich nur um die Kosten, Pfändung oder Schadensermittelung handelt (Art. 5.). Es wird sich dies Verfahren überall empfehlen, wo der Poliverwalter bei einer Uebertretung höhere Strafe als fünf Thaler Geldbuße oder dreitägiges Gefängniß für angemessen erachtet. Erst in den späteren Stadien unterscheidet sich das Verfahren.

Der Rekurs gegen die Entscheidung der Polizeibehörde über Pfandgeld und Kosten geht nach §. 67. an die Regierung resp. an das Gericht, welches in den Formen des Civilprozesses entscheidet.

Der Einspruch gegen die Straffestsetzung des Polizeiverwalters geht immer an das Gericht, und zwar an den die Strafsachen entscheidenden Einzelrichter, welcher unter Zuziehung des Polizeiverwalters zu erkennen hat.

Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheiten aber sind von vornherein die auf die Straffestsetzung bezüglichen Schriftstücke von denjenigen getrennt zu halten, welche sich auf die Kosten, Pfändung oder den Schadensersatz beziehen, damit das weitere Verfahren in beiden Richtungen durch die Vereinigung der Akten nicht aufgehalten werde. Berlin, den 1. Juli 1856.

(J. M. Bl. 1856 S. 198 Nr. 83., Min. Bl. d. i. V. 1856 S. 189 Nr. 128.)

IV. Betreffend die Gültigkeit der provinziellen Gesetze über Pfändungen im Allgemeinen.

1) Ueber Gegenstände, worüber die Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 Bestimmungen enthält, sind durch den §. 75. derselben alle provinziellen und statutarischen Vorschriften, mit Ausnahme des §. 38. der Halberstädtischen Feld-O. v. 27. Juli 1759 außer Wirksamkeit gesetzt.

2) Die bei Publikation des A. L. R. bestandenen Provinzial-Gesetze über Pfändungen sind, so weit sie den ausdrücklich einschränkenden oder verbietenden Vorschriften des Abschn. 4. Tit. 14. und der §§. 179—186. Tit. 22. Thl. I. desselben zuwiderlaufen, außer Kraft gesetzt, und nur noch in Betreff der Höhe des Pfandgeldes von Gültigkeit. Die Frage, in welchem Umfange und auf welche Gegenstände das Pfändungsrecht ausgeübt werden könne? ist daher lediglich nach dem A. L. R. zu beurtheilen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. April 1840. (Präj. Nr. 854.) (Präj. Samml. S. 304, Entsch. Bd. 6. S. 82.)

Von der entgegengesetzten Ansicht gehen aus:

a) das R. v. 26. Nov. 1800 [1]) (R. A. Bd. 1. S. 457, Rabe Bd. 6. S. 363);

b) die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 63);

c) Scholz, Provinzialr. der Kurmark Brandenburg, Abtheil. II. Thl. 1. S. 154 ff.;

d) Götze, Provinzialr. der Altmark, Thl. I. Abtheil. 1. S. 104;

e) v. Klewitz, Provinzialr. des Herzogth. Magdeburg, Thl. II. S. 42;

f) Bornemann (System Bd. 1. S. 437 Nr. 3.);

g) der Auff. im Centralbl. 1842 S. 324.

3) Die V. für die Provinz Südpreußen v. 18. Mai 1804 wider das Austreiben des Viehes ohne Begleitung eines Hirten und wegen des Pfandgeldes ist in ihren civilrechtlichen Bestimmungen durch Einführung des Code Napoleon in das vormalige Herzogthum Warschau für aufgehoben und bei Wiedereinführung der Preuß. Gesetze in die Provinz Posen für nicht wieder eingeführt zu erachten. Die Frage über die Zuläßigkeit der in dieser V. enthaltenen polizeilichen Bestimmungen liegt außer den Grenzen der richterlichen Kognition.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 10. Okt. 1837.

(Präj. Samml. S. 308, Entsch. Bd. 3. S. 135, Jahrb. Bd. 50. S. 387, Gräff Bd. 12. S. 58.)

V. Zum A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §§. 413—465.

§§. 413—417. Diese §§. gelten nicht in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§§. 414—419. Wann Pfändungen zuläßig sind.

1) In diesen §§. sind die negativen Requisite des Pfändungsrechts angeführt, daß nämlich die richterliche Hülfe nicht zum Zwecke führt, oder der zu Pfändende nicht bekannt, nicht sicher, oder ein Fremder ist, und daß andere Mittel nicht vorhanden sind, den Beweis oder Ersatz zu sichern. Es fragt sich, wer rücksichtlich dieser Requisite den Beweis führen muß?

Schüler meint, daß, da die Vermuthung für den Kläger spreche, der Verklagte, wenn er auf jene Requisite sich stützen wolle, auch den Beweis führen müsse. Er habe darzuthun, daß die Zwecke der Pfändung noch auf andere Weise zu erreichen gewesen, daß der Kläger noch andere Mittel gehabt, den Beweis oder Schadensersatz zu sichern rc.

(Centralbl. 1840 S. 852.)

Koch nimmt an, daß der Pfändende, zur Rechtfertigung seiner Pfändung, solche Umstände angeben und beweisen müsse, aus welchen die Zuläßigkeit der Bestimmung des §. 414. sich ergiebt. Der §. 415. bezeichne beispielsweise dergleichen Umstände.

(Landr. Bd 2. Anm. 3. zum §. 414. h. t.)

2) R. v. 26. Nov. 1800, daß auch bekannte Kontravenienten des Beweises wegen gepfändet werden dürfen.

Aus Eurem von dem Gen. Direktorio mitgetheilten Antwortschreiben an die dortige Immediat-, Forst- und Baukomm. v. 5. Juli d. J., betr. die Streitigkeit zwischen der Stadt N. und dem Forstamte N. wegen einiger von dem letzteren in der Neumühlschen Haide abgepfändeten Häupter Vieh, haben Wir ersehen, daß, indem Wir den §. 414. des 14. Tit. des A. L. R. angewendet und die Pfändung bekannter Defraudanten für unrechtmäßig erklärt, Ihr dabei auf den §. 416. nicht die gebührende Rücksicht genommen, nach welchem auch bekannte Kontravenienten gepfändet werden können, wenn man sich dadurch den Beweis der geschehenen Beeinträchtigung oder des erlittenen Schadens versichern will. Dies ist zwar in diesem §. nur dann gestattet, wenn kein anderes Mittel vorhanden ist, diesen Beweis zu führen; allein an anderen Beweismitteln ermangelt es gewöhnlich, und das A. L. R. beläßt es auch in dergleichen Forst-Polizeisachen bei demjenigen, was in den speziellen Provinzial-G. verordnet ist. Da nun die Kur- und Neumärkische Forstordn. v. 20. Mai 1720 im 5. Tit. in Ansehung der erlaubten Pfändungen zwischen bekannten und unbekannten Defraudanten keinen Unterschied macht, so konnte im gedachten Falle nur dies Gesetz als entscheidend angesehen werden. Wenn nun gleich der damalige Vorfall bereits abgemacht ist, so haben Wir dennoch nöthig gefunden, Euch hierauf zu Eurer künftigen Direktion um so mehr aufmerksam zu machen, als es sowohl zum besseren Beweise, wie auch zu sicherem Schutze des Eigenthums erforderlich ist, das Recht der Pfändung nicht zu sehr einzuschränken.

(Stengel Bd. 12. S. 280, N. A. Bd. 1. S. 457, Rabe Bd. 6. S. 363.)

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 414—419. h. t. Zus. 2.

§§. 418—424. Diese §§. gelten auch in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§§. 424—430. Was gepfändet werden könne.

§. 425. 1) Der §. 425. gilt nicht in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

2) Nach mehreren Provinzial-Forst-Ordnungen soll das verbotwidrige Hüten in Schonungen mit einem Pfandgelde, welches nach der Stückzahl des gehüteten Viehes zu erlegen ist, gerügt werden, ohne daß es einer vorangegangenen Pfändung bedarf. Die rechtliche Natur dieses Pfandgeldes betreffend, so ist zweifelhaft gefunden, ob dasselbe eine öffentliche Strafe sei, mithin Kontraventionen dieser Art im Wege des Untersuchungsverfahrens gerügt werden müssen, oder ob dasselbe nur für den Repräsentanten des Schadensersatzes zu halten, welcher im Wege der Civilklage zu verfolgen sei?

Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 16. Sept 1853 aus, daß zwar nach den Grundsätzen des A. L. R. das Pfandgeld als Schadensersatz zu erachten, daß indeß die Provinzial-Forst-Ordnungen das Hüten in Schonungen als ein delictum publicum ansehen, und daß daher das bei dem Behüten der Schonungen zu entrichtende Pfandgeld für eine öffentliche Strafe zu erachten und dergl. Kontraventionen im Wege der Untersuchung zu rügen.

(J. M. Bl. 1853 S. 372.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 21. Sept. 1855 zu §§. 11. 56. 58. 67. 68. der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

(Siehe ob. S. 534. Zus. 5.)

§§. 426. u. 427. Diese §§. sind in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 in Geltung geblieben.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§§. 428. u. 429. Diese §§. beziehen sich nur auf die Feldpolizei, und sind durch die Feldpol. O. unanwendbar geworden.

§. 430. 1) Der §. 430. hat auch in Feldpolizei-Sachen seine Geltung behalten.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

2) Ueber die Frage: ob eine Pfändung der Person zuläßig, bemerken die Motive zum neuen bürgerlichen Gesetzbuche:

Der gedr. Entw. zum allgemeinen Gesetzbuch enthielt anstatt der §§. 424. u. 430. des A. L. R. folgende Bestimmungen:

§. 281. »In der Regel sind nur Vieh und andere bewegliche Sachen ein erlaubter Gegenstand der Pfändung.«

§. 283. »Persönliche Pfändungen sind nur alsdann erlaubt, wenn eine Sachpfändung entweder gar nicht, oder nicht, ohne die Person zugleich anzuhalten, bewerkstelligt werden kann.«

Hiergegen ward damals erinnert:

»Persönliche Pfändungen sollen gar nicht erlaubt werden; die Menschheit werde dadurch zu sehr herabgesetzt und ein Recht begünstigt, dessen Erweiterung man nicht vorbeugen könne.«

Zur Rechtfertigung des Entwurfes wurde zwar entgegnet:

Vielleicht liege der ganze Anstoß bloß im Ausdruck. Persönliche Pfändungen seien im Grunde nur eine Art des Personalarrestes und nach der Einschränkung des §. 276. (A. L. R. §. 415) lasse sich dabei kein Nachtheil absehen.

Indessen hat doch jener §. 283. in dem §. 430. des A. L. R. demnächst eine abweichende Fassung dahin erhalten:

»Personen sollen nur alsdann angehalten werden, wenn die Sachpfändung entweder gar nicht, oder nicht, ohne sich zugleich der Person zu versichern, bewerkstelligt werden kann.«

Hiernach scheint die Pfändung der Person als unzuläßig angesehen und wirklich beabsichtigt worden zu sein, nur ein Anhalten der Person als Mittel zum Zwecke der Sachpfändung, und dieses daher auch nur in sofern zu gestatten, als man sich der betroffenen pfandbaren Stücke wegen besonderer Umstände, z. B. wegen Entlaufens derselben, entweder gar nicht, oder nicht, ohne zugleich ihren Führer oder Träger anzuhalten, zu bemächtigen im Stande sei.

Wenn dessenungeachtet in dem §. 424. des A. L. R. die Worte: »In der Regel« stehen geblieben sind, so ist dies wohl nur einem Versehen zuzuschreiben, hieraus allein aber die Zuläßigkeit einer eigentlichen Personenpfändung um so weniger herzuleiten, als schon der in dem §. 413. des A. L. R. aufgestellte Begriff der Pfändung dieselbe nur auf Sachen beschränkt.

(a. a. O. S. 539.)

§§. 431. 432. Pflichten des Pfändenden nach geschehener Pfändung.

1) Diese §§. haben in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 keine Geltung mehr.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

2) Gerichte des Orts, im Sinne des §. 431., giebt es nicht mehr.

3) R. v. 24. Dec. 1816. Die Orts-Bürgermeister sind ermächtigt, bei vorfallenden Pfändungen die Pfänder anzunehmen, den Schaden abzuschätzen und demnächst die aufgenommenen Verhandlungen an die betr. Ger. einzusenden, auch die Parteien dahin zu verweisen.

(Jahrb. Bd. 8. S. 243, Gräff Bd. 1. S. 58.)

Vergl. R. des Min. des Inn. v. 13. Nov. 1818.

(v. Kamptz Anm. Bd. 2. S. 1071, 1072.)

§§. 433—438. Pflichten der Gerichte bei geschehenen Pfändungen.

§. 434. Unter den »Gerichten des Orts« hat der Gesetzgeber auch im §. 434., wie im §. 431. nicht die Dorfgerichte, sondern den kompetenten Richter verstanden, wie Suarez rev. mon. zum §. 284. des damaligen Entwurfs ergiebt. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 67.)

§§. 434—436. Diese §§. fallen in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 weg.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§. 437. Dieser §. gilt auch noch in Beziehung auf Gegenstände der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§§. 438—457. Diese §§. finden bei Gegenständen der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 keine Anwendung.

Vergl. §. 75. der Feldpol. O.

§§. 439—445. Rechte des Pfändenden aus einer gehörig geschehenen Pfändung.

Diese Bestimmungen finden bei Gegenständen der Feldpol. O. keine Anwendung mehr. Gegenstand der landrechtlichen Vorschriften bleiben danach hauptsächlich nur noch die Beeinträchtigungen in Forsten und Haiden.

§§. 439. 413. Das Recht des Pfändenden, im Falle einer gehörigen außergerichtlichen Pfändung, sich wegen seines Schadens, des Pfandgeldes und aller durch die Pfändung verursachten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten an die abgepfändete Sache und beziehungsweise deren Erlös zu halten, erstreckt sich nicht auf das Eigenthum eines bei der verübten Beschädigung unbetheiligten Dritten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1852. (Präj. Nr. 2421.)

Dies folgt schon aus den Grundsätzen des A. L. R. I. 19. §. 14., I. 7. §. 181., I. 8. §§. 25., 32., Einl. §. 101. und I. 20. §. 15., so wie der A. G. O. I. 24. §§. 75., 77. Das Recht der außergerichtlichen Pfändung in den gesetzlich erlaubten Fällen (§§. 413. ff. h. t.) ist ein dem Pfandrechte verwandtes Recht, wie die geschichtliche Entstehung des Instituts ergiebt. Allein das Gesetz bestimmt nirgends, daß dies Recht sich auch auf Sachen eines bei der Beschädigung oder Uebertretung unbetheiligten Dritten erstrecken soll. Der im §. 413. h. t. gebrauchte Ausdruck: »Besitznehmung einer fremden Sache« berechtigt nicht zu einer solchen Annahme, sondern bezeichnet, wie im §. 1. A. L. R. I. 20., nur den Gegensatz zu dem, was dem Berechtigten eigen gehört. Auch die §§. 427. u. 440. h. t. sprechen nicht für die entgegenstehende Meinung, da sie auf einem ganz anderen Grunde (A. L. R. I. 6. §. 29.) beruhen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 27, Entsch. Bd. 24. S. 356, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 144 Nr. 33.)

§. 443. Suarez bemerkt in den Schlußverhandlungen bei der Abfassung des Allg. Gesetzbuchs: die Bestimmung der Höhe des Pfandgeldes sei deshalb unterblieben, weil es hierzu wegen der mannigfachen zu berücksichtigenden Umstände an einem sichern Maßstabe fehle.

(Jahrb. Bd. 52. S. 21.)

§§. 446—450. Rechte des Gepfändeten.

§. 446. Ueber die Zuläßigkeit des Rechtsweges über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme und der Ausübung des Retentionsrechtes Seitens des Fiskus bei Abpfändungen durch Beamte vergl. das Erk. des Kompetenz-Gerichtshofes v. 11. Juni 1853.

(J. M. Bl. 1853 S. 322.)

§§. 458—465. Excesse bei Pfändungen.

§§. 463. 464. In der criminal. Zeit. Jahrg. II. S. 53 wird ausgeführt, daß derjenige, welcher ein Thier aus der Gewahrsam oder von dem Grunde und Boden des Eigenthümers heimlich entwendet in der Absicht, dasselbe als übergetreten und gepfändet auszugeben, keine unrechtmäßige Pfändung, sondern einen Betrug begeht.

Fünfter Abschnitt.

Von Protestationen.

§. 466. Villaume, zur Erläut. des Begriffs von Protestationen nach dem A. L. R.
(J. W. 1844 S. 722 ff., 1845 S. 134 ff.)

§. 468. Statt: »§. 415.« muß es heißen: »§. 417.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§. 469. Statt: »beizugefügt« ist zu setzen: »beigefügt.«
(a. a. O.)

Funfzehnter Titel.

Von Verfolgung des Eigenthums.

Ueber die Abweichungen der Grundsätze dieses Titels vom gem. Rechte vergl. Suarez in den Schlußvorträgen.
(Jahrb. Bd. 41. S. 84 ff.)

§§. 1—10. Wer vindiziren könne.

§. 1. 1) R. v. 17. Dec. 1845. Der Ehemann ist nicht berechtigt, eingebrachte Sachen, welche seine ihn böslich verlassende Ehefrau für sich mitgenommen hat, dieser durch Klage abzufordern, weil die Vindikationsklage voraussetzt, daß der Eigenthümer einer Sache durch einen Dritten des Besitzes wirklich entsetzt worden, während die Ehefrau, welche eigenmächtiger Weise Sachen an sich nimmt und dem Manne vorenthält, nicht aufhört, im Namen des Ehemanns und für ihn die Gewahrsam auszuüben. (J. M. Bl. 1845 S. 336.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 144. Zus. 1.

§§. 1—3. Sowohl nach gemeinem Rechte, als nach dem A. L. R. steht dem Vindikanten die exceptio doli entgegen, wenn derselbe ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Geschäft mit dem Verklagten geschlossen und diesem die Sache zwar nicht übergeben, Verklagter jedoch den Besitz auf andere fehlerfreie Weise erlangt hat.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 13 Nr. 4.)

§§. 1—11. Die Vorschriften der §§. 1—11. können nicht auf den Fall angewendet werden, wenn ein Miterbe gegen einen anderen Miterben auf eine Feststellung der Verpflichtung desselben klagt, einen ohne zureichenden Rechtsgrund in den ausschließlichen Besitz des Verklagten gekommenen, zum Nachlasse des gemeinschaftlichen Erblassers gehörigen Gegenstand noch zur Erbtheilung zu bringen, und den Kläger als Miteigenthümer desselben anzuerkennen. Diese Klage wird daher nicht durch den Einwand, daß Verklagter den fraglichen Gegenstand bereits veräußert hat, erledigt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1844. (Präj. Nr. 1495.) (Präj. Samml. S. 85.)

§§. 1. u. 34. 1) Zur Begründung der Vindikationsklage genügt der Nachweis, daß die vindizirte, jetzt im Besitze des Verklagten befindliche Sache sich im Eigenthume des Klägers befunden hat, ohne daß diesem Letzteren ein besonderer Beweis darüber obliegt, daß der Verlust des Besitzes wider seinen Willen stattgefunden hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Dec. 1844.

Die zweite Bedingung der Vindikationsklage, daß die Verabfolgung der Sache, welche der Eigenthümer fordert, von deren Besitzer ihm vorenthalten wird (§. 1. h. t.), liegt vor, sobald der Verklagte geständlich den streitigen Gegenstand besitzt und nicht herausgeben will[1]). Die Ansicht, daß man hierzu nicht verbunden, in sofern kein unredlicher Erwerb beizumessen, und der redliche Besitzer nicht verpflichtet sei, seinen Titel aufzuweisen, ist nicht begründet. Aus den §§. 179., 180. Tit. 7., §§. 33. ff. Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. folgt keinesweges, daß die Vindikationsklage durch den Nachweis eines unredlichen Erwerbes auf Seiten des Besitzenden bedingt sei. Das Gegentheil ergeben die §§. 175—177. Tit. 7. a. a. O., wonach der vollständige redliche Besitzer, obwohl er gegen jeden Anderen alle Rechte des Eigenthümers hat, dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig ist. Nicht minder die gesetzl. Vorschriften über die Vindikation (§§. 1. ff. Tit. 15. a. a. O.), zufolge deren der wahre Eigenthümer das Recht hat, seine Sache, die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird, von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern. (Entsch. Bd. 11. S. 296.)

Auch das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Nov. 1854 führt aus, daß zur Begründung der Vindikationsklage nicht erforderlich sei, daß der Vindikant angebe und nachweise, ob und wie die Sache wider seinen Willen aus seiner Gewahrsam oder seinem Besitze gekommen ist. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 216 Nr. 46.)

2) Der Vindikant muß sein Eigenthum beweisen, wenngleich das vindizirte Grundstück einmal Theil seines Gutes gewesen und der Besitztitel des Gutes für ihn berichtigt ist. Erst wenn er ein früheres Eigenthum in seiner oder seines Autors Person dargethan hat, liegt dem beklagten Besitzer der Beweis des neueren Eigenthums ob.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1856.
(Entsch. Bd. 34. S. 128.)

Koch hält diesen Satz für wahr nur bei der eigentlichen Reivindikation, nicht aber bei der Publizianischen Klage, zu deren Begründung keineswegs der Nachweis des Eigenthums erforderlich sei, sondern der titulirte Besitz genüge. (Landr. Bd. 4. S. 1264.)

3) In dem Erk. v. 11. Sept. 1849 spricht der III. Sen. des Ob. Trib. sich über die Bedingungen der Vindikationsklage dahin aus:

Die Vindikationsklage setzt den Nachweis voraus, daß der Kläger entweder Eigenthümer oder vollständiger Besitzer sei. (§§. 175., 176. h. t. u. §§. 1., 2. A. L. R. I. 15.). Behauptet er Ersteres, so setzt der dem Beklagten gegenüber zu führende Beweis des. wahren Eigenthums nicht bloß den Nachweis des justus titulus und des dominii autoris, sondern auch den der traditio voraus. (A. L. R. I. 10. §§. 1. ff., I. 11. §. 127.) Aber auch wenn er Letzteres behauptet, muß er vor Allem nachweisen, daß er überhaupt einmal Besitzer gewesen, und daß ihm der Besitz ohne seinen Willen entnommen oder vorenthalten worden. Eben so setzt die Negatorienklage den Beweis des Eigenthums oder wenigstens des vollständigen Besitzes derjenigen Sache voraus, deren Freiheit von angemaßten dinglichen Rechten, Nutzungsrechten oder Servituten behauptet wird. (§§. 181., 182., 169. ff. h. t.)
(Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 167.)

4) Vergl. die Erg. zum §. 34. h. t.

§. 3. Derjenige, welcher nur ein persönliches Recht hat, kann dasselbe im Wege der Klage gegen den dritten Besitzer der Sache verfolgen, wenn dieser zur Zeit der Uebergabe das früher entstandene Recht des andern gekannt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1848. (Präj. Nr. 2059.) (Präj. Samml. S. 85.)

§§. 8—10. Der Erbe ohne Vorbehalt ist verpflichtet, den von seinem Erblasser geschlossenen bloß schriftlichen Erbpachtvertrag über eine fremde Sache, deren Eigenthum aber später der Erbe erworben hat, vor Gericht oder Notar zu vollziehen, und kann sich dagegen mit der inzwischen durch das G. v. 2. März 1850 erfolgten Aufhebung der Erbpachtgerechtigkeit nicht schützen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1853.

Zwar liegt hier nicht ganz der Fall vor, den die Vorschriften der §§. 8. bis 10. h. t. zunächst berücksichtigen, nämlich der Fall einer Vindikation;

---

[1]) Die Herausgeber der Entsch. (Bd. 11. S. 300 Note *) bemerken hierzu: »Wenn die §§. 1. und 34. Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. sich des Ausdruckes bedienen: »ohne den Willen des Eigenthümers«, so kann man von dem Vindikanten nicht den Beweis der Negative fordern wollen, daß der Eigenthümer um die Besitzveränderung gar nicht gewußt habe. Hätte der Gesetzgeber insbesondere einen ausdrücklich erklärten Widerspruch im Sinne gehabt, so würde er nicht des Ausdrucks »ohne seinen Willen«, sondern des »gegen seinen Willen« sich bedient haben. Vielmehr muß die Behauptung und der Nachweis, daß der Eigenthümer die Besitzübertragung sehr wohl gewußt und genehmigt habe, dem in Anspruch genommenen Inhaber überlassen bleiben.«

vielmehr will sich der Erbe nur mittelst eines Einwandes schützen gegen die Vollziehung der von seinem Erblasser geschlossenen Punktation über die Sache eines Dritten — in dessen Rechte er getreten; — allein offenbar macht er mittelst dieses Einwandes, ebenso wie der Vindikant die Rechte des Eigenthums geltend, welche ihm vor entstandenem Rechtsstreite übertragen worden sind, und es liegt daher die Sache im Wesentlichen so, als ob sein Erblasser die eigene Sache des Erben veräußert hätte — und die Frage: ob er der gerichtlichen oder notariellen Vollziehung des Erbpachtkontrakts widersprechen könne, obwohl er zugleich Erbe ohne Vorbehalt des Veräußerers geworden? muß mithin nach den alleg. Vorschriften allerdings beurtheilt werden, da sie jedenfalls ein Prinzip über die Wirkungen eines Zusammentreffens der Eigenthumsrechte mit den Verpflichtungen desjenigen, welcher diesen entgegen über eine fremde Sache verfügt hat, aufstellen und eine solche Kollision auch im vorliegenden Falle eintritt. So wenig nun ein Erbe ohne Vorbehalt die vom Erblasser veräußerte eigene Sache vindiciren kann, eben so wenig und noch weniger kann er einer gerichtlichen oder notariellen Vollziehung eines Vertrages sich entziehen, wodurch nicht einmal das vollständige Eigenthum der Sache, sondern nur ein wirkliches Nutzungsrecht an derselben übertragen wird.

Das G. v. 2. März 1850 steht dem nicht entgegen. Denn wenn auch hiernach das Erbpachtrecht in Eigenthum verwandelt ist, und neue Erbpachtverträge nicht geschlossen werden können, so ist doch der Anspruch auf Fortsetzung eines Erbpachtverhältnisses oder Bildung eines neuen nicht gerichtet, und es fragt sich nur, ob der Verklagte verpflichtet ist, dem bereits vor dem Erscheinen des fraglichen Gesetzes abgeschlossenen Geschäfte die für die Erlangung des Besitztitels nöthige Form zu geben. (Entsch. Bd. 25. S. 118.)

§§. 17—23. Wirkungen der Vindikation gegen einen unredlichen oder unrechtfertigen Besitzer.

§. 17. Wer eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muß sie dem dazu besser berechtigten Rückforderer unentgeltlich herausgeben, selbst wenn er in Beziehung auf diesen nicht unredlich gehandelt hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. April 1833.
(Simon's R. Bd. 3. S. 243.)

§§. 18. u. 19. u. Anh. §§. 49. u. 50. 1) Die Vorschriften der §§. 18. u. 19. und des §. 49. des Anh., wonach der Käufer einer Sache schon deshalb, weil er die Sache von einer ganz unbekannten, oder von einer solchen Person gekauft hat, die mit Sachen solcher Art nicht handeln, oder nach ihrem Stande und ihrer Lebensart sie nicht zu besitzen pflegt, — verpflichtet wird, dem besser berechtigten Rückforderer die Sache unentgeltlich herauszugeben, finden auf Ankäufe von Papieren, die auf jeden Inhaber lauten, und nicht außer Kours gesetzt sind, nicht Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1854. (Präj. Nr. 2510.)

Die gedachten Vorschriften gelten nicht für die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, deren Natur schon die Ausnahme von den allgemeinen, für andere Sachen geltenden Vorschriften,

daß jeder Erwerber einer Sache prüfen müsse, ob der, welcher sie ihm überlassen will, auch unverdächtig sei, und daß er zu seiner eigenen Sicherung auch seinen Vormann angeben müsse,

von selbst bedingt. Der Zweck solcher Papiere ist gerade, den jedesmaligen Besitzer der Verpflichtung zu seiner Legitimation zu überheben. Der Aussteller verpflichtet sich gleich bei der Ausstellung, jeden Besitzer des Papiers als legitimirt anzunehmen, der Besitz allein soll also die Legitimation gewähren, und eben deshalb bedarf es auch zur Uebereignung von Instrumenten, die auf jeden Inhaber lauten, keiner Cession (§. 401. A. L. R. I. 11.). Auch die Natur des Verkehrs, zu welchem solche Papiere bestimmt sind, führt die Nothwendigkeit mit sich, daß der Besitzer eines solchen an sich zur Disposition über dasselbe für befugt erachtet werden muß, und dem Wechsler, dem es zum Verkaufe präsentirt wird, nicht die Verpflichtung aufgelegt werden könne, sich auf eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Besitzes eines solchen Verkäufers einzulassen, demgemäß es auch gleichgültig erscheint, ob der Veräußerer im Sinne des §. 19. h. t. für verdächtig hätte gehalten werden können, da auch ein solcher von dem rechtmäßigen Eigenthümer beauftragt sein kann, das Papier umzusetzen und zur Gültigkeit dieses Auftrages es eben nur der Behändigung des lettre au porteur zu jenem Zwecke bedarf. Nur der, der wissentlich oder unter Umständen, die nur einen widerrechtlichen Erwerb annehmen lassen, ein solches Papier von dem unrechtmäßigen Besitzer desselben erworben hat, macht sich daher dem Eigenthümer verantwortlich. Dies geht aus der Fassung der Gesetze deutlich hervor; denn in §§. 1., 32. h. t. wird zunächst von der Verfolgung des Eigenthums überhaupt, und unter welchen Umständen und Voraussetzungen solche statthaft ist, gehandelt, und dann werden nur in §§. 42. ff. die Ausnahmsfälle aufgeführt, und zu diesen werden im §. 47. die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, wenn sie nicht außer Kours gesetzt sind, ausdrücklich gezählt und bestimmt, daß der Eigenthümer die ihm als solchen, in Beziehung auf das ihm entzogene Eigenthum zustehenden Rechte bei diesen Ausnahmefällen nur ausüben könne, einem unredlichen oder unentgeltlichen Erwerber gegenüber.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 28, Entsch. Bd. 27. S. 348, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 51 Nr. 12.)

2) Wenn das Feilbieten eines Pferdes nicht im Umherziehen, sondern in der eigenen Wohnung des Verkäufers erfolgt, so kann Letzterer für einen Verdächtigen nicht gehalten werden. Inhaber ländlicher Wirthschaften müssen, auch wenn sie dieselben nicht eigenthümlich besitzen, im Sinne des Anh. §. 49. den »angesessenen Leuten« beigezählt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1340.) (Präj. Samml. S. 85.)

3) Ist die Vorschrift des §. 49. des Anh. auch dann anwendbar, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen derselben zwar vorliegen, dem Erwerber des Pferdes aber, der den Verkäufer für legitimirt erachtete, unter den obwaltenden Umständen dennoch ein Versehen nicht zur Last zu legen ist?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Mai 1857.

Der Zweck des Reskripts v. 27. Nov. 1797, aus welchem der §. 49. des Anh. entnommen ist, war: bei der Vindikation eines entwendeten Pferdes der Entscheidung darüber, ob derjenige, von welchem das Pferd gekauft worden, für eine verdächtige Person hätte angesehen werden sollen — auf Grund der allgemeinen Vorschriften des A. L. R. I. 7. §§. 10—23. — eine festere und gleichförmigere Richtung zu geben. Wenn nun auch diese Bestimmung auf entwendete Pferde nicht zu beschränken, sondern auf alle Fälle eines Seitens des unberechtigten Nichteigenthümers erfolgten Feilbietens und demnächst stattgefundenen Verkaufs anzuwenden ist, so muß dieselbe, eben weil sie aus den allgemeinen Vorschriften des Tit. 7. abgeleitet worden, dennoch für unanwendbar erachtet werden, wenn nach jenen Vorschriften von einem dem Käufer zur Last zu legenden Versehen unter den obwaltenden Umständen nicht die Rede sein kann.

(Entsch. Bd. 36. S. 68, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 248 Nr. 46.)

4) Die Bestimmungen des §. 49. des Anh. finden nicht bloß auf Käufer im engeren Sinne des Wortes, sondern auch auf Veräußerungen durch Tausch Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1857.
(Entsch. Bd. 36. S. 68, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 248 Nr. 46.)

5) Die Bestimmungen des §. 19. finden auf Verpfändungen bei dem Königl. Leihamte zu Berlin keine Anwendung.

(Regl. v. 25. Febr. 1834 §§. 7. u. 20., G. S. S. 23.)

6) Außer der generellen Bestimmung des §. 19. über die Frage, welche Personen für verdächtig zu erachten, die nur eine Anwendung des §. 15. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. ist, sind hiernach noch spezielle Bestimmungen vorhanden.

a) V. v. 13. Febr. 1843, betr. die Legitimationsatteste bei Veräußerung von Pferden in den östlichen Provinzen der Monarchie[1]).

---

[1]) In Betreff dieses Gegenstandes hat die Gesetzgebung sehr gewechselt. Ihr Gang ist folgender:

a) das R. v. 27. Nov. 1797 wegen der Vorsicht bei Ankauf der Pferde (Auszug S. 270, N. C. C. Tom. X. p. 1473, Rabe Bd. 4. S. 349) ist übergegangen in den §. 49. des Anh.

Demnächst erging jedoch

b) eine V. v. 28. Sept. 1808 zur Verhütung der überhandgenommenen Pferdediebstähle (Mathis Bd. 7. S. 1, N. C. C. Tom. XII. p. 443), nach welcher die im §. 49. des Anh. enthaltenen Worte: »außer den öffentlichen Märkten« und »Roßtäuscher oder« wegfallen und daher Niemand von einem Unbekannten zu irgend einer Zeit ein Pferd kaufen darf, wenn sich Letzterer nicht sofort durch ein Attest als Eigenthümer des Pferdes legitimiren kann. Es wurde indeß

c) durch die K. O. v. 4. Aug. 1832, die Bestrafung der Diebstähle an Pferden, Zug- und Lastthieren, desgleichen an Nutzvieh betr. (G. S. 1832 S. 202), die V. v. 28. Sept. 1808 zur Verhütung der überhand genommenen Pferdediebstähle wieder aufgehoben. Danach frug sich, ob hiermit auch die durch die V. v. 28. Sept. 1808 bewirkte Modifikation des §. 49. des Anh. wieder weggefallen? Es enthält nämlich die K. O. v. 4. Aug. 1832 zwei Positionen: die unbedingte Aufhebung der V. v. 28. Sept. 1808 und

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. haben Uns bewogen gefunden, zur Verhütung der Pferdediebstähle, nach Anhörung Unserer getreuen Stände und auf den Antrag Unseres Staatsmin., für die sechs östlichen Provinzen der Monarchie zu verordnen, was folgt:

§. 1. Wer ein Pferd verkaufen, vertauschen, verschenken oder sonst veräußern will, ist verpflichtet, sich über seine Befugniß dazu, auf Erfordern der Polizei, durch ein amtliches Attest (§§. 5., 7.) auszuweisen.

§. 2. Führt er diesen Nachweis nicht, so ist die Polizeibehörde befugt, das Pferd in Beschlag zu nehmen. Ueber die Beschlagnahme ist, unter Beschreibung des Pferdes, eine Anzeige unverzüglich in die geeigneten öffentlichen Blätter der Umgegend und erforderlichen Falls in das Amtsblatt auf Kosten des Besitzers einzurücken, mit der Aufforderung zur Anmeldung der etwa an das Pferd zu machenden Eigenthumsansprüche.

§. 3. Werden dergleichen Ansprüche binnen vier Wochen vom Tage der Beschlagnahme an gerechnet, nicht angemeldet, so ist das Pferd dem Besitzer wieder zu verabfolgen, welcher dasselbe aus dem polizeilichen Gewahrsam zurückzunehmen und die Kosten der Fütterung, so wie der öffentlichen Bekanntmachung zu bezahlen verpflichtet ist.

§. 4. Wer ein Pferd von einer ihm unbekannten Person erwirbt, ohne daß diese durch ein vorschriftsmäßiges Attest (§. 5.) über ihre Befugniß zur Veräußerung des Pferdes sich ausgewiesen, hat dadurch allein eine Polizeistrafe von 5 Thalern oder 8 Tage Gefängniß verwirkt, das Pferd aber wird in Beschlag genommen und damit nach Vorschrift des §. 2. verfahren.

§. 5. Das Attest über die Legitimation zur Veräußerung eines Pferdes muß enthalten:

1) Namen und Stand des Eigenthümers, so wie desjenigen, der von ihm zur Veräußerung eines Pferdes beauftragt ist;
2) die Bezeichnung des Pferdes nach Geschlecht, Farbe, Größe, Alter und etwaigen besonderen Kennzeichen;
3) Ort und Datum der Ausstellung in Buchstaben ausgeschrieben;
4) Namen des Ausstellers unter beglaubigender Beidrückung des Siegels.

§. 6. Ein solches Attest gilt längstens für die Dauer von vier Wochen und dient während derselben einem jeden Besitzer des darin bezeichneten Pferdes zur Legitimation.

§. 7. Die Ausstellung der Legitimationsatteste erfolgt in den Städten von der Polizeibehörde, auf dem Lande von den Gutsherrschaften für sich und ihre Einsassen; wo keine Gutsherrschaften vorhanden sind[1]), haben die Regierungen die Distriktskommissarien, die Dorfschulzen oder andere geeignete Personen mit der Ausstellung der Atteste zu beauftragen und solches durch die Amtsblätter bekannt zu machen.

§. 8. Die Ertheilung des Attestes darf Niemandem versagt werden, welcher nachweist, wie er redlicher Weise zum Besitze des Pferdes gelangt ist, oder zwei glaubwürdige Zeugen stellt, welche die Thatsache bekunden, daß er seit drei Monaten das Pferd in freiem Gebrauch gehabt hat.

§. 9. Die Ausfertigung des Attestes erfolgt jederzeit stempel- und kostenfrei. Urkundlich ꝛc.

(G. S. 1843 S. 75.)

b) V. v. 5. Mai 1809 über den Ankauf des Getreides, Holzes und anderer gewöhnlichen Schiffsladungen von Schiffern und Schiffsknechten.

Da die Schiffer und Schiffsknechte öfters die ihnen anvertraute Ladung veruntreuen, auch wohl durch deren Anfeuchtung ihre Schwere zu vergrößern suchen, damit sie das alsdann sich ergebende Uebergewicht unter dem Namen von Ueberkahn oder Sprott verkaufen können, so verordnen Wir, wie folgt:

---

die Anordnung der criminalrechtlichen Bestrafung der Diebstähle an Pferden. Aus der ersteren folgt, daß die gedachte V. auch in civilrechtlicher Hinsicht keine Wirksamkeit mehr haben kann.

Daß dies jedoch auch in polizeilicher Hinsicht der Fall, nehmen an:

α) R. des Min. des Inn. u. d. Pol. v. 8. Okt. 1832, welches anerkennt, daß die V. v. 28. Sept. 1808 auch in polizeilicher Hinsicht aufgehoben, und die dort vorgeschriebenen Atteste nur in sofern für nöthig zu erachten sind, als dieselben nach anderen allgemeinen oder partikulären gesetzlichen Vorschriften etwa erforderlich sein möchten. (v. K. Ann. Bd. 16. S. 984.)

β) R. desselb. Min. v. 19. Febr. 1835. (v. K. Ann. Bd. 19. S. 237.)

d) In neuerer Zeit wurde dann von den Preuß. Provinzialständen die Wiedereinführung der V. v. 4. Aug. 1832 wiederholt in Antrag gebracht (vergl. den 5. u. 6. Landtagsabschied für die Preuß. Provinzialstände v. 31. Dec. 1834 und 28. Okt. 1838, v. K. Ann. Bd. 19. S. 536, Bd. 22. S. 514); es wurden in Folge dessen den im Jahre 1841 versammelt gewesenen Landtagen Propositionen vorgelegt, und deren Resultat war die V. v. 13. Febr. 1843.

[1]) Darunter werden solche Dörfer verstanden, in welchen die Gutsherrschaft und deren Polizeiverwaltung nicht ihren Sitz haben.

(R. des Min. des Inn. v. 8. März 1845, M. Bl. d. i. V. 1845 S. 126.)

1) Was der Schiffer von seiner Ladung verkauft, ist in der Regel als gestohlen zu betrachten.

2) Besonders gilt dies von dem Falle, wenn der Schiffer dem Getreide und ähnlichen Ladungen durch Anfeuchtung ein Uebergewicht zu verschaffen sucht, oder dieses durch die natürliche Feuchtigkeit bewirkt wird, und er sodann den das bestimmte Gewicht übersteigenden Theil der Ladung unter dem Namen von Sprott, Ueberkahn u. s. w. verkauft.

3) Wer den Schiffern oder den Schiffsknechten von der Ladung der Kähne oder Stromschiffe wissentlich etwas abkauft, wird wie ein Diebeshehler dem Diebe gleich gestraft (A. L. R. II. 20. §. 1238.).

4) Da Schiffer in der Regel nicht für Getreide- oder Holzhändler, oder Landwirthe, Kaufleute oder Krämer gehalten werden können, so ist auch der als ein Diebeshehler anzusehen, welcher unbekannten Schiffern oder Schiffsknechten Getreide, Heu, Holz, Kaufmannswaaren und andere gewöhnliche Schiffsladungen abkauft, wenn auch diese Sachen sich außer dem Kahne befinden.

5) Auch der, welcher weiß, daß der Schiffer in seiner Heimath Holz, Garten- oder Feldfrüchte anbaue, wird doch wegen des Ankaufes solcher Sachen von dem Schiffer nur alsdann entschuldigt, wenn die übrigen Umstände des Kaufs an der einen und des Verkaufs von der andern Seite keinen gegründeten Verdacht erregen können.

(Mathis Bd. 8. S. 362, Rabe Bd. 10. S. 102.)

c) In Betreff der Kaufgeschäfte mit Soldaten der §. 50. des Anh. zum A. L. R., welchem das Publik. v. 4. Jan. 1801, zur Verhütung der geheimen Trödelei und Erschwerung des Verkaufs gestohlener Sachen (Stengel Bd. 13. S. 265, Rabe Bd. 6. S. 391) und das R. v. 4. Jan. 1810 (Rabe Bd. 6. S. 391, Stengel Bd. 13. S. 265) zum Grunde liegen.

Dieser §. ist indeß durch den §. 6. der V. v. 18. März 1811[1]) auf Armatur- und Montirungsstücke beschränkt worden.

Das C. R. v. 15. Sept. 1806 (N. C. C. Tom. XII. p. 753, Rabe Bd. 8. S. 670), welches auf eine (nicht publizirte) K. O. v. 8. ej. m. Bezug nimmt, verbietet besonders den Ankauf oder Eintausch von Fourage von den Schirrmeistern oder Knechten der mobilen Armee und ihres Trains, und macht Allen zur Pflicht, denjenigen Schirrmeister oder Knecht, welcher Getreide, Heu oder Stroh zum Verkauf oder Eintausch anbietet, sogleich dem ihm vorgesetzten Offizier anzuzeigen.

§§. 24—32. Wirkungen der Vindikation gegen einen redlichen Besitzer.

Plathner, die Ersatzansprüche des Besitzers gegen den Eigenthümer. (J. W. 1848 S. 390 ff.)

§§. 25. 26. 1) Muß auch bei unbeweglichen Sachen dem Besitzer in gutem Glauben das, was er dafür gegeben, vom Vindikanten ersetzt werden?

Bejahet von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 31. März 1838.

Wenngleich die Ausdrücke: »entfremdete Sache« (§. 24.) und »abhanden gekommene Sache« (§. 25.) nicht eigentlich von Grundstücken gebraucht werden, so läßt sich deshalb doch nicht behaupten, daß der hier ausgesprochene Grundsatz nur auf bewegliche Sachen zu beschränken und auf Immobilien nicht anzuwenden sei. Dies ergiebt sowohl der ganze Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen über die Vindikation, als die von Suarez in der Schlußrevision (Jahrb. Bd. 41. S. 84) entwickelte neue Theorie der Vindikation.

(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 341.)

Auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Nov. 1852 führt aus, daß der §. 26. auch auf unbewegliche Sachen Anwendung finde. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 188 Nr. 38.)

2) Der Grundsatz des §. 26. ist nicht anwendbar auf die von einem Miether oder Pächter inferirten Sachen und Effekten, welche dritten Personen gehören, wenn der Vermiether oder Verpächter sein Pfandrecht daran ausüben will.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Pl. Beschl. v. 12. März 1838. (Präj. Nr. 426.) (Entsch. Bd. 4. S. 1 u. 12.)

3) Die Unverjährbarkeit der Kirchengrundstücke in der Kurmark schließt die Anwendung der §§. 25. u. 26. bei der Vindikation eines solchen Kirchengrundstückes nicht aus.

---

[1]) Vergl. diese V. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 700—703. Zus. 1. Dazu: §. 349. Nr. 4. des Strafgesetzbuchs.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1853. (Präj. Nr. 2416.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 28, Entsch. Bd. 25. S. 40, Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 188 Nr. 38.)

§§. 33—41. Von der Angabe und Nachweisung des Besitztitels.

§. 34. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken zur Erläut. des §. 34.:

Dies Rechtsverhältniß tritt durch eine Vergleichung des §. 34. mit §. 184. Tit. 7. klar hervor. Der §. 34. verpflichtet den Inhaber einer Sache zur Angabe des Besitztitels, sobald der Kläger nachgewiesen, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei; der §. 184. Tit. 7. spricht dieselbe Verpflichtung für den Fall aus, wenn der Kläger nachweiset, daß ihm der Besitz durch Gewalt, List oder Betrug genommen worden. Diese Fehler der Besitzergreifung sind also ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes in jedem Falle genügend, einen Dritten zur Angabe seines Besitztitels zu verpflichten; der rechtmäßige Besitzer — d. h. der, welcher einen gültigen Titel für sich hat (Tit. 7. §. 10.) — kann den dritten Inhaber eben dazu schon dann gerichtlich auffordern, wenn die Sache seinem Besitze überhaupt ohne seinen Willen entkommen ist.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 186, Simon's Z. Bd. 3. S. 626.)

2) Der Vindikant braucht nur den Erwerb, nicht die Fortdauer seines Eigenthums zu erweisen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. Okt. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 8 Nr. 3.)

3) Derjenige, welcher den fehlerfreien Besitz einer Sache erlangt hat, ist nicht verpflichtet, dem auf Herausgabe dieser Sache klagenden Vorbesitzer seinen Besitztitel anzugeben, wenn der Vorbesitzer nicht einen rechtsgültigen Titel seines obgleich langjährigen Besitzes nachgewiesen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 150 Nr. 33.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 161. Zus. 1.

4) Koch bemerkt zum §. 34., daß es von Umständen abhänge, ob der beklagte Besitzer den angegebenen Titel auch zu beweisen habe. Der Kläger müsse ihm Unredlichkeit nachweisen, wenn er die unentgeltliche Herausgabe der zurückgeforderten Sache verlangt. Habe der Kläger bewiesen, daß ihm die Sache z. B. gestohlen sei, und der Beklagte wolle es bei der bloßen Angabe, daß er dieselbe gekauft habe, bewenden lassen, so werde ihm solche Angabe nicht viel helfen, sondern ihn noch mehr verdächtigen. Er sei jetzt in der Lage, daß er den angefangenen Beweis des Klägers durch den Nachweis seines ehrlichen und vorsichtigen Erwerbes widerlegen müsse. Der §. 35. ergebe überdies deutlich, daß nicht die bloße Angabe genüge, sondern daß der Beklagte vielmehr »nachweisen« müsse, was er über den Erwerb behauptet. (Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 34. h. t.)

5) Vergl. oben die Erg. zu den §§. 1. u. 34. h. t.

§§. 34. u. 37. Die §§. 34. u. 37. erfordern zwar keinen bestimmten Nachweis der Person des Vormannes; jedoch hängt die Entscheidung der Frage, ob die Angabe des Vormannes genügend geschehen sei, nach Lage eines jeden Falles, von dem freien Ermessen des Spruchrichters ab.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Jan. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 207 Nr. 45.)

§§. 42—56. Was für Sachen nicht vindicirt werden können.

§. 42. Die Vorschrift des §. 42. findet auf unbewegliche Sachen, beziehungsweise deren Erwerb im Wege der nothwendigen Subhastation, keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. März 1855. (Präj. Nr. 2614.)

In den §§. 137. ff. A. L. R. I. 2. ist die allgemeine Regel aufgestellt, daß dingliche Rechte gegen jeden Anderen geltend gemacht werden können, in dessen Gewahrsam oder Besitz die Sache kommt, die der Gegenstand dieser Rechte ist, und daß Veränderungen in der Person des Besitzers der verpflichteten Sache das Recht auf die Sache nicht verändern. Von dieser Regel soll nach §. 138. nur bei beweglichen Sachen in gewissen Fällen eine Ausnahme stattfinden, und als solche Ausnahmefälle bezeichnet §. 138. die §§. 42. ff. im 15. Tit. — ein Allegat, daß um so entschiedener für die hier bevorwortete Beschränkung des an die Spitze gestellten §. 42. spricht, als in den §§. 43. bis 53. offenbar nur von beweglichen Sachen die Rede ist. Daß im §. 42. ebenfalls nur bewegliche Sachen gemeint sind, ergiebt aber auch die im §. 54. Tit. 15. enthaltene besondere Bestimmung. Stehen aber diese Gründe der Anwendung des §. 42. auf unbewegliche Sachen überhaupt entgegen, so muß seine Anwendbarkeit auch auf Grundstücke, welche im Wege der nothwendigen Subhastation erworben worden, ausgeschlossen werden. Dies ist auch in dem §. 12. Tit. 52. Proz. O. vorausgesetzt, indem darin die faktische und rechtliche Möglichkeit anerkannt wird, daß ein in nothwendiger Subhastation erstandenes Grundstück ganz oder theilweise von einem Dritten evincirt werden kann. Für diese Ansicht sprechen auch die in den §§. 6., 7. u. 15. der Subhastations-V. v. 4. März 1834 enthaltenen Bestimmungen über das Aufgebot und die Präklusion der Real-Prätendenten, zu denen doch auch die Eigenthums-Prätendenten gehören; denn dieselben hätten gar keinen Sinn, wenn schon die Subhastation für sich allein genügte, die Ersteher gegen die Ansprüche der Real-Prätendenten zu sichern. In Uebereinstimmung hiermit und den dieserhalb ergangenen prozessualischen Vorschriften (Proz. O. Tit. 51. §§. 99—106.) bezeichnet aber auch der schon oben §. 54. h. t. als das diesen Vorschriften zu Grunde liegende materielle Rechtsprinzip: eben nur das Aufgebot unbekannter Eigenthums-Prätendenten als dasjenige prozessualische Verfahren, durch welches ausnahmsweise der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer wider dessen Willen herbeigeführt werden könne. Die dagegen aufgestellten Gründe sind nicht haltbar. Der im §. 42. h. t. gebrauchte Ausdruck »Versteigerung« ist nur der Deutsche Ausdruck für die im gedr. Entw. des A. L. R. (Thl. II. Abth. 2. Tit. 12. §. 18.) gebrauchte Bezeichnung »Auktion.« Aus der Vertauschung des letzteren mit dem Worte »Versteigerung« läßt sich daher auf die Absicht der Redaktoren, die Vorschrift §. 42. auch auf Immobilien auszudehnen, nicht schließen. Jedenfalls ist dieser Ausdruck nicht geeignet, den Vorschriften §. 138. A. L. R. I. 2., §. 54. h. t. und §. 12. Tit. 52. Proz. O. und der darin bestimmt ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers gegenüber die Annahme zu rechtfertigen: daß auch sub hasta versteigerte Immobilien der Vindikation des Eigenthümers nicht unterlägen. Auch die Bemerkung in Suarez Schlußvorträgen (Jahrb. Bd 41. S. 84), »daß die in Rede stehende Bestimmung (§. 42.) schon das jus Romanum habe«, rechtfertigt die entgegengesetzte Ansicht nicht, da daraus noch nicht folgt, daß das Röm. R. in voller Ausdehnung habe beibehalten werden sollen. Die §§. 93., 100. Tit. II. der Hypoth. O. unterstützen nur anscheinend die extensive Auslegung des §. 42. h. t. Es ist nämlich in jenen Bestimmungen ein mit der nothwendigen Subhastation verbundenes Aufgebot der Real-Prätendenten stillschweigend vorausgesetzt und die Hypoth. O. erwähnt dieser Voraussetzung nur deshalb nicht, weil zur Zeit ihrer Emanation mit der nothwendigen Subhastation ein solches Aufgebot stets verbunden war, wie dies aus den Hofreskripten v. 24. Aug. 1784, 30. Juli 1787 und 1. Febr. 1796 (Rabe Bd. I. Abth. 7. S. 408 u. 686, 687., III. S. 261, Mathis Bd. 1. S. 297 ff.) hervorgeht. Diesen Standpunkt der damaligen Gesetzgebung ignorirt aber auch das J. M. R. v. 27. Okt. 1810 (Mathis Bd. 9. S. 552). Abgesehen hiervon würde aber auch im zweifelhaften Falle jenen Vorschriften der Hyp. O. durch die neuere Gesetzgebung des A. L. R. und der A. G. O. derogirt sein. Die Meinung endlich, daß der §. 138. A. L. R. I. 2. nur von Rechten auf »fremde« Sachen, von verpflichteten Sachen, nicht vom Eigenthume spreche, und deshalb als Belag für die restriktive Auslegung des §. 42. h. t. nicht heranzuziehen sei, wird dadurch widerlegt, daß der §. 138. a. a. O. ausdrücklich auf den §. 42. h. t. hinweist. Aus diesen Gründen hat sich die konstante Praxis des Ob. Trib. in Uebereinstimmung mit den Gesetzrevisoren (Pens. XIII. S. 187) stets dahin entschieden, daß der §. 42. h. t. auf Immobilien resp. auf den Erwerb von Grundstücken im Wege der nothwendigen Subhastation nicht anzuwenden sei. Vergl. Erk. v. J. 1821 (Jahrb. Bd. 38. S. 343). Desgl. in Sachen: Estu wider die Löwes'schen Eheleute v. 17. Jan. 1850. Desgl. v. 1. Juli 1853 in Sachen: Köhler wider Rodestock.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 28, Entsch. Bd. 30. S. 69, J. M. Schr. Bd. 1. S. 402.)

Denselben Grundsatz nehmen die Gesetzrevisoren an, weil das A. L. R. bei Immobilien keine andere vollkommene Erwerbungsart mit unbedingter Wirkung gegen Dritte kenne, als diejenige, welche auf dem Glauben des Hypothekenbuches beruhe. Diese Erwerbungsart sei an die Stelle jeder andern getreten und ersetze die auctoritas des Vorbesitzers. Mit diesem unbedingten Glauben des Hypothekenbuches ständen der §. 54. h. t. und A. L. R. I. 2. §. 138. in inniger Verbindung. Es würde deshalb ein Mangel an folgerechter Verbindung sein, wenn neben dem Hypothekenbuche eine auctoritas des Fiskus, als Vorbesitzers, anerkannt werden sollte.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 187.)

Derselben Ansicht sind:

a) Koch in dem Aufsatze: Kann ein sub hasta publica adjudicirtes Grundstück vindicirt werden? (J. Z. 1832 S. 157—160 u. 202—207,

vergl. Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 42. h. t.) welche Frage er demgemäß bejahend entscheidet.

b) P. R. in dem Aufsatze: Beitrag zur Lehre von der Vindikation A. L. R. I. 15. §. 42. (J. Z. 1836 S. 420—424.)

c) Bornemann (System Bd. 2. S. 257, 2. Ausg. Bd. 2. S. 146).

d) Pohl in der Abhandl. in der J. W. 1841 S. 554.

Vergl. das die Frage als zweifelhaft bezeichnende R. v. 11. Nov. 1831. (Jahrb. Bd. 38 S. 343, Gräff Bd. 6. S. 455.)

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen, hauptsächlich auf die §§. 93. u. 100. Tit. II. der Hyp. O. fußend, das R. v. 27. Okt. 1810 (Rabe Bd. 10. S. 440), Gräbell (Komm. zur A. G. O. Bd. 6. §. 108.), Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 540 und Nachtr. Hft. 1. S. 70), Böle in dem Auff. in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 659 ff., Schmidt (Grundsätze des gem. u. Preuß. Pfandrechts S. 464), die Meditation im Centralbl. 1838 S. 543 ff.

§. 43. Findet der §. 43. nach der heutigen Gewerbegesetzgebung noch Anwendung?

a) Schmidt nimmt an, daß, nach Aufhebung der Zunftverfassung, der §. 43. auf jeden Kaufmann anzuwenden sei; denn die ratio legis sei nicht auf die Begünstigung der Korporationen, sondern auf die Person des Käufers gerichtet gewesen, und der Sinn der Verordnung der: daß derjenige Käufer seines Eigenthums sicher sein solle, welcher es, nicht von heimlichen Händlern, sondern in einem unter öffentlicher Konzession eröffneten Laden gekauft habe.

(Grundsätze des gem. und Preuß. Pfandr. S. 484.)

b) Bornemann hält den §. 43. seit Aufhebung der Zunftverfassung für bedeutungslos, und es könne sich nur fragen, ob derselbe auf Kaufleute, welche zu den an einigen Orten wieder ins Leben gerufenen kaufmännischen Korporationen gehören, anzuwenden sei? Auch dies sei zu verneinen, weil die neueren Korporationen den aufgehobenen Gilden nicht gleich zu achten.

(System Bd. 2. S. 257, 2. Ausg. Bd. 2. S. 146.)

c) Dieser letzteren Ansicht sind auch die Gesetzrevisoren.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 188.)

Auch in den Motiven zum neuen bürgerl. Gesetzb. Thl. II. S. 115 wird angenommen, daß das im §. 43. gedachte Privilegium der Kaufleute, welche die Gilde gewonnen haben, bedeutungslos geworden, seitdem keine Gilden mehr existiren; auch sei keine Veranlassung vorhanden (de lege ferenda), ihnen die in wenigen Städten und in ganz anderer Bedeutung bestehenden kaufmännischen Korporationen zu substituiren.

d) Dagegen hält Bielitz dafür, daß der §. 43. auf die neuen kaufmännischen Korporationen Anwendung finde, da diese an die Stelle der vormaligen Innungen mit den nämlichen Rechten und Pflichten getreten seien. (Komm. Bd. 3. S. 541.)

e) Koch spricht sich dahin aus, daß nach der jetzigen Gewerbe-Gesetzgebung kein Kaufmann, um kaufmännische Rechte zu haben, die Gilde mehr zu gewinnen brauche, wenn an dem Orte, wo er sich niederläßt, keine kaufmännische Korporation vorhanden ist, und in deren Statuten nicht der Erwerb der kaufmännischen Rechte durch den Beitritt zu der Korporation bedingt ist (Gew. O. v. 17. Jan. 1845 §. 94.). Der Grundsatz werde, als Ausnahme, da keine Anwendung finden können, wo dessen Voraussetzung, nämlich eine Gilde oder kaufmännische Korporation, fehlt. Dagegen fielen die an Orten, wo keine solche Körperschaft besteht, befindlichen Kaufleute unter die Kategorie des §. 44. h. t. Deshalb sei der Streit: ob die neuen Korporationen dieselben Berechtigungen, wie die alten Gilden haben, unfruchtbar. (Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 43. h. t.)

§. 44. Zu den im §. 44. gedachten Personen gehören auch Kaufleute, welche sich mit Beobachtung der gewerbepolizeil. Vorschriften an Orten niedergelassen haben, wo sich keine Kaufmannsgilden befinden.

Vergl. Gew. O. v. 17. Jan. 1845 §§. 22., 94.

§§. 45—47. Können baares Geld und auf jeden Inhaber lautende Papiere gegen den unredlichen Besitzer vindicirt werden?

Die Gesetzrevisoren bejahen in Beziehung auf letztgedachte Papiere unbedingt und unterscheiden rücksichtlich des Geldes, ob dasselbe noch unvermischt erhalten und an den etiquettirten Beuteln, den überschriebenen Düten oder ähnlichen Merkmalen erkennbar sei. Alsdann stehe dasselbe den durch Litera und Numero von andern Papieren derselben Gattung erkennbaren, auf jeden Inhaber lautenden Papieren gleich und werde von dem unredlichen Gemeinschuldner nach §. 297. A. G. O. I. 50. vindicirt werden können; andernfalls aber sei eine Vindikation unmöglich und es entstehe nach A. L. R. I. 16. §§. 72., 73. nur eine Obligatio für den unredlichen Empfänger.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 188.)

Derselben Ansicht ist Bornemann.

(System Bd. 2. S. 258, 2. Ausg. Bd. 2. S. 146—147.)

Gräbell hält die Vindikation gleichfalls für zulässig; deren Ausübung aber der Natur der Sache nach durch den Nachweis der Identität der in Anspruch genommenen Sache für bedingt.

(Komm. zur A. G. O. Bd. 5. S. 352.)

Koch bejahet ebenfalls, vorausgesetzt, daß das Geld oder die Papiere noch unterscheidbar.

(Landr. Bd. 2. Anm. 47. u. 51. zu §§. 45. u. 47. h. t.)

§. 47. 1) Begriff der auf jeden Inhaber lautenden Papiere (lettres au porteur).

a) Gräbell führt aus, daß darunter nur diejenigen Papiere zu verstehen, in welchen der Gläubiger überall nicht namhaft gemacht ist, wogegen der bloße Vorbehalt des Schuldners, an jeden Inhaber des Dokuments gültige Zahlung leisten zu dürfen, ohne sich um dessen Legitimation zu kümmern, dasselbe noch nicht in die Klasse der für die Cirkulation bestimmten Papiere versetze. Daher seien Banko-Obligationen keine Billets au porteur, wohl aber Bankozettel, Kassenanweisungen, Staatsschuldscheine und Pfandbriefe.

(Komm. zur A. G. O. Bd. 5. a. a. O. S. 272, 273.)

b) Koch bemerkt, daß nur die auf jeden Inhaber zahlbaren Papiere darunter zu verstehen. Papiere, welche auf den Namen einer bestimmten Person als Gläubiger lauten und worin der Schuldner sich nur ausbedungen hat, daß er sich bei der Bezahlung nicht mit der Legitimation des Präsentanten zu befassen verpflichtet sei, seien nicht lettres au porteur payables; der Zahler sei immer berechtigt, nachzufragen, und der Uebergang könne nur durch Cession vermittelt werden. (Landr. Bd. 2. Anm. 50. zum §. 47. h. t.)

2) Sind Bank-Obligationen für lettres au porteur zu erachten?

Bei den über Depositalgeldern ausgestellten ist die Verneinung icht zweifelhaft, da diese auf das Gericht lauten, aus dessen Depositorium die Gelder bei der Bank belegt worden. Die auf Privatpersonen ausgestellten Bank-Obligationen anlangend, so waren diese nach den älteren Banko-Reglements v. 11. Mai 1765, 18. Juli und 1. Nov. 1768 (N. C. C. Tom. IV. p. 4041 u. 5033, Rabe Bd. 1. Abtheil. 3. S. 398 u. 428) keine billets au porteur. Anders verhält es sich gegenwärtig nach dem R. v. 2. Mai 1795, wegen der Quittung der Bank-Obligationen.

(N. C. C. Tom. IX. p. 2497, Rabe Bd. 3. S. 28.)

Auf Grund dieses R. und der seitdem in den Banko-Obligationen enthaltenen Klausel, daß jederzeit derjenige für den rechtmäßigen Inhaber dieser Obligationen ohne weitere Legitimation angenommen werden solle, der dieselben in der Bank präsentire und quittirt aushändige, sind dieselben, wenngleich in ihnen, wie früher, der ursprüngliche Gläubiger noch genannt wird,

a) in Beziehung auf die Banko-Komptoirs, unzweifelhaft lettres au porteur. Dies ist in verschiedenen Erk. des K. Ger. und Ob. Trib. von 1795 bis 1797 (Stengel Bd. 5. S. 55 ff., 76 ff.) und aus den Jahren 1800 und 1801 (Mathis Bd. 3. S. 129 u. 288) angenommen. Es frägt sich dagegen:

b) ob sie es auch in Beziehung auf den Privatverkehr sind? Dies bejahen Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 544) und Strombeck (zum A. L. R. Bd. 3. S. 856 Anm.), weil, wenn jeder Präsentant ohne weitere Legitimation, bloß auf Grund des Besitzes der Obligation, von der Bank für den rechtmäßigen Inhaber erachtet werde, der Käufer der Obligation sich dieselbe von dem Eigenthümer nicht cediren zu lassen brauche, sondern die Uebergabe der Obligation zur Uebertragung des Eigenthums genüge. Dies sei aber gerade das Charakteristische der lettres au porteur. Es verneinen die beiden Senate des Kammerger. in Sachen Wendler wider Schulz unterm 18. Okt. 1813 und 15. Okt. 1814. (Jahrb. Bd. 3. S. 318, 319.)

c) Zu unterscheiden sind noch insbesondere die am 1. Jan. 1787 kreirten zweiprozentigen Obligationen, welche unbedingt lettres au porteur sind, wie das Banko-Komptoir anerkennt. Vergl. R. v. 13. März 1820. (Jahrb. Bd. 15. S. 42, Gräff Bd. 4. S. 283.)

3) Seehandlungs-Obligationen sind nicht lettres au porteur. Wenngleich nämlich auf denselben die Zahlung der darin verschriebenen Summe dem jedesmaligen Inhaber ohne weitere Legitimation zugesichert ist, so ist doch der Gläubiger namhaft gemacht und jene Klausel, welche nur die Seehandlung von der lästigen Legitimationsprüfung befreien soll, kann die Rechte eines Dritten nicht ändern.

Erkannt von dem Kammerger. und dem Ob. Trib. in den Jahren 1800, 1801 und 1814.

(Mathis Bd. 3. S. 129 u. 288, Jahrb. Bd. 3. S. 318.)

4) Berliner Sparkassenbücher sind nicht für lettres au porteur zu erachten.

Angenommen von der I. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammerger. unterm 18. Mai 1854. (Präj. Nr. 7.)

§§. 47. 45. 46. 1) Ein gestohlener außer Kours gesetzter Pfandbrief kann vindicirt werden, wenn derselbe auch durch einen falschen, seinen äußeren Merkmalen nach den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Wiederinkourssetzungs-Vermerk in den öffentlichen Verkehr gebracht worden ist. Der redliche Erwerber ist jedoch nur gegen Erstattung dessen, was er dafür gegeben hat, zur Herausgabe desselben verpflichtet. Auch hat der vindicirende Eigenthümer nur Anspruch auf den Pfandbrief nebst Koupons resp. Zinsen vom Tage der Erstattung dessen, was der Erwerber dafür gegeben hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1853.

Nach §. 47. werden die darin gedachten Papiere nur so lange dem baaren Gelde gleich gesetzt, als sie nicht außer Kours gesetzt sind, und nur unter dieser Bedingung ist deren Vindikation ausgeschlossen. Ist also ein solches Papier außer Kours gesetzt, so finden auf dasselbe die die Vindikation ausschließenden §§. 45. u. 46. keine Anwendung. Hierin ändert auch ein falscher Inkourssetzungs-Vermerk nichts, weil einem solchen nicht die rechtliche Wirkung beigelegt werden kann, die das Ges. v. 4. Mai 1843 mit der von der kompetenten Behörde ausgegangenen Widerinkourssetzung verbindet, das Papier vielmehr als ein solches anzusehen ist, dessen Außerkourssetzung noch fortdauert. Indeß folgt daraus, wenn der Inkourssetzungs-Vermerk in einer Art bewirkt ist, daß er als gefälschter nicht erkennbar, daß der Erwerber des Papiers als ein redlicher Besitzer zu erachten und nach §§. 25—27. h. t. nur zur Herausgabe gegen Erstattung des dafür Gegebenen verpflichtet ist. In Betreff der Nutzungen und Zinsen aber tritt der §. 189. A. L. R. I. 7. ein.

(Entsch. Bd. 24. S. 381, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 208 Nr. 45.)

2) Hat der Erwerber eines Ostpreuß. Pfandbriefes, welcher vor dem Ges. v. 4. Mai 1843 von dem Depositorium eines Gerichts außer Kours und demnächst wieder in Kours gesetzt worden, diese Inkourssetzung für gesetzlich genügend erachtet, so trifft ihn um deswillen kein Vorwurf und er ist nicht zur unentgeltlichen Herausgabe des Pfandbriefes verpflichtet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 247 Nr. 56.)

3) Zur Begründung der Vindikationsklage des Eigenthümers von Eisenbahnaktien, wie anderer auf jeden Eigenthümer lautender Papiere, ist eine genaue Bezeichnung der einzelnen Aktien resp. Papiere erforderlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juli 1851, auf Grund der §§. 45—47. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 219 Nr. 46.)

§§. 47. 39. Wird der Besitzer von nicht außer Kours gesetzten lettres au porteur, der auf gerichtliches Befragen seinen Besitztitel und Vornamen anzugeben sich beharrlich weigert, auch in dem Betracht für einen unredlichen Besitzer angesehen, daß dieselben gegen ihn vindicirt werden können?

Korb (in der Abhandl. über die Vindikation nicht außer Kours gesetzter, auf jeden Inhaber lautender Papiere) verneint.

Der Rechtsgrund der Verbindlichkeit zur Angabe des Vornamens und Besitztitels beruhe darin, daß vi, clam oder precario gar kein Besitz erlangt und der frühere Besitz noch als fortdauernd gedacht werde. Wenn demnach der in Anspruch genommene gegenwärtige Inhaber einer unter den bezeichneten Umständen dem Gewahrsam entkommenen Sache sich von dem Anspruche befreien wolle, so müsse er erst durch Angabe seines Titels darthun, daß er wirklich Besitzer geworden sei, der frühere Besitz also in der That aufgehört habe. Diesen Nachweis führe der Inhaber eines Papiers au porteur durch die bloße Berufung auf den faktischen Besitz, indem die bloße körperliche Uebergabe ohne Cession zur Uebereignung derselben genüge. Hiernach falle die Vermuthung des noch fortdauernden früheren Besitzes und die darauf gebaute Verpflichtung des gegenwärtigen Besitzers, seinen Titel zu ediren, von selbst fort. Es sei nun zulässig, seine Verbindlichkeit zur Herausgabe durch den direkten Nachweis der Unredlichkeit seines Besitzes zu begründen, und mit Rücksicht hierauf in §§. 52., 53. h. t. bestimmt, daß die öffentliche Bekanntmachung des Verlustes nicht hinreiche, den Erwerber als einen unredlichen Besitzer darzustellen, diese Wirkung vielmehr nur eintrete, wenn der Besitzer überführt werden könne, daß er davon zur Zeit des Erwerbes wirklich Wissenschaft gehabt habe.

(J. W. 1839 S. 455 ff.)

§§. 47—51. 1) G. v. 16. Juni 1835, wegen des Außer- und Wiederinkourssetzens der auf jeden Inhaber lautenden Papiere.

Um die Schwierigkeiten zu beseitigen, welche bei den unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papieren durch die nach §§. 47. und 48. Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. zulässigen Außerkourssetzungen für die Institute herbeigeführt werden, denen die Zinsenzahlung oder planmäßige Tilgung obliegt, verordnen Wir, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, für sämmtliche Provinzen Unserer Monarchie, wie folgt:

§. 1. Vermerke, wodurch auf jeden Inhaber lautende, unter öffentlicher Autorität ausgefertigte Papiere von Privatpersonen bisher außer Kours gesetzt worden sind oder künftig außer Kours gesetzt werden, sollen für das Institut, welchem die Zinsenzahlung oder planmäßige Tilgung obliegt, keine bindende Kraft haben.

In Ansehung der Wirkung derselben gegen andere Besitzer verbleibt es bei den Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 15. §§. 47. sqq.

§. 2. Wird der Verlust eines außer Kours gesetzten Papiers von demjenigen, zu dessen Vortheile dasselbe außer Kours gesetzt worden, dem Institute angezeigt und enthält diese Anzeige außer der Bezeichnung des Papiers nach Buchstaben, Nummer und Geldbetrag, bei Pfandbriefen auch mit Benennung des Gutes, zugleich den Inhalt des Vermerks, so soll das Institut das Papier, wenn es von einem späteren Inhaber vorgelegt wird, anhalten und den Anzeigenden hiervon benachrichtigen, welchem die weitere Verfolgung seines Rechtes gegen den Präsentanten überlassen bleibt.

Das Institut ist befugt, das Papier zum gerichtlichen Depositum abzugeben.

§. 3. Eben so soll auch dasjenige Papier (sei es mit oder ohne Vermerk) angehalten werden, worauf ein Ger. aus irgend einem Grunde bei dem Institut Beschlag gelegt hat. In diesem Falle geschieht die Benachrichtigung und Ablieferung an das Beschlag legende Ger.

§. 4. Wenn bei Pfandbriefen, welche mit einem Privatvermerke (§. 1.) versehen sind, das Institut die amtliche Versicherung ertheilt, daß bis zur erfolgten Einlösung des Papiers weder eine Anzeige des Verlustes, noch eine Beschlagnahme geschehen ist, so soll die Löschung des der Hypotheken-Behörde eingereichten Pfandbriefes auf den Antrag des Instituts ohne Weiteres erfolgen. Auch die Eintragung eines umgefertigten Pfandbriefes soll erfolgen, wenn das Institut darauf anträgt und die Versicherung ertheilt, daß bis zur Einreichung des Papiers weder eine Anzeige des Verlustes, noch eine Beschlagnahme geschehen ist.

§. 5. In Ansehung der Außerkourssetzungen, welche durch die Institute selbst oder eine andere öffentliche Behörde geschehen, wird durch das gegenwärtige Gesetz nichts geändert.

§. 6. Eben so bleibt es bei den bisherigen gesetzlichen Vorschriften über die Pflichten, welche die Institute schon wegen der bloßen Anzeige des Verlustes eines Papiers, ohne Rücksicht auf einen in demselben angebrachten Vermerk, zu beobachten haben.

§. 7. Bei Papieren, zu welchen besondere Zinskoupons ausgefertigt werden, wird selbst durch die mit einer für das Institut bindenden Kraft erfolgte Außerkourssetzung die Zahlung der Zinsen auf die bereits ausgegebenen Koupons nicht gehindert; die Ausreichung neuer Koupons aber unterbleibt, sobald eine Anzeige des Verlustes oder eine Beschlagnahme geschehen ist.

§. 8. Bei Papieren, wozu keine Koupons, sondern abgesonderte Zinsen-Rekognitionen, Zinsenscheine oder dergleichen ausgefertigt werden, müssen diese Rekognitionen oder Scheine 2c. in dem Falle der §§. 2. u. 3. von dem Institute angehalten werden, eben so, wie dies mit den Papieren selbst sein würde, zu denen sie gehören. Bis zur Anzeige oder Beschlagnahme aber erfolgt die Zahlung der Zinsen an jeden Präsentanten.

§. 9. Bei Papieren, wozu weder Koupons (§. 7.) noch Zinsenrekognitionen (§. 8.) ausgefertigt werden, erfolgt die Zinsenzahlung an jeden Präsentanten, so lange nicht eine Anzeige des Verlustes oder eine Beschlagnahme stattgefunden hat. (G. S. 1835 S. 133.)

2) G. v. 4. Mai 1843, über die Umschreibung außer Kours gesetzter oder zum Umlauf brauchbar gewordener, unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigter Papiere.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen zur Feststellung des Verfahrens bei Umschreibung der unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papiere, welche durch darauf gesetzte Vermerke[1]) oder auf andere Weise zum Umlauf unbrauchbar geworden sind, auf den Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

§. 1. Jeder Besitzer eines unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papiers, welches entweder

a) durch Vermerk einer Behörde oder einer Privatperson außer Kours gesetzt, oder b) durch Vermerke anderer Art, oder durch Befleckung oder Beschädigung zum ferneren Umlauf unbrauchbar geworden ist,

kann auf die Umschreibung des Papiers in ein koursfähiges bei demjenigen Institute antragen, welchem die Zahlung der Zinsen oder die planmäßige Tilgung solcher Papiere obliegt.

Durch diese Bestimmung wird jedoch in den Vorschriften der §§. 50. u. 51. Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. und des §. 133. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. nichts geändert.

§. 2. Hat der Antragsteller sich nach dem Ermessen des Instituts als der rechtmäßige Besitzer des umzuschreibenden Papiers ausgewiesen, so wird dasselbe kassirt und ihm an dessen Stelle gegen Entrichtung der Ausfertigungskosten, wozu bei Pfandbriefen auch die Kosten der Eintragung in das Hypothekenbuch gehören, ein neues kourfähiges Papier ausgehändigt.

§. 3. Hält das Institut den rechtmäßigen Besitz nicht für nachgewiesen, so hat dasselbe eine öffentliche Bekanntmachung zu erlassen. Diese muß enthalten:

a) den Antrag auf die Umschreibung, und den Namen und Wohnsitz des Antragsstellers,
b) die Bezeichnung des umzuschreibenden Papiers nach seinem Betrage, seiner Nummer und den sonstigen Unterscheidungszeichen, welche dasselbe bei der Ausfertigung erhalten hat,
c) die Angabe der etwa darauf befindlichen Außerkourssetzungs-Vermerke oder der sonstigen Vermerke, Flecke oder Beschädigungen, wodurch das Papier zum Umlauf unbrauchbar geworden ist,
d) die Aufforderung:

»daß Jeder, der an diesem Papier irgend ein Anrecht zu haben vermeine, dasselbe bei dem Institute innerhalb der nächsten sechs Monate und spätestens an einem genau zu bezeichnenden Tage schriftlich anzuzeigen habe, widrigenfalls die Kassation des Papiers erfolgen und der Antragssteller statt desselben ein neues koursfähiges erhalten werde.«

Die Bekanntmachung ist dreimal, in Zwischenräumen von zwei Monaten, in das Intelligenz- oder das Amtsblatt des Bezirks, in welchem das Institut seinen Sitz hat, einzurücken.

Die von der Hauptverwaltung der Staatsschulden ausgehenden Bekanntmachungen solcher Art erfolgen durch das Berliner Intelligenzblatt, und wenn der Nominalwerth des umzuschreibenden Papiers mehr als 100 Thlr. beträgt, zugleich durch die Allg. Preuß. Staatszeitung.

Auch können die Institute, wenn sie es für angemessen erachten, die Bekanntmachung in die Amts- oder Intelligenzblätter oder Zeitungen des Orts, wo der Antragsteller wohnt, einrücken lassen.

§. 4. Wird auf die Umschreibung eines von einer Behörde außer Kours gesetzten und von derselben überhaupt nicht oder doch nicht gehörig wieder in Kours gesetzten Papiers angetragen, so ist das Institut verpflichtet, beim Erlaß der Bekanntmachung (§. 3.) dieser Behörde, sofern dieselbe aus dem Außerkourssetzungs-Vermerke noch erkennbar ist, davon Nachricht zu geben.

§. 5. Meldet sich bis zu dem in der öffentlichen Bekanntmachung bezeichneten Tage Niemand mit einem Anspruche, so hat das Institut das Papier zu kassiren und dem Antragsteller statt desselben ein neues koursfähiges Papier gegen Entrichtung der Ausfertigungskosten (§. 2.), so wie der durch die Bekanntmachung entstandenen Schreib- und Insertionsgebühren auszuhändigen.

§. 6. Ist dagegen entweder vor dem Erlasse der Bekanntmachung oder bis zum Ablaufe des darin bezeichneten Tages von Seiten einer Behörde oder einer Privatperson die Anzeige gemacht, daß das Papier ihr verloren gegangen sei oder ihr ein Anrecht darauf zustehe, so hat das Institut die Umschreibung zu verweigern und die Betheiligten zum Rechtswege zu verweisen.

Das eingereichte Papier ist anzuhalten und kann zum gerichtlichen Depositum abgegeben werden.

Urkundlich rc. (G. S. 1843 S. 177.)

3) G. v. 4. Mai 1843, über das Wiederinkourssetzen der unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papiere.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen zur Beseitigung der Zweifel, welche über die Befugniß öffentlicher Behörden zum Wiederinkourssetzen der unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigten Papiere entstanden sind, und zur Feststellung des bei dem Wiederinkourssetzen zu beobachtenden Verfahrens, auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths für den ganzen Umfang der Monarchie, was folgt:

§. 1. Hat eine öffentliche Behörde[1]) ein unter öffentlicher Autorität auf jeden Inhaber ausgefertigtes Papier für sich außer Kours gesetzt, so kann dasselbe sowohl von ihr selbst, als auch von der ihr vorgesetzten Behörde wieder in Kours gesetzt werden.

§. 2. Ist eine öffentliche Behörde an die Stelle einer anderen getreten[2]), so kann sie die von dieser außer Kours gesetzten Papiere wieder in Kours setzen.

§. 3. Außer den Fällen der §§. 1. und 2. findet das Wiederinkourssetzen nur durch einen gerichtlichen[3]) Vermerk statt, nach vorgängiger Prüfung der Legitimation dessen, welcher die Aufhebung der Außerkourssetzung verlangt. Im Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln soll die Befugniß zum Wiederinkourssetzen den Friedensrichtern zustehen.

In Beziehung auf die Befugniß der Institute zum Wiederinkourssetzen der von ihnen ausgefertigten Papiere verbleibt es bei den bestehenden Vorschriften.

§. 4. Der Wiederinkourssetzungs-Vermerk muß, wenn eine Behörde, ein Gericht oder ein Institut den eigenen Vermerk aufhebt, die Worte: »Wieder in Kours gesetzt« enthalten.

Hebt eine Behörde den Außerkourssetzungs-Vermerk einer anderen Behörde, an deren Stelle sie getreten ist, wieder auf (§. 2.), so hat sie bei ihrer Unterschrift zu bemerken, daß sie an deren Stelle getreten ist.

Soll der Vermerk einer Privatperson aufgehoben werden, so ist dies durch die Worte: »Wieder in Kours gesetzt durch N. N.« auszudrücken.

Geschieht dies für einen anderen, als denjenigen, welcher das Papier außer Kours gesetzt hat, so ist dessen Legitimation in dem Vermerke — jedoch ohne umständliche Anführungen oder Bezugnahmen — anzudeuten, z. B. »Wieder in Kours gesetzt von den Erben des N. N.«

Außerdem ist in allen Fällen das vollständige Datum, die Unterschrift und das in schwarzer Farbe ausgedrückte Siegel der Behörde (§§. 1. und 2.), des Gerichts- oder Instituts (§. 3.) dem Vermerke beizufügen.

Urkundlich rc. (G. S. 1843 S. 179.)

---

[1]) Die öffentlichen Behörden sollen bei ihren Außer- und Wiederinkourssetzungs-Vermerken mit Raumersparniß zu Werke gehen.
(C. R. der Min. des Inn. u. der Just. v. 24. Okt. 1846, J. M. Bl. 1846 S. 235.)

[1]) a) Dazu gehören in dieser Beziehung auch die Dorfgerichte. (R. des Min. des Inn. v. 26. Juli 1843, Min. Bl. d. i. V. 1843 S. 352.)

b) Dagegen haben die Gerichtsdepositorien nicht die Befugniß, die für das Depositorium außer Kours gesetzten Papiere wieder in Kours zu setzen, weil sie keine Behörde sind und auch kein Institut, welches dergleichen Papiere ausfertigen und ausgeben kann. Dergl. Wiederinkourssetzungen müssen daher unter der gewöhnlichen Unterschrift des Kollegiums geschehen. Die Depositarien können indeß den Vermerk selbst auf das auszugebende und wieder in Kours zu bringende Papier setzen, und wenn alsdann die Papiere mit dem zur Kenntnißnahme beizufügenden Mandate an den stets am Orte anwesenden Vorsitzenden gelangen, unter dessen Unterschrift alle andere Verfügungen des Kollegiums ausgefertigt werden, so kann kein Aufenthalt entstehen, der irgend zur Beschwerde des Publikums gereichen könnte.
(R. des Justmin. v. 19. Juni 1843, J. M. Bl. 1843 S. 170.)

c) Die Wiederinkourssetzungsvermerke der Regierungen müssen nach Vorschrift der K. O. v. 31. Dec. 1825 (G. S. 1826 S. 9) von dem Abtheilungs-Dirigenten, dem Decernenten und dem Justitiarius unterschrieben werden.
(C. R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 1. Juni 1844, Min. Bl. d. i. V. 1844 S. 233.)

[2]) Damit sind nur organische Ressort-Veränderungen gemeint. Wenn dagegen ohne eine solche Ressort-Veränderung ein bestimmtes Geschäft, z. B. eine Vormundschaft oder eine Nachlaß-Regulirung von einer Behörde an eine andere übergehen soll, so muß diejenige Behörde, welche die bei solcher Gelegenheit in ihren Gewahrsam gekommenen Papiere für sich außer Kours gesetzt hat, dieselben in koursfähigem Zustande an die andere Behörde, an welche das Geschäft abgegeben wird, ganz in derselben Weise abliefern, wie sie die Papiere den Interessenten selbst zurückzuliefern hätte. Sollte jedoch die Außerkourssetzung für eine bestimmte Vormundschaft oder für einen bestimmten Nachlaß erfolgt sein, so ist ein nach §. 48. A. L. R. I. 15. zu beurtheilender Privateigenthümer vorhanden, dessen Recht an dem Papiere auf demselben vermerkt worden, und wie alsdann die Wiederinkourssetzung erfolgen müsse, ergiebt der §. 4. der V. v. 4. Mai 1843 im dritten und vierten Absatz, da es keinen Unterschied macht, ob das Eigenthum einer Privatperson an dem Papiere von dieser selbst oder anderweit für dieselbe auf dem Papiere vermerkt worden ist.
(R. des Justizmin. v. 19. Juni 1843, J. M. Bl. 1843 S. 170.)

[3]) Da das Gesetz ein gerichtliches Verfahren zur Wiederinkourssetzung der durch einen Privatvermerk des Eigenthümers außer Kours gesetzten, auf jeden Inhaber lautenden Papiere vorschreibt, so versteht es sich von selbst, daß Notarien nicht befugt sind, die Privatvermerke über dergleichen Wiederinkourssetzungen zu beglaubigen.
(R. des Justizmin. v. 1. Aug. 1843, J. M. Bl. 1848 S. 297.)

4) Nach §. 3. des vorstehenden G. v. 4. Mai 1843 bewendet es in Beziehung auf die Befugniß der Institute zum Wiederinkourssetzen der von ihnen ausgefertigten Papiere bei den bestehenden Vorschriften. In Betreff der Pfandbriefe sind dies folgende:

a) Dekl. v. 23. Mai 1785, betr. die Vindikation, Erneuerung und Amortisation der Banknoten, Pfandbriefe und anderer billets au porteur (N. C. C. Tom. VII. p. 3127, Rabe Bd. 12. S. 231), aus welcher die §§. 47—53. h. t. entnommen sind.

b) R. v. 29. März 1806, betr. das Verfahren bei Wiederkoursgebung außer Umlauf gesetzter Pommerscher Pfandbriefe.

Die Pommersche General-Landschafts-Direktion wird nächstens das abschriftlich anliegende (Anl. a.) Publikandum, das Verfahren bei der Wiederkoursgebung außer Umlauf gesetzter Pfandbriefe betreffend, durch dessen Insertion in die öffentlichen Blätter zur allgemeinen Kenntniß bringen. Indem Wir Euch davon hiermit benachrichtigen, befehlen Wir Euch zugleich, Euch den darin enthaltenen, den Vorschriften des A. L. R. I. 15. §§. 48. sqq. gemäßen Bestimmungen nicht nur selbst zu konformiren, sondern auch Eure Unterbehörden dazu anzuweisen. Sind ꝛc.

Anlage a.

Es erscheinen sehr oft Pommersche Pfandbriefe, welche durch eine Bemerkung außer Kours und nachher von einer unbekannten Hand, mit bloßer Namensunterschrift, ohne Weiteres wieder in Kours gesetzt worden.

Da nun dies gerade gegen die gesetzliche Dekl. v. 23. Mai 1785, wegen Vindikation der Billets au porteur, so wie gegen das A. L. R. I. 15. §§. 48. ff. anstößt, auch für das Publikum Gefahr befürchten läßt, so hält die General-Direktion der verbundenen Pommerschen Landschaft es für Pflicht, Nachstehendes bekannt zu machen.

Es bleibt jedem Eigenthümer eines Pfandbriefes frei, sein Eigenthum an selbigem dadurch sicher zu stellen, daß er dies auf eine in die Augen fallende Art auf dem Pfandbriefe bemerke und diesen dadurch außer Umlauf setze, wie dies die G. nachgeben. Soll aber der Pfandbrief wieder in eine andere Hand übergehen, mithin den freien Umlauf wieder erhalten, so ist Nachstehendes nothwendig:

I. Ist ein Pfandbrief von einem der höchsten und höhern Landeskollegien selbst außer Kours gesetzt, und wird von dem ihn außer Kours setzenden höchsten und höhern Kollegio,

mit Beifügung des Dati, des in schwarzer Farbe beigedruckten öffentlichen Siegels und unter der gewöhnlichen Unterschrift des Kollegii,

wieder die Beschränkungsbemerkung gehoben, mithin der freie Umlauf dem Pfandbriefe wieder beigelegt; werden die landschaftlichen Kollegia einen so qualifizirten Pfandbrief zu allen ihm in dem Allerhöchst bestätigten Reglement zugeeigneten Vorzügen geeignet achten.

II. Ein ganz Gleiches wird stattfinden, wenn Regimentsgerichte, Magistrāte, Amts-, Stifts- und Patrimonialgerichte Pfandbriefe, die sie, das wohl zu merken, selbst außer Kours gesetzt haben, die Koursbeschränkung heben und den Pfandbrief in den freien Umlauf wieder zurücksetzen. Es muß aber jedesmal

mit Beifügung des Dati, des in schwarzer Farbe beigedruckten öffentlichen Siegels und der gewöhnlichen Unterschrift, mit Benennung der Eigenschaft der unterschriebenen Behörde

geschehen.

III. Pfandbriefe, welche von Unterbehörden, die nur einzelne Direktionen oder Administrationen haben, desgleichen von Korporationen, die nicht gerichtliche Kraft zugleich mit haben, wenn sie auch mit einem Amts- oder öffentlichen Siegel versehen sind, und von Privatis durch Bezeichnung ihres Eigenthums, oder sonstigen Rechtes an den Pfandbrief, außer Umlauf gesetzt worden, können nur dadurch dem Pfandbriefe den freien Umlauf gültig wieder verschaffen,

daß sie von einem bekannten Ger. nach vorgängiger gerichtl. Unters. ein gerichtliches Zeugniß verschaffen, daß die Beschränkung von dem wahren Besitzer, der den Umlauf beschränkt hat, wieder gehoben und der Pfandbrief in den freien Umlauf wieder zurückgegeben worden, und dieses Zeugniß muß von dem Gericht

mit Beifügung des Dati, des schwarzbeigedruckten Gerichtssiegels und der völligen Unterschrift versehen sein.

IV. Die landschaftlichen Departements-Direktiones setzen die in ihren Departements ausgefertigten Pfandbriefe in Umlauf, indem sie durch eine Bemerkung auf denselben,

unter Beifügung des Dati, des in schwarz gedruckten Stempels und der gewöhnlichen Unterschrift,

die Aufhebung der Beschränkung und Herstellung des freien Umlaufs bezeichnen.

Alle außer Umlauf gesetzt gewesene und nicht auf vorstehende Art in freien Umlauf zurückgegebenen Pfandbriefe kann und wird die Landschaft weder zum Umlauf noch zum Zahlungsempfang, noch zur Löschung im Register geeignet und fähig achten.

(N. C. C. Tom. XII. p. 113, Mathis Bd. 2. S. 487, Rabe Bd. 8. S. 496.)

c) Die R. des Min. des Inn. v. 21. Juni 1821 und v. 14. Sept. 1821 bestimmen:

α) Die Vorschriften des (vorstehend gegebenen) R. v. 29. März 1806 finden nicht bloß auf Pommersche, sondern auch für alle anderen Pfandbriefe Anwendung.

β) Der Dekl. v. 23. Mai 1785, betr. die Vindikation, Erneuerung und Amortisation der Banknoten, Pfandbriefe und andere Billets au porteur (s. sub a.), deren Bestimmungen mit denen des R. v. 29. März 1806 differiren, erscheint durch das A. L. R. derogirt, weil es kein Provinzialgesetz, sondern ein allgemeines gewesen.

(Jahrb. Bd. 18. S. 11, Gräff Bd. 1. S. 61, 62.)

d) R. des Min. der Just. und des Inn. v. 3. Sept. 1841.

Da der von der Westpreuß. Landschafts-Direktion adoptirte generelle Grundsatz:

daß (mit Ausschluß der von Privatpersonen außer Kours gesetzten Pfandbriefe, welche nur auf die §. 50. Tit. 15. Thl. 1. des A. L. R. vorgeschriebene Weise in Kours gesetzt werden können) die von öffentlichen Behörden außer Kours gesetzten Pfandbriefe nur von diesen selbst wieder in Kours gesetzt werden dürfen, vorausgesetzt, daß den besiegelten Ausfertigungen dieser Behörden eine öffentliche Glaubwürdigkeit gebührt,

sowohl den ihr von dem Min. des Inn. in dem R. v. 11. Juli 1841 ertheilten Anweisungen, als der Vorschrift des §. 51. A. L. R. I. 15. entspricht, so wird derselbe genehmigt, und demgemäß auch anerkannt, daß ein von den Aeltesten der Kaufmannschaft zu Danzig ausgestellter Inkourssetzungsvermerk, unter einem von denselben außer Kours gesetzten Pfandbriefe einer gerichtlichen Anerkennung nicht bedarf, da das Statut der Kaufmannschaft zu Danzig v. 25. April 1822 im §. 50. ausdrückl. vorschreibt:

»Die Aeltesten führen ein Siegel mit dem Zeichen eines segelnden Schiffs und der Unterschrift: »Siegel der Aeltesten der Kaufmannschaft zu Danzig«, womit sie ihre Ausfertigungen völlig beglaubigen.«

unter einer vollgültigen Beglaubigung aber eine solche verstanden werden muß, welche keine Anerkennung von dem Richter und deren Bescheinigung bedarf, und somit auch hier der §. 415. des Anh. zur A. G. O. Anwendung findet.

(J. M. Bl. 1841 S. 282.)

e) In Ansehung der Außer- und Wiederinkourssetzung der Pfandbriefe Litt. B. des Königl. Kredit-Instituts für Schlesien vergl. die §§. 49. u. 50. der V. v. 8. Juni 1835. (G. S. 1835 S. 114.)

§§. 52. u. 53. 1) Ueber die Entstehung dieser §§. aus den Bestimmungen der No. IV. u. V. der Dekl. v. 23. Mai 1785 [1]) vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 53. h. t.

2) Die bloße öffentliche Bekanntmachung der Entwendung eines Pfandbriefes genügt für sich allein noch nicht, die Unredlichkeit des Besitzes desselben zu begründen, vielmehr bedarf es dazu des Nachweises der Wissenschaft von der Entwendung zur Zeit der Erwerbung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Dec. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 75 Nr. 18.)

Koch bemerkt gleichfalls, daß der Nachweis erforderlich sei, daß der Erwerber das betreffende Blatt wirklich erhalten und die betreffende Bekanntmachung gelesen habe; denn sonst hätte das Gesetz eine Fiktion in dieser Hinsicht ausdrücklich anordnen müssen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 53. h. t.)

3) Ist die öffentliche Bekanntmachung auch dann nicht hinreichend, den Erwerber des Instruments als unredlichen Besitzer darzustellen, wenn derselbe den Handel mit auf jeden Inhaber lautenden Papieren als Gewerbe betreibt?

a) Das Stadtger. zu Berlin und der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. haben in den Erk. v. 6. Dec. 1831 u. 12. Febr. 1833 verneint, weil das A. L. R. II. 20. §§. 1237. ff. voraussetze, daß es überwiegend wahrscheinlich gemacht sein müsse, daß der zu Strafende Kenntniß von der Bekanntmachung gehabt.

(J. W. 1836 S. 127 ff.)

b) Koch ist gleichfalls der Ansicht, daß die öffentliche Bekanntmachung auch in Beziehung auf Personen, die mit öffentlichen Geldpapieren Handel treiben, die Unredlichkeit des Besitzes nicht begründen könne, sofern nicht auch dargethan werde, daß sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung gemäß von der Bekanntmachung wirklich Kenntniß genommen haben. (Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 53. h. t.)

c) Hinschius sucht dagegen die bejahende Ansicht zu vertheidigen, da Handeltreibende gesetzlich verpflichtet seien, von dergleichen

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 47—51. h. t. Zus. 4. sub a.

Bekanntmachungen Notiz zu nehmen und die Verpflichtung zum Schadensersatze daher aus A. L. R. I. 6. §. 26. folge.

(J. W. 1835 S. 127—130.)

d) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Präj. Nr. 2335. v. 7. Jan. 1852 in dieser Beziehung folgenden Grundsatz ausgesprochen:

Um gegen einen Handelsmann, welcher einen gestohlenen Pfandbrief angekauft hat, den §. 1237. A. L. R. II. 20. zur Anwendung bringen zu können, genügt nicht jede öffentliche Bekanntmachung, wohl aber eine dem §. 125. A. G. O. I. 51. entsprechende.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 73, Entsch. Bd. 21. S. 476.)

Vergl. jedoch §§. 237. sqq. des Strafgesetzb.

4) Auch die Unrechtfertigkeit des Besitzes begründet das Vindikationsrecht in Bezug auf entwendete Papiere au porteur nicht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 312 Nr. 156.)

§§. 52. 53. 47. Steht die frühere Kenntniß von dem Diebstahle eines nicht außer Kours gesetzten Pfandbriefes, nachdem er aus dem Besitze des Diebes bereits in den redlichen Besitz eines Dritten übergegangen, dem redlichen Erwerb desselben von diesem oder seinen Nachfolgern entgegen?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. April 1856, welches demzufolge annimmt, daß in diesem Falle die Vindikation ausgeschlossen sei.

Wenn der Besitzer des gestohlenen Pfandbriefes bei dem Diebstahle selbst oder der Hehlerei nicht mitgewirkt hat, so ist der §. 237. des Strafgesetzbuchs nicht anwendbar. Hat der Inhaber denselben nicht unentgeltlich, sondern durch lästigen Vertrag erworben, so ist nach §. 53. h. t. eine Vindikation gegen ihn nur dann statthaft, wenn er überführt werden kann, daß er zur Zeit des Erwerbes Wissenschaft von der Entwendung oder dem Verlust des Pfandbriefes gehabt und selbstredend der Pfandbrief nicht inzwischen wieder in die Hände eines redlichen Erwerbers gelangt und eben dadurch der Erwerbsfehler wieder beseitigt wäre. Gelangte nämlich der gestohlene koursirende Pfandbrief in die Hände eines redlichen Erwerbers, gegen welchen eine Vindikation nicht stattfand, verlor so der Bestohlene sein Eigenthum, war der Pfandbrief wieder ein vollgültig veräußerbares und also erwerbsfähiges Geldpapier geworden, so konnte jeder Dritte den Pfandbrief gültig und mit voller Wirkung erwerben. Der Bestohlene hatte keine Eigenthumsklage mehr, weil sein Eigenthum erloschen ist, und dem letzten Erwerber und Besitzer steht es nicht entgegen, wenn er auch früher, ehe der Pfandbrief in die Hände eines redlichen Erwerbers gelangte, Kenntniß von dem Diebstahle erhielt. Diese Kenntniß ist einflußlos, weil der Besitzer sein Recht auf das Recht des redlichen Auktors gründet und ihm der Erwerb von solchem nicht verboten ist, und verboten sein kann. Nur bei dem Erwerb von dem Diebe oder einem unredlichen Besitzer würde jene Kenntniß von Einfluß sein. Eben deshalb ist die Vindikationsklage ausgeschlossen und der Besitzer des Pfandbriefes kann nicht als unredlicher Erwerber erachtet werden, selbst wenn er zur Zeit des Erwerbes von dem vier Jahre vorher geschehenen Diebstahle Kenntniß gehabt hätte. Diese Ausführung verstößt auch weder gegen die §§. 17., 18., 20. h. t., noch gegen die §§. 52., 53. h. t., da diese dann keine Anwendung finden, wenn der früher gestohlene Pfandbrief wieder in redlichen Geschäftsverkehr übergegangen und die frühere Entwendung also für den letzten Erwerber einflußlos geworden ist.

(Entsch. Bd. 32. S. 75.)

§. 54. 1) Bei Ediktalcitationen unbekannter Eigenthumsprätendenten zu einem im Hypothekenbuche nicht eingetragenen Grundstücke tritt der Verlust des Eigenthums erst mit der Rechtskraft des Präklusionsurtels, nicht schon in Folge der bloßen unterlassenen Anmeldung ein.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1840 (Präj. Nr. 852. c.); denn wenn auch im §. 54. eines Präklusions-Urtels nicht gedacht worden, so sei dies doch bloß um deswillen nicht geschehen, weil der Gesetzgeber dies als sich von selbst verstehend vorausgesetzt habe. (Präj. Samml. S. 85, Entsch. Bd. 6. S. 280.)

2) Die Präklusion der Realprätendenten eines Grundstückes ist auch gegen denjenigen von Wirkung, welcher sich im vollständigen Besitze des Grundstückes befindet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1852. (Entsch. Bd. 22. S. 214, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 352 Nr. 73.)

Gegen die Richtigkeit dieses Satzes vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 61. zum §. 54. h. t.

Sechszehnter Titel.

Von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören.

§§. 2—3. 1) Finden diese vom Untergange der Sachen handelnden Bestimmungen analog auf den Fall Anwendung, wenn nicht die Sache selbst physisch untergeht, sondern das Recht dessen, der daran Rechte bestellt hat, aufhört?

a) Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 30. Dec. 1836 an, daß eine auf eine Erbpachtsgerechtigkeit bestellte Hypothek dadurch, daß die Erbpachtsgerechtigkeit an den Erbverpächter (Eigenthümer) zurückfällt, nicht erlischt, sondern auf Grund der §§. 2. u. 3. h. t. und des §. 257. A. L. R. I. 20. bestehen bleibt, weil die Erbpachtsgerechtigkeit nur in ein dem Erbverpächter zustehendes freies Eigenthum verwandelt worden, auf welchem das Pfandrecht seiner Natur nach haften könne, Erbpachtsgerechtigkeiten aber unbeweglichen Sachen gleich stehen, so daß die allegirten §§. vollkommene Anwendung fänden.

(J. W. 1838 S. 77, 78.)

b) Dies sucht v. d. Hagen zu widerlegen, indem er bemerkt, daß der vorausgesetzte Fall nach §. 33. A. L. R. I. 19. zu entscheiden sei. Auch könne man nicht sagen, daß durch den Heimfall der Erbpachtsgerechtigkeit ein freies Eigenthum des Erbverpächters entstehe, es falle vielmehr nur eine Beschränkung der ursprünglichen Freiheit fort, nur diese, ein jus in re aliena, nicht das Eigenthum sei verpfändet. (J. W. 1838 S. 437.)

c) Schmidt meint, daß in Betreff des, dem Untergange des Objektes gleichzustellenden Falles, wo das Recht des Verpfänders selbst aufgehoben sei, dieselben Grundsätze wie im A. L. R. gelten, d. h. die Anwendung des §. 3. ausgeschlossen werde.

(System des Pfandr. S. 621.)

d) Koch hält die Ansicht des Ob. Trib. für richtig.

(Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 2. h. t.)

2) Der Grundsatz des §. 3. findet nicht bloß bei dem physischen, sondern auch bei dem juristischen Untergange einer Sache statt, z. B. wenn ein Grundstück zum Bau einer Chaussee expropriirt und dafür ein anderes Grundstück gegeben wird, so gehen alle Rechte und Lasten ipso jure von jenem Grundstücke auf dieses über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1853. (Entsch. Bd. 24. S. 403.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 456.

3) Es ist behauptet worden, daß der Fall des §. 3. auch dann vorliege, wenn eine bewegliche Sache verbrennt und in Folge eines Versicherungsvertrages dem Beschädigten der Schade ersetzt werden muß, indem alsdann die Brandentschädigungsgelder die aus der verbrannten Sache entstandene andere Sache seien. Diese Ansicht widerlegt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 19. Sept. 1846.

(Entsch. Bd. 13. S. 243 ff.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 261.

4) Ueber die Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes des §. 3. auf die Feuerversicherungsgelder für abgebrannte Gebäude vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Dec. 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 443.

Erster Abschnitt.

Von Erfüllung der Verbindlichkeiten überhaupt.

§. 11. Wie erfüllt werden muß.

Der wahlberechtigte Gläubiger zweier alternativer Rechte, von denen die Ausübung des einen das andere gänzlich ausschließt, wird dadurch, daß er das ihm zustehende Wahlrecht gegen den alternativ Verpflichteten durch eine unbedingt und ohne Vorbehalt auf Eines jener Rechte beschränkte Klage geltend gemacht und der Verklagte sich in seiner Klagebeantwortung und den ferneren Prozeßverhandlungen auf das ausschließlich gewählte Recht, ohne Widerspruch gegen die geschehene Wahl, eingelassen hat, jedes ferneren Wahlrechtes verlustig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1856. (Entsch. Bd. 34 S. 33, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 55 Nr. 14.)

§§. 16—26. Zögerung und deren rechtliche Folgen.

§. 16. 1) Der Eintritt des Verzuges des Verpflichteten ist von der vorherigen Ermittelung des Betrages des an einem bestimmten Tage zu gewährenden Taxwerthes nicht abhängig.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 257 Nr. 63.)

2) Die Einwilligung des Berechtigten in die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Verpflichteten zur Zeit der Fälligkeit befreit den Letzteren von den rechtlichen Folgen des Verzuges auch dann, wenn sie nur formlos ertheilt worden ist. Wenn daher die Zahlung der in einem schriftlichen Vertrage vorbedungenen Zinsen eines Kapitals in Folge mündlicher Bewilligung des Gläubigers unterblieben ist, so kann dieser von dem nach dem schriftlichen Vertrage nur für den Fall nicht prompter Zinszahlung vorbedungenen Rechte sofortiger Kündigung keinen Gebrauch machen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Febr. 1855; denn daß es in Betreff einer solchen Einwilligung des Gläubigers nicht auf die Form ankomme, ergebe sich aus der Analogie des §. 361. A. L. R. I. 5. und des §. 26. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 66 Nr. 16.)

3) Ein Verzug in rechtlicher Bedeutung ist nur dann vorhanden, wenn der Aufschub in der Erfüllung der Verbindlichkeit schuldbarer Weise erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 72 Nr. 20.)

§§. 20. u. 21. Wenn in einem Zeitkaufsvertrage bestimmt ist, daß innerhalb eines gewissen Zeitraumes Verkäufer die Waare abzuladen und Käufer sie in Empfang zu nehmen haben, so tritt ein Verzug des Verkäufers in Ablieferung der Waare erst mit der Seitens des Käufers ergangenen Aufforderung zu dieser Ablieferung ein.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1854, auf Grund der §§. 20. u. 21. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 32 Nr. 8.)

§. 22. Bei einem abgeschlossenen Kaufkontrakte wird der Ankäufer, dem das Grundstück gehörig übergeben ist, von der Verbindlichkeit, das rückständige Kaufgeld von dem bestimmten Zahlungstage ab dem Verkäufer zu verzinsen, dadurch nicht befreit, daß dieser die Annahme des Geldes verabsäumt, oder aus unerheblichen Gründen abgelehnt hat. Dem Ankäufer liegt vielmehr in einem solchen Falle ob, das Geld gerichtlich zu deponiren, wenn er von der Verzinsung frei sein will.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Aug. 1841. (Präj. Nr. 1029.) (Präj. Samml. S. 86.)

§§. 22—25. v. u. z. Mühlen, über die Wirkungen der mora accipiendi. Abhandl. in Simon's Z. Bd. 2. S. 119 ff.

Das Resultat dieser zugleich auf die Materialien des A. L. R. gestützten Abhandl. besteht in folgenden Sätzen:

a) In den §§. 22. u. 23. ist von gegenseitigen Leistungen die Rede, in den §§. 24., 25. dagegen von einseitigen Verpflichtungen, bei denen dem Berechtigten nichts weiter obliegt, als anzunehmen; der §. 24. ist mithin nicht auf den Fall zu beziehen, wo eine Zögerung im Geben und eine Zögerung im Annehmen sich gegenüberstehen.

b) Die gerichtliche Deposition, als das dem Schuldner gesetzlich gegebene Mittel, sich bei der gegenüberstehenden mora accipiendi von den Folgen eigener mora, insbesondere Entrichtung von Verzugszinsen, und von seiner Verbindlichkeit zu befreien, ist zwar eine gesetzliche Befugniß, es wird jedoch auch ohne Deposition des Schuldners Verbindlichkeit durch die vom Gläubiger verzögerte Annahme der Leistung gehoben.

c) In der vertragsmäßigen Verbindlichkeit ändert die Zögerung in der Annahme nichts; vorbedungene Zinsen laufen daher nach wie vor fort, wenn sich der Schuldner nicht durch Deposition von seiner Verbindlichkeit befreit; nur die Folgen der Zögerung können durch die gegenseitige Zögerung abgewendet werden.

Die Gesetzrevisoren sprechen dieselben Ansichten aus.
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 75 ff.)

Bornemann stimmt hiermit im Wesentlichen überein und bemerkt noch, daß nach diesen §§. ein säumig gewesener Kontrahent diejenigen Folgen seiner mora, welche beim Anfange der mora des anderen Kontrahenten bereits eingetreten waren, tragen muß und daß ihm nur von da an seine frühere mora nicht mehr präjudicirlich, deshalb aber die Ansicht Gräv ell's (Generaltheorie der Verträge S. 210 und Kreditgesetze Bd. 4. Abthl. 2. S. 397) unrichtig sei, wonach unter der späteren Zögerung die ältere zu verstehen, nämlich die, welche am längsten gedauert habe. (System Bd. 2. S. 577, 578, 2. Ausg. Bd. 2. S. 329, 330, Rechtsgeschäfte 2. Ausg. S. 346.)

Koch, welcher die Ansicht zu a. der Abhandl. v. u. z. Mühlen's ansicht, führt aus, daß das Verhältniß der §§. 22., 23. zu den §§. 24., 25. das sei, daß die §§. 22., 23. von den Voraussetzungen der mora sprechen; die §§. 24. u. 25. aber von den Wirkungen der beiderseitigen mora.
(Landr. Bd. 2. Anm. 18. zum §. 24. h. t.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 1. S. 371—375.

§§. 24. u. 25. Die §§. 24. u. 25. handeln nicht, wie die §§. 22. u. 23., bloß von dem Verzuge bei gegenseitigen Leistungen, sondern auch von dem Verzuge bei einseitigen Leistungen, mögen dieselben aus zweiseitigen oder einseitigen Verträgen herrühren. Nach diesen gesetzlichen Vorschriften können aber, wenn und so lange sich der Gläubiger bei Abnahme der schuldigen Summe im Verzuge befindet, den Schuldner keine Folgen des Verzuges treffen, selbst wenn derselbe das zu zahlende Geld an sich behält.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1853, unter Bezugnahme auf die in Simon's Z. Bd. 1. S. 119 ff. und in Bornemann's System (2. Ausg.) Bd. 2. S. 328 ff. mitgetheilte Entstehungsgeschichte der §§. 22—25. h. t., welche ergebe, daß die §§. 24., 25. nicht, wie die §§. 22. u. 23., bloß von dem Verzuge bei gegenseitigen Leistungen, sondern auch von dem Verzuge bei einseitigen Leistungen handeln, dieselben mögen aus zwei- oder einseitigen Verträgen herrühren. Sodann heißt es:

Der §. 24. handelt zwar nur von aufeinander folgenden Verzögerungen. Wenn indeß in diesem Falle den säumig gewesenen Schuldner die rechtlichen Folgen seines Verzuges nur so lange treffen sollen, bis der Gläubiger in Verzug kommt, dann können den Schuldner um so weniger irgend welche nachtheilige Folgen treffen, wenn und so lange nicht er selbst, sondern lediglich der Gläubiger im Verzuge ist.

(Entsch. Bd. 24. S. 411, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 326 Nr. 66.)

Gegen diese Ausführung vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 18. zum §. 24. h. t.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 773. Zus. 1.

Zweiter Abschnitt.

Von der Zahlung.

§§. 28. u. 29. Begriff.

§. 28. 1) Was ist unter »geldgleichen Papieren« zu verstehen?

Bielitz nimmt an, daß hier nur Papiergeld (gemünztes Papier) gemeint sei. (Komm. Bd. 3. S. 554.)

Dagegen sind die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 78) und Bornemann (System Bd. 3. S. 539, 2. Ausg. Bd. 3. S. 314) der Ansicht, daß alle auf jeden Inhaber lautende öffentliche Papiere darunter verstanden werden müssen; denn erstlich sei das Papiergeld schon unter dem Ausdrucke »Geld« begriffen, und zweitens würden die lettres au porteur nicht bloß im gemeinen Leben, sondern auch in dem Gesetze (A. L. R. I. 11. §§. 653. u. 793. ff.) als »geldwerthe Papiere« bezeichnet.

Koch führt gleichfalls aus, daß darunter nicht Papiergeld (Geldzeichen) zu verstehen; denn dergleichen Geldzeichen habe man zur Zeit der Emanation des A. L. R. noch nicht gekannt, sondern es seien damit koursirende Geldpapiere gemeint. In Wahrheit aber ermangelten diese für Zahlungsmittel erklärten Papiere eines wesentlichen Erfordernisses, um Zahlungsmittel zu sein; der Schuldner habe nicht das Recht, damit zu zahlen, vielmehr hänge die Annahme derselben von freier Uebereinkunft ab; das Geben und Nehmen derselben sei vielmehr eine Angabe an Zahlungsstatt.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 560, Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 28. h. t.)

2) Ist das Geben und Nehmen eines Wechsels für eine Schuld als Zahlung zu erachten?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 28. Okt. 1851 bejahet. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 67 Nr. 15.)

Koch ist derselben Ansicht und bestreitet die Meinung, daß das Wechselakcept als Novation anzusehen sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 28. h. t.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 452. u. 454. h. t.)

§§. 30—39. Wem gültig gezahlt werden könne.

§. 30. Ist in dem Falle, wenn ein Gläubiger seinem Schuldner Anweisung giebt, an einen Dritten zu zahlen, ohne die Schuld, auf welche die Anweisung geht, speziell zu bezeichnen, die alsdann erfolgte Zahlung als Zahlung auf die Schuld, oder als ein besonderes Rechtsgeschäft anzusehen?

Das (ehemalige) Fürstenthumsger. zu Neisse hat in dem Erk. v. 13. Juli 1838 Letzteres angenommen, woraus dann die praktische Folge entsteht, daß der Schuldner nicht liberirt worden ist, sondern nur eine Gegenforderung erworben hat, mithin die Erfordernisse der Kompensation für sich haben muß, wenn er die Klage des Gläubigers abweisen will.

Dagegen hat das O. L. G. zu Ratibor in dem Erk. v. 7. Mai 1839 Ersteres angenommen, und derselben Ansicht ist Koch, weil ein stillschweigendes Einverständniß der Kontrahenten anzunehmen sei und für ein neues Rechtsgeschäft jegliche causa mangele.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 120 ff.)

§§. 31—34. 1) Ist die an ein Gericht von einer Person, welche sich nicht am Orte desselben befindet, geleistete Zahlung für gültig zu erachten, wenn das Geld an dasselbe adressirt, mit der Post übersandt ist, der Zahlende sich mit einer Bescheinigung des Gerichts über die erfolgte Zahlung begnügt und eine förmliche Dep.-Quittung nicht verlangt hat, die Gelder auch nicht ad depositum gekommen, sondern von dem Dirigenten des Gerichts veruntreut worden sind?

Verneint von dem I. Sen. des O. L. G. zu Stettin in dem Erk. v. 10. Dec. 1825, weil bei fehlender Depositalquittung anzunehmen, daß an einen nicht Legitimirten gezahlt worden.

Dagegen bejahet der II. Sen. desselben Gerichtshofes in dem Erk. v. 10. Juni 1826, unter Berufung auf die Dep. O. Tit. II. §§. 109. ff. (Simon's R. Bd. 2. S. 332 ff.)

Koch sucht die Richtigkeit der letztgedachten Entscheidung zu widerlegen und ist der Ansicht, daß der Schuldner durch Einsendung des Geldes an das Gericht nicht befreit werde, sondern nur die Zahlung an die Depositarien eine befreiende Kraft habe.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 579, Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 31. h. t.)

Bornemann ist gleichfalls dieser Ansicht, nimmt indeß auf Grund der §§. 54. A. L. R. I. 13. an, daß in dem Falle, wenn nicht der Schuldner selbst, sondern ein Bevollmächtigter desselben die Einsendung der Gelder bewirkt hat, dieser dadurch von jeder ferneren Vertretung befreit werde.

(System Bd. 3. S. 541, 2. Ausg. Bd. 3. S. 316 ff.)

2) Das Ob. Trib. nimmt an (Datum des Urtels konstirt nicht), daß die privatim an den Gerichtsdirigenten erfolgte Zahlung von Hauskaufsgeldern, welche minorennen Erben zustehen, ungültig sei, weil der Dirigent nur ein einzelnes Mitglied des Gerichts ist, das ohne Vorwissen und Auftrag des ganzen Kollegii keine Pupillengelder in Empfang nehmen dürfe. (Centralbl. 1838 S. 132.)

3) Werden bei Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Interessenten von der Verpflichtung zur Entrichtung der Stempelgefälle durch deren Zahlung an den Richter befreit?

Bejahet von dem Instr.- und dem Ob. Appell.-Sen. des Kammerger. in den Erk. v. 14. Nov. 1832 und 10. Okt. 1833, da der Richter die amtliche Verpflichtung habe, auf Befolgung der Stempelgesetze zu halten, und deshalb auch zur Empfangnahme der Stempel legitimirt sei. (J. W. 1838 S. 629—630.)

Dagegen verneint das Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Okt. 1834, da die Parteien bei Akten freiwilliger Gerichtsbarkeit die Stempel in der Regel in Natur beibringen sollten, der Richter daher, der dieselben anschaffe, in Bezug auf den Fiskus als Mandatar der Parteien anzusehen sei, der nur zu seinem Mandanten der Partei in dieser Beziehung in einem Rechtsverhältnisse stehe. (a. a. O. S. 628.)

Der Verfasser des Aufs. a. a. O. S. 631 ff. sucht die Ansicht des Ob. Trib. zu widerlegen und vertheidigt die Bejahung der Frage, da auch nach der K. O. v. 19. Juni 1834 die Gerichte und Notarien ermächtigt seien, die Stempelgefälle von Amtswegen einzuziehen.

Das Finanzmin. scheint ebenfalls dieser letzteren Ansicht zu sein, indem dasselbe in einem Schreiben an das Justizmin. v. 21. April 1836 ausgesprochen hat, daß, wenn Stempelgefälle zur Gerichtskasse gezahlt und aus dieser unterschlagen werden, die Beschaffung der Stempel der Gerichtskasse und die Beantragung der Niederschlagung des unbeibringlichen Ausfalls demjenigen Ministerium obliege, zu dessen Ressort die Verwaltung der Kasse gehöre.

(Schmidt's Komm. zum Stempelgesetz S. 83, J. W. 1838 S. 631.)

4) Eine in Folge Arrestschlages von dem Schuldner ad depositum geleistete Zahlung befreit denselben von den Folgen des Verzugs gegen seinen Gläubiger.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. März 1851, auf Grund der §§. 34. u. 26. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 292. Nr. 63.)

§. 37. 1) Statt: »Tit. 18. Abschn. 5.« ist »Tit. 18. Abschn. 7.« zu setzen. (Ziehm's Verzeichniß der Druckfehler.)

2) Dieser §. bezieht sich darüber, wie weit den Administratoren des Fiskus gültig gezahlt werden könne, auf A. L. R. II. 14., wo aber hiervon nichts gesagt ist. Suarez erinnert daher, daß es von der verschiedenen Verfassung einer jeden Kasse abhänge, an wen derjenige, der der Kasse eine Zahlung zu leisten, sicher zahlen könne und daß ein Jeder sich nach dieser Verfassung erkundigen müsse.

(Grävell's Kreditgesetz Bd. 4. Abtheil. 2. S. 401.)

§. 39. Statt: »§§. 31. sqq.« muß es heißen: »§§. 15. sqq.«

(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§§. 40—51. Wer gültig Zahlung leisten könne.

§. 45. Der IV. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 2. Juni 1848 aus, daß, wenngleich im §. 45. in Betreff der Rechte des Zahlenden gegen den Schuldner nur auf Abschn. 1. u. 2. Tit. 13., nicht auf den Abschn. 3., von der nützlichen Verwendung, Bezug genommen werde, doch das im §. 230. Tit. 13. ausgesprochene allgemeine Prinzip, daß Niemand sich die Vortheile fremder Sachen oder Handlungen ohne besonderes Recht zueignen, und sich also nicht mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, eben sowohl bei dem Anspruche aus der Uebernahme fremder Geschäfte ohne vorherigen Auftrag, als bei der nützlichen Verwendung zum Grunde liege. Der §. 45. schließe mithin die nützliche Verwendung nicht aus, wenn sonst ihre Erfordernisse vorhanden seien. (Rechtsf. Bd. 4. S. 119 Nr. 58.)

§. 46. 1) R. v. 10. Dec. 1836. Die Befugniß der Rechtsanwalte, ihre Gebühren und Auslagen bei den Gerichten, bei welchen der Prozeß oder die Rechtsangelegenheit geschwebt hat, worin jene Kosten entstanden sind, gegen ihre Klienten einklagen zu dürfen (§. 8. der Instr. v. 24. Juli 1833, Jahrb. Bd. 41. S. 440), ist als eine mit der Forderung selbst verbundene, und nicht als eine an die Person der Berechtigten geknüpfte Befugniß (jus personalissimum) anzusehen; dieselbe ist daher an sich cessionsfähig und geht daher auch, wie der Anspruch auf den Gerichtsstand der Erbschaft, des Kontrakts u. s. w. aus einer Erbschaftsforderung, einer Forderung aus dem Kontrakte nach dem §. 46. h. t. durch die bloße Befriedigung des Gläubigers auf einen Dritten über.

(Jahrb. Bd. 48. S. 457, 458, Gräff Bd. 10. S. 136.)

2) Die gesetzlichen Vorschriften darüber, unter welchen Verhältnissen und Umständen die Absicht zu schenken vermuthet wird, finden in dem Falle, wenn Jemand für einen Andern eine Schuld bezahlt, keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1841. (Präj. Nr. 1004.) (Präj. Samml. S. 70, Entsch. Bd. 7. S. 88.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 1040—1045.

Vergl. Bielitz's Nachtr. Hft. 1. S. 88 ff.

3) Der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers ohne ausdrückliche Cession findet nur unter den Voraussetzungen statt: a) daß die Forderung des Gläubigers auf Zahlung einer Geldsumme

oder Gewährung von lettres au porteur gerichtet war, und b) daß der Gläubiger durch Baarzahlung resp. Hingabe von lettres au porteur befriedigt worden ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 268 Nr. 60.)

§§. 46—48. 1) Derjenige, der einen bei der Depositalverwaltung Beschädigten wegen des erlittenen Verlustes befriedigt, tritt dadurch ohne Weiteres in dessen Rechte gegen seine unmittelbaren und mittelbaren Beschädiger, ohne daß es einer besonderen Abtretung der Rechte von Seiten des Beschädigten bedarf.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1845. (Präj. Nr. 1540. b.) (Präj. Samml. S. 86.)

2) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. von 1836 (Präj. Nr. 119.) hat ausgesprochen, daß das (die Regel des §. 47. h. t. modifizirende) jus subintrandi der A. G. O. I. 50. §. 161. und Anh. §. 331. (vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 11.) auch in dem über eine insuffiziente Kaufgeldermasse eröffneten Liquidations-Prozesse Platz greife. (Präj. Samml. S. 110.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Mai 1854 an. (Striethorst's Arch. Bd. 13 S. 71 Nr. 16.)

Das Erk. desselben Sen. v. 5. Juni 1855 führt gleichfalls aus, daß die Anwendbarkeit dieses jus subintrandi auch im jetzigen Verfahren über eine insuffiziente Kaufgeldermasse nach Maßgabe der V. v. 28. Dec. 1840 (G. S. 1841 S. 4) nicht in Zweifel gezogen werden könne. (Entsch. Bd. 30. S. 437.)

Das Erk. desselben Sen. v. 11. Jan. 1855 führt aus, daß im Kaufgelder-Vertheilungsverfahren der Dritte, welcher dem Hypothekengläubiger die privilegirten Rückstände der Zinsen der beiden letzten Jahre gezahlt hat, das jus subintrandi geltend machen könne. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 149 Nr. 40.)

3) In Beziehung auf die Wechselschuld hatte der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 1858. v. 30. April 1847 folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Ein nicht im Wechselverbande stehender Dritter, der einen vom Bezogenen zwar acceptirten, am Verfalltage aber nicht bezahlten (wenn auch vorschriftsmäßig protestirten) Wechsel durch die an den Inhaber desselben geleistete Zahlung an sich bringt, erwirbt durch diese Zahlung allein, wenn er sich von dem Inhaber des Wechsels weder ein Giro, noch eine Cession, sondern nur eine Quittung hat ertheilen lassen, auch die Zahlung nicht als eine Ehrenzahlung für einen der dem Wechselinhaber als dessen Vormänner verhafteten Wechselverpflichteten nach Vorschrift A. L. R. II. 8. §. 1077. geleistet worden ist, gegen die Vormänner des durch ihn befriedigten Wechselinhabers kein Wechselrecht. Eine solche Zahlung an den Wechselgläubiger ist nicht nach der Regel des §. 46., sondern nach der Ausnahme des §. 47. A. L. R. I. 16. über die Rechte des zahlenden Dritten gegen den befreiten Schuldner zu beurtheilen.

(Präj. Samml. S. 197.)

Koch bemerkt dazu:

Der hierin enthaltene praktische Rechtssatz, daß ein solcher Zahler, welcher die Förmlichkeiten bei der Ehrenzahlung nicht beobachtet (A. D. W. O. Art. 63. verb. mit Art. 58.), den Wechsel nicht erwirbt, gilt zwar auch nach der A. D. W. O. Allein das Theorem, daß die Wechselforderung nur ohne das Wechselrecht auf den Zahler übergehe, ist nunmehr ein Trugbild. Nach Bezahlung und Quittirung des Wechsels ist kein Forderungsrecht aus dem Wechsel mehr übrig, welches auf den Zahler überzugehen vermöchte; der Zahler hat nur das aus dem Geschäfte der Zahlung selbst entsprungene Forderungsrecht (§. 45. h. t.). (Landr. Bd. 2. Anm. 14. zum §. 47. h. t.)

§. 48. 1) Bei Schuldforderungen, für welche in einer besonderen Urkunde eine Bürgschaft mit oder ohne beneficium ordinis bestellt ist, bedarf es zur Legitimation für den Cessionar des Gläubigers gegen den Bürgen einer ausdrücklichen Cession, und es beschränkt sich die bloße Cession der Schuld auf die dem Cedenten gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechte, weil die Bürgschaft als Recht gegen einen Dritten weder ein Akcessorium der Hauptforderung, noch den besonderen der Forderung ihrer Qualität nach beiwohnenden Vorrechten beizuzählen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Aug. 1841. (Präj. Nr. 1028.) (Präj. Samml. S. 86.)

2) Die Vorschrift des §. 48. ist nicht auf das Faustpfand zu beschränken, sondern von jedem Pfandrechte zu verstehen, so daß also auch ein Hypothekenrecht ohne ausdrückliche Cession auf denjenigen nicht übergeht, der eine Hypothekenschuld bezahlt, falls er nicht Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks ist. (Anh. §. 52.)

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. März 1846. (Präj. Nr. 1729.) (Präj. Samml. S. 86.)

§§. 52. 53. Wo die Zahlung geleistet werden müsse.

§. 52. 1) Vergl. die Bemerk. von Suarez zur Rechtfertigung des §. 52. (Jahrb. Bd. 41. S. 52.)

2) Was bedeutet der im §. 52. gebrauchte Ausdruck: »wo der Schuldner wohnt«?

Der Justizmin. führt in dem Immediat-Berichte v. 26. Mai 1840 aus, daß hierunter nicht bloß die geographische Bezeichnung »die Stadt, der Flecken oder das Dorf«, sondern die Wohnung des Schuldners im eigentlichen Sinne gemeint sei. Dies wird theils aus dem Sprachgebrauche, theils daraus, daß nach den Materialien mit jener Bestimmung die Begünstigung des Schuldners bezweckt worden, gerechtfertigt.

Die K. O. v. 13. Juni 1840 hat hierauf die auf die entgegengesetzte Interpretation gegründete Beschwerde zurückgewiesen. (J. M. Bl. 1840 S. 254 ff., Centralbl. 1840 S. 770.)

3) An welchem Orte muß der Beschädiger den in Gelde festgesetzten Entschädigungsbetrag zahlen?

Das Kammerger. hat angenommen, daß dies an dem Orte geschehen müsse, wo derselbe zur Zeit des ersten kondemnatorischen Urtheils wohnte.

(Bornemann's System Bd. 2. S. 337, 2. Ausg. Bd. 2. S. 188.)

Dagegen bezieht Bornemann den §. 52. nur auf Verbindlichkeiten, welche ursprünglich die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande haben, da die für den Beschädigten in subsidium eintretende Geldentschädigung ein volles Aequivalent gewähren müsse, was nicht geschehe, wenn er das Geld im Wohnorte des Beschädigers erheben, oder Transportkosten und Gefahr desselben tragen müsse. (a. a. O.)

§. 53. 1) Ueber das Verbot der Ausstellung von Quittungen in antecessum Seitens Königl. Kassen sind ergangen:

a) R. v. 4. Juli 1830 und 26. April 1831. Königl. Kassen sollen ihre Zahlungen nicht gegen in antecessum ausgestellte und ihnen übersendete Quittungen leisten. Ordnet das Gericht die Zahlung ausnahmsweise an einem andern Orte als dem des Gerichtssitzes an, so muß die Kasse das Geld mit der Post absenden und den Postschein bis zum Eingang der Quittung als vorläufigen Beleg asserviren.

(Jahrb. Bd. 37. S. 328, Gräff Bd. 6. S. 651.)

b) R. des Min. der Fin. v. 16. März 1840, mitgetheilt durch R. v. 24. März 1840. Die allgemeine Bestimmung, wonach im gewöhnlichen Geschäftsverkehr Niemand verpflichtet ist, vor dem Geldempfange Quittung zu leisten, findet auch bei Geldversendungen zwischen öffentlichen Kassen Anwendung. Bis zum Eingange der Quittung genügt der Postschein zum Ausweise der abzusendenden Quittung. (J. M. Bl. 1840 S. 115.)

2) Ueber das Verfahren bei Zahlungen der Regierungs-Hauptkassen an die Depositorien vergl. das R. des Finanzmin. v. 8. Sept. 1816 und das R. v. 28. Dec. 1831 in den Erg. zur Dep. O. Tit. II. §§. 20. sqq.

§§. 54—56. Wann gezahlt werden müsse.

§. 55. In Betreff der Wechselzahlungen vergl. Art. 41. der A. D. W. O.

§§. 57—60. Von abschläglichen und Stückzahlungen.

§. 57. Vergl. die V. v. 8. Febr. 1811 in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 399. Zus. 2.

§. 58. Auch folgt aus der Annahme einer Theilzahlung keine purgatio morae in Ansehung der Rückstände.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Aug. 1847. (Entsch. Bd. 15. S. 274.)

§. 60. Vergl. A. G. O. I. 24. §. 95., Anh. §. 159., V. über die Exek. v. 4. März 1834 §. 14., A. G. O. I. 48. §. 44., A. L. R. II. 6. §§. 97., 98. und Anh. zur A. G. O. §. 153.

§§. 61—63. Vom Vorausbezahlen bei Alimenten.

§. 63. 1) Statt: »Verpflegende« muß es heißen: »zu Verpflegende«.

(R. v. 5. Mai 1834 u. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 30 u. Bd. 12. S. 3.)

2) In Sievert's Material. Hft. 3. S. 91 ff. wird angenommen, daß, so lange einer Geschwächten die Alimente noch nicht rechtskräftig für ihr Kind mit ein- oder dreimonatlicher Vorausbezahlung zuerkannt sind, dieselbe, wenn das Kind stirbt, die Alimente für den Monat oder das Vierteljahr, in welchem es gestorben, nicht vollständig bezahlt verlangen könne, da sie nach der Natur der Sache nur einen Alimentenrückstand zu fordern habe, indem nur die Alimente eines lebenden Menschen für den laufenden Monat oder das laufende Vierteljahr laufende Alimente seien.

Bielitz ist dagegen der Ansicht, daß es bei Berechnung des Zeitpunktes zur Vorauszahlung der Alimente nicht auf die Rechtskraft des dieselben bestimmenden Urtels, sondern darauf ankomme, wann die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Alimente begonnen habe.

(Komm. Bd. 3. S. 566.)

Koch bemerkt hierüber:

a) Es sei durch die Worte: »auf ein Geldquantum bestimmt« der bestimmte Gedanke ausgedrückt (argumentum a contrario), daß ohne diese Voraussetzung die Regel nicht Anwendung finde;

b) die Anwendung dieses Rechtssatzes werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Alimentenzahler im Rückstande geblieben, sondern die Rückstände gingen wie jede andere Forderung auf die Erben über. Deshalb könne auch die Mutter eines unehelichen Kindes, als Erbin desselben, die festgesetzten Alimente für den ganzen Zeitraum fordern, vor dessen Ablauf das Kind gestorben ist. Dagegen finde die Vorschrift des §. 63. keine Anwendung, im Falle der Pflegling vor Festsetzung der Alimente auf ein Geldquantum stirbt, und der Verpflegende müsse sich an seinen Kontrahenten oder aus der Geschäftsbesorgung an denjenigen halten, für welchen er die Verpflegung übernommen hat, wodurch zugleich der Inhalt seines Forderungsrechtes bestimmt werde.

(Landr. Bd. 2. Anm. 31. u. 32. zum §. 63. h. t.)

§§. 64—71. Folgen der Zögerung bei Zahlungen.

§. 64. 1) Kaufleute können jederzeit, auch wenn die Forderung nicht aus einem kaufmännischen Geschäfte entspringt, sechs Prozent Verzugszinsen fordern.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1833. (Präj. Nr. 34.) (Präj. Samml. S. 68.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 831., 832. A. L. R. I. 11.

2) Von einem Erbtheile können gesetzliche Verzugszinsen erst dann gefordert werden, wenn dasselbe durch das Erbtheilungsverfahren selbst in einer bestimmten Summe quantitativ festgestellt, und über dessen Auszahlung Bestimmung getroffen worden, denn früher kann von einer Erbtheilssumme nicht die Rede sein, weil vorher eine Zahlungsverbindlichkeit noch gar nicht besteht.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 9. Nov. 1854. (J. Mon. Schr. Bd. 1. S. 686.)

§§. 64. u. 65. Bornemann nimmt an, daß im Falle der mora des Schuldners auch von dem Werthe einer Quantität fungibler Sachen Zögerungszinsen zu entrichten sind, wie dies analogisch aus §. 858. I. 11. und §§. 193., 194. I. 16. A. L. R. folge.

(System Bd. 2. S. 564, 2. Ausg. Bd. 2. S. 324.)

Koch ist dagegen der Meinung, daß der im §. 65. gebrauchte Ausdruck: »Zahlungen« nur von Geldsummen zu verstehen sei, wogegen der Grundsatz keine Anwendung auf andere Quantitäten finde. Deshalb sei im §. 65. auch nicht auf den §. 858. A. L. R. I. 11. verwiesen. (Landr. Bd. 2. Anm. 35. zum §. 65. h. t.)

§§. 64. u. 71. Die Verpflichtung zur Verzinsung wird nicht allgemein und in allen Fällen schon allein dadurch begründet, daß Jemand einem Andern die Benutzung einer Summe auf eine widerrechtliche Weise vereitelt und entzogen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 71 Nr. 15.)

§. 66. 1) Unter dem Ausdrucke: »unerlaubt« ist hier nicht gerade die Verletzung eines eigentlichen Verbots- oder Strafgesetzes, sondern auch die Uebertretung eines Civilgesetzes zu verstehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1837.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 377.)

Denselben Grundsatz nimmt der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1857 an.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 306 Nr. 57.)

2) Die Vorschrift des §. 66. ist nicht auf die Verabsäumung privatrechtlicher Obliegenheiten auszudehnen, sondern nur für wirklich unerlaubte Handlungen erlassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht).

(J. Z. 1836 S. 1243.)

3) Die Vorschrift des §. 66. bezieht sich nur auf eigentliche Beschädigungen, nicht aber auf die verbrecherische Besitznehmung fremden Eigenthums.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Aug. 1808.

(Simon's R. Bd. 1. S. 19.)

4) Wer aus einer unerlaubten Handlung zur Entschädigung verpflichtet ist, hat von der Entschädigungssumme Zinsen von dem Tage desjenigen Urtels ab, in welchem der Geldbetrag festgesetzt ist, — nicht aber schon von dem Tage desjenigen Urtels an zu entrichten, in welchem nur seine Entschädigungsverbindlichkeit ausgesprochen war.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1853. (Präj. Nr. 2436.)

Die bei Redaction des A. L. R. vorgelegenen Materialien geben über die Frage wenig Aufschluß. Der Entwurf zum allgemeinen Gesetzbuch v. J. 1787 gewährte im §. 69. Thl. II. Tit. 3. dem Beschädigten das volle Interesse, und eben so lauten die §§. 9., 10., 80. A. L. R. I. 6. Es würde sonach minder zweifelhaft sein, dem Beschädigten neben dem ursprünglichen Schaden, und als einen Theil desselben auch den verlorenen Nutzen und resp. den entgangenen Gewinn zuzusprechen. Anders ist es aber mit den Zinsen des von ihm zur Wiederherstellung verwendeten Kapitals. — Es war Zweck der Redaktion, legem Aquiliam des Röm. R. möglichst zu vervollständigen; jedoch waren die Ansichten darüber verschieden: ob die Zinsen seit Entstehung des Schadens, ob sie seit Insinuation der Klage oder ob sie nur vom Urtel ab zu vergüten seien? (Bornemann's Syst. Bd. 2. S. 171, 184, 186, Gesetzrev. Pens. XIV., Motive S. 189 zu Tit. 6. und S. 84 zu Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.) und wie Klein in seinem Auszuge aus dem allg. Gesetzb. Thl. I. Tit. 16. §. 837. bestätigt, scheint die Ansicht den Vorzug gefunden zu haben, daß in Fällen, wo die zu zahlende Summe erst durch Erkenntniß bestimmt wird, die Zögerungszinsen erst von Zeit des ergangenen Urtels ab laufen. Im A. L. R. ist der Tag des »ergangenen« Urtels auch wirklich beibehalten, jedoch als Objekt der Verzinsung der »nach Geld festgesetzte Entschädigungs-Betrag« genannt. Erwägt man nun, daß ein solcher Betrag nicht eher vorhanden sein kann, bis eine Ermittelung desselben und ein richterliches arbitrium erfolgt ist, so ergiebt sich folgerecht, daß nur dasjenige Urtel den Anfang der Zinsen bestimmen kann, welches die Entschädigungssumme oder den Betrag in Gelde ausgesprochen hat. Zwar kommt die Vorschrift des §. 66. nicht im Tit. 6., sondern im Tit. 16. vor; indeß gerade weil §. 66. eine singulaire Bestimmung enthält, muß von den weiteren Folgen des Verzuges, wie sie in §§. 67—71. dargestellt sind, im Falle des §. 66. ganz abgesehen werden. Auch der Annahme, daß die Forderung des Beschädigten, welcher die beschädigte Sache auf eigene Kosten wieder hergestellt hat, von Anfang an eine Geldforderung sei, und diese nach §. 193. einem Darlehn an den Beschädiger gleich stehe, auch schon die Klage eine Aufforderung zur Zahlung und eine Zögerung nach §§. 20., 21. begründe, stehen die Worte des §. 66. entgegen. Es muß zuerst der Schade, dessen Urheber und Betrag durch Urtel festgestellt werden, ehe von einer Entschädigung und von einem Betrage derselben die Rede sein kann. Der Schuldner kann nicht eher zahlen, bevor alles dieses feststeht; und früher, als eine Zahlungszeit feststeht, kann auch wiederum nicht ein Verzug im Zahlen behauptet werden. — Es mag sein, daß der Beschädigte, welcher den Schaden mit eigenen Mitteln beseitigt, bis zur Festsetzung der Entschädigungssumme die Zinsen seines Vorschusses verliert, ja selbst diese Zinsen an einen Anderen zu entrichten hatte, wenn er sich das erforderliche Quantum durch ein Darlehn beschaffte. Im ersten Falle ist aber der Verlust, wenn er auf anderem Wege einen Theil der Entschädigungssumme bilden soll, zu bescheinigen, und es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß ein Gewerbetreibender, wenn er durch Schuld eines anderen am Gewerbebetrieb behindert wird, gerade so viel verliert, als die landesüblichen Zinsen des Aufwandes betragen würden. Im letzteren Falle dagegen würden wenigstens die Aufnahme des Darlehns und die Bedingungen desselben darzuthun sein.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 29, Entsch. Bd. 25. S. 129.)

Denselben Grundsatz nimmt der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Mai 1857 an. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 306 Nr. 57.)

5) Ist unter dem Tage des »ergangenen Urtels« der Tag der Rechtskraft oder der des Urtheilsspruchs zu verstehen?

a) Der III. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 13. Sept. 1852 an, daß der Tag des ersten die Entschädigungssumme feststellenden Erkentnisses gemeint sei.

Für die entgegengesetzte Meinung ist angeführt worden, daß die Entschädigungsforderung erst durch das Urtheil auf eine Geldschuld zurückgeführt werde, und die entbehrten Nutzungen bis zur Rechtskraft in sich schließen könne; auch sind die Parallelstellen §. 231. I. 7. und. §. 821. I. 11. A. L. R. herangezogen worden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 84.) Auf der anderen Seite ist geltend gemacht, daß der Beschädiger durch unerlaubte Handlungen durch den §. 66. h. t. nicht günstiger habe gestellt werden sollen, als jeder Schuldner, dem von der Mahnung, resp. Klage-Insinuation die Verzugszinsen laufen, und daß der §. 66. den Anspruch auf frühere Zinsen und Nutzungen, so weit sie in der zuerkannten Entschädigungssumme nicht wirklich enthalten sind, keinesweges ausschließe. (Bornemann's Syst. 2. Ausg. Bd. 2. S. 186.) Der §. 66. beschränkt seinen Worten und seinem Grunde nach die richterliche Bestimmung des term. a quo der Zinsen nicht auf den Tag des rechtskräftigen Urtheils, und daher ist der letztgedachten Ansicht der Vorzug zu geben.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 244 Nr. 50.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, welcher mittheilt, daß auch das Kammerger. sich hierfür entschieden habe; denn das Gegentheil sei nicht expresse gesagt, und die Annahme, daß der Tag der Rechtskraft entscheidend sei, würde dahin führen, daß es in der Gewalt des Beschädigers stehen würde, seine Verbindlichkeit durch unbegründete Rechtsmittel hinauszuziehen.

(System Bd. 2. S. 337, 2. Ausg. Bd. 2. S. 188.)

b) Koch versteht darunter den Tag der Rechtskraft, wobei überdies vorausgesetzt sei, daß das Urtel keine Zahlungsfrist bestimme. (A. G. O. I. 24. §. 2. u. I. 14. §§. 7., 9.)

Die Vorschriften des A. L. R. I. 7. §. 231. und I. 11. §. 1079. bestätigen gerade diese Meinung; denn es ist dort, wie im §. 66. h. t. von derselben Sache die Rede, nämlich von den sogen. Judikatzinsen, weshalb auf den ungenauen Ausdruck des §. 66. kein solches Gewicht zu legen, um zwei verschiedene Grundsätze über dasselbe Institut nebeneinander zu stellen, um so weniger, als wenn man nur auf Wortauslegung einen solchen Zwiespalt im Prinzip gründen will, der Grund sehr hinfällig ist, da ein »ergangenes« Urtheil doch immer für nicht ergangen gilt, wenn es nicht rechtskräftig wird, folglich ohne Zwang unter dem ergangenen Urtel ein rechtskräftiges verstanden werden kann. (Landr. Bd. 2. Anm. 37. zum §. 66. h. t.)

Dieser Ansicht sind auch Merkel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 400) und Grävell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 4, 12).

6) Die Gesetzrevisoren führen aus, daß der §. 66. nur Entschädigungsansprüche vor Augen habe, welche erst durch richterliche Festsetzung die Natur einer Geldschuld annehmen können. Wenn dagegen eine Schadenszufügung sofort oder ex post einen baaren Geldverlust nach sich gezogen und der Richter nur die Verbindlichkeit zur Erstattung ausgesprochen hat, so finde der §. 66. keine Anwendung, oder lasse vielmehr eine frühere Zinsenforderung zu.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 84.)

Derselben Ansicht ist Bornemann.

(System Bd. 2. S. 337, 2. Ausg. Bd. 2. S. 187.)

Der I. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 22. Juni 1857 gleichfalls aus, daß der §. 66. nur solche Entschädigungsansprüche betreffe, deren Geldbetrag streitig und erst durch Erkenntniß festzustellen ist. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 336 Nr. 50.)

§§. 67. 68. Wenn in den Landestheilen, für welche das Patent v. 9. Sept. 1814 ergangen, während der Herrschaft des Französischen Rechtes der bestimmte Zahlungstag einer Verbindlichkeit eingetreten, oder es dem Verpflichteten bei einer bedingten Zahlung bekannt worden ist, daß die Bedingung eingetreten, die Zahlung aber dennoch nach dem 1. Jan. 1815 (dem Einführungstage des A. L. R.) nicht erfolgt ist, so können aus dem solchergestalt fortdauernden Verzuge von 1. Jan. 1815 ab, Verzugszinsen gefordert werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1773.) (Präj. Samml. S. 87.)

Nach denselben Grundsätzen hat der I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1851 (Präj. Nr. 2277.) erkannt.

(Entsch. Bd. 20. S. 543.)

§. 68. Ist dem Mandatar eines Schuldners bekannt worden, daß die Bedingung einer seinem Mandanten obliegenden Zahlung eingetreten, so setzt dennoch die Wissenschaft des Mandatars den Schuldner nicht in Verzug, in sofern nicht etwa der Berechtigte selbst dem Mandatar diese Anzeige gemacht hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1846. (Präj. Nr. 1774.) (Präj. Samml. S. 87.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 85.

§. 71. Das Marginale gehört zum §. 72.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§§. 74—77. Münzsorte.

Vergl.: a) die Gesetzgebung über die Münzverfassung und das Papiergeld in den Erg. zum A. L. R. II. 13. §. 12.; b) die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 257—259.

§. 77. Der §. 77. ist aufgehoben durch die Bestimmung sub Nr. 7. des G. über die Münzverfassung v. 30. Sept. 1821.

(G. S. S. 159.)

§§. 78—85. Fremde Münzsorten.

§. 78. 1) Ueber die Anwendung der neueren Münzbestimmungen auf Zahlungen, die in fremden Münzsorten stipulirt worden sind, vergl. die K. O. v. 4. Aug. 1832 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 257—259. Zus. 3.

2) G. v. 14. Mai 1855, betr. die Beschränkung der Zahlungsleistung mittelst fremden Papiergeldes.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, unter Zustimmung der Kammern, was folgt:

§. 1. Fremdes, auf Beträge im Vierzehnthalerfuße lautendes Papiergeld darf, in soweit die einzelnen Stücke desselben auf geringere Summen, als zehn Thaler lauten, zu Zahlungen nicht gebraucht werden. Der Umtausch solchen fremden Papiergeldes gegen Preuß. oder anderes im gemeinen Verkehr zugelassenes Geld unterliegt diesem Verbote nicht.

§. 2. Dem fremden Papiergeld werden gleichgeachtet die in einem fremden Staate ausgegebenen Banknoten und sonstigen von Korporationen, Gesellschaften oder Privaten ausgestellten, auf den Inhaber lautenden unverzinslichen Schuldverschreibungen.

§. 3. Wer dergleichen fremdes Papiergeld (§§. 1. und 2.) zur Leistung von Zahlungen dem vorstehenden Verbote zuwider ausgiebt oder anbietet, wird mit einer polizeilichen Geldbuße bis zu funfzig Thalern bestraft.

§. 4. Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem 1. Januar 1856 in Kraft.

Dasselbe kann im Wege Königl. Verordnung für einzelne Landestheile außer Anwendung gesetzt werden[1]).

In demselben Wege können Ausnahme-Bestimmungen zu Gunsten solchen fremden Papiergeldes getroffen werden, über dessen Umlauf gegenwärtig Verabredungen mit auswärtigen Regierungen in Kraft sind[2]).

Urkundlich rc.

Gegeben Potsdam, den 14. Mai 1855.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen. v. Bodelschwingh. Gr. v. Waldersee.

Für den Minister für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten:
v. Manteuffel.

(G. S. 1855 S. 307 Nr. 4221.)

3) G. v. 25. Mai 1857, betr. das Verbot der Zahlungsleistung mittelst ausländischer Banknoten und ähnlicher Werthzeichen.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie, was folgt:

§. 1. Ausländische Banknoten oder sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen ausländischer Korporationen, Gesellschaften oder Privaten dürfen, ohne Unterschied des Münzfußes, auf welchen sie lauten,

---

[1]) Dies ist geschehen mittelst Königl. Verordn. v. 22. Okt. 1855 (G. S. S. 667) für die Kreise Schleusingen und Ziegenrück, so wie für die Stadt Benneckenstein, in der Provinz Sachsen; desgl. für die Gemeindeverwaltungs-Bezirke Lügde und Harzberg, Kreises Höxter, in der Provinz Westphalen.

[2]) Durch die Verordn. v. 24. Dec. 1855 (G. S. S. 741), 22. Dec. 1856 (G. S. S. 1040) und 21. Dec. 1857 (G. S. S. 1035) ist bestimmt worden, daß das G. v. 14. Mai 1855 bis zum 1. Jan. 1859 bei solchen Zahlungen außer Anwendung bleibt, die mit den von der Großherzoglich Sächsischen Regierung und von der Herzoglich Sachsen-Koburg- und Gotha'schen Regierung für das Herzogthum Sachsen-Gotha ausgegebenen Kassenanweisungen geleistet werden.

oder des Betrages, zu dem die einzelnen Stücke ausgefertigt sind, zu Zahlungen nicht gebraucht werden. Der Umtausch solcher ausländischen Werthzeichen gegen Preußisches oder anderes im gemeinen Verkehr zugelassenes Geld unterliegt diesem Verbote nicht.

§. 2. Wer dergleichen ausländische Werthzeichen (§. 1.) zur Leistung von Zahlungen, dem vorstehenden Verbote zuwider, ausgiebt oder anbietet, wird mit einer polizeilichen Geldbuße bis zu funfzig Thalern bestraft.

§. 3. Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem 1. Jan. 1858 in Kraft.

Dasselbe kann im Wege Königl. V. für einzelne Landestheile außer Anwendung gesetzt werden[1]).

Urkundlich rc. rc.

Gegeben Berlin, den 25. Mai 1857.

Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen. v. Bodelschwingh. v. Manteuffel II.

Für den Kriegsminister: v. Hann.

(G. S. 1857 S. 440 Nr. 4689.)

§. 82. In den Allegaten des §. 82. ist statt: »78. 7.« zu lesen: »787.«

(R. v. 5. Mai 1834 u. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 6. u. Bd. 12. S. 3.)

§§. 86—96. Von Quittungen.

§. 86. 1) Der Schuldner ist nicht bloß über die Zahlung von Geld oder geldgleichen Papieren, sondern auch über die Entrichtung von nicht in baarem Gelde bestehenden Leistungen, z. B. von Natural-Prästationen eines Altentheils, Quittung zu verlangen berechtigt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Mai 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 228 Nr. 48.)

2) Der Schuldner braucht sich eine Quittung, in welcher der Gläubiger sich seine Rechte allgemein vorbehält, nicht gefallen zu lassen; er darf in diesem Falle ad depositum offeriren.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. März 1853, auf Grund des §. 86. in Verbindung mit §§. 101. u. 87., woraus folge, daß der Gläubiger in die Quittung keine Erklärung aufnehmen dürfe, welche die nothwendigen Bekenntnisse über die Zahlung und deren Umstände direkt oder indirekt wieder umstoße oder beschränke, indem hierin ein Vorbehalt gegen die Verbindlichkeit der Quittung selbst liegen würde.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 56 Nr. 13.)

3) Wer hat die Kosten der Quittung zu tragen?

a) Das R. v. 27. Nov. 1797, welches über die Kosten der Quittungen bei hypothekarisch versicherten Forderungen ergangen, und aus welchem der §. 54. des Anh. zum A. L. R. entnommen ist, entschied diese Frage bloß in Betreff der Kosten, welche die Quittung über eine im Hypothekenbuche eingetragene Forderung zum Zweck der Löschung veranlaßt — und zwar zum Nachtheil des Schuldners, weil dieser aus der Quittungsleistung den Vortheil ziehe.

(N. C. C. Tom. X. p. 1475, Stengel Bd. 5. S. 137, Rabe Bd. 4. S. 350.)

b) Dagegen hat die Frage in ihrem weiteren Umfange bereits der Gesetzgebung nach Mittheilung der Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 88.) vorgelegen. Es erforderte nämlich im Jahre 1826 der König auf Veranlassung einer Beschwerde den Ber. des Staatsmin. darüber:

ob das Stempelgesetz in Ansehung der Verpflichtung des Schuldners zur Uebernahme der Quittungskosten die früher bestandene Gesetzgebung dahin abgeändert habe, daß der Gläubiger als Aussteller der Quittung den Stempel tragen müsse.

Hierbei wurde angenommen, daß die Frage, wer nach dem A. L. R. die Quittungskosten tragen müsse, im Gesetze, in sofern nicht der §. 54. des Anh. zur Anwendung komme, nicht entschieden und daher im einzelnen Falle vom Richter nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden sei. Der Justizmin. war der Ansicht, daß diese Entscheidung aus den Gründen des R. v. 27. Nov. 1797 und der Analogie des §. 54. des Anh. für die Verpflichtung des Schuldners ausfallen müsse. Der Finanzmin. nahm das Gegentheil an, als Folge der Verbindlichkeit des Gläubigers, Quittung zu geben, und stellte in Abrede, daß derjenige die Kosten einer Verhandlung tragen müsse, welcher daraus einen Vortheil ziehe. Ebenso verschieden waren die Ansichten darüber: ob aus dem Stempelgesetze hervorgehe, wen die auf die Quittung gelegte Steuer treffen solle? Der Justizmin. verneinte dies; die übrigen Mitglieder des Staatsmin. waren entgegengesetzter Ansicht, da auch diejenigen Quittungen stempelpflichtig erklärt, welche zum Rechnungsbelag bei einer öffentlichen Behörde dienen sollen, und es nicht gedenkbar, daß man dies gethan, um die Steuer wiederum aus öffentlichen Kassen zu ersetzen.

Die Gesetzrevisoren (a. a. O.) gehen von dem Grundsatze aus, daß ein Jeder diejenigen Kosten trage, welche zu veranlassen sein Interesse erheischt.

Die Quittung sei ein in einfacher Schrift bestehendes Beweismittel, welches der Regel nach keine Kosten mache; letztere könnten nur bestehen in der Stempelsteuer, den Kosten der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme, der Legitimationsführung, der Autorisation zur Gelderhebung u. s. w. Durch wessen Persönlichkeit dergleichen Kosten nothwendig würden, der müsse sie tragen. Die Stempelsteuer endlich treffe den, den das G. besteuere. Dies besteuere nur diejenigen Quittungen, welche als Rechnungsbeleg bei einer öffentlichen Behörde dienen sollen und die, welche von einem Notar oder sonstigen öffentlichen Beamten aufgenommen. Im letzteren Falle coincidire die Stempelsteuer mit den übrigen Kosten der Aufnahme, der gerichtliche oder notarielle Akt werde eigentlich besteuert, und wer die Kosten dieses Aktes zu tragen, den treffe auch die Stempelsteuer. Im ersteren Falle aber sei anzunehmen, daß letztere den Zahlungsnehmer treffe, weil sich nicht denken lasse, daß die öffentlichen Kassen, von deren Rechnungen die Rede ist, besteuert werden sollten.

Bornemann tritt der Ansicht der Gesetzrevisoren bei.

(System Bd. 3. S. 550 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 321.)

Koch legt die Kosten der Quittung, mit der einzigen positiven Ausnahme des Anh. §. 54., dem Gläubiger zur Last, dessen Verbindlichkeit, Quittung zu geben, wie jede andere obligatio dandi, bei welcher der Verpflichtete die zu gebende Sache auf seine Kosten herbeischaffen müsse, zu beurtheilen sei. Bei der Quittung interessire nicht bloß der Schuldner wegen seiner Liberation, wie behauptet sei, sondern auch der Gläubiger wegen Erwerbung des Geldes. Von dem richtigen Grundsatz habe das A. L. R. in II. 18. §. 898. bei der Quittung eines gewesenen Pflegebefohlenen Gebrauch gemacht, und er liege auch dem §. 22. des Stempel-G. v. 7. März 1822 zu Grunde, worin der Aussteller als der Kontravenient, mithin als der Steuerpflichtige angesehen werde.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 590 ff., Landr. Bd. 2. Anm. 53. zum §. 86. h. t)

Vergl. Jahrb. Bd. 9. S. 36.

§. 96. Statt: »fünfzig Thaler oder mehr« ist »über fünfzig Thaler« zu setzen. (Ziehm's Verzeichniß der Druckfehler.)

§§. 97—103. In wiefern die Rückgabe des Instruments oder die Kassation desselben die Stelle der Quittung vertrete.

§. 98. Ueber die Frage: ob der mündliche Erlaß durch Uebergabe des Schuldscheins von rechtlicher Wirksamkeit sei? vergl. die Erg. zu den §§. 381., 390., 391., 393. h. t.

§. 103. Statt: »Verwaltung« ist zu setzen: »Vermuthung«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§§. 104—124. Beweiskraft der Quittungen.

Chr. L. Paalzow, de exceptione non numeratae pecuniae ex foro profliganda. (Observ. Fasc. I. p. 37.)

§§. 104—107. Ueber die Abweichungen dieser §§. vom Röm. Rechte vergl. den amtl. Schlußber. von Suarez in den Jahrb. Bd. 41. S. 52 ff.

§§. 104. u. **105.** Der Gegenbeweis des Ausstellers der Quittung, daß keine Zahlung geschehen, benimmt der Quittung alle Beweiskraft. Daher hat der Schuldner, welcher behauptet, daß der Quittung eine andere Aufhebungsart der bestandenen Verbindlichkeit, z. B. Erlaß oder Schenkung zum Grunde liege, den Beweis hierüber zu führen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1853 u. 22. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 272 Nr. 61.)

---

[1]) Dies ist geschehen mittelst Königl. V. v. 28. Dec. 1857 (G. S. S. 1036) für die Kreise Schleusingen und Ziegenrück, so wie für die Stadt Benneckenstein.

§§. 105. u. 106. Die §§. 105. u. 106. gelten nicht für das Bekenntniß des Empfanges der Valuta in einem zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Instrumente.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. April 1848.

Denn für Letzteres sind die Vorschriften in den §§. 738., 739. A. L. R. I. 11. enthalten, auch sind beide Geschäfte keineswweges von gleicher rechtlicher Natur. Eine Quittung ist das Bekenntniß über die durch Zahlung bewirkte Erfüllung einer Verbindlichkeit (A. L. R. I. 16. §. 86.), während das Bekenntniß über den Empfang der Valuta den wesentlichen Theil eines Schuldinstruments bildet, wodurch erst neue Verbindlichkeiten begründet werden sollen, wozu bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt sind, noch die besondere Rücksicht auf den Hypothekenverkehr tritt.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 63 Nr. 31.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 732. Zus. 1.

§. 106. 1) Die Bestimmung des §. 106. nimmt dem Richter nicht die Befugniß, nach Befinden dennoch auf den Erfüllungseid zu erkennen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1837.

Schon das Wort: »eher« läßt darauf schließen, daß auch Fälle eintreten können, in denen der Richter wohl befugt ist, dem anderen Theile den Eid aufzulegen. Hätte der Gesetzgeber den Aussteller der Quittung unbedingt von der Zulassung zum nothwendigen Eide ausschließen wollen, so würde des, dem Aussteller aufzulegenden Erfüllungseides gar nicht gedacht, sondern einfach angeordnet worden sein, daß, wenn es auf einen nothwendigen Eid ankomme, stets der Inhaber der Quittung zum Reinigungseide zu verstatten sei.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 475 ff.)

2) Die Vorschrift des §. 106. enthält einen Rechtsgrundsatz und nicht eine das Beweisverfahren betreffende Prozeßvorschrift.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1841. (Präj. Nr. 1034.) (Präj. Samml. S. 87.)

3) Die Vorschrift des §. 106. findet keine Anwendung, wenn die Quittung nicht in Erwartung der Zahlung, sondern zu einem anderen Zwecke, z. B. um dem Schuldner das Finden eines neuen Kredits zu erleichtern, ausgestellt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 9. Juli 1836. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 476.)

4) Die Vorschrift des §. 106. gilt nur für Quittungen im rechtlichen Sinne, nicht aber auch für Schuldscheine.

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 732. Zus. 1.

§§. 106. 114. In welchen Fällen ist die Einrede der nicht geleisteten Zahlung gegen eine Quittung zulässig?

Müller findet, daß der §. 106. bloß für die in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellten Quittungen, der §. 114. für alle übrigen Quittungen, bei welchen dies nicht der Fall ist, die allgemeine Regel enthalte, da in einer jeden dieser beiden Gesetzstellen für die darin erwähnte Art von Quittungen gegebene Regel nicht auf die andere Art angewendet werden dürfe, und nach der Theorie des Preuß. Rechtes mithin

1) sowohl die exceptio als die querela non numeratae pecuniae nur gegen solche Quittungen, welche bloß in Erwartung künftiger Zahlung ausgestellt wurden, wenn solches behauptet und erwiesen werden kann,

2) keineswweges aber gegen solche Quittungen zulässig sei, aus deren Inhalte sich ergiebt, daß nach der ausdrücklichen Willenserklärung des Ausstellers die Aufhebung der Verbindlichkeit bereits vorher erfolgt sein solle, und daß

3) vielmehr die letztere Art der Quittungen nach den Regeln von Entsagungen zu beurtheilen sei.

(Sieben Abhandl. über Einreden nach der Theorie des Pr. Rechts und Prozesses S. 53.)

§§. 113. u. 114. 1) Wenn eine Quittung gemäß §. 114. nach den Regeln von Entsagung der Rechte zu beurtheilen ist, alsdann bedarf es für die Gültigkeit der darin liegenden Entsagung nicht einer besonderen schriftlichen Form.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1852. (Präj. Nr. 2357.)

Es handelte sich um die spezielle Frage: ob die in der Absicht einer Aussteuergewährung ausgestellte Quittung einer Mutter als Erlaß der Schuld die rechtliche Wirkung zu äußern vermöge, daß dadurch dieselbe von ihrer Zahlungsverbindlichkeit frei geworden, oder ob es hierzu noch einer besonderen ausdrücklichen Erklärung der Gläubigerin und eines schriftlichen Vertrages über die Aussteuer bedurft habe? Die erstere Frage wird verneint.

Die ausdrückliche Erklärung, welche nach §. 381. h. t. allemal zum Erlasse und zur Verzichtleistung erforderlich ist, liegt in der Ausstellung der Quittung als solcher; denn wenn der Gläubiger sich für befriedigt erklärt, so verzichtet er auf alle Rechte aus dem Geschäft, aus welchem er dasjenige zu fordern hatte, worüber er quittirt; und wenn er auf die Quittung keine Zahlung erhalten, dieselbe auch nicht in Erwartung künftiger Zahlung, sondern in der Absicht ausgestellt hat, den Schuldner von seiner früheren Verbindlichkeit zu befreien, so liegt eben in der Quittung die genugsam deutliche Willenserklärung des Erlasses der Schuld ausgedrückt, und dies genügt den Erfordernissen des gedachten §. 381. Hiernach kommt es aber auf die Absicht des Gläubigers, aus welcher der Erlaß hervorgegangen, nur in sofern an, als ihr Nachweis die Quittung, beziehungsweise die Entsagung zu erklären und erstere als einen wirklichen Erlaß zu rechtfertigen vermag, wogegen es für die Gültigkeit des Erlasses gleichgültig ist, ob und welche Förmlichkeiten für das Geschäft erforderlich sind, um dessen Willen der Erlaß erklärt worden. Ist letzteres geschehen, weil der Gläubiger dem Schuldner hat ein Geschenk zuwenden oder ihn bei seiner Verheirathung mit einer Ausstattung hat versehen wollen, alsdann kann die Form, unter welcher sonst nach den Gesetzen Schenkungen und Entsagungen erklärt werden müssen, keinen Grund abgeben, die Gültigkeit des Erlasses anzufechten, da vielmehr die rechtliche Wirkung des letzteren die sonst für die Erreichung der dabei gehegten Absicht des Erklärenden erforderliche Form ersetzt. Dies muß um so mehr eintreten, wenn für den Erklärenden eine gesetzliche oder moralische Verbindlichkeit zu der durch die Entsagung oder den Erlaß bezweckten Freigebigkeit obwaltet.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 29, Entsch. Bd. 23. S. 107.)

Derselben Ansicht ist der III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 21. Dec. 1852 u. 22. März 1854 unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 2357. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 272 Nr. 61.)

Dagegen geht der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Juli 1852 von der entgegengesetzten Ansicht aus, nämlich, daß, wenn in einer Quittung baare Zahlung zwar bekannt, diese aber nicht erfolgt, sondern bei der Ausstellung von dem Quittungsleister mündlich erklärt ist, daß er dem Schuldner die Schuld erlasse, und in dieser Absicht die Quittung ausstelle, die letztere als ein formell gültiger Erlaß der Schuld nicht anzusehen sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 44 Nr. 9.)

Ebenso hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Febr. 1856 erkannt, daß, wenn nach Inhalt der Quittung die darin bescheinigte Aufhebung einer Verbindlichkeit durch baare Zahlung erfolgt sein soll, dagegen keine baare Zahlung geleistet, sondern die Schuld mündlich erlassen ist, die Quittung die Bedeutung einer schriftlichen, dem Gläubiger, so wie dessen Rechtsnachfolger bindenden Erklärung hat, welche dem Schuldner gegen jeden weiteren Anspruch wegen derselben Forderung Schutz gewähren soll.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 142 Nr. 35.)

Auf diesen Widerspruch macht die Redaktion des Archivs (a. a. O. S. 46–47) aufmerksam, indem sie zugleich bemerkt:

Die Entscheidung der Frage hängt von der Auslegung des §. 114. ab, ob man, wie von dem Ob. Trib. in mehreren Erkenntnissen geschehen, annimmt, derselbe setze in dem vorausgesetzten Falle eine Entsagung, oder derselbe verordne eine Untersuchung des etwanigen Vorhandenseins der Erfordernisse einer Entsagung. Obgleich die Worte für die letztere Auslegung sprechen, so dürfte doch die erstere die richtige sein, weil sonst der §. 114. etwas Ueberflüssiges bestimmte.

Koch hält das Präj. Nr. 2357. für richtig, indem er bemerkt, daß die in schriftlicher Form vorhandene Willenserklärung als Erlaß auszulegen sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 72. zum §. 114. h. t.)

2) Der I. Sen. des Ob. Trib. stellt in dem Erk. v. 1. Dec. 1852 in Bezug auf den §. 114. folgende Rechtsgrundsätze auf:

a) Die Vorschrift des §. 114., wonach eine Quittung, aus welcher erhellt, daß die darin bescheinigte Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt sei, bei nicht stattfindender Ausmittelung des der Ausstellung zum Grunde liegenden Geschäfts, nach den Regeln von Entsagungen der Rechte zu beurtheilen ist, tritt ein, wenn keine von beiden Parteien etwas zur Aufklärung des eigentlichen Sachverhältnisses beigebracht hat.

b) Der Beweis, daß und welches andere Geschäft zum Grunde gelegen, und daß oder in wiefern nicht eine Tilgung der Schuld dadurch herbeigeführt

worden, liegt demjenigen ob, der ein Interesse dabei hat, daß die Quittung nicht nach den Regeln von Entsagung der Rechte beurtheilt werde.

c) Die gedachte Vorschrift findet auch auf den Fall Anwendung, wenn in der Quittung bescheinigt worden, daß die Tilgung der Schuld theils durch Baarzahlung, theils durch andere Leistungen erfolgt sei, der Betrag der angeblich geleisteten baaren Theilzahlungen aber nicht angegeben ist.

(Entsch. Bd. 24. S. 328, Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 203 Nr. 40.)

Unter Bezugnahme auf die vorstehende Entscheidung führt der III. Sen. des Ob. Trib. in den Erk. v. 21. Dec. 1853 u. 22. März 1854 aus, daß die §§. 113. u. 114. voraussetzen, daß der Inhalt der Quittung selbst den Gegenbeweis gegen die darin bekannte Zahlung gebe.

Nach den vorangehenden §§. würde eine solche Quittung ohne alle Beweiskraft sein. Das Gesetz nimmt aber an, daß der Aussteller nichts Bedeutungsloses habe niederschreiben wollen, legt ihr eine andere Absicht, als die eines Bekenntnisses der Zahlung unter, und läßt eine faktische Präsumtion für die Aufhebung der Schuld durch Erlaß eintreten, für welchen zugleich die erforderliche schriftliche Form in der Quittung selbst erfüllt wird. Die Worte, der Zusammenhang und der Sinn der §§. 113. und 114. lassen darüber keinen Zweifel, daß diese Präsumtion die Widerlegung der Zahlung aus dem eigenen Inhalte der Quittung zur wesentlichen Bedingung und Grundlage hat.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 272 Nr. 61.)

3) Erklärt sich der Gläubiger einer auf dem Grundstück eines Dritten eingetragenen Post seinem persönlichen Schuldner gegenüber für befriedigt und bewilligt er zugleich die Löschung, so ist in dieser Löschungsbewilligung, auch wenn die wirkliche Nichtaufhebung der Hauptverbindlichkeit behauptet und die Richtigkeit jener erstgedachten Erklärung in Frage gestellt würde, dennoch eine zu Gunsten des Besitzers der verpfändeten Sache abzweckende Entsagung des Pfandrechtes zu finden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Aug. 1849.

(Entsch. Bd. 18. S. 265.)

Gegen die Richtigkeit dieses Rechtssatzes vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 72. zum §. 114. h. t.

§. 116. Eine sogenannte General-Quittung im Sinne des §. 116. hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie von einem sonst des Lesens und Schreibens Unkundigen nur mit seinem Namen oder mit unattestirten Handzeichen unterfertigt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1853.

Denn eine General-Quittung ist nicht, wie eine gewöhnliche Quittung, wobei deshalb die Vertragsförmlichkeiten für Analphabeten nicht Platz greifen, bloßes Beweismittel, sondern sie umfaßt zugleich ein, mit dem Erlaß in nächster Verbindung stehendes Rechtsgeschäft. In dieser Beziehung macht sich daher der §. 134. A. L. R. I. 5. geltend und mit Rücksicht darauf muß auf die allgemeinen Vorschriften der §§. 172., 179. a. a. O. zurückgegangen werden. (Entsch. Bd. 25. S. 126.)

§§. 125—132. Von der Rückgabe und Mortificirung des bezahlten Instruments.

§§. 126—130. V. v. 9. Dec. 1809 wegen Mortifikation und öffentlichen Aufgebots der Privat[1]-Schuldverschreibungen und Urkunden.

Wir &c. thun kund und fügen hiermit zu wissen: daß, da wegen Mortifikation der an einen gewissen Inhaber und wegen des öffentlichen Aufgebots der an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen Zweifel entstanden sind, Wir Folgendes deshalb zu verordnen geruht haben:

§. 1. Die auf einen bestimmten Inhaber lautenden Verschreibungen und Urkunden können nur auf eben diese Weise verpfändet werden, wie sie nach Vorschrift des A. L. R. I. 11. §§. 394—417. abgetreten werden müssen.

§. 2. Die Bekanntmachung der Verpfändung an den Aussteller der Urkunde ist zwar nicht zur Begründung des dinglichen Rechts nothwendig, als welches mit dem Augenblicke anfängt, da die Urkunde dem Pfandgläubiger schriftlich verpfändet und wirklich übergeben worden; aber es bleiben doch bei dem Mangel einer solchen Bekanntmachung an den Schuldner diejenigen Zahlungen und rechtlichen Handlungen, soweit sie zu seinem Vortheile gereichen, gültig, welche er redlicherweise aus Mangel dieser Wissenschaft vorgenommen hat, als wohin die §§. 281—284. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. näher bestimmt und abgeändert werden[2].

[1]) Auf hypothekarisch eingetragene Schuldinstrumente bezieht sich diese V. gar nicht. (Erk. des Ob. Trib. v. 26. Sept. 1840, Entsch. Bd. 6. S. 338.) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §§. 281—298.

[2]) Hierdurch ist der Widerspruch zwischen den §§. 125., 126. h. t. und dem §. 282. A. L. R. 1. 20. aufgehoben. Vergl. die Erg. zum A. L. R. 1. 20. §§. 281. sqq.

§. 3. In der Regel wird also der Schuldner durch einen nach Vorschrift des A. L. R. I. 16. §§. 126—129. ausgestellten Mortifikationsschein sicher gestellt.

§. 4. Was bei verlorenen Wechseln zu beobachten sei, ist im A. L. R. II. 8. §§. 1159—1180. und §§. 1199—1202. vorgeschrieben[1]).

§. 5. Auch der Umstand, daß die Vorschreibung eine vorläufige Einwilligung in eine künftige Cession oder Verpfändung enthält, macht außer den in dem Gesetze besonders ausgenommenen Fällen (A. L. R. II. 8. §§. 1145. bis 1246.) keinen Unterschied[2]).

§. 6. Kann aber der Schuldner, besonders in Ansehung der auf Ordre ausgestellten Urkunde, wahrscheinlich machen, daß er entweder bei auswärtigen Gerichten oder sonst unangenehmen Weiterungen, oder wohl gar der Gefahr der doppelten Zahlung ausgesetzt sein würde, wenn er das Original nicht zurückempfinge, so muß der Gläubiger entweder den Verlust der Urkunde näher nachweisen oder auf seine Kosten das öffentliche Aufgebot derselben bewirken.

§. 7. In diesem Falle sowohl, als wenn auf jeden Inhaber lautende Privaturkunden amortisirt werden sollen, dienen die Vorschriften der A. G. O. I. 50. §§. 115. ff. zur Richtschnur, jedoch muß dabei der Aussteller der Urkunde in der Regel zugezogen, und das Erkenntniß mit gegen ihn gerichtet werden.

§. 8. Dieser ist befugt, darauf anzutragen, daß entweder die Zahlungszeit des Kapitals oder doch der nächste Zinstermin abgewartet werde; aber auch ohne seinen Antrag soll die bis zu diesem Termine verlaufene Zeit der Frist des Aufgebots hinzugerechnet werden.

§. 9. In der Regel wird zwar das Aufgebot von dem Richter des Ausstellers der Urkunde erlassen, es muß aber auch die öffentliche Vorladung in den Zeitungen der Provinz, wo der Verlierer sich befindet, bekannt gemacht werden.

§. 10. Bei diesem Aufgebot soll zwar die V. v. 3. März 1804 Abschn. 1. §. 1. beobachtet werden; es soll aber dabei die Einrückung der öffentlichen Vorladung in die Intelligenzblätter nicht hinreichen, sondern die Bekanntmachung durch die Zeitung geschehen.

§. 11. Ist der Verkehr zwischen den Orten, wo der Verlierer sich befindet, und wo der Aussteller der Urkunde sich aufhält, unterbrochen, so steht es dem Verlierer frei, bei dem O. L. G. der Provinz, in welcher er sich aufhält, auf Erlassung des Aufgebotes anzutragen: ein solches Präklusions-Erkenntniß steht aber denen nicht entgegen, welche zur Zeit des Verlierens sich in denjenigen Ländern befanden, deren Verkehr mit dem Orte des Aufgebots verhindert wurde.

§. 12. Ist keine Abschrift der verlorenen Urkunde vorhanden, so ist die Vorschrift der A. G. O. I. 10. §. 122. zu beobachten.

(N. C. C. Tom. XII. p. 909, Hoffmann's Repert. Bd. 2. S. 134, Mathis Bd. 9. S. 16, Rabe Bd. 10. S. 217.)

§. 128. Statt: »Schuld« muß es heißen: »Forderung«.
(Ziehm's Druckfehlerverzeichniß.)

§. 132. Vergl. Hyp. O. Tit. II. §§. 273. sqq. und A. G. O. I. 51. §§. 115. sqq.

§§. 133—148. Rechtliche Präsumtionen aus Quittungen.

§. 133. 1) Ueber die Abweichung des §. 133. vom Röm. Rechte vergl. Suarez Schlußbericht (Jahrb. Bd. 41. S. 53), Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 600 ff., Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 3. S. 325.

2) Auch auf Zinsen der Darlehne ist der §. 133. anwendbar.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Aug. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 44 Nr. 20.)

§§. 141. 142. Was ist Rechtens, wenn die älteren und neueren Quittungen in Betreff der Gattung des zu Leistenden verschieden lauten? z. B. wenn in jenen über Natural-, in diesen über Geldprästationen quittirt wird?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

In sofern auf die neueren Quittungen nach §. 142. etwas ankommen sollte, mußte eine Bestimmung nach Zeit oder Zahl getroffen werden, die in den §§. 143—145. gegeben ist, welche mit dem §. 142, auf den sie sich beziehen, ein Ganzes bilden. Die in diesen ausgesprochene Vermuthung für eine vergleichsweise Festsetzung setzt aber offenbar voraus, daß eine Veränderung mit der zum Grunde liegenden Verpflichtung vorgegangen sei, ohne daß es darauf

[1]) Ueber die Amortisation von Wechseln bestimmen jetzt der Art. 73. der A. D. W. O. und der §. 2. des G. v. 15. Febr. 1850 über deren Einführung.

[2]) Die im §. 5. ausgenommenen Fälle II. 8. §§. 1145—1246. sind mit der Einführung der A. D. W. O. weggefallen.

ankommt, ob das frühere Rechtsverhältniß verdunkelt worden oder nicht. — Auch zeigt die folgende Bemerkung von Suarez in der rev. mon., daß der Verfasser des Gesetzes an eine Verwandlung der jährlichen Leistung gedacht habe. Er sagt:

»ad §§. 75., 76. (jetzt §§. 141., 142. d. Tit.) können einige Monenten rationem differentiae zwischen beiderlei Vorschriften nicht finden und wollen es durchgehends auf die älteren Quittungen ankommen lassen; allein der Grund des Unterschiedes liegt in dem mit dem Zeitverlauf sich so sehr ändernden Werthe des Geldes und der Dinge, wodurch es wahrscheinlich wird, daß die Differenz in quantitate zwischen den älteren und neueren Quittungen durch ein späteres auf diesen Unterschied sich gründendes ausdrückliches und stillschweigendes Abkommen veranlaßt worden.«

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 99.)

b) **Bornemann** bemerkt, daß die Redaktoren an diesen Fall nicht gedacht zu haben scheinen; da jedoch der §. 142. nur von der zu entrichtenden Quantität spreche und Ausnahmen von der Regel nicht erweitert werden dürften, so könne nur das Prinzip des §. 141. zur Anwendung kommen, wenngleich dasselbe nur in Bezug auf die causa debendi aufgestellt. Die Gesetzstellen (A. L. R. II. 7. §§. 427—431. und Tit. 11. §§. 923., 924., 935.), die von Verwandlung der bäuerlichen Naturaldienste in Dienstgelder und der Naturalzehnten in Sack- oder Geldzehnten handeln, machten dies unzweifelhaft. (System Bd. 3. S. 562, 2. Ausg. Bd. 3. S. 328.)

c) **Koch** nimmt an, daß in dem gedachten Falle der §. 142. keine Anwendung finde. Dafür spreche sowohl die (oben zu a. mitgetheilte) Bemerkung von Suarez, als die Quelle, aus welcher diese Bestimmungen geschöpft sind, nämlich Leyser, med. 17., wo bloß von Verschiedenheit der Summen die Rede sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 95. zum §. 142. h. t.)

§. 143. 1) Daraus, daß in einer Reihe von drei aufeinanderfolgenden Jahren die Zahlung oder Lieferung immer auf einerlei Weise geleistet und angenommen worden, kann eine Vermuthung für eine vergleichsweise Herabsetzung des Betrages einer fortwährenden Präftation[1]) nur dann gefolgert werden, wenn über die Zahlungen oder Lieferungen **Quittungen ertheilt sind.**

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1844. (Präj. Nr. 1411.) (Präj. Samml. S. 88.)

Dieselbe Ansicht spricht das Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Jan. 1845 aus, indem es bemerkt:

Die Quittungen sind nur Beweismittel, sowohl für die auf einerlei Weise geleistete Zahlung, als über deren Annahme ohne Vorbehalt. Die Vorschrift des §. 143. gehört zu denjenigen, in welchen die Präsumationen aus Quittungen abgehandelt werden, und daraus folgt, daß sie nur da anwendbar ist, wo Quittungen ertheilt sind. (Entsch. Bd. 10. S. 381.)

Koch erklärt dies für unrichtig; denn es sei nicht von Präsumtionen bloß aus Quittungen, sondern aus Zahlungen die Rede, wie der §. 133. h. t., mit welchem die Lehre anfängt, ergebe.

(Landr. Bd. 2. Anm. 96. zum §. 143. h. t.)

2) In dem §. 143. ist lediglich eine Rechtsvermuthung zu Gunsten des Verpflichteten und gegen den Berechtigten aufgestellt. Daraus, daß in einer Reihe von drei aufeinanderfolgenden Jahren die Zahlung oder Lieferung immer auf einerlei Weise geleistet und ohne Vorbehalt angenommen worden, kann nur eine Vermuthung für die Verminderung der unstreitig oder erwiesenermaßen ursprünglich vorhanden gewesenen Schuld, nicht aber für die Vergrößerung derselben abgeleitet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. u. 29. April 1842. (Präj. Nr. 1123.) (Präj. Samml. S. 87.)

3) Der §. 143. findet auch Anwendung, wenn es feststeht, daß der Schuldner früher verpflichtet gewesen ist, eine größere Summe jährlich zu bezahlen, als nach den drei Quittungen wirklich gezahlt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1841. (Präj. Nr. 1006.) (Präj. Samml. S. 87.)

4) Die bloße Behauptung, es sei kein Vergleich abgeschlossen, ist zur Widerlegung der im §. 143. enthaltenen gesetzlichen Vermuthung ungeeignet, und ein darüber zugeschobener Eid unstatthaft.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Jan. 1845. (Präj. Nr. 1538.)

Die Vermuthung des §. 143. fällt nach §. 144. nur dann hinweg, wenn ein Vergleich nicht gedacht werden kann; es müssen also Thatsachen und Umstände angegeben werden, unter deren Voraussetzung ein Vergleich nicht denkbar. Die Behauptung, daß ein Vergleich wirklich nicht abgeschlossen, berührt dies Beweisthema nicht, da sie eine Negative, nämlich eine bloße Verneinung derjenigen Folgerung enthält, welche das Gesetz ganz positiv aus der fraglichen Thatsache zieht, und der darüber deferirte Eid nur dahin führen könnte, daß die vermöge der gesetzlichen Vermuthung bereits ohne den Eid juristisch feststehende Thatsache, daß ein Vergleich wirklich abgeschlossen worden, noch beschworen würde.

(Präj. Samml. S. 88, Entsch. Bd. 10. S. 376.)

5) Die im §. 143. sanktionirte Vermuthung tritt zwar auch dann ein, wenn die jährliche Präftation zu einem höheren Betrage, als nach Inhalt der Quittungen gezahlt ist, im Hypothekenbuche eingetragen steht; diese Vermuthung erstreckt sich aber nicht auf eine vergleichsweise eingetretene Veränderung der Verbindlichkeit selbst für die Zukunft, sondern greift nur hinsichtlich der in den Quittungen bezeichneten Jahresrenten und der früheren Zeit Platz.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. u. 11. Sept. 1856. (Präj. Nr. 2687.)

(Entsch. Bd. 36. S. 79, Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 402.)

6) Erstreckt sich die Vorschrift des §. 143. auch auf die **Beschaffenheit einer Leistung?**

Verneint in dem Aufs. in der Zeitschr. des Rev. Kolleg. für Landes-Kultursachen Bd. 9. S. 411 ff., welcher nachweist, daß der §. 143. nach gegenwärtiger Lage der Gesetzgebung **dahin** zur praktischen Anwendung gelangt, daß, wenn in einer Reihe von drei aufeinander folgenden Jahren die **Quantität** einer Zahlung oder Lieferung stets auf einerlei Weise geleistet und ohne Vorbehalt angenommen und darüber **schriftlich quittirt** worden ist, zu vermuthen ist, daß die Zahlung **zu Gunsten des Verpflichteten für die vergangenen Leistungen** auf so hoch vergleichsweise bestimmt sei.

Scheele nimmt gleichfalls an, daß die Präsumtion des §. 143. sich nur auf die Quantität, nicht auch auf die **Qualität** periodischer Leistungen bezieht; denn sie sei stricte zu interpretiren und beziehe sich auf den scheinbaren Gegensatz der §§. 141. u. 142.

(J. W. 1848 S. 449.)

§§. 147. 148. Koch ist der Ansicht, daß diese §§. zufolge der Worte: »so sind auch die Rechnungen der vorhergehenden Jahre für abgethan zu achten«, nicht bloß eine Vermuthung aufstellen, sondern eine, jeden Anspruch ausschließende praesumtio juris et de jure begründen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 605, Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 147. h. t.)

Derselben Ansicht ist **Bornemann.**

(System 2. Ausg. Bd. 3. S. 328.)

§§. 149—159. Wirkungen der Zahlung.

Dr. **Löwenberg** theilt in den Beitr. zur Kenntniß der Motive Bd. 1. S. 285—291. einen Extrakt der Materialien des A. L. R. zu den §§. 149—159. h. t. mit.

§§. 150—153. Auch wenn der Schuldner eine Zahlung ausdrücklich auf das **Kapital** leistet, und der Gläubiger sie annimmt, ohne rechtzeitig zu widersprechen, darf Letzterer in der Folge sie nicht auf die verfallenen Zinsen verrechnen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1840. (Präj. Nr. 833.) (Präj. Samml. S. 88.)

§§. 150. sqq. 1) Diese Vorschriften enthalten über die Beweislast keine Bestimmungen und es gilt daher hier die allgemeine Regel, daß derjenige, welcher sich auf eine Thatsache stützt, solche beweisen muß. Wer sich daher auf ein Uebereinkommen über die Art der Anrechnung einer geleisteten Zahlung auf eine von mehreren Forderungen (§. 150.) oder auf eine der speziellen Vorschriften der §§. 151. ff. stützt, muß die thatsächlichen Bedingungen der §§. 151. ff. beweisen, sei es nun der Zahlende oder der Zahlungsempfänger, jener im Falle des §. 151., dieser im Falle des §. 152.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Okt. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 190 Nr. 46.)

[1]) Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1123. (s. unten Zus. 2. ad h. l.).

2) Zu den nach §. 310. A. L. R. I. 14. dem Bürgen zu statten kommenden Rechten und Einwendungen gehören auch diejenigen, welche sich auf die Verrechnungsart einer geleisteten Zahlung beziehen, und deshalb hat, nach §. 33. ebendas., eine von dem Gläubiger und dem Hauptschuldner nach vollzogener Bürgschaft ohne Zuziehung des Bürgen getroffene Vereinbarung, daß die inzwischen vom Hauptschuldner geleistete Zahlung nicht auf die zuerst eingeforderte verbürgte, sondern auf eine anderweitige Schuld desselben verrechnet werden solle, dem Bürgen gegenüber keine bindende Kraft. Insbesondere kann also der Gläubiger mit dem in Vermögensfall gerathenen Hauptschuldner bei Leistung der Zahlung nicht ohne Zuziehung des Bürgen vereinbaren, daß diese Zahlung nicht auf die zuerst eingeforderte verbürgte (§. 155. h. t.), sondern auf eine andere Schuld verrechnet werden solle.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Mai 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 151 Nr. 36.)

Vergl. die Erg. zum §. 153. h. t. Zus. 3. u. 4.

§. 153. 1) Unter den bei der Zahlung vorweg abzurechnenden »verfallenen« Zinsen sind nicht bloß vertragsmäßige, sondern auch Verzugszinsen zu verstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 19. Sept. 1842 [1]). (Präj. Nr. 1188.)

Im Röm. Rechte findet sich in dieser Beziehung eine strenge Distinktion zwischen vorbedungenen und Zögerungszinsen nicht, und die Materialien ergeben, daß das A. L. R. hier eine Abweichung vom Röm. R. nicht bezweckt hat. Man kann daher nur dem Sprachgebrauche folgen. Dieser berechtigt aber nicht, unter »verfallenen« bloß vorbedungene oder richterliche zugesprochene Zinsen zu verstehen. Sobald der Verfalltag des Kapitals eingetreten, beginnen und akkresciren auch die Verzugszinsen (A. L. R. I. 16. §§. 64., 67., I. 3. §. 45) und nur als Ausnahme vom Prinzipe des §. 64. h. t. beginnt die Zinszahlung erst mit der Klage-Insinuation (§. 71. h. t.) oder dem Tage des Urtels (§. 66.). Eben so wenig läßt sich behaupten, daß Verzugszinsen eine Entschädigung, mithin etwas vom Kapitale Verschiedenes seien (A. L. R. I. 11. §§. 833., 834., 660.). Der Beisatz »damals verfallene« im §. 153. ist sonach ohne praktische Bedeutung und soll nur sagen, daß von dem Gezahlten nicht mehr auf Zinsen abzuschreiben, als damals, nämlich zur Zeit der Zahlung an Zinsen jeder Art aufgelaufen, verfallen war, also dasselbe, was der §. 849. A. L. R. I. 11. »rückständig verblieben« besagt. Man geräth überdies auf Widersprüche, wenn man dem Ausdrucke »verfallen« eine engere Bedeutung geben wollte; so erscheint nach §. 4. Nr. 1. A. G. O. I. 28. der vertragsmäßige Verfalltag für das Recht selbst nicht als etwas Wesentliches; die Begriffe verfallener und Zögerungszinsen können ferner zusammenfallen, d. h. dieselben Zinsen können gleichmäßig Vertrags- und Verzugszinsen sein; das Gesetz enthält auch eventuell eine Lücke darüber, wie es mit der Anrechnung der Verzugszinsen zu halten. Endlich ist nach dem Geiste des A. L. R. kein Grund vorhanden zu der Annahme, daß die Gesetzgebung die Verzugszinsen weniger habe begünstigen wollen, als die andern. Dies geschieht zwar in den Fällen des A. L. R. I. 20. §. 483., I. 9. §. 511.; in anderen dagegen das Umgekehrte: A. G. O. I. 23. §. 58, A. L. R. I. 11. §. 849. und Tit. 16. §. 154. (Präj. Samml. S. 88, Entsch. Bd. 8. S. 19.)

Die durch den Pl. Beschl. v. 19. Sept. 1842 festgestellte Ansicht wird für die richtige erachtet von: Dr. Sommer (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 57 u. 372), Bornemann (System Bd. 3. S. 553, 2. Ausg. Bd. 3. S. 174 ff., 322), Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 585, Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 153. h. t.).

Dagegen fechten diesen Pl. Beschl. an: Lenz (J. W. 1847 S. 171 ff.) und Eggert (Centralbl. 1841 S. 553).

Ueber die verwandte Frage: ob der §. 849. A. L. R. I. 11. auf Verzugszinsen zu beziehen? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 849. Zus. 2.

2) Die Befugniß des Gläubigers, die ohne nähere Bestimmung geleistete Zahlung des Schuldners auf die verfallenen Zinsen zu verrechnen, erstreckt sich nicht so weit, daß dadurch auch mehr als zehnjährige Rückstände berichtigt werden können; vielmehr steht einer Verrechnung auf diese die Vorschrift des §. 849. A. L. R. I. 11., wonach der Gläubiger einen über zehn Jahre hinausgehenden Rückstand nicht fordern kann, entgegen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1842. (Präj. Nr. 1103.) (Präj. Samml. S. 88.)

Derselben Ansicht ist das Ob. Trib. in dem in der J. W. 1846 S. 431 mitgetheilten Erk. (Datum konstirt nicht), in welchem es heißt:

Der §. 153. kann auf verjährte Zinsen keine Anwendung finden, weil bei dem Schuldner die Absicht nicht angenommen werden kann, auf eine durch Verjährung erloschene Schuldforderung etwas zu zahlen, und dem Gläubiger die Verrechnung auf eine solche zu gestatten, zu deren Geltendmachung er im Wege des Prozesses kein Recht hat. Hierin würde andern Falles eine Ausschließung der Wirkungen der Verjährung liegen, welche nach §. 566. A. L. R. I. 9. nur durch einen gerichtlichen Vertrag bedungen werden kann, wogegen ohne eine solche Ausschließung diese Wirkungen sich dahin äußern, daß die Verrechnung der ohne Vorbehalt geleisteten Zahlungen nur auf die nicht verjährten Zinsrückstände zulässig erscheint.

3) Ein Gläubiger, dem ein Bürge für ein zinsbares Kapital, jedoch nicht für die Zinsen, Bürgschaft geleistet hat, ist auch zum Nachtheile seines Bürgen berechtigt, die ihm nicht ausdrücklich auf das Kapital geleisteten Zahlungen, zuerst auf die rückständigen Zinsen abzurechnen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht), unter Abänderung des Erk. des O. L. G. zu Insterburg v. 16. Sept. 1820, welches angenommen hatte, daß der §. 153. nur über das Rechtsverhältniß mit dem Hauptschuldner entscheide und nicht auf den Bürgen anzuwenden sei, indem sonst der §. 260. A. L. R. ohne Effekt sein würde. (Simon's R. Bd. 1. S. 108 ff.)

Bornemann tritt der Ansicht des Ob. Trib. bei und bemerkt, daß das für die entgegengesetzte Ansicht angeführte Argument, daß der §. 260. A. L. R. I. 14. sonst per indirectum außer Effekt gesetzt würde, theils unrichtig, theils unerheblich sei, indem der Gläubiger ohne ausdrückliche Verzichtleistung seiner Rechte nicht verlustig gehen könne. (System Bd. 3. Ausg. 1. S. 486, Ausg. 2. S. 282.)

Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1966. (Zus. 4. ad h. l.) und die Erg. zu den §§. 150. sqq. h. t. Zus. 2.

4) Die gesetzlichen Bestimmungen über die Art, wie die Verrechnung der den Gläubigern aus den Kaufgeldern und resp. den Revenüen des ihnen verpfändeten Grundstücks geleisteten Zahlungen bei insuffizienter Masse geschehen soll, sind nur unter den Gläubigern maßgebend [1]). Sie stehen an sich eben so wenig, wie die ihnen gemäß im Konkurse oder Kaufgelderverteilungs-Verfahren wirklich erfolgte Verrechnung dem Gläubiger entgegen, der wegen des dort erlittenen Ausfalls den Schuldner persönlich belangt, oder den Bürgen in Anspruch nimmt; vielmehr kann er hierbei, insofern er sich nicht mit dem Schuldner oder dem Bürgen anderweit geeinigt hat, die geleistete Zahlung (zufolge des §. 153. h. t.) zunächst auf die verfallenen Zinsen verrechnen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1966.) (Präj. Samml. S. 266, Entsch. Bd. 16. S. 181.)

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 3. März 1834 (Simon's R. Bd. 4. S. 287) angenommen, daß der §. 153. von Verzugszinsen nicht gelte, weil derselbe ausdrücklich von den zur Zeit geleisteter Abzahlung »verfallenen« Zinsen spreche, Zinsen aber nur da als verfallen gedacht werden könnten, wo sie besonders verabredet worden, der Tag der Zahlung eingetreten, letztere aber unterblieben sei. In einem späteren Erk. v. 11. Dec. 1841 (Entsch. Bd. 8. S. 20) ist es dagegen den vorbedungenen oder Vertragszinsen gleichgeachtet, wenn über die Zögerungszinsen ein Judikat ergangen. Die Streitfrage ist nunmehr durch den Pl. Beschl. v. 19. Sept. 1842 entschieden.

[1]) In Beziehung auf konkurrirende Nebengläubiger gelten nämlich andere Grundsätze, als die in den §§. 153. sqq. h. t. aufgestellten. Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 14. Okt. 1839, Präj. Nr. 733. (Präj. Samml. S. 265, Entsch. Bd. 5. S. 74) hat ausgesprochen: »Wenn bei einem Konkurse, erbschaftlichen Liquidationsprozesse oder Kaufgelder-Vertheilungsverfahren die Haupt-Immobiliarmasse nicht hinreicht, das Kapital und die in der dritten Klasse anzusetzenden Zinsen einer hypothekarischen Forderung vollständig zu berichtigen, so wird die Masse zuerst auf die während des Konkurses laufenden Zinsen, welche aus den kurrenten Revenüen nicht getilgt sind, hiernächst auf die privilegirten zweijährigen Zinsrückstände und zuletzt auf den Hauptstuhl vertheilt, und ist hierin durch die Dekl. wegen Berichtigung der laufenden Hypothekenzinsen v. 20. Jan. 1820 nichts geändert.« Dieser Pl. Beschl. soll eigentlich die Frage entscheiden: wie, wenn das Kapital und der Zinsengenuß von einer Forderung in verschiedenen Händen sind, beide Mitgläubiger bei Unzulänglichkeit der Befriedigungsmittel zur Hebung gelangen; ob Einer vor dem Anderen, oder Beide verhältnißmäßig. Das Präj. Nr. 1966. reiht hieran den Rechtssatz, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Vertheilung einer insufficienten Kaufgelder- resp. Revenüenmasse nur unter den Gläubigern selbst maßgebend sind.

§. 155. Hat die bei Uebersendung der verkauften Waaren dem Käufer zugestellte Rechnung (§. 685. A. L. R. II. 8.) auch dann die Bedeutung einer ersten Zahlungsaufforderung im Sinne des §. 155. h. t., wenn der Kaufpreis erst später gezahlt zu werden braucht?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 3. Mai 1855 bejahet. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 151 Nr. 36.)

§. 156. 1) Die Qualität einer Forderung, worauf bei Anrechnung einer ohne Uebereinkunft stattgefundenen Zahlung bei mehreren Schulden gesehen werden soll, ist auch auf solche Verhältnisse zu erstrecken, die an sich nicht auf der Forderung selbst beruhen, die aber durch den Gläubiger und Schuldner von Außen her mit ihr in Verbindung gesetzt worden sind, wie Pfand, Bürgschaft rc.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Aug. 1846.

Der §. 156. gestattet der Wortfassung nach eine engere und weitere Deutung. Bei jener ist das Wort Qualität auf die innere Beschaffenheit der Forderung selbst zu beziehen. Es kommt dann nämlich auf den Ursprung, den Rechtsgrund derselben an. Die Klassifikation im Konkurse giebt dabei einen Anhalt, z. B. Bauforderungen, Offizier-Equipagengelder, Wechselforderungen. Bei der weiteren Auslegung ist die Qualität auch auf solche Verhältnisse zu erstrecken, die an sich nicht auf der Forderung selbst beruhen, die aber durch den Gläubiger und Schuldner von außen her mit ihr in Verbindung gesetzt worden sind, und die Sicherheit des Gläubigers bestimmen. Dahin sind zu rechnen, alle Pacta accessoria, als Pfand, Bürgschaft rc. Das Gesetz will den Vortheil, die Sicherung des Gläubigers. Soll diese aber als durchgreifend in Betracht kommen, so ist kein innerer Grund vorhanden, zwischen Forderungen, deren Sicherheit in ihnen selbst beruht, und solchen, die durch ein accessorium dem Gläubiger sicher gemacht worden sind, zu unterscheiden. Die Sicherheit einer Forderung ist allerdings insbesondere auch von ihrer Priorität im Konkurse abhängig, allein die Priorität wird wiederum durch sehr verschiedenartige Gründe bedingt, theils beruht sie in der Natur der Forderung, theils in der Person des Gläubigers, theils in der Form des Schuldinstruments rc. Die Quelle der Vorschrift des §. 156. findet sich im Röm. R. Das A. L. R. hat dessen Bestimmungen theils beibehalten, theils modifizirt. Das Röm. R. will auf den Vortheil des Schuldners gesehen wissen. Die Zahlung ist abzurechnen in graviorem causam. Das A. L. R. hat dagegen im §. 156. den Vortheil des Gläubigers berücksichtigt. L. 1., 3., 4., 5., 43. Dig. de solut. et liberat. Namentlich gewährt L. 97. hier einen Stützpunkt. Hier ist der durch Pfand gedeckten Forderung, in Beziehung auf den Schuldner, als gravior causa, der Vorzug vor einer ungedeckten Forderung gegeben worden. Umgekehrt würde, hätte das Röm. R. bei der Abrechnung den Vortheil des Gläubigers berücksichtigt, die ungedeckte Forderung der gedeckten vorgestellt worden sein. In diesem Sinne ist der §. 156. auszulegen. Der Ausdruck Qualität, verbunden mit Sicherheit, bezieht sich auf innere und äußere Eigenschaften, Verhältnisse und Modalitäten der verschiedenen Forderungen.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 276 ff.)

2) Nach §. 156. ist auch der Fall der Konkurrenz von Strafen und Kosten zu entscheiden.

Das Justizmin. nimmt in dem Schreiben an die Ob. Rechnungskammer v. 23. Nov. 1839 an, daß eine freiwillig gezahlte Steuerstrafe nicht auf die Gerichtskosten verrechnet werden kann, da Strafe und Kosten an verschiedene Kassen, die Steuer- und Salarien-Kasse, zu zahlen sind, deren jede eine selbstständige Empfangsstelle bildet, eine angebotene Zahlung nicht im Interesse der andern zurückweisen kann und daher nicht befugt ist, von den im §. 156. eingeräumten Vorrechten Gebrauch zu machen.

(J. M. Bl. 1840 S. 85.)

§§. 160—165. Vom Vorbehalte bei Zahlungen.

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 315. v. 11. Aug. 1837 in den Erg. zum A. L. R. II. 7. §. 487.

§§. 166—198. Von der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung.

Duesberg, über die Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung; in welcher Abhandl. besonders die Entstehungsgeschichte der §§. 166—198. aus den Materialien zum A. L. R. gegeben ist. (Simon's Z. Bd. 1. S. 256 ff.)

Schweikart, die condictio indebiti, insbesondere die Auslegungen vom A. L. R. I. 16. §§. 180., 185—188., 176. betreffend. (Bobrik's u. Jakobson's Z. Bd. 1. S. 141—158.)

Geyert, über die condictio indebiti. (J. W. 1836 S. 213—219.)

1) Ueber die Abweichungen der landrechtl. Theorie von der condictio indebiti vom Röm. Rechte vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 53.)

2) Ueber die Bedingungen der Zulässigkeit der Rückforderung vor Verkündigung des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 gezahlter Besitzveränderungs-Abgaben vergl. §. 49. des Ges. v. 2. März 1850. (G. S. S. 93.)

§§. 166—178. Die aus dem Umstande, daß eine Zahlung auf den Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit erfolgt ist, entspringende Vermuthung für einen dabei vorgewalteten Irrthum reicht zur Begründung der Rückforderung einer solchen Zahlung nicht hin, sondern es muß die Existenz eines solchen Irrthums besonders erwiesen werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1842. (Präj. Nr. 1121.) (Präj. Samml. S. 88.)

Koch bemerkt dazu, daß dieser Satz einer genaueren Bestimmung bedürfe.

Eine Vermuthung für einen Irrthum entspringe nicht aus dem bezeichneten Umstande; nirgends sei dies ausgesprochen. Es seien zwei Thatsachen in dem Satze nicht genugsam ausgesprochen:

a) daß eine Schuld, welche durch Zahlung getilgt werden sollte, nicht wirklich vorhanden war;

b) daß der Zahlende dies nicht wußte, vielmehr irrig glaubte, sie sei vorhanden.

Beides müsse bewiesen werden. Sei der Beweis der Nichtschuld gelungen, mithin die Nichtschuld festgestellt, so folge daraus nicht, daß der Zahlende über das Nichtvorhandensein im Irrthum war, sondern diesen Irrthum müsse er unabhängig von jenem Umstande beweisen (§. 178.). Dies solle das Präj. besagen. (Landr. Bd. 2. Anm. 16. zum §. 166. h. t.)

Ueber die Beweisführung vergl. die Erg. zum §. 178. h. t. Zus. III. sub 4.

§. 170. Wie verhält sich der §. 170. h. t. zum §. 138. A. L. R. II. 2.?

a) Diese Frage ist bereits bei der Redaktion zur Erwägung gekommen. Suarez bemerkt in seinen Schlußvorträgen:

Bei diesem §. (170.) macht die Aenderung, welche bei der Lehre von Offiziersschulden vorgenommen werden muß, ein Bedenken rege. Nach der Theorie des Gesetzbuchs war ein Offizier qua talis an sich nicht unfähig, Schulden zu kontrahiren, sondern es konnte nur keine Exekution gegen ihn, so lange er in Militairdiensten stand, gesucht werden. Wenn also der Offizier seine Schulden freiwillig bezahlt hatte, so konnte er das solutum condictione indebiti nicht zurückfordern. Wird aber nun angenommen, daß dieselben unfähig sind, Schulden ohne Konsens zu kontrahiren, so würde das, was sie darauf bezahlt haben, nach dem gegenwärtigen §. 170. kondicirt werden können. Es fragt sich: ob dieses die Absicht sei, oder ob etwa der gegenwärtige §. einer Einschränkung bedürfe? Ich glaube: quod non, und würde es bei dem Principio unverändert belassen. Wird einmal angenommen, daß ein Subaltern-Offizier eben so unfähig sei, Darlehne zu kontrahiren, wie ein Minorenner, und daß der Staat selbst ein Interesse habe, das Schuldenmachen solcher Offiziere zu verhindern, so muß man dem Prinzipe treu bleiben und ihre soluta eben so gut, wie bei Minorennen kondiciren lassen, um durch die Besorgniß, daß der Kreditor, selbst nach erhaltener Zahlung, noch nicht sicher sei, die Leute vom Leihen und Kreditiren an solche Offiziere desto nachdrücklicher abzuschrecken. (Jahrb. Bd. 41. S. 54.)

v. Goldbeck bemerkte hierzu:

Würden nicht die §§. 172. u. 173. ganz nach Inhalt der K. O. d. a. 1789 noch mehr auf die Schulden des Subaltern-Offiziers passen, und daher der §. 170. noch sicherer stehen bleiben können? (Jahrb. a. a. O. S. 55.)

b) Siewert, welcher findet, daß eine Antinomie zwischen dem §. 170. h. t. und dem §. 138. A. L. R. II. 2. vorhanden sei, sucht solche dadurch zu heben, daß im Falle des §. 138. a. a. O. zwar nicht dem Unfähigen selbst, wohl aber dem Vater, welcher der Zahlung zu widersprechen befugt war, ein Rückforderungsrecht zustehe.

(Material. Hft. 2. S. 215 u. Hft. 5. S. 129.)

c) Derselben Ansicht ist Schröter.

(Civilversuche Hft. 1. S. 164, 165.)

d) Bornemann stellt die allgemeinere Frage: ob der §. 170. nur auf solche Personen, die sich durch ihre Willenserklärungen überhaupt nicht verpflichten können, oder auch auf solche Personen, die nur zu gewissen Geschäften unfähig sind, und die aus solchen Geschäften geleisteten Zahlungen, zu beziehen ist? und entscheidet sich für

die erste Alternative, theils auf Grund mehrerer Gesetzstellen (nämlich A. L. R. I. 14. §. 243., I. 11. §§. 676—704., II. 12. §. 107.), welche in Fällen der zweiten Art die condictio indebiti ausschließen, theils auf Grund der §§. 41., 42. h. t., theils endlich, weil aus Geschäften der zweiten Art auf der einen Seite ein debitum naturale entstehe und auf der andern Seite die Zahlung ein stillschweigendes Anerkenntniß enthalte.

(System Bd. 3. S. 566 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 331 ff.)

Dagegen sucht Duesberg die Richtigkeit der zweiten Alternative aus einigen in den Materialien enthaltenen Andeutungen, insbesondere aus den oben zu a. mitgetheilten Bemerkungen von Suarez, zu zeigen. (Simon's Z. Bd. 1. S. 281.)

e) Nach Ansicht der Gesetzrevisoren liegt der Grund des gerügten Widerspruchs darin, daß der §. 170. h. t. in seiner Allgemeinheit überhaupt unhaltbar sei. Durch die Siewertsche Auslegung werde nichts gewonnen, denn der Vater und das in seiner Gewalt stehende Kind seien in rechtlicher Beziehung una persona. Gegen die Duesbergsche Ansicht sei zu erinnern, daß zu den daselbst gedachten Geschäften die Darlehne an Offiziere, an Schauspieler ꝛc. gehören, die Bürgschaften der Frauen, die Schulden der Ehefrauen, der unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder; daß in allen diesen Fällen eine Rückforderung des Gezahlten als zulässig nicht anzunehmen, rücksichtlich der weiblichen Bürgschaften und der zuletzt gedachten Schulden sogar ausdrücklich ausgeschlossen sei. Dieselben sprechen deshalb die Ansicht aus, die Bornemann demnächst (s. sub d.) mitgetheilt hat. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 106.)

Der Revisor des XV. Pens. spricht sich über die Frage in folgender Art aus:

Der §. 138. d. T., nach welchem die obligatio naturalis bestehen bleiben, also das wirklich Bezahlte nicht zurückgefordert werden soll, steht nach Siewert's Meinung im Widerspruch mit der aus der L. 5. de auctor. tutor. (26., 3.) entnommenen Vorschrift des §. 170. A. L. R. I. 16. In dem Falle nämlich, den Siewert anführt, hatte ein Fabrikant seinen Sohn in Geschäften nach einer benachbarten Handelsstadt geschickt; der Sohn lebte dort verschwenderisch, und kaufte unter andern ein Reitpferd für 50 Dukaten, wovon er die Hälfte aus den ihm mitgegebenen Handlungsgeldern bezahlte, über die andere Hälfte aber einen Wechsel ausstellte. Der Vater verweigerte nicht nur dessen Bezahlung, sondern kondizirte auch die bezahlte Hälfte. Jeder Theil berief sich auf die für ihn sprechende Gesetzstelle, und Siewert, der den Widerspruch nicht zu beseitigen weiß, wirft die Frage auf: ob die vorliegende Stelle etwa nur dem Sohn, nicht aber dem Vater die Rückforderung verbieten solle (vermuthlich, weil nur gesagt ist: der Zahlende kann nicht zurückfordern). (Siewert's Mat. Hft. 2. S. 215.) Auch das O. L. G. zu Insterburg (Gutachten desselben f. 5 v.) rügt den Widerspruch.

Allein die Ungültigkeit der lästigen Verträge der Unmündigen (welchen im A. L. R. und schon früher in Deutschland die Minderjährigen in dieser Beziehung gleich gestellt worden) gründet sich auf ihre persönliche Handlungsunfähigkeit, welche das Gesetz zu ihrem Schutz und zu ihren Gunsten angenommen hat. Daher ist bei ihnen auch die natürliche Verbindlichkeit aufgehoben (L. 41. D. de cond. ind.), den Fall der versio in rem ausgenommen. (L. 13., §. 1., L. 14. eod.) — Anders verhielt es sich, wenn eine Schuld bloß deshalb nicht klagbar war, weil der übrigens handlungsfähige majorenne Schuldner sich unter väterlicher Gewalt befand. Dies beruht nicht auf der Absicht, den Schuldner, der ja die gehörige Einsicht und Ueberlegung hat, zu schützen und zu begünstigen, sondern auf der Absicht, den Gläubiger zu bestrafen. (L. 1. pr. de Sct. Mac.) Wenn aber der fil. fam. gezahlt hat,

non repetit, qui obligatio naturalis manet. (L. 9. §. 5. L. 10. eod.)

oder:

qui hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. (L. 9. §. 4. eod.)

Also waltet zwischen den Minorennen und dem bloßen fil. fam. ein wesentlicher Unterschied ob (vergl. Weber nat. Verb. [4. Ausg.] S. 177, 182, 238, 259, 264 sqq., 278—280, 284, 297, 312 Anm., 327—329, 330, 365 sqq., 425), und dieser Unterschied ist es, welcher hier und in der vermeintlich widersprechenden Stelle (I. 16., 170.) hat beibehalten werden sollen. Namentlich ist die vorliegende, welche im Entw. vergessen war, auf Anregung der Monenten als eine unbezweifelte Verordnung des Röm. R. ohne Bedenken nachgetragen worden. (Mat. Bd. 73. f. 445 v. ob. ad Nr. 3. et in marg. f. 446 v. med. mon. 6., Mat. Bd. 80., Abschr. Bd. 2. f. 479. unten.) Hiernach hing die Entscheidung des von Siewert vorgetragenen Falles davon ab, ob der Sohn zur Zeit der Zahlung noch minorenn war oder nicht. — Der Zweifel von Siewert, ob etwa bloß dem Sohne, der gezahlt hat, nicht aber dem Vater die Rückforderung verboten sein solle, ist zwar ebenfalls gegründet, denn entweder muß man das Rückforderungsrecht des Vaters vom Sohne ableiten, und dann kann der Vater nicht mehr Rechte haben als der Sohn selbst; oder daraus, daß die Zahlung mit dem Gelde des Vaters geleistet worden, und dann kommt es darauf an, ob und wieweit Jemand baares Geld vindiciren könne, was hier nicht her gehört. Aber dieser Zweifel ist leicht abzuschneiden, wenn die Worte: »kann der Zahlende nicht zurückfordern«, aus welchem er vermuthlich entlehnt ist, dahin erweitert werden: »kann nicht zurückgefordert werden«, wogegen der Vordersatz: »was auf ungültige Schulden gezahlt worden«, dahin zu verengen sein dürfte: »was ein Kind bezahlt hat ꝛc.« Denn hat der Vater gezahlt, so versteht sich von selbst, daß die Rückforderung cessirt, sogar wenn das Kind noch minorenn war.

(Gesetzrev. Pens. XV. Mot. zu §. 90. des Entw. S. 64, 65.)

f) Koch hält, um den unleugbaren Widerspruch zu lösen, den §. 138. A. L. R. II. 2. für eine Ausnahme von dem §. 170. h. t., dahin: daß, wenn die Zahlung auf die Schulden eines unter väterlicher Gewalt stehenden Kindes geleistet worden, die Kondiktion nicht stattfinde (Recht der Ford. Bd. 2. S. 570, 571). Er leitet diesen Widerspruch (Bd. 3. S. 320) daher, daß §. 138. ein Satz aus der Lehre von S. C. Macedonianum, welches die Redaktoren auf alle Obligationen ausdehnen wollten, ohne zu erwägen, daß selbiges geschäftsfähige Subjekte und eine an sich gültige Obligation voraussetzt, während das A. L. R. davon ausgeht, daß Kinder in väterlicher Gewalt handlungsunfähig sind.

§. 176. Ueber das Verhältniß des §. 176. zu den §§. 182. bis 184. vergl. die Erg. zu den §§. 182—184. h. t.

§§. 178. sqq. Nicht bloß Geld oder geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere, sondern auch Sachen können mit der condictio indebiti, sofern deren gesetzliche Erfordernisse vorhanden sind, zurückgefordert werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Febr. u. 21. März 1840. (Präj. Nr. 831. a.)

Im A. L. R. I. 16. Abschn. 2. wird bei der Lehre von der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung, welche in den §§. 166—198. enthalten ist, ausdrücklich bestimmt: §. 189. Wer eine Sache ꝛc., und §. 190. Wer selbst im Irrthum war, ist als redlicher Besitzer anzusehen. — Die hier zugleich gegebene Nebenbestimmung in Betreff der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Empfängers könne die Anwendbarkeit des §. 178. in Fällen nicht aufheben, bei denen bloß die Zurückgabe der Sache, zu welcher auch der redliche Besitzer verbunden ist, oder die Erstattung des an die Stelle der Sache tretenden Werthes derselben verlangt wird. Dies läßt sich vielmehr um so weniger annehmen, als die §§. 194., 195. bei der Rückforderung von Geldsummen oder anderen verbrauchbaren Sachen hinsichts der Zinsen ebenfalls verschiedene Bestimmungen enthalten, je nachdem der Empfänger im guten Glauben war oder nicht. Abgesehen hiervon unterscheiden die Gesetze nicht, ob zur Erfüllung einer vermeinten Verbindlichkeit aus Irrthum baares Geld und geldgleiche Papiere oder Sachen gegeben sind und zurückgefordert werden. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß die Rückforderung einer indebite gegebenen Sache, wenn sonst die Bedingungen des §. 178. vorhanden sind, bloß um deswillen nicht zulässig sei, weil eine Zahlung im Sinne des §. 28. nicht vorliege. Die Zulässigkeit der condictio indebiti bei Sachen ist auch in den §§. 191., 192. ausdrücklich anerkannt. (Präj. Samml. S. 89, Entsch. Bd. 6. S. 8.)

§. 178. Betreff. die Erfordernisse der condictio indebiti.

I. Daß für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine bloß moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei.

1) In Beziehung hierauf entsteht die Frage: Was ist nach Preuß. Rechte eine moralische unvollkommene Verbindlichkeit, obligatio naturalis?

Schröter, von der obligatio naturalis des A. L. R. (Civilist. Versuche S. 161 ff.)

Göschel, zerstreute Blätter Bd. 1. S. 446—468.

a) Suarez bemerkt in seinen amtl. Schlußvorträgen Folgendes, woraus auf seine Ansicht von dem geschlossen werden kann, was er unter obligatio naturalis verstanden:

Das Jus Rom. nimmt den richtigen Satz an, daß das, was auf ein naturaliter debitum gezahlt worden, nicht kodicirt werden könne; und ein naturaliter debitum heißt just dasjenige, wo die natürliche Verbindlichkeit durch eine Disposition des positiven Rechts aufgehoben wird. (Jahrb. Bd. 41. S. 53.)

Ferner:

De jure Romano kann eine Frau dasjenige, was sie aus einer nicht gehörig geleisteten Bürgschaft wirklich bezahlt hat, condictio indebiti zurück-

fordern. Diese Vorschrift ist aber gegen alle Grundsätze und Analogie des Röm. Rechts selbst. Nach dieser kann das, was ex obligatione naturali gezahlt worden, nicht kondicirt werden, wenngleich dieser natürlichen Verbindlichkeit die Bestätigung der bürgerlichen Gesetze versagt worden. (a. a. O. S. 51.)

b) Die Gesetzrevisoren (Pens. XV. S. 111. ff.) und nach ihnen Bornemann (System Bd. 3. S. 580 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 339 ff.) nehmen an, daß eine Theorie der bei den Römern in dem jus gentium fundirten obligatio naturalis nicht gegeben werden könne, weil sie außer dem Gesetze liege. Es komme daher nur auf die Momente an, in denen sie Wirkungen hervorbringe. Ihren Grund habe sie entweder in der persönlichen Unfähigkeit eines Kontrahenten oder in dem Geschäfte selbst, dessen Form oder Inhalt.

c) Koch bemerkt:

Mit der »moralischen Verbindlichkeit« ist keine Sittenpflicht gemeint, sondern eine aus einem besonderen Rechtsverhältnisse entspringende Verbindlichkeit, welche nach positiven Vorschriften (§. 179.) vor Gericht keine Geltung findet und daher ungeschützt ist, wie die Röm. obligatio naturalis, an welche man dabei gedacht hat. Die wegen Unfähigkeit nicht gültigen Rechtsgeschäfte erzeugen keine solche Verbindlichkeit; sie sind nicht aus einer positiven Vorschrift bloß schutzlos, sondern aus einem nothwendigen inneren Grunde ungültig (§§. 170., 174.). (Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 178. h. t.)

Vergl. Recht der Ford. Bd. 1. S. 16 ff., Bd. 3. S. 316.

d) Schröter nimmt an, daß zur Zeit der Redaktion des A. L. R. füglich nicht mehr von einer obligatio naturalis habe die Rede sein können, nachdem durch das Kanonische Recht (c. 6. X. 2. 1.) jede moralische Verbindlichkeit für klagbar erklärt worden, mithin das Wesen der obligatio naturalis abgeschafft worden. Wenn aber in unserer Gesetzgebung dieselbe dennoch vorkomme, so müsse man annehmen, daß dieselbe streng dem Röm. Recht gefolgt. (Civil. Verf. Z. 1. S. 163.)

2) Kann die irrthümliche Zahlung einer verjährten Schuld zurückgefordert werden?

Es verneint der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Juni 1853.

Das Gegentheil folgt weder aus den §§. 501., 502. u. 508. A. L. R. I. 9., noch aus dem §. 7. h. t. Denn im Tit. 9. a. a. O. ist nur von Forderungen die Rede, welche erst erhoben werden, und nicht von solchen, welche getilgt sind und mit der condictio indeb. widerrufen werden, und dasselbe ist der Fall im §. 7. h. t.. Beim Widerruf einer wirklich und ohne Zwang oder ohne Vorbehalt geleisteten Zahlung entscheidet lediglich der §. 178. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 255 Nr. 52.)

Hiergegen führt die Redaktion des Archivs, welche die Frage bejahet, aus:

Nach dem A. L. R. I. 9. §§. 501., 502., 508., 564., I. 16. §§. 7., 377. u. I. 19. §. 29. wird durch Verjährung das Recht selbst aufgehoben, ohne daß der naturale Bestandtheil verbleibt. Der Schuldner hat nach eingetretener Verjährung keine moralische Verbindlichkeit zur Zahlung im Sinne des §. 178. h. t. (vergl. §. 184. h. t.) und die §§. 568. u. 569. A. L. R. I. 9. sind nicht erheblich, weil, wenn sie auch die Aufhebung der Schuld, also die Nichtschuld nur vermuthen, doch für den Richter die Nichtschuld so lange besteht, als die Vermuthung nicht beseitigt ist, und diese gesetzliche Vermuthung nach §. 549. a. a. O. nur durch einen Beweis behoben werden kann, welcher durch die bloße Bezahlung der verjährten Forderung nicht erbracht wird. Die Zahlung, als Anerkenntniß betrachtet, enthält keinen neuen Rechtsgrund (§. 564. a. a. O.), auch liegt keine Entsagung eines Einwandes gegen eine an sich gültige Forderung vor, welche freilich nach §. 382. h. t. stillschweigend geschehen kann. (a. a. O. S. 255 Anm. *)

Für die Verneinung sprechen sich auch aus: Ludwig in der Abhandl. in den Jahrb. Bd. 5. S. 80, Koch (Recht der Ford. Bd. 1. S. 29), Schröter (Civil. Verf. Bd. 1. Hft. 1. S. 29), Thöne (Lehrb. Bd 2. S. 483). Für die Bejahung: Gräwell (Besitz und Verjähr. §. 9. Anm.) und Bielitz (Komm. Bd. 1. S. 714).

Bornemann hält die Kondiktion für zuläßig, weil die Verjährung zur Folge habe, daß nicht einmal eine naturalis obligatio bestehen bleibe. Doch gelte dies nur für den Fall, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen ist. In der wissentlichen Zahlung einer verjährten Forderung liege ein Anerkenntniß des anscheinend erloschenen Rechtes.
(System 2. Ausg. Bd. 3. S. 342—343.)

II. Daß der Empfänger durch die Zahlung einen Vortheil erlangt habe, zu welchem er gar kein Recht hatte.

1) Dies Requisit ist anscheinend wiederholt in dem §. 180. h. t. und beiden widerspricht anscheinend der §. 185. h. t.

Es fragt sich daher: in welchem Verhältnisse diese §§. zu einander stehen?

A) Betreffend das Verhältniß des §. 178. Nr. 2. zum §. 180.

a) Die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 111), Bornemann (System Bd. 3. S. 591, 2. Ausg. Bd. 3. S. 344), Duesberg (Simon's Z. Bd. 1. S. 290), Schweikart (Bobrik's Z. Bd. 1. S. 140), Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 608), Gräwell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. §. 97. und Theorie der Vertr. Bd. 1. Tit. 3. §. 135.) und Merkel (Komm. zum §. 180. h. t.) nehmen an, daß der §. 180. nur eine spezielle Anwendung des im §. 178. Nr. 2. ausgesprochenen Prinzips sei.

b) Das Gegentheil wird ausgesprochen in der Abhandlung: Ueber die condictio indebiti, wenn nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter Zahlung geleistet hat. Nach dieser ist der §. 180. keineswegs eine Anwendung des Prinzips des §. 178. Nr. 2., vielmehr bezieht sich derselbe nicht auf eine aus Irrthum geleistete Zahlung und hat nur den Sinn, daß der Umstand allein, wenn die Zahlung sich auf einen Dritten bezogen hat, zur Rückforderung noch nicht berechtigt, derselbe also nur eine allgemeine Regel aufstellt und die speziellen Bedingungen, unter denen die condictio indebiti in solchen Fällen Platz greift, in anderen Gesetzen angegeben sind.
(J. Z. 1835 S. 127—132.)

B) Betreffend das Verhältniß des §. 178. Nr. 2. und des §. 180. zu dem §. 185., so nehmen:

a) die Gesetzrevisoren Duesberg, Bielitz einen unheilbaren Widerspruch zwischen denselben an, und es entsteht daher die Frage: ob der Bestimmung der §§. 178. Nr. 2. u. 180. oder der im §. 185. implicite ausgesprochenen der Vorzug gebührt?

α) Duesberg (a. a. O.) erklärt sich für die ersteren §§., besonders auch auf Grund der Entstehungsgeschichte dieser Lehre, annehmend, daß §. 185. aus Unachtsamkeit bei der Finalredaktion stehen geblieben sei.

β) Entgegengesetzter Ansicht sind die Gesetzrevisoren (a. a. O.), darstellend, wie §. 178. Nr. 2. und §. 180. den Grundbegriffen der Zahlung dergestalt widerspreche, daß sie als unanwendbar zu betrachten.

Auch Schweikart, Bornemann und der Verfasser des Aufsatzes in der J. Z. 1835 S. 127 ff. erhalten den §. 185. aufrecht, wenngleich (vergl. sub B. b.) aus anderen Gründen, und ohne jene §§. fallen zu lassen.

Die Ansicht der Gesetzrevisoren ist dagegen im Wesentlichen folgende:

Die §§. 178. Nr. 2. und 180. enthalten ein falsches Erforderniß der cond. indeb., denn es kann dem Zahlenden unmöglich entgegenstehen, daß der Empfänger von einem Dritten diejenigen Vortheile zu erlangen befugt gewesen wäre, welche er durch die Zahlung erlangt hat; dies widerspricht den Grundbegriffen, wonach die Zahlung immer nur als die Erfüllung einer Verbindlichkeit (einer obligatio), des Verhältnisses einer bestimmten Person zu einer bestimmten andern Person, gedacht werden kann. Der §. 180. würde daher im höchsten Grade störend in das praktische Leben eingreifen, wenn nicht die Natur der Sache stärker wäre als das Gesetz und seiner Anwendbarkeit fast jederzeit entgegenstände. Der Zahlungsempfänger würde sich nämlich vergeblich auf den §. 180. beziehen:

a) wo ein Anderer als der Zahlende das Gezahlte zurückfordert, denn es entsteht alsdann zwischen Kläger und Beklagten gar nicht das Verhältniß einer vorangegangenen Zahlung; es wird nicht condictione indebiti, sondern condictione sine causa geklagt.

b) Wenn keine Beziehung auf eine bestimmte Verbindlichkeit vorhanden ist; Sempronius kann nicht dem Titius, der von ihm 100 Thaler condictione indebiti zurückfordert, entgegnen: wenn auch du, Titius, mir nicht 100 Thaler schuldig warst, so war doch Cajus mir 100 Thaler schuldig; — er kann dies nicht entgegnen, weil das Gesetz immer einer Zahlung, d. i. die Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit voraussetzt; die Bedingung: »wenn auch ein Anderer die Zahlung hätte leisten sollen«, wie §. 180. sagt: ist nicht vorhanden, denn die geschehene Zahlung hätte Niemand leisten sollen, sondern eine andere Zahlung, d. i. die Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit hätte ein Anderer leisten sollen.

b) Dagegen wollen einen Widerspruch zwischen den §§. 180., 185. nicht anerkennen: Schweikart (a. a. O.), Bornemann (a. a. O.) und die Abhandl. in der J. Z. 1835 S. 127 ff.

Die beiden Ersteren erklären diese §§. aus dem Röm. Rechte, welches für den Fall, da Jemand die Schuld eines Andern aus Irrthum gezahlt hat, die Kondiktion des Gezahlten nur dann eintreten läßt, wenn der Zahlende sich selbst für den Schuldner hielt (L. 65. §. 1. D. de cond. ind. [12. 6.]); wohingegen, wenn der Zahlende in der Meinung stand, daß er für den eigentlichen, ihm wohlbekannten Schuldner die Zahlung zu leisten verpflichtet sei, die cond. ind. nur dann stattfand, wenn sie auch von dem angestellt werden konnte, in dessen Namen gezahlt, wenn also nicht einmal ein debitum naturale existirte (L. 44. D. de cond. ind.); dieser Unterschied sei in das A. L. R. aufgenommen und der §. 180. eine wörtliche Uebersetzung der L. 44.

Auch Koch erklärt die Kondiktion wie nach Röm., so nach Preuß. Rechte begründet, wenn das indebitum bloß subjektiv ist, sei es, daß der Schuldner eine andere Person für seinen Gläubiger, oder der Zahler sich irrig für den Schuldner hält, vorausgesetzt, daß der Zahler nicht für den wirklichen Schuldner zahlen wollte.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 322 ff.)

2) Mit Rücksicht auf die vorstehend gedachten abweichenden Ansichten über die §§. 178. Nr. 2., 180. u. 185. sind auch die folgenden Kontroversen entstanden.

a) Ein Gläubiger, welchem aus einer insufficienten und nicht von den Erben verwalteten erbschaftlichen Liquidationsmasse durch ein Versehen zwar weniger, als er von dem Erblasser rechtmäßig zu fordern hatte, jedoch mehr, als ihm nach den vorgeschriebenen Vertheilungsgrundsätzen zukam, gezahlt worden ist, kann zur Erstattung des Zuvielempfangenen mit der condictio indebiti angehalten werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 19. Okt. 1840[1]). (Präj. Nr. 918.)

Wenn in einem Konkurse sich der Fall ereignet, daß ein Gläubiger eine größere Summe zugetheilt und gezahlt erhält, als ihm nach seiner Priorität und der Zulänglichkeit der Masse gebührt, so waltet darüber kein Zweifel ob, daß der Gläubiger durch die Rückforderungsklage zur Erstattung des Ueberhobenen angehalten werden kann. Denn die Gläubiger einer Konkursmasse erlangen durch die Konkurseröffnung zusammengenommen ein allgemeines Pfandrecht auf den ganzen Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner besitzt (A. G. O. I. 50. §. 33.) und treten in dessen Stelle. In ihrem Namen wird die gemeinschaftliche Masse vertheilt, jeder kann und soll nach dem Zwecke des Konkurses aus der Masse nur so viel erhalten, als ihm nach der Klassifikationsordnung und nach dem Zustande der Masse zukommt. In einem Verfahren, wo, wie im Konkurse, nach strengem Recht Alles erwogen und zugemessen, jedem Gläubiger sein Platz angewiesen und sein Antheil bestimmt wird, kann von einer moralischen Pflicht, ihm mehr zu zahlen, als die gesetzliche Konkursordnung mit sich bringt, nicht die Rede sein, man mag als Zahlenden den Richter oder den durch diesen beaufsichtigten Kurator ansehen, oder — was richtiger scheint — die Gesammtheit der Gläubiger, in deren Namen das Geschäft vollführt wird. Erhält daher ein Konkursgläubiger mehr, als ihm nach den Vorschriften der Konkursordnung zukommt, so sind in einem solchen Fall alle Erfordernisse der condictio indebiti beisammen. Auf die Vorschrift des §. 180. kann sich der Gläubiger nicht berufen, da der Richter nicht aus seinem Privatvermögen, sondern nur im Namen der Gläubiger aus der Masse zahlt; mithin die Zahlung aus dem Vermögen desjenigen erfolgt, welcher der Zahlungspflichtige ist, der §. aber voraussetzt, daß ein Anderer als der eigentliche Zahlungspflichtige die Zahlung aus seinem eigenen Vermögen geleistet hat.

Zweifelhafter scheint dagegen die Frage: wie das Verhältniß sich im erbschaftlichen Liquidationsprozesse gestalte? Letzterer unterscheidet sich vom Konkurse in mehrfacher Beziehung (A. L. R. I. 9. §§. 452—455., §. 446. a. a. O., A. G. O. I. 51. §§. 53—59., 64—73., §. 382. des Anh. zur A. G. O.). Wenn nun ein Benefizialerbe, der die Verwaltung des Nachlasses behalten hat, und dessen Verfügungen der Regel nach gültig sind, als Vertreter des Nachlasses einem Gläubiger mehr zahlt, als dem Letzteren nach der Ordnung der Priorität gebührt, so würde es noch einer besonderen Prüfung unterliegen, ob demselben von dem Gläubiger nicht mit rechtlicher Wirkung der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß auf der Seite des Benefizialerben eine moralische Verbindlichkeit zur Zahlung obgewaltet, oder doch, daß der Empfänger nur das erhalten habe, was ihm rechtlich zustand. — Anders ist indeß das Rechtsverhältniß, wenn der Erbe, was ihm nach §. 73. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. freisteht, um sich den Obliegenheiten der Administration zu entledigen, den Nachlaß an die Gläubiger dergestalt abtritt, daß derselbe durch einen von ihnen zu bestellenden Kurator unter gerichtlicher Aufsicht verwaltet, in's Geld gesetzt, unter die Gläubiger vertheilt, und ihm — dem Erben — nur der davon nach Abzug sämmtlicher Schulden und Kosten verbleibende Ueberrest als sein Erbtheil ausgeantwortet werde. — Mit dem Austritt des Erben aus der Administration nimmt das Verfahren einen andern nach dem Prinzip des Konkurses bestimmten Charakter an. Der Erbe, der sich seiner Verbindlichkeit gegen die Gläubiger entledigt, hat nur noch wegen eines Ueberschusses der Masse, als des ihm event. zu verabfolgenden Erbtheiles ein Interesse, und seine Zuziehung ist nur in dieser Beziehung erforderlich (a. a. O. §§. 73., 75.); Besitz, Verwaltung, Versilberung, Feststellung und Vertheilung der Masse geht mit seinem Ausscheiden dagegen auf die Gesammtheit der Gläubiger über, welche die Administration für sich allein führt, und alle dahin gehörige Handlungen durch den sie vertretenden Kurator aus eigenem Rechte bewirken läßt. Die Gesammtheit der Gläubiger tritt nicht vermöge eines Auftrages Seitens des Erben an dessen Stelle und in dessen Pflichten, in dem Maße, daß Alles, was sie unternimmt, etwa nur als im Namen und für Rechnung des Erben ausgeführt angesehen werden müßte, sie findet vielmehr ihren Auftrag und ihre Legitimation in dem Gesetze selbst, welches sie zu jenen Operationen anweist und ermächtigt (§§. 73., 74., 77. l. c.). Könnte nach Abgabe der Administration an die Gläubiger der Erbe noch als derjenige betrachtet werden, in dessen Namen die Gläubiger und der von ihnen zu bestellende Kurator lediglich handeln, so würden diejenigen Gläubiger, welche durch die an einen anderen geleistete Mehrzahlung einen Nachtheil erleiden, unzweifelhaft berechtigt sein, sich wegen Ausgleichung dieses Nachtheils an den Erben zu halten. Dies Recht haben aber die Gläubiger nicht; der Erbe ist für die geschehene Vertheilung und namentlich dafür, daß solche nicht nach Ordnung der Priorität geschehen, nicht verantwortlich (vergl. §. 33. a. a. O.). Hierdurch beantwortet sich die streitige Frage von selbst. Denn aus dem Angeführten erhellt, daß bei einem erbschaftlichen Liquidationsprozesse, wo die gemachte Voraussetzung zutrifft, die Grundsätze des Konkurses zur Richtschnur dienen, daß namentlich die Vertheilung der Masse nicht der Erbe, sondern die Gesammtheit der Gläubiger und Namens derselben das Gericht die Zahlung leistet. Die Gesammtheit der Gläubiger hat aber den einzelnen Gläubigern gegenüber weder eine moralische Pflicht, zur Befriedigung derselben etwas Mehreres zu thun, als ihnen gesetzlich zukommt, noch läßt sich annehmen, daß sie dazu Willens ist. Erfolgt dessenungeachtet eine Mehrzahlung, so ist mithin ein Irrthum vorauszusetzen. Andererseits erlangt der Empfänger durch die Mehrzahlung einen Vortheil, zu welchem er gar kein Recht hat, da ihm nur das gebührt, was bei der Vertheilung der Masse unter Beobachtung der gesetzlichen Ordnung auf ihn fällt.

(Präj. Samml. S. 89, Entsch. Bd. 6. S. 399, J. M. Bl. 1841 S. 48.)

Unter Bezugnahme auf diesen Pl. Beschl. nimmt der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Sept. 1852 an, daß das nach dem gedachten Pl. Beschl. zulässige Rückforderungsrecht erst nach rechtskräftig gewordener Klassifikatoria und nur von denjenigen Gläubigern ausgeübt werden kann, welche, und in soweit sie bei der Distribution der Masse einen durch das Zuvielerhobene jenes Gläubigers herbeigeführten Ausfall erleiden.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 72 Nr. 13.)

b) Ist ein Gläubiger, welchem aus einer Konkursmasse durch ein Versehen, wenn auch weniger, als er von dem Gemeinschuldner zu fordern hatte, doch mehr, als ihm nach den Grundsätzen der Konkurs-O. rechtlich zukam, gezahlt worden, zur Erstattung des Zuvielempfangenen verpflichtet?

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 11. Sept. 1835 bejahet, weil hier die cond. ind. um deshalb begründet sei, weil der Gläubiger einen Vortheil erlangt habe, zu welchem er gar kein Recht gehabt.

(J. W. 1836 S. 165.)

Dies hat das Ob. Trib. auch in den Gründen des Pl. Beschl. v. 19. Okt. 1840 (s. ob. sub a.) anerkannt.

Für diesen Grundsatz erklären sich auch Bornemann (System Bd. 3. S. 595 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 348) und die Gesetzrevisoren (Gesetzrev. Pens. XIV. Mot. S. 111 ff.).

c) Kann das aus einer Sequestrationsmasse oder aus den Kaufgeldern eines subhastirten Grundstücks an einen Interessenten aus dem gerichtlichen Depositorium irrthümlich Gezahlte zurückgefordert werden, wenn der Empfänger die Zahlung zwar an sich, nicht aber der Priorität nach zu fordern hatte?

[1]) Das Erk. des Ob. Trib. v. 14. Nov. 1834 (J. W. 1836 S. 183. ff.) hatte die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen. Als der III. Sen. später hiervon abweichen wollte, wurde die Entscheidung des Plenums eingeholt (vergl. Entsch. Bd. 6. S. 400 ff.). — Vergl. über die Frage auch: Grävell's Kreditges. Bd. 2 S. 382 §. 66. Anm.**, und Generaltheorie der Vertr. S. 384 §. 135. Anm.**, Bielitz Komm. Bd. 3. S. 606, Hinschius in der J. W. 1836 S. 162, 183 ff., Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 332.

α) Das (vormalige) Hofger. zu Arnsberg hat in dem Erk. v. 17. Febr. 1829 verneint, da der Empfänger nur einen Vortheil erlangt habe, zu welchem er an sich ein Recht hatte (§. 178. Nr. 2. und §. 180.); wogegen das O. L. G. zu Münster unterm 10. Mai 1830 ohne nähere Begründung bejahet.

(Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 285 ff.)

β) Geyert entscheidet sich für die Bejahung, hält indeß die condictio ind. nicht für anwendbar, sondern will die Klage auf Grund des §. 112. A. L. R. I. 17. zulassen, und nimmt an, daß nicht der Richter, sondern nur der betheiligte Gläubiger gegen den unbefugten Empfänger klagen könne, da der Richter rücksichtlich der ad dep. eingezogenen Revenüen oder Kaufgelder nichts weiter als Depositar und die Gläubiger die Deponenten seien; Letztere seien gemeinschaftliche Eigenthümer, es habe deshalb der betheiligte Gläubiger gegen den unbefugten Empfänger seine Ansprüche aus A. L. R. I. 17. §. 112. geltend zu machen. (J. W. 1836 S. 213 ff)

γ) Das Justizmin. hält in dem R. v. 5. Mai 1835 dafür, daß in diesem Falle die Anstellung einer Klage unnöthig und daß es vielmehr die Pflicht des sequestrirenden Gerichts sei, dafür Sorge zu tragen, daß dem Gläubiger die zur Ungebühr empfangene Zahlung bei der nächsten Revenüenvertheilung auf seine laufenden Zinsen in Abzug gebracht werde. (Jahrb. Bd. 45. S. 443, Gräff Bd. 8. S. 247.)

δ) Vergl. über die Frage auch: Grävell's Kreditges. Bd. 2. S. 360, 361 §. 26. und Generaltheorie der Vertr. S. 384, desgl. Bielitz Komm. Bd. 3. S. 606.

d) Gegen einen von mehreren Erben, welchem als vermeintlich einzigen Erben eine Nachlaßforderung vor getheilter Erbschaft gezahlt worden ist, findet die condictio indebiti nicht statt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1848. (Präj. Nr. 2021.)

Es ist richtig, daß Aktivforderungen des Nachlasses nach §. 151. A. L. R. I. 17. vor getheilter Erbschaft den mehreren Erben nur gemeinschaftlich zustehen. Eben aber, weil die mehreren Erben gemeinschaftlich ein Recht darauf haben, also jeder einzelne Erbe in Gemeinschaft mit den andern Erben, ist es unrichtig, daß er gar kein Recht darauf habe, und daß er, wenn der Schuldner ihm allein die Forderung bezahlt, dadurch einen Vortheil erlange, wozu er gar kein Recht hätte. Das im §. 178. Nr. 2. h. t. vorgeschriebene Erforderniß der condictio indebiti fehlt demnach.

Die Unstatthaftigkeit der letzteren tritt noch deutlicher in die Augen, wenn man erwägt:

1) Wäre die von dem einen Erben geleistete Zahlung nicht bloß eine noch nicht richtig und vollgültig geleistete, sondern für das Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger, weil der Empfänger gar keine Gläubigerrechte habe, ohne alle Bedeutung, so müßten die sämmtlichen Erben mit Einschluß des Empfängers die Forderungen gegen den Schuldner ohne Weiteres noch einklagen können.

2) Wäre die Absicht, daß dem Schuldner gegenüber die Person des einzelnen Erben von den gemeinschaftlich berechtigten sämmtlichen Erben rechtlich ganz zu trennen sei, richtig, und darum die condictio indebiti gegen den einen Erben zuzulassen, so würde mittelst derselben der Zahlende das Gezahlte noch nach einer langen Reihe von Jahren zurückfordern können; den sämmtlichen Erben aber, welche darum stille geblieben waren, weil sie wußten, daß einer von ihnen Zahlung empfangen habe, nun bei Forderungen, für welche kurze Verjährungsfristen vorgeschrieben sind, z. B. bei Zinsen, die Verjährung entgegengesetzt werden können, wogegen sie sich auch nicht durch Berufung auf das A. L. R. I. 9. §. 575. würden schützen können. Der Schuldner würde also das Gezahlte von dem Empfänger zurückerhalten, ohne es den sämmtlichen Erben noch zahlen zu müssen.

(Präj. Samml. S. 89, Entsch. Bd. 17. S. 245.)

III. Daß die Zahlung aus einem wirklichen Irrthum geschehen sei.

1) Zur Anwendung der §§. 178. u. 181. ist nicht gerade ein error in facto nöthig, sondern es begründet auch ein error in jure die condictio indebiti.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. i. J. 1833. (Präj. Nr. 37.) (Präj. Samml. S. 89.)

Diesem Präj. scheint der in Simon's R. Bd. 3. S. 150 ff. mitgetheilte Rechtsfall (in Sachen des Grafen von Saurma-Jeltsch wider den Fiskus) zum Grunde zu liegen, in welchem das Ob. Trib. (Datum des Urtels ist nicht angegeben) den obigen Rechtsgrundsatz angenommen hat, indem es bemerkt:

Man kann nicht annehmen, daß das A. L. R., so wie das gemeine Recht zur Begründung der cond. ind. durchaus einen faktischen Irrthum erfordern. Das Gesetz spricht von einem wirklichen Irrthum, und daß darunter auch ein Rechtsirrthum zu verstehen sei, ergiebt sich aus Suarez Schlußverträgen (Jahrb. Bd. 41. S. 53), wo es ad Tit. 16. §§. 166—198. heißt: »Die hier vorgetragene Theorie von der cond. ind. enthält zwar eine genauere Auseinandersetzung und viele nähere Bestimmungen dieser im Röm. R. sehr dunkeln und verwickelten Lehre, eine eigentliche Abweichung aber findet sich nur darin, daß auf den Unterschied inter errorem facti et juris keine Rücksicht genommen, sondern vielmehr statuirt ist, daß auch error juris die Kondiktion begründe, sobald die übrigen Erfordernisse vorhanden sind.« Es werden nun die Gründe zu dieser Abweichung angeführt. Danach läßt sich nicht bezweifeln, daß das Landrecht unter wirklichem Irrthum auch den Rechtsirrthum begreift.

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Febr. 1840 angenommen, in welchem die Frage für ganz unbedenklich erachtet und bemerkt wird, daß hierdurch die allgemeine Regel des §. 12. der Einleitung zum A. L. R. eine Ausnahme erleide.

(Entsch. Bd. 6. S. 8.)

Auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Juni 1855 ist gleicher Ansicht unter Berufung auf die obigen Präj.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 31 Nr. 10.)

Derselben Meinung sind: Duesberg (Simon's Z. Bd. 1. S. 273, 274 und Nr. 7. S. 289 ff.), Merkel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 502—503), Schröter (Civil. Verf. Bd. 1. Hft. 1. S. 44) und Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 327.)

Bornemann ist zwar zweifelhaft, ob auch ignorantia juris dem Kondicirenden zu statten kommen, oder bloß error juris, d. h., ob nicht die Rückforderung der Zahlung unzuläßig, von welcher der Zahlende durch ein unmittelbar passendes klares Gesetz befreit war und dagegen nur der Irrthum zu statten kommen, welcher bei Beurtheilung der Gültigkeit und Wirkung des Geschäfts, aus welchem die Zahlung geleistet war, begangen worden, in welchem Falle der §. 12. der Einl. zum A. L. R. mit dem Satze bestehen könne, daß auch error juris condictionem indeb. begründe. Doch entscheidet sich derselbe auf Grund der von Suarez in dem amtlichen Schlußberichte ausgesprochenen Absicht für die Verwerfung einer solchen Unterscheidung.

(System Bd. 3. S. 573, 579, 2. Ausg. Bd. 3. S. 384 ff.)

Entgegengesetzter Meinung sind: Grävell (Generaltheorie der Vertr. S. 380, Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 431, 433) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 607 u. 604) auf Grund des §. 12. der Einl. und des §. 176. h. t.

2) Zur Begründung der condictio indebiti nach Preuß. Rechte ist es nicht erforderlich, daß der Irrthum, aus welchem gezahlt worden, entschuldbar gewesen sei.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Febr. 1855. (Präj. Nr. 2609.)

Unter den Lehrern des gemeinen Rechts ist die Frage, von welcher Art der Irrthum zur Begründung der condictio indebiti sein müsse, kontrovers und mehrere Lehrer desselben erfordern dazu allerdings einen entschuldbaren (v. Savigny's Syst. III. Beil. VIII. 35—39., Puchta, Pandekten §. 309.); allein auch die gemeinrechtliche Praxis hat sich für das Gegentheil ausgesprochen (Seuffert's Arch. Bd. 7. S. 78 ff.). Wenn dafür, daß jeder Irrthum hinreiche, ausgeführt wird, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen eine durch Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts veranlaßte Anerkennung oder Erfüllung einer Nichtschuld an und für sich keine Wirkung haben könne, und die condictio indebiti auf die sich aus der natürlichen Billigkeit ergebende Regel stütze, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe, eine Abweichung von dieser Regel aber für den Fall eines vermeidlichen Irrthums in den Gesetzen nicht enthalten, vielmehr nur dem wissentlichen Bezahlen einer Nichtschuld die Wirkung des Verlustes der Zurückforderungsklage beigelegt, und der Grund dafür in der Vermuthung einer beabsichtigten Schenkung zu finden, diese Annahme aber bei dem Vorhandensein eines Irrthums stets ausgeschlossen sei, so findet diese Ausführung auch in dem Preuß. Rechte ihre Rechtfertigung, wie sich aus einer Zusammenstellung der §. 75. Tit. 4., §§. 186. u. 192. Tit. 5., §§. 262—264., 277—280. Tit. 13., §§. 166., 178., 181—184. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. klar ergiebt. (Koch's Lehrbuch Bd. II. S. 327.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 29, Entsch. Bd. 30. S. 76.)

3) Bei Beantwortung der Frage, ob eine Zahlung aus Rechtsirrthum geleistet worden, ist auf den damaligen Zustand der Jurisprudenz Rücksicht zu nehmen. Würde nach damaliger Gesetzauslegung

der, welcher freiwillig gezahlt hat, im Weigerungsfalle durch Urtel und Recht zur Zahlung angehalten werden, so läßt sich, auch wenn nach jetziger richtiger Gesetzauslegung keine Verbindlichkeit zur Zahlung für ihn bestand, nicht annehmen, daß er aus Rechtsirrthum gezahlt habe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Mai 1844.

Auch wenn error juris behauptet wird, müssen immer die zur Zeit der Zahlung obgewalteten Umstände in Betracht gezogen werden, zu welcher auch der damals herrschend gewesene Zustand der Rechtsansichten über die betreffende Frage gehört. Ist dieser von der Art gewesen, daß man damals in der geleisteten Zahlung nur die Erfüllung einer rechtlich bestehenden Verbindlichkeit erkennen konnte, so läßt sich auch nur annehmen, daß der Zahlende im Anerkenntniß derselben nicht im Irrthum über sie gezahlt habe, und es kann diesen, bei der Zahlung nothwendigen Irrthum nicht eine nachher erst eingetretene Veränderung der Rechtsansichten, mag sie sich auch allgemein Anerkennung verschafft haben, was sich überdies nie darthun läßt, nicht herbeiführen. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 240 ff., J. W. 1844 S. 581 ff., 600 ff.)

Koch hält diese Entscheidung für richtig.

(Landr. Bd. 2. Anm. 32. zum §. 178. h. t., Lehrb. Bd. 2. S. 330.)

Grothe sucht dieselbe zu widerlegen.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 254 ff.)

4) Betreff. den Nachweis des Irrthums und die Beweislast in dieser Beziehung.

a) Auch der Irrthum als Requisit der condictio indebiti wird schon aus dem Ausfalle des späteren Prozesses über den Grund der gezahlten Forderung dargethan, und der freiwillig Zahlende braucht, wenn er bei der Zahlung seine Verpflichtung anerkannte, nachher aber ausführt, daß er dazu nicht schuldig war, keinen besonderen Nachweis des Irrthums noch zu führen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. März 1836; denn Irrthum sei ein auf Mangel richtiger Erkenntniß beruhendes und deshalb von der Wahrheit abweichendes Urtheil; sein Dasein lasse, in soweit als dasselbe eine Negation des Wahren sei, gar nicht einen direkten Beweis zu, vielmehr müsse vom Gegner bewiesen werden, daß er nicht vorhanden. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 407, 420 ff.)

b) Wenn Jemand in Folge einer an ihn ergangenen Aufforderung eine Zahlung leistet, zu welcher für ihn gar keine, auch nicht eine bloß moralische Verbindlichkeit vorhanden war, und durch welche der Empfänger einen Vortheil, zu welchem er gar kein Recht hatte, erlangt, so muß die Behauptung, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen, für bewiesen angenommen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1843.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 416.)

c) Bei der Rückforderungsklage liegt zwar der Beweis des mangelnden Rechtes des Verklagten dem Kläger ob; eines weiteren Beweises des Irrthums bedarf es jedoch im Falle jenes gelieferten Beweises nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1850.

Der §. 178. h. t. hat in den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast nichts geändert; indeß ergiebt der §. 181. h. t., daß ein direkter Beweis der Behauptung des Irrthums nicht in jedem Falle nothwendig ist, sondern der Irrthum auch aus den Umständen zu entnehmen sein kann, insbesondere wenn dargethan wird, daß keine Verpflichtung für den Zahlenden, also auch kein Recht für den Empfangenden vorhanden gewesen. Die Ansicht aber, daß zur condictio indebiti der beweislose Vortrag genüge, der Empfänger habe kein Recht zur Empfangnahme gehabt, verstößt gegen den §. 165. h. t. Nach §. 166. h. t. soll nur der Einwand des Irrthums noch zuläßig sein. Soll dieser Einwand bloß daraus folgen, daß der Empfänger kein Recht und der Zahlende keine Verpflichtung gehabt habe, also auf der Nichtschuld des Zahlenden beruhen, so muß Letzterer die Nichtschuld beweisen (A. G. O. I. 13. §. 28.). Die §§. 180., 181. A. L. R. I. 7. stehen dem nicht entgegen.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 321 Nr. 65.)

Dagegen hat derselbe Sen. in dem Erk. v. 13./16. Okt. 1847 angenommen, daß bei der Rückforderung gezahlter Laudemien die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums den Kläger von der Beweislast der Nichtschuld befreit. (Rechtsf. Bd. 3. S. 13. Nr. 6.)

Die Redaktion des Striethorst'schen Archivs hält die Entsch. v. 26. Sept. 1850 für richtig; nur könne der Satz nicht auf den §. 28. A. G. O. I. 13. gestützt werden, sondern er bilde eine Ausnahme von der Regel, daß Thatsachen nicht vermuthet werden.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 322 Anm.*)

d) Bornemann nimmt an, daß der Gesetzgeber dem Kondicirenden einen Nachweis der ignorantia oder des error juris nicht hat aufbürden wollen, und der Irrthum schon dann anzunehmen sei, wenn der Mangel der Verpflichtung nachgewiesen, und die Behauptung des Irrthums nicht widerlegt ist.

(System 2. Ausg. Bd. 3. S. 339.)

e) Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 22. April 1842 Nr. 1121. in den Erg. zu den §§. 166. u. 178. h. t.

§. 182. Der §. 182. setzt die Existenz eines Vertrages voraus, auf dessen Grund gezahlt worden ist. Ein solcher Vertrag wird durch die zur Zahlung anweisende Verfügung der fiskalischen Behörde nicht ersetzt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 344 Nr. 66.)

§§. 182—184. Stehen die §§. 182—184. in Widerspruch mit dem §. 176.?

Duesberg behauptet dies, indem er bemerkt, daß die §§. 182—184. in Folge des Beschlusses entstanden seien, daß der error juris die condictio indebiti gleich dem error facti begründen solle; dagegen sei der §. 176. aus der ursprünglichen Suarez'schen Umarbeitung beibehalten, der die Ansicht zum Grunde gelegen, daß der error juris Niemandem zu statten kommen solle. Der einzige Ausweg sei, die §§. 182—184. als eine Modifikation des §. 176. zu betrachten. (Simon's Z. Bd. 1. S. 288.)

Dagegen nimmt Bornemann an, daß ein Widerspruch nicht vorhanden sei. Er bemerkt:

Der §. 176. schließt die Kondiktion in dem Falle, da das Geschäft, aus welchem die Zahlung geleistet worden, wegen Mangels der gesetzlichen Form ungültig ist, keinesweges unbedingt aus, sondern bestimmt nur, daß in diesem Falle die Rückforderung aus einer vorgeschützten Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften niemals stattfinde. Daß die Redaktoren ein Mehreres nicht haben festsetzen wollen, erhellt, abgesehen von den ziemlich deutlichen Worten des §. 176., insbesondere noch aus dem amtlichen Schlußberichte von Suarez (Jahrb. Bd. 41. S. 54), worin derselbe Folgendes äußert:

Nur in dem einzigen Falle, wenn Jemand eine an sich richtige Schuld, der nur bloß die gesetzmäßige Form fehlte, bezahlt hat, weil ihm die diese Form bestimmende Vorschrift unbekannt war rc., würde es wider die natürliche Billigkeit sein, und eine zu große Aengstlichkeit an bloße Formen verrathen, wenn man die Kondiktion zulassen wollte. Daher ist auch dieser Fall im §. 176. ausdrücklich ausgenommen.

Der §. 176. schreibt also gerade dasselbe vor, was der §. 184. für eine besondere Anwendung bestimmt.

(System Bd. 3. S. 576, 2. Ausg. Bd. 3. S. 336.)

Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß der §. 176. nicht mit den §§. 182—184. in Widerspruch trete, da er kein Erforderniß der cond. indeb. bestimmen solle, sondern zu den Bestimmungen gehöre, welche den Bereich der cond. ind. begrenzen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 173.)

Vergl. Recht der Forder. Bd. 3. S. 317 ff.

§. 184. Koch hat früher (Recht der Forder. Bd. 1. S. 23 u. Bd. 3. S. 317—319) angenommen, daß das Wort »selbst« (im §. 184.) keinen Gegensatz zur Anfechtung durch Andere bezeichne, vielmehr nur den einen möglichen Fall, wo die vorausgegangene Nichtigkeitserklärung von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Zahlers sein könne, und daß daher der §. 184. nicht auf das Erforderniß des Irrthums, sondern auf das der Nichtschuld zu beziehen sei. Diese Ansicht erklärt derselbe indeß neuerdings (Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 184. h. t.) für nicht begründet. Die Redaktoren hätten in der That die Unterscheidung gemacht, ob der Zahlende oder ein Anderer die Nichtigkeitserklärung bewirkt habe, und zwar mit Beziehung auf das Erforderniß des Irrthums (vergl. Simon's Z. Bd. 1. S. 259 §§. 100—103.). Der §. 184. beziehe sich daher wirklich auf den Irrthum, und sei eine nähere Bestimmung des §. 182. Der durch beide §§. ausgedrückte Gedanke sei dieser:

Wird der Vertrag rc. in der Folge für ungültig erklärt, so wird — ohne weiteren Beweis — Irrthum angenommen (§. 184.). Ist aber die Nichtigkeitserklärung auf den eigenen Antrag des Zahlers, und zwar bloß wegen Mangels an der positiven Form erfolgt, so hilft der Irrthum nichts (§. 184.). Auf die Unwissenheit solcher positiven Vorschriften soll der Zahler — abgesehen

davon, ob noch eine moralische Verbindlichkeit übrig bleibt — sich nicht berufen dürfen (§. 176.).

Vergl. hierüber auch Bornemann's Syst. Bd. 3. S. 576, 2. Ausg. Bd. 3. S. 337—338.

§. 187. 1) Der §. 187. findet nicht bloß auf den Fall Anwendung, wo die Zahlung für einen zu kontrahiren Unfähigen geleistet ist, sondern überhaupt da, wo die Zahlung für einen Dritten geleistet worden, und der Vertrag, in Beziehung auf den die Zahlung erfolgt ist, demnächst aufgehoben wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Nov. 1837. (Präj. Nr. 365.) (Präj. Samml. S. 89.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Sept. 1851 in den Erg. zum A. L. R. I. 13. §. 230. Zus. 1.

§. 188. Merkel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 514) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 609) beziehen den §. 188. nicht auf den §. 187., sondern auf den §. 186., und nehmen daher an, der Sinn des §. 188. sei der, daß eine Frau die für einen Fremden, ohne Genehmigung des Mannes, aus dem Eingebrachten geleistete Zahlung als eine Unfähige nach getrennter Ehe zurückfordern könne.

Entgegengesetzter Ansicht sind Duesberg (Simon's Z. Bd. 1. S. 292—294), Schweikart (Bobrik's Z. Bd. 1. S. 149 ff.) und Bornemann (System Bd. 3. S. 595, 2. Ausg. Bd. 3. S. 347), welche den §. 188. dahin auslegen:

Die Frau kann, wenn sie in stehender Ehe Nichtschulden ihres Mannes bezahlt hat, welche derselbe, wenn er sie selbst gezahlt hätte, zurückfordern könnte, nach getrennter Ehe kondiciren, worin implicite der Satz liegt: aber unter dem Vorwande, daß ihre Zahlung ungültig gewesen sei, kann sie dieselbe nicht kondiciren.

Dieser Ansicht sind auch die Gesetzrevisoren, welche bemerken:

Die entgegengesetzte Auslegung widerspricht nicht nur den Worten des Textes, sondern auch der Entstehungsgeschichte desselben, da der §. 186. erst bei der Umarbeitung des Entw. eingeschoben und mithin nicht derjenige sein kann, worauf sich der aus dem §. 102. des gedr. Entw. gewordene §. 188. bezieht. In dem ersten ungedr. Entw. fand sich statt desselben folgende Bestimmung:

»§. 108. Was eine Ehefrau ohne des Mannes Genehmigung ungültiger Weise gezahlt hat, kann sie selbst nach getrennter Ehe nicht zurückfordern.«

Dabei bemerkte Suarez:

Add. ex voto des H. v. Heidenreich: wenn die bezahlte Schuld ihre Richtigkeit gehabt, denn sonst sei die Vorschrift unbillig; cui accedo.

Darauf ist der §. 102. des gedr. Entw. in seiner Beziehung auf den vorhergehenden (welcher von Zahlung fremder Schulden handelt, deren Unrichtigkeit nachher ermittelt wird) entworfen. In dieser Beziehung, die im Texte ebendieselbe geblieben ist, hat aber die Bestimmung gar keine Bedeutung. Es ist nichts anderes gesagt, als daß die Frau condictionem indebiti habe, wenn die Bedingungen der condictio indebiti vorhanden seien.

In den »Versuchen über bestrittene Rechtsmaterien« (J. Z. 1835 S. 153) wird bemerkt, daß von §. 185. ab von bezahlten Schulden des Mannes oder eines Dritten die Rede, da von den ungültigen Zahlungen auf eigene Schulden der Frau schon §. 170. geredet worden. Demnach seien dergleichen Zahlungen aus dem Eingebrachten nach §. 186., dagegen Zahlungen aus dem vorbehaltenen Vermögen der Frau nach §. 187. zu beurtheilen.

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 3. S. 330, 331.

§. 194. Auch für dem Geber widerrechtlich abgenöthigte Zahlungen sind nur die §§. 189. u. 194., nicht der §. 195. noch der §. 208. maßgebend.

Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 22. Okt. 1850 Nr. 2258. in den Erg. zum §. 195. h. t., Zus. 3.

§§. 194. 195. (207. 208.) Wer einem Andern die Zahlung einer Geldsumme widerrechtlich, d. h. ohne einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung zu haben, abnöthigt, muß dieselbe mit den höchsten erlaubten Zinsen vom Tage des Empfanges an, erstatten, sollte er sich auch in Ansehung seines Rechts auf die Forderung in einem Irrthume befunden haben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 20. Nov. 1846[1]). (Präj. Nr. 1799.)

Es entspricht diese Ansicht dem Wortlaut der über diesen Gegenstand handelnden Gesetze. A. L. R. I. 16. §§. 189., 190., 193., 194., 195., 207., 208. — Wie schon nach allgemeinen Grundsätzen dem Besitznehmer fremder Sachen nicht jeder Irrthum zu statten kommt, namentlich auch in Beziehung auf die zu vergütenden Früchte (A. L. R. I. 7. §§. 12—14., 232.), so verweist hier insbesondere der §. 208. I. 16. wegen der Nutzungen und Zinsen, welche derjenige, der einem Anderen eine Sache oder eine Summe Geldes widerrechtlicher Weise abgenöthigt hat, ausdrücklich und ausschließlich auf die §§. 189. u. 194., nicht auch auf den §. 195., und stellt somit die Fälle, wo der Zahlungsnehmer einen Zwang gegen den Geber ausgeübt, in den Wirkungen mit den in §§. 189. u. 194. gedachten Fällen auf eine Linie; — und zwar schlechthin, ohne hier einen weiteren Unterschied zwischen dem in gutem Glauben oder im wissentlichen Unrecht verübten Zwange zu gestatten. Wer solchen Zwang anwendet, um eine bestrittene oder versagte Leistung zu erlangen, sei es auch, daß ihm an sich die Exekutivgewalt im Allgemeinen zur Beitreibung aller rechtmäßigen Forderungen dieser Art anvertraut worden, kann auch da, wo sich demnächst auf die Klage des Gezwungenen oder Genöthigten die Unrechtmäßigkeit der Forderung in legaler Weise herausstellt, gerechterweise keinen Anspruch haben auf eine gleiche Behandlung mit dem, der eine Sache oder Zahlung bloß hinnimmt, welche der Andere ihm entweder aus freien Stücken anbietet, oder auf zuvorige Anforderung freiwillig übergiebt. Dieser besitzt mit dem Willen und aus eigenem Zuthun des Gebers; und wenn er in gutem Glauben angenommen, so ist es nicht unangemessen, daß er nur Früchte oder Zinsen vom Tage der Vorladung an erstattet (§. 159. vergl. §. 222. Tit. 7.); — aber auch er muß Früchte und Zinsen vom Tage des Empfanges an erstatten, wenn er gewußt hat, daß er kein Recht zu der Sache oder Zahlung gehabt. Wenn nun das Gesetz nach seinem Wortinhalt jede Nöthigung zu einer ohne Recht geforderten Zahlung mit ganz gleichen Folgen belegt, so erscheint das auch in sich durchaus gerechtfertigt und dem gemeinen Recht entsprechend, welches in seinem bekannten Decretum D. Marci die Gewaltübung noch strenger behandelt.

(Präj. Samml. S. 88, Entsch. Bd. 16. S. 12.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 49. zum §. 195. h. t.

§. 195. 1) Der §. 195., welcher eine Kontroverse des Röm. Rechts entscheidet, ist aus der Entsch. der G. Komm. v. 7. Sept. 1781 entnommen, die für künftige Fälle per resc. v. 20. Okt. 1781 bestätiget wurde und bestimmte, daß eine ex errore calculi gezahlte Geldsumme, welche von dem Schuldner und Zahler durch die gegen den sich ebenfalls im Irrthume befundenen Empfänger oder Gläubiger angestellte condictio indebiti zurückgefordert wird, von dem Letzteren vom Tage der insinuirten Vorladung und nicht von Zeit der geschehenen Zahlung zu verzinsen sei.

(Sammlung der Entsch. der G. Komm. I. S. 7, Klein's Ann. Bd. 1. S. 8, Rabe Bd. 1. Abthl. 6. S. 542.)

Vergl. darüber Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 51. zum §. 195. h. t.

2) Die Vorschrift im §. 195. betrifft auch den Rechtsirrthum.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Okt. 1854. (Präj. Nr. 2566.)

Die §§. 193—195. unterscheiden in Ansehung des Anfangstermins für die Verzinsung und des Zinssatzes nur zwischen der Annahme der Zahlung mit dem Bewußtsein ihrer Unrechtmäßigkeit, und ihrer Annahme aus Irrthum; sie unterscheiden aber nicht zwischen faktischem und Rechtsirrthum. Der §. 185. betrifft daher auch den letzteren, und aus §. 232. A. L. R. I. 7. folgt nichts für das Gegentheil. Dieser §. bestimmt nur über Kapitalien, wogegen der §. 195. h. t. »Geldsummen oder andere verbrauchbare Sachen« zum Gegenstande hat, da selbst die Begriffe »Geldsumme« und »Kapital« nicht identisch sind (A. L. R. I. 2. §§. 11—13., II. 1. §§. 219., 233., II. 18. §§. 454., 455.). Der §. 232. des A. L. R. I. 7. faßt auch das Besitzverhältniß nur einseitig, ohne Rücksicht auf fremde Handlungen bei der Besitzergreifung auf; der §. 195. h. t. in seinem Zusammenhange mit §. 193. handelt dagegen von einem Besitze, der durch die Konkurrenz fremder Handlungen entstand, indem er den Akt der Besitzergreifung als Annahme bezeichnet; hier, wie im §. 190. h. t., ist durch das Wort »selbst« die Voraussetzung, daß auch der Geber sich im Irrthum befand, angedeutet; auch im Gegensatze von §. 232. A. L. R. I. 7., welcher die Sache eine herauszugebende nennt, im §. 195. h. t. wird die Rückforderung vorausgesetzt und der Besitzer wie aus einem Darlehnsvertrage verhaftet erklärt.

---

[1]) Bei dem Ob. Trib. war die Frage kontrovers geworden: ob in dem im §. 207. h. t. bestimmten Falle die Verpflichtung des Empfängers der abgenöthigten Summe zur Zahlung von Zinsen lediglich nach dem §. 194. zu beurtheilen sei — oder ob auch in einem solchen Falle der §. 195. zur Anwendung komme, und demgemäß der Empfänger, wenn er im Irrthum gewesen, nur zur Zahlung von Zögerungszinsen seit dem Tage der eingehändigten Vorladung verpflichtet sei? Das Resultat der Berathung war der obige Plen. Beschluß.

Sofern aber diese Verpflichtung aus einem Rechtsirrthume des Zahlungsempfängers hervorgeht, konnte folgerichtig der Gesetzgeber den gleichen Irrthum des Gebers nicht unberücksichtigt lassen; denn keinen von beiden entschuldigt die Unwissenheit der Gesetze (Einl. §. 11. u. §. 12. Tit. 7.), und wenn von beiden Seiten ein vermeidlicher Irrthum vorgefallen ist, findet von keiner Seite eine Entschädigung statt. (§. 80. A. L. R. I. 4.) Es ist nur eine Konsequenz dieses allgemeinen Rechtsprinzips, wenn die Verpflichtung zur Verzinsung einer aus Rechtsirrthum angenommenen Geldsumme nicht weiter sich erstrecken soll, als bis zu dem Zeitpunkte, wo sie schon als Folge der Litigiosität eintritt (A. G. O I. 7. §. 48. d., §. 71. h. t.), und der auch nach §. 222. A. L. R. I. 7., wenn kein früherer Aufang der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt werden kann, dafür angenommen werden soll, d. i. der Tag der gerichtlichen Klagebehändigung. Die Anwendung des §. 195. h. t. auf Fälle der Zahlungsannahme aus Rechtsirrthum steht also mit dem allgemeinen Rechtsprinzipe im Einklange. Bei der Gleichartigkeit des gesetzlichen Motivs für diese Bestimmung, wie für die Vorschrift im §. 190. h. t., ist unzweifelhaft, daß der §. 195. nur in der praktischen Folge das ausdrückt, was der §. 190. als Prinzip aufstellt. Da nun im §. 195. nicht bloß an einen faktischen Irrthum aus geringem Versehen gedacht sein kann, weil bei der Gegenüberstellung des positiven Wissens und des Irrthums in den §§. 193 — 195. die letzte Gesetzstelle statt der unentbehrlichen eine ganz überflüssige Bestimmung enthalten würde, so kann der §. 195. keiner Auslegung unterliegen, die dem unrechtfertigen Besitzer eine weiter gehende Vertretungspflicht auferlegen würde, als dem von Anfang an wegen seines faktischen Irrthums aus grobem oder mäßigem Versehen für unredlich zu erachtenden Besitzer, und selbst als dem Besitzer, welcher sich seiner Unredlichkeit positiv bewußt war (§. 11. A. L. R. I. 7.). Vergl. §§. 223., 224., 229. A. L. R. I. 7.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 29, Entsch. Bd. 29. S. 75.)

3) Ob die im §. 195. gedachten »Verzögerungszinsen« wirkliche Verzögerungszinsen, oder Zinsen aus einem besonderen gesetzlichen Grunde (G. v. 7. Juli 1833 §. 2.[1]) seien, war zweifelhaft. Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 24. Aug. 1840 (Präj. Nr. 898.) hat diesen Zweifel für die erste Meinung entschieden. Dieser Pl. Beschl. lautet in seiner richtigen Fassung[2]) dahin:

»Der §. 195. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. ist als eine solche besondere gesetzliche Vorschrift, unter deren Voraussetzung nach §. 2. des G. v. 7. Juli 1833 auch der Fiskus zur Zahlung nicht vorbedungener Zinsen verbunden ist, nicht anzusehen, vielmehr fallen die in der gedachten Vorschrift erwähnten Zinsen in die allgemeine Kategorie der eigentlichen Zögerungszinsen, von denen im §. 3. des gedachten Gesetzes die Rede ist.«

Wegen Vergütigung der Nutzungen und Zinsen im Fall der Rückforderung einer aus Irrthum gegebenen Sache oder geleisteten Zahlung unterscheiden die §§. 189., 190. u. 193—195. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R., welche nach §. 208. ebend. bei Rückforderung einer dem Geber widerrechtlicher Weise abgenöthigten Sache oder Zahlung ebenfalls Anwendung finden: ob der Empfänger wußte, daß er die als Zahlung angenommene Sache oder Summe nicht zu fordern habe, oder ob er selbst bei der Empfangnahme im Irrthum gewesen war. Im ersteren Falle wird er als unredlicher Besitzer betrachtet, haftet wie ein solcher für die Nutzungen nicht verbrauchbarer Sachen, und muß bei baarem Gelde oder anderen verbrauchbaren Sachen Zinsen vom Tage des Empfanges ab entrichten (§§. 189., 194. a. a. O.); im letzteren Falle haftet er als redlicher Besitzer und ist zu Zögerungszinsen nur vom Tage der eigenhändigen Vorladung verpflichtet. (§§. 190., 195. ebend.) — Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Fiskus auf Grund des §. 2. des G. v. 7. Juli 1833 nach §. 194. a. a. O. des A. L. R., wenn die Zahlung wider besseres Wissen gefordert und angenommen worden, Zinsen vom Tage des Empfanges an zu zahlen verpflichtet sein könne, da es sich bei der vorliegenden Frage nicht um eine wider besseres Wissen geforderte und angenommene Zahlung handelt. Die Bestimmung des §. 195. dagegen läßt sich im Sinne des §. 2. des gedachten G. nicht als eine solche besondere, die Zinsverbindlichkeit bei gewissen Geschäften begründete Vorschrift ansehen, unter deren Voraussetzung dem Privilegium des Fiskus entsagt wäre. Denn der §. 195. ist lediglich eine Wiederholung der allgemeinen Vorschriften des §. 222. Tit. 7. und des §. 71. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. — Die Vorschrift des §. 195. Tit. 16. a. a. O. fällt mithin recht eigentlich unter den §. 3. des G., wo von den Zögerungszinsen im engeren Sinne die Rede ist. Hierdurch aber wird die Anwendung des §. 2. des G. auf den §. 195. a. a. O. des A. L. R. von selbst ausgeschlossen. — Diese Auslegung rechtfertigt sich übrigens um so mehr, weil das G. v. 7. Juli 1833 den Fiskus, welcher sonst außer dem Fall einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit von aller und jeder Zinsenzahlung befreit war, unter gewissen Voraussetzungen zu nicht vorbedungenen Zinsen verpflichtet; die hierin liegende theilweise Verzichtleistung auf das frühere Privilegium aber einschränkend und möglichst so zu deuten ist, wie es dem Fiskus am wenigsten zum Nachtheil gereicht. (A. L. R. I. 5. §. 268. Tit. 16. §. 403.)

(Entsch. Bd. 5. S. 283, J. M. Bl. 1840 S. 366.)

Dazu:

Der Pl. Beschl. v. 24. Aug. 1840 bezieht sich nicht, wie in der Ueberschrift desselben Bd. 5. S. 283 der Entscheidungen des Tribunals und danach S. 89 des gedruckten Präjudizien-Buchs ausgesprochen ist, auf dem Geber widerrechtlicher Weise abgenöthigte Zahlungen, für welche nach §. 208. Tit. 16. nicht der §. 195., sondern nur die §§. 189. u. 194. a. a. O. maßgebend sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2258.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 29, Entsch. Bd. 20. S. 539.)

§. 198. Wenn ein Grundstück mit einer demselben gebührenden Realleistung verpachtet worden, so ist der Verpflichtete einen an den Pächter indebite abgeführten Theil der Präftation oder dessen Werth von dem Verpächter zurück zu verlangen befugt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Febr. 1840.

(Entsch. Bd. 6. S. 8.)

Koch tritt dem bei, weil auch der zur Hebung angewiesene Pächter ein Stellvertreter des Anweisenden sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 55. zum §. 198. h. t.)

§§. 199—204. Von der Rückforderung geleisteter Zahlungen, wenn das, wofür sie geschehen sind, nicht erfolgt.

§. 200. 1) Das Wort »etwas« bedeutet hier nicht einen Theil im Gegensatze zum Ganzen, sondern überhaupt das Objekt des Versprechens, und ist hier gleichbedeutend mit dem im §. 161. A. L. R I. 5. vorkommenden Ausdrucke.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 3. u. 17. Febr. 1838. (Entsch. Bd. 3. S. 356.)

2) Zur Begründung der Klage auf Erstattung einer in Gemäßheit eines Scheinkaufs geleisteten Zahlung genügt der Nachweis der Simulation des geschlossenen Rechtsgeschäfts nicht; vielmehr ist der Nachweis erforderlich, daß der Empfänger sich mit dem Schaden des Gebers bereichert habe, oder daß auch der in dem unter dem Scheinkaufe verborgenen, wirklich beabsichtigten Rechtsgeschäfte enthaltene Rechtsgrund weggefallen sei.

Angenommen von dem IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. März 1853, auf Grund des §. 200. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 14 Nr. 7.)

§§. 205—212. Von Zahlungen zu einem unerlaubten Zwecke.

§. 205. Wenn Fiskus eine Zahlung, als zu unerlaubtem Zwecke gegeben, zurückfordern will, so muß das Geschäft in dem Zeitpunkte, wo die Zahlung erfolgte, als unerlaubt sich herausgestellt haben; auf die Abrede kommt es in dieser Beziehung nicht an.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Aug. 1847.

(Entsch. Bd. 15. S. 215, Rechtsf. Bd. 2. S. 70 Nr. 32.)

§§. 205. sqq. Die Befugniß des Schuldners eines Hypotheken-Kapitals, die von dem Gläubiger bezogenen wucherlichen Zinsen zurückzufordern, wird dadurch nicht aufgehoben, daß diese Zinsen nach stattgefundener nothwendiger Subhastation bei der Kaufgelderbelegung durch den Richter ohne Widerspruch des Schuldners gezahlt sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 69 Nr. 17.)

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 827. Zus. 3.

[2]) In der Präj. Samml. S. 89 und in der Ueberschrift in den Entsch. Bd. 5. S. 283 ist dieser Pl. Beschl. dahin mitgetheilt worden:

Wenn der Fiskus eine ihm aus Irrthum geleistete oder von ihm dem Geber widerrechtlicher Weise abgenöthigte Zahlung, welche er in gutem Glauben angenommen hat, zurückzuzahlen verpflichtet ist, so entrichtet er Verzugszinsen nur von dem Tage der im rechtskräftigen Erkenntniß bestimmten Zahlungsfrist.

In Beziehung hierauf bemerkt das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Okt. 1850 (Präj. Nr. 2258.), daß der gedachte Pl. Beschl. in der Ueberschrift in den Entsch. und demnach in dem gedr. Präj.-Buche unrichtig mitgetheilt worden.

§. 207. 1) Auch das, was durch widerrechtliche exekutivische Maßregeln beigetrieben worden, muß dem Zahlenden erstattet werden, wenngleich bei einer freiwilligen Zahlung die condictio indebiti wegfallen würde.

Erkannt von dem I. Sen. des O. L. G. zu Königsberg und dem Ostpreuß. Trib. unterm 2. Aug. 1826 u. 26. März 1827. (Simon's R. Bd. 2. S. 352 ff.)

Derselben Ansicht ist Bornemann. (System Bd. 3. S. 602, 2. Ausg. Bd. 3. S. 351.)

2) Wenn nicht freiwillig aus Irrthum, sondern zufolge einer Exekutions-Verfügung eine Zahlung geleistet wird, zu welcher der Zahlende nicht verpflichtet war, so ist nicht die condictio indebiti anwendbar, wohl aber die Zurückforderung aus dem Grunde des widerrechtlichen Zwanges zulässig.

Eine solche von der fiskalischen Behörde erlassene Verfügung gilt für widerrechtlich, wenn auch erst durch einen nachfolgenden Prozeß festgestellt wird, daß Fiskus nicht berechtigt sei, die Zahlung zu fordern.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. März 1836. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 407 ff.)

Vergl. auch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1846 (Präj. Nr. 1799.) in den Erg. zu den §§. 194., 195. h. t.

3) Eine widerrechtliche Abnöthigung ist dann nicht vorhanden, wenn der Schuldner nach angedrohter administrativer Exekution, ohne Widerspruch gegen seine Verpflichtung zu erheben, Zahlung leistet.

Erkannt von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 5. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 358 Nr. 68.)

4) Ist auch bei abgenöthigter Zahlung eine vorgängige Anzeige von dem Vorfalle an den Richter zur Zulassung der Kondiktion erforderlich, wie der §. 45. A. L. R. I. 4. solche bei erzwungenen Willenserklärungen vorschreibt?

Bejahet von Bielitz. (Komm. Bd. 3. S. 613.)

Dagegen verneinen:

a) die Gesetzrevisoren; denn es seien verschiedene Fälle, wenn Jemand eine Willenserklärung anfechten wolle, woraus gegen ihn ein Anspruch geltend gemacht werden solle, und wenn er die von ihm bereits erpreßte Summe zurückfordere. Dieser Unterschied sei auch durch den Gegensatz der §§. 207. u. 209. hinreichend angedeutet. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 119.)

b) Bornemann, welcher dieser Ansicht beitritt. (System Bd. 3. S. 602, 2. Ausg. Bd. 3. S. 352.)

c) Koch, weil zum Begriffe der Abnöthigung nicht unmittelbarer körperlicher Zwang, oder gefährliche Drohung erforderlich sei, sondern die Androhung jedes Unrechts, für dessen Unterlassung vom Bedrohten Etwas abgefordert wird; der Grund der Kondiktion sei lediglich das Unrecht, für dessen Nichtbegehung der Empfänger sich bezahlen läßt (§. 212. h. t.). (Landr. Bd. 2. Anm. 63. zum §. 207. h. t.)

Dritter Abschnitt.

Von der Deposition.

§. 214. Wo die Deposition geschehen müsse.

Ueber den Begriff des »Zahlungsortes« vergl. die K. O. v. 13. Juni 1840 in den Erg. zum §. 52. h. t. Zus. 2.

§§. 215—234. Wann sie stattfinde.

§. 215. 1) R. v. 30. Mai 1838. Der Fall des §. 215. ist auch dann vorhanden, wenn nach Auflösung des Dienstverhältnisses eines verstorbenen Beamten die vorgesetzte Behörde die Kaution desselben dem kompetenten Gerichte zur Annahme ad depositum Behufs Auszahlung an seine Gläubiger oder Erben anbietet. (Jahrb. Bd. 51. S. 378, Gräff Bd. 12. S. 195.)

2) Die gerichtliche Deposition auf Kosten des Gläubigers findet nur wegen eines Hindernisses in dessen Person, nicht wegen Gegenansprüche des Schuldners oder seines Cessionars statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 233 Nr. 51.)

§. 216. Dieser §., ungeachtet er, so wie der ganze Abschn. 3. des Tit. 16. nur von der Depositionsbefugniß des Schuldners handelt, schließt doch an sich noch nicht das Recht des Gläubigers aus, die Zahlung ad depositum zu verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Aug. 1839. (Präj. Nr. 718.) (Präj. Samml. S. 90.)

§§. 216. 222. Ueber die Seitens des Schuldners bezweifelte Legitimation des Gläubigers als causa depositionis vergl. die Erk. des Stadtger. und O. L. G. zu Breslau in der J. W. 1837 S. 213 ff.

§. 218. Der zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit — gegen die von dem anderen Theile zu bewirkende Gegenleistung — rechtskräftig verurtheilte Schuldner ist nach erfolgter gerichtlicher Niederlegung der zu zahlenden Summe oder herauszugebenden Sache auf den Grund jener rechtskräftigen Entscheidung die Gegenleistung einzuklagen berechtigt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 191 Nr. 45.)

§. 223. Bielitz ist der Meinung, daß in beiden Depositions-Fällen ein gerichtliches Verfahren wie bei schleunigen Arresten einzuleiten, und daher der Depositionssucher per decretum zurückzuweisen sei, wenn der Richter finde, daß die Unrechtmäßigkeit der Deposition klar vorliege. (Komm. Bd. 3. S. 616.)

Dagegen nehmen die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 121) und Bornemann (System Bd. 3. S. 607, 2. Ausg. Bd. 3. S. 355) an, daß der Richter verpflichtet sei, die Deposition auf Gefahr des unterliegenden Theils zu gestatten, wenn die Sache durch seine Vermittelung nicht dergestalt klar gemacht werden kann, daß entweder der Gläubiger die Rechtmäßigkeit der Deposition anerkennt und es sonach einer Justifikation nicht bedarf, oder aber der Schuldner die Unrechtmäßigkeit seines Antrages einsieht und denselben zurücknimmt.

Koch nimmt gleichfalls an, daß in dem Falle, wenn die Gründe für oder wider die Rechtmäßigkeit der Deposition nicht klar sind, vom Richter ausgesprochen werden müsse, daß die Deposition auf Gefahr und Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Theils zu gestatten. (Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 223. h. t.)

§. 227. Vergl. A. D. W. O. Art. 40., 73., 98. Nr. 5., A. G. O. I. 27. §. 51.

§§. 228, 229. 1) Befreiet das bloße Anerbieten der Erfüllung, oder erst die gerichtliche Deposition vom Kasus?

Letzteres nehmen an:

a) Schröter in der Abhandl. über diese Frage, da der §. 103. A. L. R. I. 11. nur von einem Kasus handle, der durch ein mäßiges Versehen des Käufers herbeigeführt wird und Letzterer, der stets für ein mäßiges Versehen haftet, nothwendig auch einen solchen casus mixtus tragen müsse. (Civilverf. Bd. 1. Hft. 1. S. 23—24, J. Z. 1832 S. 945.)

b) Die Gesetzrevisoren, welche bemerken:

Nach §. 228. geht die Gefahr der niedergelegten Sache durch die Deposition selbst auf den Gläubiger über, von anderen nachtheiligen Folgen des Verzuges wird der Schuldner schon durch das Gesuch um Zulassung zur Deposition nach §. 229. befreit. Der gedr. Entw. hatte statt des §. 228. d. T. zwei Bestimmungen des Inhaltes:

§. 132. Durch eine rechtmäßige Deposition wird der Schuldner von der Verbindlichkeit befreiet und die Gefahr der gerichtlich niedergelegten Sache geht auf den Gläubiger über.

§. 133. Doch wird beides erst durch die wirkliche Niederlegung bewerkstelligt.

§. 134. Von Zögerungszinsen u. s. w. (wie §. 229. des jetzigen Textes).

Die beiden ersten §. wurden in dem umgearbeiteten Entw. in den §. 228. d. T. umgeschmolzen; wahrscheinlich, weil die Befreiung des Schuldners schon in der an der Spitze dieses Abschnittes stehenden Bestimmung ausgesprochen war. Der erste ungedr. Entw. sagt dagegen, die von der Deposition abhängigen Rechte entständen erst in dem Zeitpunkte der wirklichen Niederlegung, von den übrigen Strafen des Verzuges werde aber der Schuldner schon durch die Einreichung seines Gesuches befreit. Zu der letzteren dieser Bestimmungen bemerkte Suarez: »Eigentlich ist dieser §. nur wahr von den usuris morae, denn das periculum der Sache, sowohl quoad substantiam, als in Ansehung der Deteriorationen, geht erst durch die wirklich erfolgte Deposition über.«

Hierauf ist der gedr. Entw. so, wie angeführt, gefaßt worden. Man hatte, wie sich hieraus ergiebt, bloß die Absicht, das periculum rei von anderen

Strafen des Verzuges zu sondern; an die Wirkungen der mora accipiendi und das Verhältniß der Deposition zu derselben dachte man nicht.
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 121.)
c) Koch.
(Landr. Bd. 2. Anm. 18. zum §. 228. h. t., Recht der Ford. Bd. 1. S. 363 ff.)

2) Die §§. 228. u. 229. sind nicht dahin zu verstehen, daß den Verpflichteten alle Folgen des Verzuges gerade so, als ob er selbst im Verzuge wäre, treffen, wenn er bei dem Verzuge des Berechtigten die schuldige Summe oder Sache nicht deponirt. Denn der §. 229. kann nicht auf Fälle bezogen werden, in welchen der Schuldner gar nicht im Verzuge ist, und nachtheilige Folgen des Verzuges, von denen er befreiet werden könnte, gar nicht zu tragen hätte. Anders steht die Sache nur, wenn der Schuldner Verpflichtungen hat, die nicht eine Folge des Verzuges sind, oder wenn das Gesetz die Deposition ausdrücklich fordert. Diese besonderen Bestimmungen der Gesetze würden ganz überflüssig sein, wenn der Verpflichtete, auch wenn er nicht im Verzuge ist, deponiren müßte, um die mit dem Verzuge verbundenen nachtheiligen Folgen von sich abzuwenden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1853.
(Entsch. Bd. 24. S. 411, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 326 Nr. 66.)

Auch in dem Erk. v. 22. April 1857 führt derselbe Sen. aus, daß die §§. 216. u. 229. weder bestimmen, daß der Schuldner nur durch die Deposition von den Folgen des Verzuges frei werden könne, noch, daß derselbe, wenn er gar nicht in schuldbarem Verzuge ist, deponiren müsse, um die sonst eintretenden Folgen des Verzuges von sich abzuwenden. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 72 Nr. 20.)

Vierter Abschnitt.

Von der Angabe an Zahlungsstatt.

Dr. Rubo, über die Angabe an Zahlungsstatt. (Jahrb. Bd. 22. S. 3 ff.)

§. 235. 1) Der Begriff: »Sache«, im §. 235. h. t., ist dort im allgemeinen Sinne des §. 1. des A. L. R. I. 2. gebraucht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Mai 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 130 Nr. 63.)

2) Die Uebertragung einer Forderung an Zahlungsstatt kann nur im Wege der förmlichen Cession geschehen. Ein solches Rechtsgeschäft ist nicht vorhanden, wenn der Gläubiger, der auf diesem Wege seine Befriedigung sucht, den wirklichen Eingang der angewiesenen Forderung zur Bedingung stellt.

Angenommen von dem Appell. Ger. zu Hamm und dem Ob. Trib. in den Erk. v. 5. Sept. 1850 und 24. März 1851.
(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 78 ff., 83 ff.)

3) Ist in dem Falle, wenn dem Gläubiger eines Gemeinschuldners von dem Letzteren vor dem Ausbruche des Konkurses durch bloße mündliche Uebereinkunft eine Forderung an Zahlungsstatt überwiesen und die betreffende Schuldurkunde ausgehändigt worden ist, der Konkurskurator befugt, jenes Rechtsgeschäft als ungültig anzufechten und von dem Gläubiger die Herausgabe der Schuldurkunde zu verlangen?

Bejahet von einem nicht genannten Gerichtshofe, weil die Uebertragung einer Forderung an Zahlungsstatt nur im Wege der Cession zu bewerkstelligen sei; dagegen verneint von Gruchot, weil der Konkursmasse wegen jenes formellen Mangels nicht das Recht zustehe, dem Gläubiger des Kridars das in Folge der Disposition des Letzteren in seinen Besitz gelangte Dokument wieder zu entziehen.
(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 90 ff.)

§§. 235. 238. 242. Der Appell. Richter in einem mitgetheilten Rechtsstreit hielt auf Grund der neben bezeichneten §§. jede Angabe an Zahlungsstatt zugleich für einen Kauf, näher: für die Ueberlassung des Eigenthums einer Sache für einen bestimmten Preis mit der Nebenabrede, daß dieser nicht baar bezahlt, sondern auf eine Forderung des Käufers an den Verkäufer verrechnet werden sollte. Er bezog sich bei dieser Feststellung auf die §§. 235., 238., 242. A. L. R. I. 16.

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 4. Febr. 1842 dies Urtel für ungerechtfertigt erachtet, und führt aus:

Der Appellationsrichter habe die Natur und den wesentlichen Charakter der Angabe an Zahlungsstatt verkannt und die allegirten Vorschriften unrichtig angewendet. Bei seiner Definition mache er die Hauptsache zur Nebensache, den Zweck zum Mittel. Die datio in solutum sei nämlich ein Mittel, bestehende Verbindlichkeiten zu tilgen, einen Schuldner statt der Zahlung von seiner Verbindlichkeit zu befreien; die Ueberlassung des Eigenthums sei nur das Zahlungsmittel. Bei dem Kaufgeschäft dagegen bezweckten die Kontrahenten selbstständig von der einen Seite Abtretung des Eigenthums, von der andern Seite Erwerbung desselben für einen bestimmten Preis. Bei der datio in solutum liege sonach keine bloße Nebenabrede, eine Forderung des Käufers an den Verkäufer zu verrechnen, zum Grunde; das Bestehen einer Schuld sei vielmehr die faktische Voraussetzung, ohne welche die Angabe an Zahlungsstatt unmöglich sei, da sie eben nur zu dem Zwecke erfolge, um die Schuld zu tilgen. Die überlassene Sache trete nur an die Stelle des baaren Geldes zu diesem Zwecke, und eine Zahlung des Schuldners ohne Schuld sei ohne Widerspruch undenkbar.
(J. W. 1846 S. 430, 431.)

§. 243. Muß sich der Gläubiger in dem in diesem §. gedachten Falle innerhalb einer bestimmten Frist erklären und geht er durch Einlassung auf den Prozeß mit dem Dritten seines Wahlrechts verlustig?

Bornemann nimmt an, daß, wenn dies gleich nicht bestimmt sei, die Bejahung doch aus der Fassung dieses §. hervorzugehen scheine.
(System Bd. 3. S. 616, 2. Ausg. S. 360 Anm.)

Fünfter Abschnitt.

Von Anweisungen.

§§. 251. 252. Begriff.

1) Ueber den Unterschied zwischen dem gezogenen Wechsel und der Anweisung bemerkt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. Dec. 1843:

Die Eigenschaft eines Instruments als Wechsel ist überall nur eine akcessorische. Die sonstige rechtliche und primitive Natur ist bei dem trockenen Wechsel die einer Schuldverschreibung, bei dem gezogenen die einer Anweisung. Denn nach §. 714. A. L. R. II. 8. ist ein gezogener Wechsel vorhanden, wenn unter den vorgeschriebenen Formen die Zahlung einer Summe einem Dritten aufgetragen wird. Eben dies ist es, was, von jenen Formen entkleidet, nach §. 251. h. t. dem Begriff einer Anweisung entspricht.
(Entsch. Bd. 9. S. 333.)

2) Die von einer Firma ausgestellte, den Inhaber der Firma persönlich als Assignatar bezeichnende, und mit dem Akcept des Assignaten versehene Anweisung ist für eine vollständige und wirksame Assignation zu achten; der Einwand der Identität des Assignanten und des Assignatars findet dagegen nicht statt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1850.

Es kommt bei der Anweisung, gleich wie bei dem Wechsel, die Form vorzugsweise und wesentlich in Betracht. Denn da die Assignation das ihr zu Grunde liegende anderweitige Rechtsgeschäft nicht einmal andeutet, dennoch aber gesetzlich als wirksam anerkannt ist, so kann das, die selbstständigen Verbindlichkeiten des Assignanten, Assignaten und Assignatars schaffende und bedingende Element nur in der Form liegen. Weiset diese Form die drei nothwendigen Faktoren äußerlich als verschiedene Träger auf, so genügt dies, und das zwischen den drei Faktoren wirklich bestehende rechtliche Verhältniß tritt dabei in den Hintergrund. Dem an sich begründeten Verlangen des Assignaten, zu wissen, an wen die Zahlung zu leisten sei, ist durch die Bezeichnung einer bestimmten physischen Person in der Assignation ein Genüge geschehen; der Assignant als Firma stellt sich äußerlich als ein von dem Assignatar verschiedenes Rechtssubjekt dar; das Verhältniß aber, in welchem beide in Wirklichkeit stehen, ist ein außerhalb der Anweisung liegendes, und darum für den Assignaten gleichgültiges. (Entsch. Bd. 19. S. 199.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum Abschn. 5. h. t.

3) Wenn ein Käufer sein Forderungsrecht auf Uebergabe der erkauften Sache, gegen Entgeld, dadurch ausübt, daß er den Verkäufer anweiset, für seine Rechnung die Sache einem Dritten zu überliefern, so ist dies keine Assignation, sondern die Kundthuung und Anerkennung einer stattgefundenen Cession.

Erkannt von dem I. Sen. des O. L. G. zu Breslau unterm 26. Juni 1846, auf Grund des §. 376. A. L. R. I. 11. in Verbindung mit §§. 251., 252., 283. A. L. R. I. 16.
(Koch's Arch. Bd. 6. S. 325.)

4) Die Anweisung ist in Preußen kein zum Umlaufe sich eignendes, indossables Handelspapier.
(Abhandl. von Gelpcke, in dessen Zeitschr. für Handelsrecht Hft. 2. S. 77 bis 90.)

§§. 251. 259. (§§. 256. 257.) 1) Ein von einem Nichtwechselfähigen akceptirter, an die Ordre des Ausstellers gezogener Wechsel gilt auch nicht als Anweisung, wenn zur Zeit des Akcepts noch kein Indossement des Wechsels erfolgt war.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. Sept. 1844[1]). (Präj. Nr. 1476.)

Aus der Vorschrift des §. 943. A. L. R. II. 8. folgt noch nicht, daß in dem fraglichen Falle der Wechsel auch gegen einen nicht wechselfähigen Akceptanten unbedingt als Assignation gelte. Vielmehr ist, um ihm diese Wirkung beizumessen, unerläßlich, daß an ihm die gesetzlichen Erfordernisse einer Anweisung auch wirklich erkennbar seien. Denn eben so wenig als eine als Anweisung ausgestellte Schrift, der es an einem wesentlichen Erfordernisse einer Anweisung gebricht, als Anweisung gültig zu sein vermöchte, eben so wenig kann eine als Wechsel ausgestellte, als solcher aber nicht gültige Schrift für eine Anweisung gelten, wenn ihr auch die für eine solche bestehenden wesentlichen Erfordernisse ganz oder theilweise abgehen. Hierfür spricht schon die Wortfassung des §. 943.; denn danach soll ein gezogener Wechsel, dem eines der gesetzlichen Erfordernisse ermangelt, allenfalls nur als Assignation gelten. Allenfalls nur bedeutet aber soviel, als: äußersten Falls, oder höchstens nur und hat den sprachgemäß unzweifelhaften Sinn: »in sofern wenigstens die Erfordernisse einer Assignation darin anzutreffen sind«; denn sonst müßte es heißen »jedenfalls«, oder es hätte jener Beisatz ganz wegbleiben und gesagt sein müssen: »so gilt ein dergleichen gezogener Wechsel als Anweisung.« — Eine Anweisung hat nach §. 251. h. t., §. 1267. A. L. R. II. 8. ihrem Wesen nach zwei ganz verschiedene Richtungen; zunächst beauftragt der Aussteller einen Andern, eine bestimmte Summe an einen bestimmten Empfänger zu zahlen, und sodann weist er diesen Dritten an, die bestimmte Summe von dem genannten Zahler für sich in Empfang zu nehmen. Eine jede dieser beiden Richtungen bildet ein besonderes Rechtsgeschäft; die Verbindung beider Geschäfte in einen Ausdruck des Willens stellt erst das Wesen einer Anweisung dar. Da nun zur Herstellung des Rechtsgeschäfts in der einen Richtung zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen nothwendig gehört, daß Beide namentlich genannt werden, so folgt auch aus der untrennbaren Verbindung, in welcher diese eine Richtung mit der anderen des Anweisenden zu dem Bezogenen steht, daß es auch für das Rechtsgeschäft zwischen Letzteren ein wesentliches Erforderniß sei, daß dem Bezogenen derjenige benannt werde, an den er Zahlung leisten solle. Dies ist auch aus dem Grunde nothwendig, weil dem Bezogenen nach §. 256. freigelassen ist, die Anweisung nicht anzunehmen, wenn ihm dadurch in Ansehung der Zeit, des Orts, der Münzsorte oder wie sonst eine lästigere Verbindlichkeit aufgelegt werden sollte, als er gegen den Anweisenden zu erfüllen haben würde. Um hierüber vollständig urtheilen zu können, muß der Bezogene wissen, an wen er zahlen solle, da sich nach der Person, nach dem Wohnorte und nach anderen Umständen, welche eben nur die Anweisung herbeiführt, die ursprünglichen Verpflichtungen des Bezogenen ändern können. Aber auch abgesehen hiervon, fällt der Begriff einer Anweisung von selbst weg, wenn derjenige, an welchen der Bezogene zahlen soll, nicht genannt wird; denn nicht nur, daß der Name Anweisung darauf beruht, daß Jemandem eine bestimmte Summe zur Erhebung überwiesen, er darauf angewiesen wird, so kann auch rücksichtlich des Bezogenen der Ausdruck: Anweisung auf das Geschäft zwischen ihm und dem Aussteller des Dokuments nicht für passend erachtet werden, sobald der Letztere die Zahlung für sich selbst verlangt. Vielmehr drückt dies Verlangen nur das Ersuchen aus, von demjenigen, an den es gerichtet ist, eine Summe Geldes zu bekommen; eine solche Aufforderung kann aber nur entweder eine Mahnung oder eine Bitte um ein Darlehn sein. — Dies wesentliche Erforderniß der namentlichen Bezeichnung des Assignatars ist bei einem an eigene Ordre gezogenen Wechsel, so lange kein Indossament erfolgt ist, nicht anzutreffen. Der Gebrauch der Kaufleute, dergleichen Wechsel zu honoriren, bleibt juristisch eine Anomalie, auf der Fiktion beruhend, daß der Trassant und seine Ordre zwei verschiedene Rechtssubjekte seien. Diese Fiktion kann aber da nicht zugelassen werden, wo weder ein rechtsbeständiger Gebrauch, noch auch das Gesetz sie zulassen, letzteres vielmehr für den Begriff einer Anweisung das Vorhandensein zweier wirklich existirenden Rechtssubjekte ausdrücklich fordert; der §. 730. a. A. L. R. II. 8. auch vorschreibt, daß bei Wechselgeschäften Nichtwechselfähiger auf die eigentlich zum Grunde liegende Natur des Geschäfts zurückgegangen rden solle. Die wahre Natur eines Wechsels an eigene Ordre ist aber vor dem Indossamente, wie gezeigt, nur die einer Zahlungsaufforderung an den Aussteller selbst, d. h. es ist keine Anweisung. Die Akceptation kann diesen Mangel des Instruments als Anweisung nicht heben, da er, an welchen die Zahlungsaufforderung gestellt ist, nicht willkührlich an einen ihm beliebigen Dritten zahlen, und eben so wenig durch sein Akcept der Einwendungen verlustig gehen kann, die er gegen den Aussteller hat, da er ja eben nur diesem die Zahlung zu leisten verspricht, der rechtliche Grund des §. 259. aber darauf beruht, daß in der unbedingten Annahme einer vollständigen Anweisung zugleich eine Seitens des Bezogenen gegen den genannten Assignatar übernommene Verpflichtung enthalten ist, diesem die überwiesene Zahlung zu leisten. — Das für die entgegengesetzte Ansicht aus der Unentbehrlichkeit der Wechsel an eigene Ordre entnommene Argument paßt nur für den Wechselverkehr, nicht aber da, wo ein Wechsel nicht als solcher, sondern als Anweisung gelten soll; vielmehr würde es für den Stand der kleineren Gewerbetreibenden und Handwerker sehr gefährlich sein, wollte man solchen bloßen Zahlungsversprechen die Wirkung einer akceptirten vollständigen Anweisung beilegen.

(Präj. Samml. S. 194, Entsch. Bd. 10. S. 52.)

Dazu:

Die in dem (vorstehenden) Pl. Beschl. v. 9. Sept. 1844 (Präj. Nr. 1476.) festgesetzte Regel gilt auch in dem Falle, wenn dem Akceptanten vom Aussteller des Wechsels bei oder vor Ertheilung des Akcepts die Person, an welche der Wechsel indossirt werden sollte, mündlich bekannt gemacht war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1845. (Präj. Nr. 1690.) (Präj. Samml. S. 194.)

2) Der hinzugekommene Assignatar muß erst nach Empfang der Anweisung solche von Neuem akceptiren lassen, wenn er in ein Rechtsverhältniß zu dem Assignaten treten will. Wird aus einer, auf eigene Ordre ausgestellten, girirten Anweisung geklagt, so gehört es nicht zur Begründung der Klage, zu behaupten, daß die Akceptation erst nach dem Giro akceptirt worden sei, vielmehr muß das Gegentheil von dem Akceptanten excipirt und erwiesen werden.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. Aug. 1845. (Präj. Nr. 1608.) (Präj. Samml. S. 187.)

3) Die vor geschehenem Giro erfolgte Annahme einer auf eigene Ordre lautenden Anweisung verpflichtet nicht zur Zahlung an den später benannten Assignatar.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Nov. 1852, mit Bezug auf die §§. 251. u. 259. h. t. und den Pl. Beschl. v. 9. Sept. 1844[1]). (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 135 Nr. 25.)

§§. 251—259. Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 14. Febr. 1842 (Präj. Nr. 1096.) und das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Nov. 1849 (Präj. Nr. 2157.) in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 54.

§§. 253—255. Form.

§. 253. 1) Kann die Annahme einer Anweisung gültigerweise auch mündlich und selbst stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen?

Bielitz bejahet. (Komm. Bd. 3. S. 630.)

Dagegen nimmt Bornemann auf Grund des §. 253. an, daß die Annahme stets schriftlich erfolgen müsse, sobald die angewiesene Summe mehr als funfzig Thaler beträgt.

(System Bd. 3. S. 626, 2. Ausg. Bd. 3. S. 367.)

2) Die in Folge einer Anweisung von dem Angewiesenen geschehene Ausstellung eines die causa debendi nicht enthaltenden Schuldscheines über die angewiesene Summe ist für keine gehörige Annahme der Anweisung zu erachten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1852, auf Grund des §. 259. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 49 Nr. 14.)

3) Ist die bloße Namensunterschrift des Assignaten für eine Akceptation zu erachten?

Bornemann verneint, selbst in dem Falle, wenn demnächst ohne Wissen des Assignaten das Wort »angenommen« darüber geschrieben worden, weil die bloße Namensunterschrift einer ausdrücklichen Willenserklärung nicht gleichzuachten sei, und die Vorschrift des

---

[1]) Der III. Sen. des Ob. Trib. hatte in früheren Entscheidungen, namentlich v. 22. Sept. 1838 (Entsch. Bd. 4. S. 259, 265, J. W. 1839 S. 487, 491) und v. 23. Juli 1838 (Centralbl. 1839 S. 655) das Gegentheil angenommen. Als derselbe späterhin von diesem Prinzip abweichen wollte, gelangte die Frage zur Entsch. des Plenums, welches sich zu der neueren Meinung bekannt hat. Vergl. über die Frage auch das (der älteren Ansicht beitretende) Erk. des O. L. G. zu Frankfurt v. 12. Dec. 1837 (Centralbl. 1838 S. 853). Bornemann hat sich für die ältere Meinung ausgesprochen. (System Bd. 3. S. 633, 2. Ausg. Bd. 3. S. 369—372.)

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

§. 113. A. L. R. I. 13., da sie eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, auf andere Fälle nicht auszudehnen.
(System Bd. 3. S. 627, 2. Ausg. S. 367.)

§§. 256—261. Verhältnisse zwischen dem Assignaten, dem Anweisenden und dem Angewiesenen.

§. 256. R. v. 3. Juli 1828. Wenn ein Schuldner gegen den ursprünglichen Gläubiger die Befugniß zur Deposition der Schuld hat, so kann er diese auch gegen den Assignaten ausüben.
(Min. Akt. A. 6637, Gen. S. Nr. 13. Vol. 2. Fol. 365.)

§§. 256. 259. Der IV. Sen. des Ob. Trib. geht in dem Erk. v. 10. Okt. 1849 davon aus, daß der Assignat nicht schuldig sei, sich einen ausdrücklichen Widerruf oder die einen Widerruf enthaltende Substituirung eines anderen Assignatars gefallen zu lassen, und daß selbst dann, wenn die Annahme nicht dem Assignatarius gegenüber, sondern in der Weise geschehen ist, daß der Gläubiger, bei Eingehung des Schuldverhältnisses selbst, den Schuldner angewiesen hat, an einen Dritten zu zahlen, und der Schuldner dieses angenommen (zu thun versprochen) hat, die Anweisung nicht willkührlich widerrufen werden könne. Denn wenn auch der Dritte daraus kein Recht, die Zahlung für sich einzufordern, erlangt habe, so sei der Schuldner, da die Benennung eines dritten Zahlungsempfängers ein Bestandtheil der das Schuldverhältniß begründenden Uebereinkunft sei, doch berechtigt, an diesen Dritten (adjectus solutionis causa) zu zahlen (§§. 31., 32. h. t.). Deshalb könne z. B. ein solches Forderungsrecht nicht im Wege der Exekution an einen Gläubiger des Anweisenden mit rechtlicher Wirkung unbedingt überwiesen werden; denn eine solche Ueberweisung gebe kein anderes Recht, als der Exequendus selbst hat. (Entsch. Bd. 20. S. 173.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 259. h. t.

§. 259. 1) Der §. 259. setzt eine an sich gültige Anweisung voraus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Dec. 1839. (Präj. Nr. 784.) (Präj. Samml. S. 90.)

2) Der Assignat, welcher eine mündliche Anweisung über mehr als 50 Thaler schriftlich angenommen hat, kann dem Assignatar den Einwand der mangelhaften Form der Anweisung nicht entgegensetzen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juli 1851.

Die Bestimmungen der §§. 253., 257., 274., 275. h. t. ändern sich durch die in gültiger Form erklärte Annahme der Anweisung; damit tritt der Assignat zu dem Assignatar in ein durch die Anweisung selbst nicht mehr absolut bedingtes Rechtsverhältniß. Daher muß er dem Assignatar Zahlung leisten, selbst wenn er dem Assignanten zu nichts verpflichtet wäre (§. 259.); er haftet dem Assignatar nunmehr nicht aus der Anweisung, denn diese gab Letzterem ihm gegenüber keine Rechte, sondern aus der Annahme derselben, die für ihn einen selbstständigen Verpflichtungsgrund enthält; wie er hiernach aus der Anweisung überhaupt Einwendungen, die er gegen den Assignanten hatte, dem Assignatar gegenüber nicht mehr geltend machen kann, so auch nicht den Einwand der der Anweisung fehlenden Schriftform, welcher ihm ebenfalls nur gegen den Assignanten zugestanden hätte.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 45—48 Nr. 10.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 251. u. 259. h. t.

§§. 259. 260. 283. 1) Der nichtschuldnerische Assignat muß kraft seines Akcepts selbst dann zahlen, wenn über das Vermögen des Ausstellers (Assignanten) vor eingetretenem Verfalltage Konkurs entstanden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Sept. 1848, weil die Vorschrift, daß in diesem Falle auch auf eine schon akceptirte Anweisung nicht Zahlung geleistet werden darf (A. G. O. I. 50. §. 40., vergl. §. 1295. A. L. R. II. 8.), nur Anwendung finde, wenn der Assignat Schuldner des Assignanten ist. (Entsch. Bd. 17. S. 356.)

2) Der Assignatar, welcher den Betrag der akceptirten, aber zur Verfallzeit nicht bezahlten, Anweisung in dem über das Vermögen des Assignanten eröffneten Konkurse liquidirt, verliert dadurch nicht das Recht, den Assignaten auf Zahlung zu belangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1849, indem die Vorschriften des A. L. R. II. 8. §. 1295. und A. G. O. I. 50. §. 40. den Fall betreffen, wenn der Assignat Schuldner des Assignanten und die Anweisung von dem Letztern Behufs der Einziehung der Forderung ertheilt worden ist.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 31 ff. Nr. 8.)

§§. 259. 283. Der Assignat, der eine Anweisung akceptirt hat, kann dem klagenden Assignatar die Legitimation nicht schon auf Grund der Behauptung bestreiten, daß derselbe die angewiesene Summe für den Assignaten einziehe.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. April 1850. (Präj. Nr. 2198.)

Nach §. 259. hat das Akcept dem Assignatar gegenüber die Wirkung, daß der Assignat Zahlung leisten muß, ohne daß darauf etwas ankommen kann, ob der Assignant auch die angewiesene Summe von dem Assignaten zu fordern habe. Die Anweisung selbst legitimirt zugleich den darin benannten Assignatar zur Einziehung der verschriebenen Summe. Diese Bestimmung liegt klar in dem §. 251., mag der Assignatar über den Betrag disponiren, wie er will. Indem er aus dem Akcept des Assignaten die verschriebene Summe fordert, erhebt er dieselbe für eigene Rechnung, wie dies der §. 251. bestimmt. Es kann also mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§. 283. ff. in der Regel der Einwand nicht durchgreifen, daß er dies bloß im Auftrage des Assignanten thue.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 30, Entsch. Bd. 20. S. 181.)

§. 260. Die Beauftragungsklage wird schon durch die Anweisung und deren Einlösung begründet; denn die Annahme einer Anweisung begründet keine Vermuthung für ein Schuldverhältniß. Es ist mithin Sache des Ausstellers der Anweisung, gegen die Klage des Beauftragten den Einwand, daß der Assignat sein Schuldner auf den bezahlten Betrag gewesen sei, oder daß derselbe vollständige Deckung von ihm erhalten habe, zu beweisen.

Vergl. die Gründe des Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 11. Mai 1846. (Präj. Nr. 1745.)
(Präj. Samml. S. 199, Entsch. Bd. 13. S. 75.)

Der Assignat kann in solchem Falle auch schon vor bewirkter Zahlung Befreiung von der durch das Akcept übernommenen Verbindlichkeit und eventuell Deckung von dem Aussteller fordern (§§. 78., 82. A. L. R. I. 13.).

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 6. Sept. 1847.
(Entsch. Bd. 15. S. 354.)

§. 262. Wenn der Käufer zur Berichtigung seines Kaufpreises von seinem Schuldner einen wenngleich auch nur mit einem blanco-giro versehenen Wechsel annimmt und dagegen Quittung leistet, so liegt hierin eine Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt, und kann der Käufer daher bei nicht erhaltener Befriedigung aus dem Wechsel seinen früheren Schuldner aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse nicht mehr in Anspruch nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 187. Nr. 37.)

§§. 264—267. Anweisungen mit Delegation.

§. 267. 1) Bornemann ist der Meinung, daß die im §. 267. verordnete gleichzeitige Rückgabe des Instrumentes ein Superfluum sei, da das Instrument von selbst seine Kraft verliere, sobald unter den obwaltenden Umständen über die Forderung quittirt worden. Das Wort »und« sei hier daher nicht kopulativ, sondern alternativ gebraucht. (System Bd. 3. S. 619, 2. Ausg. Bd. 3. S. 362 Anm. 2.)

Derselben Ansicht ist Gräff. (Kreditges. Bd. 4. S. 130.)

Koch ist entgegengesetzter Meinung, weil die Quittung kein modus tollendi obligationem, sondern ein Beweisstück sei, mithin das Instrument durch die Quittung noch nicht seine Kraft verliere. Quittung und Rückgabe des Instrumentes müßten daher zusammentreffen, um die Wirkung des §. 267. zu haben.
(Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 237 ff., Landr. Bd. 2. Anm. 16. zum §. 267. h. t.)

2) Die Anwendbarkeit des §. 267. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Instrument über die Forderung, in Betreff deren Quittung ertheilt ist, nicht existirt, und deshalb ein solches auch nicht zurückgegeben ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 187 Nr. 37.)

Denselben Grundsatz hat der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Jan. 1852. angenommen.
(Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 25. Nr. 6.)

§§. 268—274. Bekanntmachung der geschehenen Assignation.

§. 268. Ueber den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer im Wege der Exekution ertheilten Anweisung vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 16. Dec. 1847 (Präj. Nr. 1959.) in den Erg. zu den §§. 2—4. des Gesetzes v. 4. Juli 1822 (zur A. G. O. I. 24. §§. 101. sqq.)

§§. 277—279. Pflichten des Assignatarii wegen Einziehung der angewiesenen Sache oder Summe.

§. 277. 1) Verliert der Assignatar den Regreß an den Assignanten, wenn er die Vorschrift des §. 277. nicht beachtet, und sich nicht hat angelegen sein lassen, die angewiesene Summe binnen vierzehn Tagen einzuziehen?

a) Bejahet von dem Kammerger. in dem Erk. v. 9. Juli 1825, weil hier der §. 290. h. t. Anwendung finde.

(J. W. 1837 S. 545 ff.)

Derselben Ansicht ist Bielitz. (Komm. Bd. 3. S. 637.)

b) Dagegen verneinen die Gesetzrevisoren, welche annehmen, daß der Assignatar, welcher die vierzehntägige Frist verstreichen läßt, ohne sich bei dem Assignaten zu melden, nur den Nachtheil zu tragen habe, den seine Versäumniß herbeiführt, wie dies auch rücksichtlich kaufmännischer Assignationen ausgesprochen sei (A. L. R. II. 8. §§. 1277., 1281.). Wie die Folgen dieser Versäumniß sich im einzelnen Falle gestalten, lasse sich nicht im Voraus bestimmen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 129.)

Dieser Ansicht sind auch: Bornemann (System Bd. 3. S. 638, 2. Ausg. Bd. 3. S. 374) und Koch (Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 245., Landr. Bd. 2. Anm. 22. zum §. 277. h. t.).

Der IV. Sen. des Ob. Trib. nimmt gleichfalls in dem Erk. v. 1. Juli 1854 an, daß der Assignatar dadurch allein, daß er verabsäumt, die angewiesene Forderung binnen vierzehn Tagen nach angenommener Anweisung einzuziehen, noch nicht seinen Regreß an den Assignanten verliert. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 109 Nr. 29.)

2) Binnen welcher Frist muß die Anweisung einer Forderung realisirt werden, welche erst nach vorgängiger Kündignng zahlbar ist?

a) Bielitz will nach Analogie des §. 435. A. L. R. I. 11. eine dreimonatliche Frist gestattet wissen. (Komm. Bd. 3. S. 637.)

b) Bornemann nimmt an, daß in solchem Falle dem Assignaten Vollmacht ertheilt werden müsse, wenn diesem die Kündigung obliegen soll, und daß nach deren Inhalt seine Pflichten zu beurtheilen, wogegen ohne solche Vollmacht die Anweisung unvollständig und ungenügend sei. (System Bd. 3. S. 637, 2. Ausg. Bd. 3. S. 373.)

c) Der Aufsatz in der J. Z. 1836 S. 227 sucht die Ansicht Bornemann's zu widerlegen, ausführend, daß eben in Assignation die Vollmacht liege.

d) Koch nimmt an, daß auf Kündigung stehende Forderungen binnen vierzehn Tagen nach der sofort zu bewirkenden Vorzeigung der Anweisung gekündigt und binnen vierzehn Tagen nach Ablauf der Kündigung eingeklagt werden müssen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 23. zum §. 279. h. t.)

Vergl. Koch, die Lehre vom Uebergange der Ford. S. 247.

§§. 280—291. Rechte und Pflichten des Assignatarii bei nicht erfolgter Annahme oder Zahlung.

§§. 280—284. 287. 288. Ist der Assignatar, wenn er einmal auf den Anweisenden zurückgegangen ist, berechtigt, diesen Weg wieder zu verlassen und den Assignaten aus dessen Annahme zu belangen?

a) Das Ob. Trib. hat dies in dem Erk. v. 24. April 1827 verneint und angenommen, daß ein Assignatar, welcher bei unterbliebener Zahlung aus einer akzeptirten Anweisung seine Rechte gegen den Assignaten nicht verfolgt, sondern auf den Assignanten zurückgeht, sich auch nur an diesen Letzteren halten, und nur dieser wieder an den Assignaten regressiren kann.

Aus §. 284. erhellt, daß in dem Falle, da der Assignatar bei verweigerter Honorirung einer akzeptirten Anweisung sofort auf den Anweisenden zurückgeht, dasselbe gelten soll, was bei verweigerter Annahme Rechtens ist. Daraus folgt von selbst, daß sich in diesem Falle jede Verbindung und jedes Verhältniß zwischen dem Assignatar und Assignaten auflöst, und sonach der Erstere es nur wieder mit dem Anweisenden zu thun hat. Der Assignatar darf zwar, wenn er auf den Anweisenden zurückgeht, die angewiesene Summe zugleich gegen den Assignaten einklagen; in Gemäßheit des §. 281. kann er aber die Klage nicht proprio nomine, sondern allein im Namen des Anweisenden ex mandato praesumto anstellen; er kann mit anderen Worten nicht mehr aus der Akzeptation, sondern nur aus dem Rechte des Anweisenden ein Klagerecht herleiten. In Uebereinstimmung hiermit gestattet auch das Gesetz ein Abgehen von der einmal gewählten Alternative bloß in dem Falle, wenn der Assignatar ex acceptatione gegen den Assignaten Klage erhoben hat. Im umgekehrten Falle ist ihm dagegen das Zurückgehen auf den Assignaten keinesweges freigestellt, wiewohl der Gesetzgeber, wenn er hier wie dort ein beliebiges Zurücktreten von dem einmal gewählten Wege hätten gestatten wollen, dies gewiß ausdrücklich bestimmt haben würde. (Simon's R. Bd. 1. S. 45.)

b) Bornemann tritt dieser Entscheidung bei.

(System Bd. 3. S. 640 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 376 ff.)

c) Die Gesetzrevisoren sind indeß entgegengesetzter Ansicht, da es für den Assignaten ein gleichgültiger Umstand (eine res inter alios acta) sei, wenn auch der Assignatar von dem Anweisenden seine Befriedigung zu erlangen versucht habe. So lange der Assignat seinerseits nicht Zahlung geleistet und der Assignatar nicht anderweit befriedigt sei, bleibe das Klagerecht aus der Anweisung bestehen. Genug, daß der Assignat als Schuldner dastehe und als solcher höchstens einen Einwand wegen Mangels an der Legitimation haben könne, wenn der Anweisende und der Angewiesene unter sich streiten sollten, an wen die Zahlung zu leisten. Seien aber diese unter sich einverstanden, so könne der Assignat niemals entgegnen, der Angewiesene habe von dem Anweisenden Zahlung zu erlangen gesucht.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 130.)

d) Koch hält die Entscheidung des Ob. Trib. zwar für richtig, ficht indeß deren Begründung an, indem er als den eigentlichen Grund hervorhebt, daß ein solcher Assignatar durch Zurückweisung des Auftrages aufhöre, Beauftragter zu sein, so daß er nur noch, wenn er will, als bloßer negotiorum gestor des gewesenen Mandanten so lange handeln könne, bis dem gewesenen Machtgeber möglich, selbst die weiteren Verfügungen zu treffen.

(Lehre vom Uebergange der Ford. S. 255.)

Im Komm. zum A. L. R. (Bd. 2. Anm. 26. zum §. 282. h. t.) bemerkt derselbe indeß:

Mißlingt der Versuch, mittelst der Anweisung die Schuld an den Assignatarius zu tilgen, so besteht die Forderung des Assignatarius unverändert fort. Von selbst versteht sich, daß der Assignatarius, welcher auf sein Schuldverhältniß gegen den Assignanten zurückgeht, die Assignation, mag sie akzeptirt sein oder nicht, zurückgeben muß, wodurch die Frage: ob er später wieder auf den Akzeptanten zurückgehen könne, von selbst abgeschnitten ist. Der Fall kann in richtiger Weise nicht vorkommen. Hat der Assignant dem Assignatarius auf Verlangen die Assignation wieder ausgehändigt, so ist dies ein anderer Fall. Dadurch wird die Anweisung erneuert und in ihre vorige Kraft gesetzt. Der Assignat hat kein Recht, aus dem Verhältniß zwischen dem Assignanten und dem Assignatar einen Einwand für sich herzunehmen; dieses Verhältniß ist ein negotium inter alios actum für ihn. Der in der Entsch. des Ob. Trib. v. 24. April 1827 ausgesprochene Satz ist deshalb unrichtig.

§§. 280. 283. Der Inhaber einer gewöhnlichen Anweisung kann seinen Rückgriff nur gegen seinen unmittelbaren Vormann nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Okt. 1850.

Wenn auch der Frage: ob der spätere Inhaber einer gewöhnlichen, unbezahlt gebliebenen Assignation den Rückgriff nur an seinen unmittelbaren Vormann, oder auch mit dessen Uebergehung an den Aussteller zu nehmen befugt ist, — in früheren Fällen eine verschiedene Beurtheilung zu Theil geworden ist, so kann doch deren Beantwortung jetzt nach dem Pl. Beschl. v. 5. Sept. 1849[1]) dahin keinem Zweifel unterliegen, daß der Rückgriff nur an den unmittelbaren Vormann, und nicht, mit dessen Umgehung, an den Aussteller zulässig ist. In den Motiven jenes Pl. Beschl. wird nämlich ausgeführt:

---

[1]) Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Sept. 1849 (Präj. Nr. 2143) lautet: »Der Indossatar einer vom Assignaten nicht angenommenen oder nicht bezahlten kaufmännischen Anweisung ist auf Grund derselben gegen den Aussteller unmittelbar auf Zahlung der in der Assignation verschriebenen Summe zu klagen berechtigt.«

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 64, Entsch. Bd. 18. S. 59.)

Bei kaufmännischen Anweisungen lasse der §. 1303. A. L. R. II. 8. dem Inhaber der Assignation die Wahl, den Regreß an den unmittelbaren Vormann oder an den Aussteller zu nehmen; für die gewöhnlichen Assignationen mangele es an einer solchen Vorschrift; dies habe einen inneren Grund. Auf gewöhnliche Anweisungen sei der für kaufmännische Anweisungen ausdrücklich anerkannte Grundsatz nicht zu beziehen, weil die Natur des ganzen rechtlichen Verhältnisses die Ausdehnung desselben auf die gewöhnlichen Anweisungen ohne weiteres nicht gestatte. Bei Letzteren könne der Regreß nur von Vormann zu Vormann bis auf den Aussteller hin geltend gemacht werden. Die in der Ausstellung der Anweisung und einer jeden weiteren Uebertragung derselben hervortretenden einzelnen Mandate seien genau von einander zu sondern, und jedes Einzelne derselben auf das ihm zum Grunde liegende Rechtsgeschäft zurückzuführen. Aus diesem allein lasse sich das durch die Mandatsform nur getragene obligatorische Verhältniß zwischen jedem einzelnen Assignanten und Assignatar nachweisen, und in diesem Verhältnisse sei der einzige Rechtsgrund für den Regreß zu finden. Die in einer weiter übertragenen Anweisung enthaltenen einzelnen Anweisungen ständen nur äußerlich in Verbindung mit einander. Die Grundsätze über Cessionen ließen sich nicht ohne weiteres hier anwenden. Eine Obligation, eine Forderung, die vom ersten Assignanten als Cedenten, auf den ersten Assignatar, als Cessionar, übertragen werde und die den Gegenstand der weiteren Veräußerung bilde, sei nicht vorhanden. Sei der Assignat Schuldner des Assignanten, und solle die Forderung des Letzteren an den Ersteren abgetreten werden, dann genüge die bloße Anweisung zu einem solchen Rechtsgeschäfte nicht; es müsse der Assignation eine besondere Cession hinzutreten. Finde in einem solchen Falle ein Regreß statt, dann sei er nicht aus der Anweisung, sondern aus der Cession geltend zu machen. Für das letztere Rechtsverhältniß träten dann andere Grundsätze ein, als sie aus der Anweisung allein sich ableiten ließen. Auch in der Stellung des Assignaten zum Assignatar und dessen Nachfolgern lasse sich für den Regreß kein besonderer rechtlicher Anhalt finden. Der Assignat übernehme allerdings durch die Annahme der Anweisung eine unbedingte Verpflichtung zur Bezahlung der Assignation an den Assignatar und die späteren Inhaber derselben. Das rechtliche Verhältniß des Assignaten zum Assignanten sei für diese aus dem Akcepte entspringende Verpflichtung des Assignaten gegen den Assignatar demnächst nicht weiter maßgebend. Der Assignat müsse dem Assignatar Zahlung leisten. Durch die Annahme der Assignation werde ein selbstständiges persönliches Schuldverhältniß zwischen dem Assignaten als dem Schuldner, und dem Assignatar als dem Gläubiger geschaffen. Dieses Recht des Assignatars lasse sich als Objekt der Cession auffassen. Für den Regreß des Inhabers der Anweisung an seine Vormänner sei dieses rechtliche Verhältniß jedoch nicht von Einfluß. Der Inhaber sei nicht verpflichtet, den Assignaten zuvor in Anspruch zu nehmen, bevor er auf die Vormänner zurückgehen dürfe; er habe die Wahl, das eine oder das andere Recht auszuüben. Bei der Regreßnahme fänden deshalb ohne Rücksicht auf das Recht des Inhabers gegen den Assignaten nur die allgemeinen aus der Natur des Anweisungsgeschäfts herzuleitenden Grundsätze Anwendung. Nach diesem sei die Ausübung des Regresses bei gewöhnlichen, nicht mehr in der ersten Hand befindlichen Anweisungen nur von dem Inhaber an den unmittelbaren Vormann, und in dieser Weise weiterhin zurück bis auf den Aussteller gestattet, auch in Ermangelung einer ausdrücklichen entgegengesetzten Bestimmung nur in der Art möglich.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 77 Nr. 17.)

§§. 282. 283. Durch die bloße Uebertragung einer nicht kaufmännischen Anweisung geht das Recht des Assignatars, im Falle der Nichtannahme oder Nichtzahlung von Seiten des Assignaten, diejenige Forderung, zu deren Deckung die Anweisung bestimmt war, gegen den Anweisenden geltend zu machen, nicht auf den Erwerber der Anweisung über; dieser hat vielmehr den Regreß an den Uebertragenden zu nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1851. (Präj. Nr 2283.)

Durch die Cession der Anweisung ist nicht ohne Weiteres auch der Uebergang der ursprünglichen Forderung begründet. Jede Begebung einer Assignation enthält wieder eine Anweisung und zugleich die Cession der Rechte, die dem Cedenten aus der cedirten Anweisung, also gegen den Assignaten, wenn dieser angenommen hat, zustehen. Der Regreß findet hiernach von Vormann zu Vormann statt, und das Objekt dieses Regresses bestimmt sich durch das zwischen diesen Interessenten obwaltende Rechtsverhältniß. Der Cessionar hat seinem Cedenten gegenüber eine Stellung, die dem Aussteller der Assignation gegenüber nicht vorhanden ist. Wenn auch die §§. 282., 383. d. T. des Rückgriffs auf die ursprüngliche Schuld als eines dem Assignatar zustehenden Rechts gedenken, so folgt daraus doch nicht, daß dies Recht zu den rechtlichen Wirkungen oder Folgen der Anweisung selbst gehört, da es vielmehr außerhalb derselben liegt. Darum kann dieses Recht nicht mit für übertragen gelten. Dies zeigt sich schon klar aus dem Umstande, daß der Regel nach die Anweisung über das Objekt der zu tilgenden Schuld nicht einmal Auskunft ertheilt, der Cessionar also zur Geltendmachung derselben ohne Konkurrenz des ersten Assignatars nicht in den Stand gesetzt ist. Will der Cessionarius der Anweisung auch noch diese Forderung erwerben, so muß er sich solche besonders cediren lassen. Ist dies nicht geschehen, die Anweisung aber nicht gezahlt, ja nicht einmal angenommen, so bleibt die ursprüngliche Forderung zur Verfügung des Assignatars, kann also auch von ihm auf Andere, namentlich vermittelst richterlicher Ueberweisung in der Exekutions-Instanz übergehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 30, Entsch. Bd. 20. S. 185.)

§. 283. Ist eine akceptirte Anweisung weiter übertragen, so hat der neue Erwerber rücksichtlich der Einziehung dieselben Rechte, welche dem ursprünglichen Assignatar zustehen; er ist daher nicht verpflichtet, die angewiesene Summe im Wege des Prozesses von dem Assignaten einzuziehen, sondern kann, wenn dieser nicht zahlte, sofort seinen Autor aus dem zwischen ihm und demselben obwaltenden Schuldverhältniß in Anspruch nehmen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Aug. 1847. (Präj. Nr. 1901.)

Eine Anweisung ist an und für sich nur ein Auftrag des Anweisenden an den Assignatar, etwas für ihn bei dem Assignaten zu erheben (§. 251.). Die Annahme des Assignaten giebt dem Assignatar ein selbstständiges Klagerecht gegen diesen (§. 259.); dies Recht ist aber in seiner Ausübung, so viel das Verhältniß zwischen Assignanten und Assignatar betrifft, rein fakultativ (§§. 283.–287.) Wird nun das Recht des Assignatars von diesem einem Dritten übertragen, so geht es auf Letzteren in demselben Umfange über, als es dem Uebertragenden zustand. So wenig der Letztere gezwungen war, sich in einen Prozeß mit dem Assignaten einzulassen, eben so wenig ist der Cessionar desselben hierzu verpflichtet. In Ansehung der gegen den Assignaten anzustellenden Klage sind also die allgemeinen Grundsätze von Cessionen durch die Natur des übertragenen Rechtsverhältnisses selbst in sofern ausgeschlossen, daß dem Cessionar hier vor der Regreßnahme an seinen Autor nicht die Anstellung einer Klage aufgedrungen werden kann, zu welcher ihm überhaupt eine Verpflichtung nicht obliegt. (Präj. Samml. S. 61, Entsch. Bd. 15. S. 155.)

§§. 289. 290. Zieht eine bewilligte Nachsicht den Verlust des Regresses des Assignatars an den Anweisenden immer ohne Weiteres nach sich, oder steht dem Assignatar der Nachweis frei, daß die Forderung auch ohne die Nachsicht verloren gegangen sein würde?

Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 641) und Grävell (Kreditges. Bd. 4. S. 135) behaupten Letzteres, weil gegen einen Bevollmächtigten, welcher von der ertheilten Vorschrift abweicht, bloß die Vermuthung eintrete, daß der sich ergebende Schade durch die Abweichung verursacht worden sei (§. 52. A. L. R. I. 13.).

Bornemann nimmt Ersteres an, weil die unbedingt gefaßten Worte der §§. 289., 290. jener Ansicht entgegenständen.

(System Bd. 3. S. 644, 2. Ausg. Bd. 3. S. 377.)

Auch die Gesetzrevisoren führen aus, daß die Worte des Gesetzes der letzteren Alternative entgegenstehen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 131.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Lehre vom Uebergange der Ford. S. 250.)

§. 293. In der Zeile 3. muß es statt: »Assignaten« heißen: »Assignanten«.

(R. v. 5. Mai 1834 u. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 30 u. Bd. 12. S. 3.)

§§. 295. 296. Von mehreren Anweisungen.

§§. 295. 296. 1) Bornemann sucht aus den Materialien zu beweisen, daß die Redaktoren in diesen §§. den Fall vor Augen gehabt, da der Inhaber einer individuell bestimmten Sache von seinem Autor angewiesen wird, die Detention im Namen des Assignaten fortzusetzen.

(System Bd. 3. S. 635, 2. Ausg. Bd. 3. S. 372.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken dagegen, daß der §. 295. denselben Fehler begehe, der in den §§. 86—89. A. L. R. I. 13. vorkomme, nämlich einen Kollisionsfall aufstelle, der unter mehreren persönlichen Ansprüchen nicht vorkommen könne. Mehrere auf denselben Gegenstand Angewiesene erlangten durch die Annahme Jeder für sich ein Klagerecht gegen den Assignaten, und ihre Ansprüche kämen erst dann in Kollision, wenn der Verpflichtete unfähig werde, alle an ihn gemachten Ansprüche zu befriedigen, also in Konkurs gerathe. Bis dahin verfolge jeder Berechtigte für sich seinen Anspruch.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 132.)

3) Koch erinnert gegen die Ansicht sub 1., daß die Bestimmung sich überhaupt nur auf Geldforderungen beziehe; gegen die sub 2.,

daß die Bestimmung eben dann von Wichtigkeit sei, wenn der Schuldner nicht ausreichende Mittel habe; denn der Assignatar trete in Ansehung der angewiesenen Forderung ganz in die Rechte des Assignanten und diese Forderung könne ein solches Vorrecht haben, daß sie völlig bezahlt werde, während die übrigen Assignatarien mit ihren Ansprüchen ex acceptatione leer ausgingen. Es werde durch den §. 295. die gemeinrechtliche Kontroverse entschieden, ob, wenn ein und dasselbe Nomen verschiedenen Gläubigern assignirt worden und bei dessen Einziehung eine Konkurrenz derselben eintrat, der Erste oder der Letzte den Vorzug habe. (Lehre vom Uebergang der Ford. S. 277 ff.)

§. 297. Von kaufmännischen Assignationen.

Der §. 297. ist aufgehoben durch den §. 9. des Einführ. G. v. 15. Febr. 1850 zur A. D. W. O. (G. S. 1850 S. 55.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 8. Absch. 8.

§§. 298. 299. Von Anweisungen, die nicht zur Bezahlung einer Schuld gegeben worden sind.

§. 298. Die Akceptation und Zahlung einer Anweisung durch den Assignaten begründet keine Vermuthung dafür, daß derselbe dem Anweisenden auf Höhe der verschriebenen Summe verhaftet gewesen oder von ihm Deckung erhalten habe, weshalb der in Anspruch genommene Anweisende seinen diesfälligen Einwand zu beweisen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Mai 1851 auf Grund des §. 298.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 385 Nr. 83.)

Sechster Abschnitt.

Von der Kompensation.

Köchling, Beitrag zur Lehre von der Kompensation nach gemeinem und nach Preuß. Rechte. (Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 146 ff., 210 ff.)

Dorguth, über den Einwand der Kompensation und über die Rekonvention in eodem processu. (Jahrb. Bd. 36. S. 225 ff., Bd. 24. S. 201.)

§§. 300. 301. Begriff.

1) Wird die Kompensation durch das bloße Zusammentreffen gegenseitiger Forderungen bewirkt, oder bedarf es dazu eines Willensaktes?

Letzteres nehmen an:

a) das Ob. Trib. in den Motiven des Pl. Beschl. v. 8. April 1839.

Bei der Kompensation stehen wechselseitige Forderungen einander gegenüber; sie erfordert keinen Vertrag, sondern entspringt als ein in seiner Wirkung durch die Ausübung bedingtes Recht aus dem Gesetz. Jeder der beiden Gläubiger kann einseitig gegen den anderen abrechnen; macht einer von beiden gegen den Anderen von diesem Rechte Gebrauch, so tritt mit der erklärten Abrechnung die Kompensation als wirksam ein. Der verklagte Schuldner erscheint in dem Prozesse als der zur Ausübung der Kompensationsbefugniß Berechtigte; der klagende Gläubiger als der zur Anerkennung dieses Rechts Verpflichtete. Die Abrechnung äußert sich als Tilgung einer Schuld.

(Entsch. Bd. 4. S. 208.)

b) Das Justizmin. in dem R. v. 3. Aug. 1840.

Es beruht auf einem Mißverständnisse des Grundsatzes, daß die Kompensation ipso jure eintritt, wenn daraus gefolgert wird, daß sie ohne Zuthun der Partei erfolge. Die Kompensation ist ein Recht, von dem man Gebrauch machen kann, aber nicht muß. Damit stimmt die Definition im §. 308. überein, wonach die Kompensation durch gegenseitige Abrechnung geschieht. Erst wenn diese Anrechnung erfolgt ist, wird die Wirkung auf die Zeit der Entstehung zurückerstreckt. Erfolgt eine solche gegenseitige Anrechnung nicht, so kann auch keine Erlöschung angenommen werden. (J. M. Bl. 1840 S. 290.)

c) Koch, theils auf Grund der Definition der Kompensation im §. 300. als Anrechnung, theils wegen der Gleichstellung mit der Zahlung, die auch nicht ohne Wissen und Willen des Schuldners erfolgen könne. Dagegen trete ihre Wirkung wie die der Zahlung ipso jure ein, und werde zurückbezogen auf den Anfang der Koexistenz der beiden aufgerechneten Forderungen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 633—635, 682.)

d) Bornemann, welcher folgert, daß der Richter auf den Einwand der Kompensation nur Rücksicht nehmen könne, wenn derselbe gemacht wird. (System Bd. 3. S. 379.)

2) Die Wirkung der Kompensation wird zwar durch deren Ausübung bedingt; allein im Falle der Ausübung erstreckt sie sich nothwendig auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung zurück.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 2 Nr. 2.)

3) Wenn der Einwand der Kompensation an sich begründet ist, so muß der Richter denselben auch dann für durchgreifend erachten, wenn nicht dieser, sondern der Einwand der Verrechnung gemacht worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. März 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 278 Nr. 70.)

§. 301. 1) Die Vorschrift, daß ein über zehn Jahre hinausgehender Zinsrückstand nicht ferner verlangt werden kann (A. L. R. I. 11. §. 849.), findet in Kompensationsfällen keine Anwendung.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(J. W. 1836 S. 721.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 849. Zus. 5.

2) Wenn der Cessionar in dem Prozesse wider den debitor cessus verurtheilt wird, sich die Abrechnung einer Gegenforderung des debitor cessus an den Cedenten gefallen zu lassen, so gilt dies einer von ihm für den Cedenten geleisteten Zahlung gleich; und der Cedent muß ihm, in soweit die cedirte Forderung solchergestalt durch Kompensation getilgt wird, Ersatz leisten, wenn ihm auch bei der Cession die Gewährleistung für die Richtigkeit und Güte der cedirten Forderung erlassen worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Aug. 1845.

(Entsch. Bd. 12. S. 238.)

§§. 302. sqq. Was für Forderungen kompensirt werden können.

Ueber die Kompensationsbefugniß des Bevollmächtigten und des Pfandgläubigers spricht das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 15. April 1856 folgende Grundsätze aus:

a) Der Bevollmächtigte ist berechtigt, nach ausgeführtem Auftrage auf die vermöge desselben in seine Hände gekommenen Gelder des Machtgebers seine auch nicht aus dem Auftrage entsprungenen, an sich jedoch zur Kompensation geeigneten Forderungen an den Letzteren im Wege der Kompensation in Abrechnung zu bringen.

b) Der vorstehende Grundsatz kommt auch hinsichtlich des Ueberschusses des Erlöses des Pfandstückes und der anderweitigen Forderungen des Pfandgläubigers zur Anwendung, wenn dieser das Pfand im Auftrage des Schuldners veräußert hat. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 79 Nr. 21.)

§§. 302. 308. Ein Erbschaftsgläubiger ist befugt, das Kaufgeld, welches er für die vor eröffnetem Liquidationsprozesse, auf den Antrag des Benefizialerben verkauften, zum Nachlaß gehörigen Grundstücke schuldig geworden, mit seinen an den Erblasser habenden Forderungen zu kompensiren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1837. (Präj. Nr. 397.) (Präj. Samml. S. 90.)

§. 308. Hat Jemand von einem überlebenden Ehegatten dessen ideelle Hälfte eines zur gemeinschaftlichen Masse gehörigen Grundstücks vor der Theilung gekauft und ersteht er dasselbe bei der darauf der Theilung halber erfolgten Subhastation, so darf er das dem Verkäufer gezahlte Kaufgeld gegen das schuldige Meistgebot, nach Verhältniß des bei der Auseinandersetzung sich ergebenden Antheils des Ersteren kompensiren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1851 auf Grund des §. 308.

(Entsch. Bd. 22. S. 251, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 190 Nr. 41.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. S. 449 Anm. 9.

§§. 308. 312. Wenn der Gläubiger des Erblassers mit dem in dem Besitze der Masse verbliebenen Benefizialerben in Bezug auf den Nachlaß, vor oder nach eröffnetem Liquidationsprozesse, eine Schuld kontrahirt hat, so findet, da dieselben Personen sich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, die Kompensation in der Regel statt. Es fragt sich aber: ob der Erbschaftsgläubiger, welcher solchergestalt kompensiren will, verpflichtet ist, der Nachlaßmasse auf den Fall, daß diese zur Tilgung der Erbschaftsschulden ganz oder zum Theil nicht hinreichen sollte, eine Kaution wegen Wiedererstattung zu bestellen?

Es bejahen der Justr. Sen. des Kammerger. und das Ob. Trib. in den Erk. aus den J. 1806 u. 1807 auf Grund des §. 312. h. t., wogegen der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. in derselben Sache verneint hat. (Mathis Bd. 6. S. 407 Nr. 9.)

Bornemann tritt der verneinenden Ansicht bei, indem er annimmt, daß der §. 312. hier nicht anwendbar sei, sondern ein ganz anderes, als das darin gedachte Verhältniß vorliege, und daß vielmehr der §. 317. maßgebend sei.

(System Bd. 3. S. 648, 2. Ausg. Bd. 3. S. 380.)

Koch bemerkt:

Die Frage, ob ein Erbschaftsgläubiger, wenn der Erbe cum beneficio angetreten hat, auf dasjenige, was er der Nachlaßmasse schuldig geworden, seine Forderung ohne Sicherheitsbestellung kompensiren könne, beruht auf der unrichtigen Vorstellung, als ob die Nachlaßmasse ein Subjekt von Rechten sei, welches kontrahiren könne. Entweder kontrahirt für die Masse der Benefizialerbe, und dann ist die Frage so zu stellen: ob ein Erbschaftsgläubiger, der mit dem Benefizialerben in Beziehung auf einzelne Erbschaftsstücke kontrahirt, und dadurch Schuldner wird, seine Forderung kompensiren könne. Diese Frage ist entschieden zu bejahen. Oder aber es hat der Benefizialerbe sich der Verwaltung der Masse begeben; alsdann sind die Gläubiger Kontrahenten und klagen aus ihrem Kontrakte, woraus dann folgt, daß auf ihre Forderung keine Forderung an den Erblasser kompensirt werden kann.

(Recht der Forder. Bd. 3. S. 643.)

§§. 313—316. Von cedirten und angewiesenen Forderungen.

Zur Lehre von der Kompensation bei Cessionen. Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 384 ff.

§. 313. 1) Gegen eine cedirte Forderung kann der Schuldner nur diejenigen, ihm an den Cedenten zustehenden, Wechselregreßansprüche kompensiren, deren Zahlung er bereits zu der Zeit fordern durfte, wo ihm die Cession bekannt gemacht wurde; nicht aber erwächst das Kompensationsrecht mit dem Tage der Ausstellung des Wechsels oder des Giro.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. April 1842 (Präj. Nr. 1141. c.), weil durch den §. 313. h. t. keineswegs diejenigen Erforderniße beseitigt werden, welche allgemein für jede Kompensation gelten, mithin die §§. 343., 347. h. t. zur Anwendung kommen. (Präj. Samml. S. 90, Entsch. Bd. 7. S. 354 ff.)

Vergl. das Präj. der IV. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammergerichts v. 12. Febr. 1850 in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 407. u. 408.

2) Gegenforderungen, welche mit der cedirten Forderung aus demselben Geschäfte herrühren, können im Wege der Kompensation in Abrechnung gebracht werden, wenn sie auch erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden sind. Insbesondere ist der Cessionar einer dem Käufer aus einem Kaufkontrakte zustehenden Forderung verpflichtet, sich die Zinsen rückständiger Kaufgelder, wenn sie auch erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden, in Abrechnung bringen zu lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1850. (Präj. Nr. 2275.)

Hat nach §. 402. A. L. R. I. 11. der Cessionar durch die Cession das Recht des Käufers aus einem Kaufkontrakte erworben, so tritt er auch in die damit verbundenen Pflichten des Käufers, und eben so, wie der Verkäufer berechtigt sein würde, die Zinsen rückständiger Kaufgelder, wenn sie auch erst später fällig geworden, den aus dem Kaufkontrakte hergeleiteten Forderungen des Käufers compensando entgegen zu stellen, eben so muß sich der Cessionar des Käufers die Kompensation solcher Gegenforderungen gefallen lassen. Dies entspricht auch den allgemeinen Vorschriften der §§. 407., 408. A. L. R. I. 11. Diese Grundsätze sind besonders wichtig bei der Cession von Forderungen aus lästigen Verträgen, welche nur in der Art für statthaft erachtet werden kann, daß der Cessionar gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeiten des Cedenten die Erfüllung des Vertrages von Seiten des anderen Kontrahenten zu verlangen befugt ist. (Vergl. Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846[1]), Entsch. Bd. 12. S. 10 ff.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 30, Entsch. Bd. 20. S. 190.)

3) Ueber die vorstehenden Präj. (Zus. 1. u. 2.) vergl. die Erörter. in der Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 388 ff.

[1]) Vergl. den Pl. Beschl. v. 16. Jan. 1846 (Präj. Nr. 1669.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 382. Zus. 1. sub. 1.

4) Hat der Cedent die dem debitor cessus durch den Cessionar ohne Vorzeigung des betreffenden Instruments bekannt gemachte Cession nicht ausdrücklich abgeleugnet, so sind Gegenforderungen des debitor cessus an den Cedenten, welche nach dieser Bekanntmachung entstanden sind, zur Kompensation gegen den Cessionar nicht geeignet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1856. (Entsch. Bd. 36 S. 83, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 303 Nr. 66.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 413. sqq. Zus. 2.

5) Dem Fiskus steht wegen der nach der Zeit der an ihn geschehenen Bekanntmachung der Cession der Amtskaution an einen Dritten aus einer außerordentlichen Handlung des Beamten ihm erwachsenen Forderung ein Kompensations- und Retentionsrecht nicht zu.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Okt. 1853, mit Rücksicht auf §. 313. h. t. und §. 542. A. L. R. I. 20. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 185 Nr. 43.)

6) Einem Cessionar, welcher die ihm abgetretene Forderung einklagt, wird von dem in Anspruch genommenen Schuldner auf Grund einer diesem gegen den Cedenten zustehenden Gegenforderung der Einwand der Kompensation entgegengesetzt. Der Cessionar behauptet dagegen, daß diese Gegenforderung bereits durch eine andere, zur Zeit ihrer Entstehung ihr gegenüberstehende Forderung des Cedenten im Wege der Kompensation getilgt sei. Ist diese Replik, ihre thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, geeignet, jenen Kompensationseinwand zu beseitigen?

Bejahet in dem Auff. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 384 ff.

7) Wem liegt in Beziehung auf den Zeitpunkt der Entstehung der gegen den Cessionar zur Kompensation gebrachten Gegenschuld des Cedenten die Beweislast ob?

In dem Auff. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 392 ff. wird ausgeführt, daß der vom Cessionar in Anspruch genommene Schuldner diesen Beweis zu führen habe.

§§. 314—316. Ueber die Frage: unter welchen Voraussetzungen der Schuldner die an den ersten Cessionar ihm zustehenden Forderungen gegen den ferneren Cessionar in Abrechnung zu bringen befugt ist? vergl. Koch's Lehre vom Uebergange der Ford. S. 197 ff. und dagegen die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 392 ff.

Vergl. auch die Mittheilungen Bornemann's über die Entstehung dieser §§. (System Bd. 3. S. 656, 2. Ausg. Bd. 3. S. 382.)

§§. 317—327. Von Kompensationen in Konkursen.

1) Die Vorschriften des A. L. R. über die Kompensation bei Konkursen beschränken sich, so weit sie von den allgemeinen Regeln abweichen, auf den Fall des wirklichen Konkurses, und sind auf den erbschaftlichen Liquidationsprozeß nicht auszudehnen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 23. Jan. 1846[1]). (Präj. Nr. 1673.)

(Präj. Samml. S. 91, Entsch. Bd. 12. S. 49, J. M. Bl. 1846 S. 44.)

2) Vergl. die §§. 95—98. der Konk. O. v. 8. Mai 1855.

§. 317. 1) Kann der Pächter meliorirter Pfarräcker, wenn der später in Konkurs gerathene Verpächter die Meliorationen den Erben seines Amtsvorgängers mit der bei ihm zum Gebrauch niedergelegten baaren Pachtkaution vergütet hatte, im Konkurse seine Pachtkaution gegen Forderungen der Masse an ihn kompensiren?

Verneint von Scheele. (J. W. 1847 S. 485.)

2) Ueber die Frage: ob ein Benefizialerbe, welcher während der Dauer seiner Administration des Nachlasses ausstehende Forderungen desselben eingezogen und Nachlaßschulden berichtiget hat, nach hiernächst eröffnetem erbschaftlichen Liquidationsprozesse verpflichtet ist, die eingezogenen Gelder zu der, unter gerichtliche Administration gestellten Masse zurückzuzahlen und statt der befriedigten Gläubiger zu liquidiren, oder ob dem Benefizialerben ein Kompensationsrecht gegen die Masse gebührt? vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 26. März 1828 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 443—446. Zus. 3.

[1]) Der III. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 13. Mai 1837 (Entsch. Bd. 2. S. 319) die entgegengesetzte Ansicht angenommen.

§. 320. 1) Der §. 97. Nr. 3. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 hat den Rechtssatz des §. 320. h. t. auf den Fall des materiellen Konkurses und der Wissenschaft des Erwerbers von diesem Zustande ausgedehnt.

2) Der Käufer eines Wechsels oder einer Anweisung, welcher diese Papiere weiter indossirt und von den Abnehmern Zahlung erhalten hat, später aber das Empfangene zurückgeben muß, weil der Wechsel am Verfalltage nicht honorirt worden ist, erwirbt erst durch die wirkliche Befriedigung des sich an ihn regressirenden Hintermannes einen Anspruch auf Erstattung der Wechselvaluta gegen den Trassanten, und er kann daher, wenn vorher über das Vermögen des Letzteren Konkurs eröffnet worden ist, mit einer älteren Schuld beim Gemeinschuldner nicht kompensiren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1848. (Präj. Nr. 2054.) (Präj. Samml. S. 91.)

Vergl. das Präj. des Ob. Trib. v. 23. April 1842 Nr. 1141c. in den Erg. zum §. 313. h. t. Zus. 1.

3) Für die Frage über die Zulässigkeit der Kompensation gegen den Anspruch einer Fallitmasse mit einer nach eröffnetem Konkurse durch Cession erworbenen Forderung ist es außer Einfluß, sowohl, ob der Konkurs im Auslande eröffnet ist, als auch, ob der Beanspruchte von der Eröffnung des Konkurses zur Zeit der Erwerbung Kenntniß hatte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1843. (Präj. Nr. 1312.)

Zuvörderst genügt es zur Beseitigung jeder Rücksichtsnahme auf auswärtige Legislation bei der vorliegenden Frage, auf die Natur einer Konkurseröffnung, und daß diese als ein Ereigniß überall anerkannt werden müsse, hinzuweisen. Die Konkurseröffnung bewirkt eine Veränderung in dem persönlichen Rechtszustande des betreff. Individuums. Mit Rücksicht auf die §§. 23., 34. u. 28. der Einl. zum A. L. R. kann nun aber auch der auswärts wohnende, in Konkurs gerathene Gläubiger eines inländischen Schuldners auch in hiesigen Landen nur als ein Kridar betrachtet werden, dessen Rechtsverhältnisse mit in die Veränderung übergehen, welche durch dieses Ereigniß hervorgebracht wird. Was daher die inländischen Gesetze über die rechtliche Lage bestimmen, in der man sich einem Kridar gegenüber befindet, muß für den einheimischen Richter auch alsdann leitend sein, wenn die Konkursmasse in hiesigen Landen einen Schuldner verfolgt, indem nur das entscheidend ist, daß die Rechtsverfolgung von einer Konkursmasse ausgeht, und es dagegen gleichgültig ist, unter welcher Jurisdiktion die Einleitung des Konkurses verfügt wird. — Der §. 320. h. t. macht nun aber die Kompensations-Ausschließung von keinem anderen Zeitpunkte, als von dem der Konkurseröffnung abhängig. Der Grund davon ist, daß dies Ereigniß das Vermögen des Kridars in zwei völlig getrennte Theile spaltet, und beide, Aktiv- und Passivmasse, verschiedenen Regeln unterwirft. Während durch die mit der Konkurseröffnung eintretende Konkurrenz jede nicht besonders versicherte Forderung der Möglichkeit einer Minderung unterliegt, haben die Konkursgläubiger einen Schuldner des Kridars in gleicher Weise, wie vorher solcher selbst des Letzteren Schuldner war, zu ihrem Debitor mit der Aussicht, den ganzen Betrag der Schuld zur Konkursmasse einzuziehen. In dieser Hinsicht erscheint denn auch eine Cession, die ein Gläubiger der Masse an einen Schuldner der letzteren vornimmt, unter die Regel des §. 408. A. L. R. I. 11. gestellt, nach welcher durch die Cession die Verpflichtung des Schuldners niemals erschwert werden darf. Daß aber die Kenntniß oder Unkenntniß der Konkurseröffnung über die rechtliche Stellung der Forderung und Schuld, welche sich in einer Person vereinigt finden, über die an sich durch den Akt der Konkurseröffnung eintretende Scheidung des Vermögens, so wie über deren Wirkung die Kompensation zu beseitigen, etwas entscheiden solle, ist nicht abzusehen. (Präj. Samml. S. 91, Entsch. Bd. 9. S. 477.)

Ueber die Bedenken gegen diese Entscheidung vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. des Ob. Trib. S. 670 und Komm. zum Landr. Bd. 2. Anm. 18. zum §. 320. h. t.

4) Ist gegen eine Aktivforderung einer nach gemeinem Rechte eingeleiteten und administrativen Konkursmasse die Kompensation mit einer Forderung an den Kridar zulässig, welche dem Verklagten vor förmlich eröffneten Konkurse, aber zur Zeit, als die Insolvenz bestand und der Kridar flüchtig geworden war, cedirt worden ist?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 26. März 1857 aus, daß die Frage: ob das gemeine am Konkursorte geltende, oder das A. L. R. zur Anwendung zu bringen sei, wenn es sich davon handelt, ob ein im hiesigen foro belangter Schuldner eines im Auslande schwebenden Konkurses die Kompensation vorschützen kann? übereinstimmend mit dem Präj. des III. Sen. Nr. 1312. dahin zu beantworten sei, daß das A. L. R. Anwendung finde. Der §. 320. h. t. könne indeß nur so angewendet werden, wie er gegeben worden, und daher könne, da der Zeitpunkt der Unzulässigkeit der Kompensation mit der durch Cession erworbenen Forderung in die Eröffnung des Konkurses gesetzt werde, hierbei nur eine solche Eröffnung, wie sie der Preuß. Gesetzgebung überhaupt nur bekannt ist, nämlich eine wirkliche vom Gerichte ausgesprochene Eröffnung, gemeint sein. Daß sich materiell schon vor diesem Tage Ueberschuldung gezeigt, könne die Eröffnung, welche der §. 320. voraussetze, nicht ersetzen.
(Entsch. Bd. 35. S. 397.)

§. 321. 1) Der Gläubiger des Gemeinschuldners kann die vor der Konkurseröffnung an denselben erlangte Forderung nicht auf den Miethszins zur Kompensation bringen, welchen er für die seit der Konkurseröffnung gehabte Benutzung des von dem Gemeinschuldner gemietheten Grundstücks zu entrichten hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Jan. 1856, weil die Konkursmasse durch die Konkurseröffnung in die Rechte und Verbindlichkeiten des Kridars aus dem Miethsvertrage eingetreten ist und denselben dem Gläubiger durch Gewährung der vermietheten Lokalitäten erfüllt hat, weshalb die Miethsgelder von der Zeit der Konkurseröffnung ab nicht dem Kridar, sondern der Konkursmasse schuldig geworden sind, mithin der §. 321. h. t. Platz greift.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 232 Nr. 57.)

2) Die Kompensation der rückständigen Kaufgelder aus einem Adjudikationsbescheide, welcher auf die im Wege der Exekution veranlaßte nothwendige Subhastation ergangen ist, mit einer eingetragenen Forderung des Käufers, tritt nicht sofort ipso jure ein, sondern die im §. 19. der. V. v. 4. März 1834 (über die Subhastation) [1]) erwähnte Konsolidation wird erst von dem Zeitpunkte des abgehaltenen Termins der Kaufgelderbelegung ab wirksam.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1837. (Präj. Nr. 385.) (Präj. Samml. S. 399.)

§§. 322—324. 1) Die in den §§. 322—324. aufgestellten Ausnahmen von der Regel des §. 321. (welcher in den §. 97. Nr. 1. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 übernommen worden) sind dadurch aufgehoben, daß die Konk. O. v. 8. Mai 1855 (§. 97.) diese Ausnahme übergangen und somit die §§. 322—324. h. t. beseitigt hat.
(Motive zur Konk. O. S. 80, vergl. Goltdammer's Komm. zur Konk. O. ad §§. 96. u 97.)

2) Wenn einem Beamten, bevor über sein Vermögen Konkurs eröffnet worden ist, von der ihn besoldenden Behörde ein Darlehn unter der von ihm eingegangenen Bedingung gegeben worden ist, daß die Rückzahlung sukcessive aus seinem Gehalte erfolge, so ist die Behörde auch nach eröffnetem Konkurse berechtigt, ihre Forderung gegen die Konkursmasse mit dem abzugsfähigen Theile des Gehalts des Gemeinschuldners zu kompensiren.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1815, weil der §. 7. der V. v. 28. Febr. 1806 und der §. 163. des Anh. zur A. G. O., welche jede Anweisung und Verpfändung fixirter Besoldungen für ungültig erklären, nicht anzuwenden, indem die Fälle dieser strictissime zu interpretirenden Gesetze nicht eingetreten und daher §. 322. h. t. entscheide. (Simon's R. Bd. 3. S. 128.)

Koch ist der Ansicht, daß dies Präj., ungeachtet der Unterdrückung des §. 322., noch bestehen bleibe; denn bei dauernden Rechtsverhältnissen, namentlich bei Dienstverhältnissen, habe die im §. 322. geordnet gewesene Ausnahme von der Regel des §. 321. im Konkurse nach wie vor Kraft. (Landr. Bd. 2. Anm. 20. zu §§. 322—324. h. t.)

§§. 328. 329. Von Kompensationen zwischen dem Gläubiger und Bürgen.

Finden die §§. 328., 329. auch auf den Bürgen, welcher sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, Anwendung?

Bielitz verneint; denn in der Erklärung, als Selbstschuldner haften zu wollen, liege die Uebernahme einer solidarischen Verbindlich-

[1]) Vergl. die §§. 399. und 400. der Konk. O. v. 8. Mai 1855, welche dem §. 19. der V. v. 4. März 1834 entsprechen, beziehungsweise an dessen Stelle getreten sind.

keit, und daher müsse in diesem Falle auf den §. 306. zurückgegangen werden. (Komm. Bd. 3. S. 654.)

Die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 134) und Bornemann (System Bd. 3. S. 654, 2. Ausg. Bd. 3. S. 383) halten dies für unrichtig, da die Verbindlichkeit eines Bürgen, der sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, dessenungeachtet eine akcessorische bleibe, mithin Alles, wodurch für den Hauptschuldner eine Befreiung herbeigeführt wird, auch einem solchen Bürgen zu statten kommen müsse.

Koch meint, es liege der Bestimmung des §. 328. zum Grunde, daß der Gläubiger, welcher bereits Deckung habe, und doch das Ganze fordere, statt jene abzurechnen, in dolo sei, der Bürge also, der in die Obligation des Hauptschuldners passiv eintrete, die exceptio doli gebrauchen könne. Hieraus erhelle, daß die Klausel »als Selbstschuldner« gar keinen weiteren Einfluß auf die Exceptionen des Bürgen habe, als daß sie das beneficium ordinis ausschließe.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 656.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 25. zum §. 328. h. t.

§§. 359—362. Liquidität der Gegenforderung.

Einige Bemerkungen über den Einwand der Kompensation, wenn die Gegenforderung, mit welcher kompensirt werden soll, noch nicht liquide ist. (Jahrb. Bd. 24. S. 201—214.)

Dorguth, etwas über den Einwand der Kompensation und über die Rekonvention in eodem processu. (Jahrb. Bd. 36. S. 225—236.)

Einige Bemerkungen zum Tit. 19. der Proz. O., namentlich mit Bezug auf §. 359. Tit. 16. (Gans, Beitr. Bd. 1. S. 557 ff.)

1) Die Zulässigkeit der Kompensation setzt in allen Fällen voraus, daß die Gegenforderung, sie mag aus demselben oder aus einem andern Rechtsgeschäfte als die Forderung entspringen, liquide ist, oder doch sofort liquide gemacht werden kann.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1840. (Präj. Nr. 959.)

Die Kompensation ist eine Aufhebung der Verbindlichkeiten durch gegenseitige Anrechnung dessen, was Einer dem Anderen schuldig ist (§. 300. Tit. 16.). Darauf, ob die gegenseitigen Anforderungen aus einem oder aus verschiedenen Rechtsgeschäften entstanden sind, kommt es dabei gar nicht an (§. 346.). Die Kompensation setzt vielmehr nur einerseits fällige und gleichartige Verbindlichkeiten (§. 343.), so wie andererseits die Liquidität derselben voraus. Das letztere Erforderniß ist in dem §. 359. ganz allgemein ausgesprochen, und der §. 360. fügt hinzu: »Soweit dies nicht zu bewirken ist« — d. h. soweit die Gegenforderung nicht sofort liquide gemacht werden kann — »muß der Schuldner der liquiden Forderung Zahlung leisten.« Eben so bestimmt spricht §. 362. Es ist also nach den Grundsätzen des A. L. R. überall keine Kompensation zulässig, wenn nicht die Gegenforderung gleich der Forderung liquide ist, oder doch sofort liquide gemacht werden kann. Dieser Grundsatz hat durch die A. G. O. gewiß nicht abgeändert werden sollen. Der Tit. 19. Thl. I. a. a. O. handelt nicht besonders von der Kompensation, sondern nur von der Widerklage, sowohl der eigentlichen als der uneigentlichen im Allgemeinen, wobei vorausgesetzt wird, daß auch über die Kompensation noch eine Instruktion nothwendig ist. In dieser Voraussetzung bestimmt der §. 5. a. a. O., daß, wenn die Gegenforderung aus eben dem Geschäfte, wie die Forderung des Klägers, entsprungen und auch mit derselben zu einerlei Art des Prozesses qualifizirt ist, über beide gleichzeitig verfahren und in einem Urtel erkannt werden soll, wenngleich die Forderung eher, als die Gegenforderung, oder umgekehrt, durch die Instruktion ausgemittelt sein sollte. Auf den Fall, wo von dem Verklagten die Forderung sogleich anerkannt und nur eine Gegenforderung geltend gemacht wird — wie bei dem Einwande der Kompensation geschieht, weil eine Abrechnung nur von einer wirklich begründeten Schuldforderung gedacht werden kann — ist die eben gedachte Vorschrift nicht berechnet. Auch im §. 6. kann an den Fall der Kompensation nicht gedacht werden. Denn wiewohl diese als Einrede geltend gemacht wird, so bezweckt sie doch nur die Aufhebung des Anspruches des Klägers auf Höhe der Gegenforderung, nicht aber die Verurtheilung desselben zu einer Leistung, und die letztere kann immer nur im Wege der Widerklage erkannt werden. Der Schlußsatz des §. 6. bezieht sich nur auf die Form der Widerklage, erklärt nur die Einreichung einer besonderen Widerklageschrift für unnöthig und achtet es für genügend, wenn nur der Wille des Verklagten, seine Gegenforderung geltend machen zu wollen, also eine hierauf gerichtete Erklärung desselben, aus seinen Einwendungen gegen die Klage erhellt. — Von den übrigen wesentlichen Unterschieden in dem Verfahren über einen Kompensationsanspruch und über eine Rekonvention — wonach z. B. der Einwand der Kompensation in jeder Lage des Prozesses und selbst noch in der Exek. Inst. zulässig ist, während die Widerklage nothwendig in der ersten Inst. des Konventionsprozesses angebracht werden muß — enthält der Tit. 19. Thl. I. der A. G. O. ebenfalls nichts, vielmehr muß man darüber an anderen Gesetzstellen Belehrung suchen. (Vergl. A. G. O. I. 15. §. 18., 24. §. 36.; V. v. 4. März 1834 §. 6.) Eben so wenig giebt der Tit. 19. Thl. I. a. a. O. die im §. 359. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. der Proz. O. vorbehaltene Vorschrift darüber, wie eine Gegenforderung sofort liquide gemacht werden kann. Daraus folgt, daß die Vorschrift der Rekonventionen für das Verfahren über den Einwand der Kompensation nicht weiter maßgebend sein könne, als sich dies mit den Bestimmungen des materiellen Rechtes über die Kompensation verträgt, und daß, da das A. L. R. die letztere eintreten läßt, sobald eine gleichartige, fällige und liquide, oder wenigstens sofort liquide zu machende Gegenforderung vorhanden ist, ohne zu unterscheiden, ob die letztere aus dem der Forderung zum Grunde liegenden oder aus einem anderen Rechtsgeschäfte herrührt, diese letztere Distinktion aus der Proz. O. in die Lehre von der Kompensation als ein wesentliches Requisit derselben nicht hineingetragen werden darf.

(Präj. Samml. S. 91, Entsch. Bd. 6. S. 233.)

2) Koch führt aus, die Trennung des Einwandes von der Klage im Prozeßverfahren sei nur auf Gegenforderungen aus anderen Rechtsgeschäften anwendbar. Denn habe der Einwand mit der Klage einen gemeinschaftlichen Ursprung (eadem causa), und werde er deshalb in der prozessualischen Form der sogen. uneigentlichen Rekonvention geltend gemacht, so entstehe dadurch eine Illiquidität der Klage nach ihrem Grunde oder Betrage selbst, und der Beklagte könne rechtlicherweise nicht auf seiner Seite zur Zahlung genöthigt und mit seiner, die Forderung des Klägers verneinenden Exception zu einem Separatprozesse verwiesen werden. (Landr. Bd. 2. Anm. 48. zum §. 359. h. t.)

Vergl. Koch's Recht der Ford. Bd. 2. S. 663.

3) Betreff. die Liquidität der zu kompensirenden Forderungen.

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Bestimmungen der materiellen Gesetzgebung über die Liquidität der Forderungen sind nur in sofern von Bedeutung, als die hier ausgesprochenen Grundsätze für verschiedene, in der Proz. O. näher beschriebene Verfahrungsweisen die Grundlagen bilden, in Fällen, wo sich Forderungen und Gegenforderungen gegenüberstehen. Dagegen kann es in Betreff der Formen des Verfahrens, wodurch die Lidiquidität einer Forderung oder Gegenforderung herzustellen, nur auf die Proz. O. ankommen, mithin auch rücksichtlich der Frage, in wiefern Forderung und Gegenforderung in demselben Prozesse zu erörtern. Es ergiebt sich hieraus, daß die Zulässigkeit der Kompensation bei streitig gewordenen Forderungen von den Bestimmungen der Proz. O. in sofern abhängt, als die Liquidität eine Bedingung der Kompensation ist. Die desfallsigen Bestimmungen der Proz. O. sind der Tit. 19. Thl. I. der A. G. O. und die V. v. 1. Juni 1833 über den Mandats- und summ. Prozeß §§. 3., 8. ff., desgl. §. 6. der V. v. 4. März 1834 über die Exek.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 136.)

b) Zur sofortigen Liquidestellung der Kompensationsforderung genügt die Berufung auf Zeugen, welche im Gerichtsbezirke wohnen, und deren unverzüglicher Abhörung daher kein Hinderniß entgegensteht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1858.

(Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 251 Nr. 45.)

c) Die Frage, ob eine Gegenforderung für liquide zu erachten oder als illiquide ad separatum zu verweisen, ist lediglich Gegenstand richterlicher Beurtheilung des Sachverhältnisses, worin der Richter volle Freiheit haben muß. Ein Angriff hiergegen im Nichtigkeitsverfahren ist ungehörig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Sept. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 158 Nr. 78.)

d) Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 19. §§. 1. sqq. und zum §. 3. der V. v. 1. Juni 1833.

§§. 363—370. Forderungen und Fälle, wo die Kompensation nicht stattfindet.

§. 363. 1) Die Bestimmung des §. 363. findet auf den Verwalter fremder Sachen keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 144 Nr. 35.)

2) Die Kompensation des Fiskus mit Forderungen, welche diesem aus andern Amtsgeschäften des Beamten zustehen, ist der Rückforderung der Kaution gegenüber ausgeschlossen.

Erkannt von dem V. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1853, auf Grund des §. 363. (Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 361 Nr. 77.)

§§. 368. 369. 1) Ueber die Entstehungsgeschichte dieser §§., insbesondere aus der Korrespondenz des Großkanzlers mit dem

Gen. Direktorium v. 4. u. 16. Juli 1790 vergl. Jahrb. Bd. 52. S. 72 ff., Bornemann's System Bd. 3. S. 659, 2. Ausg. Bd. 3. S. 387, Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 55. zum §. 369. h. t.

Vergl. auch die Motive des Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 21. Okt. 1850 (Präj. Nr. 2242.) in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 629. Zus. 1.

2) Die gesetzliche Vorschrift, daß Forderungen an eine landesherrliche Kasse auf Zahlungen, die an eine andere zu leisten sind, niemals abgerechnet werden können, ist zum Besten der Königl. Kassen gegeben, indem das Gegentheil mit einer ordentlichen Kassenverwaltung unvereinbar wäre, und findet auf den Fall keine Anwendung, da eine Königl. Kasse gegen ihren Gläubiger eine ihr von einer andern dergl. Kasse abgetretene Forderung an denselben mit ihrer eigenen Schuld kompensiren will.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Mai 1816.

(Simon's R. Bd. 1. S. 141.)

Koch ist gleichfalls der Meinung, daß der Schuldner einen Widerspruch gegen die Kompensation verschiedener fiskal. Kassen nicht habe; dieses sei aber nur ein dem Fiskus gegebenes Privilegium.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 636.)

3) Die §§. 368., 369. können wohl von dem Fiskus gegen Privatpersonen zur Anwendung gebracht werden, nicht aber umgekehrt von Privatpersonen gegen den Fiskus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Mai 1842. (Präj. Nr. 1150.) (Präj. Samml. S. 91.)

§. 370. Vergl.: a) das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 27. Jan. 1844 Nr. 1406 b. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 412. Zus. 4.;

b) in Betreff der persönlichen Verhaftung des Käufers eines Grundstückes für die darauf eingetragenen, von ihm übernommenen Schulden, die Dekl. v. 21. März 1835 in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 54.

§. 371. Wie verhalten sich die §§. 371. u. 345. zu einander?

Die Gesetzrevisoren nehmen an, der §. 345. handle bloß von dem Falle, wenn auf der einen Seite eine Handlung, auf der andern das Geben einer bestimmten Sache den Gegenstand der Verpflichtung ausmache, während der §. 371. Handlungen und Handlungen einander gegenüberstelle. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 136.)

Bornemann bestreitet dies. Die Worte des §. 345. ergäben, daß der Gesetzgeber dadurch auch die Kompensation zwischen Handlungen habe ausschließen wollen, indem er sich sonst des Bindewortes »oder« nicht bedient haben würde. Der §. 371. sei mithin als die Ausnahme zu betrachten und das Nebeneinanderstehen beider Gesetz-Stellen sei daraus zu erklären, daß der §. 371. schon im Entwurfe gestanden, der §. 345. aber erst bei dessen Umarbeitung eingeschoben sei. (System Bd. 3. S. 657, 2. Ausg. Bd. 3. S. 385—386.)

Koch nimmt an, daß die §§. 345. u. 371. sich weder widersprechen, noch sich wie Regel und Ausnahme zu einander verhalten, sondern daß jede dieser Bestimmungen ihren besonderen Gegenstand habe. (Landr. Bd. 2. Anm. 57. zum §. 371. h. t.)

§. 377. Findet der §. 377. auch auf den Mehrbetrag der Gegenforderung Anwendung?

Köchling bejahet auf Grund des §. 570. A. L. R. I. 9.

(Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 217.)

Siebenter Abschnitt.

Von Entsagung der Rechte.

§§. 378. 379. Begriff.

Ein Vertrag, wodurch Jemand gegen Entgelt auf Alimente Verzicht leistet, welche an sich zwar bestimmt, unter gewissen, ihrem Eintritt und ihren rechtlichen Folgen nach unbestimmten Bedingungen aber veränderlich sind, ist nicht als Entsagung, sondern als ein Vergleich über künftige Verpflegungsgelder anzusehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. März 1833.

(Simon's R. Bd. 3. S. 285.)

§§. 380. 381. Grundsätze.

Ueber die Form der Entsagungen und Verzichtleistungen vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 134.

§. 381. 1) Das Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 14. März 1816 den Satz aus: »Entsagungen wohlerworbener Rechte müssen ausdrücklich erfolgt sein.« (Simon's R. Bd. 1. S. 143 ff.)

Koch weist indeß darauf hin, daß die Entsagung nach §§. 382. ff. auch stillschweigend geschehen kann, und daß das Ob. Trib. in dem alleg. Präj. einen Erlaß gemeint habe, da in dem entschiedenen Falle um die fortdauernde Befugniß aus einem Vergleiche gestritten wurde.

(Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 381. h. t.)

2) Bei einem mündlichen Vertrage Mehrerer über ein gemeinschaftliches Spielen eines Lotterieloofes ist das Anrecht auf die folgenden Klassen und die Hoffnung eines Gewinnes ein gemeinschaftliches Recht aller Genossen, welches für die Einzelnen nur durch eine ausdrückliche der Entsagung entsprechende Willenserklärung, oder durch eine bei dem Abschlusse der Uebereinkunft gestellte, an die zeitige Zahlung der Beiträge bei Verlust des Rechtes geknüpfte und nicht erfüllte Bedingung verloren gehen kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juli 1851 auf Grund des §. 381. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 246 Nr. 53.)

§. 381. (§§. 390. 391. 393.) Der Erlaß einer Schuld erfordert, wenn auch keine gerichtliche, so doch, selbst bei Aushändigung des über die Schuld sprechenden Instruments, nicht bloß eine ausdrückliche, sondern bei Gegenständen über funfzig Thaler auch eine schriftliche Erklärung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1841. (Präj. Nr. 1005.)

Der §. 98. h. t. kann hier nicht in Betracht kommen. Denn wenn auch Erlaß im Allgemeinen zu den Arten gehört, wie Verbindlichkeiten getilgt werden, so kann doch nur ein zurechtbeständiger Erlaß die Tilgung einer Schuld bewirken. Ist daher bei Objekten von mehr als 50 Thlrn. die Rückgabe der Obligation nur von einer mündlichen Erklärung begleitet, so ist der Erlaß nicht in rechtsgültiger Form erfolgt, da derselbe nicht bloß nach §. 381. h. t. einer ausdrücklichen, sondern nach Tit. 5. §. 134. auch einer schriftl. Erklärung bedarf. Es ist unrichtig, hiergegen anzunehmen, daß auf Grund des §. 1065. Tit. 11., welcher nach den §§. 387., 393. h. t. zur Anwendung kommen soll, die ausgeantwortete Obligation auch in Ermangelung eines schriftlichen Vertrages nicht zurückgefordert werden könne; denn der §. 1065. erklärt nur in dem betreffenden Falle die gerichtl. Abschließung unnöthig, deren es hier nicht bedurft hat, da der §. 393. die unentgeltlichen Entsagungen den Schenkungen nur in Betreff der Wirkungen, nicht in Betreff der Form gleichstellt, wogegen für den Erlaß bei Gegenständen über 50 Thlr. die schriftl. Erklärung die nothwendige Form bleibt. Abgesehen hiervon kann der §. 1065. Tit. 11. auf den Erlaß einer Schuld auch deshalb nicht angewendet werden, weil er gleich den §§. 1040—1045. Tit. 11. die Uebergabe einer beweglichen Sache oder Summe voraussetzt, die Obligationsschrift aber nicht der Gegenstand der Schuld, sondern nur deren Beweismittel, ihre Uebergabe also keine Uebergabe der Sache oder Summe ist. Endlich sind die §§. 390., 391. Tit. 16. nicht gegen den aufgestellten Satz anzuführen, weil sie nur von dem Erlaß einer nicht durch eigentliche Zahlung zu erfüllenden Verbindlichkeit handeln.

(Präj. Samml. S. 92, Entsch. Bd. 7. S. 88 ff.)

Derselben Ansicht sind: Gräwell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 468 Anm.*), Fülleborn in der Abhandl. über mündlichen Erlaß einer mehr als funfzig Thaler betragenden Schuld[1] rc. (Simon's Z. Bd. 1. S. 46 ff.), Simon und v. Strampff (a. a. O. S. 54 Anm. 1.), Bornemann (System Bd. 3. S. 669 ff., 2. Ausg. Bd. 3. S. 390 ff.), Koch (Recht der Ford. Bd. 2. S. 692 ff.)

Anderer Meinung ist Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 768), indem er auf Grund der §§. 98. u. 389. h. t. behauptet, daß ohne hin-

[1]) Das Resultat dieser Abhandlung ist: »Wenn der Eigenthümer einer mehr als 50 Thlr. betragenden Forderung dieselbe dem Schuldner ohne Entgelt mündlich erläßt, und ihm zugleich das über die Forderung sprechende Instrument aushändigt, so ist zwar der Erlaß an sich nicht gültig, so lange aber nicht feststeht, daß die Rückgabe des Instruments bloß wegen des mündlichen Erlasses der Schuld erfolgt ist, streitet die Vermuthung dafür, daß die Schuld auf irgend eine Art gültig getilgt worden.«

zukommende schriftliche Erklärung der Gläubiger die Schenkung einer Schuld für geschehen zu erachten sei, wenn der Gläubiger dem Schuldner den Schuldschein zurückgiebt.

Dies nimmt auch Schweikart in der Abhandl. über den Erlaß einer Geldschuld durch die Rückgabe des Schuldscheins (Simon's R. Bd. 1. S. 422 ff.) an, welcher (insbesondere gegen die Ausführung Fülleborn's) zu zeigen sucht, daß eine jede Geldschuld, ohne Unterschied ihres Betrages, durch die Rückgabe des Instruments gültig erlassen werden könne, ohne daß es einer ausdrücklichen, schriftlichen oder gerichtlichen Erklärung dieser Absicht bedürfe.

Vergl. über die Frage auch den Auff. in der J. Z. 1833 S. 660 ff.

§§. 382—386. Von Entsagung der Einwendungen.

§. 383. 1) Der Nichtgebrauch einer solchen Einrede in einem Prozesse, welche einen selbstständigen Klagegrund enthält, bewirkt nicht, daß der Vorprozeß die Geltendmachung desselben vermittelst einer neuen Klage verhindere.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. April 1844.
(J. W. 1846 S. 177.)

2) Nur solche Einwendungen gehen nach §. 383. durch Nichtgebrauch im Prozesse verloren, welche die Einlassung auf den Prozeß betreffen und aus dem zur Klage gebrachten Sach- und Rechtsverhältnisse entspringen oder damit zusammenhängen; wogegen die Rechte aus anderen Umständen, welche ein Fundament selbstständiger Rechtsverfolgung für den Verklagten abgeben konnten, unbeschadet der Vollstreckung des vom Kläger erstrittenen Judikats, dem Verklagten erhalten bleiben, wenn er sie auch im Prozesse als Einwand nicht vorbrachte.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. u. 25. März 1852. (Präj. Nr. 2365.)

Der Vertrag zwischen bestimmten Personen scheidet aus dem Gesammtbereiche ihrer Rechtssphäre bloß einzelne, durch Gesetz oder Verabredung definirte Rechte und Pflichten und bindet sie; außer seinem Kreise liegt Alles, was nicht auf dem Vertrage beruht. Es ändert hierin nichts, wenn die Befugnisse aus einem speziellen Rechtsverhältnisse im Prozesse verfolgt werden. Es muß zwar dem Verklagten unbenommen bleiben, sich gegen die Angriffe des Klägers auch durch Einreden zu schützen, deren Fundament in anderen Ereignissen und Verhältnissen als in dem zur Klage gestellten Vertrage und dessen Folgen, und, welche für den Verklagten einen selbstständigen Klagegrund hätten abgeben können; der Verklagte geht aber durch den bloßen Nichtgebrauch von Einreden der letzteren Art während eines Prozesses seiner Rechte daraus nicht schlechthin verlustig. Was für Einwendungen durch Nichtgebrauch im Prozesse nach §. 383. h. t. verloren gehen sollen, wird am Einfachsten aus den dort vorausgesetzten Vorschriften des ersten Theils der A. G. O. nachgewiesen. Der neunte Titel von Aufnehmung der Antwort auf die Klage in §§. 2., 6. u. 11. ergiebt, daß dabei nur solche Einwendungen in Betracht gezogen sind, welche die Einlassung auf den Prozeß betreffen, und aus dem zur Klage gebrachten Sach- und Rechtsverhältnisse entspringen oder damit zusammenhängen. Hiermit übereinstimmend verordnen Tit. 19. §§. 1., 4., 9. ff. u. Tit. 10. §. 5 a. — Hiernach sind die Einwendungen, welche nach §. 383. h. t. durch Nichtgebrauch im Prozesse verloren gehen, nur solche, welche die Einlassung auf den Prozeß betreffen und aus dem zur Klage gebrachten Sach- und Rechtsverhältnisse entspringen oder damit zusammenhängen. Denn daß hier nur an die Einwendungen gedacht ist, welche als solche die Proz. O. voraussetzt, bringt der Zusammenhang mit §. 384. außer Zweifel. Also andere Einwendungen, als die privilegirten, können nicht mehr vorgebracht werden, um die Vollstreckung des Urtheils zu hemmen. Daraus folgt aber bloß, daß die Rechte aus Umständen, welche ein Fundament selbstständiger Rechtsverfolgung für den Verklagten abgeben konnten, unbeschadet der Vollstreckung des vom Kläger erstrittenen Judikats, dem Verklagten erhalten bleiben, wenn er sie auch im Prozesse als Einwand nicht vorbrachte.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 31, Entsch. Bd. 22. S. 332, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 59 Nr. 13.)

3) Der Verfasser des Aufsatzes in der J. W. 1846 S. 177 ff. bemerkt zum Verständniß des §. 383.:

Wollte man den §. 383. in seinem buchstäblichen Sinne auffassen, so würde er in die Grundsätze von der Wirkung rechtskräftiger Entscheidungen einwirken, nämlich zur Folge haben, daß ein ergangenes Erkenntniß indirekt auch über solche Frage mit entscheiden müsse, die in dem betreffenden Prozesse nicht einmal zur Sprache gekommen. Zu einer solchen Auslegung berechtigt aber die erwähnte Bestimmung nicht, wenn man sie mit dem §. 384. im Zusammenhange auffaßt. Sie erhält dadurch eine nur prozessualische Bedeutung. Bringt man die Verweisung auf die Proz. O. mit dem §. 383. in Verbindung, so stellt sich der Sinn desselben dahin heraus, daß nur die Folgen der Unterlassung des Gebrauchs einer Einrede für den einzelnen Prozeß haben angedeutet werden sollen. Die Lehre von der Entsagung der Rechte hat nur hinsichtlich ihrer Wirkung innerhalb eines einzelnen Prozeßganges dargestellt werden sollen, so daß der Ursprung der geschehenen Aufnahme dieser Bestimmung in den erwähnten Titel des A. L. R. darin zu suchen ist, die fragliche Lehre in ihrer Vollständigkeit aufzustellen; die Bestimmung selbst hat keine selbstständige Bedeutung, da die Proz. O. die Art und Weise der gerichtlichen Rechtsverfolgung hinreichend darlegt.

4) Gegen eine Judikatsklage können mittelst der Einrede der Kompensation auch solche Gegenforderungen zur Geltung gebracht werden, die schon zur Zeit der Anstellung der Klage im Vorprozesse erwachsen waren, in demselben jedoch nicht geltend gemacht worden sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. März 1856; denn der §. 6. der Exekutions-V. v. 4. März 1834 betreffe ausschließlich das Verfahren in der Exekutionsinstanz und könne demjenigen nicht zu statten kommen, welcher des Rechtes, das von ihm erstrittene Judikat durch Exekution zur Vollstreckung zu bringen, durch Versäumniß verlustig gegangen ist, und der §. 383. h. t. könne hier aus den in dem Präj. Nr. 2365.[1]) entwickelten Gründen nicht durchgreifen. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 272 Nr. 68.)

5) Unterläßt der Verklagte, im Prozeß die Gültigkeit der Verleihung einer Gerechtigkeit selbst anzufechten, so kann er, sobald die Gerechtigkeit rechtskräftig feststeht, den Mangel der Gültigkeit der Verleihung nicht mehr vorschützen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Bromberg unterm 7. Febr. 1838.
(Centralbl. 1838 S. 1072.)

§§. 387—392. Von Entsagungen überhaupt.

§. 392. 1) Die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 140) und Bornemann (System Bd. 3. S. 664, 2. Ausg. Bd. 3. S. 389) bemerken, daß der §. 392. nicht haltbar sei; denn unmöglich könne man annehmen, daß der Kreditor durch die Ausstellung einer gerichtlichen Entsagungsurkunde, von der er vielleicht erst in der Folge, oder unter gewissen Umständen Gebrauch machen will, unbedingt gebunden werde. Der Satz des §. 392., über dessen Auslegung die Materialien nichts Näheres an die Hand gäben, sei viel zu allgemein gefaßt und müsse schon jetzt auf die Fälle beschränkt werden, da die Absicht des Erklärenden, sein Recht sofort aufzugeben, klar vorliege.

2) Koch bemerkt, daß die Vorschrift des §. 392. in der Anwendung auf den Nachlaßvertrag (pactum remissorium) unrichtig und rechtsverletzend sei; vermuthlich habe man dabei die Fälle der Renunziationen (Entsagungen obligatorischer Rechte), welche selbst keine Obligationen seien, namentlich Einreden und Exceptionen im Sinne gehabt. (Recht der Ford. Bd. 2. S. 694.)

Im Komm. zum A. L. R. (Bd. 2. Anm. 17. zum §. 392.) bemerkt derselbe:

Der §. 392. ist eine Fortsetzung des §. 388. Der §. 388. handelt von den beiden Spezien Erlaß und Verzichtleistung, der §. 392. von der Entsagung. Nach dem argumentum a contrario müßten auch Entsagungen im engeren Sinne widerrufen werden können, wenn sie außergerichtlich geschehen sind. Damit würde jedoch der Gedanke des Gesetzes nicht getroffen sein; denn es giebt keine bestimmte Person, welche z. B. eine Adelsentsagung zu akceptiren hätte. R. v. 20. Juli und 28. Sept. 1816 (Jahrb. Bd. 8. S. 8 und 243). Wenn daher eine solche außergerichtliche Entsagung widerruflich ist, so ist sie es nicht wegen Mangels einer Annahme, sondern wegen Mangels der gerichtlichen Form. Der §. 392. will, im Gegensatze zu §. 388., bestimmen: Entsagungen im engeren Sinne, d. h. Entsagungen im Gegensatze von Erlassen und Verzichtleistungen, bedürfen keiner Annahme, und sind, gerichtlich erklärt, unwiderruflich. Ob außergerichtliche Entsagungen widerruflich sind, ist im Allgemeinen nicht zu sagen. Jedenfalls gehört zur Unwiderruflichkeit die Kundgebung, ohne welche die Entsagung nicht als ausgesprochen angesehen werden kann.

§. 393. Von Entsagungen, welche unentgeltlich geschehen.

1) Unentgeltliche Entsagungen eines bereits erworbenen, ingleichen eines zwar noch künftigen, aber doch so beschaffenen Rechtes, daß der

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

Anfall desselben dem Entsagenden gewiß war, sind nur in Rücksicht auf ihre rechtliche Wirkungen, *nicht* aber in Rücksicht auf ihre *Form* den Schenkungen gleich zu achten.

Angenommen von dem *Ob. Trib.* durch den Pl. Beschl. v. 24. Febr. 1840 [1]). (Präj. Nr. 801.)

Der in *Suarez* amtl. Vorträgen bei der Schlußrevision ausgesprochenen Absicht gemäß (Jahrb. 41 S. 23) sind die §§. 1064—1066. A. L. R. I. 11. gefaßt. Vergleicht man mit diesen die über die *Form* der Verträge im Allgemeinen bestimmenden Vorschriften des A. L. R. I. 5. §§. 109., 131., 146., so läßt sich nicht verkennen, daß es der Gesetzgeber für schon *erfüllte* Schenkungsverträge rücksichtlich der Form bei den *allgemeinen* Vorschriften *belassen* und nur da eine gerichtliche Urkunde für nothwendig erklärt hat, wo gegen den Geschenkgeber *noch ein Anspruch verfolgt werden soll.* — Zu einem anderen Zwecke erfordert das Gesetz die gerichtliche Form nicht; es ist daher auch nicht richtig, wenn unter Bezugnahme auf den eben angeführten §. 109. allgemein behauptet wird, daß *alle* Schenkungen bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich vollzogen werden müssen. — Wenn aber neben der für die Verträge im Allgemeinen vorgeschriebenen Form die gerichtliche Aufnahme nur bei solchen Schenkungen hinzuzukommen braucht, wo es sich noch um die Herausgabe der versprochenen Sache oder Summe, oder überhaupt um die Leistung des Versprochenen Seitens des Schenkenden handelt, so ergiebt sich schon hieraus, daß es bei solchen Verzichtleistungen auf Ansprüche, die dem Entsagenden zustehen, auf die gerichtliche Erklärung desselben nicht ankommen kann, auch wenn die Verzichtleistungen aus reiner Freigebigkeit erfolgen und unbestrittene, bereits erworbene Rechte zum Gegenstande haben. Denn derjenige, dem eine Verbindlichkeit erlassen wird, erlangt dadurch keine Ansprüche auf ein Geben oder Leisten, auf die Uebertragung des Besitzes irgend einer Sache oder eines Rechts Seitens des Entsagenden; vielmehr ist die Absicht der Kontrahenten dahin gerichtet, den Verpflichteten von einer bestehenden Verbindlichkeit zu befreien, nicht aber dem Entsagenden eine neue Verpflichtung aufzulegen. Es bleibt mithin auf beiden Seiten nichts mehr zu fordern oder zu leisten, folglich auch kein Anspruch auf irgend eine Erfüllung übrig, so daß derjenige, dem die Verbindlichkeit erlassen ist, gar nicht in den Fall kommt, einer gerichtlichen Urkunde zu bedürfen. Die Vorschrift des §. 393. kann daher nur unbeschadet dieser rechtlichen Natur der Entsagungen verstanden werden; namentlich läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber auf die Entsagungen den Begriff der Uebergabe habe anwenden und dieselben, wenn sie außergerichtlich erfolgt sind, nur alsdann für gültig erachten wollen, wenn eine Uebergabe damit verbunden sei. Dies hieße *alle* außergerichtlichen Entsagungen für unmöglich erklären, da dieselben den Zweck und die zugleich augenblicklich eintretende Wirkung haben, bisher bestandene Rechte zu *vernichten*, die Uebertragung des Besitzes an einem *vernichteten* Recht aber etwas Undenkbares ist. Der Entsagende *kann* nichts übergeben, mithin kann auch die Vorschrift des §. 1065. Tit. 11. a. a. O. auf Entsagung keine Anwendung finden. Sie schließt die Gültigkeit außergerichtlicher Entsagungen um so weniger aus, als die Vorschriften, in deren Reihe sie sich befindet, ihrem Zusammenhange nach nur die gerichtliche Abfassung solcher Schenkungsverträge verlangen, wodurch der Schenkende zu einer künftig erst zu leistenden Uebergabe verpflichtet werden soll, dagegen überall, wo das Geschäft sofort dergestalt zu Stande gebracht wird, daß eine erst künftig zu erfüllende Verbindlichkeit des Schenkenden nicht übrig bleibt, auf die gerichtliche Form keinen Werth legen. — Es kommen ferner in Erwägung: A. L. R. I. 5. §§. 414., 134. und I. 16. §. 387., welche die Form der Entsagungen feststellen; es ist dabei ein Unterschied zwischen Entsagungen, welche gegen Vergütigung, und solchen, welche unentgeltlich geschehen sind, so wie zwischen Entsagungen bloß angefallener und zweifelhafter, oder schon erworbener und unstreitiger Ansprüche nicht gemacht. Die angeführten Vorschriften gelten daher allgemein, und somit ist auch der aus reiner Freigebigkeit schriftlich erklärte und akceptirte Erlaß einer Schuld von mehr als 50 Thlr. vollkommen rechtsbeständig. Mit diesen Vorschriften steht der §. 393. Tit. 16. nicht in Widerspruch. Wenn derselbe die unentgeltlichen Entsagungen den Schenkungen gleich geachtet wissen will, so ist damit nur gesagt, daß Entsagungen *in der sonst schon gesetzlich für sie vorgeschriebenen Form* denselben Grundsätzen unterworfen sein sollen, die von *rechtsgültig* geschlossenen eigentlichen Schenkungen gelten. Ihrem Inhalt und ihrer Bestimmung nach sind die Entsagungen allerdings *keine* Schenkungen, wenngleich sie aus denselben Motiven hervorgehen. Erklärt dessenungeachtet das Gesetz die Entsagungen für Schenkungen, so braucht den ersteren durch Beobachtung der bei den letzteren erforderlichen besonderen Form nicht erst von den Parteien Gültigkeit verschafft zu werden; sie sind vielmehr Schenkungen *Kraft des Gesetzes.* Offenbar ist es auch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Gültigkeit der Entsagungen von der gerichtlichen Aufnahme abhängig zu machen. Nach den amtlichen Vorträgen von *Suarez* ging der Zweck der Einführung der gerichtlichen Form für Schenkungen nur dahin, vor leichtfertigen *Versprechungen* aus reiner Freigebigkeit, vor Eingehung von *Verbindlichkeiten* zu schützen. Nirgend dürfte sich dagegen eine Stelle finden, aus welcher die Tendenz des Gesetzgebers hervorginge, die *Aufhebung* von Verbindlichkeiten zu *erschweren.* Wenn es ferner ein allgemein anerkannter Grundsatz ist, daß Niemand zur Ausübung seiner Rechte gezwungen wird, und man demgemäß die Ausübung von Rechten beliebig unterlassen, die letzteren stillschweigend aufgeben, oder durch eine auf absichtlicher Versäumniß beruhende Präklusion u. dgl. sich entziehen lassen kann (A. L. R. I. 5. §§. 307., 330., 345., Tit. 11. §. 843., Tit. 21. §. 625., Tit. 22. §. 43.), so ist nicht wohl abzusehen, weshalb eine *ausdrückliche* erklärte Entsagung, wie sie der §. 381. Tit. 16. a. a. O. voraussetzt, mehr zu erschweren und an lästigere Formen zu knüpfen sei, als jede andere Willenserklärung. Wenn daher nach dem eben gedachten §. 381. der Erlaß oder die Verzichtleistung mittelst einer ausdrücklichen Willenserklärung erfolgt, diese Willenserklärung selbst nach §. 380. ebendort in Verbindung mit §. 131. Tit. 5. a. a. O. bei Ansprüchen über 50 Thlr. schriftlich, bei geringeren Ansprüchen mündlich erklärt und gemäß des §. 388. Tit. 16. akceptirt ist: so sind alle, durch die Gesetze erforderten Bedingungen eines gültigen Erlasses vorhanden. Es hat wohl noch kein Hyp.-Richter Bedenken getragen, auf den Grund einer vor Notar und Zeugen erklärten Entsagung ein Hyp.-Recht zu löschen, und doch ist ein solches ohne Zweifel ein bereits erworbenes Recht, gehört also zu denen, wovon der §. 393. a. a. O. handelt. Auch das Recht auf Eviktionsleistung bei Eigenthums-Uebertragungen ist gewiß ein wohlerworbenes, und schwerlich ist jemals die Gültigkeit einer schriftlichen Entsagung desselben, zumal nach dem Abschlusse des Vertrages und nachdem der Grund zur Eviktion eingetreten ist, bezweifelt worden. Auch wäre es seltsam, wenn es nach einem Rechtssysteme, welches das sofortige Weggeben der werthvollsten beweglichen Sachen ohne jede besondere Form und die unentgeltliche Abtretung von Immobilien aller Art und Größe auf den Grund einer einfachen schriftlichen Urkunde mit voller rechtlicher Wirkung gestattet, nicht erlaubt sein sollte, einem Schuldner die Zahlung einer geringen Summe anders als vor dem Richter, sogar nicht einmal vor Notar und Zeugen (§§. 1066., 1069. Tit. 11. a. a. O.), zu erlassen. Selbst einer *ganzen*, schon angefallenen *Erbschaft* kann durch eine Privat-Urkunde entsagt werden (§§. 398—400. Tit. 9. a. a. O.), schwerlich aber möchte die Verzichtleistung auf einzelne Rechte für wichtiger und dergestalt bedenklicher anzusehen sein, daß sie den Parteien nicht allein überlassen werden kann. Endlich verordnet der §. 392. Tit. 16. a. a. O.: *Gerichtliche* Entsagungen bedürfen keiner Annahme. Wäre zur Gültigkeit der Entsagungen die gerichtliche Form als *nothwendig* vorgeschrieben: so würde die Beschränkung des §. 392. auf gerichtliche Entsagungen keinen Sinn haben, vielmehr hätte in demselben gesagt werden müssen, daß Entsagungen *überhaupt* keiner Annahme bedürfen, und es würde demnach die jetzige Fassung des §. 392. eine ganz verfehlte sein.

(Präj. Samml. S. 92, Entsch. Bd. 5. S. 261.)

2) Antinomie zwischen dem §. 393. und dem §. 1039. A. L. R. I. 11.

a) *Bornemann* bemerkt, daß zwischen beiden §§. zwar anscheinend ein Widerspruch bestehe; das Register zum A. L. R. sub voce *Entsagung* ergebe indeß, daß die Redaktoren bei §. 1039. an Rechte gedacht, welche dem Entsagenden zwar schon deferirt, von demselben aber noch nicht akceptirt waren, wogegen im §. 393. von Rechten die Rede, welche in Folge der Akceptation des Entsagenden schon zu dessen Vermögen gehörten.

(System Bd. 3. S. 675, 2. Ausg. Bd. 3. S. 395—396.)

b) *Koch* will den Widerspruch dadurch lösen, daß sich der §. 393. auf wirkliche Nachlaßverträge, Erlasse wirklicher Forderungsrechte, dagegen der §. 1039. auf nicht obligatorische Rechte, und auf obligatorische Rechte, welche selbst keine Obligationen seien, beziehe.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 691.)

c) Das *Ob. Trib.* führt in dem Erk. v. 10. Jan. 1843 aus, daß der §. 393. h. t. nicht auf die bloße Entsagung einer bis dahin nur *angefallenen* Erbschaft bezogen werden könne, sondern daß bei dergleichen Erbentsagungen die Regel des §. 1039. A. L. R. I. 11. maßgebend bleibe.

---

[1]) Diesen Grundsatz hatte der II. Sen. des *Ob. Trib.* bereits früher ausgesprochen. Nachdem indeß der III. Sen. in dem Erk. v. 30. Juni 1838 (J. W. 1839 S. 661) die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt, entschied sich das Plenum für die Ansicht des II. Sen. (Entsch. Bd. 5. S. 262 ff.). Die durch den Pl. Beschl. festgestellte Ansicht wird auch angenommen von *Fülleborn* in der Abhandl. in Simon's Z. Bd. 1. S. 46 ff., *Schweikart* in der Abhandl. ebend. S. 422 ff., *Bornemann* (System Bd. 3. S. 673, 674, 2. Ausg. Bd. 3. S. 395), *Koch* (Recht der Ford. Bd. 2. S. 695), und dem Verf. des Auff. im Centralbl. 1840 S. 348. — Die *entgegengesetzte* Meinung halten für die richtige: der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1833 S. 662 und v. *Rönne* in der Abhandl. in der J. W. 1839 S. 657 ff.

Zwar hat es nach A. L. R. I. 9. §§. 367., 368. und 393. h. t. den Anschein, als ob das Gesetz jede unentgeltliche Entsagung eines bereits erworbenen Rechts einer Schenkung gleichstelle; allein dies ist nicht der Fall. Die Verbindung, in welcher §. 393. mit den vorhergehenden und folgenden Bestimmungen steht, ergiebt, daß dort nicht von einseitigen, sondern von vertragsmäßigen Entsagungen auf obligatorische Rechte die Rede ist. Dann ist aber auch der Anfall einer Erbschaft von der Uebernahme derselben verschieden. Jeder, dem eine Erbschaft angefallen ist, hat die Wahl, ob er dieselbe mit ihren Rechten und Pflichten übernehmen oder ihr entsagen wolle. Bis zur Uebernahme und Antretung der Erbschaft hat der Erbe nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten der angefallenen Erbschaft überkommen, der wirkliche Erwerb der Erbschaft wird sogar durch den innerhalb der Deliberationsfrist ausgedrückten Willen, sie nicht übernehmen zu wollen, beseitigt. Dieser Unterschied zwischen dem Anfalle und der wirklichen Uebernahme ist denn auch durch das A. L. R. in der Materie von den Schenkungen sehr bestimmt festgehalten. Den Gegensatz der Bestimmung des §. 1039. Tit. 11. Thl. I. bildet der §. 393. Tit. 16., welcher das charakteristische Merkmal der Schenkung darin setzt, daß das Recht ein wirklich erworbenes und wirklich übernommenes — oder hinsichtlich seines Erwerbes ein unzweifelhaftes — war. Wirklich erworben und übernommen in dem eben hervorgehobenen Sinne des Gesetzes ist nun aber eine Erbschaft erst mit deren Antretung (§§. 383., 389., 420., 427. Tit. 9. Thl. I. A. L. R.), mag diese ausdrücklich geschehen oder in Folge gesetzlicher Vorschrift angenommen werden müssen. Daher kann der §. 393. Tit. 16. l. c. nicht auf die bloße Entsagung einer bis dahin nur angefallenen Erbschaft bezogen werden; vielmehr bleibt bei dergl. Erbentsagungen die Regel des §. 1039. Tit. 11. l. c. maßgebend, mithin bloße Verzichtleistung auf eine erst angefallene aber nicht übernommene Erbschaft von dem Begriff der Schenkung ausgeschlossen. (Entsch. Bd. 8. S. 250.)

3) Ob die Entsagung unentgeltlich geschehen, ist nicht nach Inhalt der darüber vorhandenen Urkunde allein, sondern nach der überhaupt vorhandenen Sachlage und den persönlichen Verhältnissen der Kontrahenten zu beurtheilen.

Die Entsagung des maritalischen Nießbrauchsrechtes Seitens eines insolventen Ehemannes ist nicht als Schenkung anzusehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juli 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 274 Nr. 66.)

4) Eine bloß einseitig und nur schriftlich ausgestellte Urkunde über den unentgeltlichen Erlaß von Reallasten ist ungenügend.

Erkannt von dem Revisions-Kollegium für Landes-Kult. S. unterm 10. Sept. 1852.
(Zeitsch. des Rev. Kolleg. Bd. 5. S. 425 ff.)

§. 395. Die Worte: »Entsagung desselben« beziehen sich nicht auf den Prozeß, sondern auf das streitige Recht.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 141.)

Achter Abschnitt.

Von Vergleichen.

§. 405. Begriff.

1) Ein Erbrezeß, welchem kein unter den Parteien bestehendes streitiges oder ungewisses und zweifelhaftes Rechtsverhältniß unterbreitet worden, ist als ein Vergleich nicht anzusehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1851 auf Grund des §. 405.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 56 Nr. 12.)

2) Wenn ein Streit zweier Personen über das Eigenthum einer Sache praktisch dadurch ausgeglichen wird, daß der eine Prätendent sie von dem anderen kauft, so ist das Rechtsgeschäft, obgleich es nicht ausdrücklich als Vergleich bezeichnet worden, dennoch rechtlich als solcher zu beurtheilen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 335 Nr. 71.)

3) Wenn in einer Urkunde bloß die rechtlichen Folgen eines schwebenden Verhältnisses anerkannt werden, so ist dies für einen Vergleich nicht zu erachten.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 141 Nr. 27.)

4) Enthält der Vergleich eine Novation?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß man den Vergleich seiner Natur nach mit mehreren gemeinrechtlichen Schriftstellern zu den Novationen zählen könne, daß jedoch unser Gesetzbuch einen andern Gesichtspunkt aufgefaßt, indem es ihm einen besondern Abschnitt gewidmet.
(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 148.)

b) Das Ob. Trib. hat sich über die Frage widersprechend ausgedrückt.

In dem Erk. v. 19. Febr. 1847 bemerkt dasselbe unter Bezugnahme auf den §. 405.:

Ein solcher Vertrag (§. 405.) konstituirt die durch ihn eingegangene neue Obligation, hebt aber eben dadurch diejenige, worüber transigirt worden, auf. (Entsch. Bd. 15. S. 86.)

Dagegen bemerkt das Erk. des II. Sen. v. 13. April 1849 gleichfalls unter Bezugnahme auf den §. 405.:

Es gehört also nicht zum Begriffe des Vergleichs, daß die bisher bestandenen Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben werden.

Sodann führt dies Urtel weiter aus, daß »Vergleich« und »Novation« ganz verschiedene Rechtsgeschäfte sind. (Entsch. Bd. 18. S. 173.)

In einem anderen Urtel (Datum konstirt nicht) bemerkt dasselbe:

Die Ansicht, daß ein Vergleich keine Novation sei, enthält keinen Verstoß gegen die §§. 454. und 462. h. t. und ist in sofern nicht unrichtig, als in der That der Begriff eines Vergleiches nicht nothwendig denjenigen einer Novation, wobei eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt wird (§. 454. h. t.), in sich schließt.
(Jur. Men. Schr. Bd. 1. S. 299.)

c) Koch führt mit Bezug auf die alleg. Präj. des Ob. Trib. aus:

Ein Rechtsgeschäft kann begreiflich ganz verschieden von der Novation sein, und doch wie eine Novation wirken. Das juristisch Wahre ist: der Vergleich novirt nicht. Dies folgt aus dem Worte: »bestimmen« im §. 405. und aus den §§. 445—449. h. t.
(Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 405. h. t.)

Auch in der Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 293 spricht derselbe sich dahin aus, daß der Vergleich keine Novation enthalte, weil in demselben nur eine Bestimmung des Quanti liege, ohne Veränderung der rechtlichen Natur des obligatorischen Verhältnisses.

d) Grävell verneint gleichfalls. (Kreditges. Bd. 4. S. 155.)

§. 407. Form.

Ueber die Rechtsbeständigkeit mündlich abgeschlossener Vergleiche vergl. die Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 19. Febr. 1847 (Präj. Nr. 1853.) und v. 8. März 1851 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 146. Zus. 1.

§§. 413—414. u. Anh. **§. 51.** Vergleiche über Alimente.

1) Das G. v. 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte bestimmt im §. 1.:

Bei folgenden Rechtsgeschäften soll die bisher vorgeschriebene Mitwirkung der Gerichte nicht mehr erforderlich sein, sondern zur Gültigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form genügen:
b) bei Vergleichen über künftige Verpflegungsgelder (§. 413. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. und §. 6. Nr. 6. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O.)
(G. S. 1845 S. 495.)

2) Durch vorstehende Bestimmung sind der §. 413. h. t. nebst dem §. 51. des Anh. dazu und der §. 414. h. t. antiquirt[1]).

3) Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §. 95. des Anh. zum §. 614.

§§. 415. 416. Vergleiche über unerlaubte Handlungen.

§. 416. 1) Bornemann hat früher angenommen, daß der §. 416. von Vergehen zu verstehen sei, die wie Injurien und Holzdefraudationen mehr aus dem Gesichtspunkte eines Civilanspruchs zu

---

[1]) a) Der §. 51. des Anh. ist aus dem R. v. 6. Dec. 1796 (N. C. C. Tom. X. p. 1911) geschöpft. Das R. v. 28. Juli 1834 (Jahrb. Bd. 44. S. 66, Gräff Bd. 8. S. 31) hatte übrigens ausgesprochen, daß die Bestimmung des §. 51. des Anh. nur auf die Fälle zu beziehen, wo der zu Verpflegende unter obervormundschaftlicher Aufsicht steht. (Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. Anh. §. 95. zum §. 614.)

b) Das zum §. 413. eingetragene, mit diesem beseitigte Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Okt. 1842 (Präj. Nr. 1219.) spricht aus: »Die im §. 413. vorgeschriebene Bestätigung des Vergleichs über künftige Verpflegungsgelder muß auch dann hinzukommen, wenn derselbe durch den ordentlichen Richter aufgenommen und ausgefertigt worden ist. (Präj. Samml. S. 92.)

betrachten sind, und daß mithin in Ansehung aller anderen Verbrechen, die zwar nur auf den Antrag des Verletzten zur Untersuchung gelangen, dann aber von Amtswegen verfolgt werden, die Regel des §. 8. A. L. R. I. 4. stehen bleibe.

(Rechtsgesch. S. 85, System 1. Ausg. Bd. 1. S. 284.)

Diese Ansicht hat derselbe indeß zurückgenommen, indem er bemerkt:

Nach den Materialien ist diese Ansicht unrichtig. Im Entw. II. Tit. 13. §. 249. lautete die mit §. 416. Tit. 16. korrespondirende Vorschrift:

Dagegen hat ein Vergleich zur Verheimlichung eines Verbrechens keine rechtliche Wirkung, sondern ist vielmehr nach Beschaffenheit der Umstände strafbar.

Suarez bemerkte dagegen in der rev. mon.:

Wird nur auf solche Delikte einzuschränken sein, die der Richter ex off. untersuchen muß. Bei solchen, wo es auf die Rüge des partis laesae ankommt, ist ein Vergleich, daß solche nicht gerügt werden sollen, gültig.

In Folge dieser Bemerkung erhielt der §. 416. seine jetzige Fassung. Suarez scheint aber dennoch nicht an ein Abkaufen der Denunziation, sondern nur an eine Verzichtleistung darauf gedacht zu haben, bei welcher Annahme der §. 416. mit dem allgemeinen Grundsatze im Einklange bleibt. (System 2. Ausg. Bd. 1. S. 110—111.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 8.

2) Zum Begriffe der Verheimlichung eines Verbrechens gehört eine positive auf Verhütung der Entdeckung desselben gerichtete Thätigkeit. — Daher macht das Versprechen der Verschwiegenheit, welches von dem Beschädigten in einem Vergleiche über sein aus einem verübten Verbrechen erwachsenes Privatinteresse abgegeben ist, diesen Vergleich nicht rechtsunverbindlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juli 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 18 Nr. 5.)

§§. 417. 418. Wie weit Irrthum den Vergleich entkräfte.

1) Auch Vergleiche werden durch einen Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung entkräftet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1850.

Der §. 418. spricht nur von einem Irrthum über die Beschaffenheit des streitigen Rechts selbst, und der §. 417. setzt nicht fest, daß nur Irrthum in der Person und dem Gegenstande des Vergleichs diesen entkräften könne; verweist vielmehr ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen vom Irrthum bei Willenserklärungen, namentlich auf Landr. I. 4., woraus folgt, daß auch bei Vergleichen Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts, oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung diesen entkräften kann. Bei einem Vertrage über eine Abfindung aus dem Vermögen des einen Paciszenten kann ein Irrthum über den Zustand des Vermögens und über die Fähigkeit, darüber zu diponiren, von der Art sein, daß er als ein Irthum im Wesentlichen des Geschäfts und dem Hauptgegenstande der Willenserklärung betrachtet werden müßte.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 1 Nr. 1.)

2) Unter dem im §. 418. gedachten Irrthum über die Beschaffenheit des streitigen Rechts ist die den Vergleich selbst veranlassende und bedingende Ungewißheit zu verstehen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1857.
(Entsch. Bd. 36. S. 88, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 126 Nr. 44.)

Vergl. auch Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 418. h. t.

3) Betreff. die Anfechtbarkeit von Separations-Rezessen wegen Irrthums.

a) Separations-Rezesse über die Aufhebung von Gemeinheiten, Hutungen und Diensten, bei denen beide Theile von ihren Forderungen nachgelassen haben, gehören in die Kategorie der Vergleiche und können daher weder wegen Irrthums über die Beschaffenheit der abgefundenen Rechte, noch wegen Verletzung angefochten werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1804.
(Mathis Bd. 4. S. 205 ff.)

b) Gegen einen ordnungsmäßig vollzogenen und von der Auseinandersetzungsbehörde bestätigten Rezeß, ist, wie gegen einen Vergleich und gegen ein gerichtlich aufgenommenes Dokument, der Einwand zulässig, daß bei Aufnahme desselben ein Irrthum vorgefallen sei.

Erkannt von dem Revisions-Kollegium für Land. Kult. S. unterm 28. Okt. 1852.

Nach §. 169. der V. v. 20. Juni 1817 hat der bestätigte Rezeß die Wirkung einer gerichtlich bestätigten Urkunde, aus welcher Exekution nachgesucht werden kann. Er gehört somit in die Kategorie gerichtlicher Vergleiche (§. 13. A. G. O. I. 11.), und so wie nach §. 417. A. G. O. I. 16. auch ein Vergleich wegen Irrthums angefochten werden kann, und nach §. 126. A. G. O. I. 10. gegen eine gerichtliche Urkunde im Allgemeinen der Einwand eines bei ihrer Aufnahme vorgefallenen Irrthums zulässig ist, so muß er auch gegen einen bestätigten Rezeß für statthaft erachtet werden, da die Bestätigung nach §. 25. A. G. O. II. 3. nur den Zweck hat, den Willenserklärungen einen höheren Grad der Festigkeit und Unverletzbarkeit zu gewähren, nicht aber die allgemeinen Einwendungen gegen die Wahrheit und Richtigkeit der Willenserklärungen ausschließt. — Wenn nach §. 26. A. G. O. I. 15. sogar gegen rechtskräftige Erkenntnisse der Einwand des Irrthums geltend gemacht werden kann, so ist nicht anzunehmen, daß ein Rezeß deshalb unangreifbar sei. Auch steht dem der §. 170. der V. v. 20. Juni 1817 nicht entgegen, vielmehr bezieht sich derselbe nur auf die Gegenstände, welche wirklich zur Ablösung gelangt sind, und kann auf solche Verpflichtungen nicht ausgedehnt werden, welche in dies Verfahren gar nicht gezogen waren, oder gar, nach dem Willen der Parteien, davon ausgeschlossen bleiben sollten.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 75 ff. und Präj. Samml. dess. S. 18 Nr. 5.)

Dieselbe Ansicht hat das (vormalige) Revisions-Kollegium zu Breslau unterm 27. April 1839 in einem Falle, wo ein offenbares Versehen eines Feldmessers zum Grunde lag, unter Aufhebung der entgegengesetzten Entscheidung der Gen. Komm. zu Breslau v. 18. Juli 1838 angenommen. (J. W. 1840 S. 537.)

Auch das Ob. Trib. ist dem (in der Sache: Brandenburg O. 1.) beigetreten. (Datum des Erk. konstirt nicht.)

(Präj. Samml. des Rev. Kolleg. S. 18 Nr. 5.)

Ebenso hat der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Mai 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 175 Nr. 41.) und der II. Sen. in dem Erk. v. 10. März 1857 (Entsch. Bd. 36 S. 96) angenommen, daß auch ein bestätigter Rezeß über das Auseinandersetzungsverfahren wegen Irrthums angefochten werden kann.

c) Die Rentenbank-Direktionen sind nicht berechtigt, die Annullirung eines von der betreffenden Auseinandersetzungsbehörde bestätigten Auseinandersetzungs-Rezesses wegen mangelnder Sicherheit der ihnen überwiesenen Jahresrenten zu beantragen, selbst nicht wegen eines dabei vorgekommenen, auch absichtlich veranlaßten Irrthums. Nur von den Kontrahenten selbst kann ein solcher Rezeß wegen Irrthums oder Betrugs angefochten werden. Die von der Auseinandersetzungsbehörde ertheilte Genehmigung und Bestätigung eines Rezesses kann daher, auch wenn sich dieselbe dabei in einem faktischen Irrthume befunden haben sollte, so wenig von ihr selbst wieder aufgehoben, als auf einem anderen Wege von ihr angegriffen oder beseitigt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Juni 1856.
(Zeitsch. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 259 ff.)

§. 419. Betrug.

Auch nach Bestätigung des Auseinandersetzungs-Rezesses kann eine gutsherrlich-bäuerliche Regulirung wegen eines dabei obgewalteten Betruges angefochten werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juli 1854.
(Entsch. Bd. 28. S. 246, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 256 Nr. 58.)

§§. 420. 421. Neu aufgefundene Urkunden.

1) Wegen neu aufgefundener Urkunden kann ein Vergleich nur alsdann mit Erfolg angefochten werden, wenn aus denselben für sich allein und ohne Beziehung auf andere Momente der gänzliche Mangel alles Rechtes auf Seiten des Gegentheils klar nachgewiesen werden kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 335 Nr. 71.)

2) Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 14. März 1848 (Präj. Nr. 1999.) in den Erg. zur A. G. O. I. 16. §§. 17., 21., 22.

§§. 422—425. Vergleiche über Rechte, die einem Dritten gehören.

Ueber die Entstehungsgeschichte dieser §§. und das aus dieser zu entnehmende Verständniß derselben vergl. Bornemann's System Bd. 3. S. 681—686, 2. Ausg. Bd. 3. S. 399—402.

§. 422. Der im §. 422. gedachte Grund zur Aufhebung des Vergleichs greift nur dann Platz, wenn unbestritten vorausgesetzt worden, daß das Recht keinem Dritten zustehen könne.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1857; denn dies folge aus der Natur des Vergleichs überhaupt sowohl, als insbesondere aus dem im §. 423. hervorgehobenen Momente, daß ein Rechtsverhältniß als unbestritten vorausgesetzt worden sei.

(Entsch. Bd. 36. S. 88, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 176 Nr. 44.)

§§. 429—435. Vergleiche über Rechnungen.

§. 429. Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Okt. 1851 in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 150. sqq. Zus. 2.

§. 444. Gerichtliche Vergleiche.

Vergl. A. G. O. I. 24. §. 4. und V. v. 4. März 1834 (über die Exekution) §. 1.

§§. 445. 449. Der Verfasser der Medit. in Mathis Bd. 8. S. 395—405, ferner Grävell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 483, 484) und Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 688) tadeln den §. 449. mit Beziehung auf §. 445. und wollen ihn restriktiv auslegen, in sofern es daselbst heißt: das Pfandrecht hafte dem Berechtigten zur Sicherheit seiner aus dem Vergleiche an den Verpflichteten habenden Forderung.

Die Gesetzrevisoren bemerken in dieser Beziehung:

Es hat hier unbedenklich die Frage entschieden werden sollen, wie weit sich der Berechtigte nach abgeschlossenem Vergleiche an das Pfand halten könne. Es würde aber, im Fall das Pfand von einem Dritten bestellt wäre, diesem offenbar präjudiziren, wenn das Pfand dem Berechtigten für jede aus dem Vergleiche entstehende Forderung haften, oder wenn die durch den Vergleich aufgegebenen Einreden des Hauptschuldners dem Eigenthümer des Pfandes nicht mehr zu Statten kommen sollten. Eben so können auch, wenn der Hauptschuldner zugleich Eigenthümer des Pfandes ist, die Rechte der Mitgläubiger, welche auf denselben Gegenstand ein späteres Pfandrecht erworben haben, gekränkt werden, falls das Pfand unbedingt für die Erfüllung des Vergleichs haften soll. Bei Entwerfung des §. 449., welcher bei Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden, hat man an diese Verhältnisse nicht gedacht.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 147.)

Neunter Abschnitt.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Umschaffung.

Temme, über das Wesen der Novation nach Preuß. R. (J. W. 1845 S. 570 ff.)

§§. 451—455. Grundsätze.

§. 452. Nach diesem Grundsatze wird durch die Ausstellung eines Schuldscheins auch die kürzere Verjährung, welcher die Schuld nach ihrer Natur unterworfen ist, nicht ausgeschlossen; sie läuft vom Tage der Ausstellung von neuem.

Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Juni 1851 (Präj. Nr. 2295.) zum §. 10. des G. v. 31. März 1838 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 546—550. Zus. III. 14. g.

(s. ob. S. 269—270.)

§§. 452—455. 1) Betreffend die Novation durch einen Wechsel.

Darüber finden sich verschiedene Entscheidungen des Ob. Trib.

a) Die Ausstellung eines Wechsels von Seiten des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers, verbunden mit der Annahme des Wechsels ohne Vorbehalt von Seiten des Gläubigers, enthält eine Novation.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1851.

Denn diese Art der Berichtigung der Schuld trägt alle Wirkungen einer Zahlung durch Geld oder geldgleiche Papiere nach A. L. R. I. 16. §. 28. an sich. Der Wechsel, als ein selbstständiger formeller Vertrag, hat hier nicht eine bloß akcessorische Bedeutung; durch die Ausstellung und die Annahme desselben ohne Vorbehalt wird vielmehr die ursprüngliche Kaufgelderforderung hier vollständig aufgehoben. Die Wechselverpflichtung tritt an deren Stelle, es findet eine Novation im Sinne des §. 454. des A. L. R. I. 16. statt; die alte Verbindlichkeit erlischt. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 67 Nr. 15.)

b) Wechsel, welche von dem Verkäufer über den Kaufpreis an eigene Ordre gezogen, von dem bezogenen Käufer akceptirt, und durch Indossament noch nicht in Umlauf gesetzt sind, vertreten, wenn nicht ein Anderes verabredet worden ist, oder besondere Umstände hinzutreten, an sich weder die Zahlung des Kaufpreises, noch auch begründen sie eine Novation der unterliegenden Verbindlichkeit aus dem Kaufgeschäfte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1854 [1]). (Präj. Nr. 2537.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 28, Entsch. Bd. 28. S. 199, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 237 Nr. 54.)

c) Die Ausstellung eines trockenen Wechsels über eine schon bestehende Schuld begründet eine Novation nur dann, wenn dies ausdrücklich verabredet ist. Die ursprüngliche Forderung kann mithin, insofern sie nicht inzwischen getilgt worden ist, nach Rückgabe oder Kassation des über dieselbe ausgestellten Wechsels noch eingeklagt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 146 Nr. 35.)

d) Durch die Ausstellung eines trockenen Wechsels über ein Darlehn und seine selbst vorbehaltlose Annahme an sich, und wenn nicht andere, eine entgegengesetzte Absicht kundgebende Umstände konkurriren, kann die civilrechtliche Obligation aus dem zum Grunde liegenden Darlehne nicht novirt und aufgehoben werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. April 1856.

(Entsch. Bd. 32. S. 421.)

e) Die Ausstellung und Annahme eines Wechsels an eigene Ordre über eine schon bestehende Schuld des Ausstellers an den Nehmer des Wechsels bewirkt für sich allein noch keine Tilgung oder Novation der Schuld. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Absicht der Parteien auf diese Wirkung gerichtet war. Eine solche Absicht ist, wenn der Aussteller für die Schuld bloß als Hypothekenschuldner dinglich verpflichtet war, nicht anzunehmen, wenngleich ihm von dem Gläubiger nach Empfang des Wechsels der Konsens zur Löschung der Hypothek ertheilt und diese bewirkt worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 203 Nr. 51.)

Ueber die verschiedenen Meinungen, welche sich in Betreff dieser Frage in der Theorie gebildet haben, vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 454. h. t.

2) Enthält die res judicata eine Novation?

Es verneinen:

a) Grävell, weil durch das Judikat nicht eine neue Verbindlichkeit eingeführt, sondern nur die alte außer Zweifel gesetzt werde.

(Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 1. S. 155.)

b) Koch, ungeachtet der Bestimmungen §. 7. h. t. und A. L. R. I. 11. §. 821., vielmehr behalte die rechtskräftig zugesprochene Forderung nach wie vor alle akcessorischen Rechte und ihre früheren Eigenschaften.

(Lehre vom Uebergange der Ford. S. 293.)

3) Die Prolongation eines trockenen Wechsels ist nicht als Novation anzusehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Jan. 1833.

(Simon's R. Bd. 4. S. 138.)

4) Ueber die Frage: ob ein Vergleich eine Novation enthält? vergl. die Erg. zum §. 405. h. t. Zus. 4.

§. 455. Der §. 455. ist aus dem Konkl. der Ges. Komm. v. 12. Juli 1782 (Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 150) bei der Umarbeitung des gedr. Entw. aufgenommen.

Vergl. darüber: Koch vom Uebergange der Ford. S. 288, v. Rönne in Klein's System Bd. 1. S. 445, Simon's Z. Bd. 2. S. 148 ff.

---

[1]) Diese Entscheidung steht im Resultate und in ihrer Begründung im Widerspruche mit der oben sub a. gegebenen Entsch. v. 28. Okt. 1851. Die Gründe des neueren Präj. bemerken indeß, daß dem durch jenes ältere Erk. entschiedenen Falle eine andere Voraussetzung zum Grunde gelegen, indem nämlich der Verkäufer dem Käufer Quittung ertheilt, und durch diese anerkannt habe, daß der Käufer durch Ausstellung des Wechsels den Kaufvertrag vollständig erfüllt habe, weshalb eine Novation angenommen worden sei.

§. 456. In wiefern ein unfähiger Schuldner noviren könne.

Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 456.:

Nach §. 41. h. t. sind die geleisteten Zahlungen des unfähigen Schuldners nur in soweit gültig, als der Unfähige sich dadurch von einer Verbindlichkeit befreit hat. Demgemäß muß die Novation in soweit gültig sein, als dadurch eine ältere Verbindlichkeit getilgt worden; mit anderen Worten, der Unfähige wird aus der Novation in soweit verbunden, als er früher verbunden war. Dadurch ist nichts gesagt. In Betreff der Zahlung, als der unmittelbaren Erfüllung einer Verbindlichkeit, ohne daß etwas Anderes an deren Stelle tritt, wird mit Recht auf die Rechtsbeständigkeit der getilgten Verbindlichkeit Bezug genommen. Rücksichtlich der Novation aber wird eben dadurch ihr Begriff zerstört. Es bleibt alsdann nur der sich von selbst verstehende Satz übrig: »Die Novation ist für den Unfähigen gültig, in soweit er dadurch einen Vortheil erlangt.« Ueberdies steht in dem folgenden §. 462. h. t. gerade das Gegentheil des §. 456., welchen übrigens Suarez bei Umarbeitung des gedr. Entw. nebst den folgenden §§., ohne etwas zu dessen Rechtfertigung anzuführen, eingeschoben hat. Es muß aber bei §. 462. sein Bewenden behalten, wenn die Novation irgend als ein verbindender Vertrag betrachtet werden soll.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 149.)

Vergl. Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 3. S. 403—404.

§. 461. 1) In der letzten Zeile muß es statt: »§. 260.« heißen: »§. 262.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

2) Vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2581. v. 14. Sept. 1854 in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 399., 400., 404., 406.

§. 462. Statt: »derselben Person« ist zu setzen: »denselben Personen«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3.)

§§. 470. 471. Durch die Expromission wird die dem Gläubiger durch den ursprünglichen Schuldner bestellte Hypothek nicht aufgehoben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1850. (Entsch. Bd. 19. S. 197.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 399., 400., Zus. 6.

§§. 472. 473. Bedarf es einer neuen besonderen Verwarnung, wenn eine Frauensperson die Bürgin ist und diese bei der Novation zugezogen?

Die Gesetzrevisoren finden diesen Zweifel »nicht ohne Erheblichkeit«, sprechen jedoch ihre Ansicht nicht aus.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 153.)

Koch bemerkt:

Damit der Bürge hafte, muß er seine Zustimmung zur neuen Obligation ausdrücken; seine stumme Gegenwart und die Uebergehung der Bürgschaft machen ihn nicht verbindlich. Die Bürgschaft ist in diesem Falle eben so, wie die Schuld selbst eine neue. Danach entscheidet sich die Frage: ob, wenn der Bürge eine Frauensperson ist, die Förmlichkeiten der Weiberbürgschaft wiederholt werden müssen. (Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 473. h. t.)

§. 475. Merkel hält das Wort »nicht« für einen Druckfehler. (Komm. zum A. L. R. ad h. l.)

Grävell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 1. S. 161) und Koch (Lehre vom Uebergange der Ford. S. 311) widerlegen ihn und Letzterer zugleich Bornemann's Ansicht (System Bd. 3. S. 690, 2. Ausg. Bd. 3. S. 311—312), daß die Bestimmung eine Ausnahme sei, da sie keine regelrechte Folge.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 20. zum §. 475. h. t.

Zehnter Abschnitt.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Vereinigung.

§§. 476—481. Begriff der Konfusion und Erfordernisse derselben.

§§. 476. 477. 1) Konfusion setzt das gleichzeitige Zusammentreffen von Recht und Verbindlichkeit in Einer Person in der Art voraus, daß dieselbe das Recht für sich selbst auszuüben und die Pflicht für eigene Rechnung zu leisten habe.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 232.)

2) Ein Gutskäufer, welcher ad rationem pretii eine Hypothek übernimmt, und hiernächst dieselbe durch Cession erwirbt und valutam cessionis bezahlt, ist sein ex cessione erworbenes persönliches Recht gegen den Konstituenten der Hypothek nicht weiter zu cediren befugt, vielmehr ist sein Recht als durch Konfusion erloschen zu betrachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1837 (Präj. Nr. 287.), weil der Besitzer des Grundstücks zwar für die Schuld nur dinglich verpflichtet und auch persönlich berechtigt gewesen, sein persönliches Recht aber durch seine Verpflichtung der übernommenen Schuld im Wege der Vereinigung aufgehoben sei, weil er seinem Cedenten valuta cessionis bezahlt.

(Präj. Samml. S. 93, Koch's Arch. Bd. 1. S. 564 ff., Centralbl. 1838 S. 91.)

Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird bestritten in dem Auff. im Centralbl. 1840 S. 687 ff. und auszuführen gesucht, daß in dem in Rede stehenden Falle keine Aufhebung der Verbindlichkeit durch Vereinigung eintrete, weil nur eine dingliche Verpflichtung, nicht eine persönliche, und ein persönliches Recht vereinigt wären.

Mit dem Präj. Nr. 287. stimmt auch das Erk. des Ob. Trib. v. 6. April 1847 nicht überein, welches ausspricht:

Der Käufer eines Grundstückes, welcher sich verpflichtet hat, den Verkäufer wegen einer von ihm kontrahirten, auf dem Grundstücke eingetragenen Schuld außer persönlicher Verbindlichkeit zu setzen, wird von dieser Verbindlichkeit dadurch nicht befreit, daß der hypothekarische Schuldner, nach Veräußerung des zur Hypothek von ihm bestellten Grundstückes, dem eingetragenen Gläubiger gegen Cession seiner Rechte Zahlung leistet, und dann weiter cedirt.

(Entsch. Bd. 15. S. 221.)

Dies beruht auf dem später von dem Ob. Trib. angenommenen Satze, daß die persönliche Verbindlichkeit bei Hypothekenschulden niemals durch Konfusion erlösche, und daß daher die Verbindlichkeit des Gutskäufers noch ungelöst sei [1]).

3) Hierher gehört auch der Rechtsfall in der J. W. 1847 S. 236 ff. u. 243 ff., welcher die Frage betrifft: ob die persönliche Schuld des Verkäufers für eine von dem Käufer in Rechnung des Kaufpreises übernommene Hypothekenforderung mit ihrem Erwerb von Seiten des Käufers ohne Weiteres und rücksichtlich aller späteren Cessionare durch Konsolidation aufgehoben wird, — oder ob sie für alle späteren Cessionen gültig bleibt, wenn der Verkäufer nicht ausdrücklich davon befreit und seine Entlassung weder auf dem Dokumente noch im Hypothekenbuche vermerkt ist?

a) Ersteres nimmt der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. in dem Erk. v. 28. Mai 1841 an.

b) Letzteres das Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Mai 1842.

Zum Begriffe der Konsolidation gehört nach §§. 476. u. 478 A. L. R. I. 16., daß in Beziehung auf ein und dieselbe Verbindlichkeit das Recht und die korrelate Pflicht in derselben Person sich vereinigen, daß mithin der Schuldner aus irgend einem Rechtsgrunde der Rechtsnachfolger des Gläubigers, oder umgekehrt der Gläubiger Rechtsnachfolger des zeitherigen Schuldners werde. Dahingegen fällt der Begriff der Konsolidation fort, wenn der bisherige Schuldner nicht in Beziehung auf die Forderung, die er verschuldet, und der Gläubiger nicht in Beziehung auf dieselbe Verbindlichkeit, sondern wenn aus irgend einem anderen Rechtstitel der Schuldner Gläubiger seines bisherigen Gläubigers, oder umgekehrt der Gläubiger aus einem anderen Rechtstitel Schuldner seines zeitherigen Schuldners wird. Vielmehr erwächst aus einem solchen Zwischenereigniß, wenn dabei die gesetzlichen Bedingungen vorhanden sind, nur das Rechtsgeschäft einer Kompensation, von welcher nicht die gedachten Vorschriften im 10., sondern die §§. 300. ff. im 6. Abschn. des 16. Tit. handeln.

c) Roloff ist weder der Ansicht des zweiten, noch des letzten Richters. Er bemerkt:

Durch Erfüllung einer Verbindlichkeit, insbesondere Zahlung einer Geldschuld wird dieselbe nach §§. 10., 28., 43. A. L. R. I. 16. aufgehoben, selbst dann, wenn die Zahlung nicht durch den Schuldner, sondern durch einen Dritten mit oder ohne Auftrag des Ersteren erfolgt. Zwar bezieht sich die Aufhebung der Obligation im letzteren Falle zunächst nur auf die Person des bezahlten Gläubigers (§§. 45., 46., 50.), und das Gesetz stellt also als Regel auf, daß durch die Zahlung eines Dritten die Obligation nicht schlechthin aufgehoben, sondern nur eine Veränderung in der Person des Gläubigers, eine

---

[1]) Vergl. die Erg. zum §. 52. des Anh. zum A. L. R. I. 16. §. 484. Das Präj. Nr. 287. ist danach als verworfen anzusehen.

successio singularis eintreten soll. Demungeachtet aber folgt sowohl aus der ausdrücklichen Bezugnahme im §. 45. auf den ersten und zweiten Abschnitt des dreizehnten Titels als aus dem Begriff des Mandats und der negotiorum gestio von selbst, daß von einem Uebergange der Forderung des Gläubigers an den zahlenden Dritten nur da die Rede sein kann, wo ein Repräsentations-Verhältniß zwischen diesem und dem Schuldner nicht besteht, wo also der Dritte entweder lediglich im eigenen Interesse in der Absicht, die Forderung für sich zu erwerben, Zahlung leistet, oder wo er sich zwar als negotiorum gestor des Schuldners gerirt, letzterer aber sich weigert, das Geschäft zu genehmigen. Wenn dagegen der Dritte nur als Repräsentant des Schuldners in dessen ausdrücklichem Auftrage oder mit hinzutretender Genehmigung Zahlung leistet, so kann ein Uebergang der bezahlten Forderung auf ihn oder eine successio in die Rechte des Gläubigers niemals eintreten; vielmehr hat die Zahlung des Dritten in diesem Falle in Beziehung auf sämmtliche Betheiligte ganz dieselben Wirkungen, als wenn der Schuldner in eigener Person Zahlung geleistet hätte. Denn die Rechte des zahlenden Dritten sollen ja in diesem Falle nach dem ersten Abschn. des dreizehnten Tit. beurtheilt werden, also nach den §§. 21., 25., 26., 62., 63., 65. — Nach diesen können die Vortheile einer im Auftrage des Schuldners geleisteten Zahlung nur ihm allein zufallen, er wird also schlechthin von seiner Verbindlichkeit liberirt, und die Forderung kann nicht auf den Mandatar ohne seine ausdrückliche Einwilligung übergehen, dieser vielmehr nur mit der actio mandati contraria Vergütigung seiner gemachten Aufwendungen fordern, in sofern er nicht bereits durch einen erhaltenen Vorschuß oder auf sonstige Weise dieserhalb gedeckt ist. Es leuchtet zugleich ein, daß auch durch ein dem Auftrage zuwiderlaufendes Verhalten des Beauftragten, namentlich also dadurch, daß er ohne Einwilligung des Machtgebers mit dem Gläubiger nicht im Namen des Ersteren, sondern in eigenem Namen verhandelt, oder sich vom Gläubiger jura cessa ertheilen läßt, derselbe sich nach den oben mitgetheilten §§. 26., 62., 63. keine anderen und mehreren Rechte gegen den Schuldner verschaffen und sich die Vortheile des Geschäfts nicht zueignen kann.

(J. W. 1847 S. 491 ff.)

4) Wenn der Käufer eines Grundstücks eine eingetragene Schuld des Verkäufers in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat mit der persönlichen Verpflichtung, sie zu tilgen, und hiernächst das Eigenthum der Forderung von dem Gläubiger erwirbt, so ist die persönliche Verbindlichkeit des Verkäufers durch Vereinigung des Rechts und der Verbindlichkeit in der Person des Käufers erloschen. Es ändert hierin nichts, wenngleich der Käufer die Forderung demnächst an einen Dritten weiter cedirt.

Angenommen von der IV. Abtheil. des Civ. Sen. des Kammergerichts unterm 10. Dec. 1853. (Präj. Nr. 23.)

§. 479. Grävell nimmt an, daß auch die Verjährung so lange ruhen müsse und resp. unterbrochen werde, als die Vereinigung dauert, da Niemand wider sich selbst klagen könne.

(Komm. zu den Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 1. S. 485.)

Koch ist derselben Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 479. h. t.)

§§. 479. 482. Ueber die Unterbrechung der erwerbenden Verjährung einer Grundgerechtigkeit im Falle der Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in einer Hand vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Juni 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 344 Nr. 65) in den Erg. zum A. L. R. I. 22. §. 52.

§. 481. Der §. 481. findet auch im Falle des Fideikommisses auf den Ueberrest (§. 468. A. L. R. I. 12.) Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1848. (Präj. Nr. 1989.) (Präj. Samml. S. 93, Entsch. Bd. 16. S. 497.)

§§. 482—484. 1) Das Recht von einer Rustikalstelle Laudemien zu fordern, erlischt, wofern es nicht eingetragen ist, durch deren Vereinigung mit dem Hauptgute.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. April 1845, unter Berufung auf die §§. 482. ff. h. t. und den §. 54. A. L. R. I. 22.

(Entsch. Bd. 13. S. 332.)

2) Durch die Vereinigung des laudemialpflichtigen Grundstückes mit dem berechtigten Grundstücke erlischt die Laudemialverbindlichkeit, insofern nicht Protestation hiergegen eingelegt ist, ohne daß hierzu erforderlich, daß das pflichtige Grundstück ausdrücklich und vor anderweitiger Verleihung dem Dominialgute wieder zugeschlagen worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Juli 1848, mit Rücksicht auf die §§. 482—484. h. t.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 222 Nr. 108.)

3) Subjektiv- und objektiv-dingliche, im Hypothekenbuche eingetragene Rechte erlöschen durch die Vereinigung des Eigenthums des berechtigten und verpflichteten Grundstückes in einer Person nicht, so lange die Löschung dieser Rechte im Hypothekenbuche nicht erfolgt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. März 1853, weil im Falle der Eintragung des Rechts nicht der §. 482. h. t., sondern die §§. 53., 54. A. L. R. I. 22. eintreten.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 10 Nr. 6.)

§. 483. In Z. 2. muß es statt: »§. 127.« heißen: »§. 125.«

(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 3, J. W. 1837 S. 680.)

§. 484. und Anh. §. 52. I. Der §. 52. des Anh. ist aus dem, durch das R. v. 11. Aug. 1802 genehmigten Gutachten der Gesetz-Komm. v. 10. Juli 1802 (N. A. Bd. 2. S. 457, Rabe Bd. 7. S. 183 ff.) hervorgegangen.

II. Dekl. des §. 52. des Anh. v. 3. April 1824 [1]).

Wir ꝛc. Da sich bei den Ger. Zweifel darüber erhoben haben, ob die im §. 52. des Anh. zu dem A. L. R. für den Fall der Vereinigung der Hyp.-Rechte mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person gegebene Vorschrift auch dann Anwendung finde, wenn von dem Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt ist, so wollen Wir, auf den deshalb gemachten Antrag Unseres Just. Min. und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsrathes, jene Vorschrift dahin deklariren:

daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme ausgezahlt, und die Forderung in dem Hyp.-Buche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hyp. genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre [2]). (G. S. 1824 S. 77.)

III. Die Gesetzgebung des §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 über die Beschränkung der Konsolidation für Hypothekenrechte bildet eine Anomalie, veranlaßt durch die dunkle Vorstellung von der Fortdauer einer auch getilgten Hypothekenpost bis zur Löschung, indem das Hypothekeninstrument gleichsam als körperliche Sache angesehen wird (vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh.). Die verschiedenen Auffassungen dieser Anomalie haben eine große Rechtsunsicherheit und zahlreiche Streitfragen veranlaßt, auch eine reichhaltige Literatur hervorgerufen.

K . . . (Koch): Ist die Hypothek nach Preuß. Rechte ein akcessorisches oder ein selbstständiges dingliches Recht? Marienwerder, 1831. (Recens. in der Halleschen allg. Lit. Z., Dec. 1831 Nr. 226.)

Dr. v. d. Hagen, die Hypothek des Eigenthümers. Ein Versuch über den §. 52. des Anh. zum A. L. R. und die Dekl. v. 3. April 1824. Arnsberg 1836.

J. H., über nicht konsolidirte Hypothekenrechte. Ein Kommentar zum §. 52. des Anh. zum A. L. R. und die Dekl. v. 3. April 1824, deren Interpretation und Anwendung. (J. Z. 1836 S. 369 ff., 392 ff.)

Bornemann, über den §. 52. des Anh. zum A. L. R. und die Dekl. v. 3. April 1824. (J. W. 1835 S. 33 ff., 49 ff., 65 ff., 80 ff.)

Böle, die Hypothek nach Preuß. Rechte, als ein selbstständiges dingliches, nicht akcessorisches Recht betrachtet, mit Rücksicht auf das Rekognitions-Syst. (Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 172 ff.)

Dr. v. d. Hagen, kann eine von dem Schuldner bezahlte Hypotheken-Forderung von diesem auch für einen geringeren als den Nominalwerth einem Dritten abgetreten werden? (J. W. 1835 S. 273 ff.)

Derselbe, über einen Versuch, die Vorschriften des §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 aus der Deutsch-rechtlichen Ansicht von subjektiv-dinglichen Obligationen zu erklären. (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 359 ff.)

Dr. Koch, die Bedeutung der Cession einer bezahlten Hypotheken-Forderung von Seiten des Hypotheken-Schuldners. (J. W. 1836 S. 537 ff.)

C. F. Pape, einige Bemerkungen in Betreff des §. 52. des Anh. zum §. 484. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 629 ff.)

G. v. Hellermann, die Rechte des Eigenthümers in Ansehung der auf seinem Grundstücke eingetragenen, bereits bezahlten, aber noch nicht gelöschten Hypotheken-Forderungen. Erläutert durch einen Rechtsfall. Berlin 1852. (Rec. in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 156 ff.)

---

[1]) Dieser Dekl. ist das Gutachten der vereinigten Abtheilungen des Staats-Rathes für die Just. und das Inn. v. 22. Jan. 1824 vorangegangen. Vergl. dasselbe in den Jahrb. Bd. 50. S. 168 und Gräff Bd. 12. S. 23 ff.

[2]) Die Dekl. v. 3. April 1824 findet auch auf die von Lehnsbesitzern bezahlten Lehnsschulden volle Anwendung. (R. v. 30. Juni u. 2. Nov. 1826, Just. Min. Gen. Akt., Lehnsrepert. Nr. 1. Vol. II. Fol. 65. g. und 88.)

Büttner, Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Vereinigung bei Hypothekenrechten. (In dessen rechtlichen Erörterungen, Hft. II. Insterburg 1854. 8.)

IV. Ueber den organischen Zusammenhang des durch den §. 52. des Anh. geschaffenen anomalen Instituts mit dem Rechtssysteme haben sich verschiedene Ansichten gebildet, von denen es hauptsächlich zwei sind, unter deren Einfluß die Entscheidung der Rechtsfälle steht. Die entstandenen Zweifel beziehen sich übrigens nur auf den Fall, wenn der bezahlende Besitzer des verhafteten Grundstücks zugleich persönlicher Schuldner ist; andernfalls findet sich kein Bedenken.

1) Nach der einen Ansicht wird das Forderungsrecht, welches an den Schuldner gelangt, von der Wirkung der Konsolidation (§. 482.) in keiner Beziehung betroffen; es bleibt auch in seinem persönlichen Bestandtheile völlig unverändert und der Besitzer des Grundstücks wird und bleibt sogar persönlicher Gläubiger und Schuldner in Einer Person; nur ruht während der Dauer der Vereinigung das Recht, aber es tritt mit dem Augenblicke, wo das Gläubigerrecht und die Schuld so getrennt werden, daß sich zwei verschiedene Personen als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, wieder in volle Wirksamkeit, als wenn eine Vereinigung niemals stattgefunden hätte.

Diese Auffassung des Instituts wird insbesondere von dem Ob. Trib. vertreten.

(Vergl. die Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839 u. v. 9. Jan. 1846, Entsch. Bd. 5. S. 56 u. Bd. 12. S. 66.)

2) Die andere, insbesondere von Koch vertretene Auffassung weicht von jener darin ab, daß die persönliche Verbindlichkeit durch die Vereinigung untergeht, und fortan nur das, durch die hypothekenrechtliche Form aufrecht erhaltene, dingliche Forderungsrecht fortbesteht, folglich auch nur dieses wieder in Verkehr gebracht werden kann, wobei die frühere persönliche Schuld und die hinzugetretene dingliche (das Hypothekenrecht) als Korrealverbindlichkeiten zu denken sind.

Vergl. über diese beiden Auffassungen des Instituts Koch's Komm. zum Landr. Bd. 2. Anm. 6. (sub I.) zum §. 52. des Anh.

V. Die einzelnen Streitfragen, welche sich auf den §. 52. des Anh. beziehen.

A. Fälle der Nichtanwendbarkeit des §. 52. des Anh.

1) Die Anwendbarkeit des §. 52. des Anh. zum A. L. R. wird bedingt durch die Existenz eines förmlichen Hypothekenbuchs. Die Ausfertigung einer Rekognition, nach Maßgabe der V. v. 16. Juli 1820 (G. S. S. 107) und des für das Herzogthum Westphalen erlassenen Patentes v. 21. Juni 1825 §§. 8. sqq. (G. S. S. 47), hindert also das Erlöschen des dinglichen Rechts durch Konfusion nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1846. (Präj. Nr. 1804.)

Bei dem Rekognitionssystem fehlt die Garantie für die Rechtsgültigkeit der Hypothek, welche das Hypothekenbuch gewährt, indem es den darin eingetragenen Besitzer und Schuldner auch für den wahren Eigenthümer gelten läßt, der Besitzer der Rekognition hat keine vollkommene Gewißheit über die Wahrheit seines Pfandrechts. Er kann eben deshalb nicht mit voller Sicherheit über seine Forderung weiter verfügen, sondern nur sein durch den Nachweis des Eigenthums seines Schuldners bedingtes Recht Anderen übertragen. Auf der anderen Seite steht ihm der Buchstabe des Hypothekenbuches auch nicht im Wege, wie dann eintritt, wenn der Inhalt des Hypothekenbuches mit der wahren Sachlage nicht übereinstimmt. Und dies führt auf eine fernere Verschiedenheit beider Systeme, die sich in der Art und Weise, wie das Hypothekenrecht aufhört, zeigt. Nach dem A. L. R. geschieht dies nur durch die Löschung im Hypothekenbuche, und diese ist so sehr strenge Form, daß sie das dingliche Recht des Gläubigers aufhebt, wenn auch der Anspruch selbst noch fortdauert; und andererseits — was das Erheblichere ist — behält, der Tilgung der Schuld ungeachtet, die Hypothek ihre Kraft, so lange dieselbe nicht gelöscht worden ist (A. L. R. I. 20. §§. 520—524.). Diese den Grundsätzen des Preuß. Hypothekenrechts vollkommen gemäße, aber allerdings von allgemeinen Prinzipien sehr abweichende Vorschrift hat in dem §. 52. des Anh. zu der weiteren Festsetzung geführt, daß Hypothekenrechte nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben werden, so lange nicht eine vom Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, so daß der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht einem Anderen abtreten kann. Die Dekl. v. 3. April 1824 und die den Gesetzen nachfolgende Praxis der Gerichtshöfe giebt dem Eigenthümer des Grundstücks in dem vorbemerkten Falle alle Rechte des Inhabers einer Hypothekenforderung, aber nur so lange, als diese nicht gelöscht worden. Voraussetzung des §. 52. ist also ein ganz bestimmtes und unzweideutiges Moment, an welchem sich beurtheilen läßt, ob der Eigenthümer eines Grundstücks seine Hypothek abgesondert fortdauern lassen will oder nicht, nämlich die Löschung, resp. ihr Unterbleiben. Bei dem Rekognitions-System giebt es nichts dem Aehnliches; es fehlt hier, wie bei der Entstehung und der Fortdauer des Hypothekenrechts die unumstößliche Gewißheit von dessen rechtlichem Dasein, so bei dem Aufhören des Rechts der eben so zweifellose Akt, welcher der Löschung gleichstände. Muß man zugeben, daß die ganz anomale Vorschrift des §. 52. Anh. nur durch die Konsequenz der eigenthümlichen Einrichtung unseres Hypothekenwesens geboten ist, so fällt dieser Grund bei dem sogen. Rekognitions-System hinweg, und es läßt sich nicht rechtfertigen, bloß deshalb, weil auch die Rekognition dem damit versehenen Gläubiger die Geltendmachung eines hypothekarischen Rechts möglich macht, über die Bestimmungen der für diese Rekognition gegebenen speziellen Gesetze hinauszugehen, welche wohlbedächtig nur von der Entstehung des Hypothekenrechts handeln, über dessen Beendigung nichts verfügen, wohl aber den allgemeinen Grund der Aufhebung von Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung auch für die, auf der Rekognition beruhende Hypothek anerkennen (§. 18. der V. v. 31. März 1834) und daher auch die im §. 482. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. vorgeschriebene Wirkung der Konfusion nicht ausschließen. Es sind in der That zwei verschiedene Arten von Hypothekenrechten vorhanden, so lange das Hypothekenbuch noch nicht vollständig eingerichtet ist, doch ist dies nichts Auffallendes, da schon der §. 394. der Konk. O. voraussetzt, daß es Orte geben könne, in denen noch keine ordentlichen Hypothekenbücher vorhanden seien, und er dann gar dingliches Recht als bestehend anerkannt hat, während die Gesetzgebung seit 1820 diese große Ungleichheit wesentlich geändert, und da, wo kein förmliches Hypothekenbuch existirt, die Erwerbung von Hypothekenrechten ganz in dem Umfange möglich gemacht hat, wie dies nach den Grundsätzen des gemeinen Deutschen Rechts, das die Hypothek des Eigenthümers nicht kennt, überhaupt zuläßig ist. Dem wahren Bedürfnisse ist damit für einen nur vorübergehenden Zustand genügt.

(Präj. Samml. S. 95, Entsch. Bd. 15. S. 232.)

Derselben Ansicht ist das Justizmin. in dem R. v. 6. Mai 1835, weil bei dem Rekognitionssysteme die wesentliche Bedingung fehle, unter welcher der §. 52. des Anh. anwendbar. Es sei dabei nur ein rekognoszirter Titel vorhanden, von dessen Löschung, weil diese eine Eintragung voraussetzt, nicht die Rede sein könne und welcher nach §. 482. h. t. von selbst aufgehoben werde, sobald die Verhältnisse des Schuldners und Gläubigers sich vereinigen.

(Jahrb. Bd. 45. S. 502, Gräff Bd. 8. S. 32.)

Dieser Meinung sind ferner: das O. L. G. zu Arnsberg in dem Erk. v. 18. Sept. 1847 (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 459), Bornemann (System 1. Ausg. Bd. 4. S. 399—400 und in der Abhandl. in der J. W. 1835 S. 66), v. d. Hagen (die Hypothek des Eigenth. S. 245 Anm.), Böle (in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 183), das Judikat I. Inst. in der J. W. 1837 S. 710.

Dagegen vertheidigen die entgegengesetzte Ansicht: das Judikat II. Inst. und Kaupisch in dem Auff. in der J. W. 1837 S. 709 ff., Schmidt (System des Pfandr. S. 625), Pape (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 651—658) und Bornemann, welcher seine frühere Meinung verläßt, in der 2. Ausg. des Systems Bd. 4. S. 262—264, und auch in den Motiven zum neuen bürgerl. Gesetzb. wird diese Ansicht vertheidigt, weil die Rekognition ganz die Eintragung in das Hypothekenbuch ersetze, und eine Forderung, welche angemeldet und worüber eine Rekognition ertheilt worden, alle Rechte einer Hypothekenforderung habe, durch die Anmeldung und die Ertheilung einer Rekognition auch eine Priorität gewährt werde. Der Annahme des Gegentheils im R. v. 6. Mai 1835 stehe entgegen, daß die Ertheilung der Rekognition ganz die Eintragung in das Hypothekenbuch ersetzen solle. Schwerlich sei bei dem Erlasse des §. 18. der V. v. 31. März 1834, wonach angemeldete Realforderungen, welche durch Zahlung getilgt worden, bei Anlegung des Hypothekenbuches nicht weiter berücksichtigt werden sollen, beabsichtigt, die Bestimmung des §. 52. Anh. bei dem Rekognitionssysteme auszuschließen.

(Motive zum rev. Entwurf S. 511.)

2) Die Bestimmungen des §. 52. des Anh. und des §. 54. A. L. R. I. 22. finden auf die unter der Herrschaft des Code Napoléon abgewickelten Rechtsgeschäfte keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 219 Nr. 50.)

B. Betr. den Gegenstand, welcher auf den Besitzer des Grundstücks übergehen soll.

Um auf den Besitzer zur weiteren Verfügung darüber übergehen zu können, muß die Hypothekenforderung eine gültige und eine gewisse sein; wenigstens muß zu der Zeit, wenn der Besitzer weiter darüber verfügen will, über eine ungewiß (bedingt) gewesene Forderung nicht schon die Gewißheit eingetreten sein, daß sie nicht zur Wirklichkeit gelangt. Ob die Eintragung einer gültigen und gewissen Forderung nur vorläufig (protestativisch) oder endgültig geschehen, ist gleichgültig.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh. sub II. 1.)

1) Die Vorschriften des §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 setzen voraus, daß das Hypothekenrecht ein an sich gültiges sei, insbesondere auch ein solches, welches mit einer rechtsbeständigen Forderung verbunden war. Namentlich erfordert die letzte Vorschrift zur Translokation der Hypothek auf den Eigenthümer, daß er die eingetragene Forderung durch Zahlung tilge, und daß er dieserhalb wo nicht eine förmliche Cession, doch Quittung erhalte. Wo aber durch ein Judikat festgestellt worden, entweder daß die Eintragung wegen fehlenden Titels zu Unrecht geschehen, oder daß die Forderung selbst nichtig sei, da kann nur eine Löschung stattfinden, da das, was in der Hand des anmaßlichen Kreditors vernichtet wurde, nicht als etwas Gültiges, als ein Recht in die Hand des Gutsbesitzers übergehen kann.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Gutachten v. 11. März 1839. (J. M. Bl. 1839 S. 174.)

In diesem Sinne hat sich auch das Justizmin. in dem R. v. 9. März 1838 ausgesprochen, welches bemerkt, daß das Hypothekenrecht ein akcessorisches Recht der Forderung sei, für welche die Hypothek bestellt ist, und daß daher, abgesehen von dem Falle eines in redlichem Glauben auf den Inhalt des Hypothekenbuchs handelnden Dritten, weder die Cession eines Hypothekenrechts, wenn ein Forderungsrecht nicht existirt, mit rechtlicher Wirkung erfolgen, noch von der Disposition über einen locus die Rede sein könne.

(Jahrb. Bd. 51. S. 160, Gräff Bd. 12. S. 41.)

2) Anwendung des §. 52. des Anh. auf hypothekarische Protestationen.

a) Im Kaufgelderbelegungsverfahren, nach stattgehabter nothwendiger Subhastation, geschehener Einzahlung des Kaufgeldes und erfolgter Löschung der Intabulate, kann einer nur protestativisch eingetragenen Forderung die Befriedigung nach Maßgabe ihrer Stelle im Hypothekenbuche nicht versagt werden, wenn der Inhaber derselben einen wirklichen Titel zum Pfandrecht nachweist, auch wenn bis dahin die Umwandlung der Protestation in eine wirkliche Hypothek nicht erfolgt wäre[1]).

Dies Recht der Befriedigung darf dann auch der Eigenthümer des subhastirten Grundstücks in Anspruch nehmen, welcher eine solche protestativische Eintragung an sich gelöst, und ohne sie löschen zu lassen, weiter cedirt hat, resp. diejenigen späteren Inhaber, welche von demselben ihre Rechte ableiten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1707.)

(Präj. Samml. S. 93, Entsch. Bd. 13. S. 257.)

b) Aus diesem Grundsatze (zu a.) folgt, daß der Besitzer, nachdem er die protestativisch eingetragene Forderung an sich gelöst hat, dieselbe auch in eine Hypothek endgültig umschreiben lassen kann. Ist kein Titel zur Hypothek vorhanden, ist namentlich ein bloßer Arrest angelegt und dieser in der Eintragungsformel ungebührlich eine protestatio pro conservando jure et loco genannt worden, so wird selbstverständlich durch die unrichtige Bezeichnung eine Rechtsveränderung nicht bewirkt; eine solche Eintragung giebt kein Hypothekenrecht.

Vergl. den Rechtsfall im J. M. Bl. 1844 S. 270 ff.

3) Anwendung des §. 52. des Anh. auf eingetragene Kautionen.

a) R. v. 31. Juli 1840. Eine durch Wegfall der bedingten Forderung erledigte Kaution kann nicht auf den Besitzer übergehen, und folglich von diesem nicht weiter cedirt werden.

Die Kaution ist eine bedingte Forderung. Sobald der Kautionsberechtigte unter Ertheilung des Absolutoriums in die Löschung der Kaution gewilligt, also sich herausgestellt hat, daß die Bedingung, unter welcher jenes Realrecht erst eintreten könne, niemals zur Existenz kommen werde, so muß dieses bedingte Recht nothwendig in der Art aufhören, daß der Kautionsvermerk im Hypothekenbuche gelöscht, nicht aber auf einen anderen übertragen werden kann. Eben so wenig kann aber auch von einer Verpfändung des locus die Rede sein, den die Kaution eingenommen hat, indem eine solche Verpfändung nur mit Einwilligung der nachstehenden Gläubiger geschehen kann. Die später Kreditirenden haben darauf Rücksicht genommen, daß der Fall des Eintretens der Kaution nur als möglich gedacht worden.

(J. M. Bl. 1840 S. 276, Centralbl. 1840 S. 826.)

Bornemann (System Bd. 4. S. 398, 2. Ausg. Bd. 4. S. 258) und Schmidt (Pfandr. S. 621) treten der in diesem R. entwickelten Ansicht bei, welche auch von den Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 158) und dem Verfasser der Abhandl. in der J. Z. 1836 S. 394 getheilt wird, und von dem Ob. Trib. gleichfalls (vergl. den nachfolgenden Zus. b.) angenommen worden ist.

b) Ist eine Kaution für die aus einem Geschäfte etwa künftig entstehenden Defekte mit einem Grundstücke bestellt, auf dasselbe eingetragen, demnächst von dem Berechtigten über das ganze Geschäft als abgemacht quittirt, und die Löschung der Kaution bewilligt, so findet der §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 keine Anwendung auf eine derartige wegfallende Hypothekenpost, die mithin kein Gegenstand der Erwerbung des Eigenthümers des befreiten Grundstücks ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1853. (Präj. Nr. 2473.)

Das Preuß. Recht kennt keine Verfügung über einen frei gewordenen locus. Eine Geldforderung ist zwar in dem Falle einer Kautionsbestellung eingetragen, indeß nicht als eine bei der Eintragung schon existirende Forderung, sondern lediglich als die Begrenzung der Summe der Defekte des Kautionsstellers, für welche das Grundstück Sicherheit gewähren sollte. Die Forderung bildeten die etwa sich ergebenden Defekte. Traten solche Defekte nicht ein, so gelangte auch keine Forderung zur Existenz, und konnte folgeweise eine solche auch nicht geltend gemacht werden. Hat nun der Kautionsinhaber über das ganze Geschäft als abgewickelt quittirt, und sind keine Defekte zu vertreten, so liegt der Fall der Tilgung einer bestehenden hypothekarischen Forderung nicht vor, vielmehr ist die eventuelle Bedingung, an welche die Entstehung einer solchen Forderung geknüpft war, nicht wirklich geworden. Wollte man dessenungeachtet dem Eigenthümer die Erwerbung und die Cession der Hypothek gestatten, so würde dies die Cession einer Forderung sein, welche demjenigen, von dem sie auf den neuen Erwerber übergehen soll, niemals zugestanden hat. Dies widerspricht dem Begriffe »Cession« und auch der Anordnung der Dekl. v. 3. April 1824, in sofern diese die geschehene Tilgung einer hypothekarischen Forderung voraussetzt. Der Fall eines mit einer Frist oder Bedingung der Rückzahlung eingetragenen Darlehns ist dadurch wesentlich von dem gegenwärtigen verschieden, daß in jenem eine ursprünglich existente Forderung vorhanden war, woran es hier fehlt. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 31, Entsch. Bd. 26. S. 292.)

c) v. d. Hagen unterscheidet, ob eine bestimmte Kautionssumme eingetragen ist oder nicht. Er will dem Eigenthümer im ersteren Falle die Verfügung über das Kautionskapital unbedingt gestatten, im letzteren Falle dann, wenn das Kautionsverhältniß sich späterhin auf eine bestimmte Geldsumme fixirt. Er basirt seine Ansicht auf die Annahme, daß eine derartige Kautionsbestellung sich wesentlich in zwei Momente auflöse, in die — dem Eigenthümer zuständige — ursprüngliche Kreirung eines Kapitals auf seinem Grundstücke und in die Kautionsbestellung mit diesem Kapitale per modum subinscriptionis. (Die Hypothek des Eigenth. S. 182—201.)

Die Motive zum neuen bürgerl. Gesetzb. unterscheiden gleichfalls, ob die Kaution der Höhe nach völlig unbestimmt, oder auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist. Im letzteren Falle hätten die nachstehenden Gläubiger bei der Eintragung gewußt, welcher Betrag ihnen vorkommenden Falls vorgehen würde; es erscheine daher ihre Zuziehung bei der Feststellung des Defekts nicht erforderlich. Der Eigenthümer aber könne nur soweit über die Forderung verfügen, als sie existent werde, da dieselbe eine bedingte sei.

(Mot. a. a. O. S. 513.)

4) R. v. 29. Sept. 1832. Ist die Forderung keine unbedingte, sondern eine bedingte, aber nicht zur Wirklichkeit gelangte, so kann in Betreff derselben der §. 52. des Anh. nicht zur Anwendung kom-

[1]) In Betreff der Motive dieses Satzes vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 20. §§. 411. sqq.

men, wenngleich die eingetragene Forderung auf eine bestimmte Geldsumme lautet. (Jahrb. Bd. 40. S. 164, Gräff Bd. 6. S. 19.)

Derselben Ansicht sind Bornemann (System Bd. 4. S. 399, 2. Ausg. Bd. 4. S. 258) und der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1836 S. 394.

Dagegen unterscheidet v. d. Hagen (die Hypothek des Eigenth. S. 173—182), ob die Forderung (das persönliche Verhältniß) oder ob die Hypothek selbst mit der Bedingung afficirt sei; im ersteren Falle gehen nach seiner Ansicht die Hypothekenrechte stets auf den Eigenthümer über und auch im letztern Falle ist er nur bedingt der ministeriellen Ansicht.

Die Motive zum neuen bürgerl. Gesetzb. bemerken, daß im Falle einer ihrer Höhe nach unbestimmten Forderung der Eigenthümer dieselben Rechte erlange, welche der frühere Gläubiger hatte, und welche ein Dritter erlangt haben würde, wenn der frühere Gläubiger diesem seine Rechte cedirt hätte. Eine neue Forderung könne der Eigenthümer nicht an die Stelle der früheren stellen, er könne daher auch nicht an die Stelle der unbestimmten Forderung eine bestimmte setzen, sondern es müsse zuvörderst die Feststellung der ersteren zwischen dem Eigenthümer und dem frühern Gläubiger, wenn aber Dritte dabei betheiligt oder postlocirte Gläubiger vorhanden sind, auch mit Zuziehung derselben erfolgen. Eben so wenig könne eine bedingte in eine unbedingte Forderung verwandelt werden. Es sei vielmehr der Ausgang der Bedingung abzuwarten. Trete die Bedingung ein, und höre hiermit die Forderung auf, so könne auch der Eigenthümer nicht darüber disponiren. (Mot. a. a. O. S. 512.)

5) Ist der Besitzer berechtigt, über den durch eingelöste Pfandbriefe frei gewordenen locus zu verfügen?

a) Das R. v. 29. Sept. 1832 (Jahrb. Bd. 40. S. 164, Gräff Bd. 6. S. 19) verneint, wogegen die R. v. 5. Juni 1833 und 31. Mai 1834 (Jahrb. Bd. 41. S. 542 u. Bd. 43. S. 587, Gräff Bd. 7. S. 182 u. Bd. 9. S. 92) nach der Natur der Pfandbriefe nach den einzelnen Pfandbriefs-Reglements unterscheiden, indem nach einigen dieser Reglements die Pfandbriefe unter der Bedingung der Amortisation bewilligt werden, die Pfandbriefe anderer Kreditinstitute dagegen unbedingte Hypothekenrechte gewähren und von den eigentlichen Hypotheken nur durch die landschaftlichen, das Hypothekenrecht als solches nicht tangirenden Privilegien unterschieden sind.

Das R. v. 5. Juni 1833 bemerkt zugleich, daß in dem R. v. 29. Sept. 1832 von Pfandbriefen der ersteren Art die Rede gewesen; dagegen seien Ostpreuß. Pfandbriefe unbedingte Hypothekenforderungen; die vor Kurzem eingegangene Verpflichtung der Gutsbesitzer zur allmäligen Amortisation derselben habe auf die Eigenschaft der Pfandbriefe, wonach dieselben nicht unter der Bedingung der Amortisation bewilligt worden, keine rückwirkende Kraft.

b) Der hiernach (zu a.) aufgestellten Unterscheidung treten der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1836 S. 394 und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 258) bei.

c) Steht dem Besitzer eines mit Neumärkischen Pfandbriefen belasteten Gutes ein Dispositionsrecht über den eingezahlten Betrag des gekündigten Theils derselben zu?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. läßt es in dem Erk. v. 11. Aug. 1847 dahingestellt, ob bei der Eigenschaft der Pfandbriefe als lettres au porteur, ungeachtet der hypothekarischen Eintragung, die Vorschrift des §. 52. des Anh. auf solche Dokumente überhaupt Anwendung finde, erklärt jedoch diese Anwendung nach den positiven Bestimmungen des Kur- und Neumärkischen ritterschaftl. Pfandbriefssystems (Nachtrag zum Kredit-Regl. v. 2. April 1784) für unzulässig.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 116 Nr. 55.)

d) Durch die V. v. 8. Juni 1835, betr. die Einrichtung des Königl. Kreditinstituts für Schlesien (§§. 62., 63.), ist der §. 52. des Anh., rücksichtlich des Hypothekenrechtes, welches mit getilgten und abgeschriebenen Schlesischen Pfandbriefen Litt. B. verbunden gewesen, ausgeschlossen, da dasselbe noch für die fernere Verzinsung der abgeschriebenen Summe bis zur künftigen Löschung der sämmtlichen Pfandbriefe Litt. B. haftet. (§§. 62., 63. a. a. O.)

(G. S. 1835 S. 118.)

6) R. v. 6. Mai 1835. An die Stelle der auf zwei Grundstücke eingetragenen, theilweise getilgten und in soweit auf Einem Folium gelöschten Hypothekenforderung kann eine neue Forderung auf dem anderen Folium zum Nachtheile der nachstehenden Gläubiger nicht eingetragen werden. (Jahrb. Bd. 45. S. 502, Gräff Bd. 8. S. 31.)

Derselben Meinung sind die Gesetzrevisoren, deren Ansicht das obige R. vollständig adoptirt hat. Sie bemerken:

Eine solche Eintragung ist unzulässig, weil dem Schuldner nicht ein Dispositionsrecht über die Hypotheken-Stelle, sondern nur über das durch Konsolidation in seiner Hand nicht erloschene Hyp.-Recht eingeräumt worden. Dieses Prinzip genügt und es kommt daher auf ein Abwägen der Interessen etwaniger nachstehender Gläubiger nicht an. Allein auch diesen steht ein Widerspruchsrecht zu. Hiergegen wird zu Unrecht angeführt, daß der Schuldner die Post beliebig auf dem einen oder andern Grundstücke löschen lassen könne, und es den Gläubigern daher gleich sein müsse, ob Jener auf dem andern Grundstücke die Forderung löschen, oder eine neue an die Stelle der alten eintragen lasse. Vielmehr berührt das Widerspruchsrecht, welches man auf solche Weise beseitigen will, nur die postlocirten Gläubiger desjenigen Grundstücks, auf dem die Forderung stehen bleibt, nicht aber auch die Gläubiger des Grundstückes, auf dem die neue Forderung eingetragen werden soll. Diese haben ein Recht, daß eben nur die bestimmte eingetragene und keine andere Forderung ihnen vorgehe. Die postlocirten Gläubiger haben hierauf ein Recht, weil sie ein wesentliches Interesse dabei haben; so in den folgenden beiden Fällen:

α) Wenn der postlocirte Gläubiger auf denselben Grundstücken, wie der ihm vorgehende, eingetragen ist. Dieser konnte darauf rechnen, daß ihm nur Eine Forderung auf beiden Grundstücken vorgehe; ließ auch der Schuldner die vorstehende Post auf dem Einen Grundstücke löschen, so gewann er hier, was er dort verlor; giebt man dagegen zu, daß statt der gelöschten eine andere Forderung eingetragen werden könne, so tritt ihm wider alle mögliche Berechnung, statt des einfachen, der doppelte Betrag vor.

β) Wenn ein Grundstück parzellirt ist, und in Ermangelung eines Uebereinkommens unter den Gläubigern (Hyp. O. II. §. 91.) der nicht seltene Ausweg eingeschlagen ist, daß die eingetragenen Gläubiger auf die abgeschriebenen Theile mit übernommen worden. Für diesen Fall hat auch das Justizmin. im Jahre 1831 in Folge einer Beschwerde des J. C. Herzbruch sich ausdrücklich dahin ausgesprochen, daß die Eintragung einer neuen statt der alten Forderung nicht ohne Konsens der nachstehenden auf die verschiedenen abgeschriebenen Parzellen mit übernommenen Gläubiger erfolgen könne.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 159 ff.)

Zu demselben Resultate gelangen: der Verf. des Aufs. in der J. Z. 1836 S. 395—396; Koch (Uebergang der Ford. S. 88, 124) und Schmidt (Pfandr. S. 625).

7) Steht dem Besitzer zweier oder mehrerer mit einer Korrealhypothek belasteten Güter die Befugniß zu, die Hypothek auf einem dieser Grundstücke löschen und auf dem anderen stehen zu lassen?

a) Das Justizmin. bejahet in dem R. v. 5. Febr. 1819, indem es den Konsens der postlocirten Gläubiger für unerheblich erklärt. Das Bedenken, daß eine solche Löschung den Rechten der andern Gläubiger nachtheilig sei und diese daher einen Anspruch auf Entschädigung gegen den Schuldner und Eigenthümer der Grundstücke formiren könnten, würde nur eine Warnung des Letzteren Seitens des Gerichts ex officio nobili auf Grund der Hyp. O. II. §. 134. rechtfertigen; wogegen es unrichtig sei, daß zur Löschung der Forderung der Konsens der Gläubiger anderer Güter erforderlich; hierzu könne jederzeit lediglich der Konsens des eingetragenen rechtmäßigen Eigenthümers nothwendig sein. Auch bei Berücksichtigung der in ähnlichen Fällen nach §. 424. A. L. R. I. 5. zu vermuthenden Korrealverbindlichkeit ergebe sich kein anderes Resultat. Es sei, da in dergleichen Fällen nicht bestimmt, für wie viel ein jedes Gut verhaftet sein solle, anzunehmen, daß die Güter in solidum verhaftet seien. Da nun ein solidarisch Verpflichteter dadurch keine theilweise oder völlige Befreiung von der Schuld erlangt, daß ein anderer Mitverpflichteter vom Berechtigten ex nexu gelassen worden (A. L. R. I. 5. §. 437.), so könnten auch die eingetragenen postlocirten Gläubiger sich darüber nicht beklagen, daß der frühere Gläubiger seine Sicherheit freiwillig aufgegeben habe. Die eingetragenen Gläubiger hätten keine Kontraktsverhältnisse unter einander und ex lege sei Keiner verpflichtet, etwas zu unterlassen, wodurch der nachstehenden Gläubiger Sicherheit leiden könnte. Die A. G. O. I. 50. §§. 521. sqq. sage gleichfalls nicht, daß die solidarische Verhaftung mehrerer in gleicher Art ver-

pfändeter Güter aufhören solle, vielmehr das Gegentheil. Der §. 522. bestimme, daß wenn im vorausgesetzten Falle eines von den verpfändeten Gütern früher als das andere verkauft werde, der Gläubiger seine volle Befriedigung aus dem zuerst verkauften Gute erhalten solle. Hierin liege die Anerkennung der solidarischen Verhaftung, und es bestimme also die A. G. O. die Auseinandersetzung nur für den Fall, wenn zur Zeit des Konkurses die mehreren Güter noch in der Masse seien, sie beschränke aber nicht die Disposition des Gläubigers bis zur Zeit, wo der Konkurs eingetreten sei.

(Jahrb. Bd. 13. S. 43, Gräff Bd. 1. S. 110.)

b) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß man die bejahende Entscheidung nach dem schon seit so langer Zeit ohne Widerspruch befolgten R. v. 5. Febr. 1819 (s. sub a.) als feststehende Praxis annehmen müsse, obwohl der §. 159. Tit. 2. Hyp. O., wonach der Vermerk im Hypothekenbuche der Eintragung auf einem andern Gute erwähnen solle, dadurch bedeutungslos werde.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 159 Anm.)

c) Dagegen verneint v. d. Hagen, welcher unter Bezugnahme auf den §. 159. Tit. II. der Hyp. O. annimmt, daß der Schuldner, welcher zwei selbstständige Güter seinem Gläubiger für die nämliche Forderung verpfändet, beide Güter, in Bezug auf jenes Verhältniß mit seinen Folgen zu einem juristischen Ganzen konstituire, aus ihnen ein Pfandobjekt bilde. Der Fall habe gleiche rechtliche Natur mit dem, wenn ein verpfändetes Gut später in Splißtheile zerlegt werde. In beiden Fällen träten diese verschiedenen Immobiliarmassen unter sich in ein Rechtsverhältniß, wie sie gemeinschaftlich in einem solchen zu einem Dritten ständen. Beide Immobiliarmassen hätten dieselbe Verbindlichkeit zu erfüllen, sich selbst und die andere Immobiliarmasse zu liberiren. Durch diese Gemeinsamkeit der Verbindlichkeit, dem Gläubiger gegenüber, werde die Wechselseitigkeit derselben unter einander begründet, nach dem Verhältnisse des Werthes der verschiedenen Grundstücke zur Erfüllung der Verpflichtung beizutragen. Sie hafteten sich gegenseitig nicht sowohl quasi contraxissent, sondern quia tacite contraxerunt. Die A. G. O. I. 50. §. 521. wende dieses Prinzip auf einen besonderen Fall an und sei derselbe keinesweges eine Wirkung der Konkurseröffnung. Dieses Prinzip werde aber alterirt durch die bejahende Entscheidung der hier in Rede stehenden Frage. Der Hypothekenrichter dürfe vielmehr, ohne sich der Gefahr des Regresses auszusetzen, dem Antrage auf Löschung der Hypothek auf dem einen Gute nicht deferiren, ohne zuvor den Besitzer und die nachstehenden Gläubiger des andern Gutes zu benachrichtigen, und es stehe den Interessenten die Befugniß zu, sich gegen die nachtheiligen Folgen der Löschung durch Eintragung einer Protestation zu wahren.

(Die Hypothek des Eigenth. S. 98 — 104.)

In einer späteren Abhandl. leitet v. d. Hagen aus dem von ihm angenommenen Standpunkte der Korrealhypothek als einer Korrealschuld der mehreren verpfändeten Güter Folgendes ab:

Der eine Besitzer mehrerer verpfändeten Güter könne zwar die Rechte eines Cessionars der abbezahlten Korrealhypothek auf allen diesen seinen Gütern, aber nur einmal bis zu dem ganzen Betrage derselben ausüben, und namentlich nicht dieselbe in mehrere selbstständige Hypotheken, jede von dem ganzen Betrage der Korrealhypothek verwandeln. Bei mehreren Besitzern sei zu unterscheiden, ob alle zusammen oder nur einer oder einige derselben gezahlt haben. Im ersteren Falle können sie die Rechte des Cessionars auch nur gemeinschaftlich, also privatim ein Jeder nur nach dem Antheile oder Betrage ausüben, den jedes einzelne Gut nach dem Verhältnisse der Güter untereinander aufzubringen hatte. Im zweiten Falle habe der zahlende Besitzer auch nur mit derselben Beschränkung die Rechte des Cessionars, und zwar nur in Beziehung auf sein eigenes Gut. In Ansehung des darüber hinausgehenden Betrages trete das Verhältniß des Gutsbesitzers ein, dessen Grundstück von dem Hyp.-Rechte eines Gläubigers durch Zahlung eines Dritten liberirt worden. Hyp.-Rechte auf den andern Gütern könne der zahlende Besitzer nur pro rata durch ausdrückliche Cession des Gläubigers erwerben.

(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 26 ff.)

d) Die nämliche Ansicht wird dem aufgestellten Prinzipe nach verfochten von Göschel in dem Aufsatze: Variae causarum figurae.

(Zerstreute Bl. Bd. 1. S. 446 ff.)

e) Bornemann hält die in dem R. v. 6. Mai 1835 (s. ob. Zus. 6.) angenommene Ansicht für richtig, daß, wenn für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet sind, und der Gläubiger auf die mit dem einen Grundstücke bestellte Hypothek Verzicht leistet, der Besitzer desselben in die freigegebene Stelle keine andere Forderung eintragen lassen dürfe, da er das Forderungsrecht selbst nicht erworben habe. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 259—261.)

8) Der Adjudikatar eines zur nothwendigen Subhastation gebrachten Grundstücks erlangt über die bei Vertheilung der Kaufgelder ausgefallenen Hypothekenforderungen kein Dispositionsrecht, theils weil dieselben von Amtswegen gelöscht werden müssen, theils und hauptsächlich, weil der Adjudikatar kein Kaufgeld für dieselben bezahlt und keinen Erwerbungstitel für sich geltend machen kann.

Angenommen von dem Justizmin. in den R. v. 17. Dec. 1831 (Jahrb. Bd. 38. S. 423, Gräff Bd. 7. S. 185) und v. 29. Sept. 1832 (Jahrb. Bd. 40. S. 164, Gräff Bd. 6. S. 19).

Das Gegentheil sucht Schmidt auszuführen, welcher bemerkt:

Es ist Grundsatz, daß der Käufer die Hyp. und das Grundstück zugleich gekauft hat. Wenn im Falle der Ueberweisung eines Kaufgelderrückstandes der Adjudikatar das Kaufgeld späterhin an diese angewiesenen Kreditoren bezahlt, und diese ihm ihr quittirtes Hyp. Instrum. übergeben, so wird der Adjudikatar nach §. 52. des Anh. Inhaber dieses ungelöschten Hyp.-Rechtes, und es steht nichts entgegen, daß er dies Hyp.-Recht weiter cedire. Es kann nun aber im Wesentlichen ganz einerlei sein, ob der Adjudikatar diese Zahlung vor oder nach jenen Eintragungen im Hyp.-Buche leistet, und es ist deshalb anzunehmen, daß der Käufer durch die Baarzahlung seines Kaufgeldes ad depositum die damit gezahlten Hyp. erwirbt. Was die ausfallenden Hyp. betrifft, so muß, wenn er die zur Hebung kommenden Hyp. erwirbt, dies in Ansehung der ausfallenden um so mehr stattfinden, als dies das Geringere ist. Sodann aber scheint es, daß sein Gebot nicht sowohl die einzelne, künftig zur Hebung kommende Hyp., sondern den ganzen auf dem Gute haftenden Hyp.-Komplex betrifft, dergestalt, daß er mit Zahlung des Meistgebotes den Inbegriff sämmtlicher Hyp. bezahlt. Demgemäß kann der Adjudikatar, wenn er will, alle bezahlten und ausgefallenen Hyp. stehen lassen, wie denn auch Niemand da ist, der ihn zwingen kann, sein Hyp.-Buch anders einrichten zu lassen, als wie er es haben will, ohne daß das Interesse eines Dritten dabei betheiligt sein kann. Hieraus folgt auch die Befugniß, über alle diese Hyp.-Rechte zu disponiren, indem doch Jemand vorhanden sein muß, dem eine Disposition darüber zusteht. (Grundsätze des Pfandrechts S. 559 ff., 562.)

Vergl. Zus. 9. u. 10. ad h. l.

9) Auch die bei der Kaufgelderbelegung baar bezahlten Hypotheken gehen auf den Adjudikatar nicht über; denn nicht er, sondern der Subhastat bezahlt sie aus den Kaufgeldern.

Angenommen von dem Justizmin. in dem R. v. 12. Okt. 1839. (J. M. Bl. 1839 S. 342—344.)

Derselben Ansicht ist Koch, welcher bemerkt:

Der Zahlende ist hier nicht der Adjudikatar, sondern der Exequendus, der Erstere hat bloß seine schuldigen Kaufgelder bezahlt, er kann daher auch der Löschung, welche im Interesse des Exequendus und des persönlichen Schuldners und der Inhaber der nachstehenden vielleicht übernommenen Posten geschehen muß, nicht widersprechen. Soll ein solches Ingrossat stehen bleiben, so kann es nur mit Zustimmung der postlocirten stehengebliebenen Gläubiger und unter Sicherung des früheren Schuldners wegen seiner Befreiung geschehen; alsdann ist es aber doch nicht die alte Post, sondern eine neue Hyp.-Bestellung ist vorgegangen. (Lehre vom Uebergange der Forder. S. 124—125, 88.)

Vergl. Zus. 8. u. 10. ad h. l.

10) Wenn verschiedene Grundstücke für dieselben Hypotheken haften, und die zuerst eingetragenen Hypotheken durch den Kaufgeldererlös aus einer nothwendigen Subhastation einzelner dieser Grundstücke gänzlich getilgt, auf den übrigen Grundstücken aber ungelöscht stehen geblieben sind, kann dann bei der späteren Subhastation der Letzteren durch die Erwerbung einer solchen ungelöscht stehen gebliebenen Forderung die Reihefolge der unbefriedigt gebliebenen Hypothekengläubiger von einem nachstehenden zum Schaden eines ihm vorstehenden mit rechtlicher Wirkung verändert werden?

Verneint von dem IV. Sen. des Ob. Trib. durch das Erk. v. 5. Mai 1857.

Der §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 setzen voraus, daß die eingetragene Forderung nicht durch Realisirung aus dem zur Hypothek stehenden Grundstücke selbst, sondern daß sie von dem Eigenthümer oder auch von einem Dritten für ihn getilgt ist. Dann bleibt der Fonds, auf dem die Hypothek ruht, der Fundus, unberührt; er kann Gegenstand anderweitiger Dispositionen werden, welche zu ermöglichen das Gesetz die Forderung selbst als eine hypothekarische, als fortexistirend und durch die Tilgung für den Eigenthümer erworben betrachtet. Wird dagegen durch den nothwendigen

Verkauf die Hypothek aus dem an die Stelle des Grundstücks tretenden Kaufgelde bezahlt, so hört Forderung, wie Hyp.-Recht gänzlich auf, und es bleibt nichts übrig, worüber dem Eigenthümer noch eine Disposition zugeschrieben werden könnte. Der Fall der Dekl. v. 3. April 1824, daß der Eigenthümer eines Grundstücks »eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt«, liegt dann so wenig den Worten, als dem Geiste dieses Gesetzes nach vor. Läßt hiernach die so geschehene Realisirung der Hypothek eine Disposition des Eigenthümers über dieselbe nicht mehr zu, so folgt von selbst, daß eine solche auch nicht ausgeübt werden kann rücksichtlich desjenigen von mehreren Grundstücken, auf welchem die Post, nachdem sie aus den anderen Theilen des hypothekarischen Komplexus analysirt war, noch ungelöscht stehen geblieben ist. Denn die Pfandhaftbarkeit mehrerer Parzellen oder Grundstücke für Eine hypothekarische Forderung erstreckt sich über den ganzen Betrag dieser Forderung nicht hinaus, da sie nicht für zwei Forderungen, sondern nur für Eine eintritt. Ist diese durch Realisirung aus dem Pfande ganz getilgt, so wird dadurch auch das mithaftende Pfand ganz von derselben befreit. Die unterbliebene Löschung macht es unter Umständen denkbar, daß ein Dritter die Post in gutem Glauben von dem befriedigten Inhaber derselben erwirbt, niemals aber kann dies aus der Person des Grundstück-Eigenthümers, bei einer derartigen Tilgung der Forderung durch Realisation aus dem Grundstücke mit rechtlicher Wirkung geschehen. — Das Recht der nachfolgenden, theilweise oder ganz ausgefallenen Gläubiger des erstverkauften Grundstücks, auf eine gewisse Quote der Kaufgelder des zweiten, ist kein dem Eigenthümer des Grundstücks zustehendes Recht, und kann nie dahin führen, daß unter den nachfolgenden Gläubigern selbst die Reihefolge des Hypothekenbuchs zum Schaden der nach demselben Berechtigten verändert wird.

(Entsch. Bd. 36. S. 112, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 265 Nr. 50.)

Auf dieselben Gründe gestützt, nimmt der IV. Sen. des Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 17. Sept. 1857 an, daß, wenn eine auf mehrere Grundstücke eingetragene Forderung bei der im Wege der Exekution erfolgten nothwendigen Subhastation eines dieser Grundstücke aus dessen Kaufgeldern vollständig gezahlt worden ist, dieselbe hierdurch dergestalt für getilgt zu erachten sei, daß der Besitzer über dieselbe auch in soweit, als sie noch auf den übrigen Grundstücken eingetragen ist, nicht mehr verfügen kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 39 Nr. 10.)

Vergl. ob. die Zus. 8. u. 9. ad h. l.

11) Ist ein Grundbesitzer, welcher die auf seinem Gute haftenden Abgaben abgelöst, und zu diesem Zwecke ein Darlehn aufgenommen hat, befugt, seinem Gläubiger das an die Stelle der abgelösten Abgaben tretende Ablösungskapital auf Grund der darüber ertheilten Quittung als ein zinsbares Kapital zu cediren?

Bejahet von dem Justizmin. in dem R. v. 24. Juni 1853 (Gruchot's Beiträge Bd. 1. S. 11) gegen die Ansicht des Appell. Ger. zu Hamm. (a. a. O. S. 9. ff.)

C. Betreffend die Art des Ueberganges der Forderung auf den Besitzer des Grundstücks.

Der Uebergang der Hypothekenforderung auf den Besitzer wird nicht bloß durch Zahlung (die als Kauf angesehen wird), sondern auch durch jede andere Erwerbungsart vermittelt.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh. sub II. 2.)

1) Auch wenn eine Hypothek im Wege der Sequestration aus den Revenüen des verpfändeten Grundstücks berichtigt wird, erwirbt der Eigenthümer des letzteren die erstere mit allen nach §. 52. des Anh. zum A. L. R. und nach der Dekl. v. 3. April 1824 ihm darauf zukommenden Rechten, da auch das Hypothekenrecht des Eigenthümers, gleich dem jedes anderen Realgläubigers, nur mit der Adjudikation des verpfändeten Grundstücks erlischt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juni 1853. (Präj. Nr. 2456.)

Die Rechte des Eigenthümers eines verpfändeten Gutes an den durch Tilgung auf ihn übergegangenen Hypotheken-Kapitalien und die Pflichten, die er als Besitzer den übrigen Hypotheken-Gläubigern gegenüber hat, müssen streng auseinander gehalten werden. Wie bereits durch den Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839[1]) feststeht, und seitdem bei dem Ob. Trib. unverändert angenommen worden ist, erwirbt der Eigenthümer eines Grundstücks durch Berichtigung einer auf demselben eingetragenen Hypothekenpost, nach dem §. 52. Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824, nicht bloß das dingliche Recht, welches diesem Intabulate beigewohnt hat, sondern auch das persönliche Forderungsrecht; nicht den bloßen Lokus, sondern die Forderung selbst, mit allen Rechten eines Cessionars; und dieses sein Recht erlischt, soweit es das dingliche Recht mitbegreift, im Falle der Subhastation des verpfändeten Grundstücks, gleich den Realrechten der anderen Gläubiger, nur mit dem Zuschlage, beziehungsweise der Besitztitel-Berichtigung für den neuen Erwerber des Grundstücks, bei welcher die eingetragenen Forderungen, so weit sie der Letztere nicht auf Anrechnung des Kaufgeldes übernommen hat, gelöscht werden müssen. Für dieses Gläubigerrecht des Besitzers an seinem eigenen Grundstück ist mithin die Einleitung der Sequestration in dieses, oder die Verhängung der Subhastation über dasselbe, eben so einflußlos, wie für jeden andern eingetragenen Gläubiger, und alle diejenigen Vorschriften, welche sich auf die Wirkungen beziehen, die derartige Exekutionsmaßregeln auf die Dispositions-Befugniß des Besitzers äußern, berühren die Dispositions-Befugniß desselben nicht, welche ihm an dem eigenen Hypotheken-Kapitale zusteht. In Bezug auf dieses ist er Gläubiger, wie jeder andere Hypothekar, und gleich wie dieser durch die Sequestration und Subhastation des ihm verpfändeten Grundstücks in keiner Weise gehindert wird, über sein Hypotheken-Kapital zu verfügen, eben so wenig kann dies bei dem Besitzer selbst rücksichts der auf ihn mit den Rechten eines Cessionars gediehenen Hypothekenforderungen der Fall sein. — Den nachgesetzten Gläubigern erwächst auch aus solcher Disposition kein Nachtheil, wegen dessen sie gegen erstere ein Widerspruchsrecht hätten; denn da nach §. 52. Anh. Hypothekenrechte durch Konfusion nicht erlöschen, so erleiden auch die Rechte der hinter einer bezahlten und auf den Grundeigenthümer übergegangenen Post eingetragenen Gläubiger durch die Bezahlung der Post keine Veränderung, vielmehr muß es ihnen in jeder Beziehung gleichgültig sein, ob der Besitzer des Grundstücks oder ein Dritter Eigenthümer dieser Forderung ist. Die postlocirten Gläubiger haben nur die ihnen durch die Eintragung gewährten Rechte zu beanspruchen, mehr Rechte sind ihnen durch den Uebergang einer vorstehenden Post auf den Grundbesitzer nicht erwachsen. — Einflußlos ist es auch, wie die Tilgung der vorstehenden Post bewirkt worden und ob dies namentlich aus den Revenüen des Grundstücks und nicht von dem Besitzer des Grundstücks unmittelbar geschehen ist. Selbst wenn er die Forderung gar nicht getilgt, sondern ein Dritter irrthümlich deren Berichtigung bewirkt, oder der Gläubiger sie erlassen hat, fällt dieselbe, wie frühere Präjudikate angenommen haben, dem Besitzer des Grundstücks zu, die Sequestrations-Einleitung und Revenüen-Beschlagnahme aber bleibt, wie oben gezeigt worden, auf die Hypothekenrechte der Gläubiger ohne Einfluß, kann also auch nicht hindern, daß aus den Revenüen berichtigte Hypotheken, wie dies außerhalb der Sequestration geschieht, sobald sie nicht gelöscht werden, dem Besitzer des Grundstücks anheimfallen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 31, Entsch. Bd. 26. S. 20.)

Diesen Grundsätzen folgt auch das Erk. desselben Sen. v. 30. März 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 308 Nr. 70.)

2) Der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung durch Cession, Zahlung oder auf andere Weise erworben hat, ist, so lange nicht ihre Löschung erfolgt, auch nach dem Verkaufe des Grundstücks über die Forderung zu verfügen berechtigt.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839. (Präj. Nr. 664.)

Um den §. 52. des Anh. richtig aufzufassen, ist auf das Gutachten der Ges. Komm. v. 10. Juli 1802 zurückzugehen. Durch dies Gutachten sollte die Frage entschieden werden, ob Schuldforderungen, welche im Hyp.-Buche eingetragen sind, durch Konfusion erlöschen. Es ward mithin der Fall vorausgesetzt, daß die eingetragene Forderung selbst durch irgend einen Rechtstitel auf den Eigenthümer des zur Hyp. bestellten Grundstücks übergegangen sei, daß das Eigenthum des Grundstücks und das Eigenthum der Hyp.-Forderung in einer und derselben Person sich vereinigt haben. Von einer bloßen Hyp.-Stelle ohne alle Beziehung auf eine mit derselben verbundene Schuldforderung konnte folglich nicht die Rede sein. Demgemäß leuchtet ein, daß die nach §. 52. des Anh. dem Eigenthümer zugestandene Befugniß zur anderweitigen Abtretung sich auf die hypothekarisch versicherte Forderung beziehen muß, und daß der Eigenthümer diese nach der Ansicht des Gesetzgebers erwirbt, da bei einer andern Voraussetzung eine Cession durch den Eigenthümer überhaupt nicht möglich wäre. Die hypothekarische Forderung eben ist es, welche, wenngleich eigenthümlich auf den Besitzer des verpfändeten Grundstücks übergegangen, nichtsdestoweniger in Kraft erhalten wird. Der sonst geltende Grundsatz, daß die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in Einer Person das Erlöschen der Forderung zur Folge hat, soll bei hypothekarisch versicherten Forderungen keine Anwendung finden; bei diesen soll vielmehr, der Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in Einer Person ungeachtet, der Unterschied zwischen Gläubiger und Schuldner festgehalten werden, in eben dem Maße, wie die Wirkung der Konfusion auch in anderen Fällen gesetzlich ausgeschlossen ist. Wiewohl sich nun von selbst versteht, daß, so lange die Verbindung des Berechtigten und Verpflichteten in Einer Person thatsächlich fortdauert, das Forderungsrecht selbst keine Wirkung äußert, weil der Berechtigte seine Befriedigung nur bei sich selbst suchen könnte, so ist

[1]) Vergl. unten Zus. 2. ad h. l.

es doch eben so unzweifelhaft, daß rechtlich die Forderung aufrecht erhalten ist, und der Besitzer des Grundstücks als Eigenthümer derselben gedacht werden muß. Gerade dies ist aber das Wesentliche, was der §. 52. des Anh. bestimmt. Denn wenn darin zugleich gesagt wird, daß der Besitzer ein solches ungelöschtes Hyp.-Recht gültig an einen Andern abtreten kann, so ist damit nur eine Folgerung aus dem vorangestellten Grundsatz ausgesprochen, daß bei hypothekarischen Forderungen durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks die Wirkung der Konfusion nicht eintritt, die Forderungen vielmehr dessenungeachtet als selbstständige Rechte zu betrachten sind. — Daß der §. 52. a. a. O. nur auf diese Weise aufzufassen ist, folgt auch aus der Natur des obwaltenden Rechtsverhältnisses. Pfand- und Hyp.-Rechte sind immer akcessorischer Natur; ohne eine durch sie zu sichernde Forderung sind beide nicht denkbar. Eine Hyp.-Stelle ohne eine damit verbundene Forderung ist mithin ohne Realität. Soll also der Eigenthümer eines Grundstücks über eine Hyp.-Stelle verfügen können, so muß nothwendig auch die Forderung, welche die Hyp.-Stelle einnimmt, auf ihn übergegangen sein. — Von diesem Gesichtspunkte ist die Ges. Komm. ebenfalls ausgegangen, wie aus ihrem Gutachten unzweideutig hervorgeht. Die Ges. Komm. betrachtet den Eigenthümer des Grundstücks nicht bloß als creditor hypothecarius, sondern leitet auch die Befugniß zur weiteren Disposition über die auf ihn gediehene Hyp.-Forderung ausdrücklich aus seinem Gläubigerrecht ab. Das Gläubigerrecht ist nichts anderes, als die Forderung selbst; die Ges. Komm. setzt mithin nothwendig diese als von dem Besitzer des Grundstücks erworben voraus, wenn sie dessen Dispositionsbefugniß aus seinem Gläubigerrecht gefolgert wissen will. — Zu einem gleichen Resultate gelangt man durch Erwägung der Dekl. v. 3. April 1824. — Der §. 52. des Anh. setzt voraus, daß das Eigenthum der auf einem Grundstück eingetragenen Forderung durch irgend einen dazu geeigneten Titel auf den Eigenthümer des zur Hyp. eingesetzten Grundstücks übergegangen sei. Es entstand die Frage, ob der Eigenthümer auch in dem Falle über das Hyp.-Recht zu verfügen befugt sein solle, wenn er den eingetragenen Gläubiger durch Zahlung befriedigt habe. Der in dieser Beziehung angeregte Zweifel beruhet darauf, daß eine eingetragene Forderung, deren Betrag der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks dem Gläubiger in der Absicht, solche zu tilgen, gegen Quittung auszahlt, erlischt, und daß sie mithin von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht erworben werden kann. Dieser Zweifel ist durch die Dekl. beseitigt. Die Zahlung der Forderung, wofür die Hyp. haftet, ist nach dieser für den zahlenden Schuldner nicht mehr ein Mittel, eine Verbindlichkeit aufzuheben, sie ist vielmehr zu einer Erwerbungsart von Rechten umgeschaffen. Der zahlende Eigenthümer soll in einem solchen Falle lediglich durch die Zahlung alle Rechte eines Cessionars auf die im Hyp.-Buche versicherte und nicht gelöschte Forderung erwerben; er tritt mithin ohne Weiteres und allein in Folge der Zahlung in alle Rechte des befriedigten Gläubigers. Daraus aber ergiebt sich von selbst, daß auf den zahlenden Eigenthümer des Grundstücks nicht bloß die durch die Zahlung erledigte Hyp.-Stelle, sondern die an dieser Stelle eingetragene Forderung übergehen muß, da eben die letztere wesentlich und hauptsächlich zu den Rechten des bezahlten Gläubigers, der als Cedent anzusehen ist, gehörte. Es ist ferner klar, daß die Absicht der Dekl. dahin geht, den Fall, wenn eine hyp. Forderung von dem Eigenthümer des Grundstücks durch Zahlung getilgt worden, dem im §. 52. des Anh. allein vorausgesetzten Falle, wenn die Hyp.-Forderung durch einen zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel erworben ist, völlig gleichzustellen. Was also in der Dekl. über die Wirkung der Zahlung zu Gunsten des Eigenthümers des Grundstückes ausgesprochen worden, muß um so mehr für den Fall gelten, den der §. 52. a. a. O. im Auge hat. — Hiernach unterliegt es keinem Bedenken, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung durch einen zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel erwirbt, nach §. 52. des Anh., ebenso wie der, welcher die hyp. Schuld bezahlt, in Gemäßheit der Dekl. v. 3. April 1824 Eigenthümer dieser Forderung selbst wird, und daß, wenn auch die dadurch auf den Eigenthümer des Grundstücks übergegangenen Rechte bis zu einer von ihm anderweitig getroffenen Disposition ruhen, diese letztere doch nicht eine bloße Hyp.-Stelle, vielmehr das Hyp.-Recht selbst zum Gegenstande hat, auch der rechtliche Grund zur Dispositionsbefugniß nicht in dem Eigenthum an dem Grundstücke, sondern nur in dem auf die Hyp.-Forderung erworbenen Eigenthumsrechte gefunden werden kann. — Mit der hiernach widerlegten Ansicht, daß der Eigenthümer des Grundstücks nur über eine erledigte Hyp.-Stelle zu verfügen habe, und seine Befugniß dazu nur aus seinem Eigenthum an dem verpfändeten Grundstück hervorgehe, zerfällt auch zugleich die daraus abgeleitete Folgerung in sich, daß die Befugniß des Eigenthümers über die ihm anheimgefallene Hypothek an den Besitz des Grundstücks gebunden sei und daher mit der Veräußerung des letzteren von selbst aufhöre. Da der Besitzer des Grundstücks wirklich Eigenthümer der auf ihn gediehenen Hyp.-Forderung selbst geworden ist, so kann die Veräußerung des Grundstücks allein keinen Grund enthalten, ihm das Eigenthum der Forderung zu entziehen, vielmehr läßt die durch die Veräußerung des Grundstücks herbeigeführte Auflösung der bis dahin bestandenen Verbindung das Forderungsrecht, dessen Ausübung einstweilen ruhte, mit voller Wirkung wieder in's Leben treten. Zwar heißt es im §. 52. des Anh., daß der »Besitzer« des verpflichteten Grundstücks bis dahin, wo das Hyp.-Recht gelöscht wird, solches gültig an einen Andern abtreten kann. Es darf aber auf den Ausdruck: »Besitzer« kein Gewicht gelegt und daraus nicht gefolgert werden, daß der Besitzer des Grundstücks nur als solcher, mithin nur während seines Besitzes, zu einer Disposition über die auf ihn gediehene Forderung befugt sei. Vielmehr ist diese Stelle des §. 52. nur eine Folgerung aus dem darin vorangestellten Grundsatz, nach welchem Hyp.-Rechte durch die Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person nicht aufgehoben werden; keinesweges aber ist beabsichtigt, durch den Ausdruck: »Besitzer« eine Bestimmung über die Dauer der dem Eigenthümer des Grundstücks beigelegten Dispositionsbefugniß zu treffen. — Es bedarf nicht der Erwähnung, daß es beim Verkauf eines Grundstücks von der Willkühr der Kontrahenten abhängt, in Beziehung auf die darauf eingetragenen, auf den Verkäufer gediehenen, jedoch ungelöscht gebliebenen Hyp.-Forderungen andere, von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Verabredungen zu treffen. In sofern aber solche besondere Bestimmungen vertragsmäßig nicht getroffen sind, stellt sich das Verhältniß des Verkäufers zu dem Käufer hinsichtlich der an den Ersteren durch Zahlung oder sonst gelangten Hyp.-Forderungen in keiner anderen Art dar, als das Verhältniß aller übrigen, auf dem verkauften Grundstücke eingetragenen hypothekarischen Gläubiger; die aus dem Kaufvertrage zwischen dem Verkäufer und dem Käufer gegenseitig entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten werden mithin dadurch, daß Ersterer nach dem Verkauf des Grundstücks über die ihm während des Besitzes desselben angefallenen Forderungen zum Besten eines Dritten verfügt, auf keine Weise berührt. (Präj. Samml. S. 94, Entsch. Bd. 5. S. 51.)

In Uebereinstimmung mit dem Grundsatze des vorstehenden Pl. Beschl. nimmt der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 21. Jan. 1853 an, daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer durch die Zahlung einer auf dem Grundstücke eingetragenen Hypothekenschuld alle Rechte eines Cessionars erlangt und zur weiteren Cession befugt ist, wenngleich er nicht mehr wirklicher Eigenthümer des Grundstückes ist.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 234 Nr. 51.)

Das Justizmin. hat in dem R. v. 15. Aug. 1837 denselben Grundsatz angenommen, indem es ausführt, daß der Eigenthümer, da er das volle Eigenthum der Hypothek erwirbt, auch bei dem anderweiten Verkauf des Grundstücks Verpflichtungen über dieselbe eingehen kann, und der Käufer, wenn er diese noch ungelöschte Forderung für Rechnung der Kaufgelder nicht mit übernommen hat, sich nur durch Eintragung einer Protestation (A. L. R. I. 20. §. 523.) vor jeder ihm nachtheiligen Disposition über die nicht übernommene Hypothek sichern könne. (Jahrb. Bd. 50. S. 168, Gräff Bd. 12. S. 17.)

Vergl. über diese Frage auch: v. d. Hagen, die Hypothek des Eigenthümers S. 140 ff., den Aufsatz über nicht konsolidirte Hypothekenrechte in der J. Z. 1836 S. 369—378, 392—406, Arndts, über die Hypothek des Eigenthümers, insbesondere die freiwillige und nothwendige Cession derselben nach Veräußerung des Grundstücks (J. W. 1840 S. 505 ff.), Schmidt (System des Pfandr. S. 626) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 257).

3) Auch wenn eine Forderung durch Erlaß getilgt wird, steht dem Schuldner frei, die dadurch frei gewordene Hypothekenstelle für eine anderweite Forderung gültig zu verpfänden, und steht den postlocirten Gläubigern ein Widerspruch dagegen nur in sofern zu, als etwa durch die neue Forderung das Grundstück mehr belastet würde, als durch die getilgte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Sept. 1838. (Präj. Nr. 520.)

Das dem §. 52. des Anh. zum Grunde liegende Decisum der Gesetzkomm. v. 10. Juli 1802 hat den Fall, wo die Forderung, für welche Hypothek bestellt worden, durch Erlaß getilgt und somit nicht an den Eigenthümer über-, sondern ganz eigentlich untergegangen sei, nicht vor Augen gehabt; auch ist der Fall direkt nicht nach der Dekl. v. 3. April 1824 zu beurtheilen, weil dieselbe voraussetzt, daß der Eigenthümer Zahlung leiste. Um über die Frage den richtigen Gesichtspunkt aufzufassen, muß man auf das innere Wesen des vorwaltenden Rechtsverhältnisses zurückgehen, welches in der, der Preußischen Hypothekenverfassung eigenthümlichen Einrichtung, wonach den verschiedenen Hypothekengläubigern eines Grundstücks einem Jeden nur ein, durch die Reihefolge der Eintragung und durch die Höhe der einzelnen Forderungen sich bestimmender Werth des Grundstücks zum Pfande dient[1]), begründet ist. Jeder postlo-

[1]) Diesen Grundsatz hat indeß der Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839 (Präj. Nr. 664., s. ob. Zus. 2. ad h. l.) reprobirt.

cirte Gläubiger kann an das ihm zur Sicherheit bestellte Grundstück oder eigentlich an dessen Werth, nur unter der alleinigen Voraussetzung sich halten, daß die zur Zeit der Eintragung seiner Forderung schon darauf intabulirt gewesenen Gläubiger ihre volle Befriedigung aus diesem Werthe schon empfangen haben, und er hinwiederum übt dasselbe Vorrecht gegen die in der Zeitfolge ihm nachstehenden Hypothekengläubiger. Diesen speziellen Rechten und Vorrechten der einzelnen Hypothekengläubiger korrespondirt aber auch die entgegenstehende Befugniß des Schuldners und Eigenthümers. Der §. 24. A. L. R. I. 20. gestattet ihm ausdrücklich, über seine, dritten Personen verpfändete Sache soweit, als es den Rechten und der Sicherheit des Gläubigers unnachtheilig, zu verfügen, woraus folgt, daß postlocirten Gläubigern kein Widerspruchsrecht in Beziehung auf solche Dispositionen zusteht, welche nur denjenigen Theil des grundstücklichen Werths zum Gegenstande haben, der ihren speziellen Pfandrechten nicht unterliegt. Wird somit dieser vorzüglichere Werthstheil derjenigen Forderung, für welche er speziell verpfändet war, ledig, so darf der Eigenthümer darüber wieder frei verfügen, ohne daß die späteren Gläubiger ihn darin hindern können. Diese Eigenthümlichkeit der Preuß. Hypothekenverfassung dient dem §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 zur Grundlage. Der Eigenthümer ist, wenn durch irgend ein Rechtsgeschäft in seiner Person mit diesem Eigenthum des Grundstücks das Eigenthum eines Hypothekenrechtes sich vereinigt (Cession, Erbgangsrecht), befugt, dies Hypothekenrecht Anderen abzutreten, so lange nicht eine von ihm abhängende Löschung erfolgt ist. Denn die Rechte vorstehender Gläubiger werden dadurch nicht benachtheiligt und nachstehenden steht kein Widerspruchsrecht zu. Hiervon ausgegangen, versteht es sich von selbst, daß der Modus, durch welchen eine Hypothekenstelle von der Forderung, für welche sie zum Pfande diente, befreit worden, auf das Verfügungsrecht des Eigenthümers ohne Einfluß bleiben muß. Er möge nun durch Cession oder Erbgangsrecht Eigenthümer der Forderung selbst geworden sein; oder es möge der Gläubiger bei fortbestehender Forderung selbst auf sein Hypothekenrecht verzichtet haben, oder endlich, es möge der Gläubiger auf die Forderung selbst verzichtet, diese dem Schuldner erlassen, geschenkt haben, — in allen Fällen ist das seither suspendirte Verfügungsrecht des Eigenthümers frei geworden, und hat Letzterer davon Gebrauch gemacht, so besteht es als gültig.

(Präj. Samml. S. 93, J. W. 1840 S. 801, Centralbl. 1840 S. 1162 und 1210.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 1. März 1853 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 21 Nr. 7.)

Vergl. auch die Motive des Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839. (Präj. Nr. 664.) (S. ob. Zus. 2. ad h. l.)

Dagegen hat das Kammerger. in dem Berichte v. 7. Sept. 1840 die Ansicht entwickelt, daß der §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 auf Forderungen, welche durch Erlaß oder Entsagung erloschen sind, nicht anwendbar seien, sondern daß der Eigenthümer die Dispositionsbefugniß über die solchergestalt frei gewordene Hypothekenstelle nur durch eine förmliche Cession erhalte, indem es sonst an einem modus acquirendi fehle.

(J. M. Bl. 1840 S. 309.)

Das Justizmin. hat sich in dem hierauf erlassenen R. v. 16. Sept. 1840 dahin ausgesprochen, daß es, um den Besitzer des Grundstücks zur Verfügung über eine Post zu berechtigen, stets eines Rechtstitels bedürfe, wodurch das Eigenthum der in Rede stehenden Hypothekenforderung, oder die Dispositionsbefugniß darüber auf ihn übertragen worden. (J. M. Bl. 1840 S. 311.)

Koch spricht sich über die Frage dahin aus:

Der §. 52. des Anh. verlangt eine Vereinigung (Konfusion), und die Dekl. v. 3. April 1824 bestimmt, daß Zahlung und Quittung wie Cession wirke. Darnach ist es unzweifelhaft, daß — wie auch der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 27. Mai 1839[1]) annimmt — der Eigenthümer eines Grundstücks über jede darauf eingetragene, ihm in Folge geleisteter Zahlung, oder durch Cession, oder sonst zugefallene Forderung disponiren kann; denn eine Vereinigung kann nicht bloß durch Cession und die derselben gleichgestellte Zahlung und Quittung, sondern auch durch Vererbung oder Schenkung geschehen; allein das ist unerläßlich, daß eine wirkliche Vereinigung, d. h. eine Sukcession des Eigenthümers in das Gläubigerrecht, gleichviel auf welchem Wege, sich ereignet haben muß. Wenn daher ein eingetragener Gläubiger nur auf die Hypothek verzichtet und in die Löschung konsentirt, ohne über die Forderung zu quittiren, so ist dem Gutseigenthümer die Forderung nicht angefallen; es hat hier also eine Vereinigung nicht stattgefunden, und folglich kann der Gutseigenthümer die Forderung, die nach wie vor noch dem bisherigen Gläubiger zusteht, nicht cediren. Daraus folgt aber keinesweges, daß er auch nicht befugt sei, an deren Stelle für eine andere Schuld Hypothek zu bestellen. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 260 ff.)

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. sub 2. II. b. zum §. 52. des Anh.

Bornemann nimmt an, daß, was den modus acquirendi betrifft, die Absicht der Dekl. v. 23. April 1824 ganz klar sei, den Fall, wenn eine hypothekarische Forderung von dem Eigenthümer des Grundstücks durch Zahlung getilgt worden, den im §. 52. des Anh. vorausgesetzten Fällen, wenn das Grundstück und die Hypothekenforderung durch Erbgangsrecht oder aus einem anderen zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel in eine Hand gekommen sind, völlig gleich zu stellen. Die Zahlung solle als ein Kauf angesehen werden, und aus diesem Grunde dieselbe Kraft wie jeder andere Eigenthumstitel haben. Was also in der Dekl. über die Wirkung der Zahlung zu Gunsten des Eigenthümers des Grundstücks gesagt worden, müsse um so mehr für die im §. 52. des Anh. vorausgesetzten Fälle gelten und überhaupt angenommen werden, daß der Eigenthümer des Grundstücks bei jedem Erwerbe der Forderung, durch einen zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel, das Eigenthum der eingetragenen Forderung und alle Rechte eines Cessionars erwerbe. (System 2. Ausg. Bd. 2. S. 257.)

v. d. Hagen nimmt an, daß der Grundstückseigenthümer durch jeden modus solvendi die Rechte des Cessionars erlange, und daß daher die Hypothek auf ihn ipso jure auch dann übergehe, wenn die Verbindlichkeit, für welche sie haftet, durch Kompensation, Novation, Erlaß, Vergleich aufgehoben, wenn die Post aufgeboten und amortisirt wird rc. (Die Hypothek des Eigenth. S. 170 ff.)

Schmidt giebt dem Eigenthümer des Grundstücks auch alsdann das Gläubigerrecht, wenn der Gläubiger dasselbe unentgeltlich remittirt hat, weil der Erwerb des Eigenthümers nicht durch den Begriff des Geldhinzählens, sondern der Hypothek als einer Realschuld möglich gemacht werde, und die Remission im Wesentlichen auch Solution sei. (Grundsätze des Pfandr. S. 624, 625.)

4) Betreffend den Fall theilweiser Tilgungen und Zahlungen durch einen Dritten.

a) Der II. Sen. des Ob. Trib. hat hierüber in dem Erk. v. 7. März 1840 (Präj. Nr. 838.) folgende Prinzipien angenommen:

a) Hypothekenrechte werden durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person, so lange sie nicht gelöscht sind, auch dann nicht aufgehoben, können vielmehr von dem Grundbesitzer bis dahin gültig an einen Anderen auch dann abgetreten werden:

α) wenn die hypothekarische Forderung nur theilweise bezahlt, auch die Abschlagszahlung ohne Vorbehalt geleistet, und ohne Aushändigung einer besonderen Quittung an den Zahlenden nur auf der in den Händen des Gläubigers verbleibenden Schuldurkunde vermerkt ist;

β) wenn die vollständige oder theilweise Zahlung einer Hypothekenforderung nicht von dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks, noch in dessen Auftrag oder Namen, sondern von einem Dritten, auf Grund einer persönlichen Verbindlichkeit oder aus Irrthum im eigenen Namen geleistet, und das mit der Forderung verbundene Hypothekenrecht dem Zahlenden nicht ausdrücklich abgetreten worden.

b) Bei einer nur theilweise erfolgten Zahlung einer Hypothekenforderung gebührt dem Eigenthümer des nicht bezahlten Theils vor dem Dritten, welchem das mit dem bezahlten Betrage verbundene Hypothekenrecht an den Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks abgetreten worden, kein Vorzugsrecht.

Die Begründung ist folgende:

Das Hypothekenrecht haftet für die ganze Forderung, wofür es bestellt worden, mithin auch für jeden einzelnen Theil derselben. Es hätte daher, wenn die allgemeinen Vorschriften des §. 52. des Anh. bei einer theilweisen Berichtigung einer Hyp.-Forderung keine Anwendung finden sollten, einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung hierüber bedurft. Eine solche Bestimmung ist aber in dem §. 52. a. a. O. und der Dekl. v. 3. April 1824 nicht enthalten, würde auch dem Zwecke dieser Gesetze nicht entsprechen, welcher dahin geht, dem Besitzer eines mit Hypothekenschulden belasteten Grundstücks, der zur vollständigen oder theilweisen Abzahlung einer eingetragenen Forderung genöthigt wird, durch die ihm gestattete Disposition über das mit der zu zahlenden Forderung verbundene Hypothekenrecht ein Mittel zur leichteren Wiedererlangung der entzogenen Geldsumme an die Hand zu geben. — Nach der Bestimmung des §. 467. Tit. 20. erstreckt sich das den Eigenthümern des Restkapitals zustehende Hypothekenrecht allerdings auf das ganze für die Forderung verpfändete Grundstück. Allein dieses Recht giebt ihnen die Befugniß, sich zu ihrer Befriedigung

an das ganze Grundstück zu halten, immer nur so weit, als solches ohne Verletzung der besseren oder gleichen Rechte anderer Hypothekengläubiger geschehen kann (Einl. zum A. L. R. §§. 95. und 97.). Nach §. 55. Tit. 20. Thl. I. erlöscht nun zwar das Pfandrecht, wenn der Anspruch, für welchen die Sicherheit bestellt worden, getilgt oder erloschen ist, und nach dieser Vorschrift würde, in Folge der ohne Vorbehalt und ohne Cession der Rechte des Gläubigers geleisteten Theilzahlung, das für die ganze Forderung bestellte Hypothekenrecht in Ansehung des gezahlten Theils erloschen sein, und die bestellte Hyp. den Eigenthümern der Restforderung jetzt allein zu gut kommen. Der in dem §. 55. a. a. O. aufgestellte Grundsatz leidet aber nach §. 52. des Anh. zum A. L. R. und der Dekl. v. 3. April 1824 eine Ausnahme, wenn in Folge der geleisteten Zahlung das Eigenthum des für die gezahlte Summe bestellten Hypothekenrechts mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person vereinigt ist, indem in einem solchen Falle das Hypothekenrecht nicht aufhören, sondern, so lange die bezahlte Forderung im Hypothekenbuche nicht gelöscht worden, dem Besitzer des Grundstücks verbleiben, und ihm dessen Abtretung an einen Anderen gestattet sein soll. Durch eine solche Zahlung wird mithin in den Hypothekenrechten der übrigen Gläubiger nichts geändert, und namentlich behalten, wenn eine bloße Abschlagszahlung geleistet ist, die Eigenthümer der Restforderung nur eben die Rechte, welche ihnen vor der Zahlung zustanden. Sie können daher, wenn der Fall des §. 52. a. a. O. vorhanden ist, wegen ihrer Restforderung vor dem Dritten, welchem das an den Eigenthümer gediehene Hypothekenrecht abgetreten worden, auf Grund des §. 467. a. a. O. ein Vorzugsrecht in Anspruch nehmen.

(Präj. Samml. S. 94, Entsch. Bd. 6. S. 127)

Diese Prinzipien hat das Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 19. Mai 1838 (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 27) und in einer Entscheidung, deren Datum nicht konstirt (J. W. 1846 S. 241—252), angenommen, welche letztere sich dahin ausspricht:

In der Theilzahlung liege an sich kein Grund für eine abweichende rechtliche Beurtheilung. Das in §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 ausgesprochene Prinzip des Ueberganges der Forderung durch Zahlung an den Gutsbesitzer sei auch auf solche Theilzahlungen anwendbar. Partialcessionen und Partialzahlungen ständen, was deren Zulässigkeit und Wirkung betreffe, in soweit ganz gleich. Der Punkt, daß der Gläubiger, der Regel nach, auf Theilzahlungen sich einzulassen nicht nöthig habe, ändere nichts. Die Zahlung, als Partialzahlung aufgefaßt, habe auch nicht zwei in der Priorität verschiedene Forderungen geschaffen. Die Vorschrift des §. 156. des A. L. R. I. 16., die von zwei verschiedenen Forderungen spreche, auf deren eine am wenigsten gesicherte gezahlt worden, oder doch die Zahlung vom Gläubiger anzunehmen sei, sei hier nicht anzuwenden. Nur eine Forderung, in der Sicherheit in allen Theilen gleichgestellt, auf die eine Theilzahlung geleistet worden, liege vor. Werde von einer Forderung ein Theil cedirt, und dabei nichts weiter bestimmt, so ständen die Inhaber beider Antheile der bis dahin ungetheilt gewesenen Forderung in der Priorität und den übrigen Vorzügen des Aktivums einander gleich. Allerdings könne es einem Gläubiger, dem vom Schuldner auf seine Forderung eine Theilzahlung geleistet werde, und der dem Schuldner Quittung mit der Wirkung einer Cession zu leisten habe, nicht verschränkt werden, dies nur mit dem Vorbehalte zu thun, daß seiner unbezahlten Restforderung künftig der Vorzug vor der durch die Zahlung auf den Schuldner übergegangenen Antheilsforderung verbleibe. Das G. über die Exekution in Aktiva, mit der Wirkung einer Cession resp. Angabe an Zahlungsstatt — V. v. 4. Juli 1822 — setze dies für den Fall der Exekution ausdrücklich fest. Es sei dieser letzte Fall in die Reihe der nothwendigen Cessionen überhaupt zu stellen, die bei Exekutionen zwar nicht der Gläubiger, vielmehr der Schuldner, resp. das Gericht für ihn zu leisten habe, die aber das Wesen einer nothwendigen Cession überhaupt an sich trage. — A. L. R. I. 11. §§. 442. ff., Tit. 16. §§. 46. ff. — Noch mehr könne dies vielleicht von einer Quittung, resp. Cession behauptet werden, die der Gläubiger über eine ihm vom Schuldner geleistete Theilzahlung ausstellen müsse. Diese Seite im Rechtsverhältnisse erscheine jedoch hier nicht durchgreifend. Der Gläubiger, der vertragsmäßig Abschlagszahlungen nicht anzunehmen habe, müsse, um ihnen auszuweichen, auf Zahlung der ganzen Forderung bestehen. Er möge kündigen. Nehme er eine Theilzahlung ohne Vorbehalt an, so müsse er auch die aus ihr für den Schuldner entspringenden Rechte, Cession des bezahlten Theils, wenigstens Quittung statt der Cession zu verlangen, anerkennen.

b) Koch unterscheidet, ob dem zahlenden Hypothekenschuldner eine ausdrückliche Cession ohne Vorbehalt freiwillig geleistet oder nur Quittung gegeben sei.

Der erstere Fall könne nicht für zweifelhaft gehalten werden. Im zweiten Falle aber sei das Geschäft für und gegen den bezahlten Gläubiger nur Zahlung; in Beziehung auf ihn sei also die Forderung, soweit die Zahlung reiche, getilgt, und daraus folge, daß die vorhandene Sicherheit ihm ausschließlich für den Rest seiner Forderung hafte, und nicht durch den bezahlten Theil weiter geschmälert werden könne, daß er nicht schuldig sei, wegen des bezahlten Theiles seiner Forderung auch einen verhältnißmäßigen Theil des Pfandes herzugeben. Nur in Beziehung auf das Verhältniß des Zahlers zum Schuldner habe die Quittung die Wirkung einer Cession; gegen den Schuldner (hier das Grundstück) gelte der Zahler für den Cessionar, aber zu dem Gläubiger stehe es in gar keinem Cessionsverhältniß. Darum brauche der Gläubiger, in Beziehung auf den ihm bezahlten Theil seiner Forderung, weder den Zahler, noch einen Dritten, auf den der Zahler diesen Theil wieder übertragen habe, für seinen Mitgläubiger und Theilnehmer an dem ihm ungetheilt verbliebenen Pfandrechte anzuerkennen. Ueberhaupt sei es Grundsatz, daß, wenn aus einem nothwendigen Grunde Jemand wegen geleisteter Zahlung die Rechte eines Cessionars erhalte, der Bezahlte niemals als Cedent hafte.

(Uebergang der Forder. S. 184—186.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. sub II. 2. c. zum §. 52. des Anh.

c) Arndts, welcher die Richtigkeit der Entscheidung des Ob. Trib. angreift, gelangt zu folgenden Resultaten:

1) Der Gläubiger hat einfach quittirt, ohne zu cediren.

a) der Inhaber der ganzen ungetheilten Post hat die Zahlung erhalten; dann steht die Hypothek des Eigenthümers dem Reste der Forderung nach;

b) einem von mehreren Theilhabern der Forderung ist sein Theil bezahlt; dann hat die Hypothek des Eigenthümers diejenige Priorität, welche nach dem unter den Theilhabern bestehenden Verhältnisse dem abgetragenen Theile zustand;

c) einem der Theilhaber ist nur ein Theil seines Theiles gezahlt; dann steht der Eigenthümer diesem in Ansehung des Restes seines Theils nach, genießt aber mit ihm dieselbe Priorität in dem Verhältnisse zu den anderen Theilhabern;

d) wäre auf eine getheilte Forderung eine Abschlagszahlung indistincte an alle Theilhaber gemeinschaftlich oder an deren gemeinschaftlichen Mandatar geleistet, dann würde der Eigenthümer allen nachstehen; jedoch könnte hier mitunter die Rangordnung zweifelhaft werden, wenn die einzelnen Theilhaber verschiedene Priorität hätten; es würde dann von Umständen und resp. von der Art der Bevollmächtigung abhängen, ob die Zahlung anzusehen sei, als geleistet auf die Forderung, als Ganzes, und daher auf den letzten Theil derselben, oder als in bestimmten Verhältnissen geleistet, auf die einzelnen Theile; in dem letzten Falle würde sich die Rangordnung anders gestalten.

2) Der empfangende Gläubiger hat zugleich die Forderung, oder den locus, die Hypothek u. s. w. cedirt; dann hängt die Entscheidung zunächst von dem Inhalte der Erklärung ab; diese ist jedoch im Zweifel dahin auszulegen, daß Eigenthümer nur diejenige Priorität erhalten solle, welche er nach den vorstehenden Sätzen erhalten haben würde, wenn nicht cedirt wäre.

Ein besseres Vorzugsrecht, wie hiernach der Hypothek des Eigenthümers zusteht, kann auch dessen Cessionar nicht in Anspruch nehmen.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 25 ff., 62—63.)

Vergl. auch die Erörter. von Arndts in der J. W. 1846 S. 252—253 und von v. d. Hagen in Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 33—34 u. S. 394 Anm. 24.

5) Der Eigenthümer des Grundstücks ist übrigens berechtigt, den Uebergang der auf ihn gekommenen Hypothekenforderung auf seinen Namen umschreiben zu lassen.

Angenommen von dem Justizmin. in den R. v. 25. Febr. 1833 (Jahrb. Bd. 41. S. 267, Gräff Bd. 6. S. 20) und v. 16. Juli 1836 (Jahrb. Bd. 48. S. 275, Gräff Bd. 10. S. 24), weil der Eigenthümer nicht bloß das Recht auf die Hypothekenstelle, sondern das Recht auf die Forderung selbst erwirbt, Hypothekengläubiger wird, mithin keinesweges bloß das Recht hat, die bezahlte Forderung weiter zu cediren.

Ebenso in dem R. v. 31. Jan. 1841.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 261.)

Ebenso ist der Eigenthümer auch berechtigt, eine Hypothek für sich selbst zu bestellen und auf seinen eigenen Namen eintragen zu lassen.

(R. v. 22. Dec. 1840, J. M. Bl. 1841 S. 27.)

6) Kann der persönliche ursprüngliche Schuldner, der das für die Schuld verpfändete Grundstück veräußert und nach Abtrennung einzelner Theile hiervon in der Subhastation das Stammgut erstanden und die Schuld auf Grund seiner persönlichen Verbindlichkeit getilgt hat, das Recht erlangen, sich wegen des Ausfalles der Forderung bei der Subhastation an den Besitzer einer Parzelle, der pfandfrei vom Besitznachfolger des ursprünglichen Schuldners gekauft hat, zu halten?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1857.

Es ist unzweifelhaft, daß das Pfand- und Hypothekenrecht kein selbstständiges, sondern die Hypothek ein accessorium der Forderung selbst ist, und ohne rechtliche Wirkung, wenn der Anspruch an sich ungültig ist (§§. 11., 404. A. L. R. I. 20.); daß es durch Tilgung der Forderung, und zwar aus dem

allgemeinen gültigen Gründen der Tilgung erlischt, mit der aus der Hypotheken-Verfassung fließenden Maßgabe, daß diese Tilgung bei nicht erfolgter Löschung im Hypothekenbuche dem dritten redlichen Erwerber nicht entgegensteht (§§. 55., 520. a. a. O., §. 140. A. L. R. I. 2.). Zu diesen gesetzlichen Tilgungsgründen gehört auch die Konfusion und die Vereinigung der Rechte des Gläubigers und Schuldners, in sofern diese auf unwiderruflichem Titel beruht (§§. 476. ff. A. L. R. I. 16.). Auch die Rechte auf die Sache erlöschen durch Vereinigung des Eigenthums der verpflichteten und der berechtigten Sache in gleicher Weise (§. 482. a. a. O.); nur ist für Servituten eine Modifikation in den §§. 53. ff. A. L. R. I. 22. ausgesprochen. — Nach §. 483. a. a. O. tritt die Konfusion auch bei subjektiv-dinglichen Rechten, wenn der bloß persönlich Verpflichtete den Besitz der berechtigten Sache, oder der Eigenthümer der berechtigten Sache die Verbindlichkeit des persönlich Verpflichteten überkommt, ein, es sei denn eine Protestation eingetragen worden. Der Regel nach würde demgemäß die Hypothek erlöschen, wenn der Besitzer des verpfändeten Grundstücks das Recht des Gläubigers vereinigt. Von dieser Regel macht der §. 52. des Anh. eine Ausnahme. Ohne Löschung soll diese Vereinigung des Gläubigerrechts mit dem Eigenthum der verpfändeten Sache nicht das dingliche Recht aufheben, vielmehr der Grundstücks-Eigenthümer die Forderung, gleich als wäre sie nicht getilgt, anderweit abzutreten und darüber, nicht bloß über die Hypothekenstelle, zu verfügen berechtigt sein, und zwar nach der Dekl. v. 3. April 1824 auch ohne Cession, auf Grund bloßer Quittung. Diese Bestimmung setzt aber klar voraus, daß der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks während seines Besitzes die Post getilgt und überkommen habe. Dies ergiebt nicht bloß das Gutachten der Ges. Komm. v. 10. Juli 1802 und die zu Grunde liegende Anfrage, sondern folgt auch aus den klaren Worten des §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824. Es sollte dem zahlenden oder sonst tilgenden Gutsbesitzer die Möglichkeit verschafft werden, sich Kredit zu verschaffen und über die angefallene Post zu dem Ende, ohne Einspruch später eingetragener Gläubiger zu verfügen. Soll also der §. 52. des Anh. zur Anwendung kommen, so muß die Tilgung, resp. der Erwerb der Forderung durch den Hypothekenschuldner während seiner Besitzzeit geschehen, sein Recht entstanden sein, möchte er auch später nach Aufgabe des Eigenthums erst darüber disponiren wollen (Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839, Präj. Nr. 664.)[1]). Jedenfalls ist so viel gewiß, daß die Dekl. v. 3. April 1824 nur für den zahlenden Hypothekenschuldner die Quittung die Stelle der Cession vertreten läßt. Hiernach ist die anomale Festsetzung des §. 52. des Anh. an sich schon nicht geeignet, sie auf einen ganz anderen Fall zur Anwendung zu bringen, wenn nicht der Hypothekenschuldner während seiner Besitzzeit die Forderung gezahlt und erworben, sondern nach Veräußerung des Guts als persönlicher Schuldner gezahlt hat, gleichviel, ob er nur Quittung oder Cession des Gläubigers erhalten. Kann man schon hiernach nicht annehmen, daß der §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 auf einen Fall Anwendung finde, in dem der zahlende ursprüngliche Schuldner erst nach Verkauf des Guts gezahlt hat, so schwindet doch jeder Zweifel über die Unanwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Fall, da der persönliche Schuldner gezahlt hat, aus dem Grunde, weil dem Letzteren der böse Glaube entgegensteht. Selbst ein dritter Erwerber einer Hypothekenforderung, von der er weiß, daß sie getilgt ist, erwirbt keine Rechte und darf sich nicht auf den Glauben eines Hypothekenbuches berufen (§§. 422. ff. A. L. R. I. 20.); um so viel weniger also der persönliche Schuldner, der als solcher gezahlt hat, also weiß, daß die Schuld getilgt ist, und wider sein besseres Wissen Rechte an der betreffenden Forderung nicht erwerben kann.

(Entsch. Bd. 36. S. 117, Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 344 Nr. 67.)

7) Die bloße erfolgte Zahlung der Hypothekenschuld giebt dem Besitzer noch nicht die Rechte des Eigenthümers, wenn weder er selbst, noch ein Dritter in der Absicht, ihn von der Pfandschuld zu befreien, gezahlt hat.

Erkannt vom Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 5. Mai 1849.

Die Ansicht ist irrig, als genüge es, wenn nur überhaupt die Befriedigung des Gläubigers konstire, weil dann für den Eigenthümer des Grundstücks das Recht entstehe, über den offen gewordenen locus zu verfügen. Von einem offen gelassenen locus kann juridisch keine Rede sein; es entsteht kein offener Platz, sondern die Forderung selbst dauert, so lange nicht die Löschung im Hypothekenbuche erfolgt ist, fort und kann durch weitere Uebertragung der Forderung über sie disponirt werden. Dies setzt also voraus, daß derjenige, der diese Disposition ausüben will, die Forderung selbst in solcher Weise erworben habe, wie dieses bei Forderungsrechten zulässig ist.

(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 259.)

D. Betreffend die weitere Uebertragung des Rechts an einen Anderen und den Gegenstand derselben.

1) a) Wenn der Besitzer eines Grundstücks eine auf demselben haftende Forderung, für die er selbst als der persönliche Schuldner verpflichtet ist, durch Cession erwirbt und dieselbe, ohne sie löschen zu lassen, weiter cedirt, so dauert die persönliche Verbindlichkeit des Cedenten in der Eigenschaft als des ursprünglichen persönlichen Schuldners gegen den neuen Inhaber der Forderung unverändert fort. Die Konfusion bleibt völlig ausgeschlossen.

b) Der Fall ist auch dann ebenso zu beurtheilen, wenn Mehrere ein Grundstück gemeinschaftlich besitzen, und für eine auf demselben eingetragene Forderung gemeinschaftlich und solidarisch als persönliche Schuldner haften und einer derselben die Forderung durch Cession allein an sich bringt, sie aber demnächst, ohne daß eine Löschung stattgefunden hat, weiter abtritt. Der cedirende Schuldner haftet auch dann nach wie vor solidarisch.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1843. (Präj. Nr. 1436.)

Die persönliche Verbindlichkeit des Verklagten entspringt aus dem Darlehnsvertrage; sie erstreckt sich auf das Ganze der Schuld, sie ist auch die Hauptverbindlichkeit. Das Pfandrecht, als das dem Gläubiger zur Sicherheit des Darlehns eingeräumte dingliche Recht, ist der Hauptverbindlichkeit nur hinzugetreten. Dasselbe ist ein rein akcessorisches Recht, und als ein solches in seinem Bestehen von der Dauer des ursprünglichen persönlichen Rechts des Gläubigers aus dem Darlehnsgeschäfte abhängig. Das letztere, als das Hauptrecht, kann fortdauern, wenn auch das Pfandrecht, als das akcessorische Recht, aufgehoben wird. Das letztere dagegen muß mit dem persönlichen Rechte, als nur zu dessen Verstärkung bestellt, zugleich erlöschen, denn sonst würde das akcessorische Recht, als ohne ein Hauptrecht bestehend gedacht, selbst ein Hauptrecht sein. Dieser Grundsatz entspringt, als ein allgemeiner, aus der Natur eines Haupt- und akcessorischen Rechts. Die Gesetze erkennen ihn sowohl im Allgemeinen, als in der Anwendung auf gewisse einzelne akcessorische Rechte ausdrücklich an. (Einl. zum A. L. R. §. 108., A. L. R. I. 2. §§. 140., 141., Tit. 20. §§. 1., 11., 12., 55., 520., A. L. R. I. 14. §§. 385. sqq., Tit. 16 §§. 471. sqq.) — Zu den Arten, durch welche Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben werden, gehört auch deren Vereinigung mit einander. Diese tritt ein, wenn die Rechte des Gläubigers und die Verbindlichkeiten des Schuldners in einer Person zusammentreffen. Dieses Zusammentreffen muß jedoch aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde stattfinden. Die Wirkung desselben ist gleich einer Tilgung der Verbindlichkeit durch deren Erfüllung. — Die Verbindlichkeiten sind, in soweit auf die Person des Verpflichteten gesehen wird, verschiedenartig in folgender Beziehung. Entweder steht dem Berechtigten nur ein Verpflichteter gegenüber, oder es sind ihm mehrere Schuldner verhaftet. Im letzteren Falle erstreckt sich die Verbindlichkeit der einzelnen Verpflichteten bald nur auf gewisse Antheile von der ganzen Schuld, bald geht sie auf das Ganze. Auf dieses Rechtsverhältniß beziehen sich die allgemeinen Vorschriften über Korrealverträge (A. L. R. I. 5. §§. 424. sqq.) Bei dergleichen Solidarverpflichtungen mehrerer Schuldner ist ein zweifaches rechtliches Verhältniß vorhanden. Das eine ist das der mehreren gemeinschaftlichen Verpflichteten zu dem Berechtigten; das zweite das der mehreren Verpflichteten unter einander. Die Aufhebung von Rechten und Verbindlichkeiten mittelst Vereinigung umfaßt beide Fälle, sowohl den, wenn der Gläubiger nur einen Schuldner, als auch den, wenn er mehrere Solidarschuldner hat. Die gesetzlichen Vorschriften ergeben dies ausdrücklich. Im ersten Falle erlischt die Verbindlichkeit des Schuldners, als des einzigen Verpflichteten. Im letzteren Fall, wenn einer von mehreren gemeinschaftlich verpflichteten Mitschuldnern das Recht des Gläubigers erwirbt, tritt die Wirkung der Vereinigung in Ansehung des Letzteren, in dessen Person sich allein das Zusammenfallen des Rechts und der Verbindlichkeit ereignet hat, ebenfalls vollständig ein. Dagegen unterliegt das zwischen den mehreren Verpflichteten unter einander, in Beziehung auf die dem Berechtigten gegenüber aufgehobene Verbindlichkeit bestehende Rechtsverhältniß den Einwirkungen der Konfusion nicht (A. L. R. I. 16. §§. 476—480., 492—494., Tit. 5. §§. 443. sqq.). — Dem allgemeinen Grundsatze über das Erlöschen des akcessorischen Rechts mit dem Hauptrechte gemäß würde die Konfusion auch bei persönlichen, durch eine Hypothek verstärkten Rechten vollkommen wirken müssen. Bei Hypothekenrechten findet sich aber in dieser Beziehung eine in der Hypothekeneinrichtung begründete, durch die Gesetze ausdrücklich bestimmte Einschränkung. Zur Erwerbung eines Hypothekenrechts ist die Eintragung in die Grundbücher erforderlich. Von deren Dauer ist auch die Dauer des dinglichen Rechts abhängig. Erst die Löschung hebt solches auf. Die Eintragung begründet ferner in Hinsicht auf das Bestehen des Hypothekenrechts überhaupt eigenthümliche Wirkungen. Aus der Eigenthümlichkeit der Hypotheken-Verfassung ist auch die schon erwähnte Beschränkung der Wirkung der Konfusion bei Hypothekenrechten abzuleiten, welche durch den §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 festgesetzt sind. Diese letztgedachten Vorschriften begründen keinen in Ansehung der Fortdauer des Rechts zwischen dem persönlichen und dem dinglichen Rechte des Gläubigers aufzustellenden Unterschied. Die Annahme: »das persönliche Recht des Gläubigers werde, in Folge der Vereinigung desselben mit der Verpflich-

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

tung des Schuldners in einer Person, aufgehoben, dagegen dauere das Hypothekenrecht, so lange keine Löschung stattfinde, fort, und es könne das letztere, als ein selbstständiges Recht, auch ohne das Dasein eines persönlichen Rechts anderweitig übertragen werden«, findet sich in dem Gesetze nicht begründet. Die Gesetze sprechen die akcessorische Natur des Hypothekenrechts ausdrücklich aus. In diesem Sinne ist die Vorschrift des §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1842 aufzufassen. Wenn es in jener heißt: »Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks aufgehoben, so ist damit nicht das dingliche Recht, abgetrennt vom persönlichen Rechte, als ein für sich allein bestehendes Recht gemeint, vielmehr ist das vereinigte persönliche und dingliche Recht überhaupt dadurch bezeichnet. Eine Trennung zwischen dem persönlichen und dinglichen Rechte, Behufs der Bestimmung der Wirkungen einer Konfusion bei Hypothekenrechten, führt nicht bloß auf eine Aufhebung der Natur des Pfandrechts, als eines akcessorischen Rechts, sondern noch weiter auf Unterschiede in den Erfordernissen und der Wirkung einer Vereinigung von Rechten und Verbindlichkeiten, die in den bisherigen Gesetzen keine Stütze haben.

(Präj. Samml. S. 95, Entsch. Bd. 11. S. 303.)

Von dem in dem vorstehenden Präj. ausgesprochenem Grundsatze ist das Ob. Trib. auch in mehreren anderen Entscheidungen ausgegangen.

α) Bei einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung wird durch Konfusion die persönliche Verbindlichkeit zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner nicht aufgehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 14. März 1826 (Simon's R. Bd. 1. S. 10) und v. 30. Dec. 1834 (J. Z. 1835 S. 395).

β) Das Erk. des Ob. Trib. v. 5. Sept. 1833 nimmt zwar gleichfalls an, daß bei einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung die persönliche Verbindlichkeit zwischen dem Gläubiger und Schuldner durch Konfusion nicht aufgehoben werde, zeigt indeß, daß dieselbe häufig nicht werde geltend gemacht werden können, und verneint insbesondere die Frage: ob derjenige, welcher ein Grundstück in einer nothwendigen Subhastation zugeschlagen erhält, dem Gläubiger für eine in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommene hypothekarische Forderung als persönlicher Schuldner dann hafte, wenn er das Grundstück weiter verkauft und der neue Käufer die Forderung mit der Verpflichtung, seinen Verkäufer von der Schuld zu befreien, übernommen, sodann dem Gläubiger Zahlung geleistet und Quittung und Cession von ihm erhalten, demnächst aber das Kapital weiter cedirt hat.

(Simon's R. Bd. 4. S. 326 ff.)

Vergl. über die Frage: Koch in der Lehre vom Uebergang der Forder. S. 192 ff., in der Abhandl. in der J. W. 1836 S. 541 und im Schlesischen Arch. Bd. 1. S. 564 ff.

2) Der Käufer eines Grundstücks, welcher sich verpflichtet hat, den Verkäufer wegen einer von ihm kontrahirten, auf dem Grundstück eingetragenen Schuld außer persönlicher Verbindlichkeit zu setzen, wird von dieser Verbindlichkeit dadurch nicht befreit, daß der hypothekarische Schuldner, nach Veräußerung des zur Hypothek von ihm bestellten Grundstücks, dem eingetragenen Gläubiger gegen Cession seiner Rechte Zahlung leistet, und dann weiter cedirt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. April 1847.

Bestimmt der §. 52. des Anh., daß Hypothekenrechte nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthume des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben werden, so lange nicht eine Löschung erfolgt ist, und daß der Besitzer ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig einem Anderen abtreten könne, so enthält dies nur eine weitere Ausdehnung des an sich schon vorhandenen Grundsatzes auf einen anderen Fall, und zwar auf einen solchen, der dem wahren Sachverhältnisse näher lag, als der Fall des §. 522. l. c. Dort wird der Verhandlung des eingetragenen Gläubigers nach der Tilgung seiner Forderung, also nach gänzlicher Auflösung seines Rechts, und der ganzen Verbindlichkeit des Schuldners, dennoch wiederherstellende Wirkung in Betreff der letzteren beigelegt, wenn sonst der Dritte, welcher sich redlich auf eine solche Verhandlung eingelassen, Nachtheil erleiden würde, sonach aber zu dessen Schutze dem Glauben des Hypothekenbuches Folge geleistet, der Form gegen die Wahrheit entscheidende Kraft gewährt. Hier geschieht solches zum Vortheile des für die Schuld verhafteten Hypothekenbesitzers, also dessen, der über die Verschuldung oder Verhaftung und deren Fortdauer ein Dispositionsrecht hat, der jedenfalls durch Unterschieben einer dritten Person als Cessionars, statt eigener direkter Zahlung an den Gläubiger, die Existenz der Forderung auch formell, wie materiell aufrecht zu erhalten vermochte, auch wenn jener Dritte nur in seinem, des Schuldners freilich nicht ostensiblen Auftrage handelte. — Noch bestimmter ist dies in der Dekl. v. 3. April 1824 geschehen, selbst der Quittung des befriedigten Gläubigers für den Zahlung leistenden Eigenthümer der Hypothek, die volle Wirkung einer Cession, dem Zahlenden alles Recht eines Cessionars beigelegt, so lange nur die Löschung noch nicht erfolgt ist. Hängt aber erst von dieser die vollständige und wirkliche Tilgung ab, besteht bis dahin die Hypothek fort, so muß auch nothwendig die Forderung selbst erhalten werden, für welche sie bestellt, und deren Existenz die erste und nothwendigste Bedingung für die Existenz jener ist. Ein isolirtes oder getrenntes Hypothekrecht, besteht zwar dem Begriffe des Eigenthums gegenüber als ein davon gesondertes jus in re aliena, aber nie in Betreff der Forderung, für welche es entstand, und für deren Sicherheit es überhaupt nur bestehen kann; es kann von dieser nie gesondert, nur allenfalls, was hier nicht von Einfluß, auf eine andere Forderung übertragen werden. Das in der Hypothek liegende Recht zur Befriedigung aus der Substanz der verhafteten Sache bezieht sich ja nur auf Befriedigung in Betreff der zum Grunde liegenden Forderung, und ohne diese kann ein Hypothekberechtigter gar nicht existiren; er ist Hypothekberechtigter nur in seiner Eigenschaft als Gläubiger, und diese Eigenschaft allein durch die ihm zuständige Forderung bedingt. Soll er also ersteres sein, so muß er auch nothwendig letzteres sein, weil damit erst die Möglichkeit zu ersterem gegeben ist. — Hält man diese Grundsätze fest, welche schon in den beiden Plenarbeschlüssen v. 27. Mai 1839 und 9. Jan. 1846 (Entsch. Bd. 5. S. 56 und Bd. 12. S. 56) ihre Bestätigung und Beantwortung in verschiedenen Richtungen, selbst im Konkurse dahin gefunden haben, daß die vom Gemeinschuldner berichtigten Hypothekenforderungen, wenn sie nicht gelöscht worden, zur Gemeinmasse gehören, und in dritter Klasse zu liquidiren sind; so ergiebt sich daraus die Unrichtigkeit der Gründe des zweiten Richters. Denn wenn er annimmt: »der ursprüngliche Gläubiger habe ein doppeltes Recht, nämlich ein persönliches gegen den Kläger, ein dingliches gegen den Verklagten als Repräsentanten des Grundstücks gehabt«, so ist schon die Voraussetzung, streng genommen und so ausgedrückt, nicht ganz richtig. Der Gläubiger hatte nur ein Recht, das der Forderung aus der Schuldurkunde des Klägers, dasselbe war aber gesichert durch die bestellte Hypothek, und es konnte daher sowohl gegen den Kläger aus der persönlichen Verbindlichkeit desselben, als auch gegen die mit der Hypothek belastete Sache ohne alle Rücksicht auf deren Besitzer geltend gemacht werden; dieser letztere kam nur in sofern in Frage, als er den Besitz aufgeben und dem Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung aus der Substanz gestatten mußte, wenn er es nicht vorzog, den Gläubiger durch eigene Zahlung wegen seiner Forderung zu befriedigen. Denn nur diese Forderung ist es, welche der Gläubiger, sei es gegen die Person des Schuldners oder gegen die mitverhaftete Sache geltend machen kann; und es ist ohne wesentlichen Einfluß auf die Natur des Verhältnisses, wenn man — statt den Hypothekengläubiger (welcher sein Hypothekrecht geltend machen, seine Forderung aus der Substanz der verhafteten Sache befriedigen will) zunächst auf deren Herausgabe gegen den Besitzer klagen zu lassen — ihn sogleich zu einer Klage gegen denselben auf Befriedigung seiner Forderung verstattet. Es zeigt vielmehr auch diese, dem Pfandrechte eigentlich fremde, und die Pflicht des Besitzers der Hypothek, statt auf deren Herausgabe, auf Zahlung der Schuld ausdehnende Modifikation: daß in der That der Gläubiger nur vermöge seiner Forderung berechtigt sein kann, daß die Hypothek nur sichernder Gegenstand ihrer Befriedigung ist, und daß deren Besitzer nicht als deren Repräsentant bezeichnet werden kann; er vertritt nur sein eigenes Recht als Besitzer, dies ist durch die Hypothek beschränkt, und er kann sich von dieser Beschränkung befreien, wenn er die Forderung des Gläubigers befriedigt, weil durch deren Tilgung auch die daran haftende Hypothek erlischt. Diese seine Befugniß zur Zahlung — statt der ihm eigentlich obliegenden Herausgabe der Hypothek, damit sich der Gläubiger aus derselben befriedige — darf man nicht als etwas Prinzipales in Bezug auf ihn zum Grunde legen, um danach und nach einer daraus gegen ihn gebildeten Verpflichtung, auch das Recht des Gläubigers in ein doppeltes zu spalten. Er kann es in verschiedener Art, nach zwei verschiedenen Richtungen hin geltend machen, aber nicht jede dieser Richtungen läßt sich als ein gesondertes Recht betrachten. — Ist aber die Hypothek ihrer Natur und ihrem Zweck nach nur akcessorisch, d. h. mit Nothwendigkeit an die zum Grunde liegende Forderung gebunden, so ist es ferner nicht zu rechtfertigen, wenn der zweite Richter weiter annimmt: »durch die Cession der Forderung an den Kläger sei zwar das persönliche Recht erloschen, nicht aber das dingliche. Die Untrennbarkeit des letzteren von dem ersteren ist bereits vollständig nachgewiesen, und welche Bedeutung sollte ein dingliches«, ein nur zur Sicherheit einer Forderung eingeräumtes und bestehendes Recht haben, wenn die Forderung erloschen war? Persönliches Recht und Forderung bedeuten aber dasselbe; und daß der Gläubiger etwa zwei Forderungen gehabt haben könne, eine persönliche und eine dingliche, ist eine Behauptung, die allen Rechtsprinzipien widersprechen würde. Jene der zweiten Entscheidung zum Grunde liegende Annahme widerspricht also den Fundamentalprinzipien über hypothekarische Forderungen eben so sehr, als der neueren Gesetzgebung, welche, wenn sie auch die gemeinrechtlichen Grundsätze über Hypothekrechte verlassen hat, um der Form der Eintragung besondere materielle Wirkungen beizulegen, doch nur diese konsequent ausgebildet hat, ohne jene Fundamentalprinzipien aufzuheben. (Entsch. Bd. 15. S. 221.)

3) Das Erlöschen der persönlichen Verpflichtung durch Konfusion bleibt auch dann ausgeschlossen, wenn der für rückständige Kaufgelder persönlich Verpflichtete, welcher eine Hypothek für seine Kaufgelderschuld mit dem erkauften Grundstücke bestellt hat, nach dessen Veräußerung die betreffende Hypothekenforderung durch Cession erwirbt und sie demnächst ohne Beschränkung weiter cedirt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Sept. 1852 unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 1436. v. 13. April 1843.[1])

(Entsch. Bd 24. S. 66.)

Vergl. auch das hiermit übereinstimmende Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Juni 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 175 Nr. 43.)

4) Kann, wenn der Käufer eines Grundstücks eine auf demselben haftende hypothekarische Schuld auf die Kaufgelder übernommen und dem Gläubiger ausbezahlt hat, derselbe auf Grund späterer Cessionen dieser hypothekarischen Post, auf den durch die erfolgte Subhastation des Grundstücks nicht gedeckten Betrag der ursprünglichen Schuld als persönlicher Schuldner belangt werden?

Verneint von dem IV. Sen des Ob. Trib. durch das Erk. v. 8. Okt. 1857.

Der §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 beruhen ihren Fundamenten nach in der Erwägung, daß bei der Tilgung einer hypothekarischen Post ein Recht zum Aufrücken für die postlocirten Gläubiger nicht existirt, daß es also an sich keinem rechtlichen Bedenken unterliegen kann, dem tilgenden Eigenthümer die Disposition über die durch jene Post gedeckte Stelle des Grundstücks freizulassen. Dies hat das Gesetz aber nicht geradezu anordnen wollen, sondern im Anschluß an das bestehende Rechtssystem dadurch erreicht, daß es die, obwohl getilgte, Forderung selbst als fortexistirende, und dem zahlenden Eigenthümer, welcher »alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen soll«, angefallen betrachtet. Diese Auslegung des §. 52. des Anh. und der Dekl. ist durch mehrfache Pl. Beschl. festgestellt. Die Fortdauer der getilgten hypothekarischen Forderung ist nach den Motiven des Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839[2]) (Präj. Nr. 664.) anzunehmen. Damit ist allerdings noch nicht ausgesprochen, daß, nachdem die fortdauernde Forderung demnächst als hypothekarische in dem Subhastations-Kaufgelde des verpfändeten Grundstücks, soweit es reicht, realisirt worden, nun auch noch in Ansehung des Ausfalls der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner, obwohl er gezahlt hat, fortdauern müsse. Der bei jenem Pl. Beschl. zum Grunde liegende Fall betraf nicht einen solchen persönlichen Anspruch, sondern die hypothekarische Klage aus dem getilgten Aktivum. Indeß das Präj. 1436. a. v. 13. April 1843[3]) hat auch die weitere Konsequenz gezogen, daß, wenn der zahlende Eigenthümer zugleich der persönlich Verpflichtete war, und dann die Hypothek weiter cedirt, auch die persönliche Verbindlichkeit des Cedenten in der Eigenschaft als des ursprünglichen persönlichen Schuldners unverändert bleibe. Läßt man diesen Grundsatz als die äußerste formale Konsequenz des Fortbestehens des Aktivums auch gelten, so entscheidet derselbe doch nicht für die persönliche Haftbarkeit des Käufers des Grundstücks in Ansehung des Ausfalls, welchen die von diesem als Eigenthümer getilgte und dann weiter cedirte hypothekarische Post bei der Realisation des Hypothekenrechts erlitten hat. Denn die persönliche, als fortdauernd fingirte Schuld ist lediglich diejenige, welche aus dem getilgten hypothekarischen Dokumente originirte. Deren Schuldner ist aber nicht der Käufer, sondern sein Verkäufer. Der Käufer wurde nur Realschuldner, und wenn er zahlte und weiter cedirte, so hat er nur, soweit er selbst haftete, d. h. mit dem Grundstücke, dem Cessionar dadurch einen Anspruch gegeben. Durch die Uebernahme der Hypothekenpost in partae pretii tritt der Käufer nicht in die Stelle des persönlichen Schuldners; dazu würde Expromission, also Zuziehung und Einwilligung des Gläubigers, erforderlich gewesen sein (§§. 399., 400. A. L. R. I. 14.). Die Pflicht, welche der Käufer übernahm, bestand darin, die gedachte Schuld statt der Kaufgelder zu zahlen. Durch diese Zahlung an die Gläubiger hat der Käufer seine Pflicht völlig erfüllt; er hat dadurch den Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit befreit. In Ansehung dieser Pflicht kann aber nicht behauptet werden, daß sie fortdauere, da sie nicht in dem Dokumente, sondern neben demselben ihre Grundlage hat. Der in dem Präj. 1436. a. vorausgesetzte Fall, daß der zahlende Eigenthümer zugleich persönlicher Schuldner der cedirten Post sei, liegt also nicht vor, und es fehlt der Grund der persönlichen Haftbarkeit des Käufers.

(Entsch. Bd. 37. S. 139.)

5) Der Uebergang von dem Besitzer auf einen Andern kann nicht bloß durch freiwillige Cession, auch nachdem das Grundstück bereits in andere Hände übergegangen ist[1]), sondern auch auf jede andere dazu geeignete Weise vermittelt werden.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh. sub II. 3. b.)

a) Insbesondere durch Vererbung dergestalt, daß der Erbe alle Befugnisse hat, welche dem Erblasser selbst zugestanden haben.

α) Wenn also der Erblasser eine Hypothekenpost, welche auf einem legirten Grundstücke haftet, an sich gebracht und ungelöscht gelassen hat, so kommt dieselbe nicht dem Legatar zu Gute, sondern gehört dem Erben.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh. sub II. 3. b. aa.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 12. §. 326.

β) Die Forderung ist ein selbstständiges Hypothekenaktivum, worüber auch dem Vater des minderjährigen Erben und Besitzers gemäß §. 169. A. L. R. II. 2. keine Verfügung zusteht. (Koch a. a. O.)

Arndts, welcher ebenfalls die Frage aufwirft: ob in dem Falle, wenn der Erblasser eines filius familias eine auf dem hinterlassenen Grundstücke eingetragene, aber von ihm bezahlte Post löschen zu lassen verabsäumt hat, der Vater berechtigt sei, nach §. 169. A. L. R. II. 2. die Forderung zu cediren und so zu Gelde zu machen, oder ob er dazu nach §. 171. ebendas. der obervormundschaftl. Genehmigung bedarf? bemerkt, daß die Beantwortung dieser Frage davon abhänge, ob man in der Cession einer unbezahlten Hypothek für den Haussohn eine neue rücksichtlich seiner dermalen nicht existirende Beschwerung des Grundstückes sehe. (J. W. 1840 S. 509.)

γ) Die von dem Lehnsbesitzer bezahlten ungelöscht gebliebenen Lehnsschulden gehen nicht auf den Lehnsfolger, sondern auf die Allodialerben über. Der I. Sen. des Ob. Trib. nimmt indeß in dem Erk. v. 9. Jan. 1856 an, daß sie auch die persönlich Verpflichteten sind und deshalb die Hypothekenforderung gegen den Lehnsbesitzer nicht geltend machen können. (Entsch. Bd. 31. S. 406.)

b) Durch allgemeine Beschlagnahme des ganzen Vermögens mittelst Konkurseröffnung.

Wenn bis zur Eröffnung des Konkurses der Gemeinschuldner solche Hypothekenforderungen, welche durch Zahlung, Vererbung oder auf sonstige Weise seiner Verfügung anheim gefallen sind, nicht hat löschen lassen, ohne dennoch durch Cession zu Gunsten eines Dritten über sie zu disponiren, so gehören solche Hypothekenforderungen der Gemeinmasse, und können von derselben in dritter Klasse liquidirt werden.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. Jan. 1846[2]). (Präj. Nr. 1665.)

Kann in eine dem Grundbesitzer anheimgefallene Hypotheken-Forderung, als einen wirklichen Gegenstand seines Vermögens, von seinen Gläubigern Exekution nachgesucht werden, wenn auch aus der ursprünglichen Natur einer Passivschuld des Grundbesitzers als letztes Resultat sich herausstellt, daß der Grundbesitzer, wenn er eine solche ihm angefallene ungelöscht gelassene Hypothek zu Gelde macht, bei eintretender Kündigung oder sonstiger Zurückforderung von Seiten des Inhabers, selbst wieder mit anderen Gegenständen seines Vermögens dafür aufkommen muß, so bleibt dennoch gewiß, daß eine solche dem Grundbesitzer zur Verfügung stehende ungelöschte Hypotheken-Forderung einen Gegenstand des öffentlichen Verkehrs bildet. Man denke an die Aehnlichkeit, welche solche zur Verfügung des Grundbesitzers stehende, auf seinen eigenen Grundstücken eingetragenen Hyp. mit den Pfandbriefen haben, welche sich bei dem Besitzer des darin verschriebenen Gutes befinden. Ist nun ein in der Hand des Grundbesitzers befindliches ungelöschtes Hypotheken-Aktivum ein Gegenstand seines Vermögens, so ist auch nicht zu bezweifeln, daß dasselbe ein Gegenstand der Exekution für einen Jeden werden könne, der eine zur Exekution stehende Forderung an den Grundbesitzer hat; daß, so wie ihm selbst die Befugniß durch die Gesetze gestattet ist, ein solches ihm angefallenes Aktivum weiter zu cediren, so auch dem Gläubiger frei stehen müsse, nach Anleitung des Ges. v. 4. Juli 1822 sich durch den Richter ein solches Aktivum zur eigenen Einziehung mit dem Rechte eines Assignatars überweisen, oder auch dasselbe an Zahlungsstatt sich übereignen zu lassen. Wenn nachstehende Hypothekengläubiger hierin sich durch noch weiter zurückstehende, oder wohl auch durch bloß persönliche Gläubiger zuvorkommen lassen, so steht ihnen das Recht des Widerspruchs gegen einen sol-

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.
[2]) Vergl. ob. Zus. C. sub 2. ad h. l.
[3]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

---

[1]) Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 27. Mai 1839 (Präj. Nr. 664.), s. ob. Zus. C. sub 2.

[2]) Denselben Grundsatz hatte das Ob. Trib. bereits in den Erk. v. 13. Jan. 1835 und v. 11. Dec. 1841 angenommen. Als der III. Sen. unterm 24. Mai 1845 die entgegengesetzte Ansicht aufstellte, wurde die Entscheidung des Plenums eingeholt. (Vergl. Entsch. Bd. 12. S. 59—66.)

chen besser vigilirenden Gläubiger nicht zu, weil, abgesehen von den Fällen, worüber die Pl. Beschl. v. 12. Nov. 1838 und 19. Sept. 1846 handeln, nur im Falle der Löschung vorstehender Hyp. die nachfolgenden ohne Weiteres heraufrücken — sonst aber nach §§. 22—24. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. die Hypothekengläubiger sich mit der einmal angenommenen Sicherheit begnügen müssen und, soweit nur diese nicht gefährdet wird, den Eigenthümer der verpfändeten Sachen in weiteren Dispositionen darüber nicht beschränken dürfen. Aus diesen Gründen darf bei einem Verkaufe des Grundstücks der an sich dispositionsfähige Eigenthümer den auf das ungelöscht gebliebene Intabulat treffenden Theil des Kaufgeldes an sich nehmen, ohne den Widerspruch der postlocirten Gläubiger fürchten zu dürfen. Wenn demgemäß in einer Konkursmasse solche zur Verfügung des Gemeinschuldners gebliebene, auf den zur Masse gehörenden Grundstücken noch ungelöscht stehende Hypotheken-Dokumente sich vorfinden, so gehören sie zu demjenigen Vermögensinbegriff, über welchen zufolge §. 33. der Konkurs-O. das allgemeine Pfandrecht der ganzen Gläubigerschaft sich erstreckt. Sie sind validirende Aktiva, und wie bei anderen ausstehenden Forderungen der Masse, hat für deren Einziehung der die Gesammtheit vertretende Kurator zu sorgen. Daß ihre Versilberung erfolgt durch den Verkauf der ebenfalls zur Masse gehörigen Grundstücke, ist für die Frage: wem nach erfolgter Versilberung der nach Maßgabe ihrer Priorität auf sie fallende Erlös zu gut komme? ohne Bedeutung. Solches kann aber, eben wegen jenes durch die Konkurs-Eröffnung erwachsenen allgemeinen Pfandrechts für die Gesammtheit der Gläubiger eben nur diese sein; jener Erlös wächst somit der allgemeinen Aktivmasse zu. Kommt es zu deren Vertheilung, und insbesondere nach §§. 489. ff. a. a. O. zur Absonderung der Immobiliar- von der gemeinen Masse, so ist der aus solchen realisirten Hypotheken-Forderungen erwachsene Erlös der gemeinen Masse zuzutheilen, da die ausschließlich zur Befriedigung der eingetragenen Gläubiger bestimmte Immobiliarmasse nur aus den zum Konkurse gehörigen Grundstücken gebildet wird; die übrige sogenannte gemeine Masse dagegen »der gemeinschaftliche Fonds zur Befriedigung aller anderen Gläubiger« ist.

Um ein solches Resultat nach der durch die V. v. 28. Dec. 1840 erfolgten Befreiung der Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Konkurs im Wege des Kaufgelderbelegungs-Verfahrens herbeizuführen, wird erforderlich, daß der Kurator der Masse, oder — wegen dessen gleichzeitiger Eigenschaft als Kontradiktor — ein den Gläubigern der gemeinen Masse besonders zu bestellender Anwalt, solche Kapitalien bei dem Konkurse oder in dem Kaufgelderbelegungs-Verfahren, wie jeder andere Hypothekengläubiger, zur dritten Klasse und nach Maßgabe der der Hypothek zustehenden Priorität liquidire.

(Präj. Samml. S. 94, Entsch. Bd. 12. S. 66—78, J. M. Bl. 1846 S. 32.)

Dieselbe Ansicht führt das Ob. Trib. in dem in der J. W. 1846 S. 249 ff. mitgetheilten Erk. (Datum konstirt nicht) aus.

Auf diesen Pl. Beschl. gründen sich ferner folgende Entscheidungen:

α) Wenn bis zur Eröffnung des Konkurses der Gemeinschuldner solche Hypothekenforderungen, welche durch Zahlung, Vererbung oder auf sonstige Weise seiner Verfügung anheim gefallen sind, weder hat löschen lassen, noch durch Cession zu Gunsten eines Dritten über sie verfügt hat, so gehören dieselben der Gemeinmasse und können von derselben in dritter Klasse liquidirt werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 1. Nr. 1.)

β) Durch die Seitens des Besitzers eines Grundstückes geschehene Zahlung einer bei dem Ankaufe des Grundstückes in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommenen Hypothekenpost geht bei nicht erfolgender Löschung der Hypothek auch die Forderung selbst durch Konfusion nicht unter. Der Besitzer des Grundstücks ist daher berechtigt, über dieselbe zu Gunsten eines Dritten durch Cession zu verfügen, und es kann, wenn er eine solche Verfügung bis zur Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen nicht getroffen hat, die Forderung für die Gemeinmasse zur dritten Klasse liquidirt werden.

Hat bei der nur theilweisen Bezahlung einer Hypothekenforderung deren Eigenthümer weder Quittung ertheilt, noch auch die Theilzahlung auf der Schuldurkunde vermerkt, so kann derselbe auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners wegen jenes Restes der Hypothekenforderung ein Vorzugsrecht vor der den bezahlten Theil der Forderung liquidirenden Gemeinmasse beanspruchen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 142 Nr. 37.)

γ) Der ehemalige Besitzer des subhastirten Grundstückes ist berechtigt, die von ihm berichtigte und zur Zeit der Kaufgelderbelegung noch ungelöschte Hypothekenforderung zu liquidiren, wenngleich er von dem befriedigten Hypothekengläubiger weder eine förmliche Cession, noch eine besondere Quittung erhalten hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 54 Nr. 19.)

Der Ansicht des Ob. Trib. treten bei: die Gesetzrevisoren (Pens. XIV. S. 158), v. d. Hagen (die Hypothek des Eigenth. S. 144 bis 158), Schmidt (Pfandr. S. 623), Arndts (J. W. 1846 S. 252), Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 1015) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 262).

Vergl. auch das Erk. des Ob. Appell. Ger. zu Posen v. 13. März 1834. (Centralbl. 1837 S. 394 ff.)

c) Durch Ueberweisung im Wege der Exekution.

α) Das Eigenthum einer von dem Verkäufer des verhafteten Grundstücks getilgten, aber ungelöschten Hypothekenforderung geht demselben dadurch nicht verloren, daß der Käufer diese Forderung auf Anrechnung der Kaufgelder nicht übernommen hat. Eine solche Hypothekenforderung kann daher später einem Dritten im Wege der Exekution überwiesen werden und bleibt das Grundstück dafür dinglich verpflichtet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Febr. 1852.

(Entsch. Bd. 22. S. 218, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 39 Nr. 11.)

Denselben Rechtsgrundsatz hat das Ob. Trib. bereits in einem Erk. aus dem J. 1845 (Datum konstirt nicht) angenommen, welches ausführt, daß eine vom Grundstücksbesitzer eingelöste, noch nicht gelöschte Hypothek Gegenstand der Exekution, und daher auch der Ueberweisung im Wege der Exekution sein könne[1]).

Nach den Grundsätzen des §. 52. des Anh. und der Dekl. v. 3. April 1824 ist es unzweifelhaft, daß der Eigenthümer des Grundstücks durch Zahlung der Hypothekenforderung Eigenthümer der letzteren wird. Sein Eigenthum daran hat keine anderen Grenzen, als das des früheren Hypothekeneigenthümers; denn er hat durch die ihm vom Gesetze unbedingt beigelegten Rechte eines Cessionars auch alle Rechte des vorigen Eigenthümers erworben (§. 402. A. L. R. I. 11.). Das Eigenthum ist so vollständig auf ihn übergegangen, daß es ihm auch dann noch verbleibt, wenn selbst das verpflichtete Grundstück in andere Hände übergeht (Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839 Nr. 664.)[2]). Aus dem Eigenthume des Gutsbesitzers von der eingelösten Hypothek folgt aber die unzweifelhafte Befugniß seines Gläubigers, sich daran, wie an jede andere ausstehende Forderung desselben, zu halten. (J. W. 1845 S. 545 ff.)

Das Justizmin. führt in dem R. v. 3. Aug. 1840 dieselbe Ansicht aus. (J. M. Bl. 1840 S. 290.)

Dieser Ansicht sind auch: König (J. W. 1840 S. 700), Bornemann[3]) (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 262), Schmidt (Pfandr. S. 623 ff.), v. d. Hagen (die Hypothek des Eigenth. S. 138 ff.)

Auch die Gesetzrevisoren sind derselben Meinung.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 158.)

Dagegen wird die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt in dem Aufs. in der J. Z. 1836 S. 397.

β) Die von dem früheren Besitzer und Verkäufer des verpfändeten Grundstücks zwar bezahlte, jedoch ungelöscht gebliebene, von dem Käufer nicht in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommene Hypothekenforderung kann zwar auch nach stattgehabtem Verkaufe mit unveränderter Verhaftung des Grundstücks einem Gläubiger des Verkäufers im Wege der Exekution überwiesen werden; der Klage desselben gegen den Käufer steht aber, wenn die Ueberweisung nicht an Zahlungsstatt, sondern nur in Kraft der Anweisung geschehen ist, der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Liberation und Beseitigung der Hypothek entgegen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1854 u. 10. Jan. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 1 Nr. 1.)

6) Wenn der Eigenthümer des Grundstücks die auf ihn übergegangene, auf dem Grundstücke eingetragene Forderung weiter cedirt hat, so entsteht die Frage: ob derselbe dem neuen Gläubiger nunmehr als Cedent oder als neuer Schuldner gegenübersteht?

---

[1]) In dem Erk. v. 24. Mai 1845 (Entsch. Bd. 12. S. 64) hatte der III. Sen. des Ob. Trib. die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen. Diese Entscheidung wurde indeß durch den Pl. Beschl. v. 9. Jan. 1846, zu welchem dieselbe die Veranlassung gegeben hat, beseitigt. (Vergl. ob. Zus. b. ad h. 1.)

[2]) Vergl. ob. Zus. C. sub 2.

[3]) Dieser war früher entgegengesetzter Meinung. (Syst. 1. Ausg. Bd. 4. S. 400 und J. W. 1835 S. 87.)

Von der Beantwortung dieser Frage hängt es dann ferner ab: ob der cedirende Eigenthümer des Grundstücks nur als Cedent Gewähr zu leisten hat, und ob er aus der nicht voll gezahlten Valuta einen Einwand hernehmen kann?

a) Das Ob. Trib. hat in seinen Entscheidungen angenommen, daß er als Cedent anzusehen sei.

α) Der Schuldner, welcher eine Hypothek auf sein eigenes Grundstück eingelöst und demnächst weiter cedirt hat, steht dem Gläubiger als Cedent, nicht aber als neuer Schuldner gegenüber; er kann daher aus der nicht zum Vollen gezahlten Valuta keinen Einwand entnehmen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. März 1826.

(J. W. 1836 S. 148.)

β) Der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben eingetragene ihm, sei es in Folge geleisteter Zahlung, oder durch Cession, oder sonst zugefallene Forderung weiter cedirt, steht zu dem Gläubiger (Cessionar) in dem Verhältnisse eines Cedenten, und er kann, wenn er die eingelöste Hypothek für eine geringere Summe als den Nominalbetrag cedirt hat, dem Gläubiger die exceptio non numeratae pecuniae nicht entgegensetzen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1385.) (Präj. Samml. S. 95.)

γ) Der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung bezahlt und an einen Dritten weiter überträgt, ist dem Cessionar für die cedirte Forderung nicht persönlich verhaftet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1853.

Der Eigenthümer des Grundstücks erwirbt durch Zahlung der Hypothek die hypothekarische Forderung selbst, nicht eine bloße Hypothekenstelle (Pl. Beschl. v. 27. Mai 1839 Nr. 664.[1]). Deshalb aber ist die bezahlte, als fortbestehend gedachte, alte Hypothekenforderung im Falle der weiteren Uebertragung Gegenstand der Cession, und der Cessionar erwirbt die alte Hypothekenforderung in ihrer Integrität, nicht aber eine bloße Realsicherheit für ein neues Darlehn oder eine neue persönliche Forderung an den cedirenden Eigenthümer. Dasjenige, was der Cessionar dem Eigenthümer dafür giebt, stellt sich als die Cessionsvaluta dar, und ihr gegenseitiges rechtliches Verhältniß ist nach den Grundsätzen von der Cession zu beurtheilen (vergl. Präj. Nr. 1385.[2]).

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 158 Nr. 34.)

b) Das Justizmin. ist in dem R. v. 25. Febr. 1833 derselben Ansicht, indem es bemerkt:

Da es nicht zweifelhaft sein kann, daß die Cession dem Cessionar das Recht giebt, über die cedirte Forderung nach Willkühr zu disponiren, und dieselbe auch für ein minderes Quantum als den Nominalwerth zu cediren, so kann, da der bezahlende Debitor alle Rechte des Cessionars genießen soll (Dekl. v. 3. April 1824), dies Recht auch dem Eigenthümer, der eine hypothekarische Forderung befriedigt und darüber löschungsfähige Quittung erhalten hat, nicht streitig gemacht werden. (Jahrb. Bd. 41. S. 267, Gräff Bd. 6. S. 20 ff.)

c) Dieselbe Ansicht haben der Instr. und Ob. Appell. Sen. des Kammerger. in den Erk. v. 15. Sept. 1834 und 29. Mai 1835 (J. W. 1835 S. 23 ff.) angenommen, wogegen dieselben in den Erk. v. 2. Febr. und 16. Dec. 1824 (J. W. 1836 S. 143 ff.) die entgegengesetzte Meinung ausgeführt und angenommen haben, daß der cedirende Grundstückseigenthümer als neuer Schuldner anzusehen sei.

d) Unter den Schriftstellern besteht Meinungsverschiedenheit über die Frage.

α) Grävell (Theorie der Protestationen S. 9) hat die Ansicht aufgestellt, daß der Schuldner, welcher die Hypothek auf sein eigenes Grundstück weiter cedirt, ein neues Darlehn aufnehmen und mithin den Einwand machen könne, daß er die verschriebene Valuta nicht zum Vollen erhalten habe.

v. Strombeck hat die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt (Jahrb. Bd. 5. S. 113 ff.) und Beide sind in ihren weiteren Erörterungen (a. a. O. Bd. 6. S. 257 ff. u. Bd. 7. S. 111 ff.) bei ihren Ansichten geblieben.

β) Hinschius hält den cedirenden Grundstückseigenthümer lediglich für einen Cedenten. (J. W. 1835 S. 27 ff.)

[1]) Vergl. ob. Zus. C. sub 2.
[2]) Vergl. ob. sub β.

I.

Für diese Ansicht entscheidet sich auch

γ) Koch mit dem Bemerken, daß, wenn sich der cedirende Eigenthümer des Grundstücks von Neuem persönlich verpflichtet, durch diese neue Verpflichtung die alte getilgte Obligation nicht wieder hergestellt werde, vielmehr müßten die Regeln der Intercession zur Anwendung kommen. Ein Einwand aus der nicht zum Vollen gezahlten Valuta könne nur in soweit entnommen werden, als der Cedent, welcher für die Sicherheit haftet, überhaupt für das, was er unter dem Nominalwerth erhalten habe, nicht aufzukommen schuldig sei.

(Uebergang der Ford. S. 93, 128.)

Dieselbe Ansicht führt derselbe in der Abhandl. in der J. W. 1836 S. 537 ff. aus.

Vergl. auch Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 52. des Anh. sub II. 2. c.

δ) Bornemann ist derselben Meinung.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 259 sub d.)

ε) v. d. Hagen geht (in der Schrift: die Hypothek des Eigenthümers) von dem Grundsatze aus, daß das Hypothekenrecht in der Eigenschaft eines, von einem persönlichen Anspruche unabhängigen Rechts nur in der Person des Eigenthümers, nicht in der eines Dritten, existiren könne, daß daher, wenn der Besitzer die bloße Hypothek dem Dritten cedirt und dieser einen geringeren als den Nominalbetrag auszahlt — das Geschäft rücksichtlich der persönlichen Verhältnisse, welche durch dasselbe begründet worden, die Natur eines Darlehns habe, mithin der Cessionar der Hypothek einen persönlichen Anspruch auf einen höheren Kapitalbetrag als die gegebene Valuta nicht erlangen könne und überhaupt das Geschäft als Cession des Hypothekenrechts auf einen höheren Betrag nicht wirksam sein, ihn nicht zum Eigenthümer einer größeren Hypothek machen könne, als auf wie hoch der Betrag seiner Personalforderung sich beläuft.

Diese Ansicht vertheidigt derselbe auch in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 400 ff.

In der Abhandl. in der J. W. 1835 S. 273 ff. unterscheidet derselbe, ob der Eigenthümer zugleich Personalschuldner ist oder nicht. Im letzteren Falle und wenn zugleich die Hypothek durch Cession auf ihn übergeht, sei der Eigenthümer ausnahmsweise als Cedent anzusehen.

e) Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß der cedirende Grundeigenthümer lediglich als Cedent anzusehen sei.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 158.)

Die Motive zum neuen bürgerl. Gesetzb. sehen ihn ebenfalls nur als Cedenten an. Er hafte deshalb, wenn er nicht sonst persönlich verpflichtet sei, nicht für den sich später bei der Subhastation des Grundstücks ergebenden Ausfall, und könne andererseits, wenn er die Hypothek für eine geringere Summe, als den Nominalbetrag, cedirt habe, dem Kreditor die exc. non num. pec. nicht entgegensetzen. (Motive S. 516.)

§§. 486—491. Konfusion durch Erbschaft.

§§. 486. 487. 1) Der Benefizialerbe kann auch Gläubiger des Nachlasses werden dadurch, daß er die Forderung eines anderen Nachlaßgläubigers nicht aus den Mitteln des Nachlasses und nicht für dessen Rechnung bezahlt und in dessen Stelle tritt, in welchem Falle er den vollen Betrag der Forderung verlangen kann, wenn er sie auch für einen geringeren Preis an sich gebracht hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Sept. 1844. (Entsch. Bd. 11. S. 225.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 444. Zus. 1.

2) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 443—446. Zus. 3.

§. 488. 1) Ueber das Verhältniß des §. 488. h. t. zum §. 77. A. G. O. I. 51. vergl. Böle in Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 195 und Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 488. h. t.

2) Vergl. §§. 356. sqq. der Konk. O. v. 8. Mai 1855.

§§. 490. 491. 1) Auch der Konkurskurator muß bei der Theilung einer, dem Gemeinschuldner nach eröffnetem Konkurse angefallenen Erbschaft, den Miterben gegenüber, sich die Anweisung auf dasjenige, was der Gemeinschuldner dem Nachlasse schuldig ist, zur Berichtigung des Erbtheils des ersteren, soweit dasselbe hinreicht, gefallen lassen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1850.

Nach §. 41. A. G. O. I. 50. und §. 391. A. L. R. I. 9. gehört eine dem Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen angefallene Erbschaft nicht zur Konkursmasse, sondern unterliegt einer abgesonderten Behandlung, bei welcher zunächst die Erbschaftsgläubiger, und sodann auch alle früheren wie späteren Gläubiger des Gemeinschuldners ihre Befriedigung suchen dürfen. Das Pfandrecht der Gläubiger des über das Vermögen des Erben schon vor dem Anfall der Erbschaft eröffneten Konkurses erstreckt sich auf diese Erbschaft nicht — gemäß §. 33. A. G. O. I. 50., und aus diesem vermeintlichen Pfandrechte können daher die Gläubiger der Konkursmasse oder der sie vertretende Kurator keinerlei Rechte gegen jene Erbschaftsmasse herleiten. Der Konkurs-Kurator kann keine andern Befugnisse an diese Erbschaft, den Miterben des Gemeinschuldners gegenüber, geltend machen, als dieser letztere selbst, sondern muß sich den Bestimmungen der §§. 490. 491. A. L. R. I. 16. unterwerfen. (Entsch. Bd. 19. S. 206.)

Vergl. über dies Präj. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 10. zum §. 491. h. t.

2) Ueber den Einfluß des §. 262. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 auf die Vorschriften der §§. 490., 491. h. t. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 391. Zus. 2.

§§. 492–494. Konfusion bei mehreren Mitberechtigten oder Mitverpflichteten.

§. 492. Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. April 1843 (Präj. Nr. 1436. b.) in den Erg. zum §. 484. h. t. und §. 52. des Anh. Zus. V. sub D. 1. (S. ob. S. 581.)

§§. 492–494. Sind die §§. 492–494. nur auf Vereinigung durch Erbgang, oder auch auf solche durch Cession zu beziehen?

Letzteres nehmen Bornemann (System Bd. 2. S. 662, 2. Ausg. Bd. 2. S. 380) und Koch (Lehre vom Uebergange der Ford. S. 119) an.

Friest hält Ersteres für richtig. (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 551 ff.)

§§. 493. 494. 1) Wenn ein Erbschaftsverkäufer in Betreff einer in der verkauften Erbschaft begriffenen Nachlaßschuld nachher das Recht des Gläubigers erwirbt, so kann sich der Erbschaftskäufer nicht darauf berufen, die Schuld sei durch Konfusion erloschen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1849.

Nach §. 463. A. L. R. I. 11. steht zwar den Erbschaftsgläubigern frei, sich ihrer Befriedigung wegen an den Käufer der Erbschaft oder an den Erben zu halten; allein diese fortdauernde Verhaftung des Letzteren entspringt nur aus dem Interesse der Gläubiger, weil deren Recht nach §. 462. a. a. O. durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert wird. Zwischen dem Erbschaftsverkäufer und Käufer selbst dagegen findet keine weitere Gemeinschaft in Beziehung auf eine solche Schuld statt. Mit dem Nachlaß geht sie sofort auf den Letzteren über, er tritt in alle Pflichten des Erben (§§. 454–456., 483. a. a. O.), und der Käufer ist, wenn sich die Gläubiger an den Verkäufer halten, dieselben in alle Wege zu vertreten schuldig (§. 466.). Es greift mithin die Vorschrift in §. 493. A. L. R. I. 16. nach ihrem vollständigen Umfange Platz; denn die Maßgabe, welche der §. 494. ibid. hinzufügt, daß derselbe sich dabei denjenigen Antheil anrechnen lassen müsse, für welchen er, als Mitschuldner, seinem den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigenden Genossen verhaftet sein würde, kann da, wo der Erbschaftskäufer die Nachlaßschuld allein zu übertragen hat, keine Anwendbarkeit finden. (Entsch. Bd. 18. S. 232.)

2) Vergl.: a) über die Frage: ob ein Korrealverpflichteter, welcher den Gläubiger gegen jura cessa bezahlt hat, sich bei dem Regreß gegen seinen Mitverpflichteten, der Cession ungeachtet, seinen eigenen Antheil in Abzug bringen lassen muß? die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 443. sqq. Zus. 1.;

b) über das Rechtsverhältniß in dem Falle, wenn bei der Existenz mehrerer für eine und dieselbe Forderung solidarisch verpfändeter Grundstücke der Besitzer des einen derselben den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt, und nun den Besitzer des anderen belangt, das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Okt. 1845 (Präj. Nr. 1649.) in den Erg. a. a. O. Zus. 2.

§§. 500–512. Rechtswohlthat der Separation des Vermögens des Erben und Erblassers bei Konkursen.

1) Die in den §§. 500–506. enthaltenen Bestimmungen über das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger in dem Konkurse über das Vermögen des Erben finden auch auf Legatare Anwendung.

(G. v. 8. Mai 1855, betr. die Einführung der Konk. O. Art. IX., G. S. 1855 S. 319.)

2) Vergl. die §§. 256–262. der Konk. O. v. 8. Mai 1855.

Siebenzehnter Titel.

Von gemeinschaftlichen Eigenthume.

Erster Abschnitt.

Vom gemeinschaftlichen Eigenthume überhaupt.

Burchardi, die Lehre vom gemeinschaftl. Eigenthume. (J. W. Schr. 1841 S. 729 ff., 758 ff., 769 ff., 781 ff.)

§§. 1–4. Allgemeine Grundsätze.

§. 2. 1) Der §. 2. spricht nur eine Vermuthung für die gleiche Berechtigung der Theilnehmer unter sich aus, die jedoch thatsächlich widerlegt werden kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1851.
(Entsch. Bd. 26. S. 296, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 96 Nr. 24.)

2) Vergl. die Erg. zu den §§. 172., 173. h. t.

§§. 4. 10. 74. Ueber die Frage: ob die Eintragung einer Hypothek auf den ideellen Antheil an einem Grundstücke, und die Subhastation eines solchen ideellen Antheils zulässig ist? vergl. die (verneinende) Abhandl. von Plathner (J. W. 1847 S. 212 ff.) und die Widerlegung derselben von Weißenborn (a. a. O. S. 265 ff.).

Vergl. unten die Erg. zum §. 74. h. t.

§§. 4. u. 50. 1) Auch ein einzelnes Mitglied einer Gemeinde, welches in der Benutzung eines Kommunalweges gestört wird, ist befugt, das diesfällige Recht für sich allein im Wege Rechtens geltend zu machen; es ist nicht erforderlich, daß die ganze Gemeinde klagend auftrete.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Jan. 1841 und 29. Mai 1847. (Präj. Nr. 1871.)

Ist ein öffentlicher Weg das Eigenthum einer Gemeinde, so bildet er auch einen Theil des Gesellschaftsvermögens, woran die Nutzungen für die einzelnen Mitglieder bestimmt sind; denn er ist zum Gebrauche aller Mitglieder der Kommune bestimmt. Jedes einzelne Mitglied der Gemeinde übt das Recht, den Weg zu benutzen, wenngleich als solches, doch unabhängig von den Uebrigen aus, und dies Recht ist nach §§. 4. 50. A. L. R. I. 17. als besonderes Eigenthum des einzelnen Mitgliedes anzusehen. Demzufolge können also auch einzelne Mitglieder der Gemeinde für sich allein jeden Dritten, welcher sie in der Ausübung dieses Rechts stört, deshalb in rechtlichen Anspruch nehmen.
(Präj. Samml. S. 96, Rechtsf. Bd. 1. S. 159 Nr. 75.)

2) Wenn einer Gemeinde eine Servitutberechtigung gegen ein fremdes Grundstück verliehen ist, welche eine natürliche Vertheilung unter den legitimirten Gemeindemitgliedern nach dem Bedürfnisse des Einzelnen findet, so ist jedes einzelne Gemeindemitglied berechtigt, ohne Mitwirkung der Korporation seine Gerechtsame gegen den Verpflichteten zu verfolgen.

Dieser Grundsatz gilt namentlich auch hinsichtlich der einer Gemeinde verliehenen Bauholzgerechtigkeit.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857, unter Berufung auf die §§. 4. u. 50. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 257 Nr. 51.)

3) Einzelne Familienmitglieder können ihre Fideikommißanwarterrechte gegen ein anderes Familienglied, ohne vorhergehenden Familienschluß und ohne Bevollmächtigung durch die ganze Familie, auch dann verfolgen, wenn sie ihre Rechte auf ein Gesammtrecht der Familie gründen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1850.
(Entsch. Bd. 20. S. 312.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 4. §§. 74–77.

4) Vergl. die Erg. zum §. 10. und zu den §§. 60. u. 69. h. t.

§§. 5–9. Wie Gemeinschaften entstehen.

§§. 8. u. 9. Ueber die communio incidens vergl. die Abhandl. v. Göschel: Variae causarum figurae.
(Zerstreute Blätter Bd. 1. S. 446 ff.)

§§. 10–24. Rechte der Theilnehmer überhaupt.

§. 10. I. Betreffend die Prozeßlegitimation der Theilnehmer.

In dieser Beziehung besteht hauptsächlich Streit über den Gebrauch der dinglichen Klagen.

Wenn nämlich die ganze Sache in die Lage kommt, mit dem geeigneten Rechtsmittel verfolgt oder geschützt zu werden, so ist auch jeder einzelne Miteigenthümer wegen seines ideellen Antheils und Sondereigenthums bedroht und kann in dem Gebrauche seines Rechts nicht von dem Willen der Miteigenthümer abhängen. Er muß daher berechtigt sein, die dinglichen Rechtsmittel, namentlich also auch die actio negatoria, wegen des Ganzen in seinem alleinigen Interesse zu gebrauchen. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 10. h. t.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450.

A. In Beziehung auf die Aktivlegitimation hat das Ob. Trib. diesen Grundsatz anerkannt und zur Anwendung gebracht.

1) Einzelne Miteigenthümer eines pro indiviso besessenen Grundstücks, wovon Jedem von ihnen das Hutungsrecht zusteht, sind wohlbefugt, gegen dritte Personen, die sich zu ihrem Nachtheil ebenfalls Nutzungsrechte anmaßen, die Negatorienklage anzustellen; der Beitritt der Uebrigen, beziehungsweise der Majorität, ist nicht erforderlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Okt. 1841[1]). (Präj. Nr. 1050.)

Die §§. 10., 12. Tit. 17. sprechen nur von eigentl., auf Willenserklärungen beruhenden Dispositionen, und zwar nur von Anordnungen unter den Interessenten selbst, da von einseitigen Handlungen der einzelnen Theilnehmer in Beziehung auf die Gemeinschaft und von Verhandlungen mit dritten Personen erst in den §§. 52. sqq. die Rede ist. Es läßt sich daher nicht sagen, daß durch jene Vorschriften die Klagen der einzelnen Theilnehmer gegen Dritte ausgeschlossen würden. Die Frage ist daher die, ob es mit anderen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch treten würde, wenn man die singuli zu Klagen wider dritte Personen zulassen wollte. Und hier ist es zunächst unbedenklich, ihnen die Verfolgung ihrer bloß auf ihren ideellen Antheil sich beziehenden Rechte zu gestatten, da diese ihr privatives Eigenthum sind. Außerdem wird schon nach §. 50. Tit. 17. dem Einzelnen nicht verwehrt werden können, auch gegen dritte Personen, die sein Nutzungsrecht verletzen, die Hülfe des Richters nachzusuchen. Ueberhaupt aber muß es als die allgemeine Regel festgehalten werden, daß Jeder, der eine Rechtsverletzung erleidet, auch direkt die richterliche Hülfe ansprechen dürfe, mögen seine Genossen sich die ihrerseits erlittene gleiche Rechtsverletzung auch gefallen lassen wollen. Der Tit. 17. enthält keine Vorschrift, die das Gegentheil speziell festsetzte, und es kann daher Einzelnen nicht zugemuthet werden, ein Unrecht um deswillen ruhig zu dulden, weil es den übrigen Miteigenthümern beliebt, es zu gestatten und sie gerade die Mehrheit bilden. Denn auch die Mehrheit darf nach §. 11. die Nutzungsrechte der Minderzahl nicht beeinträchtigen. Die §§. 15—17. sprechen nicht hiergegen, denn jene quasi-vormundschaftliche Kognition des Richters setzt wiederum einen gefaßten Beschluß der Mehrheit voraus, und sie erscheint allerdings auch nicht statthaft, wenn die Mehrheit, sei es aus erlaubten oder aus unerlaubten Nebengründen, bloß nicht einer Klage der beeinträchtigten Minderzahl beitreten will. Dieser Minderzahl bleibt daher, zumal da, wo der Antrag derselben auf Aufhebung der Gemeinschaft unzulässig ist, nichts Anderes übrig, als für sich allein den Rechtsweg zu betreten, und zwar direkt gegen die Lädenten selbst. Denn einer zuvor erst gegen die Majorität der Miteigenthümer anzustellenden Klage auf Verurtheilung derselben zur Mitklage würden diese mit Recht entgegensetzen, daß sie ihrerseits weder beschädigende Handlungen gegen die Kläger ausgeübt hätten, noch überhaupt die Verbindlichkeit haben könnten, wider ihren Willen von ihrem Klagerechte Gebrauch zu machen. Der §. 89. A. L. R. II. 6. in Betreff der Gesellschaften paßt vollkommen auch auf das vorliegende Verhältniß. — Hiernach kann jeder Theilnehmer selbstständig sein ihm unstreitig zustehendes und von dem Willen der übrigen durchaus unabhängiges Recht auf jede erlaubte Art ausüben, und dazu gehört auch das Recht der Klage. Ob übrigens die Entscheidungen, welche auf solche Klagen einzelner Theilnehmer gegen dritte Personen ergehen, auch den übrigen nutzen oder schaden, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen (§§. 53. ff.). Es steht außerdem diesen Mitinteressenten frei, als akcessorische Intervenienten dabei aufzutreten, als den verklagten dritten Personen die Majorität der Interessenten geeigneten Falls zur Vertretung adcitiren zu lassen, und sonach wird, wenn man den beeinträchtigten Theilnehmern nur diesen geraden und einfachen Weg gestattet, weder ihnen das rechtliche Gehör erschwert oder gar gänzlich verwehrt, noch wird hierdurch Rechtsverwirrung eintreten.

(Präj. Samml. S. 96, Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 136, J. W. 1842 S. 241.)

[1]) Der (vormalige) Rhein. Revis. und Kassationshof hat die Frage unterm 26. Aug. 1837 (Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 127 ff.) eben so nach gemeinem Rechte entschieden.

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 6. Mai 1842 erkannt.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 368 ff.)

Das Justizmin. ist entgegengesetzter Ansicht.

Das R. v. 20. Dec. 1836 nimmt an, daß Klagen wegen untheilbarer Rechte, insbesondere die actio confessoria und negatoria, nur von sämmtlichen Theilnehmern gemeinschaftlich angestellt werden können.

Auf das unterm 24. Okt. d. J. eingereichte Rekursgesuch wird ihnen eröffnet, daß der §. 4. Nr. 7. Tit. 5. der Proz. O. die von Ihnen ausgesprochene Ansicht keinesweges rechtfertigt. Derselbe unterscheidet zwischen theilbaren und untheilbaren Sachen, und bestimmt für den letzteren hier vorliegenden Fall bloß, daß der Richter, je nachdem die zu einem solchen untheilbaren Objekte gehörenden mehreren Interessenten entweder Mitglieder einer Korporation oder Gemeinde sind, oder ihr Miteigenthum aus einem Vertrage oder unmittelbar aus dem G. entsteht, beurtheilen soll, in wiefern der zur Klage sich anmeldende Theilnehmer für sich allein zum Prozesse verstattet, oder bis zur erfolgenden Beistimmung der übrigen Theilnehmer zurückgewiesen werden müsse. Es ist mithin die Frage, in wiefern einige der mehreren Theilnehmer zu Klagen über untheilbare Rechte befugt sind, lediglich nach den Vorschriften der §§. 12. sqq. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R. zu beantworten.

Hiernach kann es aber keinem Bedenken unterworfen sein, daß untheilbare Rechte nur durch sämmtliche Interessenten verfolgt werden können, und daß daher Theilnehmer, welche die Mehrheit bilden, entweder einen förmlichen mit Zuziehung oder doch nach erfolgter Einladung sämmtlicher Theilnehmer von der Majorität gefaßten Beschluß beibringen, oder zuvor im Wege Rechtens die Feststellung erlangt haben müssen, daß die Dissentirenden sich ihrem Beschlusse zu unterwerfen schuldig sind. Vorher können sie zur Klage über die gemeinschaftliche urtheilbare Sache nicht für legitimirt erachtet werden. Der §. 13. a. a. O. bestimmt keinesweges, daß der dissentirende mindere Theil unbedingt dem Beschlusse der Mehrheit sich unterwerfen müsse, sondern bloß, daß er dieses thun, oder die Aufhebung der Gemeinschaft fordern muß.

Wählt der mindere Theil den letzteren Weg, so braucht er sich dem Beschluß der Mehrheit nicht zu fügen, vielmehr setzt der §. 14. l. c. fest, daß in der Zwischenzeit, bis zur vollendeten Auseinandersetzung wider seinen Willen keine Veränderung vorgenommen werden dürfe. Nur wenn die Gemeinschaft entweder gar nicht, oder innerhalb einer gewissen noch nicht zu Ende gelaufenen Zeit nicht aufgehoben werden kann, ordnet der §. 15. a. a. O. an, ist der Widersprechende befugt, auf richterliche Unters. anzutragen: ob die von den übrigen Theilhabern beschlossene Verf. zum gemeinschaftlichen Besten gereiche, und falls sich dieses nicht findet, so darf nach §. 16. l. c. wider den Willen auch nur eines Theilhabers an der Sache in deren Verwaltung und Benutzung nichts geändert werden.

Das K. O. L. G. hat daher die von bloß sieben der eingetragenen zehn Besitzer des Gutes A. angestellte Klage einzuleiten, mit Recht abgelehnt und den angeführten Gesetzen gemäß Ihnen eröffnet, daß es Ihnen überlassen bleibe, die übrigen drei Besitzer im Wege Rechtens anzuhalten, der intendirten Klage beizutreten. (J. M. Akt. I. 280. Gen. P. 43. Vol. 3. Fol. 84 a.)

Bornemann tritt der Ansicht des Ob. Trib. bei[1]).

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 17.)

2) Ein einzelner Miterbe ist legitimirt, einen von seinem Erblasser geschlossenen Vertrag als ungültig anzufechten und die Rückgabe des Vertragsgegenstandes zur Nachlassenschaft zu verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1849.

Allerdings ist der ungetheilte Nachlaß hinsichtlich derjenigen Erben, deren Antheil nicht in sich selbst, sondern nur im Verhältniß gegen das Ganze bestimmt ist, ein gemeinschaftliches Eigenthum, wobei dasselbe Eigenthumsrecht den Erben ungetheilt zukommt (§§. 1., 115., 116., 117. h. t.) und kein Miterbe hat vor der Theilung eine ausschließliche Verfügung über das Miteigenthum, sei es über das Ganze der Erbschaft, oder über eine einzelne dazu gehörige Sache der Substanz, dem Besitz oder der Benutzung nach (§. 10.); die Theilung erst begründet unter den Miterben ein Sondereigenthum an den einzelnen Erbschaftssachen. Dies schließt aber nicht aus, daß der einzelne Miterbe sein Miteigenthumsrecht, soweit dadurch die Rechte der Gemeinschaft, die Rechte der übrigen Genossen nicht beeinträchtigt werden, verfolgen könne; den klarsten Beweis hierfür liefert die Erbschaftsklage selbst; auch der cohaeres kann für sich allein die hereditatis petitio partiaria auf Geltendmachung seines Miterbenrechts gegen den Erbschaftsbesitzer oder den, der es ihm bestreitet, anstellen. Es kann der Fall sein, daß er dieses sein Theilnahmrecht gegen seine eigenen Miterben verfechten muß; dieses Verfechten würde ihm vereitelt werden, wenn

[1]) Hiermit steht zwar die von demselben Rechtslehrer a. a. O. Bd. 6. S. 334 geäußerte (entgegengesetzte) Meinung nicht im Einklange; es ist indeß zu berücksichtigen, daß die beiden letzten Bände der 2. Ausg. des Syst. nicht von Bornemann selbst, sondern von Temme bearbeitet worden sind (vergl. die Vorrede zum Bd. 4. der 2. Ausg.)

man auf Zuziehung aller Theilnehmer dringen wollte. Die hereditatis petitio partiaria darf nur nicht ihr Maß überschreiten; sie kann nichts weiter, als Anerkennung des Miterbenrechts und Herausgabe der Erbschaftssachen zur Nachlaßmasse in die Gemeinschaft der Erben verlangen. Handelt es sich nicht um eine hereditatis petitio partiaria, sondern um eine Spezialklage wegen eines einzelnen zum Nachlaß gehörigen Anspruches, um Reszission eines von dem Erblasser geschlossenen Vertrages, und folgeweise um Zurückgabe des durch denselben betroffenen Gegenstandes, so ist der Gegenstand allerdings eigentlich ein Forderungsrecht, und zwar ein solches, welches noch sämmtlichen Miterben gemeinschaftlich zusteht. — Nach §. 151. einer Anwendung der allgemeinen Regel im §. 10. ist ersichtlich, daß ein Miterbe vor der Theilung des Nachlasses einen derartigen Anspruch nicht als seinen alleinigen und ausschließlichen verfolgen darf. Dem stände sowohl das Interesse der übrigen Miterben entgegen, als sich der Verklagte mit ihm allein nicht einzulassen brauchte. Eine andere Frage aber ist, ob es dem einzelnen Miterben verwehrt werden kann, sein besonderes Interesse selbstständig zu verfolgen. Dies ist theils eine materielle, theils eine prozessualische Frage. In jener Beziehung berührt sie mehr das Interesse der übrigen Miterben, in dieser das der Verklagten. Jeder Miterbe hat das Recht, den Inbegriff und das Inbegriffene mit zu repräsentiren; selbst durch Mehrheit der Stimmen der übrigen Miterben ist ihm dies Recht nicht zu beeinträchtigen (§. 11.). Wenn alle übrigen Erben beschlössen, einen zum Nachlaß gehörigen Anspruch nicht zu verfolgen, so würde dies den einzelnen Miterben nicht nöthigen können, den Anspruch für seinen Antheil auf sich beruhen zu lassen. Das Gesetz hat auch, wo es diese Frage vom prozessualistischen Standpunkte behandelt, die besondere Klage eines von mehreren Theilnehmern nicht unbedingt für unstatthaft erklärt. (A. G. O. I. 5. §. 4. Nr. 7.) Den Begriff der Untheilbarkeit einer Sache in gegenwärtiger Beziehung giebt das Gesetz hier dahin an: daß dieselbe einem von mehreren Interessenten nicht zu statten kommen kann, ohne den übrigen zugleich gewährt zu werden, wie z. B. eine Grundgerechtigkeit, und dies Gesetz erachtet auch bei untheilbaren Gegenständen die Klage eines einzelnen Interessenten nicht unbedingt für unzuläßig, sondern giebt der richterlichen Prüfung die Beurtheilung der Zuläßigkeit in jedem besonderen Falle anheim. Das entscheidende Prinzip, daß ein Interessent seine Rechte hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Anspruchs nur in sofern, aber auch in sofern für sich verfolgen kann, als er dadurch die Rechte der übrigen Interessenten nicht beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung würde stattfinden, wenn der einzelne mehr als seinen ideellen Antheil geltend machen, wenn zumal ein Miterbe einen einzelnen in der Erbschaft begriffenen Anspruch einseitig, wenn auch nur zu einem konkreten Antheil realisiren wollte. Sie findet aber dann nicht statt, wenn er für sich allein nur über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs im Allgemeinen streitet, ohne durch seine Anträge sonst weiter in die Gemeinschaft einzugreifen. Durch einen Rechtsspruch über die Rechtsmäßigkeit des Anspruchs an und für sich leidet dieselbe nicht, weil ein Erkenntniß nur unter den streitenden Parteien ergeht. Wenn nun in dem §. 151. Tit. 17. des A. L. R., worauf §. 4. cit. Nr. 6. Tit. 3. der A. G. O. Bezug nimmt, hinsichtlich der Erben bestimmt ist: »daß sie, so lange sie im Miteigenthum stehen, auch die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen nur gemeinschaftlich einziehen können«, so ist damit nur die einseitige Realisirung von Forderungsrechten untersagt, nicht aber verordnet, daß der einzelne Erbe, unbeschadet der Gemeinschaft, sein besonderes Interesse nicht verfolgen dürfe. Dies kann ihm nach §. 9. der Einl. zum A. L. R. nicht verwehrt werden. (Entsch. Bd. 18. S. 242.)

Auch in dem Erk. v. 29. Sept. 1843 hat das Ob. Trib. angenommen, daß einer von mehreren Erben auch vor der Theilung der Erbschaft ohne Zuziehung der übrigen auf Rückgabe eines an den Erblasser mittelst eines simulirten Vertrages verkauften und von demselben dem Käufer übergebenen Grundstückes klagen könne.

Die §§. 1., 2., 10., 151. sprechen zwar den Grundsatz aus, daß kein Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Nutzung gültige Verfügungen treffen kann. Damit ist indessen nur gesagt, daß kein Theilnehmer durch einseitige Verfügungen die Rechte der übrigen soll beeinträchtigen dürfen, nicht aber ist dadurch der anderweitige Grundsatz des §. 4. aufgehoben, wonach das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zum besonderen Eigenthume desselben gehört. Dieser letztere Grundsatz bringt es mit sich, daß der einzelne Theilnehmer alle Maßregeln, welche zum Schutze seines besonderen Eigenthums gereichen, muß ergreifen können, sofern sie die Rechte der übrigen Miteigenthümer nicht gefährden, noch beeinträchtigen (Einl. zum A. L. R. §. 89.). Dieser Rechtsschutz würde einem Miterben, welcher ein nach seiner Ansicht zum Nachlasse gehöriges Grundstück für den Nachlaß vindizirt, versagt werden, wenn man ihn mit seiner diesfälligen Klage lediglich darum abweisen wollte, weil andere Miterben dieser Klage nicht beitreten wollen. Er würde einen vollkommen begründeten Anspruch vielleicht dem bloßen Eigensinne oder Unverstande anderer Miterben zum Opfer bringen müssen. Dies anzuordnen, ist nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Dem Zweck des Gesetzes, daß keiner der anderen Miterben beeinträchtigt werde, wird vollkommen genügt dadurch, daß der klagende Miterbe das Grundstück nicht für sich allein, sondern für die Nachlaßmasse, also als künftiges Theilungsobjekt in Anspruch nimmt. Hierin wird auch dadurch nichts geändert, wenn das Grundstück, wie hier, nicht unentgeltlich, sondern nur gegen Zahlung einer Geldsumme zurückgefordert wird und werden kann. Denn hierdurch wird, weil das Erk. nicht gegen die klagenden Miterben ergeht, für dieselben auch keine Zahlungsverpflichtung, die sie künftig nicht selbst anerkennen wollen, begründet, und der klagende Miterbe ist, wenn er aus einem obsieglichen Erk. auf Herausgabe des Grundstückes Exekution nachsucht, zur Zahlung der dagegen zu gewährenden Geldsumme dem Verklagten verpflichtet, während die übrigen Miterben eine Verpflichtung zur Schadloshaltung erst nur dann überkommen, wenn sie es ihrem Vortheile angemessen finden, das von ihm vindicirte Grundstück zu beanspruchen und wirklich zur Masse zu ziehen. (J. W. 1844 S. 521 ff.)

Vergl. auch das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Sept. 1852 (Entsch. Bd. 24. S. 86) in den Erg. zum §. 151. h. t. Zus. 4. sub c.

Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 3. März 1852 in dieser Beziehung auch den Grundsatz ausgesprochen, daß der §. 151. h. t. keine Anwendung auf den Fall finde, wenn ein oder mehrere belangte Miterben aus einem Seitens des Erblassers mit einem Dritten geschlossenen Vertrage einen Einwand gegen die Klage des Dritten entnehmen. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 368 Nr. 77.)

In dem Erk. v. 14. Aug. 1847 nimmt dagegen derselbe Sen. an, daß das Recht eines Kontrahenten zur Anfechtung eines geschlossenen Vertrages nach seinem Tode nur von der Gesammtheit seiner Erben, nicht aber von einzelnen, selbst nicht von der Mehrheit derselben, ausgeübt werden kann. (Rechtsf. Bd. 2. S. 102 Nr. 48.)

3) Von mehreren Mitbesitzern kann auch ein Einzelner ohne Zuziehung der Uebrigen die Besitzstörungen eines Dritten mit der Possessorienklage verfolgen, in sofern er nicht mehr als seinen ideellen Antheil am Besitze geltend macht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1852 unter Bezugnahme auf die §§. 10. u. 12. h. t. und die Motive des Präj. v. 20. Febr. 1849[1]). (Entsch. Bd. 18. S. 242.)

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 180 Nr. 43.)

4) Der Anspruch auf Ablegung der Rechenschaft über die Ausführung eines Auftrags kann auch von einem einzelnen Miterben des verstorbenen Machtgebers gegen dessen Bevollmächtigten geltend gemacht werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1850.

Es handelt sich in diesem Falle nicht um eine Verfügung des einzelnen Theilnehmers über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz, Benutzung, Verwaltung; es wird nur gefordert, daß der Verklagte über die von ihm für den Erblasser besorgten Geschäfte der Gemeinschaft Rechenschaft gebe. Der so angebrachte Anspruch hat die Feststellung und Sicherung der Erbschaft überhaupt zum Gegenstande. Das Recht, auf diese Ermittelung und Sicherstellung, als einen die Theilung der Erbschaft vorbereitenden Akt, hinzuwirken, ist in dem besonderen Eigenthume eines jeden einzelnen Miterben am Ganzen begründet. Der einzelne Theilnehmer kann dieses Recht auch nach außen gegen einen Dritten ausüben, soweit darin keine Beeinträchtigung der Rechte der Theilnehmer hervortritt. Auch der Verklagte kommt dadurch, daß nur ein einzelner Miterbe gegen ihn geklagt hat, in keine schlimmere Lage, als wenn alle Theilnehmer der Gemeinschaft gegen ihn den Anspruch erhoben hätten. Er braucht nur der Gemeinschaft Rechnung zu legen. Es ist ihm, wenn er zu der letzteren schreiten will, unverschränkt, auf Zuziehung aller Erben zu dem Verfahren anzutragen. Die letzteren müssen sich dem unterwerfen. Der Anspruch ist eben so zuläßig, als der in den Gesetzen ausdrücklich anerkannte Anspruch eines einzelnen Miterben gegen den Besitzer der Erbschaft auf Herausgabe des Inventariums und Vorlegung der Administrations-Rechnung (Proz. O. Tit. 46. §. 7.), so wie die Provokation eines einzelnen Miterben auf Nachlaß-Inventur und Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses. (Entsch. Bd. 19. S. 213.)

Dies Präj. ist aufrecht erhalten durch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2325.)[2])

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3.

Dieselbe Ansicht vertheidigt Kayser in dem Aufs. in der J. W. 1839 S. 349 ff., insbesondere auch für den Fall, wenn der Bevollmächtigte selbst ebenfalls Erbe des Machtgebers geworden ist.

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2.

[2]) Der I. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Präj. Nr. 368. v. 6. Nov. 1837 (Präj. Samml. S. 99, J. W. 1839 S. 171 ff.) die entgegengesetzte Ansicht angenommen (vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3. S. 151 Anm. 1.).

Dagegen sucht Jung auszuführen, daß die Miterben stets nur gemeinschaftlich auf Rechnungslegung gegen den von ihrem Erblasser bestellten Bevollmächtigten klagen können.
(J. W. 1839 S. 349 ff.)

Vergl. auch Koch's Arch. Bd. 4. S. 27 Anm. 18.

5) Die Geltendmachung der einem Grundstücke zustehenden Wegegerechtigkeit im Rechtswege gegen den Besitzer des dienenden Grundstücks steht jedem einzelnen Parzellenbesitzer auch ohne Zuziehung der Besitzer der übrigen Parzellen zu.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 276 Nr. 52.)

6) Jeder einzelne Miteigenthümer eines Gebäudes ist für sich allein zur Klage gegen denjenigen berechtigt, welcher gegen die Vorschriften der §§. 125. u. 126. A. L. R. I. 8. dem Gebäude mit Anlagen zu nahe getreten ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Nov. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 58 Nr. 14.)

7) Ueber die Befugniß der Einzelnen von mehreren Miterben, vor getheilter Erbschaft die zu letzterer gehörigen Sachen von einem Dritten zu vindiciren, vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Sept. 1852 (Entsch. Bd. 24. S. 86) in den Erg. zum §. 151. h. t.

B. Betr. die Passivlegitimation.

1) Nach der Ansicht Koch's gilt hier derselbe Grundsatz, wie hinsichts der Aktivlegitimation. Derselbe nimmt in dieser Beziehung an, daß ein einzelner Theilhaber wegen seines intellektuellen Theils, aber nicht wegen bestimmter, zur Gemeinschaft gehöriger Spezien oder bestimmter Theile des Ganzen für sich klagen oder verklagt werden kann.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 1 ff.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 10. h. t. sub I.

2) Ein Hypothekengläubiger klagte mit der Hypothekenklage gegen zwei Mitbesitzer des verhafteten Grundstücks. Es wurde der Einwand gemacht, daß noch ein dritter Mitbesitzer vorhanden sei. Der Appellationsrichter erachtete den Einwand für unerheblich und erkannte auf Vollstreckung des Mandats, weil das dingliche Recht des Klägers sich auf das ganze Grundstück erstrecke und dieses ihm in allen seinen Idealtheilen solidarisch hafte.

Der III. Sen. des Ob. Trib. vernichtete durch Erk. v. 10. Aug. 1847 diese Entscheidung, indem derselbe annahm, der Grund des Appellationsrichters sei für die Prozeßlegitimation nicht entscheidend; es verstehe sich von selbst, daß bei einem Grundstücke, welches sich im gemeinschaftlichen Besitze Mehrerer befinde, das Mandat zur Zahlung eines Hypothekenkapitals nur an sämmtliche Besitzer des verpfändeten Grundstücks erlassen werden könne. Deshalb seien die Vorschriften der Proz. O. Tit. 5. §. 4. Nr. 8. u. §. 29., Tit. 9. §. 2. u. des A. L. R. I. 17. §§. 10., 36., so wie I. 19. §. 10. verletzt. (Rechtsf. Bd. 2. S. 87 Nr. 40.)

Vergl. hierüber Koch's Landr. a. a. O.

II. Betr. die Verfügung eines Theilnehmers über das Ganze.

In dieser Beziehung ist unbestritten, daß Verfügungen des Einzelnen über das Ganze die Theilnehmer nicht binden. Es fragt sich aber: welche obligatorische Wirkung ein Vertrag (z. B. ein Verkaufskontrakt) zwischen den Kontrahenten hat, welchen ein Miteigenthümer über das Ganze mit einem Dritten geschlossen hat, also ob derselbe gilt, d. h. den Verkäufer verbindlich macht, oder ob er nichtig ist?

1) Wenn ein Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung verfügt hat, so ist das eingegangene Geschäft nur rücksichtlich des widersprechenden Theilnehmers ungültig. Der Verfügende selbst ist das Geschäft anzufechten nicht befugt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1838[1]). (Präj. Nr. 437.)

Die §§. 10. u. 11. h. t. drücken, im Einklange mit dem gem. Rechte, ein und dasselbe Prinzip aus: »Von mehreren Miteigenthümern darf weder der Einzelne sich Eingriffe in die gemeinschaftlichen Rechte erlauben, noch durch den Beschluß der ihm gegenüberstehenden Majorität eine Beeinträchtigung in seinem Rechte leiden.« Dies Prinzip beruht darauf, daß ein Recht, welches Mehreren in Gemeinschaft zusteht, nur in Gemeinschaft oder durch vereinten Willen ausgeübt werden darf, und daß eine dem entgegen, von einem einzelnen Interessenten oder von mehreren ausgehende Verf. eine Rechtsverletzung der übrigen enthält. Das Gesetz schützt daher nur die Letzteren gegen Kränkungen, woraus folgt, daß die im Falle des §. 10. eintretende Ungültigkeit sich nur auf die nicht verbindliche Kraft einer solchen Disposition, rücksichtlich der widersprechenden Interessenten, erstreckt. Für die Person des disponirenden Miteigenthümers dienen die kontraktlichen Verhältnisse, die er freiwillig, als selbstständiger Eigenthümer des ideellen Antheils an der gemeinschaftlichen Sache, mit einem Dritten angeknüpft hat, zur Richtschnur; gegen ihn müssen daher die Vorschriften im A. L. R. I. 5. §§. 270., 318.; 11. §§. 135., 136. wegen Erfüllung der Verträge und Leistung der Gewähr zur Anwendung kommen.
(Präj. Samml. S. 96, Entsch. Bd. 3. S. 242.)

Denselben Rechtssatz nimmt der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. März 1857, und daher an, daß auch der Subhastat, wenn er dazu im Stande ist, das veräußerte Grundstück herausgeben muß, ohne sich nachträglich damit, daß dasselbe nicht ihm allein gehöre, schützen zu können. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 147 Nr. 32.)

Vergl. auch den Rechtsfall nebst Erk. des Appell. Ger. zu Hamm v. 13. Nov. 1856 in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 266 ff.

2) Jemand hatte für sich und in Vertretung seiner Kinder, jedoch mit Vorbehalt der obervormundschaftlichen Genehmigung, das gemeinschaftliche Grundstück verkauft und wurde auf Erfüllung belangt. Die Klage wurde, da die vorbehaltene Genehmigung ausgeblieben war, ganz zurückgewiesen, auch in Beziehung auf den eigenen Antheil des Verkäufers.

Das Ob. Trib. bestätigte durch Erk. v. 30. Aug. 1839 diese Entscheidung, indem es bemerkte:

Den Vertrag in Hinsicht des Antheils des Beklagten für gültig und verbindend zu erklären, ist unstatthaft, indem theils die Intention der Parteien auf solchen partiellen Vertrag nicht gerichtet gewesen ist, theils auch für einen solchen die wesentlichen Requisite des Kaufs: gehörig bestimmter Gegenstand und bestimmtes Pretium, nicht vorliege. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 7.)

Koch schließt sich der in diesem letzteren Präj. angenommenen Ansicht an, weil über den intellektuellen Theil kein Kaufkontrakt zu Stande gekommen sei; es fehle an der Uebereinstimmung über den Preis, der keinesweges im arithmetischen Verhältniß zum Ganzen stehen, vielmehr für den Theil schon wegen der Kosten des Theilungsverfahrens verhältnißmäßig geringer sein müsse. Er fügt hinzu, daß, wenn auf Grund eines von einem Theilnehmer über die ganze Sache geschlossenen Vertrages die Uebergabe bereits erfolgt sei, der Erwerber für den Antheil des Veräußerers Mitberechtigter geworden und mit den Theilnehmern in Gemeinschaft getreten sei, indem sich die Sache auf eine gewöhnliche Veräußerung eines der Entwährung unterworfenen Gegenstandes reduzire. (a. a. O. Bd. 4., S. 7 u. 17.)

Vergl. Koch's Landr. Anm. 5. zum §. 10. h. t. sub II.

Bornemann stellt folgende Unterscheidung auf:

a) Ist die gemeinschaftliche Sache oder ein Theil derselben unter Vorbehalt der Genehmigung der Miteigenthümer verkauft, oder ausdrücklich als eine gemeinschaftliche bezeichnet, ohne daß der Verkäufer für den Erfolg einzustehen versprochen (A. L. R. I. 11. §. 139.), so ist das Geschäft nach A. L. R. I. 5. §§. 40. ff. zu beurtheilen, und der Verkäufer, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auch nicht zur Ueberlassung seines Antheils verpflichtet.

b) Hat der Miteigenthümer die Sache als seine eigene verkauft, so kommt es nach Maßgabe der Vorschriften A. L. R. I. 11. §§. 136. ff. auf das Wissen oder Nichtwissen des Käufers an, und kann er danach nur im letztern Falle Erfüllung oder Gewährsleistung fordern.
(System, 2. Ausg. Bd. 4. S. 5—6.)

3) Kann ein Theilnehmer einen zum gemeinschaftlichen Ganzen gehörigen bestimmten Theil als zu seinem Antheil gehörig veräußern?

Es bejahet der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 16. Sept. 1837, indem er die Cession einer bestimmten Summe von einem Antheile an einer ungetheilten Erbschaft für gültig erklärt.

Das Ob. Trib. hat auf eingelegte Revision zwar der Cession nur die Wirkung beigelegt, daß der Cedent persönlicher Schuldner des Cessionars geworden, jedoch nur, weil überhaupt kein gültiges Rechtsgeschäft vorliege, namentlich eine Cession nicht, da kein zuläs-

---

[1]) In der Präj. Samml. S. 96 ist das Datum dieses Präj. nicht speziell angegeben, sondern dasselbe als im Jahre 1837 ergangen bezeichnet, in den Entsch. Bd. 3. S. 244 dagegen wird das Datum v. 27. Jan. 1838 angeführt.

figer Gegenstand vorhanden, ohne sich auf die vorliegende Frage einzulassen. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 9 ff.)

Vergl. auch die Erg. zum §. 151. h. t. Zus. 3.

4) Der von einem einzelnen Miteigenthümer eines Grundstückes mit einem Dritten abgeschlossene Pachtvertrag ist für die übrigen Miteigenthümer dergestalt rechtlich wirkungslos, daß sie die sofortige Räumung des ganzen Grundstückes Seitens des Pächters zu verlangen berechtigt sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1853 auf Grund der §§. 10. u. 50.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 55 Nr. 13.)

5) Die von dem einen Nachbar einseitig ausgeführte, aber von beiden Nachbarn gemeinsam, wenngleich nur mündlich verabredete Verwaltungsmaßregel bezüglich des gemeinschaftlichen Häuserzwischenraumes kann nur nach gemeinsamer Abrede geändert werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 121 Nr. 32.)

§. 11. Reicht das Wasser eines Teiches bei kleinem Wasser zu dem gleichzeitigen Betriebe der an demselben belegenen Hammerwerke nicht aus, so ist die Verpflichtung der einzelnen Besitzer derselben, sich dem Beschlusse der Mehrheit auf Einführung eines Turnus in dem Betriebe dieser Werke zu unterwerfen, nach den gesetzlichen Vorschriften der §§. 95—98. der Einl. zum A. L. R. über die Kollision der Rechte zu beurtheilen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 29 Nr. 5.)

§§. 15—17. Zur prozessualischen Verfolgung eines mehreren Konkursgläubigern im Distributionserkenntnisse wegen ihrer Ausfälle angewiesenen Aktivi der Konkursmasse sind, wenn einer oder einige derselben die Theilnahme daran weigern, die übrigen Interessenten legitimirt, ohne daß das in den §§. 15., 17. A. L. R. I. 17. bei Verwaltung gemeinschaftlichen Eigenthums vorgeschriebene Verfahren hier Anwendung findet.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1852. (Präj. Nr. 2418.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 83, Entsch. Bd. 25. S. 56.)

§§. 20—22. Ueber die Stimmzählung bei einem gemeinschaftlichen Patronatrechte vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 11. §§. 344., 352., 605.

§. 23. Statt: „Stimmenmehrheit" muß es heißen: „Stimmengleichheit".

(R. v. 5. Mai 1834, Jahrb. Bd. 43. S. 445, Gräff Bd. 8. S. 36.)

§§. 23. 24. Wenn mehrere Erben eines verstorbenen Märkischen Ehegatten, der sich mit den Erben des erst verstorbenen Ehegatten nicht auseinandergesetzt und sich nicht erklärt hatte, ob er den Nachlaß des Erstverstorbenen nach dem Statute unter Einwerfung seines eigenen Vermögens theilen wolle, uneinig darüber sind: ob bei der Theilung dieses Nachlasses die Einwerfung erfolgen oder der Nachlaß beider Ehegatten gesondert vertheilt werden solle, muß der Streit nach den Vorschriften des A. L. R. I. 17., namentlich bei vorhandener Stimmengleichheit nach §§. 23., 24. entschieden, insbesondere dabei berücksichtigt werden, ob der Nachlaßmasse des zuletzt verstorbenen Ehegatten die Einwerfung vortheilhaft oder nachtheilig sein würde.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1711.) (Präj. Samml. S. 298.)

§§. 25—35. Gewahrsam und Besitz.

§. 25. Ein Mitbesitzer kann nicht gegen den anderen possessorisch auf Erlangung des ausschließlichen Besitzes klagen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 180 Nr. 43.)

§§. 44—52. Nutzen und Lasten.

§§. 44. u. 45. Wenn verschiedene Alleineigenthümer nur passive in der Benutzung ihrer Rechte zusammentreffen und für die gemeinschaftliche Beeinträchtigung eines Dritten diesen dafür schadlos halten müssen, z. B. wenn die Wirkung des Grubenbetriebes von mehreren Gewerken darin zusammentrifft, daß einem Grundeigenthümer das Wasser entzogen wird, so kann das Sondereigenthum der verschiedenen Gewerkschaften und der Werth ihrer Bergwerke nicht als Antheil und nicht als Maßstab für die Betheiligung im Sinne der §§. 44. u. 45. h. t. bei der Aufbringung der Entschädigungssumme angesehen werden. Es müssen gleiche Theile angenommen werden, wenn kein anderes Theilnahmeverhältniß von den Verpflichteten nachgewiesen werden kann.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Motiven des Pl. Beschl. v. 7. Nov. 1849 (Präj. Nr. 2153.) (Entsch. Bd. 18. S. 71.)

§. 45. Der Umstand, daß der Besitztitel eines Grundstücks auf den Namen beider Ehegatten im Hypothekenbuche berichtigt worden, steht dem Anspruche des Ehemannes bei der Auseinandersetzung auf Erstattung der Hälfte des von ihm allein bezahlten Kaufgeldes nicht entgegen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1852 auf Grund der §§. 45—49. h. t. Die A. G. O. I. 50. §. 322. treffe nur das Verhältniß der Frau den Konkursgläubigern ihres Mannes gegenüber und sei einflußlos bei dem Nachweise, daß zu dem Erwerbungspreise Seitens der Frau nichts beigetragen, und eine Schenkung nach A. L. R. I. 11. §. 1042. nicht zu vermuthen.

(Entsch. Bd. 20. S. 250 ff.)

§§. 45. u. 46. Das im §. 46. den Miteigenthümern eingeräumte Recht, denjenigen Miteigenthümer, der sich seiner Pflicht zur nutzbaren Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache vorsätzlich entzieht, zur Abtretung seines Antheils nach einer gerichtlich aufgenommenen Verkaufstaxe anzuhalten, schließt ihre Befugniß nicht aus, ihn nach §. 45. auch zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit der verhältnißmäßigen Mitwirkung zur nutzbaren Erhaltung der Sache anzuhalten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Febr. 1848. (Präj. Nr. 1990.)

(Präj. Samml. S. 97, Rechtsf. Bd. 3. S. 382 Nr. 187.)

§§. 46. 47. Es fragt sich: ob und wie lange die nachtheiligen Folgen der Nichtzahlung der Beiträge durch spätere Zahlung nebst Zinsen und Kosten abgewendet werden können?

Bornemann hält eine purgatio morae der Natur der Sache nach so lange für zulässig, als der Antheil des Restanten den Uebrigen noch nicht zuerkannt worden ist.

(System Bd. 4. S. 10, 2. Ausg. Bd. 4. S. 8.)

§. 50. Vergl. ob. die Erg. zu den §§. 4. u. 50. h. t.

§§. 60—68. Veräußerung einzelner Antheile.

§§. 60. 69. 74. 117. 1) a) Jedem Einzelnen von mehreren Miterben steht, während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft, ein bestimmter verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstücke, als sein besonderes Eigenthum, nicht zu.

b) Die Gläubiger eines Miterben können daher im Wege der Exekution auch nicht auf die Veräußerung seines Erbantheils, sondern nur auf die Ermächtigung antragen, ihrerseits die gerichtliche Erbsonderung unter den Miterben zu dem Zweck nachzusuchen, um hiernächst die Exekution in die bei der Erbschaftstheilung ihrem Schuldner zufallenden Vermögensstücke vollstrecken zu lassen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1841. (Präj. Nr. 1084.)

Bei einer Erbschaft oder überhaupt bei einer universitas juris, welche mehreren Personen pro indiviso gehört, sind keineswegs für einen jeden einzelnen Theilnehmer an jedem einzelnen Stücke der universitas spezielle Antheile anzunehmen, die schon während des Bestehens der Gemeinschaft das besondere Eigenthum der einzelnen Theilnehmer ausmachen. Dies ist selbst nach Röm. Rechte keineswegs der Fall. Nur bei Forderungen und Schulden, nominibus, nimmt das Röm. Recht eine ipso jure unter den Miterben eintretende Theilung an, aber nicht bei jeder einzelnen zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sache. Es gestattet allerdings dem einzelnen Miteigenthümer die einseitige Verfügung über seinen Antheil — portio, pars — jedoch nicht an den einzelnen Sachen, sondern nur an der universitas (Thibaut, System des Pandektenrechts, 8. Ausg. §§. 128., 716., 880., 887.). — Nicht anders verhält es sich im Allgemeinen auch nach dem Landrechte. Das letztere spricht zwar nicht mit direkten Worten aus, daß den Miterben nur an der Erbschaft als

einem Ganzen, nicht aber den dazu gehörenden einzelnen Gegenständen bestimmte ideelle Antheile zustehen. Es ist vielmehr an verschiedenen Stellen des Tit. 17. Thl. I. von Antheilen der einzelnen Miteigenthümer ohne nähere Bezeichnung die Rede; es wird ferner ausgesprochen, daß das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zu seinem besonderen Eigenthume gehört, und von Verpfändung, so wie von Veräußerung des Anrechts und Antheils eines Miteigenthümers gehandelt (vergl. §§. 4., 50., 60., 69., 74. a. a. O.). Dies kann indeß dem aufgestellten Grundsatze nicht entgegenstehen. Denn die in Bezug genommenen G.-Stellen kommen im ersten Abschn. des Tit. 17. vor, worin vom gemeinschaftlichen Eigenthume überhaupt und von den allgemeinen Grundsätzen gehandelt wird, welche sowohl von dem Miteigenthume an speziellen Sachen wie von dem an einer universitas juris gelten. Auch kann es, was namentlich die Erbschaften anbetrifft, gar keinem Bedenken unterliegen, das Anrecht eines jeden einzelnen Miterben an der Erbschaft für dessen besonderes Eigenthum anzusehen, das er auch zu veräußern befugt ist. Allein dies Anrecht des Miterben trifft nicht direkt alle diejenigen einzelnen Sachen selbst, welche zum Nachlasse gehören, sondern die universitas juris bildet den wahren und unmittelbaren Gegenstand seines Anrechts, weshalb denn auch der Miterbe nur eine ideelle Quote an den universitas selbst, nicht aber einen dieser Quote entsprechenden Antheil an jedem zum Nachlasse gehörigen Aktivum oder Möbelstücke veräußern darf. Dies folgt aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses, aus dem gänzlichen Stillschweigen des vom gemeinschaftlichen Eigenthume des Miterben insbesondere handelnden zweiten Abschn. des Tit. 17. über solche Spezialantheile an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses, aus den Vorschriften der §§. 447., 456. u. 474. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., wonach beim Erbschaftskaufe das Erbschaftsrecht selbst oder ein Theil desselben den Gegenstand des Geschäftes ausmacht, und aus der allgemeinen Bestimmung im §. 10. Tit. 17. a. a. O., wonach kein Miteigenthümer ohne Beistimmung der übrigen gültige Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache selbst treffen kann. Der Erbe, der sich ein solches ausschließliches Verfügungsrecht verschaffen will, muß nach §. 117. ebend. auf Theilung antragen. Hierdurch löst sich alsdann das bisherige Rechtsverhältniß auf, und es zersetzt sich gleichsam der Gegenstand desselben, die nur rechtlich im Begriff existirende universitas juris, in wirkliche Sachen; erst durch die Theilung ergiebt sich, was jedem Individuum nach Abzug der Schulden und der dem Einzelnen auf seine Quote zu machenden Abzüge an Konferenden u. s. w. gebührt, und worin, in welchen Sachen oder in welcher Summe das eigentliche Produkt seines Miterbenrechts besteht. — Die §§. 69. u. 74. h. t. stehen nicht entgegen. Diese Vorschriften des ersten Abschn. im Tit. 17. setzen natürlich voraus, daß auch ein zur Verpfändung und nothwendigen Subhastation fähiges Objekt vorhanden sei. Das ist jedoch das Antheilsrecht an einer Erbschaft nicht; das intellektuelle Miterbenrecht kann weder Gegenstand einer Auktion, noch einer Subhastation sein. Hieraus aber folgt mit Nothwendigkeit, daß die allegirten Bestimmungen auf Theilnahmrechte an einer Erbschaft keine Anwendung finden können; es darf mithin aus ihnen auch nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß jeder Miterbe schon während der noch bestehenden Gemeinschaft von jedem einzelnen Stücke des Nachlasses, z. B. von jedem Stück Vieh oder Geschirr einen aliquoten Theil als besonderes Eigenthum besitze. — Uebrigens führt der Satz: daß dem Miterben an der Erbschaft, als einer universitas juris, ein bestimmter Antheil gebührt, auch nicht zu dem Resultat, daß der Gläubiger eines Miterben aus diesem Theile des Vermögens seines Schuldners seine Befriedigung nicht erlangen kann. Denn zuvörderst ist es nicht zweifelhaft, daß der Gläubiger eines Schuldners, der als Miterbe bei einer Erbschaft konkurrirt, das Recht hat, die gesetzlich zulässigen Sicherheitsmaßregeln in Antrag zu bringen, z. B. Arrest auf deponirte Nachlaßgelder, so weit sie auf den Antheil seines Schuldners fallen, oder Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen so wie der Grundstücke. Außerdem kann er aber auch auf den Erbantheil seines Schuldners Exekution ausbringen, und enthalten die Vorschriften vom Moratorium, von der Deliberationsfrist und vom erbschaftl. Liquid.-Prozeß (§. 2. der V. v. 4. März 1834) die allein vom Richter anzuerkennenden Gründe zur einstweiligen Aufschiebung der Exekution; der Gläubiger hat nämlich nach §. 89. der Einl. zum A. L. R. das Recht, selbst wider den Willen des Schuldners, die Auseinandersetzung in Antrag zu bringen. Bis jedoch diese erfolgt, ist die gerichtliche nothwendige Versteigerung eines Erbschafts-Antheils nicht thunlich.

(Präj. Samml. S. 96, Entsch. Bd. 7. S. 270.)

2) Erst durch die Erbtheilung kann unter mehreren Miterben der Einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Theile derselben erlangen; während der bestehenden Gemeinschaft aber steht bezüglich auf einzelne Erbschaftsstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere ihm daran noch kein, nach Verhältniß seiner Erbquote bestimmter Antheil, als sein besonderes Eigenthum zu. Vor der Theilung kann er daher auch nicht mit einem seiner Erbquote entsprechenden Antheil an einem Nachlaßgrundstücke seinem Gläubiger für dessen Forderung an ihn gültig Hypothek bestellen.

Angenommen von dem III. Sen. des Ob. Trib. (in Uebereinstimmung mit dem oben sub 1. gegebenen Präj. des II. Sen. Nr. 1084. a.) unterm 14. Jan. 1842. (Präj. Nr. 1101.)

(Präj. Samml. S. 97.)

Auch in dem Erk. v. 19. Dec. 1851 hat der III. Sen. des Ob. Trib. denselben Grundsatz angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 201 Nr. 43.)

3) Die in den Präj. Nr. 1084. a. und Nr. 1101. (s. ob. Zus. 1. u. 2.) ausgesprochenen Rechtsgrundsätze sind von dem Ob. Trib. unterm 16. März 1857 (Präj. Nr. 2682.) zu Plenarbeschlüssen erhoben worden [1]).

(Entsch. Bd. 35. S. 352, Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 27, J. M. Bl. 1857 S. 162.)

Das Plenum des Ob. Trib. hat übrigens bereits in dem Berichte v. 24. Aug. 1840 ausgeführt, daß den einzelnen Miterben während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßrechte als ein besonderes Eigenthum nicht zustehe, und daß selbst die (für die entgegengesetzte Ansicht in Bezug genommenen) allgemeinen Grundsätze vom gemeinschaftlichen Eigenthume zu diesem Resultate führen.

(J. M. Bl. 1840 S. 370 ff.)

Vergl. auch das Erk. des Ob. Trib. in Koch's Arch. Bd. 4. S. 12. ff.

4) Das Justizmin. ist in dem R. v. 13. April 1833 (Jahrb. Bd. 41. S. 555, Gräff Bd. 6. S. 24) und v. 13. Mai 1838 (Jahrb. Bd. 51. S. 364, Gräff Bd. 12. S. 153) gleicher Ansicht, wie das Ob. Trib. Das R. v. 13. Mai 1838 bemerkt:

Eine ungetheilte Erbschaft ist ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, welche den mehreren Miterben dergestalt gemeinschaftlich zustehen und obliegen, daß, so wie sie die Verbindlichkeiten gemeinsam zu vertreten haben, sie auch die dazu gehörigen Rechte nur gemeinschaftlich zu verfolgen befugt sind. Jedem einzelnen Miterben steht ein zwar in seinem Verhältniß zum Ganzen festgestellter ideeller, aber in quali et quanto erst zu bestimmender Theil der Verlassenschaft zu, der deshalb nicht Gegenstand einer Ueberweisung in Gemäßheit des Gesetzes v. 4. Juli 1822 sein kann, weil dieses eine solche nur bei Aktivforderungen zuläßt, deren Gegenstand eine bestimmte Geldsumme in Kapital oder Rente ist.

5) Derselben Ansicht sind: Bornemann (System Bd. 6. S. 511, 512, 2. Ausg. Bd. 6. S. 330 ff.) und Koch (Koch's Arch. Bd. 4. S. 1 ff., besonders S. 8 ff. u. S. 16 Anm.)

Dagegen wird in den Abhandl. von Köchling (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 80 ff.) und Dr. Dane (a. a. O. S. 432 ff.) das Gegentheil auszuführen gesucht und behauptet, daß jedem Miterben auch an den einzelnen, in der Erbschaft begriffenen Sachen und Rechten vor der Theilung eine bestimmte, seiner freien Veräußerungsbefugniß unterworfene Quote zustehe.

§§. 60. 69. Ueber die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das gemeinschaftliche Vermögen der Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 378—380.

§. 61. 1) Das Vorkaufsrecht steht jedem Theilnehmer für sich zu; mithin kann es auch, wenn nach Veräußerung der Antheile der übrigen auch nur Einer verbleibt, der seinen Antheil nicht veräußern will, von diesem Einen gegen den Erwerber der übrigen Antheile ausgeübt werden, und ist zur Ausübung desselben nicht erforderlich, daß mehrere Theilnehmer Behufs Fortsetzung der Gemeinschaft unter sich übrig bleiben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1846. (Präj. Nr. 1813.)

Die Fassung des §. 61. giebt keinen Anlaß zu der Deutung, daß nur mehreren Theilnehmern die Ausübung des Vorkaufsrechts zustehe. Da das Gesetz einen allgemeinen Grundsatz ausdrücken wollte, so konnte es nicht eine bestimmte Zahl von Theilnehmern berücksichtigen, es mußte sich darauf beschränken, das Dasein mehrerer Theilnehmer, als zum Wesen des gemeinschaftlichen Eigenthums erforderlich, vorauszusetzen; es sind aber auch schon zwei Personen mehrere, und wenn eine derselben ihren Antheil verkauft, so muß der anderen dasselbe Recht zustehen, was mehr als einem Theilnehmer eingeräumt

[1]) Der IV. Sen. hatte von diesen Grundsätzen abzusehen beschlossen, weshalb die Entscheidung des Plenums eingeholt wurde.

ist, das Recht nämlich, den Eintritt eines Fremden in die Gemeinschaft auszuschließen. Dieses aber kann entweder durch Aufhebung der Gemeinschaft, oder durch Ausübung des Vorkaufsrechts erreicht werden, und selbst Ein Theilnehmer kann mithin die bestandene Gemeinschaft in seiner Person fortsetzen, wenn er die Sache ungetheilt fortbesitzt und ihren theilweisen Uebergang auf einen Dritten hindert. Die Absicht des Gesetzes in Konstituirung eines Vorkaufsrechts für den Fall bestehenden Miteigenthums geht nicht dahin, das gemeinschaftliche Eigenthum der mehreren Theilnehmer, sondern jeden einzelnen Theilnehmer gegen den Eintritt eines Fremden in die Gemeinschaft zu schützen, und zu diesem Ende verlieh es das Vorkaufsrecht jedem der Theilnehmer für sich, nicht einer Mehrzahl derselben, als ein gemeinschaftliches Recht; und da eine Gemeinschaft des Eigenthums auch unter zwei Theilnehmern besteht, so muß das Vorkaufsrecht auch dem Einem derselben zustehen, wenn der Andere seinen Antheil an einen Fremden veräußert, gleichwie es bei einer Gemeinschaft von mehr als zwei Personen einer jeden derselben zukommt, wenn die anderen ihre Antheile an einen Dritten veräußern.

(Präj. Samml. S. 97, Entsch. Bd. 14. S. 260.)

Die Richtigkeit dieses Präj. ist von Dr. Sommer, auf Grund des im §. 61. h. t. gebrauchten Plurals, bezweifelt worden.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 482 ff.)

Der III. Sen. des Ob. Trib. hat indeß in dem Erk. v. 29. Febr. 1848 seine bisherige Ansicht aufrecht erhalten.

Aus dem §. 61. läßt sich nicht folgern, daß das Vorkaufsrecht des Miteigenthümers unter der Bedingung ausgeübt werden dürfe, daß mehrere Theilnehmer, die ihren Antheil nicht verkauft haben, die Gemeinschaft fortsetzen wollen. Das Gesetz hebt nur den Fall hervor, welcher die Regel bildet; was aber von diesem Falle gilt, das muß auch Rechtens sein, wenn außer den Veräußernden nur noch ein Theilhaber zurückbleibt. Der Miteigenthümer soll dagegen geschützt werden, daß er wider seinen Willen mit einem Fremden in eine Gemeinschaft gerathe; dieser Zweck tritt auch dann hervor, wenn nur zwei Personen in Gemeinschaft sind und der Eine seinen Antheil veräußert. Die Fortsetzung einer Gemeinschaft, welche überhaupt vom Gesetze nicht begünstigt wird, ist daher nicht Bedingung des Vorkaufsrechts. Das Hauptgewicht muß in die Worte »unter sich« gelegt werden, und hat damit nur ausgedrückt werden sollen, daß den übrigen Theilnehmern, falls sie die Gemeinschaft nicht mit den dritten Akquirenten des veräußerten Antheils fortsetzen wollen, das Vorkaufsrecht vorbehalten bleiben soll. Daß der Gesetzgeber der Ansicht gewesen ist, das Vorkaufsrecht stehe jedem Miteigenthümer als solchem und ganz unabhängig von ihrer Anzahl zu, ergiebt sich außerdem auch noch aus §. 1437. A. L. R. II. 8. und §. 3. des Ed. v. 9. Okt. 1807, wo das Vorkaufsrecht der Miteigenthümer ganz allgemein und als unbedingt bestehend vorausgesetzt wird.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 397 Nr. 194.)

2) Der §. 61. schließt nicht die Ausübung des Vorkaufsrechts aus, wenn auch nur zwei Miteigenthümer vorhanden sind, von denen einer verkauft.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1838. (Präj. Nr. 604.) (Präj. Samml. S. 97.)

3) Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfordert nicht nothwendig die Fortsetzung der Gemeinschaft mit den übrigen Interessenten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1856, unter Berufung auf die obigen (Zus. 1. u. 2.) früheren Entscheidungen.

(Entsch. Bd. 34. S. 147.)

4) Eine Ausnahme von dem §. 61. gilt im Bergrechte (A. L. R. II. 16. §. 322.). Diese Ausnahme bezieht sich indeß nur auf die eigentlichen Bergwerke; Hüttenwerke, insbesondere die Zinkhütten in Schlesien, unterliegen dagegen, wenn sie im gemeinschaftlichen Eigenthume mehrerer Theilnehmer sich befinden, dem gesetzlichen Vorkaufsrechte der Miteigenthümer.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1846.

(Entsch. Bd. 14. S. 378.)

§. 62. Bornemann nimmt an, daß, wenn der Ausscheidende nicht wählt, das Loos entscheiden müsse.

(System Bd. 4. S. 15, 2. Ausg. Bd. 4. S. 11.)

Koch nimmt an, daß der Ausscheidende, wenn er nicht wählt, Allen gemeinschaftlich den Vorkauf gestatten muß, wenn sie nicht unter sich einig werden, wer denselben ausüben soll. Das Loos könne nicht ohne besondere Vorschrift wider den Willen des Einen oder des Andern, als Auseinandersetzungsmittel angewendet werden.

(Landr. Bd. 2. Anm. 40. zum §. 62. h. t.)

§. 65. Das im §. 65. den Betheiligten vorbehaltene Vorkaufsrecht findet nicht nur bei Kaufgeschäften über einzelne bestimmte körperliche Sachen, sondern auch dann statt, wenn einer von mehreren Miterben sein Erbschaftsrecht, d. h. seine Erbquote, mittelst Erbschafts-Kaufvertrages an einen Fremden veräußert hat.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Okt. 1856.

Der §. 568. A. L. R. I. 20. erfordert zur Ausübung eines Vorkaufsrechts, daß eine Sache an einen Dritten verkauft sei. Zu den Sachen im weiteren Sinne gehört auch die Erbschaft eines Verstorbenen, als Inbegriff aller hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten desselben (§. 350. A. L. R. I. 9., §§. 34., 35. A. L. R. I. 2.). Was wegen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten überhaupt vorgeschrieben ist, findet auch bei Erbschaften Anwendung (§. 351. A. L. R. I. 9.). Mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§. 32—35. A. L. R. I. 2. steht daher sprachlich nichts entgegen, den im §. 156. A. L. R. I. 9. gebrauchten Ausdruck: »Sache« auch auf eine Erbschaft zu beziehen und also unter einer verkauften Sache im Sinne jenes Gesetzes auch eine verkaufte Erbschaft zu verstehen. Was aber von der ganzen Erbschaft gilt, muß auch von den Quoten der einzelnen Miterben gelten (§. 91. Einl. und §. 447. A. L. R. I. 11.). (Entsch. Bd. 34. S. 146.)

§§. 69—74. Verpfändung einzelner Antheile.

§. 69. 1) Durch das R. v. 29. Nov. 1790, wegen Eintragung einer von einem Miteigenthümer kontrahirten Schuld auf das in communione besessene Grundstück (N. C. C. Tom. VIII. S. 2989; Rabe Bd. 2. S. 58) wurde bestimmt, daß ein Miteigenthümer ohne Genehmigung der übrigen über seinen Antheil nicht verfügen könne, falls sie pro indiviso besitzen und nicht jeder von ihnen auf augenblickliche Theilung anzutragen vermag. Durch die Bestimmungen der §§. 60., 63., 64. h. t. ist diesem R. derogirt, da nach diesen jedem condomino die freie Disposition über seinen Antheil zusteht, in sofern daran nicht jura personalissima geknüpft sind. Demgemäß wird daher

2) in den R. v. 16. Juli u. 27. Aug. 1821 angenommen, daß der condominus, wenn ihm die Veräußerung seines Antheils, während einer bestimmten Zeit, z. B. der Lebenszeit der Mitbesitzer, rechtsgültig untersagt, derselbe solchen dennoch mit der Einschränkung zu verpfänden berechtigt sei, daß der hypothekarische Gläubiger während der erwähnten Zeit auch im Wege der Exekution nicht auf Veräußerung des verpfändeten Antheils antragen könne.

(Jahrb. Bd. 18. S. 11, Gräff Bd. 1. S. 65.)

§§. 69. sqq. Sind die Gläubiger eines von mehreren Familien-Fideikommiß-Besitzern, für welche dessen Revenüenantheil in Beschlag genommen worden, berechtigt, von den Verwaltern der Stiftung Rechnungslegung zu verlangen?

Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. verneint in dem Erk. v. 5. Okt. 1837, weil das Recht, Rechnungslegung zu fordern, ein Theil der Verwaltungsbefugnisse sei, welche der §. 73. den Gläubigern abspreche, und weil die speziell bei der einen Art der Gütergemeinschaft durch Vertrag gegebene Vorschrift in den §§. 217., 218. ausdrücklich festsetze, wie dadurch, daß eins der Mitglieder seinen Antheil am Gewinn einem Fremden überlasse, dieser so wenig die Rechte als die Pflichten eines Gesellschafters erhalte, und ein solcher Cessionarius von den übrigen Gesellschaftern weder Rechnungslegung noch andere Nachweisungen über die betriebenen Geschäfte, sondern nur eine Balance über den Gewinn und Verlust fordern könne. (J. W. 1838 S. 129.)

§§. 71—73. 217. 218. Dem in den Revenüenantheil einer im Miteigenthume Mehrerer befindlichen Sache durch richterliche Verfügung immittirten Gläubiger eines Miteigenthümers steht die Befugniß nicht zu, von den übrigen Miteigenthümern oder dem durch sie bestellten Verwalter der gemeinschaftlichen Sache Rechnungslegung zu fordern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1852. (Präj. Nr. 2408.)

Wenngleich der §. 218. hier keine direkte Anwendung findet, da er eine vertragsmäßige Gemeinschaft voraussetzt, so ist doch der obige Grundsatz gerechtfertigt. Die Pflicht zur Rechnungslegung setzt einen Rechtsgrund voraus, welcher bezüglich der Verpflichtung der Miteigenthümer zur Rechnungslegung über die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache in dem condominium beruht. Die §§. 71. u. 72. geben indeß den Gläubigern eines Miteigenthümers nicht alle Befugnisse des einen Miteigenthümers zu den übrigen (§. 73.), insbesondere nicht das Recht zur Monitur, welches die Rechnungslegung in sich schließt, da solches bezüglich der von den übrigen Miteigenthümern getroffenen

Verwaltungs-Anordnungen die rechtliche Sphäre dieser letzteren wesentlich berührt. Dies ist in Betreff des auf Vertrag beruhenden Miteigenthums in den §§. 217., 218. klar ausgedrückt. Gesetzliche und vertragsmäßige Gemeinschaft stehen aber in dieser Beziehung auf gleicher Linie. Auch spricht für diese Ansicht der §. 29. Nr. 8. A. G. O. I. 22. und der Umstand, daß die Immission nur prätorisches Pfandrecht schafft.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 32, Entsch. Bd. 24. S. 81.)

Gegen diese und die auf denselben Grundsätzen beruhende Entscheidung des Ob. Appell. Sen. des Kammerger. v. 5. Okt. 1837 [1]) vergl. die Ausführung in Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 71. h. t.

§§. 71. 73. R. v. 21. Juli 1837, betr. das Verfahren bei der von dem Gläubiger eines Miteigenthümers beantragten Beschlagnahme der Revenüen eines Mehreren gehörigen Grundstücks.

Die §§. 71., 73. halten die Ansicht fest, daß durch das Auftreten der Gläubiger eines einzelnen Miteigenthümers die Rechte der übrigen Miteigenthümer nicht geschmälert werden dürfen. Von einem Mitbesitz, einer Mitverwaltung der Gläubiger, also auch von einer administrativen Verfügung, oder einer Beschlagnahme einzelner Miethsgelder-Antheile soll nicht die Rede sein. Aus diesem Grunde hat der Prozeßrichter, wenn wegen Minderjährigkeit des einen Miteigenthümers, ohne daß ein Widerspruch stattgefunden, die vormundschaftliche Administration eingeleitet ist, nur den Antheil der Nutzungen des Exequendus an dem Grundstücke mit Beschlag zu belegen, das gesetzliche Inhibitorium an den Schuldner zu erlassen und die Miteigenthümer zur Herausgabe des Antheils des Exequendus an den Nutzungen anzuweisen.

(Jahrb. Bd. 50. S. 77, Gräff Bd. 12. S. 42.)

§. 74. I. Die Subhastation auf Andringen der Sondergläubiger eines Theilhabers ist, nach deutlicher Vorschrift des §. 74., überhaupt nur unter eben denselben Voraussetzungen zuläßig, unter welchen der Theilhaber selbst seinen Antheil würde veräußern dürfen. Sie ist also nicht zuläßig: a) wenn nicht auf Theilung angetragen werden darf; b) wenn der schuldnerische Theilhaber rechtlich verhindert ist, sein Anrecht zu veräußern (§§. 68., 69.). Sind aber die Voraussetzungen vorhanden, so können die übrigen Theilhaber die bevorstehende Subhastation doch durch einen Antrag auf Theilung hindern (§. 66.). Thun sie das nicht, so können sie nach dem Zuschlage an den Meistbietenden wegen eines ihnen aus dessen Mitgenossenschaft bevorstehenden Nachtheils widersprechen (§. 66.), in den Formen des Subhastationsprozesses. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 74. h. t.)

Vergl. hierüber auch die Ausführung Koch's in Richter's krit. Jahrb. 1838 S. 820 ff., und dagegen: Bornemann's System 1. Ausg. Bd. 4. S. 21, 22, 2. Ausg. Bd. 4. S. 14, 15.

II. Bei der Frage: ob das Ganze oder nur der ideelle Antheil des Schuldners subhastirt werden darf, ist zu unterscheiden in Betreff der Gemeinschaft einzelner Sachen und derjenigen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten.

A. Die Vorschrift des §. 74., welche ausdrücklich von der Subhastation nur des Antheils des Schuldners spricht, bezieht sich nur auf einzelne gemeinschaftliche Sachen. Es fragt sich indeß: ob der Gläubiger doch nicht befugt sei, den Verkauf des Ganzen auszubringen, zwar nicht vermöge seines Pfandrechts, aber aus dem Rechte des Schuldners, der Theilungs halber den Verkauf des Ganzen in Antrag bringen könnte (§. 75.)? [2])

Das Justizmin. erklärt sich in den R. v. 21. April 1818 (Jahrb. Bd. 11. S. 218, Gräff Bd. 1. S. 67) u. v. 21. Juli u. 10. Sept. 1836 (Jahrb. Bd. 48. S. 208 ff., Gräff Bd. 10. S. 26, 27) dagegen.

Der II. Sen. des Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 27. Nov. 1841 (Präj. Nr. 1086.) gleichfalls aus:

Die nur gegen einen mehrerer Miteigenthümer ausgewirkte Verurtheilung berechtiget den Gläubiger noch nicht, im Wege der Exekution auf Subhastation des ganzen gemeinschaftlichen Grundstücks anzutragen. (Präj. Samml. S. 97.)

Dagegen nimmt das Justizmin. in dem R. v. 13. Juni 1836 (Jahrb. Bd. 47. S. 513, Gräff Bd. 10. S. 24) an, daß der auf einen Antheil eingetragene Hypothekengläubiger das Recht habe, das ganze Grundstück im Wege der nothwendigen Subhastation zum Verkauf zu bringen.

Dies Letztere hält Koch für unrichtig, indem er davon ausgeht, daß nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts dem Gläubiger die Legitimation zum Gebrauche der dem Schuldner zustehenden actio de communi dividundo gebreche, wozu vielmehr richterliche Ermächtigung (Ueberweisung) erfordert werde.

(Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 74. h. t. sub I.)

B. Die Vorschrift des §. 74. ist auch auf gemeinschaftliche universitates juris angewendet worden, namentlich auf Erbschaften und auf eheliche Gütergemeinschaften.

1) In Betreff der Erbschaften hat das Justizmin. in dem R. v. 13. April 1833 (Jahrb. Bd. 41. S. 555, Gräff Bd. 6. S. 24 ff.) ausgesprochen, daß der Gläubiger eines Miterben nicht befugt sei, das zur ungetheilten Erbschaft gehörige Grundstück zum ideellen Antheile des Schuldners an der Erbschaft im Wege der Exekution subhastiren zu lassen.

Dagegen nimmt das R. v. 13. Juni 1836 (Jahrb. Bd. 47. S. 513, Gräff Bd. 6. S. 24) an, daß ein Miterbe seinen idealen Antheil an einem, zur ungetheilten Erbschaft gehörigen Grundstücke, nach bewirkter Besitztitelberichtigung für sämmtliche Erben allerdings verpfänden, folglich auch ein Gläubiger des Miterben seine Forderung ex judicato auf dessen Anrecht eintragen und dann auch sogar das ganze Grundstück aus dem Rechte des Schuldners subhastiren lassen könne.

Dies ist indeß ein Irrthum, welcher in den R. v. 21. Juli und 10. Sept. 1836 (Jahrb. Bd. 48. S. 208 ff., Gräff Bd. 10. S. 26, 27) bezüglich auf die Subhastation des Ganzen zurückgenommen; indem angenommen worden ist, daß der Gläubiger nur den Antheil des Schuldners am Grundstücke zur Subhastation bringen könne.

Das R. v. 21. Juli 1836 bemerkt in dieser Beziehung:

Durch das gegen einen Miteigenthümer eines Grundstücks ergangene Judikat wird nach §. 22. der V. v. 4. März 1834 nur ein Titel zum Pfandrecht auf die dem Schuldner zugehörigen Immobilien und dadurch zugleich das Recht auf Subhastation des diesem gehörigen Antheils erlangt, welcher nach §. 60. A. L. R. I. 17. besonders veräußert werden darf. Dies Recht kann auf die Antheile der übrigen nicht judikatmäßig verurtheilten Miteigenthümer nicht ausgedehnt werden, indem die Vorschrift des §. 2. Nr. 3. der V. über die Subhastationen v. 4. März 1834 zwar dem Miteigenthümer gestattet, auf nothwendige Subhastation des ganzen gemeinschaftlichen Grundstücks anzutragen, diese Befugniß aber auf den Gläubiger des Miteigenthümers nicht ausgedehnt werden kann, der nur sein Pfandrecht zu realisiren berechtigt ist. So wenig der Gläubiger des verurtheilten Miteigenthümers die judikatmäßige Forderung auf die übrigen Antheile des gemeinschaftlichen Grundstücks eintragen lassen kann, eben so wenig kann er die Subhastation der übrigen Antheile verlangen. Dagegen bleibt hiernächst dem Adjudikatar als Miteigenthümer unbenommen, zum Zweck der Auseinandersetzung von dem ihm nach §. 2. Nr. 3. jener V. zustehenden Rechte Gebrauch zu machen.

2) In Betreff der gütergemeinschaftlichen Grundstücke der Eheleute hat das Justizmin. widersprechende Entscheidungen erlassen.

a) Das R. v. 6. Nov. 1835 nimmt an, daß die Subhastation eines solchen Grundstückes aus einem nur gegen den Ehemann ergangenen Erkenntnisse unzuläßig sei.

(Jahrb. Bd. 46. S. 483, Gräff Bd. 8. S. 59.)

b) Das R. v. 10. Sept. 1836 spricht dagegen aus, daß der Gläubiger nur den Antheil des Schuldners am Grundstücke zur Subhastation bringen könne.

(Jahrb. Bd. 48. S. 208, Gräff Bd. 10. S. 26 f. oben.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 378—380.

§§. 75—104. Aufhebung der Gemeinschaften.

§. 75. 1) Die Theilungsklage (actio de communi dividundo) ist auch in dem Falle anwendbar, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte im Besitze des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens verbleibt und über dasselbe von Todeswegen verfügt, und die Erben des erstverstorbenen Ehegatten von den Testamentserben des Anderen die Herausgabe der Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens fordern, weil das Rechtsverhältniß zwischen den Eheleuten in Beziehung auf ihr Vermögen im Falle der Gütergemeinschaft ein gemeinschaftliches Eigenthum begründet, und durch den Tod des einen Ehegatten die Gemeinschaft aufhört. Weder die Pflicht-

[1]) Vergl. ob. die Erg. zu den §§. 69. sqq. h. t.

[2]) In Betreff der Beantwortung der Frage nach gemeinem Rechte vergl. das Erk. des V. Sen. des Ob. Trib. v. 14. März 1854.

(Entsch. Bd. 29. S. 114, Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 246 Nr. 55.)

theilsergänzungsklage, noch die Erbtheilungsklage (actio familiae erciscundae) ist dem Erben des Erstverstorbenen gegen die Erben des Letztverstorbenen zuständig.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 26. Nov. 1838.
(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 7 ff.)

2) Ist ein Grundstück oder ein Schiff Gegenstand der Auseinandersetzung, so erfolgt auf den **Antrag eines Miteigenthümers die nothwendige Subhastation.**
(V. v. 4. März 1834 über die Subhaſt. §. 2. Nr. 3., V. v. 11. Aug. 1843, G. S. S. 323.)

3) Die Aufhebung der Gemeinschaft beim **Bergwerkseigenthume** durch den Verkauf des ganzen Bergwerks ist beim Widerspruche auch nur eines Mitgliedes der Gewerkschaft nach dem G. v. 12. Mai 1851 §. 2.[1]) nicht mehr zulässig.

Dadurch ist das entgegenstehende R. v. 22. Nov. 1836 (Jahrb. Bd. 49. S. 437, Gräff Bd. 10. S. 29) beseitigt.

4) Betr. das **Verfahren** bei Provokationen eines Miteigenthümers auf Subhastation, und insbesondere die Frage: ob es im Falle des Widerspruches der Uebrigen gegen den Antrag eines Miteigenthümers eines Erkenntnisses bedarf?

a) Das **Justizmin.** hat sich hierüber in folgenden R. ausgesprochen:

α) R. v. 30. Juni 1834 und 11. April 1836. Die Subhastation eines gemeinschaftlichen Grundstückes auf den Antrag eines Miteigenthümers ist, sofern kein Fall einer gesetzlichen Ausnahme vorhanden (A. L. R. I. 17. §§. 75., 123.), sofort und ohne daß es zuvor hierüber eines Erkenntnisses bedürfte, zu veranlassen.
(Jahrb. Bd. 43. S. 449, Bd. 47. S. 511, Gräff Bd. 8. S. 36, Bd. 10. S. 28.)

β) Gegen das R. v. 30. Juni 1834 (sub b.) remonstrirte das O. L. G. zu Magdeburg, an welches dasselbe ergangen. Das hierauf ergangene R. v. 15. Aug. 1834 lautet:

In der unterm 30. Juni c. ergangenen Verf. ist ausgesprochen, daß auf den Subhastationsantrag eines Miteigenthümers zuvor die übrigen Miteigenthümer gehört werden müssen. Wenn diese demnächst **einwilligen**, so ist mit der Subhastation nach der V. v. 4. März d. J. zu verfahren. Wenn sie hingegen **widersprechen**, so ist der Extrahent zur Klage gegen sie zu verweisen. In diesem Prozesse muß sodann den Widersprechenden überlassen bleiben, ihren Anspruch auf Naturaltheilung nach §. 87. Tit. 17. Thl. 1. des A. L. R. auszuführen. Daß die Bestimmung dieser gesetzlichen Vorschrift und das den Miteigenthümern hierdurch zustehende Recht durch die Subhastations-Verordnung v. 4. März c. §. 2. Nr. 3. aufgehoben worden sei, ist in dem gedachten R. weder behauptet, noch vorausgesetzt. Vielmehr wird den Widersprechenden auf dem darin vorgezeichneten Wege die Veranlassung, ihre Rechte wahrzunehmen, an die Hand gegeben. Das Kollegium hat daher nach der obgedachten Verf. v. 30. Juni d. J. zu verfahren.
(J. M. Gen. Akt. 5. Nr. 55. Vol. 1. Fol. 126.)

γ) Dieselbe Ansicht wird in dem Berichte des O. L. G. zu **Stettin** und dem darauf ergangenen R. v. 11. März 1836 ausgesprochen. Ersteres führte an:

Es handle sich um die Frage, wie das Urtel des Ob. Trib. v. 24. Dec. 1834 in Erfüllung zu bringen sei. Durch dies Urtel sei die auf den Grund der Erbauseinandersetzung geschehene Veräußerung des von dem Bauer J. H. nachgelassenen Bauerhofes zu H. an den G. H. in Bezug auf dessen Schwester, die verehel. W., für ungültig und der Erstere für schuldig erachtet, den Hof, als zur väterlichen Verlassenschaft gehörig, Behufs einer anderweitigen Erbtheilung zwischen ihm und der verehel. W. herauszugeben. Die Letztere sei also **Miteigenthümerin** des gedachten Hofes. Das Miteigenthum solle durch eine Erbtheilung aufgelöst werden. Dabei sei nun **die** Frage entstanden, wie der Werth des zu theilenden Grundstücks zu ermitteln, indem von einer **Naturaltheilung nicht** die Rede sein könne. Der G. H. halte dafür, daß dieser Werth durch eine Taxe zu ermitteln sei. Die verehel. W. wolle ihn durch nothwendige Subhastation festgestellt wissen. Der Erstere gehe von **dem** Gesichtspunkte aus, es komme nur darauf an, das bei der Auseinandersetzung im Jahre 1820 darunter vorgefallene Versehen, daß ihm der Hof ohne Taxe überlassen worden, zu redressiren. Sei dies durch eine Taxe geschehen, so müßte die verehel. W. noch als eine **Minorenne** betrachtet werden, weil das jetzt abzuhelfende Versehen während ihrer Minderjährigkeit vorgekommen, und dann müßte sie, wie früher ihr Vormund, gemäß §. 578. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R., der vorhandenen Vereinigung der übrigen Miterben in die Ueberlassung des Grundstückes beitreten. Es bedürfe aber keiner Ausführung, daß die Vorschrift des §. 578. nur eine Regel für den Vormund und das vormundschaftliche Gericht enthalte, dem dritten Interessenten jedoch kein Recht gebe, gegen den Vormund und das Gericht den Beitritt zu der getroffenen Vereinigung zu verlangen. Ohnedies sei hier nicht mehr von einer Minderjährigen und daher auch nicht von Anwendung der Vorschriften des 18. Tit. Thl. II. des A. L. R. die Rede. — Gehe man, wie nach der Lage der Sache geschehen müsse, von dem Gesichtspunkte aus, daß die verehel. W. **Miteigenthümerin** des qu. Hofes und **großjährig** sei, so müsse man ihr auch nach den §§. 89. und 90. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R. das Recht zugestehen, auf den öffentlichen Verkauf des Hofes anzutragen. Ein **kontradiktorisches Verfahren** über die Frage, auf welchem Wege die Werthsermittelung des Hofes erfolgen solle, sei unstatthaft, weil im §. 2. Nr. 3. der V. v. 4. März 1834 ausdrücklich vorgeschrieben sei, daß die nothwendige Subhastation mit ihren Wirkungen auch außer dem Falle der Exekution eintrete, wenn ein Miteigenthümer auf dieselbe zum Zwecke der Auseinandersetzung antrage, ein Fall, der hier vorhanden sei.

Mittelst R. v. 11. März 1836 wurde hierauf folgender Bescheid ertheilt:

Auf Ihre Beschwerde v. 10. v. M. wird Ihnen Abschrift des von dem K. O. L. G. zu Stettin erforderten Berichts v. 25. v. M. mit dem Eröffnen mitgetheilt, daß der Justizmin. die Ansicht dieser Behörde für gesetzmäßig hält, demgemäß aber der Antrag der W.'schen Eheleute auf öffentlichen Verkauf des vom Bauer J. H. nachgelassenen Bauerhofes zu H. nach §§. 89. und 90. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R., und zwar zufolge des §. 2. Nr. 3. der V. v. 4. März 1834, im Wege der nothwendigen Subhastation **begründet** ist, und die Subhastation auch eingeleitet werden muß, wenn Sie nicht nach §. 75. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R. mit Grund zu behaupten vermögen, daß ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Verordnungen eines Dritten entgegenstehen. Wenn Sie indeß solche Einwendungen aufzustellen im Stande sind, so werden dieselben zur Entscheidung im Wege Rechtens verwiesen werden.
(Löwenberg a. a. O. S. 17.)

δ) R. v. 31. Jan. 1839. Der Widerspruch muß durch Erkenntniß beseitigt werden, wenn die Einwendungen von der Art sind, daß dadurch der öffentliche Verkauf für immer oder zur Zeit ausgeschlossen würde. Dies ist nicht der Fall bei Geldansprüchen, die bei der Vertheilung der Kaufgelder entschieden werden können, oder wenn beide Theile gegeneinander haben Protestation eintragen lassen.
(J. M. Bl. 1839 S. 65.)

ε) R. v. 30. Mai 1840. Die Verweisung des Widerspruchs eines Miteigenthümers zum Prozesse ist nur zulässig, wo Einwendungen, welche in den Bestimmungen des §. 75. A. L. R. I. 17. begründet sind, beigebracht werden, weil sonst durch jeden Widerspruch eines Miteigenthümers der Antrag auf Einleitung der nothwendigen Subhastation vereitelt werden könnte, bis darüber rechtskräftig entschieden, wodurch §. 2. Nr. 3. der V. v. 4. März 1834 wirkungslos gemacht, und der Absicht desselben entgegengehandelt würde.
(J. M. Bl. 1840 S. 196.)

ζ) Streitigkeiten über das Miteigenthum des Extrahenten einer Behufs Auseinandersetzung eingeleiteten Subhastation müssen in der Regel vor Abfassung des Zuschlagsbescheides im kontradiktorischen Verfahren zum Austrage gebracht werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 82 Nr. 15.)

η) **Koch** spricht sich dahin aus:

Der Antrag setzt ein unbestrittenes Miteigenthum voraus. Dieses und die Theilhaber müssen in dem Gesuche nachgewiesen werden. Daß der Besitztitel im Hypothekenbuche eingetragen sei, ist nicht nothwendig; es muß aber ein Titel in authentischer Form vorgelegt werden. Erben müssen das Erbeslegitimations-Attest beibringen. Das Gesuch wird den Miteigenthümern, gegen welche der Antrag geht, mitgetheilt und die Einleitungs-Verfügung erlassen. Widerspruch kann nur aus einem der im §. 75. bezeichneten drei Gründe erhoben werden, sonst wird darauf nicht Rücksicht genommen. Ist aber der Widerspruch gehörig substantiirt, so wird unter Suspendirung des Subhastations-Verfahrens ein Termin zur mündlichen Verhandlung und Entscheidung der Sache in der öffentlichen Audienz angesetzt. Findet der Richter den Widerspruch begründet und ausgewiesen, so erkennt er auf Aufhebung, im entgegengesetzten Falle auf Fortsetzung der Subhastation, nach Analogie der Vorschrift des §. 40. Tit. 24. der Proz. O. (Landr. Bd. 2. Anm. 47. zum §. 75. h. t.)

5) Ueber die Nichtberechtigung eines Hauseigenthümers, wider den Willen des anderen auf Naturaltheilung des gemeinschaftlichen, zwischen den beiderseitigen Häusern belegenen Zwischenraumes, oder dessen öffentlichen Verkauf Behufs Aufhebung der Gemeinschaft anzutragen, vergl.

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zum A. L. R. II. 16. §. 269.

das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Nov. 1856 in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §. 120. Zus. 2.

§. 76. 1) Durch die Unverjährbarkeit des Rechts, auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums anzutragen, wird die Verjährung des Anspruchs eines Miterben gegen den anderen auf Herausgabe eines Theils der Erbschaft für sich allein noch nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Jan. 1852. (Präj. Nr. 2333.)

Aus der Fassung der §§. 76., 77. h. t. im Verhältniß zu §. 75. geht schon klar hervor, daß hierbei ein noch bestehendes Miteigenthum als feststehend vorausgesetzt worden ist, da hier, wie in dem ganzen Titel, von einem bestehenden Miteigenthum die Rede ist. Unter dieser Voraussetzung soll der Miteigenthümer das Recht, auf Theilung anzutragen, selbst dann nicht durch Verjährung verlieren können, wenn auch von einem Theilnehmer der Theilung vor noch so langer Zeit widersprochen wäre. Er soll also durch keine Verjährung gezwungen werden können, in der bestehenden Gemeinschaft zu bleiben. Durch diese Ausschließung der Verjährung der Theilungsklagen, als solcher, ist über die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit der Verjährung des Anspruchs selbst, woraus der Antrag auf Theilung hergeleitet wird, nichts bestimmt worden. Es ist vielmehr, wenn Streit darüber obwaltet, ob das gemeinschaftliche Eigenthum bestanden habe oder noch bestehe, diese Vorfrage überhaupt und insbesondere auch die Frage: ob der Anspruch aus dem früher bestandenen Theilnahmerecht durch Verjährung beseitigt worden sei, vorab nach den allgemeinen Gesetzen zu entscheiden, und erst, wenn das Theilnahmerecht als noch bestehend festgestellt worden, kann von dem Recht auf Theilung und somit auch erst dann von einer Anwendung des §. 76. a. a. O. die Rede sein. — Eben so nach dem gemeinen Recht. Das A. L. R. enthält keine Bestimmung, nach welcher, außer der im §. 76. h. t. angeordneten Unverjährbarkeit des Rechts, auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums anzutragen, auch die Verjährung in Betreff der Erbschaftsklage, oder hinsichts des Rechts, von dem Besitzer der Erbschaft oder eines Theils derselben die Herausgabe ganz oder zum Theil zu verlangen, ausgeschlossen wäre.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 32, Entsch. Bd. 22. S. 32, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 230 Nr. 50.)

2) Wenngleich das Recht, auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums anzutragen, nicht durch Verjährung verloren gehen kann, so unterliegt doch das Recht, gegen den Besitzer auf Legung eines Inventars zu klagen, der gewöhnlichen Verjährung durch Nichtgebrauch.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Juni 1849.

Das Recht, auf Theilung anzutragen, ist ein wesentlicher Bestandtheil des Miteigenthumsrechts und muß der Natur der Sache nach so lange dauern, als das Miteigenthum besteht. Das Recht der Miteigenthümer eines Inbegriffs von Sachen, und insbesondere das Recht mehrerer Miterben, von dem Besitzer der Erbschaft die Legung eines Inventariums zu fordern, ist ein Ausfluß des zwischen ihm und dem Besitzer durch den zufälligen Umstand, daß Letzterer in dem ausschließlichen Besitze der Erbschaft sich befunden hatte, entstandenen Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der im Besitze der Erbschaft befindliche Miterbe zugleich Verwalter fremden Eigenthums wurde, und als solcher seinem Miterben Rechenschaft über die Gegenstände seiner Verwaltung abzulegen verpflichtet ist. Diese persönliche Verpflichtung steht mit der Dauer des Miterbrechts oder des Miteigenthums in keinem wesentlichen Zusammenhange, vielmehr kann derselben genügt sein, ohne daß zugleich das Miteigenthum seine Endschaft erreicht hatte. Aus der Fortdauer des letzteren kann daher in einer Art auf das gleichzeitige Fortbestehen jener persönlichen Verpflichtung geschlossen werden. Sie hört auf, sobald derselben genügt worden. Macht daher der Berechtigte erst nach Ablauf des zur Verjährung erforderlichen Zeitraums sein ihm zugestandenes Recht, den Besitzer zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten, gerichtlich geltend, so tritt auch nach §. 568. A. L. R. I. 9. zum Besten des Verpflichteten die Vermuthung ein, daß seine Verpflichtung in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden, die nur auf die §. 569. a. a. O. festgesetzte Art erledigt werden kann. (Ulrich's Arch. Bd 14. S. 266.)

3) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1845 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 494., 512—514., 541., 593.

(s. oben S. 252—253.)

§. 80. Die Gesetzrevisoren bemerken:

Im §. 80. h. t. ist von der Aufhebung einer Gemeinschaft bei entgegenstehender Verordnung eines Dritten nur in sofern die Rede, als ein gültiger Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung oder wegen veränderter Umstände würde aufgehoben werden können. Dabei hat der Verfasser des Gesetzes offenbar die §§. 118—122. h. t. im Auge gehabt, da allerdings zu jener Zeit die Fideikommißstiftungen als solche Verordnungen des Erblassers anzusehen waren, welche auch durch eine Vereinigung der Erben nicht aufgehoben werden konnten. Nachdem indeß der §. 9. des Ed. v. 9. Okt. 1807 die Aufhebungen solcher Stiftungen durch einen Familienschluß gestattet, muß der §. 80. auch auf die wechselseitige Einwilligung erstreckt werden. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 12.)

§§. 87—90. Bei einem gemeinschaftlich besessenen Bauergute kann der Miteigenthümer nicht auf Naturaltheilung dringen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1847.

Nach §. 87. h. t. muß zwar, was seiner Natur nach theilbar ist und durch die Theilung seinen Werth nicht verliert, beim Mangel sonstiger Theilung, in Natur getheilt werden, und es soll nach §. 88. das Loos entscheiden, wenn sich die Interessenten wegen des Zuschlages der einzelnen Theile nicht einigen können. Ein Bauergut kann aber wegen der darauf befindlichen Gebäude und damit verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen im Sinne des §. 87. a. a. O. nicht für eine ihrer Natur nach theilbare Sache erachtet werden, die Theilung desselben vielmehr nur durch Werthsberechnung und durch Ausgleichung zwischen den theilbaren und untheilbaren Bestandtheilen realisirt werden. Aber auch bei möglicher Naturaltheilung ist nach §. 89. der Antrag auf Subhastation gerechtfertigt, wenn die Interessenten über Würdigung oder Legung der Theile nicht zu vereinigen sind, und eben dasselbe tritt nach §. 90. bei untheilbaren Sachen ein. Zufolge §. 2. Nr. 3. der V. über den Subhastationsprozeß v. 4. März 1834 muß überdies, wenn Miteigenthümer von Grundstücken sich nicht über die freiwillige Subhastation vereinigten, der Verkauf im Wege der nothwendigen Subhastation erfolgen.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 108 Nr. 51.)

§. 89. Der Antrag auf öffentlichen Verkauf findet nicht statt, Behufs Ermittelung des Pflichttheils, in Ansehung eines zum Nachlasse des Testators gehörigen, von Letzterem einem der Erben im Testamente überwiesenen Grundstücks, sondern ein solches Grundstück muß nach einer Taxe in Anrechnung gebracht werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Jan. 1852.

(Entsch. Bd. 22. S. 243, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 281 Nr. 61.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 2. §§. 432—436.

§§. 89. 90. 1) Im Lande Siegen ist der Eigenthümer eines Hütten- oder Hammerbetriebsantheils nicht befugt, zum Zweck der Theilung auf Grund der §§. 89., 90. h. t. den Verkauf des betreffenden »ganzen« Hütten- oder Hammerwerkes zu beantragen; unter den Eigenthümern der verschiedenen Hütten- oder Hammerbetriebsantheile findet kein gemeinschaftliches theilbares Eigenthum statt; dagegen ist der Separatverkauf jedes einzelnen Antheiles zuläßig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1839. (Präj. Nr. 762.) (Präj. Samml. S. 98.)

2) Ueber die Nichtbefugniß des hinterbliebenen Märkischen Ehegatten, der von seinem Rechte, die statutarische Erbportion zu verlangen, gegen Testamentserben des verstorbenen Ehegatten Gebrauch macht, die Subhastation eines zum Nachlasse gehörigen, von dem Testator einem der Erben überwiesenen Grundstückes zu verlangen, vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Sept. 1848 (Präj. Nr. 2047.) in den Erg. zum A. L. R. II. 1. §§. 497—498.

§§. 91—93. 1) Die Vorschriften der §§. 91—93. sind durch die V. v. 4. März 1834 über den Subhastationsprozeß rc. für den Fall aufgehoben, wenn in Gemäßheit des §. 2. Nr. 3. dieser V. der Verkauf eines mehreren Personen gemeinschaftlich zugehörigen Grundstückes, auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zwecke der Auseinandersetzung, im Wege der nothwendigen Subhastation erfolgt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1841. (Präj. Nr. 1022.) (Präj. Samml. S. 390.)

2) R. v. 23. Jan. 1802. Der §. 93. enthält nur eine Anweisung für den erkennenden Richter und ein Vormundschaftskollegium, wenn es nach §. 566. A. L. R. II. 18. konkurrirt, ist an diese Vorschrift nicht gebunden.

Die Vorschrift des A. L. R. I. 17. §. 93. enthält nur eine Norm für den Richter, wonach bei entstehendem Streit zu entscheiden ist, in wiefern ein auf Inst. eines Mitbesitzers subhastirtes gemeinschaftl. Grundstück für ein geschehenes Gebot zugeschlagen werden müsse. Das vormundschaftl. Kollegium, welches als Stellvertreter der Pflegebefohlenen als Partei betrachtet werden muß, ist an die hier festgesetzten Regeln nicht gebunden, und es kann daher von demselben die Einwilligung in den Zuschlag auch für ein die Taxe nicht erreichendes Gebot unbedenklich ertheilt werden, wenn der Vormund das Gebot annehmlich findet, und die Umstände überzeugend ergeben, daß bei einer Fortsetzung der Subhastation ein Mehreres nicht herauskommen werde.

(Stengel Bd. 15. S. 282, Rabe Bd. 7. S. 20.)

3) R. v. 5. Sept. 1812. Die §§. 91—93., 95., 96. finden, abgesehen von den Bestimmungen des R. v. 23. Jan. 1802[1]), auch gegen Minorenne Anwendung, wenn diese als Miteigenthümer konkurriren. (Jahrb. Bd. 1. S. 251, Gräff Bd. 1. S. 281, 282.)

§. 103. Dieser §. spricht zwar nur von dem Eigenthum und der Gefahr in Ansehung des Ganzen, dasselbe muß indeß auch von einzelnen Antheilen gelten, die dem Uebernehmer noch nicht gehören. Es hat durch den §. 103. nur angedeutet werden sollen der Gegensatz von demjenigen Antheile, zu welchem der Mitberechtigte schon vor der Theilung Eigenthümer war. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 14.)

§§. 105—110. Wirkungen der Theilung in Absicht auf einen Dritten.

§. 106. 1) Die Theilung der dienenden Sache theilt die Servitut nicht. Es kann der Servitutberechtigte, auch wenn die dienende Sache in Natur getheilt worden, an jeden Theil für das Ganze sich halten, im Fall nicht durch die Beschaffenheit der Servitut, mit Rücksicht auf das Objekt, ein besonderer Theil der Sache als eigentlich dienend sich darstellt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. März 1853 (Präj. Nr. 2439.) auf Grund der von dem dies annehmenden gemeinen Rechte nicht abweichenden landrechtlichen Grundsätze, insbesondere des §. 106. h. t.
(Präj.-Samml. Bd. 2. S. 32, Entsch. Bd. 25. S. 135.)

2) Aus der Untheilbarkeit der Servituten folgt indeß nicht, daß das Recht auf deren Ausübung nicht ein ideelles Miteigenthum sein kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 276 Nr. 52.)

§. 107. Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 107.:

Dieser §. verordnet in Betreff der Theilung persönl. Forderungen an die Gemeinschaft ein anderes, als bei denjenigen Ansprüchen Rechtens ist, die aus einem gemeinschaftl. Vertrage der Miteigenthümer herrühren (§§. 52. sqq. d. Tit.), oder von dem gemeinschaftl. Erblasser sich herschreiben (§§. 131. sqq. d. Tit.). Man muß deswegen an einen von diesen beiden verschiedenen Fall denken, wie wenn z. B. der Anspruch des Dritten auf einer nützlichen Verwendung beruht; keineswegs aber ist man genöthiget, wie Grävell (Kredit-G. Bd. 3. S. 192) gethan hat, eine subsidiarische Haftbarkeit des einen Theilnehmers für den andern zu statuiren. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 14.)

§§. 111—114. In wiefern Theilungen angefochten werden können.

§§. 111—113. 1) R. v. 1. Febr. 1833. Erbtheilungsverträge, als bloße actus voluntariae jurisdictionis, brauchen nicht vor dem ordentl. persönl. Richter errichtet zu werden, sondern können vielmehr nach Wahl der Kontrahenten sogar außergerichtl. abgeschlossen werden. Nur ein gerichtlich zu entscheidender Streit über die Theilung gehört vor das Erbschaftsforum.
(Jahrb. Bd. 41. S. 215, Gräff Bd. 6. S. 148.)

2) Merkel gedenkt zum §. 111. h. t. eines R. v. 23. Febr. 1795 des Inhalts, daß gerichtliche Theilungen nicht die Kraft eines Judikats haben sollen. Es findet sich in keiner Sammlung, ist aber in Grävell's Komm. zu den Kreditges. Bd. 3. S. 47 der Beilagen abgedruckt. Der §. 111. wird in demselben aus den §§. 56., 59. A. L. R. II. 17. dahin erläutert, daß nur dem von dem ordentl. persönl. Richter angelegten Theilungsrezesse die Wirkung eines Judikats beizulegen. Dieses an die Oberamtsreg. zu Breslau ergangene R. setzt die noch nicht publizirten Thl. II., III. der A. G. O. voraus; es sagt am Schlusse:

— — Hiernach habt Ihr Euch zu achten, und werdet Ihr diese Materie in dem nächsten zu publizirenden zweiten Theile der A. G. O. noch näher bestimmt finden.

3) Die Bestimmung des §. 111., nach welcher die Wirksamkeit einer mit Zuziehung eines Richters angelegten Theilung nach den Regeln der rechtskräftigen Erkenntnisse zu beurtheilen ist, bezieht sich nur auf die im Wege des Prozesses zu Stande gekommenen Theilungen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. März 1849 und 12. Mai 1851. Der §. 111. habe die Fälle der A. G. O. I. 46. vor Augen[1]). (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 207 Nr. 45.)

4) Eine im Wege der Provokation eines Miterben auf gerichtliche Erbesauseinandersetzung in Gemäßheit der Vorschriften des Tit. 46. Thl. I. der A. G. O. vor dem Erbschaftsrichter zu Stande gekommene Erbtheilung ist unter allen Umständen als eine mit Zuziehung des Richters im Sinne des §. 111. h. t. angelegte, und demgemäß nach §. 112. nur in eben der Art wie ein rechtskräftiges Erkenntniß anfechtbare, folglich auch dann anzusehen, wenn sämmtliche Punkte derselben, einschließlich der Erbquoten, durch Einverständniß oder gütliche Uebereinkunft der Interessenten regulirt worden sind.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1853. (Präj. Nr. 2491.)

Die §§. 111. u. 112. stellen die Privattheilungen den mit Zuziehung des Richters geschlossenen entgegen, und bestimmen, daß letztere nur so weit wie rechtskräftige Erkenntnisse sollen angefochten werden können, d. h. also, nur aus den, im Tit. 16. Thl. I. der A. G. O. angeführten Nullitäts- und resp. Restitutions-Gründen, folglich nicht wegen eines Irrthums, in welchem ein Interessent etwa sich befunden zu haben behauptet. Es ist eine irrige Annahme, daß unter einer mit Zuziehung des Richters angelegten Theilung nur eine solche zu verstehen, bei welcher eine eigentlich richterliche auf Entscheidung von Streitigkeiten gerichtete Thätigkeit vorangegangen, und die Theilung durch ein Erkenntniß regulirt worden. Der §. 8. A. G. O. I. 46. stellt jedem Erbinteressenten frei, den gerichtlichen Antrag auf die Erbsonderung nachzusuchen, und es ist gleichgültig, ob er dies thut, weil vorher schon Streitigkeiten unter den Interessenten sich hervorgethan haben, oder ob er zur Vermeidung etwa befürchteter Streitigkeiten den im Gesetze vorgeschriebenen Weg der gerichtlichen Erbauseinandersetzung wählt. Hat er diesen eingeschlagen, so kommt nichts darauf an, ob bei dem Verfahren darüber sämmtliche Punkte der Theilung in der Güte unter den Interessenten regulirt worden, oder ob über einzelne Punkte eine förmliche richterliche Entscheidung nöthig wird. Im Gegentheile wird in den §§. 14., 15., 21. a. a. O. dem Richter der Versuch der Sühne zur Pflicht gemacht, und wenn ohne vorgängige richterliche Entscheidung ein Erbrezeß in diesem Verfahren zu Stande kommt, so ist dies ebensowohl ein gerichtlicher Erbrezeß im Sinne des §. 111. h. t., als wenn vorher einzelne Punkte rechtskräftig entschieden und demnächst erst nach §. 25. A. G. O. I. 46. der definitive Erbauseinandersetzungs-Rezeß entworfen worden ist. Das Präj. des Ob. Trib. v. 15. März 1849[2]) steht dem nicht entgegen. Dort war nur die Frage davon, ob ein vor der Vormundschafts-Behörde geschlossener Auseinandersetzungs-Rezeß zu den mit Zuziehung des Richters angelegten, im Sinne des §. 111. zu rechnen sei. Dies ward verneint und ausgeführt, daß wenn der §. 111. von der Zuziehung des Richters spricht, dabei nur an den Fall gedacht worden, wenn auf die gerichtliche Auseinandersetzung wegen eines darüber entstandenen Streits provocirt worden (A. G. O. I. 46.), wenn also die eigentlich richterliche Thätigkeit wirksam geworden ist. — Es ist also hier gleichfalls angenommen, daß ein im Wege des Auseinandersetzungs-Verfahrens in Gemäßheit der Vorschriften der A. G. O. I. 46. zu Stande gekommener Erbrezeß als ein gerichtlicher im Sinne des §. 111. h. t. anzusehen sei, und wenn dabei eines vorangegangenen Streits erwähnt worden, so ist dies nur deshalb geschehen, weil dies die gewöhnlichste Veranlassung zur Provokation auf ein solches Verfahren ist, keineswegs aber ist behauptet, daß ein in diesem Verfahren ohne vorgängiges richterliches Erkenntniß zu Stande gekommener Erbrezeß nicht zu den mit Zuziehung des Richters angelegten gerechnet werden könne. Der im Bd. 3. S. 207 des Arch. der Rechtsfälle, in welchem das ebengedachte Erkenntniß abgedruckt ist, ausgeworfene Rechtssatz ist daher nicht ganz richtig, wenigstens in sofern ungenau gefaßt, als dort gesagt ist, daß unter einer mit Zuziehung des Richters angelegten Theilung, eine im Wege des Prozesses erfolgte zu verstehen sei, während hätte gesagt werden sollen, eine nach Vorschrift der Prozeß-Ordnung (Tit. 46.) angelegte. Ueberhaupt ist noch nie in Zweifel gezogen, daß eine nach den Vorschriften der A. G. O. I. 46. zu Stande gebrachte Erbtheilung als eine gerichtliche im Sinne des §. 111. h. t. angesehen werden müsse, vielmehr ist nur darüber gestritten worden, ob nicht überhaupt jede gerichtlich aufgenommene Erbtheilung dahin zu rechnen sei? Es wird indeß behauptet, daß jedenfalls die §§. 111., 112. h. t. nur auf die eigentliche Erbtheilung, die Anweisung der pars quanta, wovon auch nur die §§. 8. ff. A. G. O. I. 46. handelten, bezogen werden könne, nicht aber auf Einigung über das Erbrecht selbst und die jedem Interessenten zustehende Quote, welche Punkte vor der eigentlichen Erbtheilung festgestellt sein müßten und in Beziehung auf welche daher die allgemeinen Grundsätze von dem Einflusse eines

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

[1]) Vergl. hierzu das Präj. Nr. 2491. v. 12. Dec. 1853 (s. Zus. 4. ad h. l.).

[2]) Vergl. ob. Zus. 3. ad h. l.

wesentlichen Irrthums Platz greifen müßten. Allein wenn eine mit Zuziehung des Richters geschlossene Erbtheilung vorliegt, so kann auch eine Unrichtigkeit der Voraussetzungen, auf welchen letztere beruht, immer nur, Behufs der Anfechtung dieser Theilung, auf die Weise geltend gemacht werden, wie ein rechtskräftiges Erkenntniß nach den Vorschriften der A. G. O. angefochten werden kann. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 32, Entsch. Bd. 26. S. 301.)

5) Ein von dem Vormundschaftsrichter aufgenommener und bestätigter Erbtheilungsrezeß ist nicht nach den Regeln von rechtskräftigen Erkenntnissen, sondern nach den Regeln von Vergleichen zu beurtheilen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Jan. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 76 Nr. 18.)

6) Die Vorschriften der §§. 111., 112. finden keine Anwendung, wenn nicht die eigentliche Disposition des Theilungsvertrages angefochten, sondern nur die rechtl. Folgerungen in Anspruch genommen werden, welche aus dem Inhalt oder der rechtl. Nichtvollziehbarkeit einzelner Dispositionen sich ergeben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 268 Nr. 124.)

7) Hat eine gerichtlich erfolgte Theilung in jeder Hinsicht die Kraft und Gültigkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses?

Insbesondere entsteht die Frage: a) ob die Ungültigkeit einer solchen Theilung excipiendo geltend gemacht werden darf, oder von den betheiligten Interessenten die Nullitätsklage angestellt, bis zur wirklichen Annullirung aber dem Theilungsrezesse nachgegangen werden muß? Desgl. b) ob die Nachsuchung der Exekution und, wenn die Frist dazu verstrichen ist, innerhalb fünf Jahren die Anstellung des Mandats- (früher Exekutiv-) Prozesses aus einem solchen Rezesse zuläßig ist?

a) Grävell ist der Meinung, daß aus einem gerichtlichen Theilungsrezesse in processu executivo geklagt werden könne, da gerichtliche Theilungen eine richterliche Kognition voraussetzten und deshalb denselben Erfolg haben müßten, wie gerichtliche Vergleiche, durch die ein Rechtsstreit beendigt wird.

(Komm. zu den Kreditges. Bd. 3. S. 193.)

b) Bornemann bemerkt dagegen:

Auf die obigen Fragen, welche genau mit einander zusammenhängen, findet man in den Materialien keine Antwort, indem in der rev. mon. bloß bemerkt wird, daß der §. 75. (§. 111. h. t.) von allen gerichtlichen, wenngleich nicht per processum regulirten Theilungen zu verstehen sei. Die Gründe Grävell's würden, wenn sie überhaupt passend wären, auch für die Zuläßigkeit der Exekution aus gerichtlichen Theilungen sprechen; es könne indeß das, was von gerichtlichen Vergleichen gilt, auf Theilungen, welche mit Zuziehung des Richters angelegt worden, nicht ausgedehnt werden. Denn aus gerichtlichen Vergleichen kann nur dann, wenn dadurch eine rechtshängige Sache beendigt wird, die Exekution nachgesucht und der Exekutiv-, jetzt Mandats-Prozeß, angestellt werden. Hier ist aber von Theilungen die Rede, welche ohne vorgängigen Streit mit Zuziehung des Richters angelegt worden sind. Dergleichen Theilungen können nur als Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrachtet werden und daher keine mehreren Wirkungen als andere gerichtlich aufgenommene Verträge nach sich ziehen. Daher kann aus einem Theilungsrezesse, in sofern derselbe nicht als ein Vergleich über rechtshängige Gegenstände anzusehen ist, die Exekution und der Mandatsprozeß nicht nachgesucht, und die Nullität eines solchen Rezesses, wenn daraus auf Erfüllung geklagt wird, auch excipiendo geltend gemacht werden.

(System Bd. 4. S. 33, 2. Ausg. Bd. 4. S. 21—22.)

c) Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß ein Theilungsrezeß, den der Richter wie eine andere Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommen hat, keine andere Folge hervorbringen könne, als jeder andere gerichtlich abgeschlossene Vertrag; auch ergebe der ganze Zusammenhang in den Materialien zum A. L. R., daß man an keine andere, als die im §. 112. ausgesprochene Wirkung gedacht habe. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 16.)

d) Die Motive zum neuen bürgerl. Gesetzb. führen gleichfalls aus:

Es hat bei diesen §§. nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, aus einem gerichtl. Theilungsrezesse wie aus rechtskräftigen Erk. die Exekution zu gestatten; denn bei den Worten des §. 111.: »mit Zuziehung des Richters« muß man nothwendig an eine andere Mitwirkung desselben denken, als diejenige ist, welche bei Aufnahme von Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit eintritt; dazu kommt, daß §. 56. A. L. R. II. 17., welcher Erbsonderungen an den persönl. Richter weist, nach richtiger Auslegung nur auf die Legitimation der Erben zu beziehen ist, so daß im Uebrigen auch eine Erbtheilung ganz als Handlung freiwilliger Gerichtsbarkeit zu betrachten. Auch ist zu bemerken, daß nach der V. v. 4. März 1834 die Exekution nur aus Vergleichen über rechtshängige Gegenstände zuläßig ist. (Motive Bd. 2. S. 131.)

e) Koch nimmt ebenfalls an, daß hier von den Wirkungen nicht die Rede sei, sondern nur von der Kraft und Gültigkeit oder Anfechtbarkeit. (Landr. Bd. 2. Anm. 71. zum §. 112. h. t.)

Vergl. Koch's Recht der Forder. Bd. 3. S. 558.

§§. 111—114. Ueber die Erfordernisse der Begründung eines Antrages auf anderweitige Erbtheilung nach vorangegangener Erbauseinandersetzung vergl. das Erk. des Appell. Ger. zu Hamm v. 23. Febr. 1850. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 483 ff.)

Zweiter Abschnitt.
Vom gemeinschaftlichen Eigenthume der Miterben.

Köchling, über das Eigenthumsrecht der Miterben. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 84—98.)

Dane, über das Recht der Miterben an den in der Erbschaft begriffenen Sachen und Rechten vor der Erbschaftstheilung. (a. a. O. S. 432—452.)

F. M. T. Clemens, das gerichtl. Verfahren in Nachlaß-Angelegenheiten und die Rechtsverhältnisse des erbschaftl. Miteigenthums nach Preuß. Gesetzen. Berlin 1839. 8. (Rec. von Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 307.)

I. Verhältniß des Abschn. I. zum Abschn. II. d. T.

In dem ersten Abschn., welcher den Gemeinschaften überhaupt gewidmet ist, und die allgemeinen Bestimmungen enthält für die communio incidens sowohl, als non incidens, ist häufig die Rede von einer auf Verordnung eines Dritten beruhenden Gemeinschaft, so in den §§. 7., 9., 60., 63., 64., 80., 99., 100., 107. Die Gemeinschaft, worin mehrere Miterben stehen, kann eine solche sein, quae incidit, wie bei der Intestaterbfolge immer der Fall ist, oder auch nicht, wie wenn z. B. der Erblasser in dieser Beziehung etwas Besonderes verordnet hat. Der erste Abschn. hat, wie die §§. 7. u. 9. unzweifelhaft ergeben, nur an die auf einer besondern Verordnung des Stifters beruhenden Gemeinschaften gedacht, in sofern er für das Verhältniß der Miterben etwas Besonderes verordnet. Solche eigenthümliche Bestimmungen sind vorhanden in Rücksicht der Befugniß, einzelne Antheile zu veräußern (§§. 63—66.), und es liegt am Tage, daß diese auf das Verhältniß mehrerer Miterben als solcher nicht Anwendung finden, wenn keine sich hierauf beziehende besondere Verordnung des Erblassers vorhanden ist.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 17.)

II. Finden die in diesem Abschnitte enthaltenen Grundsätze auch bei Vertragserben Anwendung?

Bielitz nimmt an, daß die Verhältnisse der Vertragserben unter sich nach dem ersten Abschn. d. T. zu beurtheilen sind, daß dagegen die Vertragserben zu den Erbschaftsgläubigern in eben dem Verhältnisse stehen wie andere Miterben. (Komm. Bd. 3. S. 730.)

Die Gesetzrevisoren dagegen bejahen die Frage, da Abschn. 2. von dem gemeinschaftlichen Eigenthume der Miterben, ohne Ausnahme einiger Arten derselben handelt, auch der §. 116. von den rechtsbeständigen Willenserklärungen spricht, welche das Anrecht eines jeden Miterben bestimmen, zu diesem aber nicht nur Testamente, sondern auch Erbverträge gehören, endlich der dritte Abschn. der Vertragserben nicht erwähnt und mit Recht, da der Gesellschaftsvertrag vom Erbvertrag sehr verschieden. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 224.)

Bornemann bejahet gleichfalls, den Gründen der Gesetzrevisoren beistimmend. (System Bd. 6. S. 507, 2. Ausg. Bd. 6. S. 328.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 116. h. t.)

§. 115. Ueber die Unverjährbarkeit der Theilungsklage vergl. die Erg. zum §. 76. h. t. und das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Okt. 1845 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 494., 512—514., 541., 593. (s. oben S. 252—253.)

§. 116. Ueber die Frage: ob bei der Intestatsukcession in Betreff der Immobilien die statuta personalia oder die statuta realia entscheiden? Vergl. die Erg. zum §. 32. der Einl. zum A. L. R. Zus. 4.

§§. 117—136. Von Erbschaftstheilungen.

§§. 117—122. Wer darauf antragen könne.

§. 117. 1) Pflichttheilserben, welchen eine bestimmte Summe oder eine einzelne Sache vermacht ist, sind nicht Miteigenthümer des ganzen Inbegriffs und können mithin auch nicht auf Theilung antragen, noch der Berichtigung des Besitztitels von den Erbschaftsgrundstücken für die übrigen Erben widersprechen. Sie stehen zu diesen in dem Verhältnisse eines Gläubigers.

Diese bereits in dem R. v. 18. April 1797 (vergl. Anh. zur Instr. für die Gerichte im Herzogthume Sachsen, wegen Bearbeitung des Hypothekenwesens §. 29.) angenommene Meinung hat der Justizmin. wiederholt ausgesprochen in den R. v. 8. Jan. und 26. Febr. 1836, welche zugleich bemerken:

Dem Pflichttheils-Erben kann nur überlassen werden, sich bis zum Auswege der Sache, durch die im A. L. R. I. 12. §§. 246., 247. vorgeschriebenen Mittel und in Ansehung der Immobilien durch Protestations-Eintragung nach Höhe der in Anspruch genommenen Geldsumme vorzusehen. Der Richter dagegen hat kein Recht, zur Sicherstellung eines solchen Pflichttheils-Erben Eintragungen von Amtswegen vorzunehmen. Der §. 117. A. L. R. I. 17. steht dieser Ansicht nicht entgegen, da er nur demjenigen Erben das Miteigenthum am ganzen Nachlaß beilegt, dessen Antheil nicht an sich, sondern im Verhältniß zum Ganzen, bestimmt ist. Der Zweifel aber, ob die §§. 163. sqq. A. L. R. I. 12. auch auf Pflichttheils-Erben anzuwenden, erledigt sich durch den §. 164. des Anh. zum A. L. R. Endlich stimmt obige Ansicht mit §§. 432—436. A. L. R. II. 2. vollständig überein.

(Jahrb. Bd. 47. S. 284—291, Gräff Bd. 10. S. 19.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 117. h. t.

2) R. v. 4. Mai 1840. Die Erbschaftsgläubiger stehen zu den durch Legat abgefundenen Pflichttheilsberechtigten in keinem Rechtsverhältnisse; Letztere sind als Legatare anzusehen, können nach §. 117. h. t. nicht auf Theilung antragen, und nur den in sich bestimmten Erbtheil fordern, sind aber auch den Erbschaftsgläubigern nicht verhaftet und können daher die Exekution nicht verlangen. Sie müssen nur den Letzteren nachstehen, wenn der Erbe unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, und eine Unzulänglichkeit der Masse sich ergiebt, und müssen sich in diesem Falle auch verhältnißmäßige Abzüge gefallen lassen. Die Gläubiger können sich aber auch in diesem Falle nicht an sie unmittelbar halten. (J. M. Bl. 1840 S. 155.)

Vergl. dagegen Koch a. a. O.

3) Kann ein Rechtsstreit, welcher die Feststellung der Frage zum Gegenstande hat, ob die zur Erbschaftsmasse gehörigen Grundstücke zum Zwecke der Theilung subhastirt werden sollen, auch unter einzelnen Miterben, ohne Zuziehung sämmtlicher Erbintereſſenten, ausgemacht werden?

Das Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 8. Juni 1855 an, daß der Widerspruch eines Miterben gegen die von den übrigen Erbschaftstheilnehmern beschlossene Theilungsart auch den einzelnen Erben, ohne Zuziehung der übrigen, berechtige, gegen den Widersprechenden zur Beseitigung seines Widerspruches Klage zu erheben.

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 608 ff.)

4) Der Gebrauch der Theilungsklage (Antrag auf Theilung) setzt voraus, daß das Miterbrecht dessen, der auf Theilung dringt, anerkannt, oder bereits rechtskräftig festgestellt ist. Wird das Anrecht des Theilungsklägers überhaupt oder nach seinem Verhältnißtheil bestritten, so muß diese Präjudizialfrage vorher ausgemacht und das Theilungsverfahren ausgesetzt werden. (A. G. O. I. 46. §§. 3—6. und §. 166. h. t.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 117. h. t.

Das Miterbenrecht ist der Verjährung unterworfen; dagegen ist die Theilungsklage unverjährbar.

Vergl. die Erg. zum §. 76. h. t.

§§. 123—126. Art der Theilung.

§. 123. Vergl. die Erg. zum §. 75. h. t.

§. 126. Dieser §. hat nicht den Sinn, daß sich der Notherbe die Erlassung der Gewähr von Seiten seiner Miterben jedesmal gefallen lassen müsse, wenn der Erblasser ihm mehr als den ihm gebührenden Pflichttheil angewiesen hat. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 227.)

§§. 127—146. Rechte und Pflichten der Miterben in Ansehung der Erbschaftsschulden und Lasten.

Piners, über die Haftbarkeit mehrerer Erben gegen die Erbschaftsgläubiger. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 535 ff.)

Stute, haftet ein Miterbe, der, ohne ausdrücklich die Erbschaft ganz ohne Vorbehalt angetreten zu haben, der Rechtswohlthat des Inventars verlustig geworden, überall und selbst mit seinem eigenen Vermögen für das Ganze der Nachlaßschulden oder nur pro rata nach Verhältniß seines Antheils an der Erbschaft? (Ulrich's Arch. Bd. 4. S. 519 ff.)

I. Die hier aufgestellte neue Theorie von dem Verhältnisse der Erben gegen die Erbschaftsgläubiger hatte verschiedene Erinnerungen veranlaßt, welche von Suarez in der rev. mon. ausführlich widerlegt wurden. Die Gesetzrevisoren machen hierüber folgende Mittheilung:

Es findet sich schon in den früheren Entwürfen die Bestimmung, daß die Erbschaftsgläubiger, wenn ihnen nicht die bevorstehende Theilung bekannt gemacht worden, sich nach ihrer Wahl entweder an die Erben insgesammt oder nur an Einen derselben wegen der ganzen Forderung halten können. (Kircheisenscher Entwurf Vol. 24. S. 295, Kleinscher Entwurf Vol. 25. S. 120 §. 273.)

Damit scheint Suarez anfangs nicht einverstanden gewesen zu sein, denn er bemerkte dabei:

Fast alle Monenten protestiren sehr gegen diese Bestimmung, wodurch die ohnehin so kostbaren und lästigen Liquidationsprozesse multiplizirt würden: Ich trete dieser Meinung vollkommen bei. Der Kreditor, der nicht jeden Erben pro rata belangen will, kann sich vor der Theilung melden.

Uebrigens bemerke ich auch noch, daß irgendwo der Satz, daß auch nomina activa ipso jure divisa sunt, und daß also ein Erbschaftsschuldner unter mehreren Miterben jedem nur seine Rate zahlen könne und dürfe, zu inseriren sei.

Dieser abweichenden Meinung ungeachtet, ist die in den früheren Entwürfen aufgestellte Theorie beibehalten worden, und Suarez vertheidigt sie selbst in der Revisio monitorum weitläufiger, als sonst seine Gewohnheit ist, folgendermaßen (Fol. 1382. ad §§. 297—307.):

Gegen die hier angenommene Theorie, wonach nomina hereditaria passiva nicht mehr ipso jure divisa sein sollen, haben sich verschiedene monita gefunden. Man hält solche in der Natur der Sache nicht begründet, weil es dieser vielmehr gemäß sei, daß ein Miterbe nur in dem Verhältnisse, wie er von der Erbschaft Vortheil ziehe, auch zu den Lasten derselben beitrage. Man findet sie zu hart gegen die Erben, die solchergestalt wegen des verschuldeten Zustandes ihrer Miterben, wegen der schlechten Wirthschaft derselben, oder wegen anderer sie betroffenen Unglücksfälle um ihr ganzes Erbtheil gebracht werden könnten. Es sei die Schuldigkeit des Kreditors, sich um seinen Debitor und eine so wichtige Veränderung in dessen persönlichen Umständen, als durch den Tod entsteht, zu bekümmern und sich vor der Theilung zu melden. Die im Texte vorgeschriebene Bekanntmachung sei mit zu vielen Weitläufigkeiten und Kosten verbunden. Es sei daher besser, man lasse es bei der bisherigen Theorie, nach welcher post divisionem jeder Erbe nur pro rata hereditaria haftet, und setze allenfalls nur fest, daß die Erbtheilung nicht übereilt, sondern auf eine gewisse Zeit, z. B. 3 Monate verschoben werden solle, damit Creditores Zeit haben, sich noch vor der Theilung zu melden.

Ich halte aber alle diese Monita nicht für erheblich. Vorauszusetzen ist, daß es die Meinung nicht sei, in irgend einem Falle einen Miterben zur Schuldenbezahlung weiter verpflichten zu wollen, als sein Erbtheil reicht. Dies ist zwar im Texte nicht deutlich gesagt, es versteht sich aber wohl von selbst, da es sonst eine gar zu auffallende Unbilligkeit enthalten würde, wenn man einen Miterben jedesmal in den Fall setzen würde, mehr, als er wirklich geerbt hat, bezahlen zu müssen. Unter dieser Voraussetzung, welche ausdrücklich beizufügen sein würde, finde ich in der gegenwärtigen Theorie nicht die geringste Härte oder Unbilligkeit. Einmal hatte doch der Kreditor das Recht, seine ganze Forderung nur von Einer Person, und auf einem Brett zu fordern, er war berechtigt, sich auf das Ganze an den Nachlaß, welcher die Person seines Schuldners repräsentirt, zu halten. Wie könnte ihm dieses Recht durch die von den Erben hinter seinem Rücken vorgenommene Theilung entzogen werden? und mit welchem Grunde konnte er genöthigt werden, für einen einzigen, drei, vier und mehr Debitores partiales anzunehmen, und jeden in seinem besonderen Foro auf dergleichen zerstückelte Partialzahlungen zu verfolgen? Es ist doch wohl natürlicher und billiger, daß die Erben, indem sie über den Nachlaß unter sich disponiren, die Kreditores, welche dabei ein Interesse haben, davon benachrichtigen, als daß man es diesen zumuthen will, sich um die Lebensgeschichte ihres Schuldners fortwährend zu bekümmern, und daß man es ihnen als eine schuldbare Nachlässigkeit imputiren will, wenn sie sich, weil ihnen der Tod desselben und die Theilung unter den Erben unbekannt geblieben, nicht früh genug gemeldet haben. Der Erbe, welcher bezahlt hat, als nach Verhältniß seiner Rata hereditaria

auf ihn kam, kann sich an seine Miterben regressiren; er wird dazu in den meisten Fällen geschwinder und leichter gelangen können, als der Kreditor. Und wenn die Miterben ihm nicht mehr solvendo sind, so ist es doch wohl billiger, daß er seinen lucrum hereditarium ganz oder zum Theil einbüße, als wenn der Kreditor den größten Theil seiner Forderung einbüßen sollte. Dieser streitet de damno vitando, und der Erbe, der einen zur Bezahlung noch hinreichenden Erbtheil hinter sich hat, certirt offenbar de lucro captando. Ueberdies eröffnet ja das Gesetz dem Erben einen leichten und sicheren Weg, sich durch Bekanntmachung des Todes und der bevorstehenden Theilung außer aller Verlegenheit zu setzen. Ist diese Bekanntmachung geschehen, so kann man eher mit Grund sagen, daß der Kreditor, welcher sich innerhalb der bestimmten Frist nicht meldet, in culpa sei, und es sich selbst beizumessen habe, wenn er hiernächst an jeden Erben nur pro rata hereditaria sich halten kann. Daß diese Bekanntmachung sogar viel Kosten verursachen würde, beruht meistentheils nur auf einem irrigen Supposito, und anderen Theils ist es eine aequitas cerebrina, wenn man den Erben diese Kosten sparen, und dagegen dem Kreditor die unweit größeren Kosten der einzelnen und partiellen Einklagung und Einziehung von so viel Miterben aufbürden will. Ich würde daher bei der Theorie des Textes, der nicht nur die meisten Monenten stillschweigend beitreten, sondern die auch mehrere ausdrückliche Vertheidiger unter ihnen gefunden hat, stehen bleiben; jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung, daß man keinen Miterben weiter, als sein Erbtheil beträgt, vinculiren wolle; denn will man ihn pure ex propriis zur Zahlung verpflichten, so tritt die Billigkeit auf die Seite des Erben über, der dem Kreditor doch immer nur um deswillen verhaftet ist, weil er einen Theil des zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Nachlasses hinter sich hat, und der für die bloße Unterlassung der Notifikation zu hart gestraft werden würde, wenn er nicht nur alles lucrum hereditarium verlieren, sondern auch noch fremde Schulden aus eigenen Mitteln bezahlen sollte.

(Gesetzrev. Pens. XVI. S. 227 ff.)

II. Vergl. die Rechtfertigungsgründe der §§. 127. sqq. in Suarez Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 55.)

§§. 127. sqq. 1) Das Ob. Trib. hat in dem Pl. Beschl. v. 1. Mai 1837 [1]) (Präj. Nr. 212.) folgende Grundsätze über Haftbarkeit der Miterben aufgestellt:

a) Vor erfolgter Theilung der Erbschaft haften mehrere Miterben den Erbschaftsgläubigern nicht solidarisch, sondern bloß nach Verhältniß ihrer Erbtheile; sie können jedoch nur gemeinschaftlich, d. h. zusammen, nicht einzeln, belangt werden [2]).

b) Es ändert hierin nichts, wenn auch die mehreren Miterben für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, Letztere mögen mit Benefizialerben konkurriren oder nicht [3]).

c) Die Erben ohne Vorbehalt haften aber für denjenigen Betrag der Nachlaßschulden, für den sie nach Verhältniß ihres Erbtheils aufkommen müssen, nicht nur mit diesem Erbtheile, sondern auch über denselben hinaus mit ihrem eigenen Vermögen und ihrer Person.

Bei Feststellung der Grundsätze über die Verhaftung mehrerer Erben kommt in Betracht:

1) in welchem Maße die mehreren Erben haften, ob ein Jeder nur nach Verhältniß seines Erbantheils (pro rata) oder jeder Einzelne für das Ganze (solidarisch), und

2) die hiervon ganz verschiedene Frage: in wiefern die mehreren Erben sich auf die Rechtswohlthat des Inventariums berufen können oder nicht?

Die erste Frage bezieht sich auf die Forderung, für welche die Erben haften, und auf den Antheil derselben, für den sie aufkommen müssen; die zweite dagegen bezieht sich auf die Vermögensmasse, mit welcher sie den Gläubiger befriedigen müssen. Die erste Frage ist in den §§. 127—146. h. t. entschieden, und es werden daselbst drei Fälle wesentlich von einander getrennt:

1) wenn die Erben sich noch nicht in den Nachlaß getheilt haben (§§. 127. bis 130.),

2) wenn sie sich in den Nachlaß schon getheilt, jedoch den Erbschaftsgläubigern diese Theilung vorher nicht bekannt gemacht haben (§§. 131—136.), und

3) wenn diese Theilung erst erfolgt ist, nachdem solche vorher den Erbschaftsgläubigern in Zeiten gehörig bekannt gemacht worden (§§. 137—146.).

Die zweite Frage gehört, ihrer Natur nach, nicht in den Abschn. 2. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R., sondern ist nach den Grundsätzen des A. L. R. I. 9. §§. 423., 418., 419., 427. zu entscheiden. Danach aber ergiebt sich Folgendes:

1) Mehrere Miterben, welche nur nach Verhältniß ihres Erbtheils haften (im dritten Falle bei der ersten Frage, A. L. R. I. 17. §§. 137., 141.), oder von dem Gläubiger (nach der ihm im zweiten Falle bei der ersten Frage zustehenden Wahl, §. 131. a. a. O.) nur in dieser Beschränkung belangt werden, brauchen dem Erbschaftsgläubiger auf den ganzen Betrag des ihnen nach Verhältniß ihrer Erbrate zur Last fallenden Theils der Nachlaßschuld, jedoch nicht weiter, nur dann gerecht zu werden, wenn sie Erben ohne Vorbehalt sind, während sie als Erben mit Vorbehalt den von ihnen geforderten Antheil der Nachlaßschuld nur so weit zu vertreten haben, als ihr Antheil an dem Aktiv-Vermögen reicht.

2) Wenn (in dem oben gedachten zweiten Falle der ersten Frage, §. 131. a. a. O.) der Gläubiger einen mehrerer Miterben für das Ganze belangt, so haftet derselbe zwar für den ganzen Betrag der Erbschaftsschuld, dies jedoch unbedingt nur dann, wenn er Erbe ohne Vorbehalt geworden, während der Erbe mit Vorbehalt über seinen Erbtheil hinaus nicht zu bezahlen braucht.

Der in allen diesen Fällen sich geltend machende Grundsatz, daß über den Betrag des empfangenen Erbtheils hinaus kein Miterbe verhaftet sei, welcher die Erbschaft nicht ohne Vorbehalt angetreten hat, wird nun zwar im A. L. R. ausdrücklich nur für den Fall anerkannt, daß einer mehrerer Miterben solidarisch — auf den ganzen Betrag der Schuld — belangt ist (§. 134. a. a. O.); allein jener Grundsatz geht in seiner Allgemeinheit nicht nur aus den angeführten Vorschriften des Tit. 9. Thl. I. hervor, sondern wird auch noch durch die Aeußerungen unterstützt, womit Suarez in seiner rev. mon. den Einwendungen begegnet, welche gegen den im ersten Entw. zum A. L. R. bereits aufgestellten Grundsatz, daß nomina hereditaria passiva nicht mehr ipso jure divisa sein sollten, erhoben worden waren [1]), und woraus sich ergiebt, daß das A. L. R. nur einen einzigen Fall kennt, wo ein Erbschaftsgläubiger berechtigt ist, aus den vorhandenen mehreren Miterben Einen auszuwählen, und diesen allein wegen seiner Forderung, und zwar nicht bloß nach Verhältniß seines Erbtheils, sondern auf das Ganze zu belangen, nämlich den im §. 131. a. a. O. gedachten Fall, in welchem die Erben, ohne vorgängige Bekanntmachung an die Erbschaftsgläubiger, sich in den Nachlaß getheilt haben. Ob aber auch in diesem Falle der auf Zahlung des Ganzen belangte einzelne Miterbe zur Berichtigung der ganzen eingeklagten Forderung verpflichtet ist, ist eine weitere Frage, welche nach dem vorher Ausgeführten davon abhängt, ob der beklagte Miterbe die Erbschaft mit oder ohne Vorbehalt angetreten hat. — Außer diesem einzigen Falle gedenkt das Gesetz nirgends einer solidarischen Verpflichtung der mehreren Miterben, namentlich erwähnen einer solchen nicht die §§. 127—130. a. a. O., welche den Fall behandeln, wenn die Erben die Erbschaft noch nicht getheilt haben, vielmehr ist im §. 127. sogar ausdrücklich ausgesprochen, daß vor der Theilung die Verpflichtung mehrerer Erben zur Bezahlung der erbschaftlichen Schulden nur eine gemeinschaftliche sei. Zwar kann der im §. 127. gebrauchte Ausdruck: »gemeinschaftlich verpflichtet« Zweifel hiergegen erregen, weil im A. L. R. bei anderen Gelegenheiten (z. B. I. 5. §. 427., I. 6. §. 30., I. 13. §§. 201., 202., I. 16. §. 305.) mit dem Worte: »gemeinschaftlich« allerdings der Begriff der Solidarverpflichtung verbunden worden ist; allein in dem §. 127. ist dies Wort nicht in dieser Bedeutung gebraucht, sonst würde der §. 127. mit den in §§. 131. ff. aufgestellten Grundsätzen ganz unvereinbar sein, und dem allgemeinen Prinzip widersprechen, daß, so lange der Nachlaß noch nicht getheilt ist, die sämmtlichen Erben den Erblasser repräsentiren, die Rechte und Verbindlichkeiten also nur von sämmtlichen Erben gemeinschaftlich ausgeübt und gefordert werden können; auch würde der Erbschaftsgläubiger durch die Solidarverpflichtung mehrerer Miterben ein Recht gewinnen, auf welches er gar keinen Anspruch hat. Der §. 127 will also nur so viel sagen, daß sämmtliche Erben zusammen zur Berichtigung der Erbschaftsschulden verpflichtet sind,

---

[1]) Die Frage: ob bei Erbschaften, die auf mehrere Personen verfällt werden, ein einzelner Miterbe dem Erbschaftsgläubiger vor erfolgter Theilung des Nachlasses für dessen ganze Forderung solidarisch verhaftet sei oder nicht? war zwischen dem I. und III. Sen. des Ob. Trib. streitig geworden, weshalb die Frage zur Plenarberathung gebracht wurde: in welcher Art die mehreren Miterben, namentlich auch diejenigen, die für Erben ohne Vorbehalt zu achten sind, in Folge der in dem A. L. R. I. 9. §§. 418., 419., 427. und I. 17. §§. 127. sqq. enthaltenen Grundsätze vor erfolgter Theilung den Erbschaftsgläubigern haften, insbesondere, ob sie denselben solidarisch oder ohne Solidarität gerecht werden müssen? Die ob. im Texte gegebenen Grundsätze sind diejenigen, welche hierauf von dem Plenum angenommen worden sind. Das Ob. Trib. hat damit das entgegengesetzte in dem Erk. v. 5. Jan. 1835 (Simon's R. Bd. 4. S. 337 ff., 347) angenommene Prinzip verlassen, über welches auch zu vergleichen: das in der J. Z. 1834 S. 1047 ff. mitgetheilte Präj. eines (nicht bezeichneten) Obergerichts, Bielitz Nachtr. Bd. 1. Hft. 1. S. 74, die Rechtssprüche in der J. Z. 1835, S. 1089 ff., Crelinger's Syst. des Preuß. Erbrechts S. 234. — Ueber die durch den Pl. Beschl. v. 1. Mai 1837 adoptirte Ansicht dagegen vergl. die älteren Präj. der O. L. G. zu Hamm, Münster und Arnsberg in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 549 ff., Piners a. a. O. S. 540 ff.

[2]) Vergl. jedoch das Präj. Nr. 727. (Zus. 2. ad h. l.)

[3]) Vergl. indeß das Präj. Nr. 938. (Zus. 3. ad h. l.)

---

[1]) Vergl. Zus. I. zu den §§. 127—146. h. t.

und daher auch nur zusammen belangt werden können. In dem §. 38. A. G. O. I. 1. ist das Wort »zusammen« synonym mit dem im §. 127. enthaltenen Ausdrucke »gemeinschaftlich« gebraucht. Der §. 127. enthält zwar einen Gegensatz zu §. 128., doch liegt dieser nicht in der im §. 127. ausgesprochenen Solidarverpflichtung, sondern darin, daß die Erben nur gemeinschaftlich belangt werden können. Der §. 107. hat auf die Haftbarkeit der Erben vor der Theilung keinen Einfluß, weil er lediglich den Fall betrifft, daß die bestandene Gemeinschaft wieder aufgelöst worden ist, der §. 109. ihn ausdrücklich ausschließt, auch würde er überhaupt nur auf Testamentserben Bezug haben. Da sich nicht annehmen läßt, daß ein Miterbe durch die Erklärung, die Erbschaft ohne Vorbehalt anzutreten, zugleich die Mitverpflichtung seiner Miterben übernehmen wolle, da vielmehr nur seine Absicht dahin gegangen, im Verhältniß seines Erbantheils als Erbe ohne Vorbehalt zu gelten, d. h. zwar mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlaßschulden aufzukommen, jedoch nur für den Theil der letzteren, den er nach Verhältniß seiner Rate zu vertreten hat, so können auch Erben ohne Vorbehalt, weder wenn sie mit Miterben mit Vorbehalt konkurriren, noch wenn sie sämmtlich ohne Vorbehalt angetreten haben, solidarisch verhaftet sein. In allen Fällen müssen die Erben vor der Theilung, sie mögen nun sämmtlich mit oder ohne Vorbehalt, oder theilweise mit und theilweise ohne Vorbehalt angetreten haben, von den Gläubigern zusammen und nicht einzeln belangt werden. Zu diesem Resultat gelangt man auch, wenn man die ratio legis ins Auge faßt, denn offenbar hat der Gesetzgeber diejenigen Erben, die noch gar nicht, oder nur nach vorheriger Bekanntmachung getheilt haben, anders stellen wollen, als diejenigen, die ohne Bekanntmachung getheilt, sich also wenigstens ein Versehen haben zu Schulden kommen lassen.

Es fragt sich indeß weiter: ob die Erbschaftsgläubiger bei noch ungetheiltem Nachlaß nicht berechtigt sein dürften, wenigstens von den Erben ohne Vorbehalt, die Bezahlung ihrer ganzen Forderung, auch wenn sie die Erbrate derselben übersteigt, solidarisch zu fordern?

Allein die Frage: ob mehrere Miterben für die ganze Forderung oder bloß für einen Theil und für welchen haften, ist ganz unabhängig von der Frage: ob ein Erbe bloß mit dem, was er ererbt hat, oder auch mit seinem eigenen Vermögen und mit seiner Person hafte? Deshalb kann aber auch die Art der Verhaftung mehrerer Miterben dadurch, daß sie die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, nicht verändert werden, sondern dies hat nur zur Folge, daß sie das Fehlende aus eigenen Mitteln zulegen müssen, wenn zur Berichtigung des Betrages, für welchen sie aufkommen müssen, dasjenige nicht hinreicht, was sie als Erbtheil erhalten haben.

Auch die Bestimmungen §§. 418. ff. I. 9., §. 134. I. 17. A. L. R. stehen hiermit nicht im Widerspruche; denn die §§. des Tit. 9. enthalten lediglich die allgemeinen Bestimmungen über die Folgen des Antritts der Erbschaft ohne Vorbehalt, ohne die Verhältnisse zu berücksichtigen, die dadurch entstehen, daß mehrere Miterben sind, wovon der Tit. 17. handelt, und die Frage, mit welchem Vermögen der Erbe haftet, ist ganz verschieden von der, für welchen Theil der Forderung er aufkommen muß. Der §. 134. h. t. enthält aber nur eine Anwendung der §§. 418. ff. Tit. 9. auf den Fall, wenn ein Miterbe auf Grund von §. 131. h. t. auf das Ganze belangt werden darf; darüber aber, unter welcher Voraussetzung dieser Fall eintritt, ist die Bestimmung im §. 131. enthalten.

Die Frage endlich, ob bei ungetheiltem Nachlasse der Miterbe ohne Vorbehalt dem Gläubiger auf die ganze Forderung, ohne Rücksicht auf die Höhe der Erbquote, nicht alsdann verhaftet sei, wenn sämmtliche Erben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben? ist nach den nämlichen leitenden Grundsätzen zu entscheiden, und beantwortet sich nach diesen von selbst dahin, daß auch in dem vorausgesetzten Falle bei noch nicht erfolgter Nachlaßtheilung jeder einzelne Miterbe dem Gläubiger ohne Vorbehalt nicht solidarisch, sondern nur nach Verhältniß seines Erbantheils aufzukommen braucht, da es auf die Verpflichtung eines Erben ohne Vorbehalt gegen den Nachlaßgläubiger keinen Einfluß haben kann, ob jener der einzige Erbe ist, der die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten hat, oder ob dies auch von allen seinen Miterben geschehen ist. — Eben so versteht es sich nach §. 127. h. t. bei dessen richtiger Auslegung von selbst, daß, wenn auch alle Erben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten haben, der Gläubiger sie vor der Theilung, eben so wie in den Fällen, wenn sie Alle Benefizialerben, oder die Einen Erben mit und die Anderen ohne Vorbehalt sind, nur zusammen, nicht einzeln verklagen kann.

(Präj. Samml. S. 98, Entsch. Bd 4. S. 302.)

Ueber den vorstehenden Pl. Beschl. vergl. Koch in der Abhandl. in dessen Arch. Bd. 4. S. 397 ff. und Bornemann's System Bd. 6. S. 519 ff., 2. Ausg. Bd. 6. S. 338 ff.

Vergl. auch Koch, Lehre vom Uebergange der Ford. S. 8 ff.

2) Wenn ein Erbschaftsgläubiger, welcher seine Forderung vor erfolgter Theilung der Erbschaft der Vorschrift des §. 127. gemäß gegen sämmtliche Erben gemeinschaftlich eingeklagt, sich im Laufe der Instruktion mit einem der Erben über dessen Antheil an der Schuld vergleicht, und seinem Rechte gegen diesen entsagt, so kann er den Prozeß gegen die übrigen Erben allein fortsetzen und auf Verurtheilung derselben zur Zahlung nach Höhe ihrer Antheile antragen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Aug. 1839. (Präj. Nr. 727.) (Präj. Samml. S. 98.)

3) Vor der Theilung muß der Erbschaftsgläubiger die sämmtlichen Erben, auch wenn sie auf die Rechtswohlthat verzichten, oder sich derselben verlustig gemacht haben, gemeinschaftlich beim Gerichtsstande der Erbschaft belangen, sobald er eine Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt; wenn er aber vom Nachlaß abstrahiren und das ihm gleichfalls verhaftete eigene Vermögen der unbedingten Miterben in Anspruch nehmen will, kann er zwar die Erben ohne Vorbehalt auch einzeln vor erfolgter Theilung belangen, jedoch nur auf ihren Erbantheil und in ihrem persönlichen Gerichtsstande.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1840. (Präj. Nr. 938.) (Präj. Samml. S. 99.)

4) Darf ein Benefizialerbe die Ansprüche, welche ihm als einem Gläubiger des Erblassers an dessen Nachlaß zustehen, unabhängig von der Erbesauseinandersetzung gegen seine Miterben verfolgen?

Verneint von dem I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. April 1857.

Nachlaßgläubiger dürfen ihre Schuldforderungen, so lange der Nachlaß nicht getheilt ist, nach §. 127. h. t., wie dessen Sinn durch den Pl. Beschl. v. 1. Mai 1837 (Präj. Nr. 212. a.)[1]) erläutert worden ist, nur gegen alle Erben einklagen, die ihnen nur gemeinschaftlich haften. Es ist in dem Pl. Beschl. ausdrücklich gesagt, daß die mehreren Erben nur zusammen, nicht einzeln, belangt werden dürfen, und es ist dort ausgeführt, daß die Gläubiger nicht befugt sind, einzelne Erben, wenn auch nur nach Verhältniß ihres Erbtheils, in Anspruch zu nehmen. Will man nun in dem Falle, wo ein Nachlaßgläubiger zugleich Miterbe ist, demselben gestatten, von seinem Miterben Zahlung zu verlangen, sobald er nur einen seiner Erbquote entsprechenden Theil seiner Forderung in Abrechnung bringt, so liegt darin augenscheinlich eine Abweichung von dem Grundsatze des §. 127. a. a. O.; denn es wird eine Theilung der Schuldverbindlichkeit vorgenommen noch vor der Theilung des Nachlasses, was doch außer dem §. 127. auch noch der §. 131. das. untersagt, indem er dem Nachlaßgläubiger nur dann erst, wenn die Erben vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verpflichtung den Nachlaß getheilt haben, das Recht beilegt, nach seiner Wahl, an die Erben insgesammt, oder an jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheils, oder endlich an Einen von ihnen für das Ganze sich zu halten. — Scheint in einem solchen Falle eine gewisse Kollision der den Benefizialerben durch den §. 487. A. L. R. I. 16. gesicherten Rechte für seine Ansprüche als Nachlaßgläubiger — mit denen der Miterben einzutreten, so müssen doch diese letzteren Rechte für überwiegend erachtet werden. Denn die Erben haben nicht für eine eigene Schuld aufzukommen, und wenn sie sämmtlich nur Benefizialerben sind, so bleiben sie persönlich und mit ihrem eigenen Vermögen von jeder Verhaftung für die Schuld frei. Der Kläger aber befindet sich als Miterbe in ganz gleicher rechtlicher Stellung. Daraus folgt, daß er zu seiner eigenen Befriedigung aus dem Nachlasse in gleichem Maße zu sorgen schuldig ist, wie jeder seiner Miterben, und dem darf er sich daher nicht dadurch entziehen, daß er seinen Anspruch als Gläubiger um seine Erbrate ermäßigt und dem Miterben überläßt, die übrigen Quoten der Schuld zahlbar zu machen. Wäre ihm dies gestattet, so dürfte er auch noch andere der Miterben außer Anspruch lassen, und nur diejenigen, welche ihm beliebte, auswählen, nach Verhältniß ihrer Erbquoten; ja er könnte auf diesem Wege, indem er die Miterben in getrennten Prozessen pro rata belangte, den Grundsatz des §. 127. ganz vereiteln. Der §. 128. aber darf nicht so ausgelegt werden, daß dadurch die Regel des §. 127. aufgehoben wird. Der Wortlaut des §. 128. und der darin ausgedrückte Gegensatz zum §. 127. ergeben deutlich, daß jener nur den Beitrag, welchen jeder Erbe Behufs gemeinschaftlicher Theilung einer Nachlaßschuld seinen Miterben gegenüber leisten muß, festsetzt, nicht aber dem Gläubiger ein Recht verleiht; der §. 128. dient den Erben »unter sich«, ihrer Auseinandersetzung zur Grundlage, und er verweist sie somit auf die letztere, also auf die Theilung des Nachlasses. Bei dieser erfolgt die Ausgleichung aller gegenseitigen Ansprüche, und die Befriedigung wegen derselben, namentlich auch wegen dessen, was ein Erbe bis dahin im Interesse Aller gethan und geleistet hat. Dahin gehört, wenn ein Erbe die Forderung eines Nachlaßgläubigers allein bezahlt hat. Er kann das zu diesem Zwecke über seine Quote hinaus Gezahlte erstattet verlangen, aber es ist nicht zulässig, daß Miterben wegen solcher oder anderer Ansprüche sich mit besonderen Prozessen und durch Exekution der darin erlangten Erkenntnisse verfolgen, so lange ihre durch den Anfall der Erbschaft entstandene Gemeinschaft fortdauert. Jeder Erbe hat das Recht, auf Theilung anzutragen (§. 117.) und hierdurch das Mittel, seine Befriedigung herbeizuführen. Er muß den Ausgang der Theilung abwarten. (Entsch. Bd. 35. S. 404.)

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

§§. 130. sqq. Aus dem Kondominialprinzip der Minden-Ravensbergischen Gütergemeinschaft folgt, daß die mit dem Ueberlebenden schichtenden Kinder den Gemeinschaftsgläubigern nicht nur mit der ihnen zugeschichteten Abfindung, sondern auch mit der ihnen für den Fall, daß sie die Abfindung zur Deckung der Gläubiger hergeben müßten, von dem Ueberlebenden bei der Schichtung zugesicherten und im eingetretenen Falle übereigneten Kaution haften.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1850.
(Entsch. Bd. 19. S. 379.)

§. 131. 1) Diese Bestimmung findet nicht Anwendung auf den Fall, wenn mehrere Erben sich in die Erbschaft getheilt haben und nachher ein dabei übergangener Miterbe oder Fideikommissarius die Herausgabe seines Antheils fordert. Dieser ist kein Erbschaftsgläubiger und kann also auch nicht die Rechte eines solchen sich zu Nutze machen; vielmehr muß er mit der Erbschaftsklage (hereditatis petitio partiaria) das Seinige herausfordern, und zwar kann er es nur von den Besitzern als solchen, folglich kann er die Klage gegen jeden der Miterben nur in soweit erheben, als derselbe im Besitze des ihm gebührenden Erbtheils ist.

Vergl. das auf diesem Grundsatze beruhende Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 30. März 1848. (Rechtsf. Bd. 1. S. 458 Nr. 224.)

2) Dadurch, daß nach erfolgter Erbschaftstheilung die Erben wegen einer theilbaren Geldschuld insgesammt verklagt werden, wird an der Betheiligung jedes Miterben nach Verhältniß seiner Erbschaftsquote nichts geändert. Daher stehen dem einzelnen verklagten Miterben in Beziehung auf seine Erbquote seine eigenen Erklärungen, z. B. über die Annahme oder Nichtannahme eines angetragenen Eides wie bei anderen Streitgenossen entgegen und resp. zur Seite.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 5 Nr. 2.)

§. 134. 1) Wenn nach erfolgter Erbschaftstheilung der einzelne Benefizialerbe nicht über den Betrag des »erhaltenen Erbtheils« hinaus für das Ganze belangt werden soll, so ist damit die bei der Theilung ihm abgeschichtete Summe gemeint, und kann auf Verluste, die ihn dabei erst nach der Theilung betroffen, keine Rücksicht genommen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. März 1843.
(Entsch. Bd. 9. S. 238.)

2) Auf das im §. 134. gebrauchte Wort: »ganz« ist kein Gewicht zu legen; es begründet keine Unterscheidung. Die Wirkungen des Verlustes der Rechtswohlthat des Inventars reichen eben soweit, als der ausdrückliche Antritt der Erbschaft ohne Vorbehalt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1843.
(Entsch. Bd. 11. S. 276.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 427. Zus. 6.

§. 137. 1) Die »bevorstehende«, nicht die »bereits erfolgte« Theilung muß bekannt gemacht werden; sonst nützt die Bekanntmachung weder dem Gläubiger, noch schützt sie die Erben gegen den Solidar-Anspruch. Daß dies der Sinn des §. 134. sei, ergiebt nicht allein der Wortlaut und der Zweck der Bekanntmachung, sondern Suarez hat dies auch deutlich in der rev. mon.[1]) ausgesprochen.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 134. h. t.

2) Es macht keinen Unterschied, ob die Forderung bereits fällig ist oder nicht.

Die Erben eines Bürgen haften dem Gläubiger, welchem sie die Theilung der Erbschaft nicht vorschriftsmäßig bekannt gemacht haben, auch dann in solidum, wenn zur Zeit der Theilung die Zahlungsverbindlichkeit aus der Bürgschaft noch nicht eingetreten war.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1821.
(Simon's R. Bd. 1. S. 108 ff.)

§. 138. 1) Die Bekanntmachung durch die Zeitungen ist nicht mehr nothwendig.
(V. v. 3. Mai 1804 §. 2., N. C. C. Tom. XI. No. 16., Rabe Bd. 8. S. 42.)

2) An die Stelle der Bekanntmachung durch die Intelligenzblätter tritt die Bekanntmachung durch die Amtsblätter.

Vergl. §. 2. des G. v. 21. Dec. 1849 (G. S. 1849 S. 441) in den Erg. zum A. L. R. I. 23.

§§. 151—158. Rechte und Pflichten der Miterben wegen der zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen.

Ueber die Gründe der Abweichung dieser §§. von der Röm. Theorie vergl. Suarez in den Vorträgen über die Schlußrevision.
(Jahrb. Bd. 41. S. 56.)

§. 151. 1) Die Vorschrift des §. 151. findet auch dann Anwendung, wenn eine zur Erbschaft gehörende Aktivforderung einem wieder aus mehreren Theilnehmern bestehenden Erbstrange auf sein Erbtheil angewiesen worden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1840. (Präj. Nr. 945.) (Präj. Samml. S. 99.)

Denselben Grundsatz spricht der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 19. Dec. 1851 aus.
(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 201 Nr. 43.)

2) Auch ein mehreren Personen zusammen ausgesetztes Legat kann nur von ihnen gemeinschaftlich gegen den Erben geltend gemacht, und der hierauf gerichtete Einwand des Erben auch nicht dadurch elidirt werden, daß der Antrag auf Zahlung ad depositum gerichtet wird.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1845. (Präj. Nr. 1666.)

Die Ansicht, daß §. 151. auf Legatarien keine Anwendung finde, hat eben sowohl die Grundsätze vom gemeinschaftlichen Eigenthume überhaupt, als von dem mehrerer Miterben insbesondere wider sich. Der §. 151. steht dem allein klagenden Kollegatar schon in soweit entgegen, als er nicht alleiniger Erbe des ursprünglichen Kollegatars geworden ist, für welche Ansicht auch der bereits in früheren Entscheidungen des Ob. Trib. zur Anwendung gebrachte Rechtsgrundsatz als Unterstützungsgrund angeführt werden kann, wonach die Vorschrift des allegirten §. auch dann Anwendung findet, wenn eine zur Erbschaft gehörende Aktivforderung einem wieder aus mehreren Theilnehmern bestehenden Erbstrange auf sein Erbtheil angewiesen worden[1]). Die Zahlung ad depositum ist eine bloße Modalität der Zahlung, und kann am wenigsten den Legitimations-Mangel ergänzen, da, wenn der einzelne Mitberechtigte allein nicht klagen darf, er auch weder das eine, noch das andere Petitum stellen kann; denn letzteres ist lediglich eine Folge des Klagerechts, nicht aber vermag der Klageantrag ohne Klagerecht dieses zu ersetzen.
(Präj. Samml. S. 99, Entsch. Bd. 12. S. 244 ff.)

Das Justizmin. hat in dem R. v. 20. Sept. 1833 das Gegentheil angenommen.

Die Bestimmung der §§. 151., 152. beziehen sich auf die Einziehung des Aktivi einer Erbschaft, nicht aber auf Legate. Diese bilden nie eine universitas juris, und daher ist eine mehreren Personen als Legat hinterlassene Aktivforderung nach den vom Erblasser angewiesenen Quoten von selbst, ipso jure, getheilt. Ein theilbares Legat kann deshalb, sofern der Antheil eines jeden Mitlegatars feststeht, von jedem Legatar auf Höhe seines Antheils eingezogen werden (A. G. O. I. 5. §. 4. Nr. 7), und in sofern der Kläger sich als Inhaber des eingeklagten Antheils legitimirt, ist die Legitimation zur Sache festgestellt, ohne daß es noch auf den Nachweis ankommt, welchen Interessenten die nicht eingeklagten Antheile des Legats zustehen.
(Jahrb. Bd. 42. S. 86, Gräff Bd. 6. S. 26.)

Koch tritt der Ansicht des Ob. Trib. bei, indem er bemerkt, daß der Grund der abweichenden Meinung des Justizmin., nämlich, »daß eine mehreren Personen als Legat hinterlassene Aktivforderung nach den angewiesenen Quoten von selbst, ipso jure, getheilt sei«, unrichtig sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 151. h. t.)

3) Ist ein einzelner Miterbe einer Nachlaßforderung befugt, dieselbe zu einem bestimmten Theile zu cediren?

a) Die Gesetzrevisoren verneinen.

Das Gesetz untersagt zwar solche Cessionen nicht ausdrücklich, dagegen liegt schon in dem Verbote des Einziehens, daß der einzelne Miterbe sich überhaupt keine Verfügung darüber anmaßen soll, wodurch das Aktivum oder ein Theil desselben der sämmtlichen Erben gehörigen Erbmasse entzogen wird. Aus den Materialien zum A. L. R. geht aber auch deutlich hervor, daß der Röm. Grundsatz: nomina ipso jure sunt divisa, verworfen worden ist, und dem-

---

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 127—146. h. t. Zus. 1.

[1]) Vergl. das Präj. Nr. 945. (s. ob. Zus. 1. ad h. l.)

zufolge kann jeder Miterbe nur erst durch die Theilung des Nachlasses und Anweisung der ausstehenden Forderungen oder einzelner Theile derselben ein Recht erhalten, über letztere zu verfügen. Ueberdies würde auch der Zweck des Gesetzes, nämlich die zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nöthige Masse beisammen zu behalten und Verfügungen einzelner Miterben zu verhüten, ganz vereitelt werden, wenn die Cession der Aktiva gestattet sein sollte. Die unvermögenden Miterben könnten dadurch ohne Mitwissen der übrigen Erben aus der Masse mehr herausziehen, als ihnen eigentlich gebührt, denn nur von dem, was nach Befriedigung der Gläubiger und Legatarien übrig bleibt, können sie ihre Raten fordern, und die übrigen Miterben würden dadurch bei aller Vorsicht in die Nothwendigkeit versetzt werden können, ihren ganzen Erbtheil zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. (Gesetzrev. Pens. XVI. S. 235.)

b) Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 157. h. t.)

c) Dagegen spricht das O. L. G. zu Breslau die entgegengesetzte Meinung aus in dem Erk. v. 16. Sept. 1837.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 9 ff.)

Vergl. in den Erg. zum §. 10. h. t. Zus. II. sub 3.

d) Das Ob. Trib. ist, wie sich aus dessen Präj. Nr. 1084., 1101. u. 2682. ergiebt, der verneinenden Ansicht.

Vergl. die Erg. zu den §§. 60., 69., 74., 117. h. t. Zus. 1—3.

4) Der einzelne Miterbe ist, ungeachtet des im §. 151. ausgesprochenen Grundsatzes, keinesweges absolut und in allen Fällen verhindert, in seinem eigenen Interesse wegen gemeinschaftlicher Gegenstände zu klagen oder verklagt zu werden. Ueber das dabei leitende Prinzip hat sich das Ob. Trib. in mehreren Entscheidungen ausgesprochen. Nach den aus den §§. 86., 89. der Einl. zum A. L. R., dem §. 382. A. L. R. I. 9. und den §§. 4., 10., 11., 115. ff. h. t. sich ergebenden Grundsätzen kann nämlich vor der Erbtheilung ein einzelner Miterbe ohne Zuziehung der übrigen zwar einerseits seinen ideellen Antheil, oder einen einzelnen, zum Nachlasse gehörenden Gegenstand, sei es eine Sache oder ein Recht, als sein alleiniges und ausschließliches Eigenthum nicht in Anspruch nehmen oder einklagen, um sich in den alleinigen Besitz desselben zu setzen, weil dadurch das Interesse seiner Miterben beeinträchtigt werden könnte, und der Verklagte nicht gehalten wäre, sich mit ihm allein einzulassen; es kann aber andererseits ihm durch den Widerspruch eines oder mehrerer Miterben, oder durch Versagung der Theilnahme sein Recht von dem Inbegriffe des Nachlasses nicht geschmälert oder verkümmert werden, weil die übrigen Mitberechtigten auch nicht einmal durch Stimmenmehrheit ihn in seinem Rechte beeinträchtigen dürfen (§. 11. h. t.). Er ist daher auch zu allen Maßregeln und Verfügungen berechtigt, welche nur die Feststellung, Erhaltung oder Sicherstellung der Erbschaft bezwecken. Dieses Recht gehört zu den Individualrechten des einzelnen Mitberechtigten. Er kann deshalb auch ohne Zuziehung der übrigen sein Interesse selbstständig verfolgen, in soweit er dadurch nicht die Rechte der übrigen beeinträchtigt. Nur so ist die allgemeine Vorschrift des §. 151. h. t. aufzufassen.

In dieser Weise hat das Ob. Trib. sich insbesondere in den Gründen des Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851 [1]) (Präj. Nr. 2325.) (Entsch. Bd. 22. S. 163, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 138 Nr. 30.) und in den Erk. des III. Sen. v. 20. Febr. 1849 [2]) (Entsch. Bd. 18. S. 242), des IV. Sen. v. 25. Febr. 1850 [3]) (Entsch. Bd. 19. S. 213) und derselbe Sen. v. 27. März 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 314 Nr. 69.) ausgesprochen.

Aus diesem Gesichtspunkte werden insbesondere folgende Grundsätze gerechtfertigt:

a) Der Grundsatz, daß ein einzelner Miterbe legitimirt ist, einen von seinem Erblasser geschlossenen Vertrag als ungültig anzufechten und die Rückgabe des Vertragsgegenstandes zur Nachlassenschaft zu verlangen.

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 242) in den Erg. zum §. 10. h. t. Zus. I. A. 2.

b) Der Grundsatz, daß der Anspruch auf Rechnungsablegung Seitens eines Dritten von jedem einzelnen Miterben gegen den Verpflichteten geltend gemacht werden kann.

---

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3.

[2]) Vergl. die Erg. zum §. 10. h. t. Zus. 1. A. 2.

[3]) a. a. O. Zus. I. A. 4.

Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 25. Febr. 1850 (Entsch. Bd. 19. S. 213) und den Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851 (Präj. Nr. 2305.) in den Erg. zum §. 10. h. t. Zus. I. A. 4. und zum §. 450. A. L. R. I. 5. Zus. 3.

c) Ein einzelner von mehreren Miterben ist auch vor getheilter Erbschaft befugt, die zu letzterer gehörigen Sachen mit dem Antrage auf Verabfolgung derselben an die sämmtlichen Erben von dem Dritten zu vindiciren.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1852.

Bereits in dem Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851 [1]) ist anerkannt, daß zwar, mit Rücksicht auf die Vorschriften des A. L. R. I. 9. §. 382. und §§. 115. bis 117., §§. 1., 10. u. 151. h. t., ein Miterbe seinen ideellen Antheil, oder einen einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand vor der Theilung als sein alleiniges und ausschließliches Eigenthum nicht in Anspruch nehmen, resp. mit einer Klage verfolgen, und endgültig darüber verfügen darf, weil dadurch das Interesse seiner Miterben beeinträchtigt werden könnte, und weil auch der Verklagte nicht nöthig hat, sich mit ihm allein einzulassen. Es darf indeß dem einzelnen Miterben sein Recht am Inbegriffe des Nachlasses nicht verkümmert werden, und mit Rücksicht auf §. 11. h. t. können die übrigen Theilnehmer den Einzelnen nicht einmal durch einen Gesammtbeschluß, ein zum Nachlaß gehöriges Recht nicht verfolgen zu wollen, zwingen, seinen ideellen Antheil daran aufzugeben. Eben deshalb muß ihm auch ein Weg offen stehen, sein Interesse am Nachlasse, sein Miteigenthumsrecht, unbeschadet Anderer, für sich selbstständig geltend zu machen, sofern ihm dies von einem seiner Miterben oder einem Dritten beeinträchtigt oder streitig gemacht wird (§§. 89., 90. Einl. zum A. L. R. und A. G. O. I. 5. §. 4. Nr. 6. u. 7.). Er darf mithin auch ohne Zuziehung der übrigen Miterben sein Interesse selbstständig verfolgen, dies Recht jedoch nur in soweit ausüben, als er dadurch die Rechte der übrigen Miterben nicht beeinträchtigt. Daher kann er zwar einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand, oder einen Theil desselben, nicht einklagen, um sich in den alleinigen Besitz desselben zu setzen; wohl aber ist er berechtigt zu Verfügungen, die nur die Feststellung und Sicherung der Erbschaft bezwecken, und in sofern auch zur Verfolgung seines, im besonderen Eigenthume am Ganzen liegenden Rechtes gegen Dritte. Hieraus folgt auch sein Recht, die Herausgabe zum Nachlaß gehöriger Sachen an die sämmtlichen Erben zu fordern, indem durch sein Obsiegen mit einer solchen Klage die Rechte der Miterben nicht gefährdet, sondern gefördert werden; auch die Stellung des Verklagten dadurch nicht erschwert wird. (Entsch. Bd. 24. S. 86.)

Ebenso hat der III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1853 (Entsch. Bd. 26. S. 242) und unterm 8. Juni 1857 (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 146 Nr. 38), und der I. Sen. desselben unterm 24. Mai 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 131 Nr. 32.) und unterm 13. Febr. 1857 (a. a. O. Bd. 24. S. 58 Nr. 14.) erkannt.

Vergl. auch das Erk. des Ob. Trib. v. 29. Sept. 1843 in den Erg. zum §. 10. h. t. Zus. I. A. 2. (S. ob. S. 588.)

d) Das Recht des Gläubigers, Behufs Amortisation der verloren gegangenen Schuldurkunde von dem Realschuldner die Anerkennung des Bestehens der Forderung zu verlangen, kann auch von einzelnen Miterben in den Nachlaß des Gläubigers vor getheilter Erbschaft geltend gemacht werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. März 1855, weil auch hier der Grundsatz des Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851 Anwendung finde. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 100 Nr. 24.)

e) Auch ein einzelner Miterbe des Pflichttheilsberechtigten kann die Legung des Nachlaßinventariums zum Zwecke der Sicherstellung des Pflichttheils von dem Haupterben verlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1853, weil es sich dabei lediglich um eine Maßregel der Sicherstellung der Rechte aller Betheiligten an den Pflichttheil handelt.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 318 Nr. 67.)

f) Das Appell. Ger. zu Hamm nimmt in dem Erk. v. 29. Nov. 1855 an, daß die Klage einzelner Erben gegen einen Erbschaftsschuldner zum Zwecke der Anerkennung der Schuld als einer zum Nachlaßinventar gehörigen und der Feststellung der dem Kläger daran gehörigen Antheile unstatthaft sei, weil hier der Pl. Beschl. v. 1. Dec. 1851 nicht Platz greife. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 93.)

5) Die Vorschrift des §. 151. findet überhaupt in den Fällen nicht Anwendung, wo einzelne Miterben ein mit dem Interesse ande-

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 450. Zus. 3.

rer Miterben kollidirendes Interesse haben. In dieser Beziehung sind folgende Grundsätze angenommen worden:

a) Auch ein einzelner von mehreren Miterben darf gegen einen anderen Miterben auf Anerkennung der Kollationspflicht klagen, und findet der Grundsatz, »daß die Erbschaftsaktiva vor der Theilung nur von den Erben gemeinschaftlich eingezogen werden dürfen«, hier keine Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1844. (Präj. Nr. 1468. a.)

Die Vorschrift des §. 151. kann nicht einem einzelnen Erben entgegengesetzt werden, welcher gegen einen anderen Miterben rechtlich ausführen will, daß er gewisse Beträge zum Nachlasse konferiren müsse. Es ist in solchem Falle gar nicht von einer Einziehung die Rede, und nur auf eine solche bezieht sich der §. 151. Der auf Kollation dringende Miterbe will gar nicht den zu konferirenden Betrag in seinen eigenen Nutzen verwenden; er macht nur das Recht geltend, daß Jener sich eine gewisse Summe auf Grund des Gesetzes — oder allenfalls auf Grund eines Vertrages — auf seine Erbrate anrechnen lasse, oder, was gleich viel ist, ihm gestatten müsse, eine Summe gleichen Betrages aus der Erbmasse vorweg zu nehmen. Welches, wenn solcher Anspruch für begründet erkannt würde, das endliche Resultat davon sein, ob insbesondere der Verklagte irgend etwas zu zahlen, der Kläger einen solchen zu empfangen haben werde, bleibt dabei gänzlich dahingestellt, und von der künftigen weiteren Auseinandersetzung abhängig. Der Zweck des §. 151. geht, wie die sich anschließenden §§. ergeben, unzweifelhaft dahin, den Nachlaßschuldner gegen die etwanigen Ansprüche der übrigen nicht mitklagenden Erben zu sichern; davon kann aber die Rede nicht sein, wenn der als Kläger auftretende Erbe keine Zahlung zu seinen Händen begehrt, sondern nur dahin anträgt: daß bei der Regulirung des Nachlasses der in Anspruch genommene Miterbe sich eine bestimmte Rechnungsweise gefallen lassen müsse. Auch führt die Vorschrift der Proz. O. Tit. 46. §. 16. ausdrücklich darauf hin, daß bei Streitigkeiten über Ertheilung zur Instr. der einzelnen Streitpunkte nur diejenigen Interessenten zugezogen werden, welche jeder einzelne angeht.

(Präj. Samml. S. 99, Entsch. Bd. 10. S. 190.)

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 29. Mai 1854 erkannt.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 144 Nr. 35.)

b) Die Vorschrift, wonach die Erben, so lange sie im Miteigenthume stehen, die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen nur gemeinschaftlich einziehen können, findet keine Anwendung, wenn der Erbschaft die Aktivforderung gegen einen der Miterben zusteht. Es sind alsdann vielmehr die übrigen Erben zur Anstellung der Klage legitimirt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1844.

Der Einwand aus §. 151. bietet eine formelle und materielle Seite. In formeller Beziehung geht er auf die exceptio plurium litis consortium hinaus, und in dieser Hinsicht leuchtet seine Grundlosigkeit ohne Weiteres ein. Einmal, weil die Verklagten selbst eben die fehlenden Streitgenossen sein würden, diese aber, indem sie bei dem Rechtsstreite betheiligt und darin als Verklagte verwickelt sind, nicht zugleich Kläger sein können. Sodann, weil den Klägern kein gesetzliches Mittel zu Gebote steht, die Verklagten zu einer Klage gegen sich selbst zu nöthigen, dies jedoch nicht zur Folge haben kann, daß nun auch den Klägern der Weg abgeschnitten bliebe, ihr Recht zu verfolgen. — Was die materielle Seite anlangt, so geht der Zweck des §. 151., wie aus den folgenden §§. erhellet, nur dahin, den Nachlaßschuldner gegen die etwanigen Ansprüche der übrigen nicht mitklagenden Erben zu sichern, wovon nicht die Rede sein kann, wenn außer den Verklagten keine anderen Erben, als die Kläger vorhanden sind. Die Rücksicht aber, daß vor der Theilung des Nachlasses sich das Quantum, welches jedem Erben gebührt, und wie sich dasselbe mit Hinsicht auf Konferenden und Schulden gestaltet, nicht übersehen lasse, — scheidet im konkreten Falle aus, weil zufolge der Anordnung des gemeinschaftlichen Erblassers die mitklagende Wittwe, ohne Rechnungslegung und Kaution, im Besitze und lebenslänglichen Nießbrauche seines gesammten Nachlasses verbleiben soll. (Entsch. Bd. 11. S. 312.)

Ebenso hat der I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Juni 1848 und 14. Juni 1854 erkannt.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 126 Nr. 62., Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 182 Nr. 44.)

Das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 19. Dec. 1851 spricht unter Bezugnahme auf das obige Präj. v. 7. Sept. 1844 aus, daß dasselbe nur den Antrag der übrigen Miterben auf Einzahlung des Betrages der Forderung zum Depositum für gerechtfertigt erachtet habe, und daß sich daraus keinesweges herleiten lasse, daß jeder Miterbe zur Einklagung einer pars quota jeder Nachlaßforderung berechtigt sei. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 202 Nr. 43.)

In dem Erk. v. 27. März 1855 führt der IV. Sen. des Ob. Trib. aus, daß schon vor getheilter Erbschaft auch ein Theil der mehreren Miterben befugt sei, die zum Nachlasse gehörigen Aktiva einzuklagen, wenn nur der Antrag auf Einzahlung derselben zur Nachlaßmasse gerichtet werde.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 314 Nr. 69.)

6) Die Erklärung einiger Miterben: »daß sie einer anzustellenden Klage der übrigen Miterben gegen einen Erbschaftsschuldner nicht beitreten, vielmehr ihren Antheil diesen Miterben überlassen wollen«, — legitimirt die letzteren zur Klage.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1851; denn nicht eine vermuthete Vollmacht liege hierin, sondern eine ausdrückliche Ermächtigung, die jedenfalls für Einziehung der Forderung ad depositum ausreiche.

(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 83 Nr. 18.)

7) Wenn die sämmtlichen Miterben vor der Erbtheilung eine zur Erbschaft gehörige Aktivforderung gemeinschaftlich eingeklagt haben, so kann das willkührliche Ausscheiden des einen Miterben den Fortgang des Prozesses nicht hemmen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1856; denn die entgegengesetzte Annahme trete in Widerspruch mit dem §. 451. A. L. R. I. 5. und mit dieser Einschränkung müsse der §. 151. angewandt werden.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 269 Nr. 65.)

8) R. v. 30. Juni 1800. Verfahren, wenn der hinterbliebene Ehegatte sich für Nichterben des Verstorbenen erklärt, im Besitz des Vermögens bleibt und zur Einziehung der Forderungen des Verstorbenen autorisirt zu werden verlangt.

Ihr urtheilet in Eurem Bericht v. 20. Juni d. J. ganz recht, wenn Ihr die Meinung äußert, daß in dem Fall, wenn ein hinterbliebener Ehegatte, nebst den bekannten Erben eines Verstorbenen sich für Nichterben erklären, ersterer jedoch in dem Besitze des Nachlasses geblieben, demselben zur Einziehung der von dem zuerst verstorbenen Ehegatten hinterlassenen Aktivorum eine gerichtliche Autorisation nicht ertheilt werden könne. Dagegen zeichnet jedoch das R. v. 21. Dec. 1795 ganz bestimmt den Weg vor, welcher auf ein dieserhalb einkommendes Gesuch des überlebenden Ehegatten zu beobachten ist, indem nur dieser im Besitz des Nachlasses verbliebene Ehegatte sich, der anfänglich erfolgten Erklärung pro non herede ungeachtet, bei Euch meldet: daher ihr bei sothaner Lage der Sache, ohne jedoch die Eröffnung des Konkurses ex officio zu veranlassen, eine Spezifikation des Nachlasses nebst der Angabe der noch unbefriedigten Kreditoren erfordern, Letztere vorladen, und mit ihnen die Einziehung der zu dem hinterbliebenen Vermögen des Verstorbenen gehörigen Aktivorum reguliren müsset, wonach Ihr dahero das Weitere einzuleiten habt.

(R. A. Bd. 1. S. 197, Stengel Bd. 11. S. 323, Rabe Bd. 6. S. 167.)

Koch hält die Anweisung dieses Reskripts für ordnungswidrig und nimmt an, daß in einem solchen Falle, da die Erben nunmehr unbekannt seien, ein Nachlaßkurator bestellt, und auf dessen Antrag der erbschaftliche Liquidationsprozeß eröffnet werden müsse.

(Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 151. h. t.)

§. 152. Ein Miterbe ist auch nach getheilter Erbschaft nicht legitimirt, das in seinem Besitze befindliche, noch auf den Namen des Erblassers lautende Instrument über eine ihm nur antheilsweise überwiesene Erbschaftsforderung auf Höhe des ganzen Betrages des Aktivi zu verpfänden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1853.

Die Materialien zum A. L. R. (vergl. Gesetzrev. Pens. XVI. S. 233 Jahrb. Bd. 41. S. 56, 57) ergeben, daß der Zweck des §. 152., nachdem im §. 151. der gemeinrechtliche Grundsatz, daß Erbschafts-Aktiva ipso jure getheilt seien, aufgehoben worden, dahin geht, dem Nachlaßschuldner zu Hülfe zu kommen und ihn vor Weiterungen zu sichern, welche ihm durch Partikularzahlungen entstehen können. Der §. 182. hat daher nur die Person des Nachlaßschuldners im Auge, und nur dessen Verhältniß zu dem im Besitze des Schulddokuments sich befindenden Miterben hat dadurch näher festgestellt werden sollen. Der §. 152. ist also singulärer Natur und kann auf ganz andere Fälle nicht angewandt werden. Daraus aber folgt, daß aus dem §. 152. nicht das Recht des im Besitze des Instruments über ein Nachlaßaktivum verbliebenen Miterben hergeleitet werden kann, die ihm nur antheilsweise überwiesene Erbschaftsforderung auf Höhe ihres ganzen Betrages zu verpfänden.

(Entsch. Bd. 24. S. 421, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 169 Nr. 37.)

§§. 152. 153. 1) Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben, welcher sich im Besitze der über eine Nachlaßforderung sprechenden Schuldurkunde befindet, sicher zahlen, wenngleich von demselben keine Cession oder Ueberweisung Seitens der übrigen Miterben vorgelegt wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Mai 1839. (Präj. Nr. 692.)

Es ist zwar in der Praxis streitig: ob die Vorschrift des §. 152. eine besondere Anweisung und Cession der einzuziehenden Forderung an den, das darüber sprechende Instrument besitzenden Erben Seitens der übrigen Miterben voraussetze oder nicht? allein die letzte Alternative kann jetzt, nachdem die Materialien zum A. L. R. in Betreff dieser Materie, theils durch die Motive zu dem, bei der jetzigen Gesetzrevision vorgelegten Entw. der das Erbrecht betr. Gesetze (Pens. XVI. S. 233, 234), theils durch Suarez amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R. (Jahrb. Bd. 41. S. 56, 57) veröffentlicht sind, nur für die allein richtige erachtet werden. Denn eben in Folge der in dem §. 151. ausgesprochenen Aufhebung des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß Erbschaftsaktiva ipso jure getheilt sind, setzen die §§. 152. u. 153. fest, daß der Schuldner eines Nachlaßaktivums an den Erben, der sich im Besitze des über die Forderung sprechenden Instrumentes befindet, alsdann mit Sicherheit Zahlung leisten kann, wenn das Verhältniß desselben als Miterbe dargethan, die Thatsache der erfolgten Nachlaßtheilung durch Vorlegung des Auseinandersetzungsrezesses oder auf andere Art nachgewiesen wird, und die übrigen Erben keine Protestation zur Verhinderung der Disposition darüber im Hypothekenbuche haben eintragen lassen.

(Präj. Samml. S. 100, Entsch. Bd. 4. S. 325.)

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird von den Gesetzrevisoren (Pens. XVI. S. 233)[1]) aus den Materialien nachgewiesen, und gezeigt, daß die Redaktoren des A. L. R. diese Frage vor Augen gehabt und absichtlich die Legitimation eines Miterben, gegen die Regel des §. 394. A. L. R. I. 11. und §§. 105., 120., 123. A. L. R. I. 13., im vorliegenden Falle haben erleichtern wollen.

Die Ansicht des Ob. Trib. ist auch von dem Justizmin. bereits in dem R. v. 26. Febr. 1836 ausgesprochen worden, welches bemerkt:

Die Hyp. Behörde darf die Uebertragung eines vererbten Kapitals auf den Namen desjenigen Erben, der sich im Besitze des über die Forderung sprechenden Instrumentes befindet, nicht verweigern, wenn das Verhältniß desselben als Miterben, so wie die Thatsache der erfolgten Nachlaßtheilung dargethan, und die übrigen Erben keine Protestation zur Verhinderung der Disposition darüber im Hypothekenbuche haben eintragen lassen. Nicht minder muß demnächst auf den Grund einer von dem eingetragenen Miterben ausgestellten Quittung die Löschung der Forderung erfolgen, denn es würde eine Verletzung des klaren Inhalts der §§. 152., 153. d. T. und einen Widerspruch in sich schließen, wenn der Erbschaftsschuldner dem nach erfolgter Theilung im Besitze befindlichen Miterben mit Sicherheit Zahlung leisten könnte, gleichwohl aber die in hypothekenrechter Form ausgestellte Quittung desselben nicht den Antrag auf Löschung begründen sollte. Hyp. O. II. §. 244. Auch ist durch obige Bestimmungen den Vorschriften des §. 247. genügt, die nur so gedeutet werden können, wie sich beide Gesetzesstellen, Hyp. O. II. §. 247. und A. L. R. I. 17. §§. 152., 153., mit einander vereinigen lassen.

(Jahrb. Bd. 47. S. 376—378, Gräff Bd. 10. S. 109.)

Derselben Ansicht sind:

a) Merckel (Komm. zum A. L. R., 2. Ausg. Bd. 1. S. 953 zum §. 151.).

b) Grävell (Komm. zu den Kreditges. Bd. 3. S. 203 Anm. **).

c) Bornemann, welcher indeß bemerkt, daß die Vorschrift des §. 152. h. t. mit der generellen des §. 394. A. L. R. I. 11. nicht harmonire, und daß eben so wenig der Zusatz, wonach das Inhibitorium der Zahlung immer gerichtlich erfolgen soll, gerechtfertigt scheine, da ein außergerichtliches Verbot nach dem A. L. R. I. 4. §. 17. genüge. (System Bd. 6. S. 514, 515, 2. Ausg. Bd. 6. S. 336.)

d) Hinschius in der Abhandl. in der J. W. 1836 S. 761 ff., theils auf Grund der Materialien zum A. L. R., theils mit Beziehung auf die §§. 63., 64. A. L. R. I. 14. Aus letzterem erhelle, daß in dem von ihm vorausgesetzten Falle der Erbe einer weiteren Legitimation und namentlich einer Ueberweisung der deponirten Sache nicht bedürfe. Dieser §. 64. sei aber ein Folgesatz aus §. 152. Tit. 17., und es müsse daher bei Erklärung des Letzteren Ersterer berücksichtigt werden.

e) Koch (Lehre vom Uebergange der Ford. S. 25, 26, Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 152. h. t.).

Dagegen sucht die Abhandl. in Mathis Bd. 8. S. 386 zu zeigen, daß der §. 152. eine besondere Cession oder Anweisung der Forderung Seitens der übrigen Miterben voraussetze.

Vergl. über die Frage auch den Aufsatz von v. Krävell in der J. W. 1839 S. 469 ff.

2) Der Grundsatz des Präj. Nr. 692. (s. ob. Zus. 1.) findet nicht bloß auf eigentliche Miterben Anwendung, sondern muß aus gleichem Grunde auch auf Miteigenthümer im Allgemeinen zur Anwendung kommen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 147 Nr. 36.)

3) Der Erbschaftsgläubiger kann auch nach getheilter Erbschaft von dem im Besitze der Schuldurkunde sich befindenden einzelnen Miterben verlangen, daß er Behufs Nachweises seiner Legitimation als nunmehriger alleiniger Gläubiger den Uebergang des Eigenthums an ihn darlege.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1856, weil die §§. 152., 153. nur die Erleichterung des Schuldners zum Zwecke gehabt haben, ihm ein Recht geben, aber keine Verpflichtung auflegen, und sein Recht nicht aufheben, zu verlangen, daß der Gläubiger ihm seine Legitimation nachweise.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 103 Nr. 26.)

§§. 152. 154. Wenn eine Hypothekenforderung durch Erbtheilungen und Cessionen nach einzelnen Beträgen an mehrere Personen gediehen ist, und wenn hiernächst Zahlungen an einzelne Erben erfolgt sind, ohne daß konstirt, wer von denselben sich zur Zeit derselben im Besitze des Hypothekeninstrumentes befunden hat, so sind die sämmtlichen Erben verpflichtet, das Behufs der Löschung dieser gezahlten Beträge erforderliche Anerkenntniß der Gültigkeit dieser Zahlungen auszustellen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juli 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 347 Nr. 81.)

§. 168. In der ersten Zeile muß es statt: »oder« heißen: »und«. (R. v. 23. Sept. 1837, J. W. 1837 S. 680.)

Dritter Abschnitt.

Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen.

Treitschke, die Lehre von der Erwerbs-Gesellschaft nach Röm., Oesterr., Preuß., Sächs. und Franz. Rechten. Leipzig 1825.

§§. 169—175. Begriff und Grundsätze.

In dem Abschn. III. h. t. wird von Gesellschaften (Societäten) gehandelt, aber nur von Erwerbsgesellschaften, d. h. solchen Gesellschaften, welche das Vermögen betreffen und auf eine bestimmte Zeit oder über ein in sich geschlossenes Geschäft unter dergestalt bestimmten Personen errichtet werden, daß keine andere Person in die Stelle eines Gesellschafters eintreten, auch kein neues Mitglied ohne Errichtung einer neuen Gesellschaft mit demselben, eintreten kann. Auf Personenmehrheiten, welche einen anderen fortdauernden Zweck haben und in welche, ohne die Gesellschaft zu ändern oder zu stören, immerfort Mitglieder ein- und austreten können (societates mere personales), finden die in diesem Abschnitte gegebenen Vorschriften keine Anwendung. Diese Gesellschaften gehören in das Personenrecht, und sind mithin wesentlich verschieden von den Maskopeien. Die Mitglieder derselben haben unter sich die Rechte der Korporationen; gegen Andere (nach Außen) stehen sie in dem Verhältnisse von bloßen Gemeinschaftern oder Theilnehmern an einem gemeinsamen Rechte (A. L. R. II. 6. §§. 12—15., 21.).

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Jan. 1851 (Präj. Nr. 2268.) in den Erg. zum A. L. R. II. 6. §. 12., und Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum Abschn. III. h. t.

§§. 169—173. Betreffend das Rechtsverhältniß Mehrerer, welche ein Lotterieloos gemeinschaftlich spielen.

1) Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung folgende Grundsätze ausgesprochen:

---

[1]) Die betr. Stelle der Motive der Gesetzrev. ist abgedruckt in den Entsch. Bd. 4. S. 326 ff.

a) Wenn Mehrere mündlich verabreden, ein Loos in der Klassen-Lotterie gemeinschaftlich zu spielen, und demgemäß ein Loos zur ersten Klasse gemeinschaftlich kaufen und bezahlen, so wird dasselbe Loos in den folgenden Klassen und der etwa darauf fallende Gewinn ihr gemeinschaftliches Eigenthum, sofern auch nur einer von ihnen, obschon ohne einen Beitrag von den übrigen, das Loos in der planmäßig festgesetzten Zeit erneuert hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1836.

Die Parteien haben nicht gemeinschaftlich mit der Lotteriedirektion einen Vertrag errichtet. Das Verhältniß eines Spielers zu dem Unternehmer des Spiels ist ein Kauf. Der Gegenstand des Geschäfts ist eine Hoffnung. Die Einsatzgelder bilden den Kaufpreis. Das Loos gilt als der Vertrag zwischen dem Einsetzer und dem Unternehmer. Der bloße Besitz des Looses berechtigt den Inhaber zur Einziehung des Gewinnes. Die Loose sind den Papieren, die auf den bloßen Inhaber lauten, gleich. (A. L. R. I. 11. §§. 527., 528., 554—556.) Die Lotteriedirektion nimmt von dem gemeinschaftlichen Spiele keine Kenntniß. Sie sieht den Inhaber des Looses als den Käufer an. Ihm wird, so lange seine Legitimation nicht zweifelhaft oder streitig ist, der Gewinn gezahlt. Es ist also ein von den Parteien gemeinschaftlich mit der Lotteriedirektion errichteter Vertrag im Sinne der §§. 172., 173. A. L. R. I. 17. nicht vorhanden. Indeß hat ein gemeinschaftliches Spiel der Parteien stattgefunden, und dadurch ist eine Gemeinschaft entstanden. Es hat ein Erwerb durch gemeinschaftliche Verwendung stattgefunden. Erworben wurde das Loos. Gegenstand desselben war die Hoffnung auf Gewinn. (§. 171. a. a. O.) Bei der Klassenlotterie besteht unter den einzelnen Klassen einer bestimmten Ziehung eine Verbindung. Der Inhaber des Looses zur ersten Klasse hat ein bedingtes Anrecht auf dasselbe Loos zu den folgenden Klassen. Die Bedingung zur Erhaltung dieses Rechtes besteht in der Erneuerung des Looses zu den späteren Klassen innerhalb der planmäßig festgesetzten Zeit. Der Erwerb des Looses zur ersten Klasse schließt daher dies bedingte Anrecht zugleich in sich. Dasselbe ist ebenfalls ein schon erworbenes gemeinschaftliches Recht, zu dessen Entsagung eine ausdrückliche Willenserklärung erforderlich ist (§. 381. A. L. R. I. 16.). Für eine solche kann die bloße Unterlassung einer Zahlung der Beiträge nicht erachtet werden. Hat ein Mitspieler die Erneuerung des Looses zu den folgenden Klassen ohne Mitwirkung der anderen bewirkt, so hat er dadurch doch kein ausschließliches Recht auf das Loos erworben. Er hat nur für sich und die übrigen Spieler zugleich gehandelt, und Letztere haben daher einen Mitanspruch auf den Gewinn (§. 259. A. L. R. I. 13.).

(Entsch. Bd. 2. S. 134, Themis 1837 S. 738 ff.)

Dieselben Grundsätze hat der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 5. Mai 1838 angenommen.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 32.)

Bornemann stimmt damit gleichfalls überein.

(System Bd. 3. S. 218—220, 2. Ausg. Bd. 3. S. 118—120.)

b) Der Vertrag, ein Loos in der Klassenlotterie gemeinschaftlich spielen zu wollen, wird, wenn er von den Parteien auch nur mündlich errichtet worden, durch den wirklichen Erwerb eines Looses von Seiten eines der Theilnehmer gültig. Auch eine Verabredung, daß ein Interessent seinen Beitrag zu den Einsatzgeldern erst später entrichten solle, ist zuläßig (A. L. R. I. 17. §§. 170., 171.). Indeß wird durch die Uebersendung des Looses zur einen Klasse das angeblich für alle Klassen gemeinschaftlich verabredete Spiel dieses Looses nicht festgestellt, weil jede Klasse für sich besteht [1]) und zu jeder Klasse auch einzelne Loose ausgegeben werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht).

(Centralbl. 1839 S. 967 ff.)

c) Wenn bei der mündlichen Verabredung des gemeinschaftlichen Spieles eines Loterieslooses übereingekommen ist, daß nur diejenigen Theilnehmer, welche dem den Ankauf Besorgenden ihre Einsatzbeiträge vor der Ziehung bezahlt hätten, an dem Loose Antheil haben sollten, so kann hinsichtlich derjenigen, welche dies zu thun unterlassen, nicht angenommen werden, daß in dem angekauften Loose ein durch gemeinschaftliche Verwendung erworbenes Eigenthum enthalten sei.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1484.)

Es kann bei gemeinschaftlichem Spiel eines Lotterieslooses nicht unter allen Umständen auf eine ausdrückliche Verzichtleistung Seitens der Mitspielenden, die ihren Beitrag zeitig zu leisten unterlassen, ankommen; vielmehr greift es erheblich ein, wenn derjenige, welcher Namens aller Mitspielenden die Erwerbung der Loose zu den einzelnen Klassen besorgen sollte, bei dem Abschlusse der Uebereinkunft die Erklärung abgegeben hat, daß er keine Auslagen besorgen, sondern bei unterbleibender zeitiger Einzahlung des Beitrages auch den betreffenden Antheil für eigene Rechnung spielen wolle. Denn wenn auch ein solcher Gesellschaftsvertrag wegen Mangels schriftlicher Abfassung nach §§. 170., 171. Tit. 17. nichtig und das durch die gemeinschaftliche Verwendung Erworbene nur als ein durch zufällige Begebenheit entstandenes gemeinschaftliches Eigenthum zu betrachten ist, so kann doch diese Annullation nicht auch diejenige Verabredung treffen, welche über die künftige Behandlung des auf die gemeinschaftliche Verwendung erfolgenden Erwerbs unter den Theilnehmern geschlossen wird. Für eine solche Uebereinkunft muß es aber gehalten werden, wenn der zur Besorgung des Ankaufs des Looses bestimmte Theilhaber seine Thätigkeit für die Mitspieler hinsichtlich der Erwerbung des Looses davon, daß ihm die erforderlichen Beiträge vor der Ziehung zugestellt werden, widrigenfalls er das Loos nur für sich allein weiter spielen wolle, abhängig macht. Die anderen Theilnehmer können ihn weder zum Unterlassen des Fortspielens des Looses zu seinem Antheile, noch gegen seinen ausgesprochenen Willen dazu nöthigen, Auslagen für sie zu machen; und wenn ein solcher Erneuerer des Looses, der keine Erklärung abgegeben, auch als ein solcher erscheint, der sein Geschäft nicht allein, ohne zugleich das der Anderen zu verrichten, bei der Erneuerung des Looses besorgen konnte, so fällt doch dieser Zusammenhang hinweg, wenn die anderen Theilhaber bei der ganzen Verabredung des Geschäfts sich auf die Art der Besorgung einließen, daß die Konservation ihres Anrechtstheiles von dem zeitigen Zusenden der Einsatzbeiträge zu den neuen Klassen abhängig sein, und daß demnach dieses Anrecht, falls sie nicht zeitig zahlten, wie ihrerseits nicht erworben, dem Besorger verbleiben sollte. Auf eine ausdrückliche Entsagung kann es nur ankommen, wenn der Erwerb des Anrechts und dessen Realisirung an keine auflösende Bedingung gebunden war. (Präj. Samml. S. 79, Entsch. Bd. 12. S. 254.)

d) Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Juli 1851 spricht folgende Grundsätze aus:

a) Wenn ein gemeinschaftliches Spielen eines Lotterieslooses zwischen mehreren Personen auch nur mündlich verabredet worden, und eine Einschränkung auf eine bestimmte Klasse, so wie Ungleichheit der Beiträge und des Theilnahmerechts nicht nachgewiesen sind, so erstreckt sich die Vereinigung auf alle Klassen der betreffenden Lotterie, und enthält Gleichheit der Rechte und Pflichten aller Genossen. Es ändert hieran nichts, wenn nur Einer der Genossen der Lotterie-Direktion gegenüber sich als Spieler kund gethan hat.

b) Bei einem solchen Vertrage ist das Anrecht auf die folgenden Klassen und die Hoffnung eines Gewinnes ein gemeinschaftliches Recht aller Genossen, welches für die Einzelnen nur durch eine ausdrückliche, die Entsagung aussprechende Willenserklärung, oder durch eine bei dem Abschlusse der Uebereinkunft gestellte, an die zeitige Zahlung der Beiträge bei Verlust des Rechts geknüpfte und nicht erfüllte Bedingung verloren gehen kann.

c) Die Berichtigung der Beiträge eines Mitgenossen ohne besonderen Auftrag durch einen anderen Genossen ist als Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 246 Nr. 53.)

e) Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 29. April 1856 spricht folgende Rechtsgrundsätze aus:

a) Das von einer, wenn auch nur mündlich verabredeten Spielgenossenschaft gemeinschaftlich erworbene, das Anrecht auf die folgenden Klassen in sich schließende erste Loos, ist als der gemachte, der Vorschrift des §. 171. h. t. unterliegende Erwerb anzusehen.

b) Um für diesen Erwerb die Eigenschaft eines den Spielgenossen gemeinschaftlichen Eigenthums, welches aus einer zufälligen Begebenheit entstanden ist, herzustellen, ist nicht ausschließlich erforderlich, daß die sämmtlichen Spielgenossen dazu thatsächlich Etwas anwenden. Hat daher der das Loos von der Lotterie-Direktion kaufende Spieler den Mitspielern ihren Antheil kreditirt, und haben diese ihre Antheile angeboten, jener sie aber zur Zeit abgelehnt, so ist in allen solchen und ähnlichen Fällen rechtlich die Lage dieselbe, als wenn die Mitspieler von vorn herein ihren Einsatz-Antheil wirklich gezahlt hätten.

c) Auch das bereits vor der mündlichen Verabredung der Spielgemeinschaft von einem dieser Kontrahenten angekaufte Lotterieloos ist in dem Verhältniß der Parteien zu einander als gemeinschaftlicher Erwerb anzusehen.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 151 Nr. 41.)

2) Das Verhältniß der gemeinschaftlichen Spieler eines und desselben Lotterieslooses ist kein gewagter Vertrag, sondern nur das Verhältniß des Lotterieeinsetzers gegen den Lotterieunternehmer. Es ist also zwischen den gemeinschaftlichen Spielern eines Looses nicht nothwendig ein schriftlicher Vertrag erforderlich.

(Erk. des St. Ger. zu Berlin [das Datum konstirt nicht] und App.-Urtel [der Gerichtshof und das Datum sind nicht angezeigt]. Stengel Bd. 16. S. 185.)

3) Der Vertrag, wodurch zwei Lotteriespieler sich an ihren Loosen gegenseitig und im Wege des Tausches betheiligen, bedarf als ein

[1]) Diese Annahme widerspricht derjenigen in dem Präj. v. 1. Okt. 1836 Zus. 1. ad h. 1.

von beiden Seiten gewagtes Geschäft zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.

Erkannt von dem L. u. St. G. zu Duisburg unterm 23. Febr. 1844 und dem O. L. G. zu Münster unterm 6. Dec. 1844.
(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 359.)

4) Wenn Jemand mit einer Ehefrau, unter dem Beitritt ihres Ehemannes, verabredet, gemeinschaftlich ein Loos spielen zu wollen, wenn diese Abrede auch nur eine mündliche ist, die Ehefrau aber demgemäß ein Loos aus eigenen Mitteln gekauft und durch alle Klassen erneuert hat, und dieses Loos in der letzten Klasse mit einem Gewinne gezogen wird, so wird dieser Gewinn gemeinschaftlich. Denn unter den Kontrahenten ist kein gewagter Vertrag, vielmehr nur ein Gesellschaftsvertrag vorhanden, bei welchem, wenn er erfüllt und etwas daraus erworben ist, auch die mündliche Abrede genügt.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht).
(Centralbl. 1837 S. 417 ff.)

5) Ueber das Rechtsverhältniß der Mitspieler eines gemeinschaftlichen Looses in einer fremden Lotterie vergl. das Präj. des IV. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1939. in den Erg. zum A. L. R. I. 3. §§. 53., 36. Zus. 2.

§. 170. Ueber das Verhältniß des §. 170. h. t. zum §. 617. A. L. R. II. 8. in Betreff der Frage: in wiefern bei einer auf Grund eines bloß mündlichen Societätsvertrages wirklich bestandenen Gesellschaft ein Gesellschafter aus dem von einem andern Gesellschafter im Namen der Societät mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft diesem Dritten solidarisch verhaftet, oder die Entstehung einer solchen Verpflichtung von der Errichtung eines schriftlichen Societätsvertrages abhängig ist, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 23. Jan. 1843 (Präj. Nr. 1248.) in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §§. 617. sqq.

§. 171. Bei einer zufälligen Gemeinschaft (communio incidens) bestimmt nicht die bei Eingehung derselben stattgefundene mündliche Verabredung, sondern die Leistung der Theilnehmer die Antheile derselben.

Erkannt von dem O. L. G. zu Ratibor unterm 7. Nov. 1835.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 37.)

§§. 172. u. 173. 1) Wenn zwei oder mehrere Personen über die Ausführung eines gemeinschaftlichen Geschäfts mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen haben, ohne über ihr Verhältniß zu einander ein besonderes rechtsgültiges Abkommen zu treffen, so findet je nach den Umständen auch in einem solchen Falle das im §. 251. h. t. für Gesellschaftsverträge ausgesprochene allgemeine Prinzip der Theilnahme am Gewinne und Verluste, nach Verhältniß der Beiträge zu dem gemeinschaftlichen Geschäfte, Anwendung. Der §. 2. h. t. spricht nur eine Vermuthung für die gleiche Berechtigung der Theilnehmer unter sich aus, die jedoch thatsächlich widerlegt werden kann.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Juni 1851.

Der §. 2. h. t., auf welchen der §. 173. in einem solchen Falle, wie der vorliegende, verweist, spricht nur eine Vermuthung für die Gleichberechtigung der Miteigenthümer an einer gemeinschaftlichen Sache aus, die jedoch keinesweges unwiderleglich erscheint. Es ist deshalb in jedem besonderen Falle nach den Umständen zu prüfen und festzustellen, ob etwa das Gegentheil aus den Verträgen der Parteien mit Bestimmtheit erhelle? Der Regel nach richtet sich der Antheil der Gesellschafter am Gewinne und Verluste nach dem Verhältnisse ihres Beitrages zu dem gemeinschaftlichen Fonds (§. 251. h. t.). Daß diese Vorschrift, welche einen Gesellschafts-Vertrag voraussetzt, nicht auch in dem Falle Anwendung finden könne, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen haben, ohne über ihr Verhältniß zu einander ein besonderes rechtsgültiges Abkommen zu treffen, läßt sich nicht behaupten. Dienen auch in einem solchen Falle die allgemeinen Regeln des ersten Abschn. Tit. 17. nach §. 172. a. a. O. zur Richtschnur, so schließen doch diese ein solches Theilungsverhältniß im Sinne des §. 251. nicht aus. Der §. 2. enthält davon nichts, die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Betreff der Korrealverträge, namentlich die §§. 443. und 444. A. L. R. I. 5. sprechen eher dafür; der §. 453. verweist insbesondere in Ansehung der Befugnisse der mehreren Berechtigten unter sich auf die Grundsätze vom gemeinschaftlichen Eigenthume, und das Recht erheischt im Zweifel eine solche Auslegung der Gesetze und Verträge, wie dieselbe dem Sinne und Geiste nach in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Regeln am ersten bestehen können und der natürlichen Gleichheit entsprechen.
(Entsch. Bd. 26. S. 296, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 96 Nr. 24.)

2) Muß die im §. 2. h. t. aufgestellte Vermuthung für ausgeschlossen erachtet werden, wenn die verschiedenen nur durch einen mündlichen Vertrag verbundenen Mitglieder einer bereits wirklich ins Leben getretenen Gesellschaft nicht mit gleichen Kräften darauf hingewirkt haben, die erlangten Gewinne zu erzielen, so bildet zugleich das Verhältniß, in welchem jeder Einzelne zur Herbeiführung des gewonnenen Resultats beigetragen hat, den sichersten Maßstab zur Berechnung des ihm für seine Person gebührenden Antheils an jenem Gewinne, und es ist um so unbedenklicher, hierbei namentlich auf den §. 251. h. t. zurückzugehen, als diese Vorschrift den Fall voraussetzt, daß in dem an sich vorhandenen schriftlichen Vertrage über den Antheil der Gesellschafter am Gewinne oder Verluste nichts bestimmt sei, und die Sache sich, wenn ein solcher Fall vorliegt, soweit es auf jenen wesentlichen Punkt ankommt, ganz ebenso verhält, als ob überhaupt gar kein schriftlicher Vertrag existirte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 98 Nr. 24.)

§§. 176—182. Von allgemeinen Gesellschaften.

§§. 176—178. Ueber die Rechtfertigung dieser §§. vergl. Suarez Schlußvorträge. (Jahrb. Bd. 41. S. 57.)

§. 179. Die Bekanntmachung durch die Zeitungen ist nicht mehr nothwendig, und an die Stelle der Einrückung in die Intelligenzblätter tritt die Insertion in die Amtsblätter des Regierungsbezirks.

Vergl. die Erg. zum §. 138. h. t.

§§. 183—310. Von besonderen Gesellschaften.

§§. 184. 185. Eine kaufmännische Societätshandlung ist auch dann anzunehmen, wenn Mehrere zum Betriebe eines Waaren- oder Wechselhandels als Hauptgeschäfts sich nur auf einen im Voraus bestimmten Zeitraum verbinden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1841.
(Entsch. Bd. 7. S. 10.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 8. §. 617.

§§. 196. 201. Wird ein nur operas konferirender Socius auch Miteigenthümer von dem Kapitalfond?

a) Suarez theilt in der rev. mon. mit, daß diese Frage von einem Monenten aufgeworfen sei und bemerkt:

Diese Frage ist eine wahre quaestio Domitiana. Daß der nur operas konferirende Socius an die Einlagen der Geld beitragenden sociorum nicht Anspruch machen kann, versteht sich von selbst. Ist aber Gewinn bei der Societät gewesen, so versteht sich's eben so von selbst, daß er von diesem Gewinne seinen Antheil fordern könne. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 30.)

b) Es verneinen ferner: Grävell (Kreditges. Bd. 3. S. 238), Bielitz (Komm. Bd. 3. S. 767), Bornemann (System Bd. 4. S. 65, 2. Ausg. Bd. 4. S. 42) und die Gesetzrevisoren (Pens. XIII. S. 30.)

Koch hat sich für die Bejahung ausgesprochen.
(Richter's Jahrb. 1838 S. 725.)

Gegen die Ausführung Koch's vergl. indeß den Aufsatz im Centralbl. 1838 S. 1077. Auch hat Koch demnächst seine Ansicht modifizirt. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 526 ff.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 22. zum §. 201. h. t.

§. 199. Vergl. das R. v. 8. Jan. 1836, wonach der Besitztitel auf den Namen der einzelnen Gesellschafter zu berichtigen ist, in den Erg. zum A. L. R. II. 6. §. 13.

§. 217. Die Vorschrift des §. 217. ist nicht so zu verstehen, daß die Edition der Bilanzen als Beweismittel für eine im Uebrigen nicht fundirte Klage verlangt werden könnte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 165 Nr. 42.)

§§. 217. 218. 1) Ueber die Nichtbefugniß der Gläubiger eines einzelnen Theilhabers, Rechnungslegung von den übrigen Theilhabern zu fordern, vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob.

Trib. v. 16. Nov. 1852 (Präj. Nr. 2408.) in den Erg. zu den §§. 71—73. h. t.

2) Zur Substantiirung der Klage des Cessionars gegen die übrigen Socien auf Zahlung eines jährlichen Gewinnantheils und der jährlichen Zinsen ist der Nachweis erforderlich, daß unter den Socien auf dem durch den Societätsvertrag angeordneten Wege die Feststellung dieses Gewinnantheils und der Zinsen geschehen sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 165 Nr. 42.)

§§. 217. 218. 266. sqq. 1) Wieweit erstreckt sich das Recht der Gläubiger eines Gesellschafters, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist?

a) Siewert nimmt an, daß auch die Gläubiger, welche an die Stelle des Gesellschafters treten, nur eine Bilance und keine weitere Rechnungslegung zu fordern befugt seien, indem die Konkursgläubiger nach A. L. R. I. 20. §§. 33., 61. nur ein allgemeines Pfandrecht erhalten und dem §. 216. h. t. zuwider dem andern Gesellschafter kein fremdes Mitglied aufgedrungen werden dürfe; indem ferner schon aus §. 267. h. t. folge, daß die Gläubiger eines Gesellschafters den Cessionarien desselben nicht gleich zu stellen seien.

(Siewert Hft. 2. S. 195 u. Hft. 5. S. 129.)

b) Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen: Grävell (Kreditgес. Bd. 3. S. 223), Strombeck zu diesem §., Bornemann (System Bd. 4. S. 48, 2. Ausg. Bd. 4. S. 31), v. Rönne (2. Ausg. des Syst. von Klein Bd. 1. S. 479 §. 491. Anm. 1.) und die Gesetzrevisoren (Pens. XIII. S. 22), weil die Konkursgläubiger den Gemeinschuldner aktiv repräsentiren und daher auch in die Rechte des Gesellschafters treten; weil ferner für diese Ansicht die A. G. O. I. 50. §§. 289., 290., 216. spreche und die für Handelsgesellschaften A. L. R. II. 8. §. 667. gegebene Bestimmung; weil endlich die im §. 218. vorgesehene freiwillige Uebertragung des Anrechts an einen Fremden sehr verschieden sei von dem in Frage stehenden Falle, indem der Cessionar wissen müsse, was er zufolge gesetzlicher Bestimmung von den Mitgenossen zu fordern befugt sei.

c) Koch bemerkt:

Die Konkursgläubiger des einen Gesellschafters haben nicht mehr Rechte, als ein Cessionar in Folge freiwilliger Uebertragung. Denn durch exekutorische Einweisung in die Rechte des Schuldners kann nicht mehr erlangt werden, als dem Schuldner zur Verfügung stand. Die persönliche Befugniß des Socius zur Einmischung in die Geschäfte und inneren Angelegenheiten der Gesellschafter ist unübertragbar. Darum können auch die Gläubiger desselben solche durch die Konkurseröffnung nicht erwerben. Die Auseinandersetzung können sie fordern (A. G. O. I. 50. §§. 284., 289. ff.), mehr nicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 32. a. zum §. 218. h. t.)

Vergl. die Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 36. u. 291.

2) Der Gläubiger eines Schuldners, welcher Theilnehmer an einer Gesellschaft ist, kann zur Sicherstellung seines Anspruchs an den Schuldner die zum Vermögen der Gesellschaft gehörigen ausstehenden Forderungen auch nicht antheilsweise mit Arrest belegen lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1633.)

Wenn ein in der Societät befindlicher, den Socien gemeinschaftlich eigenthümlich gehöriger Gegenstand gültig mit Arrest belegt werden soll, so muß der Beweis einer Societäts-Schuld, gemäß §§. 230. sqq. h. t., vorhanden sein. Ein Gläubiger, dem nicht die Societät, sondern nur ein einzelner Socius haftet, kann dessen Antheil am Societäts-Vermögen nur soweit angreifen und in Beschlag nehmen, als der Socius selbst frei über diesen Antheil zu verfügen befugt ist. Dieses Verfügungsrecht beschränkt sich aber gesetzlich auf den Antheil des Gesellschafters am Gewinne (A. G. O. I. 29. §. 3., A. L. R. I. 17. §§. 218., 263. seq.). Dieser Antheil erfordert, Behufs der Ermittelung, eine Auseinandersetzung unter den Socien, entweder eine vollständige im Falle der Auflösung der Societät, oder eine beschränktere für eine bestimmte schon abgelaufene Zeit nach Rechnungsjahren im Falle der Fortdauer der Gemeinschaft.

(Präj. Samml. S. 100, Entsch. Bd. 12. S. 262.)

§. 219. Der Verwalter ist zwar in der Regel verpflichtet, die gelegte Rechnung dem Rechnungsleger auszuhändigen; bei einem kaufmännischen Societätsgeschäfte genügt jedoch in der Regel die Vorlegung der Rechnung mit deren Belägen im Geschäftslokale.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1843. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 41 Nr. 12.)

§§. 222. 223. Im Entwurfe §. 215. war bestimmt, daß der Befugniß, Rechnungslegung zu verlangen, im Voraus nicht entsagt werden dürfe; dieses Verbot beruhte auf dem Grundsatze, daß dem dolo futuro nicht renunzirt, und durch eine Entsagung auf die Befugniß, Rechnungslegung zu fordern, dem dolo sehr leicht Vorschub geleistet werden könne.

Nachdem aber hiergegen ein Monitum eingegangen, wurde von Suarez jener Gesichtspunkt verlassen, und der §. 222. mit der im §. 223. enthaltenen Modifikation bei den Schlußverhandlungen zum Allg. Gesetzb. beschlossen. (Jahrb. Bd. 52. S. 23.)

§§. 225. Die Vorschüsse, womit der Bevollmächtigte (A. L. R. I. 13. §. 71.) oder der Socius für den Machtgeber oder die Gesellschaft zur Ausrichtung des Auftrages oder zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderliche und anderweit nicht gedeckte Ausgaben bestreitet, lassen sich nicht aus dem Gesichtspunkte wirklicher Darlehne betrachten, und, wie ihre Erstattung und nach §. 72. A. L. R. I. 13. und §. 225. A. L. R. I. 17. ihre Verzinsung verlangt werden kann, wenn selbst weder das eine, noch das andere ausdrücklich vereinbart worden ist, können sie auch durch den bloßen Mangel einer solchen Abrede oder eines solchen Vorbehalts, so wie selbst dadurch, daß der Mandatar oder der Socius von dem in Betreff der Verzinsung des hergegebenen Geldes ihm beigelegten Rechten keinen Gebrauch macht, die Eigenschaft bloßer Vorschüsse noch nicht verlieren. Dagegen ergeben die §§. 189. sqq. h. t., daß die von dem einen oder dem anderen Socius geleisteten Zahlungen nur, in sofern sie in den gemeinschaftlichen Fonds geflossen und ausdrücklich als Beiträge oder Zuschüsse geleistet sind, dafür angesehen werden können.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 94 Nr. 24.)

§§. 236—238. Wenn ein Gesellschafter auf seinen eigenen Namen von einem Dritten ein Darlehn aufnimmt und dieses in die Gesellschaft verwendet, so kann der Gläubiger gegen die andern Gesellschafter nicht aus einer nützlichen Verwendung klagen, weil nichts aus seinem Vermögen in den Nutzen der Gesellschaft verwendet ist.

Erkannt von einem nicht genannten Gerichtshofe (Datum konstirt nicht.) (J. W. 1843 S. 341 ff.)

§. 237. Haften in dem Falle dieses §. die Gesellschafter pro rata ihrer Antheile am gemeinschaftlichen Fonds oder nach Verhältniß ihrer Gewinn- und Verlustantheile?

Bornemann entscheidet sich auf Grund der Materialien für Ersteres, so daß ein vom Geldbeitrage entbundener Socius in diesem Falle gar nicht verhaftet, und hinter den Worten »für seinen Antheil« die Worte »am gemeinschaftlichen Fonds« hinzuzufügen seien, giebt jedoch zu, daß diese Auslegung den gemeinen Rechtsprinzipien nicht gemäß sei. (System Bd. 4. S. 53, 2. Ausg. Bd. 4. S. 34.)

Koch führt aus:

Die Vorschrift des §. 237. ist nicht auf das Verhältniß des Gläubigers zur Gesellschaft während der Dauer derselben, sondern auf das zu den einzelnen Gesellschaftern besonders nach der Aufhebung der Gesellschaft zu beziehen. Es kann mithin auch ein Gläubiger aus einem nur vertragsähnlichen Rechtsverhältnisse sich an das gemeinschaftliche Gesellschaftsvermögen halten und zu diesem Zwecke die Gesellschafter insgesammt belangen; will er aber aus deren übrigem Vermögen Befriedigung suchen, so muß er Jeden pro rata, d. h. nach seinem Antheile an dem Gesellschaftsvermögen (§. 301.), ohne Rücksicht auf das Eigenthum des Fonds, in Anspruch nehmen. Nach diesem Prinzip haften auch die bloß Dienste leistenden Gesellschafter dem Dritten.

(Landr. Bd. 2. Anm. 43. zum §. 237. h. t.)

§. 238. In wiefern bleibt im Falle des §. 238. die subsidiarische Verpflichtung des einen Gesellschafters für den anderen nach aufgehobener Gesellschaft bestehen?

1) Grävell meint, daß, da die §§. 307—310. h. t. von dem Falle sprechen, da die gewesenen Mitglieder den Gesellschaftsgläubigern in solidum verhaftet waren, die im §. 238. angeordnete subsidiarische Vertretung in dem Falle, wo sie von Anfang nur pro rata verhaftet, auch durch eine Bekanntmachung an die Gläubiger nicht abgewendet werden könne. (Kreditges. Bd. 3. S. 239.)

2) Nach Ansicht der Gesetzrevisoren muß von der subsidiarischen Verpflichtung als dem Minderen dasselbe gelten, was von der

solidarischen Verpflichtung gilt. Im Uebrigen halten dieselben den §. 238. grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 30.)

3) Bornemann tritt letzterer Ansicht bei.

(System Bd. 4. S. 67, 2. Ausg. Bd. 4. S. 42 Nr. 6.)

4) Koch nimmt gleichfalls an, daß diese eventuelle Solidarität, ebenso wie die prinzipielle, durch die Bekanntmachung bei der Aufhebung der Gesellschaft aufgehoben werden kann.

(Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 238. h. t.)

§§. 239. sqq. Finden die Vorschriften wegen der solidarischen Verpflichtung der Gesellschafter aus Verträgen auf Aktienvereine Anwendung, wenn keine vom Staat genehmigte, das Gegentheil bestimmende Statuten vorhanden sind?

Kaysser verneint, weil Aktienvereine ihrem Wesen nach keine wirkliche Societäten seien. Der Ursprung derselben sei nicht der, daß Mehrere sich vereinigen, mit Anwendung gemeinschaftlicher Gelder und Kräfte sich einen Erwerb zu verschaffen, sondern daß sie die von den Unternehmern dargebotene Gelegenheit benutzen, ohne daß ursprünglich sie selbst ein Band untereinander verknüpft. (J. W. 1840 S. 372.)

§§. 251—262. Ueber die Berechnungsweise dieser Antheile der Gesellschafter vergl. die Erörter. in Siewert's Material. Hft. 7. S. 167.

§. 266. Vergl. oben die Erg. zu den §§. 217., 218., 266. h. t.

§§. 270. 289. 290. Die Gesetzrevisoren bemerken zu diesen §§.:

Den Gegensatz des §. 270. bildet der §. 289. Dieser §. hat sich unter die Bestimmungen verloren, welche die Verhältnisse der Erben betreffen, während er offenbar hierher gehört. Dieselbe Bewandtniß hat es mit dem §. 290., welchen man auf den Abgang eines Gesellschafters, aus welchem Grunde er immer erfolge, beziehen muß. Wollte man ihn nur auf das Absterben eines Mitgliedes der Gesellschaft beziehen, so würde er nur eine Wiederholung des §. 281. sein. Die §§. 289., 290. d. Tit. sind aus dem Entwurfe übernommen und haben ihre jetzige Stellung dadurch bekommen, daß für die Wirkungen, die der Tod eines Gesellschafters hervorbringt, eine besondere Rubrik eingeschoben wurde, welche der Entwurf nicht hatte.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 27.)

§. 281. Die Entscheidung der G. Komm. v. 23. Mai 1782 (Samml. ders. I. S. 28, Klein Bd. 1. S. 30, Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 131), betr. die Verpflichtung eines Handlungsgesellschafters, den Erben des verstorbenen Gesellschafters den Gewinn und Verlust der Handlung nach dem Tode ihres Erblassers zu berechnen, oder den Societätsbestand zu verzinsen, geht von der Ansicht aus, daß durch den Tod des Gesellschafters die Gesellschaft von selbst und nicht vielmehr erst durch eine vorherige ausdrückliche Kündigung Seitens des lebenden oder der Erben des verstorbenen Gesellschafters aufgehoben werde. Letzteres nimmt dagegen der §. 281. an, durch welchen mithin jener Entscheidung derogirt wird.

§§. 300—310. Ueber die Abweichungen dieser Vorschriften vom Röm. Rechte vergl. Suarez in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 57.)

§§. 308. 310. Um den Zweck der §§. 308. u. 310. zu erreichen, genügt für die Bekanntmachung über die Aufhebung einer kaufmännischen Societät die den Gläubigern unmittelbar geleistete Anzeige über die bevorstehende Auflösung der Gesellschaft von einem bestimmten Zeitpunkte ab, und es ist dazu nicht die von der Gesellschaft zu machende Mittheilung darüber, wie sich die Socien in die Aktiva und Passiva des Gesellschaftsvermögens zu theilen beabsichtigen, erforderlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Mai 1856; denn weder erfordere der §. 310. eine Bekanntmachung der letztgedachten Art, noch liege in dem Zwecke der Bekanntmachung ein Grund für ihre Ausdehnung auf die Art der Auseinandersetzung der Mitglieder der Societät. (Entsch. Bd. 33. S. 69.)

§. 310. Kann ein vom Geldbetrage entbundener socius nach Ablauf der gesetzlichen Jahresfrist von dem Societätsgläubiger, der ihn früher in solidum hatte belangen können, überhaupt noch in Anspruch genommen werden?

a) Gräbell nimmt an, daß diese Frage nach Anleitung der §§. 251—258. zu entscheiden sei; denn wenn die Gesellschaft Gewinn gemacht und getheilt habe, so befinde sich in diesem, soweit er reiche, die Forderung des noch zu befriedigenden Societätsgläubigers und in soweit habe sich also jedes Gesellschaftsmitglied zum Nachtheil dieses Gläubigers bereichert. Habe aber die Gesellschaft Schaden gemacht, so werde dieser ohnehin von den beitragenden Mitgliedern nach Verhältniß getragen.

(Kreditges. Bd. 3. S. 240, Komm. zur A. G. O. Bd. 6. S. 197.)

b) Bornemann macht dagegen die Beantwortung der Frage von dem Sinne der Worte abhängig: »nach Verhältniß seines an der Societät gehabten Antheils.« Diese seien nicht auf die Antheile der Socien am gemeinschaftlichen Fonds, sondern auf die Antheile am Gewinne zu beziehen; denn die Antheile würden nicht durch die zum gemeinschaftlichen Fonds gezahlten Beiträge, sondern durch die Gewinnantheile bestimmt. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde in dem §. 252. gedachten Falle der Gläubiger nach Ablauf der Jahresfrist seinen Anspruch an die gewesenen Gesellschafter gänzlich verlieren. Die vom Geldbeitrage entbundenen Gesellschafter blieben daher nicht bloß in dem von Gräbell angegebenen Umfange, sondern ohne Rücksicht auf den wirklich gezogenen Gewinn, nach Verhältniß ihrer durch den Vertrag oder durch das Gesetz bestimmten Antheile, auch nach der Jahresfrist verhaftet.

(System Bd. 4. S. 68, 2. Ausg. Bd. 4. S. 43.)

Vierter Abschnitt.
Von Gemeinheitstheilungen.

Die Bestimmungen dieses Abschn. (§§. 311—316. h. t.) sind durch die Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 und die dieselbe ergänzenden und abändernden Gesetze beseitigt.

Fünfter Abschnitt.
Von Grenzscheidungen.

1) Der Abschn. V. d. Tit. 17. bezieht sich nicht auf Scheidemauern zwischen Gebäuden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1843[1]). (Präj. Nr. 1298. a.)

Der ganze Abschnitt enthält nichts, woraus auf das Eigenthum der Scheidemauer zweier Gebäude auch nur ein entfernt begründeter Schluß gemacht werden könnte. Er handelt von Grenzscheidungen, und führt als dazu geeignete Mittel Grenzraine, Gräben, Steine, Pfähle, Bäume und Grenzhügel auf, deren Einrichtung und Erfordernisse angegeben werden. Darauf wird von der Ausmittelung verdunkelter Grenzen, von dem Verfahren bei Grenzerneuerungen gehandelt, nirgend aber davon, wem die Grenzscheide selbst gehöre.

(Präj. Samml. S. 25, Entsch. Bd. 9. S. 200 ff.)

2) In wiefern steht dem Besitzer eines an einem öffentlichen Wege liegenden Grundstücks, welcher behauptet, daß der Besitzer des an der andern Seite des Weges gegenüber liegenden Grundstücks zu weit vorgerückt sei und solchergestalt den Weg herübergedrängt habe, gegen den Letzteren eine Klage zu?

Arndt's bemerkt hierüber:

Eine Grenzregulirungsklage ist bei dem Mangel zusammenstoßender und verrückter Grenzen selbstredend unmöglich. Den Mangel des interdictum, ne quid in via publica fiat und der actio viae rejectae ersetzt bei uns eine aus allgemeinen Grundsätzen sich rechtfertigende Klage auf Ersatz des Schadens, der dem Besitzer des durch das Zurückdrängen des öffentlichen Weges verkürzten Grundstücks zugefügt worden. Diese gegen den Schmälernden zu richtende Schadensklage unterscheidet sich von der Grenzklage dadurch, daß erstere nicht auf Feststellung gewisser Grenzen gerichtet wird, vielmehr bereits die Gewißheit der Grenzen schon voraussetzt, daß sie nicht die Zuerkennung eines Theiles des öffentlichen Weges, sondern das Verlangen zum Gegenstande hat, der Verklagte möge so weit zurückrücken, daß der Kläger nicht mehr gefährdet werde, endlich, daß sie nicht nur gegen den nächsten, sondern nach Umständen auch gegen entferntere Affolenten des Weges stattfinden kann. Uebrigens ist die fides des Verklagten nur auf die Entschädigung von Einfluß.

(J. W. 1839 S. 621 ff.)

[1]) In der Präj. Samml. S. 25 ist dies Präj. v. 29. April 1843, in den Entsch. Bd. 9. S. 204 dagegen v. 20. Mai 1843 datirt.

§§. 362—382. Wie Grenzscheidungen anzulegen.

§. 372. Zu den »benachbarten Besitzern« des §. 372. sind auch Servitutberechtigte zu rechnen. Die Markengenossen sind übrigens nicht bloße Servitutberechtigte, sondern ideelle Miteigenthümer des bei der Theilung ungetheilt gebliebenen Theiles des Theilungsobjekts.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Mai 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 225 Nr. 59.)

§§. 372. sqq. Auf Wiederherstellung verdunkelter Grenzen kann zwar nur der Eigenthümer oder vollständige Besitzer antragen; der Beweis seines streitigen Eigenthums oder vollständigen Besitzes kann jedoch im Grenzregulirungsprozesse geführt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. März 1851.

Nach §. 372. ist auf Wiederherstellung verdunkelter und ungewiß gewordener Grenzen »jeder benachbarte Besitzer« anzutragen wohl befugt. Unter diesem »benachbarten Besitzer« ist nur der Eigenthümer oder derjenige, der gesetzlich ihn zu vertreten befugt ist, zu verstehen. Abgesehen von der hiermit übereinkommenden Theorie des gemeinen Rechtes[1]) spricht dafür, daß ein Grenzstreit in seinen schließlichen Resultaten die Zwecke und Wirkungen der Eigenthumsklage verfolgt, in sofern mit dieser übereinkommt, mithin auch an deren Voraussetzungen gebunden ist. — Ist das Eigenthum des Provokanten bestritten, so ist dies nichts Weiteres, als der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation, der von dem Kläger ebenso wie bei anderen Prozessen durch den Nachweis des Eigenthums beseitigt werden kann, und von dem Richter des Grenzstreites erörtert und aufgeklärt werden muß, sofern dafür die Data und Beweismittel vorliegen. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 349 Nr. 77.)

§§. 372. 375. Wenn ein Nachbar gegen den andern auf Wiederherstellung eines früheren Grenzzuges klagt, durch welchen ein unstreitiges im Besitze des Anderen befindliches Stück Land demselben entzogen werden würde, so ist dies für eine Vindikation, nicht aber für einen Antrag auf Grenzregulirung zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 188 Nr. 38.)

§§. 383—388. Von Grenzerneuerungen.

§. 383. 1) Der Kläger, welcher ein im unstreitigen Besitze des Nachbars befindliches Stück Landes wieder erlangen will, kann durch bloßen Antrag auf Grenzerneuerung weder sich vom Beweise seines Eigenthums befreien, noch den Verklagten seiner Einwände aus dem redlichen Besitze verlustig machen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Sept. 1855. (Präj. Nr. 2642.)

Der Abschn. 5. h. t. unterscheidet — wie §. 387. ergiebt — zwischen Grenzscheidungen und Grenzerneuerungen. Von den letzteren ist nur dann die Frage, wenn die Grenzen unstreitig sind, und ihr Zweck ist — nach §. 383. — eine künftige Verdunkelung der Grenzen zu verhüten. Wo die Grenze streitig ist, kann von einer bloßen Grenzerneuerung nicht die Rede sein. Eine Grenzscheidung findet dagegen nach §§. 372—382. in dem Falle statt, wenn die Grenzen verdunkelt sind. Verdunkelt heißt aber nach §. 375., wenn keine von beiden Theilen dafür anerkannte hinlängliche Merkmale vorhanden sind. Der Zweck einer Grenzscheidung ist nach §. 377. die Wiederherstellung der Grenze durch Ermittelung des ehemaligen Grenzzugs und in soweit diese Ermittelung erfolglos ist, nach §§. 379—382. die Theilung des streitigen Terrains unter die Grenznachbarn. Man muß annehmen, daß diese Vorschriften zunächst den Fall nicht betreffen sollten, wo der Grund und Boden des Einen durch eine Umzäunung von dem des Andern abgeschlossen ist. Ist ein Stück jenseits der Grenze gelegenen Landes von dem Verklagten oder seinen Vorbesitzern durch die Umzäunung zu seinem Grundstücke gezogen, so hat er dadurch offenbar den Besitz ergriffen. Ist aber die Grenze dieses Besitzes des Verklagten durch einen Zaun genau bestimmt, so ist in dem Sachverhältnisse keine Verdunkelung, sondern nur eine Ueberschreitung der Grenze zu finden und der Kläger beabsichtiget keinesweges, event. bei fehlendem Beweise des Grenzzuges eine Theilung des streitigen Terrains zu erlangen. Vielmehr ist seine Absicht, den Verklagten aus dem Besitze des Landes zu setzen, welches sich innerhalb des Zaunes und der angeblichen Grenzlinie befindet, und dasselbe zu seiner Verfügung zu erhalten. — Nach §§. 175., 177. A. L. R. I. 7. ist der vollständige redliche Besitzer nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig. Er hat aber, nach §. 179. a. a. O. die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich, und daher muß der wahre Eigenthümer, welcher nach §. 1. A. L. R. I. 15. seine Sache zurückfordern kann, sein Eigenthum beweisen. Führt er aber auch diesen Beweis, so kann er doch nach §§. 25., 26. a. a. O. die Ausantwortung seines Eigenthums von einem redlichen Besitzer, welcher von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag die Sache erworben hat, nur dann verlangen, wenn er Alles erstattet, was der Besitzer dafür gegeben und geleistet hat. — Geht der Klagantrag bloß dahin: eine bestimmte Linie als Grenze des Grundstücks anzuerkennen und die Grenzpunkte herstellen zu lassen, so könnte nach dem Sachverhältnisse der Verklagte hierzu nur dann erst verurtheilt werden, wenn nach den einschlagenden Gesetzen auch eine Vindikations-Klage substantiirt und durch dieselbe dasjenige im Besitze des Verklagten befindliche Stück Landes vom Kläger wieder erlangt wäre, welches innerhalb des Zaunes und der angeblichen Grenzlinie gelegen ist. Durch den bloßen Antrag auf Anerkennung und Ziehung der Grenze kann aber der Kläger weder sich vom Beweise seines Eigenthums befreien, noch den Verklagten seiner Einwände aus dem redlichen Besitze verlustig machen. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 33, Entsch. Bd. 31. S. 25.)

2) R. des Min. d. Inn. v. 6. Juli 1817. Eine jährliche Grenzbeziehung in den Feldmarken und einzelnen Ackerbesitzungen eines jeden Ortes, welche in einigen Provinzen von den administrativen Behörden vorgenommen, ist nicht nothwendig, kann aber nach dem Wunsch der Gemeinde geschehen. (v. K. Ann. Bd. 1. S. 41, 42.)

§§. 385. 386. Bei der Regulirung der Grenzen eines Gutes genügt zur rechtsgültigen Feststellung der Ansprüche der Feldnachbarn, welche einzelne Grundstücke besitzen, die Benachrichtigung der benachbarten Gemeinden nicht, sondern es ist die Zuziehung der Ersteren nothwendig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März u. 24. Mai 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 127 Nr. 31.)

§. 387. Sind auch jetzt noch bei dem Grenzscheidungsprozesse die in den §§. 322—332. h. t. bezeichneten Personen zuzuziehen?

a) Die Gesetzrevisoren verneinen.

Zwar verweist §. 387. in Betreff der Legitimation dessen, dem nur ein getheiltes Eigenthum zusteht, auf die §§. 323—332. h. t. Diese Vorschriften haben aber durch die Gemeinheitsth. O. v. 7. Juni 1821 §§. 6. seq. eine Aenderung erlitten. Der nutzbare Eigenthümer eines Erbzins- oder Lehngutes, der Nutznießer eines Fideikommisses, und der wiederkäufliche Besitzer sollen zu dem Antrage auf Gemeinheitstheilung befugt sein, dem Obereigenthümer und dem Sukcessionsberechtigten aber bleibt es überlassen, sich auf die öffentliche Vorladung zu melden und ihre Gerechtsame wahrzunehmen. Es versteht sich von selbst, daß die Legitimation der Besitzer bei Grenzregulirungen nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden muß. Nur die öffentliche Bekanntmachung, welche nach §. 11. des Ges. über die Ausführung der Gemeinheitsth. O. v. 7. Juni 1821 zum Zweck der Aufforderung unbekannter Interessenten bei getheiltem Eigenthum erfolgen soll, ist es, welche jetzt noch Berücksichtigung verdient, indem dieselbe die nach dem A. L. R. durch Zuziehung der §§. 323—332. h. t. bemerkten Interessenten herzustellende Legitimation ersetzt.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 32.)

b) Bornemann bejahet, indem beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift die Bestimmungen der Gemeinheitstheil. O. §§. 6. sqq. auf Grenzscheidungsklagen nicht ausgedehnt werden könnten.

(System Bd. 4. S. 72, 2. Ausg. Bd. 4. S. 45—46.)

c) Koch verneint, indem er annimmt, daß die §§. 5—10. der Gemeinheitstheil. O. und der §. 24. der V. v. 30. Juni 1834 an die Stelle der §§. 323—332. h. t. getreten seien.

(Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 387. h. t.)

§. 388. Die unterbliebene Zuziehung einer Gerichtsperson bei Erneuerung alter, oder Bestimmung neuer Grenzen hat, wenn nur ein von den Interessenten unterschriebenes Protokoll, aus welchem der Grenzzug ersichtlich, aufgenommen worden ist, auf die Gültigkeit der Verhandlung keinen nachtheiligen Einfluß.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Aug. 1841. (Präj. Nr. 1033.) (Präj. Samml. S. 100.)

---

[1]) Nach gem. Rechte kann, abweichend von dem A. L. R., auch der Nießbraucher, der Emphyteuta und der Pfandbesitzer die actio fixium regundor. anstellen (vergl. Schweppe §. 600., Göschen §. 642., Puchta §. 358.).

Achtzehnter Titel.
Vom getheilten Eigenthum.

Versuch einer Uebersicht der Lehre von den Rechten auf fremdes Eigenthum im Tit. 18. bis 23. Thl. I. des A. L. R. (Siewert Hft. 3. S. 9 ff.)

Erster Abschnitt.
Vom Lehne.

Terlinden, Grundsätze des heutigen gemeinen Preuß. Lehnrechts. 8. Halle. 1796.
Paalzow, de Feudis. (In ej. Observ. Fasc. IV. p. 79 ff.)
Duesberg, Uebersicht der Lehnsverhältnisse in der Preuß. Monarchie. (Simon's Z. Bd. 1. S. 303—352.)

I. Ueber die Entstehung dieses Abschnittes und die Gesichtspunkte bei dessen Bearbeitung vergl. Suarez Bemerk. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 87 ff.)

II. Das Lehnsinstitut ist auch als bloße Form des Besitzrechts fast ganz abgestorben; denn nur die Thronlehne und die feuda extra curtem bestehen noch, hinsichtlich aller anderen ist das Obereigenthum des Lehnsherrn ohne Entschädigung aufgehoben und auch im Uebrigen soll der Lehnsverband durch gesetzliche Anordnungen aufgelöst werden.

1) G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc.

§. 2. Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

1) Das Obereigenthum des Lehnsherrn und die lediglich aus demselben entspringenden, in dem §. 5. nicht als fortbestehend bezeichneten Rechte bei allen innerhalb des Staates belegenen Lehnen, mit alleiniger Ausnahme der Thronlehne.

§. 5. Die in dem §. 2. Nr. 1. bestimmte Aufhebung des Obereigenthums des Lehnsherrn hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltenen Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehen, und zwar mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen des Verpflichteten, welche sie bisher darin hatten.
(G. S. 1850 S. 77.)

Dazu: C. R. v. 17. Aug. 1850, betr. die landesherrlichen Lehne.

Sämmtlichen Gerichtsbehörden, welche bisher als Lehnskurien das lehnsherrliche Interesse des Fiskus wahrzunehmen hatten, wird hierdurch bekannt gemacht, daß der Finanzmin. sich damit einverstanden erklärt hat, daß in allen denjenigen Fällen, in denen vor Emanation des Ablösungsgesetzes v. 2. März d. J. mit den früheren Vasallen Verhandlungen über die Allodifikation des Lehns stattgefunden haben, die aber zur Zeit der Emanation des Gesetzes noch nicht so weit gediehen waren, daß der Allodifikations-Konsens wirklich ertheilt und die Allodifikations-Urkunde ausgefertigt worden ist, Seitens des K. Fiskus ein Anspruch auf Zahlung der Allodifikations-Summe auch alsdann nicht erhoben werden soll, wenn Seitens der bisherigen Vasallen das berechnete Allodifikations-Quantum bereits genehmigt worden ist.

Zugleich werden die Gerichtsbehörden hierdurch angewiesen, einem von der K. Reg. zu bezeichnenden fiskalischen Beamten die Hypothekenbücher, Grund- und Lehnsakten derjenigen Lehnsgüter, die bis zur Emanation des Gesetzes v. 2. März d. J. vom Landesherrn relevirten, vorlegen zu lassen, um aus denselben die Materialien für eine Zusammenstellung derjenigen Lehnsgefälle entnehmen zu können, welche nach §. 5. des Ablösungsgesetzes v. 2. März d. J. als fortdauernd zu betrachten sind. (J. M. Bl. 1850 S. 306.)

2) G. v. 5. Juni 1852, betr. die Abänderung der Art. 40. u. 41. der Verfassungsurkunde.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. verordnen, mit Zustimmung der Kammern, was folgt:

Art. 1. Die Art. 40. und 41. der Verfassungs-Urkunde v. 31. Jan. 1850 werden aufgehoben. An ihre Stelle treten folgende Bestimmungen:

Art. 2. Die Errichtung von Lehen ist untersagt.

Der in Bezug auf die vorhandenen Lehen noch bestehende Lehnsverband soll durch gesetzliche Anordnung aufgelöst werden.

Art. 3. Die Bestimmungen des Art. 2. finden auf Thronlehen und auf die außerhalb des Staats liegenden Lehen keine Anwendung.

Urkundlich ꝛc.

Gegeben Bellevue, den 5. Juni 1852.

Friedrich Wilhelm.

v. Manteuffel. v. d. Heydt. Simons. v. Raumer. v. Westphalen. v. Bodelschwingh. v. Bonin.
(G. S. 1852 S. 319.)

III. Jede Lehnsverbindung kann durch Familienschlüsse beliebig abgeändert oder aufgehoben werden.
(Ed. v. 9. Okt. 1807 §. 9., s. in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 6—8. Zus. I.)

Ueber die Errichtung solcher Familienschlüsse bestimmt im Allgemeinen das G. v. 15. Febr. 1840, insbesondere §. 21.
(G. S. 1840 S. 20.)

Vergl. dasselbe in den Erg. zum A. L. R. II. 4. §§. 42—46.

In Betreff einzelner Landestheile disponiren hierüber und in Betreff der Dispositionen über Lehne außerdem:

1) Dekl. v. 11. Juli 1845, betr. die Errichtung von Familienschlüssen für Altvorpommersche und Hinterpommersche Lehne. (G. S. 1845 S. 482.)

2) G. v. 15. Mai 1852, betr. die Erleichterung gewisser Dispositionen über Kurmärkische Lehne. (G. S. 1852 S. 290.)

3) G. v. 10. Juni 1856, betr. die erleichterte Umwandlung Altvorpommerscher und Hinterpommerscher Lehne in Familien-Fideikommisse.
(G. S. 1856 S. 554.)

4) G. v. 23. März 1857, betr. die erleichterte Umwandlung Ostpreußischer und Ermländischer Lehne in Familien-Fideikommisse.
(G. S. 1857 S. 169.)

§§. 26—38. Vergl. über diese §§. die Bemerkungen von Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 89.)

§§. 27. 28. Bezieht sich §. 28. nur auf bewegliche Pertinenzstücke?

Es bemerkt hierüber der revid. Entw. des Lehnrechts:

Der §. 27. spricht nur von beweglichen Sachen; der §. 28. enthält diesen Zusatz nicht, allein er ist mit dem vorhergehenden §. durch das Wort also in Verbindung gesetzt, und es scheint darnach, daß der §. 28. sich gleichfalls nur auf bewegliche Pertinenzstücke bezieht.

Daß aber dies nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, geht daraus hervor, daß a) die Disposition des §. 28. unbedenklich auch für unbewegliche Sachen die Lehnseigenschaft begründet, und b) der §. 28. unverändert aus dem Entw. und Gesetzbuche, wo in den folgenden §§. von beweglichen und unbeweglichen Pertinenzien die Rede war, aufgenommen, und erst bei der Umarbeitung des Gesetzbuches zum A. L. R. die Fassung der §§. 29. u. 30. auf bewegliche Sachen beschränkt worden ist, ohne im Uebrigen etwas zu ändern.

Die Gründe dieser anderweitigen Fassung sind aus den Materialien nicht zu entnehmen, sondern es findet sich bloß die Bemerkung, daß jene Aenderung konkludirt sei. Dieser Beschluß beruht muthmaßlich darauf, daß im §. 84. für die Errichtung eines Lehnes von Grundstücken eine besondere Form, nämlich die gerichtliche Abschließung und hypothekarische Eintragung des Lehnsvertrages verordnet ist, und folglich nur unter Beobachtung eben dieser Form ein Immobile die Lehnspertinenz-Eigenschaft erlangen kann. Das Wort also muß hiernach aus dem §. 28. fortbleiben.

Der §. 28. A. L. R. ist ferner darin unvollständig, daß die oblatio in feudum, deren in §. 30. bei beweglichen Sachen besonders gedacht wird, nicht mit vorkommt, obwohl dadurch die Pertinenz-Qualität eben so allgemein begründet werden kann. (a. a. O. S. 22.)

§. 47. R. des Justizmin. v. 24. Jan. 1810.

Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. Unsern ꝛc. Wir haben durch eine, unter dem 28. Dec. v. J. an Unser Staatsmin. erlassene Allerh. K. O. den Grundsatz als G. aufgestellt:

daß Unterthanen auswärtiger Staaten, in denen die agnatischen Rechte auf Lehne, welche in deren Gebiet belegen sind, cessiren, sowohl solche Unterthanen, welche in diesem Gebiete Lehne besitzen, als auch solche, welche nur dort wohnen, und keine Lehne dort besitzen, gerade in denselben Fällen, in denen nach dortigen Gesetzen die agnatischen Rechte auf dortige Lehne nicht mehr stattfinden, dergleichen agnatische Rechte in Unseren Staaten nicht ausüben, vielmehr alle solche Rechte erloschen sein sollen;

welches Wir Euch hiermit zur genauesten Nachachtung in allen vorkommenden Fällen bekannt machen. Sind ꝛc. Auf ꝛc. ꝛc. Beyme.
(Mathis Bd. 8. S. 517 1. Abschn., Rabe Bd. 10. S. 261.)

Die in Bezug genommene K. O. v. 28. Dec. 1809 ist nicht publizirt und von derselben später Abstand genommen.
(Gesetzrev. Motive zum Tit. 18. S. 92.)

§. 49. 1) K. O. v. 23. Okt. 1833 und R. v. 4. Nov. 1833. Die Vorschrift des Sächsischen Lehnsmandats, nach welcher Stadtgemeinden, welche Lehngüter besitzen, die Lehen durch Lehnsträger zu suchen verpflichtet sind, ist bei inländischen Stadtgemeinden nicht mehr anzuwenden, und daher die Bestellung von Lehnsträgern für solche Gemeinden nicht weiter erforderlich.
(Jahrb. Bd. 42. S. 287, 288, Gräff Bd. 6. S. 755.)

2) K. O. v. 30. Nov. 1836 und R. v. 9. Dec. 1836, betr. die Anwendung der ad 1. allegiren gesetzlichen Vorschriften auf die inländischen Dorfgemeinden im Herzogthume Sachsen.

(Jahrb. Bd. 48. S. 429.)

3) Jetzt fällt in Folge der Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigenthums die Lehnsmuthung ganz weg, außer bei Thronlehnen und feudis extra curtem.

§§. 67. 68. Diese Bestimmung ist in Beziehung auf die Erwerbung durch einen Titel unter Lebendigen schon durch das Ed. v. 9. Okt. 1807 §. 1. aufgehoben; sie hat nur noch in Bezug auf die Sukcessionsfähigkeit der Angehörigen einer Familie, bei welcher der Adel eine Bedingung der Folgefähigkeit ist, Geltung.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 22. zum §. 68. h. t.)

§. 73. Nach Kurmärkischem Lehnrechte kann die Kündigung eines Lehnstamms-Kapitals auf der Gläubigerseite durch den zeitigen Nutzungsberechtigten allein selbst dann nicht erfolgen, wenn er die Auszahlung ins gerichtliche Depositorium begehrt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1851.

(Entsch. Bd. 21. S. 425.)

§§. 83—85. 259. 260. R. v. 22. Aug. 1823. Das G. v. 23. April 1821, wegen Aufhebung der Verlautbarung der Verträge über unbewegliche Güter, hat in Ansehung der Form der Lehnsverträge nichts geändert.

(Jahrb. Bd. 22. S. 76, Gräff Bd. 1. S. 57.)

§§. 88. sqq. K. O. v. 16. Dec. 1834, betr. die Entschädigungen, welche bei landesherrlichen Lehnen für die bei einer Regulirung gutsherrlich-bäuerlicher Verhältnisse, Dienstablösung, Gemeinheitstheilung oder Reluition von Grundgerechtigkeiten das Lehn empfängt.

Auf Ihren Ber. v. 28. v. M. erkläre Ich mich mit Ihrer Ansicht einverstanden, daß, nach den in Bezug genommenen gesetzlichen Vorschriften, wenn bei landesherrlichen Lehnen eine Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, Dienstablösung, Gemeinheitstheilung oder Reluition von Grundgerechtigkeiten durch die Gen. Komm. bewirkt wird, die Entschädigung, welche das Lehn für aufgegebene Gerechtsame empfängt, unmittelbar in die Stelle des dadurch verminderten Lehnswerthes tritt. Abfindungen in Land werden nur auf den Grund der vorschriftsmäßig errichteten und publizirten Rezesse und Grundstücke, die durch Verwendung der vorbedungenen Abfindungs- und Ablösungskapitalien oder Renten erworben sind, auf die ausdrückliche Erklärung der Gen. Komm.: daß der Kaufpreis dem Werthe angemessen und die Erwerbung für das Lehen nützlich sei, nach dem Antrage des Lehnbesitzers oder eines anderen Interessenten, ohne Weiteres dem Lehngute als Pertinenzstück im Hypothekenbuche zugeschrieben, ohne daß es einer Belehnung des Lehnbesitzers, der Lehnfolger und der Anwärter mit dem neu entstandenen Lehnspertinenzstücke bedarf. Ich genehmige, daß Sie im vorliegenden Falle des Grafen zu Stollberg-Stollberg das O. L. G. zu Naumburg hiernach berichtigen, und zugleich die betreffenden Lehnskurien mit Anweisung versehen. (G. S. 1835 S. 1.)

§. 95. Lehnbriefe überhaupt sind zur unmittelbaren Vollziehung des Königs und zur Kontrasignatur des Justizmin. auszufertigen.

(R. v. 17. Aug. 1813, Jahrb. Bd. 2. S. 10, Gräff Bd. 1. S. 68.)

Dies findet jetzt nur noch auf Thronlehne Anwendung.

Vergl. über diesen Gegenstand auch die R. v. 24. Aug. 1813 (Jahrb. Bd. 2. S. 10, Gräff Bd. 1. S. 70), v. 22. April 1815 (Jahrb. Bd. 5. S. 4, Gräff Bd. 1. S. 69) und v. 2. Sept. 1822 (Jahrb. Bd. 20. S. 29, Gräff Bd. 1. S. 69).

§. 104. Diese Bestimmung ist absichtlich mit Abweichung vom gem. Rechte getroffen, um doppeltes Laudemium zu vermeiden.

(Suarez in der Schlußrev., Jahrb. Bd. 52. S. 25.)

§. 111. R. v. 6. April 1817. Juden sollen den Huldigungseid in Person leisten, da nicht bestimmt ist, welcher Werth von ihnen nach ihrem Glauben auf einen durch einen Bevollmächtigten geleisteten Eid gelegt wird.

(Acta des Justizmin. A. 2961., Rev. P. 10. No. 11. f. 31.)

§. 112. Vergl. die V. v. 7. Jan. 1838 über die Volljährigkeit in Lehnsfachen für die vormals Sächsischen Landestheile.

(G. S. 1838 S. 32.)

§. 142. Ueber die in diesem §. gebrauchten Worte: »oder ihrer Erblasser Genehmigung« bemerken die Motive des rev. Entw. zum Lehnrecht:

Der Ausdruck: »oder ihrer Erblasser Genehmigung« scheint anzudeuten, daß die Agnaten die Abänderungen des Lehnsbriefes dann nicht anzuerkennen brauchen, wenn sie nicht Erben der konsentirenden Agnaten geworden sind. Dies ist aber in Bezug auf deren Ascendenten nicht allgemein gültig. (Vergl. §. 309.)

(a. a. O. S. 35.)

§§. 146. sqq. Eine unter der Herrschaft des A. L. R. begangene Felonie wird nicht nach dem gemeinen, sondern nach dem Lehnrechte des A. L. R. beurtheilt, sollte gleich das Lehn vor dem Eintritte des Letzteren begründet sein.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1854.

(Entsch. Bd. 29. S. 358.)

§. 187. Ueber die Modifikation dieser Bestimmung durch die neuere Gesetzgebung vergl.: Ed. v. 14. Sept. 1811 wegen Beförderung der Landeskultur §. 6. (G. S. 1811 S. 203), G. v. 13. April 1841 §. 5. (G. S. 1841 S. 79) und G. v. 3. März 1850 (G. S. 1850 S. 145).

§§. 192. u. **193.** Diese §§. fallen weg, weil es Erbzins, Erbpacht und Austhuung zur Kultur, auf welche Veräußerungsarten dieselben sich beziehen, nicht mehr giebt.

§. 194. Kann die Ehefrau ein ihr zustehendes Lehn in dotem geben?

Die Motive zum rev. Entw. des Lehnrechts bemerken, daß dieser Fall, der nach gem. Rechte dem im §. 194. gedachten Falle gleich gestellt ist (I. F. 13. §. 3.; II. F. 3. §. 1.; II. F. 39. Kaiser-Recht Art. 23., 26. Wernher, Obs. T. I. p. I. Obs. 341 —) im A. L. R. nicht erwähnt sei, doch bedürfe derselbe auch nach A. L. R. II. 1. §. 231. keiner besonderen Bestimmung.

(a. a. O. S. 48.)

§§. 210. sqq. Die Afterbelehnung kann bei Lehnen innerhalb Landes nicht mehr vorkommen; denn auch bei Thronlehnen würde sie unter das Verbot der Errichtung neuer Privatlehne fallen.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 60. zum §. 210. h. t.)

§. 228. Zur Erläuterung des §. 228. bemerkt der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Mai 1848:

Das A. L. R. handelt im ersten Theil des Tit. 18. nur vom Lehn und unter IX. von dem Verhältniß zwischen Lehnsherrn und Vasallen. Der §. 228. enthält die besondere Bestimmung, daß der Vasall die Substanz des Lehns überhaupt nicht und dessen Nutzungen nicht über seine eigene Besitzzeit hinaus eigenmächtig mit Schulden beschweren oder sonst belasten könne. Er reiht sich unmittelbar an die übrigen Vorschriften an, durch welche die Verhältnisse zwischen Lehnsherrn und Vasallen bestimmt werden. Es ergiebt auch das Wort »eigenmächtig«, daß der Vasall nur ein durch den Lehnsherrn resp. die Agnaten und Mitbelehnten eingeschränktes Dispositionsrecht über das Lehn besitzt. Dies erhellt noch klarer aus §. 301., wonach wider Agnaten oder Mitbelehnte Hinsichts der Befugniß zur Anfechtung der, ohne ihre Einwilligung über das Lehn getroffenen Verfügungen, die Verjährung erst mit dem Tage des Lehnsanfalls an sie ihren Anfang nimmt. Eben daraus aber folgt zugleich, daß nur der Lehnsherr und die eingetragenen Agnaten oder Mitbelehnten unbedingt die ihnen nachtheiligen Verfügungen des Lehnsbesitzers anzufechten befugt sind, kein Anderer aber in der Regel solche Befugniß hat. Der §. 228. enthält mithin nur eine, durch die Rechte gewisser Personen eingeschränkte Befugniß des Lehnsbesitzers. (Rechtsf. Bd. 4. S. 102 Nr. 50.)

§§. 228. sqq. Ueber die Verschuldung der Lehne für vorübergehende Fälle werden in der Regel besondere Vorschriften erlassen. Dergleichen sind aus neuerer Zeit die durch die letzten Kriege verursachten Schulden und die in Folge der Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, der Gemeinheitstheilungen und der Ablösungen veranlaßten Verschuldungen. Die hierüber ergangenen Verordnungen sind nur vorübergehender Natur.

I. Betreffs der Kriegsschäden aus den Jahren 1806 und 1807 treffen Bestimmungen:

a) der §. 8. des Ed. v. 9. Okt. 1807 (s. in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 6—8., Zus. 1.),
b) die K. O. v. 20. Jan. 1808 (Rabe Bd. 13. S. 764),
c) die K. O. v. 3. Mai 1808 (a. a. O. Bd. 9. S. 197),
d) das R. v. 5. März 1809 (a. a. O. S. 66),
e) die R. v. 12. Aug. 1809 (a. a. O. S. 129 u. 133),
f) das R. v. 20. Sept. 1809 (a. a. O. Bd. 10. S. 150),
g) das R. v. 6. Dec. 1809 (a. a. O. S. 215),
h) das C. R. v. 2. März 1810 (a. a. O. S. 292),

i) die Dekl. v. 21. April 1818 (G. S. S. 29),
k) das G. v. 27. Juni 1824 (G. S. S. 133),
und wegen der Kriegsschäden aus den Jahren 1812 bis 1814:
l) die V. v. 1. Aug. 1817 (G. S. S. 206).

II. Ueber die Verschuldung der Substanz der Lehn- und Fideikommißgüter in Folge gutsherrlich-bäuerlicher Regulirungen und Auseinandersetzungen bestimmen:
a) das Ed. v. 14. Sept. 1811, betr. die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, §§. 24., 55., 56. (G. S. S. 281),
b) die Dekl. v. 29. Mai 1816 Art. 51—59. (G. S. S. 154),
c) die V. v. 9. Mai 1818 (G. S. S. 43),
d) die K. O. v. 30. Juni 1827 (G. S. S. 78),
e) das R. v. 29. Jan. 1828 (Jahrb. Bd. 31. S. 153, Gräff Bd. 4. S. 219),
f) die K. O. v. 13. Mai 1829 (G. S. S. 44),
g) die K. O. v. 2. Juli 1831 (G. S. S. 155),
h) das G. v. 29. Juni 1835 §§. 4—7. (G. S. S. 135),
i) das R. des Min. des Inn. v. 31. Aug. 1840 (Min. Bl. d. i. V. 1840 S. 385),
k) das R. dess. Min. v. 30. Sept. 1841 (a. a. O. 1841 S. 291),
l) das G. v. 18. Juni 1840 §§. 102. ff. (G. S. S. 177),
m) das G. v. 4. Juli 1840 §§. 76. ff. (G. S. S. 212).

Das Prinzip enthalten die §§. 238. sqq. h. t.

Das R. v. 16. Dec. 1833 bemerkt in dieser Beziehung:

Es ist unrichtig, daß das für ein abgelöstes Realrecht konstituirte Schuldverhältniß auf ein Lehnsgrundstück nur mit Vorbehalt der agnatischen Rechte eingetragen werden dürfe; vielmehr bedarf es allein des nach Maßgabe der K. O. v. 2. Juli 1833 von den Gen. Komm. auszustellenden Attestes, um die Hyp. Behörden, auch ohne Einwilligung der Agnaten, zur Eintragung eines für ein abgelöstes Realrecht konstituirten Schuldverhältnisses zu verpflichten. Ein Nachweis, daß die abgelöste Last eine Reallast und wirklich für die Agnaten verbindlich gewesen, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben und würde den Zweck des Gesetzes aufheben, weil ein solcher Nachweis außer durch die übereinstimmende Erklärung der Lehnsinteressenten nur im Wege des Prozesses geführt werden könnte, hierdurch aber das Gesetz illusorisch gemacht würde, indem hiernach doch wieder gegen die Vorschrift der K. O. v. 2. Juli 1831 der Konsens der Agnaten nothwendig sein würde.

(Jahrb. Bd. 42. S. 441, Gräff Bd. 7. S. 178.)

§. 232. 1) Kautionsgelder der Pächter gehören nicht zu den Lehnsschulden. (Präj. vom Jahre 1799, Stengel Bd. 11. S. 304.)

2) Suarez bemerkt in der rev. mon.:

Der §. 232. ist auf jeden successorem in feudo zu beziehen, ohne Unterschied, ob er ein Descendent ist oder nicht. Vorausgesetzt, daß Schulden, welche bloß die Person und Familie des Vasallen betreffen, z. B. zur Beerdigung des Vasallen, zur Equipage für die Söhne ꝛc., durch das Provinzialgesetz einmal für Lehnsschulden erklärt sind, so müssen sie, obgleich nur in subsidium, ex feudo bezahlt werden, ohne Unterschied, ob ein Sohn des Vasallen oder nur ein Agnat zur Sukcession gelangt. (Jahrb. Bd. 52. S. 26.)

§§. 238—242. 318. Ueber die ratio dieser Bestimmungen vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 90 ff.)

§. 250. 1) K. O. v. 20. Aug. 1832, betr. die Aufhebung der Konsense und Konfirmationen der Lehnskurien zu Cessionen und Verpfändungen von Lehnsschulden im Herzogthum Sachsen.

Auf den von Ihnen erstatteten Ber. v. 14. Aug. d. J. genehmige Ich, daß künftig zu Cessionen oder Verpfändungen von Lehnshypotheken im Herzogthum Sachsen ein Konsens der Lehnskurie nicht erforderlich sein soll und es einer Konfirmation von Seiten derselben nicht weiter bedarf. (G. S. 1832 S. 213.)

2) R. v. 25. Aug. 1834. Die vorstehende K. O. bezieht sich nur auf die landesherrlichen, nicht aber auf Privatlehne.

(Jahrb. Bd. 44. S. 150, Gräff Bd. 8. S. 37.)

3) In der Ober- und Nieder-Lausitz sind durch die K. O. v. 6. Juli 1838 die Lehnskonsense bei Aufnahme neuer Darlehne auf die Substanz rücksichtlich der auf mehr als vier Augen stehenden landesherrlichen Lehne aufgehoben worden.

(Jahrb. Bd. 52. S. 150, Gräff Bd. 12. S. 46.)

§§. 252. 253. Vergl. die Bemerkungen von Suarez über diese §§. in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 28.)

§. 257. In diesem Falle enthält die gerichtliche Bestätigung den lehnsherrlichen Konsens, wenn auch das Gericht nicht ausdrücklich als Lehnhof gehandelt hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Sept. 1813.
(Jahrb. Bd. 3. S. 318.)

§. 258. Ist bei Prozessen, welche das Lehn betreffen, die Zuziehung der Agnaten nothwendig?

Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken:

Nach Longobardischem Lehnrechte ist so wenig die Zuziehung des Lehnsherrn, als der Agnaten zu Prozessen, welche das Lehn betreffen, erforderlich (II. F. 26. §§. 21—43., Böhmer principia jur. feud. §. 256.); der §. 258. des A. L. R. hat die Zuziehung des Lehnsherrn vorgeschrieben, ohne der Agnaten zu erwähnen. Es entsteht daher die Frage, ob es in Beziehung auf diese letztere bei dem früheren Rechte verblieben, oder ob hier die Bestimmungen im Thl. II. Tit. 4. §§. 117. et seq. von Fideikommissen anzuwenden seien?

Die Frage ist von großer praktischer Wichtigkeit, besonders, da das Lehns-Ober-Eigenthum in vielen Provinzen aufgehoben und nur der agnatische Verband beibehalten ist. Es ist nicht zu leugnen, daß der Theorie nach die letzte Alternative die richtige sein dürfte, da nicht abzusehen ist, warum der Lehnsherr und die Fideikommiß-Agnaten bevorrechtet sein sollten, und da zu Prozessen über die Substanz der Sache in der Regel nur der vollständige Eigenthümer legitimirt ist, und dieser bei einem Lehne durch den Lehnsherrn, Vasallen und Agnaten zusammen dargestellt wird; auf der anderen Seite ist aber nicht zu verkennen, daß die Zuziehung aller Lehns-Agnaten zu solchen Prozessen den Rechtsweg sehr erschweren würde. (a. a. O. S. 56.)

§§. 259. 260. 1) Die Lehnsqualität muß förmlich sub Rubr. II. eingetragen sein, wenn dies einem Dritten mit Effekt entgegengesetzt werden soll, und es ist also keinesweges genug, wenn das Gut auf dem Titelblatte nur im Allgemeinen als ein Lehngut genannt wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Febr. 1820, auf Grund der §§. 259. u. 260. h. t. und der §§. 33., 47., 50. Tit. I. der Hyp. O. (Simon's R. Bd. 1. S. 221 ff.)

2) Das Gutachten der Gesetz-Komm. v. 3. Mai 1785 nahm an, daß die hypothekarischen Gläubiger, wenn sie ohne Einwilligung des Lehnsherrn eingetragen sind, zwar auf Subhastation dringen können, daß indeß das Lehngut als solches subhastirt werden muß, falls die Hypothekengläubiger mit Aufrechterhaltung des nexus feudalis befriedigt werden können.

(Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 452, Klein's Annal. Bd. 1. S. 194.)

§§. 260. 665. 1) Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken:

Die Worte im §. 260.: »nach gehöriger Prüfung der darin eingetragenen oder allegirten Urkunden« und die Stelle im §. 665.: »nach gehöriger Prüfung der Urkunden, auf welche der eingetragene Titel des gegenwärtigen Besitzers sich gründet«, befanden sich im Gesetzbuche nicht; im §. 665. hieß es an dieser Stelle nur: »auf guten Glauben des Hypothekenbuchs.« Diese Veränderung ist bei der Schlußrevision des Gesetzbuches durch das Bedenken veranlaßt, daß die Rechte der Parteien zu sehr gefährdet sein würden, wenn es lediglich auf den wörtlichen Inhalt des, vielleicht von einem nachlässigen oder unkundigen Richter gemachten Eintragsvermerks ankäme, und ein Dritter sich um weiter nichts, als um den Hypothekenschein zu bekümmern hätte.

(a. a. O. S. 53.)

Vergl. darüber die Bemerk. von Suarez in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 90—91.)

2) Der §. 260., welcher den Dritten, der mit dem Besitzer eines im Hypothekenbuche eingetragenen Grundstückes, bei welchem die Lehnseigenschaft nicht vermerkt ist, auf den guten Glauben des Hypothekenbuchs über das Grundstück verhandelt hat, zur Prüfung der darin eingetragenen und allegirten Urkunden verpflichtet, kann auf den Fall der Veräußerung eines solchen Grundstücks nicht Anwendung finden; vielmehr hat der Käufer nach §. 665. nur die Urkunden zu prüfen, auf welche der Titel des gegenwärtigen Besitzers sich gründet, um das freie Eigenthum durch die gewöhnliche Verjährung vom Tage der Eintragung des Besitztitels gegen alle und jede Lehnsberechtigte zu erwerben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1849. (Präj. Nr. 2127.)

Nach §. 260. kann nicht bezweifelt werden, daß zu Gunsten des Lehnsherrn und der Lehnsberechtigten überhaupt, selbst wenn die Lehnseigenschaft eines Grundstücks im Hypothekenbuche nicht vermerkt ist, dem Dritten, der sich mit dem Besitzer eingelassen hat, noch eine besondere Prüfung der im Hypothekenbuche allegirten Urkunden, welche die Lehnseigenschaft des betreffenden Grundstücks etwa ergeben möchten, zur besonderen Pflicht gemacht ist. Nach den amtlichen Vorträgen von Suarez — Jahrb. Bd. 45. S. 92 — geht derjenige, welcher sich mit dem Besitzer eines Lehngutes, dessen Lehnseigenschaft im

Hypothekenbuche nicht vermerkt ist, in Verfügungen über dasselbe einläßt, bei Prüfung dessen Dispositions-Befugniß auf den Grund des vorgelegten Hypothekenscheins nicht sicher, und ist gegen die Ansprüche des Lehnsherrn und Lehnsberechtigten nicht geschützt, wenn dieselben aus den ihm vorgelegten, in dem Hypothekenscheine bezogenen Urkunden sich ableiten lassen. Diese Urkunden, auf welche sich die Dispositions-Befugniß des verfügenden Besitzers gründet, nicht aber die Hypothekenbücher selbst und sämmtliche auf dem betreffenden Hypothekenfolium in Bezug genommenen Urkunden, soll der Dritte, welcher sich mit dem Besitzer in Verfügungen einläßt, prüfen, damit nicht etwa durch eine mangelhafte Eintragung die Rechte der Lehnsinteressenten gefährdet werden; denn der Hypothekenschein beurkundet nach Zweck und Einrichtung den Inhalt des Hypothekenbuches in Beziehung auf eine bestimmte Eintragung und namentlich in Beziehung auf die Befugniß des Besitzers zu der vorzunehmenden Verfügung, und legitimirt den Eigenthümer als solchen in Verbindung mit den beigehefteten Erwerbungs-Urkunden, und die Einsicht des Hypothekenscheins vertritt daher die Stelle der Einsicht des Hypothekenbuches. Es soll nach der Absicht des Gesetzgebers nur der Inhalt des Hypothekenbuches berücksichtigt werden; und wenn von dem Glauben desselben die Rede ist, so bezieht sich dies auf die zu vertretende Zuverlässigkeit des Inhalts desselben, welche durch einen Hypothekenschein in der Regel gewährt wird, im Falle des §. 260. a. a. O. aber allein nicht für genügend geachtet werden soll. Die Bestimmung des §. 260. a. a. O. bezieht sich überdies aber, wie sich aus den §§. 228. ff., insbesondere aus dem §. 259. a. a. O. ergiebt, nur auf den besonderen Fall der Verschuldung und Belastung eines Lehns; für den Fall einer Veräußerung eines Lehnguts als freien Eigenthums enthält der §. 665. a. a. O. eine die vorstehende Ausführung bestätigende ausdrückliche Bestimmung.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 33, Entsch. Bd. 18. S. 256.)

3) Unter den »allegirten Urkunden« sind auch die alten Hypothekenbücher, wenn darauf im Hypothekenscheine Bezug genommen worden ist, zu verstehen. Was darin enthalten, muß der, welcher auf Grund des Hypothekenscheines ein früheres Lehn erwirbt, als ihm rechtlich bekannt, gegen sich gelten lassen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1832.

(Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 567 ff.)

§§. 261—266. I. Auf das Verhältniß der Agnaten gegen den Lehnsbesitzer bezieht sich die Vorschrift des Art. 2. des G. v. 5. Juni 1852 (s. ob. S. 610), wonach die noch bestehenden Lehnsverhältnisse durch gesetzliche Anordnung aufgehoben werden sollen; denn das Obereigenthum ist bereits durch das G. v. 2. März 1850 §. 2. (s. ob. S. 610) aufgehoben. Die Bestimmungen des A. L. R. über das Verhältniß der Agnaten und Mitbelehnten haben bis jetzt noch volle Gültigkeit.

II. Nach §. 9. des Ed. v. 9. Okt. 1807 (s. in den Erg. zum A. L. R. I. 8. §§. 6—8. Zus. I.) ist das Verhältniß zwischen den Agnaten und Vasallen ein durch Familienschluß auflösbares.

1) Ueber die Art und Weise, wie bei der Errichtung von Familienschlüssen bei Familien-Fideikommissen und Lehnen zu verfahren, bestimmt das G. v. 15. Febr. 1840 §§. 21. sqq.

(G. S. 1840 S. 20 ff.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 4. §§. 42—46.

2) Ueber die Grundsätze, nach welchen die Vormundschaftsbehörden bei der Beschlußfassung über die Aufhebung von Familien-Fideikommissen zu verfahren haben, disponirt das R. v. 29. Aug. 1809, welches auch in Betreff der Lehne analoge Anwendung findet.

Die Verordnung des Ed. v. 9. Okt. 1807 §. 9., wonach jede Familien- und jede Fideikommiß-Stiftung durch einen Familienschluß beliebig abgeändert oder gänzlich aufgehoben werden kann, veranlaßt Uns, auch die nachstehenden Grundsätze vorzuschreiben, nach welchen die Vormünder minderjähriger Fideikommiß-Interessenten und die vormundschaftlichen Gerichte bei Ertheilung der Einwilligung in die Aufhebung und Abänderung eines Fideikommisses zu verfahren haben.

Sämmtliche Fideikommiß-Interessenten sind als gemeinschaftliche Eigenthümer, oder vielmehr als Miterben zu betrachten. Es liegt jedoch in der angeordneten Substitution der Erben ein Verbot der Veräußerung und Theilung, welches nach Vorschrift des A. L. R. I. 17. §§. 119. und 120. die Wirkung hat, daß kein Mitinteressent von dem anderen, selbst nicht durch Stimmenmehrheit, genöthigt werden kann, in die Theilung einzuwilligen. Wenn daher

1) ein Fideikommiß gänzlich aufgehoben werden soll, so ist die vormundschaftliche Einwilligung nur dann zu ertheilen, wenn nachgewiesen wird, daß der Zustand der minderjährigen Interessenten durch die Aufhebung des Fideikommisses eine merkliche Verbesserung erlangt.

Dieser Nachweis wird in dem Falle, wo der Vater des minderjährigen Interessenten der Besitzer des Fideikommisses ist, selten zu führen sein; aber auch in allen übrigen Fällen läßt sich solcher nur in concreto denken, indem dabei in Erwägung gezogen werden muß, ob die Hoffnung, daß der minderjährige Interessent zur Sukzession gelangen werde, nah oder entfernt, oder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und nach der darauf beruhenden Wahrscheinlichkeit gar nicht vorhanden ist, und ob ein solches Abstands-Quantum verlangt werden kann, wodurch der Zustand des minorennen Interessenten merklich verbessert wird.

2) Soll ein Fideikommiß von einem Grundstück auf ein anderes transferirt werden, so ist hierzu die vormundschaftliche Einwilligung nur dann begründet, wenn der durch eine legale Taxe zu eruirende Werth des zu substituirenden Grundstücks dem Werthe des ursprünglichen Fideikommiß-Gutes mindestens gleichkommt. Ist der Werth des zu substituirenden Grundstücks größer, so muß dasselbe doch ganz zum Fideikommiß bestimmt werden, dergestalt, daß nur der überschießende Werth dem Besitzer zur freien Disposition eingeräumt werden kann.

3) Wenn endlich ein Grund-Fideikommiß in ein Geld-Fideikommiß verwandelt werden soll, so müssen diejenigen gesetzlichen Vorschriften analogisch in Anwendung kommen, welche eine Veräußerung der Grundstücke eines Pflegebefohlenen des bloßen Nutzens wegen zulassen. Es ist daher bei einer solchen Verwandlung in ein Geld-Fideikommiß in der Regel die Subhastation des Fideikommißgutes erforderlich, jedoch kann das Just. Depart. von der Nothwendigkeit der Subhastation in dem Falle dispensiren, wenn entweder ganz besondere, bei einer gerichtlichen Subhastation nicht zu erwartende Vortheile dem minderjährigen Interessenten verschafft werden können, oder aber die majorennen Interessenten den Verkauf aus freier Hand zur conditio sine qua non der Verwandlung in ein Geld-Fideikommiß kommen. Denn diese Verwandlung selbst ist ein so großer Vortheil für alle Fideikommiß-Interessenten, daß derselbe jenen ganz besonderen Vortheilen, um derentwillen das A. L. R. II. 18. §. 586. eine Dispensation von der Nothwendigkeit der Subhastation gestattet, gleichgesetzt werden kann; und da dieser Vortheil in dem gegebenen Falle durch die gerichtliche Subhastation zu erreichen steht, so wird die Befugniß des Just. Depart., in einem solchen Falle von der Nothwendigkeit der Subhastation zu dispensiren, durch die gesetzliche Vorschrift §. 586. l. c. begründet.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß alle übrigen gesetzlichen Ausnahmen von der gerichtlichen Subhastation auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn ein Grund-Fideikommiß in ein Geld-Fideikommiß verwandelt werden soll.

(Mathis Bd. 8. S. 339, Rabe Bd. 10. S. 139.)

III. Betreffend die Lehne und Fideikommisse in den jenseits der Elbe gelegenen Provinzen, in welchen die Französische Gesetzgebung eingeführt war, so bestimmen über die Fortdauer der agnatischen Erbfolgerechte in denselben:

1) die V. v. 11. März 1818 (G. S. 1818 S. 17),
2) Dekl. des §. 3. dieser V. v. 1. Juli 1820 (G. S. 1820 S. 131),
3) Dekl. der §§. 5. und 7. dieser V. v. 11. März 1818 (G. S. 1818 S. 76).

Dazu:

a) Der §. 2. der V. v. 11. März 1818 hat in denjenigen jenseits der Elbe gelegenen Provinzen, in welchen die Französische Gesetzgebung eingeführt war, gegenwärtig aber das A. L. R. eingeführt ist, nur die Erbfolgerechte der Agnaten von Neuem bestätigt, und ist auf Gesammthänder und Mitbelehnte nicht zu beziehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1837. (Präj. Nr. 295.) (Präj. Samml. S. 332, Entsch. Bd. 3. S. 28.)

b) Die in der Dekl. v. 1. Juli 1820 §§. 1—3. zur Lehns-Revokation geforderte Anmeldung der agnatischen Sukcessionsrechte gilt auch für die Descendenten eines Veräußerers.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1854. (Entsch. Bd. 28. S. 317.)

c) Wenn der zur Zeit der Verkündigung des Westphälischen Dekrets v. 28. März 1809 zur Lehnsfolge Berechtigte hiernächst das Lehn käuflich erworben hat, und bei seinem Tode kein anderer nach dem Dekrete ebenfalls zur Lehnsfolge Berechtigter mehr vorhanden ist; so sind die Erbfolgerechte der Agnaten nicht für wiederhergestellt zu erachten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Febr. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 237 Nr. 51.)

§§. 266—287. Von den Descendenten des Vasallen.

Duesberg, über das Verhältniß der Lehensfolge-Berechtigten zum Vasallen, in Bezug auf Verfügungen über das Lehn inter vivos. (Simon's Z. Bd. 1. S. 107—144.)

Jakobi, über das Anrecht der Söhne an das Lehn, mit besonderer Beziehung auf das Kurmärkische Provinzialrecht. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 523—563.)

1) Das Verhältniß der Lehnsfolgeberechtigten zum Vasallen ist in den §§. 266. sqq. sehr abweichend von den Vorschriften des gemeinen (Longobardischen) Lehnrechts festgesetzt worden. Die Hauptmomente dieser Abweichungen bestehen darin, daß

1) die Bestimmung des berühmten Textes II. F. 45, wonach die Abkömmlinge des Vasallen das Lehn ohne den Allodialnachlaß desselben nicht erwerben, sondern bei einer Entsagung dieses Nachlasses, nur mittelst einer Belehnung ex nova gratia unter Zustimmung der Agnaten, zum Besitz des Lehns gelangen können, fast ganz aufgehoben worden, und daß man

2) in Ansehung der Verpflichtung der Abkömmlinge der Agnaten, die Handlungen ihrer Ascendenten in Bezug auf das Lehn anzuerkennen, einen Unterschied gemacht hat zwischen den Abkömmlingen, die unter väterlicher Gewalt stehen, und denjenigen, welche derselben nicht unterworfen sind.

Die vorerwähnte Duesbergsche Abhandlung weist die Entstehung dieser Abweichungen aus den Materialien zum A. L. R. nach. Ueber die Motive jener Abänderungen vergl. Suarez Erörter. in der Schlußrevision (Jahrb. Bd. 41. S. 93 ff.) und dessen Aeußerungen in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 29.)

2) Müssen die Söhne des Vasallen die Verfügungen ihres Vaters über das Lehn unbedingt anerkennen, wenn sie zu der Zeit, wo die Verfügungen getroffen wurden, noch gar nicht geboren waren?

a) Duesberg verneint, weil die §§. 266—277., welche den Descendenten des Vasallen die Befugniß zur Revokation qu. beilegen, keinen Unterschied machen, ob die Descendenten zur Zeit der betr. Verfügung schon geboren oder konzipirt waren oder nicht, vielmehr im §. 309. das Revokationsrecht nur den später geborenen Descendenten der Agnaten beigelegt. Es genüge mithin die in den §§. 327., 328. verordnete Beibringung des Konsenses des Lehnsherrn und der im Hypothekenbuche eingetragenen Agnaten nicht, um die Veräußerung unwiderruflich zu machen. (Simon's Z. Bd. 1. S. 124.)

b) Witte will den Söhnen das Revokations- resp. Retraktsrecht gegen die Ansicht von Duesberg zugestehen, weil der §. 309. analogisch sich auf sie nicht anwenden lasse, indem die Verschiedenheit der Grundsätze, nach welchen unsere Legislation, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Lehnrechte, die Descendenten und die Agnaten des Vasallen behandele, eine zu durchgreifende sei. (Intestaterbrecht S. 189, 190.)

3) Nach Magdeburgischen Rechten kann der seinem Vater in feudo und cum beneficio inventarii in allodio sukcedirende Sohn die Subhastation eines Lehns wegen einer auf dessen Substanz aufgenommenen und im Hypothekenbuche eingetragenen Schuld durch seinen Widerspruch auch dann nicht hindern, wenn sein Vater dieselbe zwar nicht selbst kontrahirt, aber doch als wahre Lehnschuld anerkannt und aus dem Lehn zu bezahlen versprochen hat.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2275. b.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 112, Entsch. Bd. 30. S. 213.)

§§. 268. 269. 1) Beziehen sich die §§. 268. ff. nur auf diejenigen Descendenten, welche nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, und sind die in derselben befindlichen schlechthin an des Vaters Verfügung gebunden?

Es verneinen die Motive zum rev. Entw. des Lehnrechts.

Die anzutreffende Analogie der Familienschlüsse hat hin und wieder die irrthümliche Ansicht veranlaßt, daß die §§. 268. ff. des A. L. R. nur auf diejenigen Descendenten sich beziehen, welche nicht mehr in der väterlichen Gewalt stehen, dagegen aber die in derselben noch befindlichen an des Vaters Verfügungen schlechthin gebunden seien. Diese Ansicht ist aber weder im gemeinen Lehnrecht, noch im A. L. R. gegründet und ist selbst bei Unterstellung der Analogie der Familienbeschlüsse in Fideikommissen unrichtig, indem bei Abfassung derselben den minderjährigen Mitgliedern der Familie, selbst wenn ihre Väter noch am Leben sind, Vormünder bestellt werden müssen (A. L. R. II. 4. §§. 42. und 43.) und daraus sich genügend ergiebt, daß die Rechte der Kinder von den Eltern nicht abhängig sein, sondern von ihnen selbst oder Vormündern wahrgenommen werden sollen. Wenn daraus, daß das A. L. R. in Ansehung der Fideikommisse zur Aufnahme von Schulden von Seiten des Fideikommißbesitzers die Zuziehung der zwei nächsten Fideikommißanwärter fordert, dabei aber bestimmt, daß die Kinder des Besitzers zu denselben nicht mitgerechnet werden sollen, gefolgert wird, daß diese die Handlungen desselben sich gefallen lassen müssen, so ist dies ein großer Fehlschluß. Der Grund, aus welchem bei Aufnahme von Schulden die Kinder des diese Aufnahme nachsuchenden Fideikommißbesitzers nicht zu den dabei zuzuziehenden Agnaten gehören sollen, leuchtet wohl von selbst klar ein. Diese Agnaten sollen das Bedürfniß und die Nothwendigkeit, Schulden aufzunehmen, die eigene Schuld und Wirthschaft des Besitzers, kurz alle Verhältnisse untersuchen, prüfen und beurtheilen, und da mußte sich wohl sehr von selbst die Betrachtung aufdringen, daß es eben so unschicklich und unangemessen sein, als der Familie wenig Sicherheit gewähren würde, wenn die Fürsorge für dieselbe in die Hände der eigenen Kinder des Geldaufnehmers gelegt würde. Dieser Grund würde auch mehr, als daraus gefolgert wird, mithin nichts beweisen, weil das Gesetz von Kindern im Allgemeinen spricht, mithin darunter nicht bloß die noch in väterlicher Gewalt stehenden, sondern alle Kinder fallen würden. Diese Ansicht ist daher selbst in Familien-Fideikommissen unbegründet.

Es ergiebt sich hieraus, daß von Fideikommissen schon deshalb nicht auf Lehne analogisch geschlossen werden kann, weil, von den oben angeführten Gründen abgesehen, das Lehnrecht klare und bestimmte Vorschriften enthält, mithin eine Analogie überall nicht, am wenigsten aber gerade gegen die Vorschriften des Lehnrechts zuläßig ist. Das Lehnrecht sagt ganz unbeschränkt, daß Söhne die ihre Rechte schmälernden Handlungen des Vaters anzuerkennen nicht schuldig sind, ohne einen Unterschied zu machen, ob die Söhne noch in der väterlichen Gewalt stehen oder nicht. Auch Materialien enthalten keine Spur, welche berechtigte, anzunehmen, daß dieser Unterschied beabsichtigt sei, und eben so wenig hat der Unterschied in sich selbst irgend einen Grund. Es würde ein Widerspruch in der Gesetzgebung sein, wenn sie bei Fideikommissen den Vater und die ganze Familie für nicht berechtigt erklärt, den Rechten des minderjährigen, selbst des möglicher Weise erst empfangenen Kindes, etwas zu vergeben, im Lehne aber dem Vater die Befugniß geben wollte, die Lehns- und Familienrechte der unter väterlicher Gewalt stehenden Söhne zu schmälern.

(a. a. O. S. 66.)

2) Ueber die Ausübung der Lehnsrevokation nach Pommerschem Lehnrechte vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 14. Aug. 1848.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 250 Nr. 127.)

§. 271. Hat der Sohn des Vasallen das beneficium inventarii wenigstens in Bezug auf sein außer dem ererbten Lehne und Allodium vorhandenes Vermögen?

a) Sommer bemerkt, daß A. L. R. sage zwar nichts von einer solchen Inventarswohlthat, allein sie verstehe sich von selbst, da es die Verhaftung des filius vasalli überall nur auf die Lehnsfrüchte beziehe. Bloß bei der Revokatorienklage müsse freilich der Sohn die Entschädigung unbedingt, ohne Rücksicht auf die Inventarswohlthat, gewähren. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 303 ff.)

b) Witte ist derselben Meinung. (Intestaterbrecht S. 187.)

§. 272. Ueber die Motive des §. 272. vergl. Suarez Bemerkungen in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 29—30.)

§. 273. Ueber die Bedeutung der Worte: »durch Verminderung oder Schmälerung der Substanz« bemerken die Motive zum rev. Entw. des Lehnrechts.

Nach dem §. 273. sind Söhne, besonders wenn sie nicht Erben ihres Vaters geworden sind, nicht verpflichtet, die zum Nachtheil ihrer Rechte auf das Lehn durch Verminderung oder Schmälerung der Substanz desselben getroffenen Verfügungen wider sich gelten zu lassen. — Die mit gesperrter Schrift gesetzten Worte finden sich zuerst in dem Konzept des Allgem. G. Buchs, ohne daß die Gründe dieser Abänderung des berathenen Textes aus den Akten erhellen. Sie scheinen anzudeuten, daß der Sohn alle Verfügungen, welche nicht die Substanz betreffen, anerkennen müsse, welches aber nicht die Absicht der Redaktoren dieses §. gewesen ist, wie aus der Revision der monit. zu den §§. 166—176. des Entw. deutlich sich ergiebt. (a. a. O. S. 67.)

§. 274. Ist die Verbindlichkeit des Sohnes zur Bezahlung der väterlichen Schulden auf eigentliche Schulden des Vaters zu beschränken, oder muß der Sohn in subsidium auch für die Entschädigung haften, welche der dritte Besitzer nach erfolgter Revokation einer von dem Vater vorgenommenen Lehnsveräußerung aus der Allodialmasse fordern kann?

1) Duesberg nimmt die erste Alternative an, weil aus den Revisionsbemerkungen zum §. 166. des Entw. hervorgehe, daß der Sohn die facta patris circa feudum, mit Ausnahme der väterlichen Schulden, gar nicht zu präſtiren habe.

(Simon's Z. Bd. 1. S. 122.)

2) Bornemann vertheidigt die letztere Alternative, weil die Verbindlichkeit zur Entschädigung des Dritten gleichfalls eine Allodialschuld sei und jene Revisionsbemerkung im Gegensatze von dem ersten Falle, wenn der Sohn das Lehn und die Allodialerbschaft angenommen, von der Entschädigung zu verstehen sei, die er selbst als Revokant zu leisten habe. (System Bd. 4. S. 142, 143, 2. Ausg. Bd. 4. S. 90.)

3) Koch hält gleichfalls die letztere Alternative für richtig; denn »eigentliche Schulden« oder »Schulden im eigentlichen Sinne« seien überhaupt kein juristischer Begriff.

(Landr. Bd. 2. Anm. 92. zum §. 274. h. t.)

§§. 274. 277. Nach Sächsischem Lehnrecht ist der Sohn eines Vasallen, welcher von seinem Vater ein Lehngut durch einen lästigen Titel erworben hat, wenn er nicht Allodialerbe seines Vaters geworden ist, nicht verpflichtet, aus den Nutzungen des Lehns die väterlichen Allodialschulden zu zahlen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1842. (Präj. Nr. 1229.) (Präj. Samml. S. 101, Entsch. Bd. 8. S. 426.)

Dies Präj. ist zwar aus dem Sächsischen Rechte geschöpft, gilt aber auch nach dem A. L. R.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 92. zum §. 274. h. t.)

§§. 274. 278. Haftet der Sohn des Vasallen auch für die Schuldraten der Allodialmiterben, wenn das Allodium insufficient ist? Dr. Sommer bejahet auf Grund der §§. 274., 278.; denn wenn der Sohn des Vasallen die den Werth des Allodiums übersteigenden Schulden übernehmen muß, auch wenn er gar nicht Allodialerbe wird, so müsse dies um so mehr stattfinden, wenn er zugleich in allodio miterbt. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 307 ff.)

§. 276. 1) Wem fällt das Lehn wieder zu, nachdem die Gläubiger aus den Früchten befriedigt worden sind?

Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken:

Suarez hatte in der rev. mon. zu den §§. 168. u. 169. des Entw. bemerkt, daß das Lehn dem Descendenten des renuncirenden Sohnes zufallen müsse; demgemäß war auch ein besonderer §. in den umgearb. Entw. aufgenommen worden, welcher nachher wieder gestrichen worden ist, ohne daß die Gründe konstiren. Wahrscheinlich hat man diese Frage durch den §. 644. für erledigt angenommen, wonach die Entsagung auf ein durch die Investitur noch nicht übernommenes Lehn nur zu Gunsten des nächsten Lehnfolgers geschehen kann, und wonach also das Lehn von selbst zuerst den weiteren Descendenten, und wenn diese es nicht wollen oder nicht vorhanden sind, den Agnaten, und zuletzt dem Lehnsherrn, vorbehaltlich der Rechte der Gläubiger auf die Früchte, anheim fällt. (a. a. O. S. 85.)

Derselben Ansicht ist Duesberg, welcher bemerkt, daß diese Bestimmung im Konzepte des umgearbeiteten Entw. enthalten gewesen, nachher aber durchstrichen worden sei, wahrscheinlich als sich von selbst verstehend. (Simon's Z. Bd. 1. S. 123.)

Bornemann ist derselben Meinung.

(System Bd. 4. S. 144, 2. Ausg. Bd. 4. S. 91.)

2) In welcher Ordnung sind uneingetragene Lehnschulden und Allodialschulden zu berichtigen?

a) Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken hierüber:

Es ist hierüber keine bestimmte Vorschrift vorhanden. Die A. G. O. I. 50. §§. 567—580. hat bei dem Falle, in welchem ein Lehn zur Konkursmasse gehört, jene Frage nicht mit aufgefaßt, indem sie bloß eingetragene Lehnsschulden voraussetzt, und diese den übrigen Schulden, ohne nähere Unterscheidung, entgegenstellt. Die auf die Prämisse basirten Vorschriften sind aber nicht erschöpfend und nicht passend. Aus der Natur der Sache scheint sich zu ergeben, daß diejenigen nicht eingetragenen Lehnsschulden, welche das Lehn hauptsächlich betreffen, vorzugsweise berichtigt werden müssen, da das Lehn eine eigene Masse bildet, wovon die Einkünfte erst dann den Allodial-Gläubigern zufließen können, da alle darauf haftenden Lasten, wozu die debita absolute feudalia zu rechnen, bezahlt worden sind. Die nicht eingetragenen subsidiarischen Lehnsschulden können dagegen, da deren Bezahlung zunächst aus dem Allodial-Vermögen erfolgen muß, auf jenen Vorzug nur dann Anspruch machen, wenn das übrige Vermögen zu deren Berichtigung nicht hinreicht.

(a. a. O. S. 85.)

b) Koch bemerkt:

Die Proz. O. Tit. 50. §§. 567. ff. handelt nur von eingetragenen Lehnschulden. Ein Lehn muß jedoch als Gegenstand eines Spezial-Konkurses behandelt werden, da es zur Erbmasse nicht gehört, und daraus folgt von selbst, daß die Lehnschulden vorgehen, auch den subsidiarischen, wenn die Allodialmasse unzureichend ist. (Landr. Bd. 2. Anm. 95. zum §. 276. h. t.)

§§. 288. sqq. Von Agnaten und Mitbelehnten, die nicht des Vasallen Descendenten sind.

1) Die §§. 288—312. sind aus dem Ed. v. 4. Aug. 1763 (N. C. C. Tom. III. p. 255) entnommen.

Vergl. darüber Duesberg in Simon's Z. Bd. 1. S. 126 bis 132.

2) Steht den Agnaten und Mitbelehnten, welche des Lehnbesitzers Erben geworden sind, gleich den Descendenten des Vasallen, das Revokationsrecht gegen Entschädigung zu, oder nicht?

a) K. F. Eichhorn hat in dem Rechtsgutachten, betr. die Auslegung des A. L. R. I. 18. §. 309. (Berlin 1821), die Meinung vertheidigt, daß auch den Agnaten die §§. 268—271. h. t. zu statten kommen müßten. Er führt aus, daß sich durch einen Schluß a contrario aus dem mit dem §. 177. des Entwurfs übereinstimmenden §. 288. ergebe, daß der §. 288. nur unter den Modifikationen der §§. 268—270. h. t. zu verstehen sei, da theils unter dem Ausdrucke: »Agnaten« in §§. 288. ff. alle Lehnsfolgeberechtigten, außer den unmittelbar dem Vasallen sukcedirenden Descendenten begriffen seien, mithin auch die Descendenten des Vasallen, welche demselben nicht unmittelbar im Lehn sukcediren, theils aber die Wirkungen der Erbschaftsantretung nicht bei allen Descendenten des Vasallen die nämlichen sein würden, wenn man nicht den §. 288. mit den §§. 266—270. in Zusammenhang bringe.

Witte, obwohl er die Schlüssigkeit der von Eichhorn beigebrachten Argumente nicht anerkennt, bemerkt gleichwohl, daß, wenn in jenem Rückforderungsrecht nur ein dingliches Näherrecht zu sehen, nach den ursprünglichen Bestimmungen des A. L. R. §§. 304., 307. h. t., I. 20. §§. 621. ff., II. 4. §§. 227. ff. dasselbe auch den erbenden Agnaten nicht verweigert werden könne; jedoch sei nach §. 3. des Ed. v. 9. Okt. 1807 das gesetzliche Näherrecht der Lehnsvettern aufgehoben worden. (Intest. Erbrecht S. 191, 192.)

b) Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen Duesberg (Simon's Z. Bd. 1. S. 132 ff.), v. Rönne zu Klein's Systeme (Bd. 1. S. 491) und Bornemann (System Bd. 4. S. 146 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 92 ff.). Nach diesen steht das erste Eichhorn'sche Argument nicht nur mit den klaren Worten des §. 15. h. t. in Widerspruch, sondern ist auch mit den §§. 290. ff. nicht zu vereinigen. Denn die Revisionsbemerkungen von Suarez zu den §§. 177. und 178. des Entw. ergäben, daß die §§. 290. ff. h. t. aus dem Ed. v. 4. Aug. 1763 entnommen sind. In diesem Ed. werde aber nur den eigentlichen Agnaten die Eintragung ihrer Sukcessionsrechte zur Pflicht gemacht, und die Descendenten des Vasallen würden davon ausdrücklich und unbedingt befreit; es könnten daher die §§. 290. ff. h. t. bloß auf eigentliche Agnaten bezogen werden. — Das zweite Eichhorn'sche Argument verliere hiernach seine Kraft. Wenn das A. L. R. sich nicht besonders über die Wirkungen ausspreche, welche die Erwerbung der Allodialerbschaft auf die Verbindlichkeit des Agnaten äußere, die Dispositionen seines Erblassers über das Lehn anzuerkennen, so lasse sich daraus nur schließen, daß man die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der Erbschaftsantretung (A. L. R. I. 15. §§. 8—10.) hier anwenden müsse. Keineswegs aber ergebe sich daraus, daß die den Descendenten des Vasallen beigelegte Befugniß auch den Agnaten zukomme. Nachdem auch den Descendenten des Vasallen die Befugniß beigelegt worden, das Lehn ohne das Allodium anzutreten, sei es zwar nicht ganz konsequent, zwischen ihnen und den Agnaten einen Unterschied in Betreff der Wirkungen fortbestehen zu lassen, welche die Erwerbung der Allodialerbschaft des Vasallen mit sich führt. Hieraus könne man aber immer keinen Grund entnehmen, daß bei der letzten Redaktion des Gesetzbuchs in den §§. 268—270. lediglich den Descendenten des Vasallen verliehene Recht auf die Agnaten auszudehnen.

Koch bemerkt indeß gegen diese letztere Ansicht:

Es ist keine den Descendenten »beigelegte Befugniß«, kein »lediglich den Descendenten des Vasallen verliehenes Recht«, welches »auf die Agnaten auszudehnen«, um was es sich handelt, sondern es ist eine nach der Theorie des A. L. R. aus der Natur des Lehnsinstituts folgende Nothwendigkeit, ohne welche das Lehnseigenthum zu dem unsichersten und schwankendsten gemacht werden würde, und welche durch den Umstand, daß der Erbe das Lehn gar nicht dem Erblasser zu danken hat, sondern wozu sein Recht aus dem beneficio des Verleihers oder ex pacto et providentia majorum sich herschreibt, bei den Agnaten und Mitbelehnten mit mehr historischer Wahrheit unterstützt ist, als bei den Descendenten. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 288. h. t.)

§§. 288. 660. 1) Durch die, rechtsverjährte Zeit hindurch von dem Vasallen ohne Genehmigung und Wissen der Agnaten gestattete Ausübung einer Forstgerechtsame auf einem Lehngute wird diese Servitut durch Verjährung zwar gegen den Lehnsbesitzer erworben, und muß von seiner Descendenz und seinen Erben oder seinem Singularsukcessor anerkannt werden; dieselbe verliert aber ihre Gültigkeit, sobald das Lehngut auf einen Agnaten, der nicht Erbe des Vorbesitzers geworden ist, übergeht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850. (Präj. Nr. 2216.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 13, Entsch. Bd. 19. S. 486.)

2) Die auf ein (im Herzogthum Magdeburg gelegenes) Lehnrittergut gegen den Lehnsbesitzer durch Akquisitivverjährung erworbene Servitut verliert gegen den Agnaten, welcher nicht des Lehnsbesitzers Erbe geworden und nicht dessen Descendent ist, auch dann ihre Gültigkeit, wenn zur Zeit der Besitzausübung der lehnsherrliche Nexus bereits aufgehoben war.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1857. (Entsch. Bd. 36. S. 232, Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 10. S 345 ff.)

§. 289. Die dem Gemeinschuldner an dem Gute des noch lebenden Bruders zustehende Mitbelehnschaft (successionis causa) ist kein Gegenstand des Konkurses qua sola spes; die Majorität der Gläubiger kann daher die Minorität derselben nicht zwingen, darüber, auch unter Zustimmung des Kridars, einen Vergleich mit gedachtem Bruder und Besitzer des Gutes zu schließen oder anzuerkennen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Urtels konstirt nicht.) (Präj. Nr. 49.) (Präj. Samml. S. 101.)

§. 290. 1) Nach der Aeußerung von Suarez in der rev. mon. liegt diesem §. die Meinung zum Grunde, daß einem Gläubiger die Eintragung, wenn solche nicht alle, sondern nur einige Agnaten bewilligt haben, auf seine Gefahr nicht versagt werden könne, weil er doch immer ein jus reale intuitu der konsentirenden Agnaten habe. Auf diese Aeußerung erfolgte das Konklusum:

Die Eintragung der Alienationen ohne Konsens des Domini directi ist unzulässig. Zu Verpfändungen ist der Konsens des Domini directi erforderlich, wenn sie ihn obligiren sollen. Consensus omnium agnatorum ist nicht nothwendig. (Jahrb. Bd. 52. S. 30.)

2) Die Vorschrift dieses §. ist in Betreff Altvorpommerns und Hinterpommerns modifizirt durch das G. v. 11. Juli 1845 über die Lehns- und Sukcessionsregister. (G. S. 1845 S. 474.)

§§. 290. u. 291. Verfügungen über Grundstücke und Gerechtigkeiten, welche im Hypothekenbuche eingetragen sind, können auch von solchen Agnaten und Mitbelehnten angefochten werden, deren Recht an dem Lehne gleichzeitig mit der Eintragung der streitigen Verfügung im Hypothekenbuche vermerkt worden ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Aug. 1848. (Präj. Nr. 2037.)

Denn sowohl der §. 290., als der §. 291. h. t. spricht von der agnatischen Anfechtung solcher Verfügungen über das Lehn, welche im Hypothekenbuche eingetragen seien, und kann also nur dieser Zeitpunkt, und nicht derjenige, wo der Dritte die Verhandlung mit dem Lehnsbesitzer vornimmt, maßgebend sein. Insbesondere läßt sich die Ansicht wohl vertheidigen, daß eine auch nur gleichzeitig mit der Eintragung des Lehnkontrakts resp. der Besitztitelberechtigung erfolgte Eintragung des Agnatenrechts hinreichend sei. Der §. 290. gewinnt in dieser Hinsicht seine nähere Erläuterung aus dem §. 291. Danach kann das Agnatenrecht noch geltend gemacht werden, wenn es zu der Zeit, wo das Recht des Erwerbers eingetragen wurde, von diesem Erwerber aus dem Hypothekenbuche erkannt werden konnte. Das ist aber offenbar der Fall, wenn die beiden Eintragungen uno acto rechtlich völlig gleichzeitig erfolgten, welcher zugleich den Verklagten ihr Agnatenrecht vorbehalten hat. Auch läßt sich nicht behaupten, daß diese Annahme den Grundsatz der Hyp. O. und des Landrechts verletze: »daß derjenige, welcher mit einem im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzer bona fide sich einlasse und kontrahire, vor Anfechtungen Anderer vollständig gesichert sei.« Denn da im §. 291. das Anfechtungsrecht der Agnaten nicht abhängig gemacht ist von der Kenntniß, die der mit dem Besitzer Kontrahirende zur Zeit des Kontraktabschlusses oder gar zur Zeit der ersten Verhandlungen aus dem Hypothekenbuche gewinnen konnte, sondern von demjenigen Zustande des Buches, der ihm zur Zeit der Eintragung seines eigenen Rechts sich darbot, so ist der Kontrahent nur geschützt, in sofern er dem Glauben des Hypothekenbuches zur Zeit dieser Eintragung folgte.

(Präj. Samml. S. 101, Entsch. Bd. 16. S. 511, Rechtsf. Bd. 4. S. 236.)

Dagegen vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 291. h. t.

§§. 295—300. 1) Die Agnaten sind bei einer ohne ihren Konsens vorgenommenen Lehnsveräußerung zur Sicherung ihrer Rechte auf die in den §§. 295—300. nachgelassenen Maßregeln beschränkt. Eine Kautionsleistung können sie, wie Suarez in der Revisionsbemerkung zum §. 179. des Entw. ausdrücklich sagt, nicht fordern.

Vergl. Duesberg in Simon's Z. Bd. 1. S. 142.

2) Nach Pommerschen Lehnrechten ist der nicht zu den Abkömmlingen des Lehnlassers gehörende Lehnsfolger, welcher das beneficium taxae ausübt, bei unzureichendem Allodialvermögen des Lehnlassers, auch selbst die gesetzlichen Lehnschulden nur innerhalb des durch die Lehnstaxe festzustellenden Werthes des Lehngutes zu übernehmen schuldig. Nur für solche Schulden, welche er selbst, oder ein durch seine Handlungen ihn verpflichtender Vorfahr konsentirt hat, bleibt der Lehnfolger unbedingt verantwortlich.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1845. (Präj. Nr. 1553.)

(Präj. Samml. S. 101, Entsch. Bd. 10. S. 415.)

§. 300. Es ist für eine Verschlimmerung der Lehnssubstanz im Sinne des §. 300. zu erachten, wenn der fremde Lehnsbesitzer den Lehnswald einschlagen läßt und die entblößte Waldfläche zum Ackerbau bestimmt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1857. (Entsch. Bd. 35. S. 60.)

§§. 300. 577. 1) Das Recht der Agnaten, dem fremden Besitzer eines Lehns Schranken gegen die Verschlimmerung der Substanz setzen zu lassen, steht Jedem der Agnaten und nicht bloß den nächsten Lehnsanwärtern zu.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1857. (Präj. Nr. 2683.) (Entsch. Bd. 35. S. 60.)

Dagegen hat derselbe Sen. in dem Erk. v. 10. April 1854 ausgeführt, daß auch in dem Falle, wenn ein Fremder sich im Besitze des Lehngutes befindet, sowohl nach dem A. L. R. (§§. 300., 577. h. t.), als nach den Vorschriften des Pommerschen Lehnrechts nur der nächste Agnat berechtigt sei, dem Besitzer des Lehns in der Bewirthschaftung desselben Schranken zu setzen.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 11 Nr. 4.)

2) Das Recht der Agnaten, dem Lehnsbesitzer in der Bewirthschaftung des Lehns Schranken zu setzen (§§. 300., 577.) steht mit dem (in der Pommerschen Lehnsverfassung begründeten) Revokationsrechte in keiner Verbindung, und ist keineswegs — gleich dem Retraktsrechte — durch die neuere Gesetzgebung (Ablös. G. v. 2. März 1850 §§. 2., 4.) aufgehoben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März 1857. (Entsch. Bd. 35. S. 60.)

§. 302. 1) Im Falle einer gesetzmäßigen Gemeinheitstheilung, Ablösung oder Regulirung gutsherrlich-bäuerlicher Verhältnisse müssen auch die dabei nicht zugezogenen Agnaten und Mitbelehnten die von den Auseinandersetzungsbehörden bestätigten Rezesse nach Vorschrift der agrarischen Gesetze (Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §§. 9. bis 12., 153—155., Ablös. O. v. 7. Juni 1821 §. 40., Ausführ. G. v. 7. Juni 1821 §§. 8. u. 11.) gegen sich gelten lassen.

Vergl. auch das in diesem Sinne sich aussprechende R. v. 24. Juni 1815. (Jahrb. Bd. 5. S. 9, Gräff Bd. 2. S. 384.)

2) Die nach Pommerschem Lehnrechte zulässige Provokation der Agnaten zur Ausübung des Revokationsrechtes begründet für den sich meldenden Agnaten, auf welchen die Sukcession noch nicht verfallen ist, kein Recht, das Lehn zu revociren.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 9. Dec. 1839. (Präj. Nr. 755.)

(Präj. Samml. S. 101, Entsch. Bd. 5. S. 87.)

3) In Betreff der Pommerschen Lehnrechte über diesen Gegenstand vergl.:

a) R. v. 21. Mai 1785, wegen Veräußerung der Pommerschen Lehne und des Vorkaufsrechts der Agnaten.

(N. C. C. Tom. VII. p. 3121, Stengel Bd. 6. S. 199, Rabe Bd. 1. Abthl. 7. S. 455.)

b) G. v. 28. Nov. 1826, betr. das Aufgebot der Agnaten bei Veräußerungen der Lehne in Pommern an Familienglieder. (G. S. 1826 S. 120.)
c) G. v. 11. Juli 1845, über die Lehns- und Sukcessions-Register in Altvorpommern und Hinterpommern §. 11. (G. S. 1845 S. 474.)

§§. 302. 307. 1) Die im §. 2. Nr. 6. des Ablös. G. v. 2. März 1850 ausgesprochene Aufhebung der Vorkaufs-, Näher- und Retraktrechte trifft nicht auch die nach Pommerschen Lehnrechten den Agnaten zustehenden Revokations- und Reluitionsrechte.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. März und 29. Juni 1857. (Entsch. Bd. 35. S. 60 u. Bd. 36. S. 125.)

2) Der Agnat ist bei der (nach Pommerschen Lehnrechten stattfindenden) Reluition eines auf Wiederkauf verkauften Lehns nicht an die vom Verkäufer stipulirten Wiederkaufsjahre gebunden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1857. (Entsch. Bd. 36. S. 125.)

§§. 304—307. Durch den §. 2. Nr. 6. in Verbindung mit §. 4. des Ablös. G. v. 2. März 1850 ist das den Agnaten zustehende Vorkaufs- und Retraktrecht allgemein und ohne Rücksicht auf provinzielle Rechtsnormen ohne Entschädigung aufgehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. Sept. 1854 [1]) (Präj. Nr. 2548.) auf Grund der Wortfassung des Gesetzes, so wie der Motive des Ablös. G. und der Kammerverhandlungen darüber.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 173, Entsch. Bd. 28. S. 301, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 263 Nr. 64., J. M. Bl. 1854 S. 390.)

§. 306. Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Mai 1852 (Präj. Nr. 2377.) in den Erg. zum A. L. R. II. 4. §. 239.

§. 309. 1) R. v. 1. April 1815. Der §. 309. ist durch den §. 9. des Ed. v. 9. Okt. 1807 nicht aufgehoben. Dieses wollte den Verkehr mit dem Grundeigenthume erleichtern, und es ist deshalb unzulässig, aus demselben eine Beschränkung der Lehnsbesitzer entnehmen zu wollen, die in den bisherigen Gesetzen nicht begründet gewesen. (Jahrb. Bd. 5. S. 5, Gräff Bd. 1. S. 78.)

2) Muß die Bestimmung des §. 309. nach Inhalt der §§. 266. bis 270. h. t. modifizirt werden?

Das Justizmin. hat in dem R. v. 11. April 1821 bejahet.

Zur Entsagung der Mitbelehnschaft und zur Allodificirung eines Lehns ist, zufolge Ed. v. 9. Okt. 1807, mit welchem die §§. 386., 605. h. t. harmoniren, ein förmlicher Familienschluß nothwendig, dessen Form und Gültigkeit lediglich nach dem A. L. R. II. 4. §§. 42., 44. und Tit. 18. §§. 550., 556. zu beurtheilen. Die §§. 266., 309. h. t. alteriren jene Vorschriften nicht, vielmehr ist der §. 309. mit dem §. 268. in Verbindung zu setzen und daher nur zu folgern, daß die bereits geborenen Söhne eines Agnaten in dem gedachten Falle die von ihm ertheilten Konsense vertreten, ohne Unterschied, ob sie dessen Erben geworden, oder nicht, folglich solche Verfügungen, welche die Nutzungen des Lehns betreffen, wohin auch nach §. 311. l. c alle Verschuldungen gehören, schlechterdings gelten lassen müssen; diejenigen aber, welche des Lehns Substanz angehen, bei dem Eintritt ihres Sukcessionsrechts nur gegen Entschädigung des andern Kontrahenten zurücknehmen dürfen. Eine entgegengesetzte Interpretation läßt der §. 309. nicht zu nach dem Geiste, der im Tit. 18. in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gem. Lehnrechts ausgesprochen; insbesondere würde alsdann der §. 386. überflüssig und umgangen und die bereits existirenden Abkömmlinge eines Agnaten gegen die Absicht des Stifters und des A. L. R. §§. 269., 302., 359., 554. verletzt, ja der Gefahr ausgesetzt, gänzlich erblos zu werden, was gegen die §§. 268., 386., 310. u. 327. sqq. h. t. anläuft. (Jahrb. Bd. 17. S. 14, Gräff Bd. 1. S. 78—82.)

[1]) Vor Emanation des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 war es bereits in der Praxis kontrovers geworden, ob nicht schon der §. 3. des Ed. v. 9. Okt. 1807 auch das gesetzliche Vorkaufs- und Näherrecht der Agnaten und Mitbelehnten aufgehoben habe? Das Ob. Trib. hatte dies in dem Erk. v. 22. Mai 1848 (Entsch. Bd. 19. S. 316) verneint. Nach Publikation des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 wurde es wieder kontrovers: ob das gedachte Recht durch die Vorschriften des letzterwähnten Gesetzes aufgehoben worden? Der I. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 10. Nov. 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 315 Nr. 67.) verneint. Dieser Ansicht ist auch Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 12. zum §. 304. h. t.). Dagegen haben Lette und v. Rönne die bejahende Meinung ausgeführt (Landes-Kultur-Gesetzgeb. des Preuß. Staates Bd. 2. Abth. 1. S. 251—252) und diese Meinung ist demnächst auch von dem Plenum des Ob. Trib. für die richtige angenommen worden.

Dagegen verneinen:
a) Eichhorn in dem Rechtsgutachten über den §. 309. h. t., Berlin 1822. Fol.
b) Duesberg (Simon's Z. Bd. 1. S. 134).
c) Bornemann (System Bd. 4. S. 150 ff., 191 ff.).
d) v. Rönne (zu Klein's System Bd. 1. S. 492 u. 494).

Diese führen an, daß man bereits im Entw. §§. 185., 186. festgesetzt hatte, daß die Descendenten der Agnaten den Konsens ihrer Väter zu Lehnsveräußerungen, auch wenn sie damals schon geboren waren, unbedingt anerkennen müssen, welchen Grundsatz man im §. 309. h. t. durch den Gegensatz des Rückforderungsrechts zu dem Vorkaufs- und Näherrecht noch schärfer auszudrücken gesucht. Diese Entstehung des Gesetzes spreche daher nicht minder gegen die Ansicht des Justizmin., als der von Suarez ausdrücklich angegebene Rechtsgrund: daß der Vater, indem er seinen Konsens ertheilt, zugleich als tutor naturalis für seine Kinder sub patria potestate einwillige, wonach mithin die Sache so angesehen werde, als ob die Kinder wirklich konsentirt; daß aber ein konsentirender Agnat die Lehnsveräußerung in keiner Art, auch nicht gegen Entschädigung revociren könne, sei unzweifelhaft. Der §. 386. h. t., welcher von einem förmlichen Familienschluß spreche, rechtfertige die entgegengesetzte Ansicht nicht, weil aus den Materialien sich unzweideutig ergebe, daß dieser Ausdruck hier nicht die Bedeutung, wie in den §§. 42—44. A. L. R. II. 4. habe, sondern mit dem Ausdrucke: »gültiger Familienvertrag« im §. 384. gleichbedeutend sei; event. folge nicht, daß die singuläre Bestimmung des §. 386. auf die Verfügungen über das Lehn angewendet werden können, welche nicht von den Lehnsinteressenten unter sich, sondern mit einem Dritten getroffen werden.

e) Witte bemerkt: da das Anfechtungsrecht des nicht konsentirenden Agnaten selbst von einer Verbindlichkeit des Anfechtenden zur Entschädigung des Akquirenten frei sei, so könne auch den durch den ertheilten Konsens nicht gebundenen Descendenten eine solche Verbindlichkeit nicht aufgebürdet werden; umgekehrt müsse aber jede Revokation Seitens der durch jenen Konsens verpflichteten Abkömmlinge, auch die gegen Entschädigung des Akquirenten, ebenso wie die des Konsentirenden, völlig ausgeschlossen bleiben. (Intestaterbr. S. 193.)

f) Koch ist der Ansicht, daß der §. 309. das Revokationsrecht schlechthin, auch gegen Entschädigung des Besitzers, ausschließe (§. 307), in gleicher Weise, wie es dem Konsentirenden selbst versagt ist. Es sei nicht zulässig, diese Vorschrift nach den sich auf die Abkömmlinge des Vasallen beziehenden Bestimmungen der §§. 266—270. zu modifiziren. (Landr. Bd. 2. Anm. 15. zum §. 309. h. t.)

§§. 309. 310. Ueber die Motive dieser §§. vergl. Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 30—31.)

§. 320. Auch bei den Magdeburger Lehnen sind Schulden, die bloß auf den Grund freiwilliger Konsense der Agnaten auf die Lehngüter eingetragen sind, in Bezug auf die Verhältnisse zwischen den Lehns- und Allodialerben als subsidiarische Lehnsschulden, die principaliter dem Allodium zufallen, zu betrachten. (Magdeburger Polizei-Ordnung v. 3. Jan. 1688 S. 44. §. 2.)

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Juli 1839. (Präj. Nr. 700.) (Präj. Samml. S. 281.)

§§. 323. sqq. Der nach der Pommerschen Lehnsverfassung den Töchtern hinsichtlich ihrer Lehnsabfindung gewährte Pfandbesitz an einem Theile des Lehngutes kann nach Einführung der allgem. Hyp. O. nur noch gegen den Lehnsbesitzer, nicht aber gegen den Dritten, welcher das Lehngut als Extraneus besitzt, ausgeübt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Mai 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 183 Nr. 39.)

§. 326. 1) Auch die Märkische Ehefrau, wenn sie versäumt hat, ihre Ehegebührnisse auf das Lehn zur rechten Zeit eintragen zu lassen, muß den eingetragenen Gläubigern, selbst wenn diese Forderungen nicht zu den gesetzlichen Lehnschulden gehören, nachstehen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. April 1833. (Präj. Nr. 11. sub 3.) (Präj. Samml. S. 102.)

2) Sobald die Vertheilung der Revenüen eines Lehngutes in die Stelle der Vertheilung der Kaufgeldermasse tritt, geht der voreingetragene Gläubiger mit seiner Kapitalsforderung auch den laufenden Zinsen der nacheingetragenen voran. In den §§. 576. u. 577. A. G. O. I. 50. ist nur der Unterschied zwischen den Real- und Personalgläubigern, nicht aber das Verhältniß der Realgläubiger untereinander festgestellt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. April 1833. (Präj. Nr. 11. sub 2.) (Präj. Samml. S. 266.)

3) Die Vorschrift der §§. 522., 523. A. G. O. I. 50. findet alsdann keine Anwendung, wenn das Grundstück Allodium ist, und das zweite Grundstück wegen der Lehnsqualität unverkäuflich bleibt; weil nach dem A. L. R. und auch nach dem Märkischen Lehnrechte immer das Allodium zunächst für die Schulden haftet, und sogar umgekehrt der Lehnsfolger, wenn er wegen gesetzlicher oder konsentirter Schulden mit dem Lehne haftet, sich an das Allodium regressiren darf.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. April 1833. (Präj. Nr. 11. sub 1. b.) (Präj. Samml. S. 265.)

§. 331. Ueber das Verfahren bei Subhastation Pommerscher Lehngüter vergl. die V. v. 11. Mai 1839. (G. S. 1839 S. 167.)

§§. 331. 332. 1) Bei Lehnen, welche in Beziehung auf den Lehnsherrn allodificirt worden, können nur Agnaten, nicht Mitgläubiger den Mangel des agnatischen Konsenses bei einer auf die Substanz des Lehns eingetragenen Schuld rügen; in sofern daher keine im Hypothekenbuche eingetragene Agnaten vorhanden sind, hat auch der ohne Konsens eingetragene Allodialgläubiger seine Befriedigung aus der Substanz des Lehns, nach Ordnung der Eintragung, zu erwarten.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juli 1838 (Präj. Nr. 497.), weil bei allodificirten Lehnen alle Hypotheken, die der Vasall auf das Lehn bestellt, da er durch die Allodifikation das volle Eigenthum erworben, dessen Substanz ergreifen, und eine Beschränkung der Wirkungen einer Lehnsschuld wegen der Rechte der Agnaten nur in soweit eintreten könne, als das Hypothekenbuch Agnaten nachweist, welche dem gerichtlichen Verkaufe zu widersprechen berechtigt sind. (Präj. Samml. S. 102, Entsch. Bd. 4. S. 182.)

Vergl. in dieser Beziehung die Dekl. v. 3. Nov. 1843, betr. die Nothwendigkeit des Konsenses der Agnaten zur Verpfändung der Substanz eines Lehngutes in der Altmark, Priegnitz, Mittel- und Ukermark, so wie in den Kreisen Beeskow und Storkow.
(G. S. 1843 S. 339.)

2) Bei den vormaligen landesherrlichen Lehngütern im Herzogthume Magdeburg kann der im Hypothekenbuche mit agnatischem Konsens eingetragene Gläubiger dem voreingetragenen, dessen Hypothekentitel auf die Substanz der Güter bloß auf der Willenserklärung des Lehnbesitzers beruht, die Priorität und die Befriedigung aus den Kaufgeldern wegen Mangels des agnatischen Konsenses nicht streitig machen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1842.
(Entsch. Bd. 8. S. 418.)

§§. 331. 333. Der Widerspruch gegen die Subhastation steht nur dem nicht verpflichteten Agnaten, und auch nur dann zu, wenn er zur Sukcession gelangt ist. Der Besitzer, welcher durch die Handlung seines Vorgängers gebunden ist, kann die Rechte der nicht verpflichteten Agnaten für sich nicht benutzen, um die in Beziehung auf ihn feststehende Verbindlichkeit von sich abzuwenden. Daher kann ein Lehngut wegen einer auf dessen Substanz von dem Besitzer oder dessen ihn verpflichtet habenden Vorgänger aufgenommenen und im Hypothekenbuche eingetragenen Schuld, wenn diese auch nicht für sämmtliche Agnaten verbindend ist, mit Vorbehalt der Rechte der nicht verpflichteten Agnaten subhastirt werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Juni 1827 u. 20. Juni 1828. (Simon's R. Bd. 2. S. 161 ff. u. S. 168 ff.)

Vergl. dagegen: Grävell (Nachträge zum Komm. zur A. G. O. S. 134—138), Bornemann (System Bd. 4. S. 156—168, 2. Ausg. Bd. 4. S. 98—105) und den Aufsatz im Centralbl. 1839 S. 1233.

In den Motiven zum rev. Entw. des Lehnrechts wird über die Frage Folgendes bemerkt:

Das O. L. G. zu Magdeburg hat die beiden Fragen als zweifelhaft vorgetragen:

a) Kann der Sohn des Vasallen, welcher die Verfügung seines Vaters unbedingt anerkennen muß, der Subhastation des Lehns wegen Schulden, wofür die Substanz des Lehns zwar verpfändet aber wegen ermangelnden Konsenses der gesammten Agnaten gültigerweise nicht verhaftet ist, widersprechen? und

b) Kann die Subhastation eines Lehns, dessen Substanz vom Vasallen ohne den Konsens der Agnaten verpfändet worden, gar nicht oder vorbehaltlich der Rechte der Agnaten stattfinden?

Der erste Sen. hat sich in dem Falle sub a. für die Affirmative und in dem Falle sub b. für die erste Alternative entschieden; dagegen der zweite Sen. in dem letztern Falle auf den Grund des §. 295. h. t. auf die Zulässigkeit der Subhastation, vorbehaltlich der Rechte der Agnaten, erkannt.

Indessen scheint die Entscheidung in beiden Fällen nicht sonderlich zweifelhaft, da das A. L. R. in allen Fällen, wo die Schulden die Lehnssubstanz nicht unbedingt affiziren, die Subhastation gänzlich verbietet und nur die Sequestration zuläßt.

Zu a. Jeder, welcher ein Interesse dabei hat, daß das Lehn nicht subhastirt werde, kann der Subhastation widersprechen, mithin auch der Sohn des Vasallen, wenn er auch sonst dessen facta unbedingt prästiren muß. Der Richter muß hier von Amtswegen die Einleitung der Subhastation zurückweisen; des Widerspruchs eines Interessenten bedarf es hierzu nicht, und es kommt daher auch nicht darauf an, wer von den Lehns-Interessenten den Widerspruch einlegt.

Zu b. Der §. 295. h. t. kann hier gar nicht angewendet werden, da durch denselben Vasallen das Recht nicht gewährt worden ist, das Lehn mit Vorbehalt der Rechte der Agnaten zu veräußern, sondern nur festgesetzt ist, welche Rechte dem Agnaten hinsichtlich einer, unbefugter Weise vorgenommenen, Veräußerung zustehen. Es ist Regel, daß ein Lehn ohne den Konsens sämmtlicher Interessenten, dieser sei direkt oder indirekt durch Einwilligung in eine Substanz-Verpfändung ertheilt worden, nicht veräußert werden kann, und es würde eine starke Anomalie sein, wenn der Richter eine Subhastation vornehmen dürfte, deren Gültigkeit in Zukunft angefochten werden könnte, und bei welcher das Anfechtungsrecht sogar vorbehalten werden müßte.

§. 336. 1) Die jetzt geltenden Bestimmungen über die Ordnung, in welcher die Gläubiger ihre Befriedigung aus dem Kaufpreise oder aus den Einkünften des Lehns verlangen können, sind in der Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 46. ff., 266., 377. ff., 416. ff. enthalten.

In Betreff des früheren Rechtes vergl. A. G. O. I. 50. §. 567., V. v. 28. Dec. 1840 §. 11. (G. S. 1841 S. 4), V. über die Exek. v. 4. März 1834 §. 25. und V. über die Subhast. v. 4. März 1834 §. 17. Satz 2.

2) Bei Vertheilung der Kaufgelder eines Lehngutes sind die poslocirten Gläubiger nicht befugt, den vorstehenden den Einwand entgegenzusetzen, daß ihre Forderungen den agnatischen Konsens nicht gewonnen, oder daß sie nach den Lehnsgesetzen nicht aus der Substanz, sondern nur aus den Früchten des Lehns Befriedigung zu erwarten hätten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1839. (Präj. Nr. 620.) (Präj. Samml. S. 102.)

Dies Präj. ist indeß bereits durch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 19. (29.) Sept. 1845 (Präj. Nr. 1606.) (Entsch. Bd. 11. S. 47), und demnächst durch die Vorschriften der Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 373. u. 393. abgeändert.

§§. 337—339. 1) Diese Sätze sind bei den Schlußverhandlungen bei Abfassung des allgemeinen Gesetzbuches gegen die Meinung von Suarez angenommen worden, daß der Lehnsherr und die Agnaten, indem sie in die Verpfändung des Lehns willigen, dem Gläubiger das Recht geben, seine Befriedigung quovis meliori modo zu suchen, ihn also nicht zwingen können, sein Pfand mit dem onere der Lehnsqualität ad hastam zu stellen.
(Jahrb. Bd. 52. S. 31.)

2) Nimmt das Lehn auch in Ansehung der Nachkommenschaft des neuen Erwerbers die Lehnseigenschaft an, und vererbt dasselbe als ein feudum novum auf dieselben nach derselben Sukcessions-Ordnung, wie in der früher damit beliehen gewesenen Familie?

Die Motive zum rev. Entw. des Lehnrechts bemerken hierüber:

Die erste Alternative scheint die richtige zu sein; denn hierfür spricht zuvörderst die Analogie der §§. 206. u. 207. des A. L. R., und demnächst ist bei der Redaktion der §§. 337. u. 339. des A. L. R. von der Ansicht aus-

gegangen, daß das Lehn als solches bestehen bleibe, und nur die beliehene Familie verändert werde. Auch würden die Rechte des Lehnsherrn, besonders hinsichtlich des Heimfalls, nicht unbeeinträchtigt bleiben, wenn die zeitherigen Dispositions-Befugnisse und die Sukcessions-Ordnung erweitert und resp. abgeändert würden. (a. a. O. S. 87.)

§. 341. Ueber die Frage: wer dabei zuzuziehen? vergl. die Erg. zum §. 502. h. t.

§. 342. Ein Lehnsbesitzer, welcher ein zu seinem Lehngute gehöriges Forstgrundstück zum allgemeinen Besten, z. B. zum Chausseebau, an den Staat abtreten muß, ist verpflichtet, nicht allein die ihm von dem Staate für den Grund und Boden gezahlte Summe, sondern auch die ihm für das zu frühe Schlagen des jungen Holzes geleistete Entschädigung und den Werth des gefällten und verkauften, noch nicht haubaren Holzes als Geldlehn auch zum Besten des Lehnsagnaten und Mitbelehnten anzulegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Aug. 1828, weil ev. der Lehnsbesitzer einen Vortheil erlangen würde, worauf er als bloß zeitiger Besitzer keinen Anspruch habe und die Agnaten nicht nöthig haben, sich gefallen zu lassen, daß der Lehnsbesitzer den Ertrag des Lehns auf eine lange Reihe von Jahren antizipire.
(Simon's R. Bd. 2. S. 196.)

§. 343. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 31. Mai 1845 (Entsch. Bd. 11. S. 316) in den Erg. zum A. L. R. I. 20. §. 500.

§§. 350—357. Von der Lehnskompetenz.

1) Ueber die Entstehung dieser §§. vergl. Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 32.)

2) Lehnsgläubiger, die ihre Befriedigung aus der Substanz des Lehns zu fordern berechtigt sind, können nicht angehalten werden, dem Lehnsbesitzer während der Sequestration des Lehns eine Kompetenz zu gewähren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Dec. 1833. (Präj. Nr. 44.)
(Präj. Samml. S. 102, Simon's R. Bd. 4. S. 101 ff.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 30. März 1815 angenommen. (Jahrb. Bd. 15. S. 367.)

Derselben Ansicht sind die Motive zum rev. Entw. des Lehnrechts S. 89 und GräVell. (Komm. zur A. G. O. Bd. 5. S. 125 zum §. 27. Tit. 49. Thl. I.)

Dagegen: Bielitz auf Grund des §. 357. h. t.)
(Komm. Bd. 4. S. 163.)

3) Kann wegen Schulden aus einer unerlaubten Handlung die Lehnskompetenz verweigert werden?

Strombeck bejahet auf Grund der K. O. v. 18. April 1812 (Jahrb. Bd. 1. S. 6), aus welcher der §. 169. des Anh. zur A. G. O. entnommen ist. (Erg. zur A. G. O. Anh. §. 169.)

Dagegen verneint Koch, weil die Lehnskompetenz ein beneficium competentiae ex persona tertii, wie das aller Beamten, sei, und weil man nicht die Einkünfte ohne die Lasten nehmen dürfe.
(Landr. Bd. 2. Anm. 35. zum §. 350. h. t.)

§. 356. Der Sohn kann gegen die Allodialgläubiger des Vaters nur in sofern eine Kompetenz in Anspruch nehmen, als seine sonstigen Einkünfte zu seinem nothdürftigen Unterhalte nicht hinreichen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. März 1815.
(Jahrb. Bd. 15. S. 367.)

§. 357. Statt: »§§. 252., 253.« muß es heißen: »§§. 352., 353.«
(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 358—477. Lehnssukcession.

1) Bei feudis extra curtem wird das Sukcessionsrecht der Lehnsberechtigten nach dem jure curiae, nicht nach dem jure feudi siti bestimmt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1842 und von dem II. Sen. unterm 16. Juli 1834. (Präj. Nr. 1236.)
(Präj. Samml. S. 102.)

2) Durch die Seitens eines Märkischen Lehnbesitzers bei seinem Leben erfolgte Abtretung des Lehns an seine Söhne wird die Verpflichtung der Letzteren, den Töchtern des Abtretenden die gesetzliche Lehnsabfindung aus dem Lehen zu gewähren, nicht aufgehoben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. März 1854. (Präj. Nr. 2506.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 113, Entsch. Bd. 29. S. 91.)

3) Ueber die Frage: in wiefern nach den in Pommern vor Publikation des A. L. R. geltenden Rechten der Besitzer eines Allodialgutes für dasselbe zu Gunsten einer Familie die Lehnserbfolge begründen konnte, vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 5. Okt. 1857. (Entsch. Bd. 37. S. 118 ff.)

§. 360. Die Frage über die Gültigkeit, also auch über die Wirkungen und Folgen einer Ehe, gehört nicht dem Lehnrechte, sondern dem Ehe- und Familienrechte an, und ist daher auch in der Provinz Sachsen nach den Vorschriften des A. L. R., namentlich auch in Betreff der unstandesmäßigen Ehen zu entscheiden, wenngleich nach §. 4. des Einführungs-Pat. v. 15. Nov. 1816 (G. S. S. 233) in allen Lehnssachen es bei den bisherigen Gesetzen und Verfassungen verbleiben soll.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Febr. 1836.
(Entsch. Bd. 1. S. 37.)

§. 361. In der Mark Brandenburg, Ostpreußen, Pommern und dem Herzogthum Magdeburg sind weder Mantelkinder, noch andere Legitimirte lehnssukcessionsfähig; im Herzogthume Sachsen ist die Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder durch die Dekl. v. 30. Sept. 1820 (G. S. S. 201) außer Zweifel gesetzt; in den übrigen Landestheilen giebt es darüber keine provinzialrechtliche Bestimmung.
(Motive zum rev. Entw. des Lehnsrechts S. 104.)

§. 363. Die Lehnsfolgefähigkeit der von einem Fremden, welcher im Inlande adelige Lehne besessen hat, in einer nach den ausländischen Gesetzen seines fori domicilii vollkommen gültigen Ehe erzeugten Söhne, ist nicht durch die im §. 363. vorgeschriebene landesherrliche Dispensation bedingt.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1844. (Präj. Nr. 1506.) (Präj. Samml. S. 102, Entsch. Bd. 10. S. 143.)

§§. 375—379. 1) Ueber die Entstehung dieser §§. vergl. Suarez Bemerk. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 95.)

2) Begründet die Ehrlosigkeit (Infamie) und Anrüchigkeit die Lehnsfolgeunfähigkeit?

Die Motive zum rev. Entw. des Lehnsrechts bemerken:

Bei den Vorschriften über die Lehnssukcession wurden nur in Betreff der Wahn- und Blödsinnigen, der Gebrechlichen, der Geistlichen und der Weiber Bestimmungen aufgenommen. Daß man die Bestimmung des gemeinen Rechts, wonach Infamie und Anrüchigkeit eine Lehnsunfähigkeit begründet, habe aufheben wollen, ist aus den Materialien des A. L. R. nicht zu ersehen, vielmehr läßt sich aus den Bemerkungen von Suarez nur schließen, daß man sie, gleich den übrigen Bestimmungen, in den Abschnitt über die Lehnssukcession habe aufnehmen wollen, und dies aus Versehen unterblieben sei. (a. a. O. S. 109.)

Koch bemerkt, daß das Preuß. Recht beide Begriffe nicht kenne, weshalb die Frage nicht verhandelt werden könne.
(Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 379. h. t.)

§. 380. Das Judikat des Justr. Sen. des Kammerger. v. 13. April 1801 nimmt an, daß die Schulzenlehne in der Mark wirkliche Mannlehne seien. (Jahrb. Bd. 3. S. 302—305.)

§§. 381. sqq. Ueber die von dem A. L. R. angenommene Lineal-Sukcession vergl. Suarez in der rev. mon.
(Jahrb. Bd. 52. S. 33.)

§. 385. 1) Statt: »Abschn. 2.« muß es heißen: »Abschn. 4.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Ein Lehn mit Untheilbarkeit und Individual-Sukcession (Primogenitur, Seniorats-, Majorats- oder Minorats-Ordnung) gilt nach dem A. L. R. für ein reines Lehn und nicht als ein theilweise in ein Fideikommiß verwandeltes Gut.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 137 Nr. 31.)

§§. 388. sqq. 1) Vergl. die Erörter. von Suarez in der Schlußrevision über die hier angenommene Sukcessions-Ordnung.
(Jahrb. Bd. 41. S. 33.)

2) Das Ob. Trib. nimmt in dem in Mathis Bd. 1. S. 263 ff. mitgetheilten Erk. (Datum konstirt nicht) an, daß in der Kurmark Brandenburg die Lineal-Gradual-Lehnserbfolge gelte, mithin der Nähere in einer Linie desselben Stammes den Entfernteren in der anderen Linie ausschließe.

§§. 395. 396. Wenn nach dem Decisiv-Reskript, betr. die Lehnsfolge-Ordnung in Sächsischen Lehnen v. 1. Juli 1797, bei der Sukcession in dem Lehnsantheil eines ohne lebensfähige Descendenz verstorbenen Mitbesitzers den coinvestitis compossessoribus der Vorzug vor den bloßen Mitbelehnten gebühren soll, ist solches doch restriktiv nur auf den Fall zu beziehen, wenn die Mitbelehnten — oder deren Vorfahren — sich früher auch im Mitbesitze befunden, ihren Antheil am Lehn aber den übrigen Mitbesitzern der nämlichen Linie unter Vorbehalt der gesammten Hand abgetreten haben; begreift aber nicht den Fall unter sich, wenn bei dem Lehnsantheile eines andern Mitbesitzers in einer andern Linie, auf welchen die Abtretung sich nicht bezieht, eine Sukcession sich eröffnet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Mai 1840. (Präj. Nr. 874.) (Präj. Samml. S. 306, Entsch. Bd. 6. S. 146.)

§. 397. 1) Statt: »Ausfällen« ist zu setzen: »Anfällen.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Der §. 397. steht im Widerspruche mit den Fundamentalprinzipien der §§. 266., 273., 309., 310. Es fragt sich: ob der §. 397. als Ausnahme von der in jenen §§. gegebenen Regel zu betrachten und daher ohne Rücksicht auf dieselben in Anwendung zu bringen ist?

Duesberg entscheidet sich in der Abhandlung über die rechtlichen Folgen der bei Lehnstheilungen von Seiten der abgefundenen Agnaten ausdrücklich erklärten Entsagungen künftiger Anfälle, bei den klaren Worten des §. 397. für die Bejahung und weist auch aus den Materialien zum A. L. R. nach, daß der §. 397. eine Ausnahme von der Regel nach der Redaktoren Absicht begründen sollte.
(Simon's Z. Bd. 1. S. 144—149.)

Bornemann ist derselben Ansicht.
(System Bd. 4. S. 177, 2. Ausg. Bd. 4. S. 111 ff.)

*Witte erkennt es gleichfalls an, daß der im §. 397. abgehandelte Fall der Todtheilung eine singuläre Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die Befugniß der Lehnsfolge, die Veräußerungen ihres Vorbesitzers unter bestimmten Voraussetzungen anzufechten, enthalte. (Intestaterbrecht S. 194, 195.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 54. zum §. 397. h. t.)

3) Die im §. 397. angegebene Wirkung einer Entsagung bei Lehnstheilungen tritt, wie bei Civiltheilungen, so auch bei Naturaltheilungen ein.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1854 auf Grund der ratio legis, des Wortsinnes und der Entstehungsgeschichte des §. 397. (Entsch. Bd. 28. S. 317.)

§§. 411. 412. Vergl. das G. v. 18. April 1855, betr. die Verbindlichkeit der Mitbelehnten zur Anmeldung ihrer Rechte an denjenigen Lehnen, auf welche das Sächsische Lehnrecht zunächst oder subsidiarisch Anwendung findet, und bei welchen bis zum Erlasse des G. v. 2. März 1850, die Ablösung der Reallasten betreffend, die Lehnsmuthung zur Erhaltung der mitbelehnschaftlichen Rechte erforderlich war. (G. S. 1855 S. 222.)

§§. 414—418. In Magdeburgischen Lehnen gelangen nach Aussterben der Descendenz des ersten Lehnserwerbers sämmtliche, in der zur Sukcession stehenden mitbelehnten Hauptlinie, zur Zeit des Lehnsfalles vorhandenen Descendenten des ursprünglichen Mitbelehnten, soweit ihnen kein Ascendent mehr vorsteht, ohne Rücksicht auf die nähere Verwandtschaft mit dem ersten Mitbelehnten nach der Hauptzahl zu gleichen Theilen zur Sukcession. — Die Aufhebung der Lehnsherrlichkeit hat hierin nichts geändert.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1848. (Präj. Nr. 2014.) (Präj. Samml. S. 280, Entsch. Bd. 16. S. 374.)

§. 421. Es ist nicht anzunehmen, daß die Nachkommen derjenigen Agnaten, welche innerhalb der in dem Ed. v. 4. Aug. 1763 (N. C. C. Tom. III. p. 255) bestimmten Frist ihr Sukcessionsrecht nicht angezeigt und um dessen Eintragung nicht gebeten haben, dadurch ihres eigenen Sukcessionsrechtes verlustig gegangen sind.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 30. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1250.)
(Präj. Samml. S. 296, Entsch. Bd. 8. S. 26, J. M. Bl. 1843 S. 75.)

§. 432. Gelangen nach dem Aussterben des Mannsstammes des neuen Erwerbers dessen männliche Descendenten durch Weiber zur Sukcession, oder müssen die Letzteren den männlichen Descendenten der weiblichen Nachkommen des ersten Erwerbers nachstehen, welche nach den §§. 425., 430. bisher ausgeschlossen worden?

Bornemann, welcher die Frage früher für zweifelhaft hielt (System Bd. 4. S. 190), ist jetzt der Ansicht, daß die erstere Alternative die richtige sei, weil der §. 432., als lex specialis, dem §. 429. vorgehe. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 118—119.)

Koch ist gleicher Meinung; der §. 429. enthalte keinen Zweifelsgrund, weil von Weibern kein Schluß auf Mannspersonen im Lehnrechte zulässig sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 67. zum §. 432. h. t.)

§. 442. Statt: »seinen« ist zu setzen: »seine«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 461. Statt: »von« muß es heißen: »vor«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 478—505. Theilung des Lehns.

§§. 481—483. Diese §§. sind durch das Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §§. 1. u. 6. (G. S. S. 300) aufgehoben.

§§. 484. 488. Jeder von mehreren Lehnsbesitzern ist befugt, zum Zwecke der Theilung eine Licitation unter ihnen zu verlangen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 14 Nr. 7.)

§§. 486. sqq. Bei Pommerschen Lehngütern wird bei der zum Behuf der Ausübung des beneficii taxae zu ermittelnden Lehntaxe, wenn dieselben zum Theil aus steuerbarem, zum Theil aus steuerfreiem Lande bestehen, sie also nicht ganz steuerfrei sind, der Ertrag nicht pro rata zu 5 Prozent und resp. 6 Prozent, sondern durchgängig mit 5 Prozent zu Kapital gerechnet. (Prozeß-Ordnung für das Pommersche Hofgericht v. 16. Dec. 1733 §. 75.)

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1835. (Präj. Nr. 86.) (Präj. Samml. S. 290.)

§. 496. Ueber die Sukcession in Lehnsabfindungen nach Märkischem Lehnrechte vergl. das Gutachten der Gesetzkomm. v. 5. Mai 1797 (Rabe Bd. 4. S. 173, Klein Bd. 9. S. 270), desgl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 2. März 1848.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 402 Nr. 197.)

§. 499. 1) Nach Pommerschem Lehnrechte behält die Lehnsabfindung eines Bruders, welche sub nexa hypothecae stehen bleibt, qualitatem feudalem.
(Konkl. der Gesetzkomm. v. 7. Mai 1791, Rabe Bd. 2. S. 84, Klein Bd. 8. S. 328.)

2) Durch die Judikate der beiden Sen. des O. L. G. zu Paderborn und des O. L. G. zu Halberstadt v. 12. Sept. 1821 und 15. Nov. 1822 sind folgende Rechtssätze ausgesprochen:

a) Ein Vertrag, worin ein Lehnsfolger einem andern Lehnsfolger sein Sukcessionsrecht abtritt, kann mit Bestand Rechtens abgeschlossen werden.

b) Die im §. 499. d. Tit. ausgesprochene Vermuthung für die Allodial-Qualität der baar ausgezahlten Abfindungs-Summe tritt nur dann ein, wenn gleichberechtigte Lehnsfolger, an welche das Lehn verfällt wird, bei Uebernahme des Lehnes durch einen derselben, eine solche Abfindung behufs ihrer definitiven Auseinandersetzung mit einander verabreden; nicht aber alsdann, wenn außer diesem Falle, bei der Naturaltheilung eines im gemeinschaftlichen Besitze befindlichen Lehnstücks zwischen mehreren Familien-Linien, eine Geldentschädigung zur Ausgleichung stipulirt wird. In einem solchen Falle ist die Vermuthung für die Lehnseigenschaft.

c) Wenn indeß die Absicht der Interessenten auf Theilung dahin ging, daß die Geldentschädigung die Lehnseigenschaft nicht haben solle, so müssen diejenigen Interessenten, welche ihre Zustimmung dazu gegeben haben, die Geldentschädigung als Allode für ihre Person gegen sich gelten lassen.
(Simon's R. Bd. 4. S. 449 ff.)

§. 500. In der ersten Zeile ist statt: »wenn« zu lesen: »wegen«.
(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 502. R. v. 27. Febr. und Gutachten der Gesetzkomm. v. 14. Febr. 1792.

Die einer Tochter, nach Absterben des Vaters, von ihrem in das Lehn sukcedirenden Bruder ausgesetzte Lehnsaussteuer fällt in dem Falle, daß zur Zeit ihres unverheiratheten Absterbens ihr Bruder bereits verstorben und das Lehn auf einen entfernten Agnaten fällt, nicht in das Lehn zurück, sondern geht vielmehr als uneingeschränktes Eigenthum der Schwester auf deren Erben über.

(N. C. C. Tom. IX. p. 859, Klein's Ann. Bd. 9. S. 270, Rabe Bd. 2. S. 271.)

§§. 502—515. 602—613. 1) R. v. 11. Sept. 1820. Aus dem §. 9. des Ed. v. 9. Okt. 1807, welcher den Verkehr mit Lehn- und Fideikommißgütern erleichtern wollte, läßt sich nicht herleiten, daß es bei Translokation eines Lehnstamm-Kapitals eines Familienschlusses bedürfe, in sofern derselbe nach dem A. L. R. nicht vorgeschrieben ist. Dieses erfordert aber (im §. 128. II. 4.) mindestens bei anderweiter Unterbringung eines Fideikommiß-Kapitals nur die Einwilligung der beiden nächsten Anwarter.

(Jahrb. Bd. 16. S. 25, Gräff Bd. 1. S. 823.)

2) R. v. 17. Juni 1833. Auf Lehnstämme sind die für Lehngüter ertheilten Vorschriften anzuwenden, so weit dies ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit nach möglich, so daß also ein aus Kurmärkischem Lehne entstandener Lehnstamm nach Kurmärkischem Lehnrechte zu beurtheilen. Dies ist jedoch unmöglich rücksichtlich der Einziehung und weiteren Unterbringung eines Geldstammes, weil das Kurmärkische Lehnrecht hierüber keine Bestimmung enthält und die Lehre von den Lehngütern keine Analogie bietet; hier entscheidet daher das A. L. R. Nach diesem aber sind die Vorschriften über Geldfideikommisse anzuwenden, mithin in den gedachten Fällen das Verfahren nach §§. 128. ff. A. L. R. II. 4. zu regeln.

(Jahrb. Bd. 42. S. 89, Gräff Bd. 6. S. 30—44.)

3) R. v. 16. Sept. 1833. Bei Allodifikation von Lehngütern und Lehnstämmen durch Familienschlüsse finden die Grundsätze über Aufhebung von Familien-Fideikommissen Anwendung. Dies folgt daraus, daß Lehne ohne Obereigenthum in Beziehung auf die Agnaten unter sich den Familien-Fideikommissen sehr ähnlich; daß das Ed. v. 9. Okt. 1807 Lehne den Fideikommissen rücksichtlich ihrer Aufhebung gleichstellt, in Ansehung der ersteren auf Zus. 56. des Ostpreuß. Prov.-Rechts verweist und dies sich auf §§. 42—46. A. L. R. II. 4. bezieht; daß endlich das A. L. R. in der Lehre von den Lehnen (I. 18. §§. 290., 291., 386.) Grundsätze aufstellt, welche denen des A. L. R. II. 4. §. 68. ähnlich sind. Es sind also nach §. 68. A. L. R. II. 4. sämmtliche aus dem Hypothekenbuche bekannte Familienmitglieder zuzuziehen, nach §§. 42. ff. l. c. den minderjährigen Descendenten derselben Vormünder zu bestellen und die innerhalb des 310. Tages nach Vollziehung des Familienschlusses Geborenen zu berücksichtigen. Die nicht eingetragenen Familienglieder sind nicht zu berücksichtigen, da schon der §. 4. des Ed. v. 4. Aug. 1673 diese Nichteintragung sogar mit dem Verlust des Sukcessionsrechts bedroht und die A. G. O. I. 51. §§. 157., 158. nicht entgegensteht, da diese spezielle Vorschriften des Provinziallehnrechts im Auge hat, welche mit den gesetzlichen Vorschriften über Familienschlüsse nicht in Verbindung gebracht werden können.

(Jahrb. Bd. 42. S. 107, Gräff Bd. 6. S. 44—46.)

4) R. v. 6. Aug. 1835. Die Einziehung und anderweite Unterbringung von Lehnsstämmen ist in der Kurmark nach den Vorschriften des A. L. R. von Geldfideikommissen zu beurtheilen.

(Min. Akten I. 3283. Lehnsrepert. Nr. 67. fol. 18.)

5) R. v. 18. April 1836. Die Ausleihung eines Lehnstammes braucht nicht von sämmtlichen auf dem verkauften Lehngute eingetragen gewesenen Agnaten, sondern nur von den beiden nächsten Agnaten, nach näherer Bestimmung des A. L. R. II. 4. §§. 87. ff., bewilligt zu werden. Das R. v. 17. Juni 1833 (vergl. ob. sub 2.), welches scheinbar widerspricht, hatte den speziellen Fall vor Augen, da bei einem alten sub Rubr. III. eingetragenen Lehnstamme die dabei betheiligten Agnaten sich ausdrücklich in der Kolonne »Cessionen« hatten eintragen lassen und eben deshalb bei einer Uebertragung des Lehnstammes auf ein anderes Gut nicht übergangen werden konnten.

(Jahrb. Bd. 47. S. 516, Gräff Bd. 10. S. 32.)

6) Vergl. übrigens das (diese Bestimmungen modifizirende) G. v. 15. Febr. 1840 §. 21. in den Erg. zum A. L. R. II. 4. §§. 42. bis 46.

7) Der §. 502. bezieht sich übrigens gar nicht auf den Lehnsherrn, sondern nur auf die Agnaten, weshalb dergleichen Posten die Eigenschaft eines Fideikommisses beigelegt ist.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 92. zum §. 502. h. t.)

Vergl. Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 4. S. 127—128.

§§. 506—601. Auseinandersetzung zwischen Lehnsfolger und Allodialerben.

§§. 507. sqq. Nach dem in Hinterpommern geltenden Lehnrechte gehört das Kaufgeld eines wiederkäuflich erworbenen Lehns, wenn solches bei Ausübung des Wiederkaufs zurückgezahlt wird, zum Allodium.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Juli 1812.

(Jahrb. Bd. 3. S. 308.)

§. 510. 1) Wegen der Vertheilung der Früchte und Nutzungen des letzten Jahres vergl. den Schlußbericht von Suarez.

(Jahrb. Bd. 41. S. 100.)

2) In Betreff des Märkischen Lehnrechtes vergl. Stengel Bd. 2. S. 414 ff.

§. 511. 1) Für die Kurmark sind in Betreff des Inventars folgende Rechtssätze judic. ausgesprochen:

1) Die Aussaat gehört in der Regel nicht zum Lehn, sondern muß nebst den Bestellungskosten den Allodialerben erstattet werden.

2) Hat der Verstorbene das Lehngut bestellt empfangen, so müssen dessen Erben es auch dem Lehnsfolger mit Winter- und Sommersaat abliefern.

3) Der vorräthige Dünger gehört zum Allodio.

4) Der Lehnsfolger kann dem Allodialerben nicht gestatten, wirklich nützliche Gebäude wegzunehmen. (Stengel Bd. 2. S. 415, 416.)

2) Die Hofwehr der Unterthanen gehört nach Neumärkischer Verfassung nicht zum Lehne, sondern zum Allodium.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 8. Febr. 1836. (Präj. Nr. 102.) (Präj. Samml. S. 103.)

§§. 515—517. Ueber das Verhältniß des §. 517. zu den §§. 515., 516. bemerken die Motive zum revid. Entwurf des Lehnrechtes:

Der §. 517. kann sich bloß auf den §. 516. beziehen, indem er mit demselben durch das Wort: »also« in Verbindung gesetzt ist, und sonst ein Widerspruch mit dem §. 515. entstehen würde. (a. a. O. S. 130.)

Bornemann tritt dieser Ansicht bei.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 124.)

§§. 520—526. Ueber die Motive dieser Bestimmungen vergl. Suarez Bemerkungen in der rev. mon.

(Jahrb. Bd. 52. S. 34.)

§. 524. In Zeile 5. ist statt: »die« zu setzen: »so«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 527. Nach Kurmärkischem Provinzialrechte müssen auch die Meliorationen an Gebäuden dem Allodialerben des letzten Lehnbesitzers von dem in das Lehn sukcedirenden Lehnsvetter vergütigt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1835. (Präj. Nr. 82.) (Präj. Samml. S. 103.)

§. 537. Ueber die Frage: welche Folge die Unterlassung der Aufnahme der gerichtlichen Taxe nach sich zieht, bemerken die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechtes:

Der Zweck des §. 537. geht, zufolge der Bemerkung in der rev. mon. (ad §§. 123. u. 124. Tit. 4. Sect. 3. Thl. I. des Entw.), dahin, den Kollusionen zwischen dem Lehnsbesitzer und den Allodialerben vorzubeugen, wodurch die nachherigen Lehnsfolger mittelst Bestimmung übertriebener Uebernehmungspreise leicht gefährdet werden können. Es folgt hieraus, daß der Gesetzgeber den fernern Lehnsfolgern nur die Zahlung des gerichtlichen Taxwerthes, wenn dieser niedriger als der Uebernehmungspreis sein sollte, hat auferlegen, und ihnen, wenn keine Taxe aufgenommen ist, die Wahl hat frei lassen wollen, entweder das Pertinenzstück, wenn dieses trennbar ist, zurückzugeben, oder das Pertinenzstück nach dem durch eine gerichtliche Taxe nachträglich auszumittelnden Werthe, oder nach dem niedrigern Uebernehmungspreise zu vergüten. In dem umgearb. Entw. war die Folge der unterlassenen Detaxirung dahin bestimmt, daß gar keine Vergütung stattfinden solle; es war ferner bestimmt,

daß selbst dann, wenn die Detaxirung geschehen, dem Lehnsfolger die Wahl bleiben solle, ob er das Pertinenzstück zurückgeben, oder den Taxwerth erlegen wolle. Diese Bestimmungen, wovon die erstere offenbar zu weit ging, sind nachher durchstrichen, ohne daß die Gründe konstiren. (a. a. O. S. 131.)

Bornemann spricht sich in gleicher Weise aus.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 124.)

Koch ist ebenfalls der Ansicht, daß, im Falle die Taxe unterblieben ist, dem künftigen Lehnsfolger das Recht zusteht, die Abschätzung nachträglich zu verlangen und zwischen dieser und dem etwa niedrigeren Erwerbspreise zu wählen, wenn er nicht vorzieht, das Pertinenzstück ganz zurückzugeben.

(Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 537. h. t.)

§. 543. Wenn bei einem Ostpreuß. adeligen Lehn das von dem letzten Besitzer neu erbaute herrschaftliche Wohnhaus dem Allodialerben als Melioration nach der aufzunehmenden Taxe vergütigt werden muß, so kommen doch die aus dem Gute selbst entnommenen Baumaterialien in Abzug, und darf deren Werth von dem Lehnfolger nicht erstattet werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1837. (Präj. Nr. 276.) (Präj. Samml. S. 276.)

§. 561. Suarez bemerkt in der rev. mon., daß diese Bestimmung aus der Pflicht des Erblassers, sarta tecta zu konserviren, folgt. (Jahrb. Bd. 52. S. 35.)

§§. 564—576. Ueber die Entstehung dieser §§. und die Motive derselben vergl. die Bemerk. von Suarez in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 35 ff.)

§. 577. Vergl. ob. die Erg. zu den §§. 300. u. 577. h. t.

§§. 577. 578. Die landrechtliche Vorschrift, wonach das Recht, dem Lehnsbesitzer wegen unwirthschaftlicher Verwaltung Schranken zu setzen, einem weiteren Lehnsfolger nicht zusteht, wenn der nächste Lehnsfolger sich nicht mehr unter väterlicher Gewalt des zeitigen Besitzers befindet (§§. 577., 578. h. t., §. 140. A. L. R. I. 21.), gilt auch für das Herzogthum Magdeburg. (Magdeburger Pol. O. v. 3. Jan. 1688 Kap. VIII. §§. 24., 26.) Auch unter den im §. 6. des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 erwähnten Lehnsberechtigten ist nur der jedesmalige nächste Lehnsfolger, sofern er nicht noch unter der väterlichen Gewalt des wirklichen Besitzers steht, sonst der nächste nach ihm zu verstehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Sept. 1845.

(Entsch. Bd. 11. S. 428 ff.)

§§. 580. sqq. 1) Ueber die in diesen §§. aufgestellte neue Theorie vergl. Suarez Erörter. in dem amtlichen Schlußvortrage über die rev. mon. (Jahrb. Bd. 41. S. 96.)

Ueber die frühere Praxis der Preuß. Gerichtshöfe hierüber vergl. das Gutachten des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1767.

(Hymmen's Beitr. Hft. 3. S. 8.)

2) Nach Kurmärkischem Lehnrechte kann die Wittwe aus den von ihrem Ehemanne besessenen und hinterlassenen Lehnen nur dann Alimente fordern, wenn ihr solche entweder durch Vertrag zugesichert, oder die Alimente in den Lehnen, aus welchen sie gefordert werden, observanzmäßig sind. Vermöge des Gesetzes hat also die Wittwe in der Regel keinen Anspruch auf Alimente; sondern ausnahmsweise nur, wenn die Wittwe sich im Falle der Bedürftigkeit befindet. Nur unter diesen Voraussetzungen sind daher Alimente der Wittwe als gesetzliche Lehnschulden nach Kurmärkischen Lehnrechten zu betrachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. i. J. 1834. (Präj. Nr. 64.) (Präj. Samml. S. 103.)

3) Nach Kurmärkischem Provinzialrechte gebührt der hülfsbedürftigen Wittwe keine Lehnskompetenz aus dem Nachlasse des Ehemannes; auch besteht, wenigstens bei nicht-adeligen Lehnen, namentlich bei den Ambachts-Lehnen, keine rechtsgültige Landesobservanz, welche eine solche Lehnskompetenz als Rechtsnorm darstellte.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 337 Nr. 73.)

§. 599. Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken in Betreff des hier erwähnten Vorrechtes:

Das hier erwähnte Vorrecht ist in der Konkurs-O. übergangen worden, und daher unbestimmt geblieben. Nach der Bemerkung von Suarez bei der rev. mon. ad §§. 306—308. Nr. 4. des Entwurfs soll dasselbe eine Hypotheca legalis, mithin ein gesetzlicher Titel zum Pfandrechte sein; dem Lehnsfolger würde also, so weit ihm die wirkliche Eintragung kein besseres Recht verschafft hätte, wenigstens die fünfte Klasse gebühren. (Proz. O. Tit. 51. §. 12.) (a. a. O. S. 133.)

§. 600. Vergl. über die Rechtfertigung dieser Vorschrift die Bemerk. von Suarez in dem amtlichen Schlußberichte.

(Jahrb. Bd. 41. S. 96.)

§§. 600. 601. In den Motiven zum revid. Entw. des Lehnrechts wird zu diesen §§. Folgendes bemerkt:

Nach den §§. 600. u. 601. haben die Allodialerben wegen ihrer Forderungen an das Lehn kein Zurückbehaltungsrecht; es steht ihnen aber frei, ihre Ansprüche bis dahin, daß dieselben näher erörtert und wegen deren Abfindung rechtlich verfügt worden, im Hyp.-Buche vermerken zu lassen, oder bis zu deren Berichtigung auf gerichtliche Verwaltung des Lehns anzutragen. Bei dieser Bestimmung ist zu erinnern:

a) daß die Erfordernisse zu der Protestation oder Sequestration nicht genau bestimmt sind;
b) daß die Wirkung der Protestation nicht angedeutet ist, und
c) daß nicht klar erhellet, ob den Allodialerben die Wahl freistehe, sogleich auf die Sequestration oder Protestation anzutragen.

Ad a. dürfte es erforderlich sein, daß die Ansprüche bescheinigt sind, da es unmöglich die Absicht des Gesetzgebers sein kann, solche präjudizirliche Maßregeln ohne Weiteres zuzulassen.

Ad b. kann die Protestation, da sie bloß die Stelle des vormaligen Retentionsrechts vertritt, nur eine protestatio de non amplius intabulando sein.

Ad c. werden die Allodialerben nach ihrer Wahl für befugt zu achten sein, sogleich entweder auf die Protestation oder Sequestration anzutragen, wobei es jedoch dem Richter unbenommen bleibt, statt der in Antrag gebrachten Sequestration bloß die Protestation zu verfügen, wenn die Umstände weniger dringend scheinen. Letzteres dürfte sich aus dem Ausdrucke: es steht ihnen frei, folgern lassen, welcher mehr fakultativ, als dispositiv spricht.

Da die Sequestration aber ein höherer Grad von Arrest, als die protestatio de non amplius intabulando ist, und ohne besondern Grund nicht gerechtfertigt werden kann, zumal die Erben schon durch die Protestation vorläufig gedeckt sind; so dürfte die Sequestration nur dann zuzulassen sein, wenn die bescheinigten Ansprüche der Erben von solcher Bedeutung sind, daß die Befriedigung aus den Lehnsnutzungen in zwei oder mehreren Jahren nicht erfolgen kann. Auf die Requisite eines Arrestschlages wird es hier nicht ankommen dürfen, da diese für jede andere Forderung die Sequestration nach sich ziehen können. (a. a. O. S. 134.)

§§. 605—613. Von Lehnsstämmen.

1) Wenn ein Märkisches Lehngut auch resp. der Lehnfolge allodifizirt und an die Stelle desselben ein Lehnsstamm gesetzt ist, und sich demnächst in Gemäßheit des §. 17. der Märkischen Lehnskonstitution v. 25. Aug. 1718 der Rückfall einer auf dem Lehngute haftenden lehnsmäßigen dos oder Aussteuer ereignet, so hat dieser Rückfall die Wirkung, daß nunmehr das rückfallende Kapital den Interessenten des Lehnsstammes als ein Lehngeld zufällt.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Sept. 1853. (Präj. Nr. 2472.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 112, Entsch. Bd. 26. S. 470, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 100 Nr. 27.)

2) Nach der Regel des Sächsischen Lehnrechtes wird ein Lehnsquantum für die Mitbelehnten nicht nur fällig, wenn der Sukcessionsfall für sie eintritt, sondern auch, wenn die gesammte Hand durch Veräußerung des Gutes an einen Fremden aufgelöst wird.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1853.

(Entsch. Bd. 25. S. 91.)

3) R. v. 23. Juni 1834, betr. die Fömlichkeiten bei Erbrezessen, welche als Ausgleichungsmittel zwischen den Erben sogenannte Lehnsquanta festsetzen.

Der Justizmin. kann die Ansicht des (Tit.), daß durch die in dem rc. v. H.'schen Rezesse ausgesetzten sogenannten Lehnsquanta eine Stiftung ins Leben trete, welche die rechtliche Natur einer Familienstiftung annehme, und daher einer Verlautbarung vor dem persönlichen Richter bedürfe, zu diesem Behufe aber auch demselben zur Bestätigung vorgelegt werden müsse — nicht theilen. Jene Lehnsquanta sind ihrer Tendenz nach nur als Ausgleichungsmittel zwischen den Erb-Interessenten festgestellt worden, um diejenigen von ihnen, welche ihr Erbtheil in Allodialgütern oder in baarem Gelde angewiesen erhalten haben, hinsichtlich der freien Disposition, welche ihnen darüber zustehen würde, nicht vor denjenigen zu bevorzugen, welchen die zur Theilung gekommenen Lehngüter als solche zugefallen sind. Der Umfang des ursprünglichen

effektiven Lehns in Bezug auf die Gesammtheit der Agnaten und Miterben ist dadurch nicht vergrößert, indem nach erfolgtem Absterben der jetzigen Erbnehmer und resp. deren lehnsfähigen Nachkommen die ausgesetzten Lehnsquanta in eben der Art wiederum freies Allodium werden, als die unter ihnen theilweise allodifizirten Lehne sodann wieder ihre primitive Feudaleigenschaft annehmen und in letzter Qualität auf die zur Sukcession gelangenden Agnaten und Mitbelehnte übergehen.

Von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, lassen sich die im Rezesse festgestellten sogenannten Lehnsquanta nach Maßgabe der §§. 607. u. 610. Thl. 1. Tit. 18. des A. L. R. nur als Lehnsstämme betrachten, zu deren rechtsgültiger Konstituirung es der von dem (Tit.) in der Verf. v. 31. Dec. 1830 bevorworteten Förmlichkeit nicht bedarf.

(Min. Akt. I. 2763., Gen. Lehns-Rep. Nr. 1. Vol. 2. Fol. 227 a.)

§§. 643—679. Aufhebung des Lehns.

§. 644. 1) Die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts bemerken zum §. 644.:

Bei der Aufhebung des Lehns durch Entsagung des Vasallen unterscheidet das A. L. R. in den §§. 643—645. »Ob das Lehn durch die Investitur schon wirklich übernommen war, oder nicht«. Ersternfalls soll die Entsagung nach den Grundsätzen von Veräußerung der Lehen beurtheilt werden, letzternfalls aber soll dieselbe bloß zu Gunsten des nächsten Lehnsfolgers von Wirkung sein. Aus den Bemerkungen von Suarez in der rev. mon. ad §§. 337—339. des Entw. geht hervor, daß die Entsagung auf ein angefallenes Lehn vor der Investitur, zu Gunsten eines Andern, als des nächsten Lehnsfolgers, ungültig und wirkungslos sein soll.

Dieser Sinn ist aber im §. 644. des A. L. R. nicht klar ausgesprochen, vielmehr scheint daraus zu folgen, daß eine solche Entsagung, wenn sie auch zu Gunsten eines Andern geschehen sein sollte, dennoch die Wirkung habe, daß das Lehn an den nächsten Lehnsfolger gelange. (a. a. O. S. 144.)

2) Nach Magdeburgischem Lehnrechte bindet, wenn Jemand seinen agnatischen Rechten an ein Lehnrittergut für sich und seine Descendenten entsagt hat, solche Entsagung auch die nachher geborenen Söhne des Entsagenden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. April 1846.

(Entsch. Bd. 13. S. 458.)

§. 648. Die Entsagung eines an den Schuldner erledigten Lehnsanfalls kann nicht auf Grund des Gesetzes v. 26. April 1835, sondern nur im Wege des förmlichen Konkurses von den Gläubigern angefochten werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 25. März 1847.

(Entsch. Bd. 15. S. 87.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 1129—1133. zu §. 5. des G. v. 9. Mai 1855. (s. oben S. 426 Anm. 4. sub c.)

§. 653. Die in Beziehung auf landesherrliche Lehne gegebenen Bestimmungen über die Festsetzung der Allodifikationsvergütigung und darüber, wer die Genehmigung zu bewilligen habe, kommen in Folge der geschehenen Aufhebung der Lehnsherrlichkeit nicht mehr in Betracht; denn auf Thronlehne beziehen sie sich nicht und feuda extra curtem können nur Privatlehne sein.

§. 660. Vergl. die Erg. ob. zu den §§. 288. u. 660.

§§. 663. 664. Ist zur Verjährung der Lehndienste die usucapio libertatis erforderlich?

Es verneinen die Motive zum revid. Entw. des Lehnrechts:

Nach dem §. 663. gelangt der Vasall durch bloße Verweigerung abgeforderter Lehndienste, in sofern selbige nicht mit einer ausdrücklichen Ableugnung der Lehnseigenschaft überhaupt verknüpft ist, noch nicht in den Besitz der Freiheit von der Lehnsverbindlichkeit selbst; wohl aber soll nach §. 664. die Befreiung von den Lehndiensten selbst durch dergleichen Verjährung erworben werden. Der Ausdruck: dergleichen setzt diesen §. mit dem vorhergehenden in Verbindung, und es scheint hieraus zu folgen, daß zur Verjährung der Lehndienste — eine ausdrückliche Weigerung usucapio libertatis erfordert werde. Dies stimmt aber nicht mit den allgemeinen Grundsätzen des A. L. R. im Tit. 9. §§. 508. u. 509., 543. u. 544. überein, wonach das Recht auf solche Dienste mittelst Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen kann. Daß man hiervon eine Ausnahme habe machen wollen, wird durch keinen zureichenden Grund motivirt; vielmehr erklärt Suarez in der rev. mon. ad §§. 74—78. Tit. 17. Thl. II. des Entw., daß diese §§., in welchen von der Verjährung der emphyteutischen Prästationen gehandelt wird, nur Wiederholungen von der Lehre de praescriptione feudali seien; in diesen §§. ist aber eine Verjährung bloß per non usum ausdrücklich zugelassen worden. Das Beiwort dergleichen muß hiernach fortbleiben. (a. a. O. S. 148.)

§. 665. Vergl. die Erg. ob. zu den §§. 260. u. 665.

§. 666. Wiederverkäuflich veräußerte Lehne unterliegen nach Pommerschem Lehnrechte der Reluition, deren Ausübung nach Ablauf der Wiederkaufsjahre an keine Frist gebunden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. März 1846.

(Entsch. Bd. 13. S. 393.)

Zweiter Abschnitt.
Von Erbzinsgütern.

I. Dieser Abschnitt ist in soweit obsolet geworden, als die Besitzform der Erbzinsgüter in Folge der Aufhebung des Obereigenthums des Erbzinsherrn nicht mehr besteht (vergl. Zus. II.), und es haben daher die meisten Bestimmungen desselben nur noch ein Interesse für frühere Fälle.

II. Das G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc., bestimmt in §. 2. Nr. 2. u. 3. und §. 5.:

§. 2. Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, so weit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

2) das Obereigenthum des — Erbzinsherrn; der Erbzinsmann — erlangt mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes, und lediglich auf Grund desselben, das volle Eigenthum;

3) die Berechtigung des Zinsberechtigten, den ihm zustehenden Kanon oder Zins willkührlich zu erhöhen.

§. 5. Die — Aufhebung des Obereigenthums des — Erbzinsherrn — hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehend, und zwar mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen des Verpflichteten, welche sie bisher darin hatten. (G. S. 1850 S. 77.)

§§. 680—687. Begriffe und Grundsätze.

1) Die §§. 680. u. 681., nach welchen dem Besitzer eines sogenannten Zinsgutes in der Regel das volle, nur mit dem Zinse belastete Eigenthum zusteht, sind durch den §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 nicht aufgehoben worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. u. 13. Okt. 1854, weil im §. 2. Nr. 2. a. a. O. nur von dem Obereigenthum des Guts- und Erbzinsherrn, so wie von dem Eigenthumsrechte des Erbverpächters die Rede ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 98 Nr. 23.)

2) Das karakteristische Merkmal des Erbzinsverhältnisses nach dem A. L. R. ist getheiltes Eigenthum. Ist dieses nicht dargethan, so kann ein Erbzinsverhältniß nicht angenommen werden, wenn auch die erste Verleihung des Grundstücks von einer Kirche, Kommune oder andern moralischen Person geschehen, und das Grundstück dem ersten Erwerber, als ein noch nicht in Kultur gesetztes Land, unter der Bedingung, dasselbe in Kultur zu setzen und dafür eine gewisse ein- für allemal bestimmte Abgabe zu entrichten, eingeräumt worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1846.

(Entsch. Bd. 13. S. 215.)

3) Die zeitemphyteutische Qualität von bäuerlichen Stellen im Großherzogthum Posen läßt sich aus einer im Verleihungsprivilegium enthaltenen Zeitbestimmung an sich nicht herleiten, vielmehr ist eine solche, wenn sonst die Merkmale der Eigenthumsrechte nicht ausgeschlossen und namentlich die Stellen mit der Offiara belastet sind, auf die übliche Bestätigung der Privilegien Seitens der Gutsherrschaften und die hiermit häufig verbunden gewesene Aenderung des Abgabenverhältnisses der Wirthe zu beziehen.

Angenommen von dem Revisions-Kollegium für L. K. S. (Datum des Erk. konstirt nicht).

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 254 ff.)

4) Die im Magdeburgischen und Mansfeldschen unter dem Namen »Laßgüter« vorkommenden Grundstücke sind, wenn nicht durch Pachtkontrakte das Gegentheil feststeht, als Erbzinsgrundstücke anzusehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. März 1847.

(Entsch. Bd. 14. S. 387.)

5) Betr. die Rechtsverhältnisse der sogen. Meliorations-Kolonistenhöfe in Pommern.

a) Die K. O. v. 16. Dec. 1775, betr. die Verhältnisse der Besitzer von Bauern- und Kossäthenhöfen und Büdnerstellen, welche mit Königl. Meliorationsgeldern in Pommern errichtet sind, ist keine bloße Instruktion für den Königl. Kommissarius, sondern enthält gehörig in der Provinz publizirte Vorschriften, welche auf alle, auch die vor deren Erlaß mit Meliorationsgeldern bereits etablirten Kolonistenstellen, Anwendung finden. Diese Stellen gehören demnach ihren Besitzern erb- und eigenthümlich, und die zeitigen Besitzer sind durch das R. des Min. des Inn. v. 20. Mai 1817 und die Publ. der Regierung zu Stettin v. 9. Juni 1817 (Amtsbl. S. 558) und Köslin v. 24. Juni 1817 (Amtsbl. S. 215) als die rechtmäßigen anerkannt, falls in ihren Annehmungsbriefen der Rechtstitel nicht verändert worden; ohne Unterschied, ob sie von Ausländern abstammen oder nicht. Die Besitzer der Rittergüter sind daher nicht legitimirt, diese Besitzer von ihren Stellen zu vertreiben, und nur, wenn der Zins nicht bezahlt wird, oder im Falle übler Wirthschaftsführung der Kolonisten, befugt, die gesetzlichen Maßregeln in Antrag zu bringen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Okt. 1838. (Präj. Nr. 573.) (Präj. Samml. S. 301.)

b) Die laut K. O. v. 13. Jan. 1772 in Pommern gegründeten Kolonistenstellen sind für Zinsgüter zu erachten, und es ist solche Eigenschaft durch die von den Besitzern etwa angenommenen Zeitpachtbriefe nicht verändert.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1847. (Entsch. Bd. 15. S. 393.)

c) Die Inhaber der laut K. O. v. 13. Jan. 1772 in Pommern gegründeten Kolonistenstellen können auf das Zinseigenthum keinen Anspruch machen, wenn ein früherer Inhaber sie durch Verkauf dem Gutsherrn übertragen hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. April 1848. (Entsch. Bd. 16. S. 338.)

d) Der Anspruch auf die Meliorationsstelle nach der K. O. v. 16. Dec. 1775 ist nicht auf die in Gemäßheit derselben ursprünglich angesetzten Kolonisten und deren Rechtsnachfolger beschränkt, und steht das Recht zur Wiederbesetzung der etwa erledigten Etablissements nicht den Gutsbesitzern, sondern der Staatsregierung zu.

Diese Stellen sind Eigenthum der Besitzer geworden, jedoch beziehen der Ministerialerlaß v. 20. Mai 1817 und das Publ. v. 24. Juni 1817 sich nur auf die damaligen Stellenbesitzer.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 52 Nr. 12.)

e) Der Besitz eines Pommerschen Meliorationsgutes im Jahre 1817 ist, für sich allein, nicht entscheidend, um den damaligen Inhabern oder ihren Rechtsnachfolgern, ohne Rücksicht auf den Titel, das Eigenthum daran nach den Bedingungen des Meliorationsgeschäfts zu sichern, und den Gutsbesitzern (Gutsherren) die Befugniß zu entziehen, auf den Titel der Inhaber zurück zu gehen, namentlich bloße Zeitpächter kontraktmäßig zu entsetzen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Okt. 1857. (Präj. Nr. 2961.) (Entsch. Bd. 36. S. 15, Striethorst's Arch. Bd. 28. S. 12 Nr. 4., Zeitschr. des Revis Koll. Bd. 12. S. 81, J. M. Bl. 1857 S. 394.)

f) Gutachten des Ob. Trib. v. 19. Dec. 1845 über das Rechtsverhältniß der in Pommern auf Staatskosten angelegten sogenannten Meliorationshöfe. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 5. S. 115 ff.)

6) Das Kaiserl. Dekret v. 12. Dec. 1808 für das ehemalige Großherzogthum Berg über die Aufhebung der Leibeigenschaft und Verwandlung des vererblichen Besitzrechtes der Eigenbehörigen an ihren Grundstücken in volles Eigenthum ist als ein Prohibitivgesetz anzusehen; dergestalt, daß auch spätere unter der Herrschaft dieses Gesetzes geschlossene Erbpachts- oder Erbzinsverträge für ungültig zu erachten, und die Verjährung dadurch von selbst ausgeschlossen wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. April 1848. (Entsch. Bd. 17. S. 452.)

Vergl.: a) den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 17. Dec. 1838. (Präj. Nr. 589.) (Präj. Samml. S. 313, Entsch. Bd. 4. S. 243.); b) das R. v. 6. Febr. 1832. (Jahrb. Bd. 39. S. 117, Gräff Bd. 6. S. 46.)

7) Ueber die rechtliche Natur der Erbzinsgüter in der Grafschaft Hohenstein vergl. die Abhandl. von Scheller in den Jahrb. Bd. 21. S. 175 ff. und Bd. 44. S. 3 ff.

8) Ueber die Frage: unter welchen Umständen bei einem Gute Erbenzins- oder Erbpacht-Qualität anzunehmen, und insbesondere, in wieweit in dieser Beziehung der gebrauchte Name entscheide? vergl. die Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 14. Nov. 1826 und des Ob. Trib. v. 9. Okt. 1827. (Simon's R. Bd. 2. S. 206 ff.)

§§. 691—693. Form.

§. 691. Dekl. v. 22. Juli 1840 über die Auslegung des §. 691. A. L. R. I. 18.

Auf den Bericht des Staatsmin. v. 30. v. M. will Ich die Vorschrift des §. 691. Tit. 18. Thl. I. des A. L. R., wonach Verträge über neue Beleihungen eines Erbzinsrechts gerichtlich abgeschlossen werden sollen, mit Beziehung auf das G. v. 23. April 1823 wegen Aufhebung der Verlautbarung der Verträge dahin deklariren, daß die Gültigkeit solcher Verträge von der Beobachtung der gerichtlichen Form nicht abhängt, vielmehr dieselben unbeschadet ihrer Gültigkeit auch schriftlich abgeschlossen werden können.
(G. S. 1840 S. 226.)

§§. 696—709. Rechte und Pflichten des Erbzinsmannes.

Die Rechte und Pflichten des Erbzinsmannes bei Veräußerungen und Verpfändungen finden ihre Regel jetzt nach dem G. v. 2. März 1850 (s. ob. S. 623 sub II.) lediglich in den noch fortbestehenden Leistungen an den Erbzinsherrn.

§. 703. 1) Der Erbzinsmann, welcher Gutsparzellen veräußert, ist dem Erbzinsherrn zur Ablösung durch ein ihrem Ertrage entsprechendes Kapital verpflichtet, auch wenn er ein nachfolgender Besitzer des Erbzinsgutes und dem Erbzinsherrn für den Kanon nicht persönlich verhaftet war.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. März 1848. (Präj. Nr. 2016.) (Präj. Samml. S. 103, Entsch. Bd. 17. S. 253, Rechtsf. Bd. 4. S. 131 Nr. 64.)

2) Der §. 703. kann zwar seit Erlaß des Ablös. G. v. 2. März 1850 (§. 2. Nr. 2. u. 3. u. §. 5.) keine unmittelbare Anwendung mehr finden; allein derselbe enthält ein allgemeines Rechtsprinzip, nämlich das, daß der Besitzer eines mit Reallasten behafteten Grundstückes auch nach dessen Veräußerung für die in seine Besitzzeit fallenden Leistungen persönlich verhaftet sei.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Okt. 1853 (Präj. Nr. 2479.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 34, Entsch. Bd. 26. S. 310) und v. 22. April 1856 (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 120 Nr. 32.).

Derselben Ansicht ist Koch (Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 352.).

Dagegen vergl. den Aufsatz von Strohn in Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 347 ff.

§§. 710—713. Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn.

1) Durch den §. 2. Nr. 6. des Ablös. G. v. 2. März 1850 (G. S. S. 80) ist das gesetzliche Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn beseitigt.

2) Ist nach §§. 2. u. 4. des Ablös. G. v. 2. März 1850 das dem Erbzinsherrn gesetzlich zustehende Vorkaufsrecht noch in Kraft erhalten, wenn in dem vor Publikation des gedachten Gesetzes unter der Herrschaft des A. L. R. abgeschlossenen Erbzinsvertrage der Erbzinsherr sich das Vorkaufsrecht ganz allgemein ausdrücklich vorbehalten hat?

Verneint von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Juni 1856.

Der §. 2. des Ges. v. 2. März 1850 hat das Vorkaufsrecht an Immobilien mit Ausnahme der im §. 4. dieses Gesetzes aufgeführten Fälle aufgehoben, und nach §. 4. gehört zu diesen Ausnahmen auch »das durch Vertrag oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien.« Das Gesetz hat sonach unterschieden zwischen dem Vorkaufsrecht, welches seine rechtliche Begründung schon in dem Gesetze findet, und demjenigen, welches seine Entstehung

durch Vertrag oder letztwillige Verfügung erhalten hat. Jenes Vorkaufsrecht ist ohne Entschädigung aufgehoben; dieses ist in Kraft geblieben. Nach §. 710. A. L. R. I. 18. stand bei jedem Erbzinsgute dem Erbzinsherrn als Ausfluß des demselben zustehenden Obereigenthums das Vorkaufsrecht zu; es entstand dies Recht unmittelbar aus dem Gesetze. Andererseits war jedoch dies Vorkaufsrecht kein solcher Bestandtheil der Erbzinseigenschaft, welcher von dieser nicht getrennt werden konnte, ohne den Begriff des Erbzinsrechts selbst aufzuheben; das Vorkaufsrecht war vielmehr nur ein naturale negotii, welches durch besondere hierauf gerichtete Abrede der Kontrahenten ausgeschlossen werden konnte. Ward aber eine solche Abrede nicht getroffen, so verstände es sich gesetzlich von selbst, daß das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn in seinem gesetzlich bestimmten Umfange in Wirksamkeit trat, wenn auch in dem Erbzinsvertrage dasselbe unerwähnt geblieben war. Daraus folgt, daß, wenn in dem Erbzinsvertrage nur stipulirt ist, »daß dem Erbzinsherrn das Vorkaufsrecht vorbehalten bleibe«, hierdurch in dem eingegangenen Rechtsverhältnisse nichts geändert worden ist und nichts geändert sein kann. Auch wenn die Stipulation in den Vertrag nicht aufgenommen worden wäre, würde der Erbzinsherr nach der zur Zeit des errichteten Vertrages bestehenden Gesetzgebung dasjenige Recht erworben haben, was er sich ausdrücklich vorbehielt, und die Stipulation bedeutet daher nur, daß die Kontrahenten es in Betreff des Vorkaufsrechts bei dem Gesetze belassen wollen, keine Veranlassung haben, das Vorkaufsrecht als ein bloßes Naturale aufzuheben und auszuschließen. Dasselbe hat also in dem Falle nicht in diesem Vertrage seine Entstehung, sondern sein rechtlicher Grund lag in dem vertragsmäßig konstituirten Rechtsgeschäft, an welches schon das Gesetz das Vorkaufsrecht geknüpft hat. Die gleichzeitig vertragsmäßig erfolgte Einigung, daß dem Erbzinsherrn das Vorkaufsrecht zustehen solle, hat keinen Gegenstand. Nur das lediglich aus dem Willen der Kontrahenten hervorgegangene Vorkaufsrecht ist durch §. 4. des Ablös. Ges. aufrecht erhalten worden. (Entsch. Bd. 33. S. 296.)

§§. 714—746. Laudemien.

Tietze, über die Laudemien-Verfassung in Schlesien. (Jahrb. Bd. 27. S. 35 ff.)

Tesche, die Laudemienfrage. Insbesondere: darf Ablösungskapital bei Berechnung der Laudemien abgezogen werden? Und ist vom Ausgedinge Laudemium zu entrichten? Breslau 1841.

Ueber die Laudemienpflicht der Bauergüter 2c. in der Zeitschrift von Kuh, Forni, Masuch S. 43 ff.

Robe, die Schlesischen Laudemien und die Beschlüsse der Abgeordneten. Breslau 1849.

Ueber die gegenwärtig gültige Gesetzgebung über Besitzveränderungsabgaben überhaupt vergl. den Kommentar zu den §§. 36—49. des Ablös. G. v. 2. März 1850 in Lette's und v. Rönne's Landes-Kultur-Gesetzgebung des Preuß. Staates Bd. 2. Abtheil. 1. S. 388—483.

§§. 714—719. I. G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten 2c., §§. 36—49.

§. 36. Das Recht, Besitzveränderungs-Abgaben (Laudemien, Lehnwaaren, Antrittsgelder, Gewinngelder u. s. w.) bei denjenigen Veränderungsfällen zu fordern, welche auf irgend eine Weise in herrschender Hand eintreten, wird ohne Entschädigung des Berechtigten aufgehoben.

§. 37. Alle unfixirten Besitzveränderungs-Abgaben, welche nach Einführung des Edikts v. 14. Sept. 1811 neu entstanden sind, fallen unbeschadet der Gültigkeit der übrigen Bestimmungen der Veräußerung oder Verleihung ohne Entschädigung des Berechtigten fort[1]). Abgaben, die bei Besitzveränderungen in einer ein- für allemal bestimmten Summe entrichtet werden müssen, sind für unfixirte Besitzveränderungs-Abgaben nicht zu erachten.

§. 38. Von einem und demselben Grundstücke darf fortan niemals mehr als Eine Art von Besitzveränderungs-Abgaben entrichtet werden. Sind bisher mehrere Arten von Besitzveränderungs-Abgaben nebeneinander entrichtet worden, so wird vermuthet, daß die höhere dieser Abgaben eine Grundabgabe sei, und daher fortbestehe, die geringere dagegen zu den im §. 3. aufgehobenen Abgaben gehöre.

§. 39. Von denjenigen Abgaben, welche bei Besitzveränderungen unter dem Namen Schreibegebühren, Siegelgelder, Konfirmations-, Verreichs-, Ausfertigungsgebühren, Zählgelder oder unter anderen auf Gerichtshandlungen deutenden Benennungen vorkommen, gilt auch in solchen Fällen, in welchen neben ihnen keine anderen Besitzveränderungs-Abgaben entrichtet werden, die Vermuthung, daß sie Gerichtssporteln sind und zu den nach §. 3. Nr. 5. aufgehobenen Abgaben gehören.

§. 40. Der Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Agaben verpflichtet ist, kann fortan durch Berufung auf Observanz nicht mehr geführt werden[1]). Dagegegen genügt es zu diesem Nachweis, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes derselben, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Selbst ein solches Anerkenntniß kann jedoch die Fortdauer solcher Besitzveränderungs-Abgaben, welche nach §§. 36—38. unbedingt aufgehoben sind, nicht bewirken.

§. 41. Zur Ermittelung des Werthes der abzulösenden Besitzveränderungs-Abgaben ist

1) die Zahl der auf Ein Jahrhundert anzunehmenden Besitzveränderungsfälle,
2) der Betrag der Besitzveränderungs-Abgabe

festzustellen.

§. 42. In der Regel sind drei Besitzveränderungsfälle auf Ein Jahrhundert zu rechnen.

Ist jedoch die Besitzveränderungs-Abgabe

1) nur bei allen Veräußerungen an Andere, als an Descendenten des Besitzers zu entrichten, so werden zwei Veränderungsfälle auf Ein Jahrhundert gerechnet;
2) dasselbe findet statt, wenn die Abgabe bei jeder Art der Besitzerwerbung Seitens eines Descendenten entrichtet werden muß.
3) Ist die Abgabe nur bei gewissen Arten der Veräußerung an Andere als an Descendenten zu entrichten, bei anderen aber nicht, so wird nur Ein Veränderungsfall auf Ein Jahrhundert gerechnet;
4) dasselbe findet statt, wenn die Abgabe nur bei gewissen Arten der Besitzerwerbung Seitens eines Decsendenten zu entrichten ist, bei anderen aber nicht;
5) ist die Abgabe ausschließlich oder noch außerdem in anderen Fällen, als bei den unter 1. bis 4. genannten Arten des Besitzerwerbs zu entrichten (z. B. bei Heirathen des Besitzers), so ist für den Eintritt eines jeden solchen Falles Ein Veränderungsfall auf Ein Jahrhundert zu rechnen.

Mehr als drei Veränderungsfälle dürfen aber niemals auf Ein Jahrhundert gerechnet werden[2]).

§. 43. Ist der Betrag der Besitzveränderungs-Abgabe weder ein- für allemal, noch auch nach Prozenten des Werthes oder Erwerbspreises des verpflichteten Grundstücks rechtsgültig bestimmt, so wird der Durchschnitt derjenigen Beträge, welche in den letzten sechs Veränderungsfällen wirklich bezahlt worden oder zu zahlen gewesen sind, und wenn dieses nicht ermittelt werden kann, der Durchschnitt derjenigen Beträge, welche bestimmt sind, als Einheit zum Grunde gelegt.

Sollte auf diese Weise der Betrag der Gewinngelder von mahljährigen Besitzern nicht ausgemittelt werden können, so soll der halbe Betrag eines vollen Gewinngeldes der wirklichen Besitzer desselben Grundstücks angenommen werden.

Ist der Betrag der Besitzveränderungs-Abgabe in einem gegebenen Falle aus dem Grunde nicht genau festzustellen, weil der Sterbefall und der Gewinn zusammen in Einer Summe behandelt wurden, so soll die Hälfte dieser Summe als Betrag der Gewinngelder angenommen werden.

§. 44. Besteht die Besitzveränderungs-Abgabe in Prozenten von dem Werthe oder Erwerbspreise des verpflichteten Grundstücks, so erfolgt die Feststellung des bei der Ablösung zum Grunde zu legenden Werthes oder Preises

---

1) Bis zur Emanation des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 war es nicht unstreitig: ob seit Erlaß des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 die Laudemialpflichtigkeit eines Grundstücks noch neu habe begründet werden können? Das R. der Min. der Just. und des Inn. v. 10. April 1837 (Jahrb. Bd. 49. S. 508, Gräff Bd. 10. S. 33) und die R. des Min. des Inn. v. 9. Jan. 1843 und 11. Mai 1844 (Min. Bl. d. i. V. 1844 S. 171 Nr. 192) haben indeß verneint, und eben so das Ob. Trib. in folgenden Präj.:

a) Erk. des II. Sen. v. 15. Dec. 1843 (Präj. Nr. 1388.). Die Stipulation unfixirter Laudemien ist als eine kulturschädliche Verhältnisse begründende Verabredung seit Emanation des Kultur-Ed. unzuläßig, und wo sie in seitdem geschlossenen Verträgen vorkommt, ungültig.
(Präj. Samml. S. 322.)
b) Erk. des II. Sen. v. 29. April 1847 (Präj. Nr. 1863.). Seit der Emanation des Kultur-Ed. ist die Auferlegung unfixirter Laudemien als gesetzlich untersagt zu erachten, und hat seit jener Zeit ein Recht, dergleichen zu fordern, auch durch Verjährung nicht erworben, und die vorher angefangene Verjährung nicht vollendet werden können.
(Präj. Samml. S. 323, Entsch. Bd. 15. S. 242.)
c) Erk. v. 5. April 1845. Seit Emanation des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 hat durch Vertrag die Laudemialpflichtigkeit einer Rustikalstelle nicht weiter begründet werden können. (Entsch. Bd. 13. S. 332.)

Eben so hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 6. Aug. 1846 (J. W. 1847 S. 70 ff.) und v. 4. April 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 20) entschieden.

Vergl. über die Frage die Abhandl. in der J. W. 1847 S. 50 ff., 65 ff., 81 ff., 145 ff.

1) Durch diese Bestimmung ist der §. 719. h. t., welcher auf die »bei einem gewissen Erbzinsgute wohl hergebrachte Gewohnheit« verweist, abgeändert. (Vergl. die Erg. zum §. 719. h. t.)

2) Ueber die Entstehungsgeschichte des §. 42. und dessen Zweck vergl. das R. des Min. für landwirthschaftliche Angel. v. 22. Sept. 1850.
(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 3. S. 399.)

nach dem in Pausch und Bogen durch Schiedsrichter abzuschätzenden gemeinen Kaufwerth des Grundstücks.

Gebäude und Inventarienstücke sind bei dieser Abschätzung nur dann zu berücksichtigen, wenn sich die Verpflichtung zu der Besitzveränderungs-Abgabe auf sie mit erstreckt[1]).

Von dem so ermittelten Kaufwerth kommen jedoch noch in Abzug:

a) die zur Ablösung von Diensten, Abgaben, Grundgerechtigkeiten oder anderen Lasten des Grundstücks von dem gegenwärtigen oder einem früheren Besitzer desselben gezahlten Kapitalien, vorausgesetzt, daß die abgelösten Lasten dem Grundstück nicht etwa ohne Einwilligung des zu der Besitzveränderungs-Abgabe Berechtigten auferlegt worden waren, entgegengesetzten Falls ist der Abzug jener Kapitalien unstatthaft;

a) zwanzig Prozent des Werthes der zum Grundstücke gehörigen Ländereien;

b) funfzig Prozent des Werthes der Gebäude und Inventarienstücke.

§. 45. Ist der Betrag oder Prozentsatz der Besitzveränderungs-Abgabe nach Verschiedenheit der Besitzveränderungsfälle verschieden, so ist der Durchschnitt der nach §. 42. in Einem Jahrhundert zu entrichtenden Beträge als Einheit des Betrages oder Prozentsatzes der Besitzveränderungs-Abgabe anzusehen.

Mehr als drei Veränderungsfälle dürfen auch hierbei auf Ein Jahrhundert nicht gerechnet werden.

Fallen mehr als drei Veränderungsfälle auf Ein Jahrhundert, so ist der Durchschnitt der drei höchsten Beträge der Besitzveränderungs-Abgabe maßgebend.

§. 46. Der hundertste Theil der Summe derjenigen einzelnen Beträge, welche nach den vorstehenden Bestimmungen in den auf Ein Jahrhundert treffenden Besitzveränderungsfällen zu entrichten sein würden, bildet den Jahreswerth der abzulösenden Berechtigung.

§. 47. Von dem Zeitpunkte ab, an welchem eine Provokation auf Ablösung bei der Auseinandersetzungs-Behörde angebracht wird, darf von denjenigen Grundstücken, auf welche sich die Provokation erstreckt (§§. 94. und 95.), für die später sich ereignenden Besitzveränderungsfälle die Besitzveränderungs-Abgabe nicht mehr gefordert werden.

Dagegen ist von eben diesem Zeitpunkte ab die zu ermittelnde Ablösungsrente von den Verpflichteten zu entrichten[2]).

§. 48. Nachschußrenten werden bei Ablösung der Besitzveränderungs-Abgaben nicht ferner festgestellt.

§. 49. Eine Rückforderung der vor Verkündung des gegenwärtigen Gesetzes gezahlten Besitzveränderungs-Abgaben aller Art ist nur zulässig, wenn die Zahlung entweder unter schriftlichem Vorbehalte der Rückforderung geleistet oder durch administrative Exekution erzwungen worden ist, obgleich der Verpflichtete vor Vollstreckung der Exekution seine Zahlungs-Verbindlichkeit bestritten hatte. (G. S. 1850 S. 77.)

II. Zu den §§. 36—49. des G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten ꝛc.

1) Zum §. 37.

a) Laudemien, welche nach einem bestimmten Prozentsatze der jedesmaligen Kaufgelder entrichtet werden sollen, sind für unfixirte Besitzveränderungsabgaben im Sinne des Ges. v. 2. März 1850 zu erachten.

Unfixirte Laudemien, die schon vor dem Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 bestanden haben, unterliegen der Ablösung nach §. 43. des Ges. v. 2. März 1850; seit Erlassung jenes Ed. haben dieselben weder durch Vertrag, noch durch Verjährung erworben werden können, und erleidet der §. 37. des Ges. v. 2. März 1850, seinem wörtlichen Inhalte und seiner deklaratorischen Natur gemäß, auf die vor diesem Gesetze und seit jenem Edikte eingetretenen Veränderungsfälle Rückanwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1851, (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 122 Nr. 28.)

b) Ein Laudemium, welches in einem Vertrage nach Verkündung des Landes-Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 vorbedungen worden ist, und in einem bestimmten Prozentsatze des ersten Kaufpreises oder Erbstandsgeldes bestehen soll, ist nicht als ein unfixirtes zu erachten und kommt daher nicht ohne Entschädigung in Wegfall.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 2. Juli 1852. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 8. S. 250 ff.)

Ueber den Begriff »unfixirter Besitzveränderungsabgaben« vergl. auch Lette und v. Rönne, die Landes-Kultur-Gesetzgebung Bd. 2. Abtheil. 1. S. 421 ff.

c) Die Behauptung, daß eine unfixirte Besitzveränderungsabgabe erst nach Einführung des Landes-Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 entstanden sei, fällt lediglich in das Gebiet der Einrede und muß daher von demjenigen, welcher diese Thatsache behauptet, also von dem Verpflichteten bewiesen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 76 Nr. 14.)

Gegen diese Ansicht vergl. die Ausführung der Redaktion des Arch. a. a. O. S. 81 Anm.*.

2) Zum §. 39.

a) Dadurch allein, daß ein vor Emanation des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 rechtskräftig gewordenes Erkenntniß eine der im §. 39. desselben genannten Besitzveränderungsabgaben zu den damals gesetzlich nicht aufgehobenen erachtet hat, kann die in diesem §. aufgestellte Vermuthung, daß sie eine Gerichtssportel sei, und zu den im §. 3. Nr. 5. desselben Gesetzes aufgehobenen Abgaben gehöre, nicht widerlegt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Okt. 1855. (Präj. Nr. 2650.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 197, Entsch. Bd. 32. S. 215.)

b) Der §. 39. findet, als eine deklaratorische Vorschrift, auch auf vergangene Fälle Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1850. (Entsch. Bd. 20. S. 452, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 81 Nr. 18.)

c) Zu den Abgaben, welche zufolge Art. 42. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 im §. 3. Nr. 4. u. 5. des Ges. v. 2. März 1850 ohne Entschädigung aufgehoben sind, und auf welche die im §. 39. a. a. O. aufgestellte Vermuthung für die Sportelqualität anwendbar ist, gehört die von einigen Standesherren im Herzogthum Schlesien hergebrachte große Kanzleitaxe zu 10 Prozent bei Besitzveränderungen adliger Güter.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2238.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 173, Entsch. Bd. 20. S. 452, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 81 Nr. 18.)

Vergl. dagegen den Aufsatz in der Zeitschr. des Revis. Kolleg. für L. K. S. Bd. 4. S. 437 ff., welcher zu zeigen sucht, daß die Abgabe nach §. 5. des Ablös. G. v. 2. März 1850 für fortbestehend zu erachten sei.

d) Da der §. 39. in Betreff derjenigen Besitzveränderungsabgaben, deren Name auf Gerichtshandlungen deutet, nur die Vermuthung aufstellt, daß sie Gerichtssporteln seien, und mithin dem Berechtigten gestattet, diese Vermuthung durch den Gegenbeweis zu widerlegen, so sind die in Betreff solcher Abgaben zeither angenommenen Grundsätze nicht ohne praktisches Interesse.

aa) Konfirmationsgebühren.

α) Bei Besitzveränderungsabgaben kann, wenn sie gleich unter dem Namen »Konfirmationsgebühren« bedungen waren, aber für die Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks ausdrücklich übernommen worden, die Vermuthung aus dem §. 39. des Ges. v. 2. März 1850 nicht für die Aufhebung geltend gemacht werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Nov. 1856 mit Rücksicht auf den Schlußsatz des §. 3. des Ges. v. 2. März 1850. (Entsch. Bd. 35. S. 286.)

β) Die Aufnahmegelder oder Konfirmations- und Verreichsgebühren, welche (in Schlesien) auf Grund des §. 9. der magistratualischen Sporteltaxe v. 9. März 1747 zur Kämmereikasse der Immediatstädte noch neben den Gerichtssporteln bei manchen gerichtlichen Handlungen gezahlt worden sind, haben nicht die Natur einer grundherrlichen Abgabe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1838. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 382.)

---

[1]) Vergl. die Erg. zum §. 721. h. t. Zus. 1.

[2]) Diese Bestimmung ist in den älteren Ablös. Ordn. nicht enthalten. Indeß hatte schon früher sowohl das Ob. Trib. in dem Erk. v. 12. Febr. 1846 (J. W. 1847 S. 256 ff.), als auch das Revis. Kolleg. für L. K. S. (Zeitschr. dess. Bd. 1. S. 224) diesen Grundsatz angenommen, und aus Veranlassung dieser Entsch. hatte das Min. des Königl. Hauses bereits durch das C. R. v. 23. Febr. 1848 (Min. Bl. d. i. V. S. 321 Nr. 378.) die Regierungen angewiesen, den Grundsatz bei allen Laudemial-Ablösungen in Domainengütern zu beachten.

γ) Konfirmationsgebühren oder Zählgelder (in Schlesien) sind für keine Grundabgabe, sondern für eine Gerichtssportel zu halten, wenn sie neben Laudemien vorkommen[1]).

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Nov. 1837.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 40 ff.)

δ) Ueber Konfirmationsgebühren in der Grafschaft Glatz vergl. die Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 20. Dec. 1836 (Koch's Arch. Bd. 1. S. 87 ff.) und v. 16. März und 4. Mai 1837 (a. a. O. Bd. 2. S. 31—40).

bb) Verreichsgebühren.

α) Der Name: »Reichegeld« ist für sich allein kein absolut genügendes Beweismittel für die Sportelqualität einer Abgabe.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1843.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 406 ff.)

β) Die Bezeichnung einer Abgabe als: »Verreichsgelder« streitet, sofern nicht deren Laudemial-Eigenschaft nachgewiesen werden kann, gegen deren Fortbestehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1840.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 305.)

γ) Die in dem Urbarium gebrauchte Bezeichnung als: »Verreichsgebühren, Verreichsgelder, Zähl- und Verlösegelder« spricht für die Sportelqualität, insbesondere dann, wenn aus dem Urbarium nicht konstirt, daß für diese gerichtlichen Akte außer jenen Abgaben noch Gerichtssporteln zu entrichten seien.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Aug. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 168 Nr. 83.)

δ) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 2. Febr. 1838 oben sub aa. β.

cc) Zählgelder.

α) Abgaben, welche unter diesem Namen vorkommen, sind präsumtiv stets für Gerichtssporteln zu erachten.

Erkannt von dem O. L. G. zu Breslau unterm 23. Juni 1836.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 60 ff.)

Ebenso von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. (Datum des Urtels konstirt nicht.) (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 1. S. 339 ff.)

β) Zählgelder sind für Gerichtssporteln zu erachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1840.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 301 ff.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 17. Nov. 1837 oben sub aa. γ.

γ) Robe, die dorfgerichtlichen Zählgelder in Schlesien und die Unzulässigkeit ihrer Erhebung. Breslau 1848.

dd) Markgroschen.

α) Von Markgroschen, welche bei Besitzveränderungen entrichtet werden, wird nicht vermuthet, daß sie Früchte der Gerichtsbarkeit sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1854.

(Zeitsch. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 200.)

β) Markgroschen, die neben Laudemien vorkommen, sind Sporteln.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Juni 1833.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 83 Anm. 1.)

γ) Den Markgroschen ist die Eigenschaft des Laudemiums auch dann beizulegen, wenn es in dem Urbarium heißt, daß die Güter des Unterthanen nicht laudemial seien.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 27. Aug. 1853.

(Lette u. v. Rönne, Landes-Kultur-Gesetzgeb. Bd. 1. Abtheil. 1. S. 431.)

δ) Ueber die rechtliche Natur der Markgroschen vergl. die Erörterung in dem Erk. des O. L. G. zu Breslau v. 23. Juni 1836 (Koch's Arch. Bd. 1. S. 60 ff.), desgl. das Erk. des Revisions-Kolleg. für Landes-Kultur-Sachen (Datum konstirt nicht), in dessen Zeitschr. Bd. 1. S. 399 ff., und die Erk. des Ob. Trib. v. 13. u. 16. Okt. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 11 Nr. 6.), v. 11. Dec. 1847 (a. a. O. Bd. 3. S. 216 Nr. 108.) und v. 9. Aug. 1848 (a. a. O. Bd. 4. S. 289 Nr. 143.).

[1]) Nach §. 39. des Ges. v. 2. März 1850 ist der Unterschied, ob neben dergl. Abgaben noch andere Besitzveränderungs-Abgaben vorkommen, unerheblich.

3) Zum §. 40.

a) Ad verba: »ohne Angabe des Rechtsgrundes«.

Dies war früher streitig[1]), namentlich auch in Beziehung auf Urbarien, wodurch der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 26. Febr. 1844 (Präj. Nr. 1413.) veranlaßt worden ist:

Um die Existenz eines der Gutsherrschaft zustehenden Rechts, von Rustikal-Grundstücken bei Besitzveränderungen Laudemien zu fordern, anzunehmen, genügt der in einem konfirmirten Schlesischen Urbarium enthaltene Vermerk über das gedachte Recht durch sich selbst, und ohne daß aus dem Urbarium der Rechtsgrund (Titel) dieses Rechts erhellt.

(Präj. Samml. S. 105, Entsch. Bd. 9. S. 117, J. M. Bl. 1844 S. 52.)

Vergl. über diesen Pl. Beschl. die Aufsätze von Kuh in Koch's Arch. Bd. 6. S. 129 ff., Burchardi in der J. W. 1846 S. 221 ff., 236, Dr. Kahle ebendas. S. 441 ff., Roloff in der J. W. 1847 S. 185 ff. und v. d. Hagen ebendas. S. 297 ff., 309 ff.

Der §. 40. des Ablös. G. v. 2. März 1850 dehnt den Grundsatz des Pl. Beschl. v. 26. Febr. 1844 auch auf andere öffentliche Urkunden aus.

In dieser Beziehung hatten früher Zweifel bestanden, namentlich in Bezug auf nicht konfirmirte Urbarien und bloße Urbarialverhandlungen.

α) Das in vorbereitenden Urbarialverhandlungen, welche die Errichtung eines förmlichen Urbariums nicht zur Folge gehabt haben, abgegebene Anerkenntniß begründet die Verpflichtung zur Zahlung von Laudemien nicht, wenn darin die Angabe des Entstehungsgrundes der Verpflichtung fehlt[2]).

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 3. März 1845.

(Entsch. Bd. 9. S. 345.)

β) Die Vermerke über unstreitige Punkte in interimistischen, von der Haupt-Urbarien-Kommission zu Breslau und Glogau bestätigten Urbarien genügen zum Beweise der Existenz der dadurch festgestellten Rechte und Verpflichtungen, wenn auch der Entstehungsgrund derselben nicht angegeben ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Mai 1847. (Präj. Nr. 1864.) (Präj. Samml. S. 180, Entsch. Bd. 17. S. 396.)

b) Ist es nach §. 40. erforderlich, daß die Erklärung, welche das Anerkenntniß enthält, von solcher Beschaffenheit sei, daß daraus erhellet, daß der Erklärende animo confitendi, d. h. in der Absicht, die Belastung seines Grundstückes als eine gültige anzuerkennen, die Laudemialpflicht dem Berechtigten gegenüber[3]) anerkannt habe?

[1]) Durch die gedachte Bestimmung des §. 40. erledigt sich in Bezug auf Anerkenntnisse über die Verpflichtung zur Entrichtung von Besitzveränderungs-Abgaben die Streitfrage: ob es zur Gültigkeit des Anerkenntnisses erforderlich, daß darin eine gültige causa debendi angegeben sei? Diese Frage hat das Ob. Trib. in zahlreichen Entscheidungen bejahet. (Vergl. die Erk. v. 15. Dec. 1837, 14. Aug. 1840, 21. Mai 1841, 1. Dec. 1843, 3. März 1845, 1. Nov. 1847, Koch's Arch. Bd. 2. S. 23, Bd. 4. S. 145, Bd. 5. S. 9 u. 294, Entsch. Bd. 2. S. 345, Rechtsf. Bd. 3. S. 30.) Nach dem §. 40. hat, wie die Motive ergeben, nur das in einer öffentlichen Urkunde abgegebene Anerkenntniß rechtliche Wirksamkeit in Bezug auf den Nachweis der Verbindlichkeit, und hier ersetzt die äußere Form auch den Mangel der causa debendi, wogegen ein in einer Privaturkunde abgegebenes Anerkenntniß in dieser Beziehung ganz wirkungslos ist (vergl. Lette u. v. Rönne, Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. I. Abth. 1. S. 442 ff. u. 447).

[2]) Dieser Rechtssatz ist durch den §. 40. des Ablös. Ges. für bestätigt zu erachten.

[3]) In dieser Beziehung hat das Ob. Trib. vor Erlaß des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 folgende Grundsätze angenommen:

a) Aus Kaufkontrakten, welchen die Gutsherrschaft nicht ausdrücklich beigetreten ist, kann sie keine Rechte ableiten; insbesondere liegt in der gutsherrlichen Konfirmation, welche früher nach Schlesischer Verfassung zur Gültigkeit aller über Immobilien der Unterthanen geschlossenen Veräußerungs-Verträge erforderlich war, nicht der Beitritt der Gutsherrschaft zum Vertrage. (Erk. v. 30. Sept. 1835, Koch's Arch. Bd. 2. S. 488 ff.)

b) Nur nach solchen Kauf- und Annahmebriefen, die gerichtlich vom Gutsherrn und dem Besitzer einer Rustikalstelle geschlossen sind, nicht aber nach Kaufverträgen der Stellenbesitzer unter einander, sind die Pflichten der Letzteren gegen den Gutsherrn, insbesondere in Beziehung auf die Laudemien, zu beurtheilen. (Erk. v. 5. April 1845, Entsch. Bd. 13. S. 332.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 7. §§. 137—139.

Nach Erlaß des Ges. v. 2. März 1850 hat indeß das Ob. Trib. in Bezug auf die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben diese Grundsätze verlassen.

(Vergl. das Erk. v. 9. März 1852, ob. Zus. γ. αα.)

α) Koch behauptet die Affirmative, indem er annimmt, daß die bloße Einräumung der Thatsache, daß von dem Grundstücke Laudemium gezahlt worden, oder die Uebernahme der Verpflichtung in einem Kaufvertrage Seitens des Käufers, daß er die schuldigen Laudemien bezahlen wolle, als ein solches Anerkenntniß nicht gelten könne.
(Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 40.)

β) Dieser Ansicht ist auch das Appell. Ger. zu Glogau in dem Erk. v. 10. Mai 1851. (Robe's Lehrzeit. Jahrg. 1850 S. 208.)

γ) Dagegen hat das Ob. Trib. die Negative angenommen. Der II. Sen. desselben hat sich darüber in folgenden Entscheidungen ausgesprochen.

αα) Das Erk. v. 9. März 1852 führt aus:

Der §. 40. erfordert keineswegs, daß das Anerkenntniß in der Absicht abgegeben worden, dem Berechtigten gegenüber das Vorhandensein eines Rechts oder einer Verbindlichkeit zu bekennen, noch daß der Berechtigte bei dem Vertrage, in welchem die das Anerkenntniß enthaltene Erklärung vorkommt, zugezogen worden Es ist daher für ein den Bedingungen des §. 40. genügendes Anerkenntniß zu erachten, wenn in einem Kaufvertrage der Stellenbesitzer unter sich der Käufer erklärt hat, »die herrschaftlichen Laudemialgelder übernehmen zu wollen«. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 67 Nr. 14.)

ββ) Das Erk. v. 9. Dec. 1852 nimmt an, daß, wenn bei einem (in einer öffentlichen Urkunde errichteten) Rechtsgeschäfte, durch welches das Eigenthum eines Grundstückes übertragen wird, der Veräußerer oder Erwerber desselben unbedingt die Entrichtung des Laudemii übernimmt, darin ein Anerkenntniß der Laudemialpflichtigkeit des Grundstückes liegt.

Wo zwischen Ursache und Wirkung ein unmittelbarer, einer vernünftigen Handlungsweise und dem gewöhnlichen Geschäftsgange des bürgerlichen Lebens entsprechender Zusammenhang stattfindet, darf dieser Kausalverband nicht verkannt, und bloßen Möglichkeiten Raum gegeben werden (A. L. R. I. 6. §. 6.). Wenn daher bei einem Rechtsgeschäfte, durch welches die Besitzveränderung eines Grundstückes bewirkt wird, bei der Feststellung des Kaufpreises, auf dessen Betrag der Umstand, ob davon eine bedeutende Besitzveränderungs-Abgabe zu entrichten ist oder nicht, von dem wesentlichsten Einfluß sein muß, indem, um so viel der wahre Preis sich höher oder niedriger stellt, der Käufer oder der Verkäufer unbedingt die Entrichtung des Laudemii übernimmt, so liegt darin unzweifelhaft das Anerkenntniß, daß das den Kaufgegenstand ausmachende Grundstück zur Laudemial-Abgabe verpflichtet sei, weil ohne die Voraussetzung von der rechtmäßigen Existenz dieser Verpflichtung sie von dem Kontrahenten vernünftigerweise nicht zur wesentlichen Grundlage bei der Festsetzung des Kaufpreises gemacht werden konnte, und mithin die beregte Vertragsbestimmung gleichmäßig das Anerkenntniß der Ursache und Wirkung, des gutsherrlichen Rechts zur Erhebung des Laudemii und des Eintritts eines Ausübungsfalles in sich schloß.
(Entsch. Bd. 25. S. 108, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 85 Nr. 22.)

γγ) Das Erk. v. 9. Sept. 1852 nimmt an, daß schon in der Einwilligung zur hypothekarischen Eintragung eines Laudemiums das Anerkenntniß der Verbindlichkeit selbst enthalten sei, indem vorausgesetzt werden müsse, daß ein Grundbesitzer, welcher, Behufs Regulirung des Hypothekenwesens, die Belastung seines Grundstückes anerkennt, sich der Folgen dieses Anerkenntnisses bewußt sei.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 76 Nr. 14.)

δδ) In dem Erk. v. 7. Nov. 1854 wird bemerkt:

Der §. 40. erfordert nicht, daß das Anerkenntniß dem Berechtigten gegenüber abgegeben sein müsse; auch ist zur Wirksamkeit desselben nicht erforderlich, daß der Besitzer des Grundstückes ausdrücklich erklärt habe, daß auf seinem Grundstücke die Verpflichtung hafte, eine Besitzveränderungs-Abgabe zu entrichten; vielmehr genügt es, wenn aus der von ihm abgegebenen Erklärung mit Zuverlässigkeit zu entnehmen, daß er die Laudemialpflichtigkeit des Grundstückes anerkannt habe. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 203.)

c) Das von dem Besitzer eines Grundstücks in einer öffentlichen Urkunde abgegebene Anerkenntniß, daß dasselbe zu Besitzveränderungsabgaben verpflichtet sei, verbindet die Besitznachfolger desselben auch dann, wenn die Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben in dem Hypothekenbuche des Grundstücks nicht eingetragen ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 19. Juni 1854 [1]) (Präj. Nr. 2526.), auf Grund der Motive und der Kommissionsberichte zum §. 40. und des Wortlautes desselben, nämlich des darin gebrauchten Wortes: »ein Besitzer«.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 174, Entsch. Bd. 28. S. 39, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 195 Nr. 46, J. M. Bl. 1854 S. 334.)

d) Damit das Anerkenntniß, welches nach §. 40. des Ges. v. 2. März 1850 zu dem Nachweise der Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben genügt, diese ihm in dem Gesetze beigelegte Wirkung äußere, ist weder überhaupt, noch insbesondere in den Fällen, in welchen es sich um die Verpflichtung der Erben in absteigender Linie zur Entrichtung solcher Abgaben handelt, erforderlich, daß in bestimmten Worten ausgesprochen werde, daß auf dem betreffenden Grundstücke die Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben ruhe; zu diesem Anerkenntnisse ist vielmehr jede Willensäußerung ausreichend, aus welcher mit Zuverlässigkeit zu entnehmen ist, daß die auf dem Grundstücke ruhende Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben entweder überhaupt, oder als den Erben in absteigender Linie obliegend, als rechtlich bestehend betrachtet wird.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1854 [1]). (Präj. Nr. 2565.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 175, Entsch. Bd. 29. S. 48, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 311 Nr. 74., J. M. Bl. 1855 S. 2.)

e) Der Anspruch auf Descendenten-Laudemien kann jetzt, nach erfolgter Aufhebung des (für Schlesien ergangenen) Gesetzes v. 19. Juli 1832, gleichfalls durch das bloße Anerkenntniß eines Besitzers in einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. April 1853.
(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 462.)

f) Ein Anerkenntniß von der im §. 40. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 angegebenen Beschaffenheit genügt auch nicht zum Nachweise der früheren Rechtsbeständigkeit der nach §§. 36—38. a. a. O. unbedingt aufgehobenen Besitzveränderungsabgaben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1853. (Präj. Nr. 2427.)

Selbst als bloße Beweisregel aufgefaßt, erscheint die Vorschrift des zweiten Satzes §. 40. so exceptioneller Art, daß jede ausgedehnte Anwendung derselben ausgeschlossen bleiben muß. Nach dem deutlichen Wortlaute ist sie nur für Besitzveränderungs-Abgaben gegeben, deren künftiges Fortbestehen das Gesetz

---

[1]) Der II. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 17. Dec. 1850 (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 360 Nr. 74.) den Grundsatz ausgesprochen, daß Anerkenntnisse von Vorbesitzern bei ermangelnder Eintragung kein dingliches Recht begründen. Dagegen hatten die Erk. desselben Sen. v. 21. Sept. 1852 (a. a. O. S. 363 Nr. 75.) u. v. 9. Dec. 1852 (a. a. O. Bd. 8. S. 85 Nr. 22., Entsch. Bd. 24. S. 486) angenommen, daß das Anerkenntniß des Vorbesitzers die Besitznachfolger auch dann verpflichte, wenn die Verbindlichkeit zu Besitzveränderungs-Abgaben nicht intabulirt worden, und auf Grund der letztgedachten Entscheidung wurde als Präj. Nr. 2423. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 174) eingetragen: »Die Wirkung eines solchen Anerkenntnisses, welches nach §. 40. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 für den Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, genügen soll, hängt auch dessen drittem Besitzer gegenüber von der Eintragung der Besitzveränderungs-Abgabe in das Hypothekenbuch des belasteten Grundstücks nicht ab«. Gegen diese neuere Ansicht des Ob. Trib. hatte sich die Redaktion des Striethorstschen Arch. in der Abhandl. Bd. 7. S. 365 ff. erklärt, wogegen Lette und v. Rönne (Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. I. Abth. 1. S. 454—455) dieselbe für die richtige erachteten, und dies insbesondere auch aus den Kommissionsberichten der Kammern über den §. 40. nachwiesen. — Als demnächst die Frage bei dem Ob. Trib. abermals zur Entscheidung gelangte, wurde dieselbe zur Pl. Berathung gebracht und das Plenum erklärte sich für die neuere (in dem Präj. Nr. 2423. angenommene) Ansicht.

[1]) Der II. Sen. des Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 12. Febr. 1852 (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 350 Nr. 72.) angenommen, daß Descendenten nur dann verpflichtet seien, auf den Grund des Urkaufs Laudemien zu entrichten, wenn diese Verpflichtung darin ausdrücklich ausgesprochen worden. Dagegen hatte derselbe Sen. in dem Erk. v. 12. Okt. 1852 (a. a. O. Bd. 7. S. 117 Nr. 21.) angenommen, daß der §. 40., welcher auch den Fall umfasse, wo die Frage entsteht, ob Descendenten laudemialpflichtig sind, nicht erfordere, daß das Anerkenntniß mit ausdrücklichen Worten abgegeben sei. Als der Senat demnächst wieder von diesem letztgedachten Grundsatze abweichen wollte, wurde der die neuere Ansicht bestätigende Pl. Beschl. v. 6. Nov. 1854 gefaßt. Bereits vor diesem Pl. Beschl. hatte sich die Redaktion des Striethorstschen Arch. (Bd. 7. S. 120 Anm.) für die ältere Meinung ausgesprochen. Vergl. dagegen Lette und v. Rönne, Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. I. Abth. 1. S. 456.

gestattet, wie der nächst vorstehende Satz deutlich ergiebt. In den §§. 36—38. war die Aufhebung gewisser Besitzveränderungs-Abgaben bereits erfolgt; der Gebrauch des Zeitwortes im Präsens: »verpflichtet ist«, schließt daher, schon der grammatischen Auslegung nach, die Beziehung des Verbots wider die Beweisführung durch Observanz auf aufgehobene Besitzveränderungs-Abgaben, und folgerichtig auch die Anwendung des neuen Beweismittels aus. Und ein Gesetz, welches einerseits mit dem Zeitpunkte der Verkündung sofort in Kraft trat, dagegen — laut seines §. 99. — auf vergangene Fälle keine Anwendung finden soll, in soweit nicht darin ausdrücklich eine Ausnahme angeordnet ist, konnte überhaupt nicht den Zweck haben, in Betreff unbedingt aufgehobener Abgaben, bloß wegen der in der Zeit vor der Gesetzeskraft fällig gewordenen Rückstände, erst noch eine neue Beweisregel aufzustellen. Auch würde der dritte Satz des §. 40. eine überflüssige Bestimmung enthalten, wenn er nicht gerade der Anwendung der beiden vorausgeschickten Vorschriften auf unbedingt aufgehobene Abgaben vorbeugen sollte, und zwar in Betracht der Rückstände aus der Zeit vor der Gesetzeskraft der V. v. 2. März 1850. Denn nach diesem Zeitpunkte konnte selbstverständlich das unbedingte Aufhebungsgebot durch ein Anerkenntniß der beregten Art nicht außer Wirkung gesetzt werden, also von Fortdauer aufgehobener Abgaben nur in Betreff der vor der Verkündung des Gesetzes fällig gewordenen Beträge überhaupt noch die Rede sein.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 175, Entsch. Bd. 25. S. 72, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 195 Nr. 43.)

g) Der §. 40. steht dem Einwande, welcher durch §. 65. Tit. 25. Thl. I. der A. G. O. gegen ein Anerkenntniß in einer prozessualischen Verhandlung begründet wird, nicht entgegen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1853. (Präj. Nr. 2428.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 175, Entsch. Bd. 25. S. 27.)

4) Zum §. 42.

a) Bei Ablösung von Besitzveränderungsabgaben, welche nur bei Verkäufen zu entrichten sind, wird auch nur ein Veräußerungsfall auf ein Jahrhundert gerechnet.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 24. Sept. 1852. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 5. S. 437.)

b) Die Stipulation der Laudemialpflicht in allen Verkaufsfällen berechtigt noch nicht zur Geltendmachung des Laudemiums gegen Descendenten. Bei einer solchen Stipulation ist nur Ein Veränderungsfall auf ein Jahrhundert zu rechnen.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. (Datum konstirt nicht.) (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 7. S. 116.)

5) Zum §. 44.

Ueber die Frage: ob von Meliorationen ein Laudemium zu entrichten, und in wiefern die Deteriorationen bei der Berechnung in Betracht zu ziehen, vergl. den Rechtsfall nebst Abhandl. in der Jur. Mon. Schr. Bd. 1. S. 342 ff.

Vergl. Lette und v. Rönne, Landes-Kultur-Gesetzgeb. Bd 2. Abtheil. 1. S. 472.

6) Zum §. 47.

a) Nur der Eigenthümer eines Grundstücks ist zur Provokation auf Ablösung der Reallasten desselben, resp. der Lehnwaarenpflicht, befugt und die von dem Verkäufer nach der Uebergabe des Grundstücks angebrachte Provokation auf Ablösung der Lehnwaaren hat mithin nicht die im §. 47. des G. v. 2. März 1850 ausgesprochene Wirkung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1852.
(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 5. S. 379.)

b) Besitzveränderungsabgaben, welche dem Gutsbesitzer rechtlich erwachsen, mithin zur klagbaren Forderung desselben und eine persönliche Schuld des Grundstückerwerbers geworden sind, gehen dadurch nicht verloren, daß sie bei einer späteren Ablösung der Laudemialverpflichtung selbst nicht ausdrücklich vorbehalten worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 246 Nr. 58.)

☛ c) Der Anspruch des Berechtigten auf Laudemien wegen der vor Anbringung der Provokation stattgehabten Besitzveränderungen ist durch den Ablösungsrezeß auch in dem Falle nicht für erloschen zu erachten, wenn die Besitztitelberichtigung erst nach Anbringung des Antrages auf Ablösung erfolgt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 237 Nr. 52.)

d) Die dem Berechtigten aus der Nichtzahlung verfallener Laudemien erwachsene Geldforderung bildet eine persönliche Schuld des Erwerbers des Grundstücks und ist daher durch Nichterwähnung in dem Ablösungsrezesse nicht für verloren gegangen zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 108 Nr. 33.)

7) Zu §§. 47. u. 49.

In den bei Verkündigung des Ablös. G. v. 2. März 1850 bereits anhängigen, aber damals bis zur Feststellung der Abfindung noch nicht gediehenen Laudemial-Ablösungssachen sind die Verpflichteten auch zur Rückforderung derjenigen Laudemien, welche sie schon vor Publikation jenes Gesetzes, jedoch erst nach der Anbringung der Provokation für spätere Besitzveränderungsfälle gezahlt haben, nur unter den Voraussetzungen des §. 49. befugt. Wenngleich hiernach die Rückforderung ausgeschlossen sein sollte, so können sie dennoch die Anrechnung jener Laudemialzahlungen auf die dem Berechtigten für die Aufhebung der Laudemialpflicht seit dem Tage der Provokation zu leistenden Rentennachzahlungen resp. die zu gewährende Abfindung beanspruchen, wobei jedoch der Berechtigte nicht zur Rückerstattung des Mehrerhaltenen verpflichtet ist.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 13. Juni 1856 (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 220) und von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1857 (Entsch. Bd. 37. S. 130).

III. Betr. die rechtliche Natur der Laudemien überhaupt und der Schlesischen Laudemien insbesondere.

1) Das A. L. R. erklärt im §. 116. Tit. 17. Thl. II. die Laudemien für Nutzungen der Civilgerichtsbarkeit, und das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 20. Sept. 1848, übereinstimmend mit dem Erk. des Revisions-Kolleg. für L. K. S. v. 16. Nov. 1847, aus, daß auch nach der Schlesischen Verfassung die Laudemien zu den Früchten der Gerichtsbarkeit gehören.

(Entsch. Bd. 17. S. 402, Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 2. S. 215 u. 318.)

2) Als demnächst nach Emanation der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 die Ansicht aufgestellt wurde, daß in Folge des Art. 42. derselben die Laudemien als Früchte der Gerichtsbarkeit für unentgeltlich aufgehoben zu erachten seien, wurde diese Ansicht von dem II. Sen. des Ob. Trib. in mehrfachen Entscheidungen reprobirt.

a) Das Erk. desselben v. 21. Okt. 1852 führt in dieser Beziehung aus:

Der Art. 42. der Verf. Urk. spricht sich nicht darüber aus, ob und in wie weit die Besitzveränderungs-Abgaben mit Aufhebung der bisherigen Gerichtsherrlichkeit und der gutsherrlichen Polizeigewalt wegfallen oder beibehalten werden sollen, sondern behält die weitere Ausführung seiner allgemeinen Anordnungen besonderen Gesetzen vor. In der Eigenschaft des Laudemiums, als einer Frucht der Gerichtsbarkeit, liegt aber auch kein Grund, um dessen Aufhebung anzunehmen; wenigstens hat das Ablös. Ges. v. 2. März 1859 dies nicht ausgesprochen, im Gegentheil dadurch, daß es im Abschn. VI. von der Ablösung der Besitzveränderungs-Abgaben handelt, deren Beibehaltung anerkannt, sofern sie auf Grundstücken haften, also Reallasten sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 285 Nr. 57.)

b) In dem Erk. v. 21. April 1853 führt derselbe Sen. aus, daß bis zum Erlaß des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 die Frage, welcher Natur eine Besitzveränderungsabgabe sei, kontrovers gewesen, daß aber durch die §§. 38. u. 39. des gedachten Gesetzes diese Frage ihre deklaratorische Erledigung gefunden habe, und danach ausschließlich beurtheilt werden müsse, welche dieser Abgaben noch fortbestehen oder für wegfallend zu erachten.

(Lette's und v. Rönne's Landes-Kultur-Gesetzgeb. Bd. 2. Abtheil. 1. S. 405.)

c) In dem Erk. v. 27. Jan. 1857 führt derselbe Sen. Folgendes aus:

Der Anlaß und die Ursache der Laudemialberechtigung hat in dem Verhältnisse gelegen, in welchem sich der Berechtigte zu dem Grund und Boden befand, den er an einen Anderen verliehen oder ausgethan hatte, und ihr Grund

ist eben so wenig in Deutschland, wie nach Röm. Rechte, die Gerichtsbarkeit. Dagegen hatte in der Regel der Laudemialberechtigte auch die Gerichtsbarkeit, insbesondere die Patrimonial-Gerichtsbarkeit, und die Gebühren, welche bei Besitzveränderungen an den Gerichtsherrn oder dessen Gericht oder Kanzlei zu zahlen waren, wurden als »Laudemium minus plenum« bezeichnet, also auch Laudemien genannt, obwohl sie keine Grundabgabe, sondern Sporteln und als solche auch Gerichtsnutzungen waren, zu denen die eigentliche Lehnwaare ihrer Natur nach nicht gehören konnte. (Eichhorn's D. Pr. R. §§. 216., 262., Wachsmuth's Patrimonialgerichts-Verf. §§. 252., 243., 246., Runde's D. Pr. R. §. 531., Berger oec. jur. L. b. III. Tit. 5. th. 28. Note 9.) Von diesen Grundsätzen, wie solche sich im gem. D. Rechte historisch entwickelt haben, ist auch das A. L. R. nicht abgewichen, und es ist ein Irrthum, wenn man aus dem §. 116. II. 17. das Gegentheil herleiten will. Denn das Laudemium oder die Lehnwaare, welche nach §§. 714., 715. A. L. R. I. 18. und §. 816. a. a. O. bei Besitzveränderungen gezahlt werden muß, hat nicht ihren Grund in der Gerichtsbarkeit, kann also auch keine Nutzung derselben sein. Wenn im §. 116. II. 17. ebenfalls das Wort »Laudemium« gebraucht worden, so sind damit Sporteln, welche in der Wissenschaft und Praxis mit dem Ausdrucke: »Laudemium minus plenum« bezeichnet wurden, gemeint. Denn in diesem §. sollte keine allgemeine Festsetzung über die rechtliche Natur des Laudemiums getroffen, sondern nach §§. 114—116., 118. ff. dort bloß die Grenze und der Unterschied der Nutzungen der Civil- und Criminal-Gerichtsbarkeit bestimmt werden, und da jenes Laudemium minus plenum zu den Einkünften der Civil-Gerichtsbarkeit gehört, so mußten darunter auch Laudemien, in sofern sie überhaupt Gerichtsnutzungen sind, als Nutzungen der Civil-Gerichtsbarkeit genannt werden. Diese Grundsätze lassen sich auch in dem Ablös. Ges. v. 2. März 1850 erkennen. Das Laudemium, welches auf demjenigen Rechtsverhältnisse beruht, in welches der Laudemial-Verpflichtete bei Uebernahme der Laudemialpflicht in Ansehung eines Grundbesitzthums zu dem Berechtigten getreten ist, wird, mit Ausnahme der Fälle in den §§. 36—39. im Tit. VI. dieses Gesetzes, als eine ablösbare Reallast anerkannt. Aus dem §. 3. Nr. 4. u. 5. folgt aber, daß das sogen. Laudemium minus plenum, welches sowohl neben wirklicher Lehnwaare, als auch ohne dieselbe vorgefunden wird, aufgehoben werden müßte. Hierauf beruhen die §§. 38. und 39. a. a. O. Somit ist die schlechthin aus dem §. 116. A. L. R. II. 17. und aus dem Ges. v. 2. März 1850 hergeleitete Aufhebung des Laudemiums nicht gerechtfertigt. (Entsch. Bd. 35. S. 50.)

3) Das Rev. Kolleg. für L. K. S. hat in neuerer Zeit (nach Erlaß des Ablös. Ges. v. 2. März 1850), namentlich in dem Präj. v. 11. Juni 1852, zwar den Grundsatz als richtig anerkannt, daß diejenigen Laudemien, welche erweislich Früchte der Civilgerichtsbarkeit sind, durch den Art. 42. der Verf. Urk. für aufgehoben zu erachten; jedoch bestritten, daß aus dem §. 116. A. L. R. II. 17. eine gesetzliche Präsumtion dafür hergeleitet werden könne, daß die Laudemien aus der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit originiren oder die Natur der Gerichtskosten haben, sondern ausgeführt, daß diese Qualität der Laudemien von dem solche Behauptenden durch besondere Thatsachen erweislich gemacht werden müsse.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 57.)

4) Gegen die neuere Ausführung des Ob. Trib. vergl. die Kritik der Erk. desselben v. 21. Okt. 1852 u. v. 21. April 1853 in Lette's und v. Rönne's L. K. Gesetzgeb. a. a. O. S. 407—411, welche zu dem Resultate gelangt, daß der Art. 42. der Verf. Urk. v. 31. Jan. 1850 die Laudemien, in sofern sie als Früchte der Gerichtsbarkeit anzusehen, ohne Entschädigung aufgehoben habe, und daß die §§. 38. u. 39. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 keineswegs beabsichtigen, für alle Arten der Besitzveränderungsabgaben eine rechtliche Vermuthung bezüglich ihrer Qualität aufzustellen, sondern diese Frage, mit Ausnahme der beiden speziell darin gedachten Fälle, völlig unberührt lassen.

Vergl. auch die Ansichten von Robe in dessen Schrift über die Schlesischen Laudemien und von Fischer in dessen Hülfsbuch für bäuerliche Besitzer ꝛc. S. 31—36, welche in ihren Resultaten mitgetheilt worden in Lette's und v. Rönne's L. K. Gesetzgeb. a. a. O. S. 412—416.

IV. Die Eintragung der Laudemialqualität im Allgemeinen begründet nicht das Vorzugsrecht der zweiten Klasse für die rückständig gebliebenen Laudemialgelder.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1837. (Präj. Nr. 204.)

(Präj. Samml. S. 262, Koch's Arch. Bd. 1. S. 391 ff., J. W. 1837 S. 625 ff.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. Febr. 1852 angenommen. (Entsch. Bd. 24. S. 349.)

Diese Entscheidungen nehmen nämlich an, daß die Laudemialabgabe als eine einzelne bestimmte Forderung erst im Falle einer eintretenden Veräußerung entstehe und daß das Grundstück erst von der Entstehung der Forderung an haftbar sei. Die Laudemialeigenschaft des Grundstücks sichere zwar dem (vormaligen) Erbzinsherrn im Allgemeinen die rechtliche Nothwendigkeit, daß der neue Erwerber die Einwilligung und die Annahme nach Erlegung der Gebühr suchen müsse, sie vermöge aber nicht der Forderung des, vorkommenden Falls, zu entrichtenden Laudemiums den Charakter der Dinglichkeit beizulegen.

Gegen diese Ansicht vergl.: Strohn in Strietborst's Arch. Bd. 12. S. 356 ff., und die Auff. in der J. Z. 1832 S. 1234 und 1833 S. 704.

Für dieselbe: Koch im Arch. Bd. 1. S. 391 ff.

V. Kann das Recht auf Entrichtung von Besitzveränderungs-Abgaben auch durch Verjährung erworben werden?

Es bejahen:

1) Die Gen. Komm. zu Stendal in der Instr. v. 12. März 1851. (Sprengel's Ablös. Ges. S. 10.)

2) Frey, weil der §. 40. des G. v. 2. März 1850 dies Beweismittel nicht ausschließe. (Komm. über die Ablös. Ges. S. 64.)

3) Der II. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 26. Juni 1847 an, daß es zur Verjährung des Laudemienrechtes nach §. 649. A. L. R. I. 9. eines Zeitraumes von vierzig Jahren und einer Zahl von drei Fällen, von denen der erste den Anfang, der letzte den Schluß der vierzig Jahre bilden muß, bedarf.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 295 Nr. 138.)

Vergl. darüber Lette's und v. Rönne's Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. 2. Abtheil. I. S. 441.

VI. Ueber Erlöschung des Rechts auf Laudemien durch Konsolidation vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 482—484. Zus. 1. u. 2.

§. 714. 1) Gemeinrechtlich findet die Laudemialpflicht als gesetzliche Regel nur bei Röm. Emphyteusen statt; in allen sonstigen Rechtsverhältnissen muß sie besonders nachgewiesen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1846.

(Entsch. Bd. 13. S. 215.)

2) Betreffend die Provinz Schlesien.

a) Ehegatten sind, nach der Sanctio pragmatica wegen der großen Kanzleitaxe in Schlesien v. 10. April 1693, wenn sie in Erbfällen unter sich zum Besitze von Bauergütern gelangen, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Gütergemeinschaft gelebt haben, von der Entrichtung der Lehnwaare befreit.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1847. (Präj. Nr. 1937.) (Präj. Samml. S. 288, Entsch. Bd. 16. S. 351.)

Vergl. die Erg. zum §. 718. h. t. Zus. 1.

b) Die Vorschriften der pragmatischen Sanktion v. 10. April 1693 und des Ed. v. 13. Juni 1744, betr. die Befreiung der Descendenten und resp. der Wittwen von Erlegung der großen Kanzlei-Taxe bei Gutserwerbungen, sind für allgemeine Schlesische Provinzial-Gesetze zu achten, welche an und für sich und abgesehen von etwanigen speziellen Rechtstiteln auch die Mediatfürsten und Standesherren in Schlesien verpflichten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 17. Juni 1844. (Präj. Nr. 1454.)

(Präj. Samml. S. 288, Entsch. Bd. 10. S. 73, J. M. Bl. 1844 S. 192.)

c) Die in dem Ed. v. 13. Juni 1744 für das Herzogthum Schlesien ausgesprochene Herabsetzung der großen Kanzleitaxe auf drei pro Mille ist für die Mediat-Regierungen in Schlesien nicht verbindlich.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Juni 1849[1]. (Präj. Nr. 2183.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 34, Entsch. Bd. 18. S. 104.)

---

[1]) Das Gegentheil hatte der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 29. Dec. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 254) angenommen.

d) Das durch die Oels-Bernstädt'sche Landeseinrichtung v. 9. Aug. 1725 bestätigte Abkommen v. 1. Aug. 1692 über die große Kanzlei-Taxe gilt nicht als ein bloßer Vertrag des Fürsten von Oels mit den Rittergutsbesitzern für die damals bestehenden Rittergüter, sondern hat die Kraft eines Gesetzes, welches die bei jener Taxe betheiligten Güter und Personen überhaupt bindet.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 17. Juni 1850. (Präj. Nr. 2214.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 113, Entsch. Bd. 20. S. 43.)

e) Ueber die rechtliche Natur und den Betrag der großen Kanzlei-Taxe in Schlesien vergl. auch die Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Dec. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 254 Nr. 126) und v. 9. Sept. 1848 (a. a. O. Bd. 4. S. 356 Nr. 176.), und die Erk. des Fürstenthums-Ger. zu Neisse v. 4. Juli 1845 und des O. L. G. zu Ratibor v. 29. März 1847. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 438 ff.)

Ueber die Frage: ob diese Abgabe durch den §. 3. Nr. 4. u. 5. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 für aufgehoben zu erachten, vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Okt. 1850 (Präj. Nr. 2238.) in den Erg. zum §. 39. des Ablös. Ges. Zus. c.
(s. ob. S. 626.)

f) Auch nach Schlesischem Provinzialrechte gilt die rechtliche Vermuthung gegen die Laudemialpflicht der Rustikalgrundstücke.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1840.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 295 ff., J. W. 1841 S. 374.)

g) In den Fürstenthümern Oppeln und Ratibor ist die Laudemialpflichtigkeit der bäuerlichen Grundstücke durch die Landes-Ordnung vom Jahre 1562 Art. 46. keineswegs begründet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Febr. 1841.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 276 ff.)

h) In den Fürstenthümern Oppeln und Ratibor kann die Laudemialpflichtigkeit der Schulzen, freien Kretschmer und Müller als provinzialrechtlich nicht angesehen werden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1845.
(Entsch. Bd. 12. S. 448.)

i) Der Ausdruck in den Privat-Uebersetzungen der Oppeln-Ratiborschen Landes-Ordnung von 1561 (Weingarten fasciculi div. jur. Lib. 2. pag. 254, Brachvogel Contin. der Kaiserl. Königl. Privilegien ꝛc. Bd. 6. S. 1713) in Absatz 2. des Art. 46.: »Auf- und Abzug«, ist ein Uebersetzungsfehler, und lautet derselbe in der authentischen Uebersetzung de 1730, welche in Suarez Sammlung alter und neuer Schlesischer Provinzial-Gesetze Bd. 1. S. 378 abgedruckt ist, und wovon das Konzept in Folioformat in der Bibliothek des Appell. Ger. zu Ratibor sich befindet, übereinstimmend mit einem noch älteren Manuskript in Quarto (cf. v. Kamptz Jahrb. Bd. 49. S. 363, gedruckte Konferenz-Protokolle mit den ständischen Deputirten über das Oberschlesische Provinzialrecht S. 17. Anm. sub rub. 44. Art. 2.) »Abzugsgeld.« Dieser Ausdruck bezieht sich nicht auf das Laudemium, sondern auf das Abfahrtsgeld.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Febr. 1841. (Präj. Nr. 984.) (Präj. Samml. S. 285, Koch's Arch. Bd. 4. S. 276.)

k) Die sogenannte Kardinal v. Hessensche Sporteltaxe v. 13. Febr. 1680 ist kein Gesetz und begründet daher an sich nicht die Laudemialpflichtigkeit.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Nov. 1846.
(Koch's Arch. Bd. 6. S. 387.)

l) In Schlesien, und insbesondere in den Fürstenthümern Schweidnitz und Jauer, kann der Kommissions-Vertrag v. 25. Juni 1612 (v. Friedenberg tract. de Silesiae jurib. Lib. II. c. 24. §. 5.) für einen rechtsgültigen Titel der Gutsherrschaften zur Erhebung des das Laudemium vertretenden Markgroschen, und als hinreichender Belag für eine diesfällige Observanz nicht erachtet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1838. (Präj. Nr. 599.) (Präj. Samml. S. 287.)

3) Betreffend die vormals Sächsischen Landestheile.

a) In den vormals Sächsischen Landestheilen kann bei Erbzinsgütern eine bloß auf frühere allgemeine gesetzliche Vorschriften gegründete Laudemialpflichtigkeit bei Besitzveränderungsfällen, welche erst nach Einführung des A. L. R. eingetreten sind, nur nach dessen Vorschriften, und nicht nach den Vorschriften des Sächsischen Rechts beurtheilt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Dec. 1842. (Präj. Nr. 1242.) (Präj. Samml. S. 104.)

Denselben Grundsatz nimmt das Erk. desselben Sen. v. 18. Jan. 1853 an. (Entsch. Bd. 25. S. 26.)

b) Vor Einführung des A. L. R. in den vormals Sächsischen Landestheilen konnte zwar, vermöge besonderer privatrechtlicher Erwerbung, dort das Recht auf Lehnwaare erlangt werden, war aber nach damals geltendem Rechte kein natürlicher Ausfluß des erbzinsherrlichen Rechts und des census reservativus, wie nach §§. 714. u. 816. A. L. R. I. 18.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1853.
(Entsch. Bd. 25. S. 26.).

4) Betreffend die Provinz Westphalen.

a) Von früher eigenbehörigen, durch die Französische Gesetzgebung resp. durch das G. v. 21. April 1825 (Nr. 940.) in volles Eigenthum verwandelten Gütern im ehemaligen Hochstifte Münster ist nicht bloß bei den nach der Münsterschen Eigenthums-Ordnung v. 10. Mai 1770 eintretenden Sukcessionsfällen, sondern überhaupt bei jeder Besitzveränderung das hergebrachte Gewinngeld (Weinkauf, Laudemium) von dem eintretenden neuen Besitzer zu zahlen, so lange diese Abgabe nicht zur Ablösung gebracht ist.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 20. Aug. 1852. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 220.)

b) Im Minden-Ravensbergischen ist von früher eigenbehörigen Kolonaten nicht bloß von aufheirathenden Ehegatten der Besitzer und von mahljährigen Besitzern, sondern von einem jeden neu antretenden Besitzer, mit Ausschluß des Anerben, also auch in Veräußerungsfällen, Gewinngeld (Weinkauf) an den früheren Eigenthumsherrn zu entrichten, so lange diese Verbindlichkeit nicht abgelöst ist.

Der Betrag des Gewinngeldes ist in der Regel unbestimmt und nach §. 43. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 zu ermitteln; nur bei mahljährigen Besitzern ist im Mangel einer besonderen Bestimmung die Hälfte des von dem eigentlichen Besitzer zu zahlenden vollen Gewinngeldes als Einheit anzunehmen.

Der Betrag des Gewinngeldes ist daher in der Regel nach Beschaffenheit der Besitzveränderungsfälle ein verschiedener und dessen Einheit nach §. 45. a. a. O. zu ermitteln.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 12. Aug. 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 380.)

Vergl. das Erk. desselben Gerichtshofes v. 13. Febr. 1857.
(a. a. O. Bd. 10. S. 91.)

c) Die Seitens des Besitzers eines ehemaligen eigenbehörigen Kolonats im Veste Recklinghausen unter Vorbehalt des unbeschränkten Nießbrauchs erfolgte Uebertragung des Kolonats an einen Dritten zum Eigenthum, enthält eine zur Zahlung des Gewinngeldes verpflichtende Besitzveränderung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 325 Nr. 81.)

§. 715. Nach §. 715. ist, wenn ein laudemialpflichtiges Grundstück vererbpachtet worden, das Laudemium bei Besitzveränderungen der Erbpachtsgerechtigkeit nicht zu entrichten, sondern nur beim Antritt eines neuen Erbverpächters; das Dasein eines Druckfehlers in diesem Gesetze ist nicht anzunehmen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Aug. 1848. (Präj. Nr. 2045.)
(Präj. Samml. S. 104, Rechtsf. Bd. 4. S. 290 Nr. 143.)

Dasselbe bemerken die Motive zum bürgerl. Gesetzb. S. 154.

§. 716. 1) Ist ein Descendent, welcher nach dem Tode eines Ascendenten bei der zwischen mehreren Descendenten erfolgenden Erbauseinandersetzung ein von dem Erblasser besessenes laudemialpflichtiges Grundstück übernimmt, zur Entrichtung des Laudemiums verpflichtet?

a) Das Ob. Trib. hat die Frage mehrfach verneint.

α) Die Laudemialfreiheit der Descendenten erstreckt sich nicht bloß auf denjenigen Antheil am Grundstücke, welcher dem Uebernehmer desselben auf seine eigene Erbquote zufällt, sondern auch auf diejenigen

Antheile des Grundstücks, welche ihm von den Kodescendenten und der Wittwe für eine Geldabfindung überlassen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1837. (Präj. Nr. 394.)

Wenngleich nach gemeinem Rechte und nach den Grundsätzen des A. L. R. I. 9. §. 368. und I. 17. §§. 82., 115., 97., 98. der Wittwe und den übrigen Kindern des Erblassers ein Miteigenthum am Gute zugestanden haben mag, welches Miteigenthum auf sie auch mit dem Todestage des Erblassers ohne besondere Besitzergreifung übergegangen ist, und wenngleich die Erbquote dem besonderen Vermögen der einzelnen Miterben zugewachsen ist, und jedes Antheil in sich ein veräußerungsfähiges Objekt gebildet hat; wenn man ferner den Zuschlag des ganzen Guts im Allgemeinen auch einen Akt der Veräußerung nennen kann, weil den Natural-Antheilen eine Geldabfindung substituirt wurde, so kann doch der §. 716. h. t. nicht unberücksichtigt bleiben, welcher die Befreiung der Erben in absteigender Linie von den Laudemien ausspricht. Es fehlt vom Todestage des Erblassers bis zur Uebernahme durch einen Erben an einem Naturalbesitzer; das Gut wurde in diesem Zwischenraume nur für die ungetheilte Erbmasse verwaltet, und es liegt daher der Fall vor, daß es von dem Erblasser auf einen Descendenten übergegangen ist. Dieser ist nach §. 716. laudemialfrei. (Präj. Samml. S. 104, Koch's Arch. Bd. 2. S. 21.)

β) Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 24. Juni 1835 angenommen, welches gleichfalls ausführt, daß in einem solchen Falle der Descendent dem Erblasser unmittelbar im Besitze des Grundstücks folge und daß bis dahin die Erben nur den Besitz des Erblassers fortgesetzt haben. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 10.)

γ) Wenn im Urbarium die Lehnwaare für die jedesmalige Besitzveränderung festgesetzt ist, so ist hierunter die Uebernahme von einem Descendenten nicht mit zu begreifen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1360.) (Präj. Samml. S. 104.)

δ) Wenngleich in Urbarien, die vor Einführung des A. L. R. unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichtet worden, bei Kaufverträgen die Freiheit der Descendenten von der Laudemialpflicht ausgeschlossen ist, so sind dennoch Erwerbungen des Grundstücks Seitens eines miterbenden Descendenten im Wege der Erbtheilung der Laudemialpflicht nicht unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 256 Nr. 46.)

b) Der I. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat in den Erk. v. 16. März u. 21. Sept. 1836 gleichfalls verneint, ausgehend von dem Grundsatze, daß die Erbtheilung kein Kaufgeschäft in sich begreift, und daß daher kein Laudemialfall vorhanden ist, wenn die Laudemien nur bei Verkäufen üblich sind und eine Erbtheilung stattfindet. (Koch's Arch. Bd. 2. S. 24 ff.)

c) v. Möller (in der Abhandlung über die Verpflichtung der Descendenten 2c. zur Entrichtung des Laudemiums von dem bei der Erbesauseinandersetzung angenommenen laudemialpflichtigen Gute) verneint gleichfalls, indem er zeigt, daß die vorzüglichsten Rechtslehrer der Ansicht sind, daß nach gemeinem Rechte die Erbtheilung in dem betreffenden Falle dem Kaufe nicht gleich stehe, und daß das A. L. R. diesen Grundsatz gleichfalls angenommen und, mit Rücksicht auf die Hypotheken-Ordnung, davon in den §§. 742—746. h. t. nur eine Ausnahme für laudemialpflichtige Erben gemacht habe, welche auf laudemialfreie Descendenten (§. 716.) nicht anzuwenden. Auch der §. 718. beziehe sich nur auf einen Uebergang mortis causa, und, wie sein Schluß ergebe, auf laudemialpflichtige Besitzer. Endlich setzten auch die Materialien außer Zweifel, daß diese Ansicht die der Redaktoren gewesen sei. (J. W. 1842 S. 617 ff.)

d) Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 146) und Koch (Arch. Bd. 2. S. 1 ff., Komm. zum Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 716. h. t.) sind gleichfalls der verneinenden Ansicht.

2) Was die Beantwortung der zu 1. gedachten Frage nach Schlesischem Provinzialrechte betrifft, so nimmt Stielow (Provinzial-Recht von Niederschlesien), gestützt auf ältere Urtel der Ob. Amts-Reg. zu Glogau aus den J. 1775 u. 1779, an, daß dieselbe zu verneinen sei.

Die beiden Sen. des O. L. G. zu Glogau haben in den Erk. v. 21. Juli 1831 und 5. Okt. 1832 gleichfalls unbedingt verneint, und zugleich angenommen, daß auch der Zuschlag in einer der Theilung wegen stattgefundenen Subhastation diese Regel nicht aufhebe, indem der Descendent, welcher das Grundstück in diesem Verfahren ersteht, für keinen fremden Käufer gelte. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 102 Nr. 9.)

Dagegen hat der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau (Datum des Erk. konstirt nicht) angenommen, daß der Descendent, welcher bei der Erbtheilung die laudemialpflichtige Stelle annimmt, nach Schlesischem Prov. R. das Laudemium bezahlen muß, ausgenommen, wenn die Theilung schon binnen einem Jahre oder zwei Jahren nach dem Tode des Erblassers zu Stande gekommen ist. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 97 Nr. 8.)

Das Ob. Trib. hat dagegen unbedingt verneint (Datum des Urtels konstirt nicht.) (Koch's Arch. Bd. 1. S. 111 ff.)

Ebenso in dem nicht veröffentlichten Erk. v. 19. Dec. 1840. (J. W. 1842 S. 619.)

Möller sucht zu zeigen, daß das Schlesische Prov. R. keine Entscheidung der Frage enthalte, daß dieselbe aber nach den Grundsätzen des A. L. R. zu verneinen sei. (J. W. 1842 S. 617 ff.)

3) Descendenten sind nur dann verpflichtet, auf den Grund des Verkaufs Laudemien zu zahlen, wenn diese Verpflichtung darin ausdrücklich ausgesprochen ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1852 [1]). (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 350 Nr. 72.)

4) Ein Judikat, welches Descendenten zur Entrichtung von Lehnwaare von ererbten Grundstücken verurtheilt, ohne daß das Sachverhältniß daraus zu ersehen ist, verpflichtet nicht alle nachfolgenden Besitzer in gleichem Falle.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1835. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 488.)

§§. 716—719. Die in den §§. 716—719. bei Erbzinsgütern in Betreff des Laudemiums in Descendentenfällen gegebenen Vorschriften sind auch bei Erbpachtsgütern maßgebend.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. April 1854. (Präj. Nr. 2516.)

Die §§. 716. ff. beziehen sich zwar zunächst auf das Erbzinsverhältniß, müssen aber auch bei Erbpachtsgütern, bei denen ein Laudemial-Verhältniß vorhanden, maßgebend sein, weil in der Lehre von der Erbpacht nur eine die Lehnwaare betreffende Bestimmung enthalten ist, nämlich die des §. 203. A. L. R. I. 21., im Uebrigen aber dort das Laudemial-Verhältniß mit Stillschweigen übergangen und dadurch zu erkennen gegeben wird, daß die im vorigen Titel für die Laudemien im Allgemeinen gegebenen Vorschriften ohne weitere Abänderung maßgebend sein sollen, da sonst etwas Näheres angeordnet sein würde und die etwa für nöthig erachteten Abänderungen und Modifikationen hätten angegeben werden müssen. Dies muß um so mehr angenommen werden, als das Laudemial-Verhältniß vorzugsweise bei Erbzinsgütern vorzukommen pflegt und es deshalb angemessen war, bei diesen die in Ansehung der Laudemien für nöthig erachteten legislatorischen Normen festzusetzen, weil ferner die Erbpacht in dieser Beziehung keinen anderen Grund zu einer verschiedenartigen Beurtheilung des Laudemial-Verhältnisses darbietet, und weil endlich in der Lehre von der Erbpacht, namentlich im §. 202., ausdrücklich auf die §§. 698 ff. Tit. 18. zurückgewiesen wird.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 34, Entsch. Bd. 27. S. 354.)

§. 717. 1) Descendenten, welchen das Erbzinsgut unter Lebendigen abgetreten wird, sind von Entrichtung der Lehnwaare befreit, die Abtretung mag mit oder ohne Bezugnahme auf das künftige Erbrecht erfolgt sein.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 10. Jan. 1842 [2]). (Präj. Nr. 1082.)

---

[1]) Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 6. Nov. 1854 und die Anm. dazu (s. ob. zum §. 40. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 S. 628.)

[2]) Das Finanzmin. hat in dem Schreiben v. 16. Dec. 1823 und R. v. 25. ej. m. die Ansicht aufgestellt, daß verkäufliche Gutsüberlassungen an Descendenten von reinen Verkäufen zu unterscheiden seien, wie auch das Stempel-Ges. anerkenne. Unter jenen würden solche, insonderheit bei Bauerhöfen häufig vorkommende Verträge verstanden, wodurch der Eigenthümer schon bei seinen Lebzeiten Einem seiner Erben das Eigenthum und die Bewirthschaftung des Hofes nach einem Geldanschlage und zuweilen mit Vorbehalt eines Altentheils dergestalt abtrete, daß der Geldanschlag oder Kaufwerth dazu diene, erbschaftliche Verhältnisse zwischen den Paciscenten auseinander zu setzen, mithin anticipirte Erbschaften. (Jahrb. Bd. 22. S. 201, Gräff Bd. 5. S. 118.) — Dieser

Der §. 717. enthält in seiner Wortfassung nichts von einer Beschränkung. In seiner durchaus allgemeinen Bestimmung ist daher jeder Titel, durch welchen die eigenthümliche Abtretung erfolgen kann, einbegriffen, und am wenigsten in dem Gesetze ausgesprochen, daß die Abtretung zu einem bestimmten Zwecke und in einer bestimmten Richtung erfolgt sein müsse, um die Befreiung von der Lehnwaare herbeizuführen. In der Vertheidigung der entgegengesetzten Ansicht wird auf den Ausdruck »abtreten« besonderes Gewicht gelegt, allein ohne Grund. Gerade der Kaufvertrag wird in dem §. 1. des A. L. R. I. 11. eben so bezeichnet. Der Ausdruck »abtreten« wird von der Uebertragung von Rechten allgemein gebraucht; er steht deshalb auch hier, wo der Gegenstand der Uebereignung ein Erbzinsrecht ist, ganz in seiner wahren Bedeutung. Mit mehr Schein könnte man geltend machen, daß der §. 717. in seiner Verbindung mit dem §. 716. von solchen Abtretungen unter Lebendigen spricht, welche an Erben in absteigender Linie erfolgen. Allein der Ausdruck: »Erben in absteigender Linie« soll lediglich die Descendenten als diejenigen Uebernehmer bezeichnen, welche von Entrichtung der Lehnwaare befreit sind. Man kann nicht hiermit den Nebenbegriff verbinden, daß den Descendenten die Uebereignung des Erbzinsgutes als Erben und vermöge eines Erbrechts zu gute kommen müsse. Eine solche Auslegung stände mit den Begriffen einer Erbschaft und eines Erben, so wie mit dem im §. 656. A. L. R. I. 12. aufgestellten Grundsatze im Widerspruch. Die Lehnwaare ist, ihrer rechtlichen Natur nach, die Abgabe, welche der neue Erwerber eines Erbzinsgutes dem Ober-Eigenthümer dafür zu entrichten hat, daß er von diesem als Nutzungsberechtigter anerkannt und ihm der aus dem Ober-Eigenthums-Verhältnisse folgende Schutz zugesichert wird. Die Verpflichtung zur Entrichtung der Lehnwaare ist hiernach keineswegs eine nothwendige Folge jeder Besitzveränderung; die Verpflichtung muß vielmehr fortfallen, in sofern der vorbezeichnete rechtliche Grund nicht zutrifft. Dies letztere tritt aber ein, wenn schon bei der ursprünglichen Entstehung des Erbzinsverhältnisses der Uebergang des Nutzungsrechts in bestimmten Fällen und auf bestimmte Personen durch den Erbzinsherrn im Voraus bewilligt ist. Hinsichts solcher Personen, die schon in der ersten Verleihung mit begriffen sind, kann daher die Wirksamkeit ihres Nutzungsrechts nicht von einem nochmaligen Anerkenntniß des Ober-Eigenthümers abhängig gemacht werden, und mithin auch von Entrichtung der Lehnwaare nicht die Rede sein. Dies erkennt auch das gemeine Recht als ratio der Befreiung der Descendenten an und der ganze Gang der §§. 714—717. zeigt, daß der Gesetzgeber die Fälle der §§. 716., 717. gleichstelle. Die Descendenten sollen von Entrichtung der Lehnwaare befreit sein, ohne Unterschied, ob sie durch Erbfolge oder durch Vertrag unter Lebendigen zum Besitz gelangen; sie sollen also weder die sogenannte Sterbelehnwaare — »Sterbelehn« — noch die Lehnwaare im engeren Sinne zu entrichten verbunden sein. Nur diese beiden Arten von Lehnwaare hat das A. L. R. unterschieden, nicht aber eine besondere Art von Rechtsgeschäften — nämlich den Abtretungsvertrag mit Bezug auf das Erbrecht, welcher weder Erbvertrag, noch Kauf ist, aber beides sein soll — bilden, und dies Geschäft von der Lehnwaare befreien wollen. Dazu kommt, daß dem Erbzinsherrn gegenüber das Gesetz, wie sich dies aus dem §. 710. Tit. 18. in Verbindung mit §. 584. A. L. R. I. 20. ergiebt, die an Descendenten erfolgte Veräußerung des Erbzinsguts gar nicht als eine solche Besitzveränderung anerkennt. Dies ist auch dem obwaltenden Rechtsverhältnisse entsprechend. Es ist zweifellos, daß der Erbzinsherr zu der Lehnwaare nicht befugt ist, wenn Descendenten nach dem Tode des Besitzers durch Erbfolge in den Besitz des Erbzinsguts gelangen. Dem Erbzinsherrn muß aber der Zeitpunkt, in welchem der Uebergang des Guts an den Descendenten eintritt, völlig gleich gelten; er hat mithin auch kein Interesse dabei, ob das Gut schon bei dem Leben des Besitzers auf den Descendenten übergeht. — Die Ausführung findet endlich auch in den Materialien zum A. L. R. ihre Bestätigung.

(Präj. Samml. S. 105, Entsch. Bd. 7. S. 332, J. M. Bl. 1842 S. 155.)

Nach diesem Grundsatze hat das Ob. Trib. demnächst unterm 14. Jan. 1842 erkannt.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 28 ff., J. W. 1842 S. 221.)

Ebenso hat der II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Aug. 1848 erkannt. (Rechtsf. Bd. 4. S. 279 Nr. 137.)

v. Möller (J. W. 1842 S. 655) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 144) sind derselben Ansicht. Dagegen sucht Koch (Schlesisches Arch. Bd. 5. S. 36 ff.) dieselbe zu widerlegen.

2) Die nach dem Urbarium den Descendenten für eine Abtretung des Guts unter Lebendigen auferlegte Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehnwaare schließt die gesetzliche Freiheit derselben für Erbfälle nicht aus.

Ist aber nach dem Urbarium das Laudemium überhaupt bei Ueberlassungen an Kinder zu entrichten, so sind hierunter auch Abtretungen bei Erbtheilungen zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 307 Nr. 62.)

§§. 717. 719. Die Vorschriften der §§. 717. u. 719. machen sich auch in Schlesien dahin geltend, »daß Descendenten, auch bei reinen Käufen, von Entrichtung der Lehnwaare frei sind«, und eine Ausnahme von dieser Regel nur durch den ursprünglichen Erbzins- oder Kaufbrief, oder durch eine bei dem Erbzins- oder anderen Rustikalgute wohl hergebrachte Gewohnheit[1]) begründet werden kann. Ein Vertrag oder Vergleich, welcher nur die Laudemialpflichtigkeit im Allgemeinen, oder in Beziehung auf die zu zahlenden Beträge regulirt, ist nicht geeignet, die Anwendung jener Regel auszuschließen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. März 1845.

(Entsch. Bd. 10. S. 425.)

§. 718. 1) Der überlebende Ehegatte, welcher mit dem Verstorbenen in Gütergemeinschaft gelebt hat, und bei der mit dessen Erben stattfindenden Auseinandersetzung ein bisher von ihm und dem Verstorbenen gemeinschaftlich besessenes laudemialpflichtiges Grundstück allein übernimmt, ist nach den landrechtlichen Grundsätzen zur Entrichtung des Laudemiums nicht verpflichtet.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Dec. 1840, indem angenommen wird, daß der §. 718. auf den Fall der Gütergemeinschaft überhaupt nicht passe. (J. W. 1842 S. 659.)

Dieselbe Ansicht wird von v. Möller näher begründet.

Die G. G. ist nicht mit dem Röm. condominium zu vergleichen, und die von dem Miteigenthum geltenden Grundsätze können auf dieselbe nicht angewendet werden. (Vergl. den Bericht des Ob. Trib. v. 24. Aug. 1840, Jahrb. Bd. 56. S. 435 und J. M. Bl. 1840 S. 370.) Der Ehegatte, welcher nach Auflösung der Ehe einen bisher in der Gütergemeinschaft befindlichen Gegenstand ausschließlich übernimmt, erwirbt nichts Neues, weil derselbe bereits im Gesammteigenthum gewesen. Aus den Materialien ergiebt sich übrigens keine bestimmte Entscheidung über die Absicht der Redaktoren.

(J. W. 1842 S. 657—662.)

Bornemann meint dagegen, daß die Fassung des §. 718. dafür spreche, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers die Verbindlichkeit zur Zahlung des Laudemiums auch in diesem Falle eintreten solle.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 146.)

2) Nach Schlesischem Provinzialrechte ist der überlebende Ehegatte, der mit dem Verstorbenen in Gütergemeinschaft gelebt hat, zur Zahlung der Lehnwaare nicht verpflichtet, wenn er ein zur Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück zum alleinigen Eigenthume übernimmt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Dec. 1840 (Präj. Nr. 968.) und nach dem Präj. Nr. 2257. v. 22. Okt. 1850.

(Präj. Samml. S. 105 u. Bd. 2. S. 34.)

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1843 unter Vernichtung des Erk. des O. L. G. zu Ratibor v. 21. Sept. 1842 erkannt. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 43—52.)

Ansicht ist der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 5. Juli 1836 beigetreten, indem unterschieden werden:

a) die reinen Käufe, mittelst welcher Ascendenten und Descendenten gegen einen bestimmten, an den Veräußerer ganz oder zum Theil zu bezahlenden Preis, das Grundstück verkaufen. Diese Veräußerungen seien von jeher eben so behandelt worden, wie Veräußerungen an einen Fremden und seien daher laudemialpflichtig.

b) Die sogenannten Ueberlassungen unterschieden sich hiervon darin, daß bald mit, bald ohne Bestimmung eines Annahmepreises die Uebertragung mit Rücksicht auf das Erbrecht geschehe, und daß der Annahmepreis unter die Erben vertheilt, oder auf die künftigen Erbtheile angewiesen werde. Auf diese Veräußerungen finde der §. 717. Anwendung. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 53 ff.)

Das Ob. Trib hat in dem Erk. v. 6. Nov. 1850 angenommen, daß das wesentliche Merkmal einer Gutsabtretung von Ascendenten an Descendenten (§. 717.), zum Unterschiede von reinen Käufen, darin bestehe, daß die Abtretung des Grundstücks mit Rücksicht auf das Erbrecht des Uebernehmers erfolge. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 289.) — Der Pl. Beschl. v. 10. Jan. 1842 hat indeß die hiernach gemachte Unterscheidung zwischen reinen Käufen und der successio anticipata, und die Annahme, daß der §. 717. nur auf letztere anzuwenden, dagegen bei reinen Käufen der Descendenten Laudemien zu zahlen seien, verworfen.

[1]) Diese ist jetzt, nach §. 40. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850, nicht mehr beweisend.

Auch das O. L. G. zu Breslau hat in den Erk. v. 8. Nov. 1836 und v. 16. Febr. u. 21. Sept 1836 und v. 8. Febr. 1838 denselben Grundsatz angenommen.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 93 Nr. 7. u. Bd. 2. S. 28 Nr. 3.)

Vergl. die Erg. zum §. 714. h. t. Zus. 2. sub a. u. b.

3) Ist da, wo nach provinzialrechtlichen Bestimmungen oder nach Observanz eine sogen. uneigentliche Gütergemeinschaft erst mit dem Tode des einen Ehegatten eintritt, der überlebende Ehegatte, welcher ein dem Verstorbenen gehörig gewesenes Grundstück erwirbt, zur Entrichtung des Laudemiums verpflichtet?

Verneint von dem O. L. G. zu Breslau unterm 5. Okt. 1843 und 2. Febr. 1844.

Eine Gütergemeinschaft, welche nicht während der Ehe, sondern erst nach der Trennung wirksam wird, ist überhaupt keine eigentliche Gütergemeinschaft zu nennen, sondern ein modifizirtes Erbrecht; es kann also auch der auf den überlebenden Ehegatten übergehende Besitz des vom Verstorbenen hinterlassenen Grundstückes nicht als ein fortgesetzter, sondern nur als ein durch den Tod erst für den überlebenden Ehegatten entstandener Besitz erachtet werden, so daß auch die mit Bezug auf die eigentliche Gütergemeinschaft gegebene Vorschrift des §. 718. auf jene uneigentliche Gütergemeinschaft nicht angewandt werden kann. (J. W. 1844 S. 350.)

Kuhne stellt die Richtigkeit dieser Entscheidung in Frage.

(a. a. O. S. 354 ff.)

§. 719. Durch den §. 40. des Ablös. G. v. 2. März 1850[1]) ist der §. 719. dahin abgeändert worden, daß der Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungsabgaben verpflichtet ist, fortan durch Berufung auf Observanz nicht mehr geführt werden kann. Danach können auch nicht mehr die Fälle, in welchen von einem an sich laudemialpflichtigen Grundstücke das Laudemium zu entrichten ist, durch Observanz nachgewiesen werden[2]).

Das G. v. 19. Juli 1832, betr. die Laudemien von Rustikalstellen in Schlesien[3]) (G. S. 1832 S. 194), welches über die Erfordernisse des Beweises der Verpflichtung der Erben in absteigender Linie zur Entrichtung von Laudemien oder anderen bei der Vererbung von Rustikalstellen in Schlesien üblichen Abgaben Bestimmungen getroffen hatte, ist durch den §. 1. des Ablös. G. v. 2. März 1850 für aufgehoben erklärt.

§. 720. 1) Der Grundsatz der Eigenthumsordnung des Fürstenthums Minden und der Grafschaft Ravensberg v. 26. Nov. 1741, »daß wenn ein Fremder auf anderem Wege als durch Heirath zum Besitz des eigengehörigen Gutes gelangt, das Quantum des zu entrichtenden Weinkaufs lediglich von der Bestimmung des Gutsherrn oder vielmehr der freien Uebereinkunft desselben mit dem neuen Erwerber abhange«, ist nach dem G. v. 21. April 1825 und nach der durch dieses dem bäuerlichen Besitzer ertheilten Befugniß zur freiwilligen Veräußerung des Gutes an einen Dritten auf diesen Fall nicht mehr anwendbar. Vielmehr muß im Mangel einer gültigen Uebereinkunft den Interessenten auch in diesem Falle die Höhe des Weinkaufs nach Analogie der Eigenthumsordnung Kap. 11. §. 4. richterlich festgesetzt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1837. (Präj. Nr. 364.) (Präj. Samml. S. 291.)

2) Unter den »doppelten Zinsen«, welche nach Kap. 48. §. 4. der Magdeburger Pol. O. v. 3. Jan. 1688 in Veränderungsfällen statt der Lehnwaare zu entrichten, ist der doppelte Betrag des einjährigen auf dem verpflichteten Gute haftenden Zinses zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1838. (Präj. Nr. 452.) (Präj. Samml. S. 281.)

3) Wenn der auf Zahlung von Laudemien in Anspruch Genommene die Laudemialpflicht überhaupt bestritten hat, so liegt hierin auch ein eventuelles Bestreiten der Höhe derselben.

Ist in einer Urkunde zwar die Laudemialpflicht an sich, nicht aber die Höhe der Laudemien festgestellt, so muß, in Ermangelung eines anderweitigen Beweises, mit Rücksicht auf den §. 720. der Satz von zwei Prozent des Erwerbspreises entrichtet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 67 Nr. 14.)

4) Muß der Berechtigte sich da, wo das Laudemium in einer Quote besteht, die Verabredung zwischen Käufer und Verkäufer gefallen lassen, daß das Laudemium außerhalb des Kaufpreises vom Käufer übernommen, und von diesem bloß nach der Summe, die der Verkäufer erhält, abgeführt werde?

Robe hat verneint, weil das Laudemium seiner Natur nach eine Quote des Kaufgeldes sei, mithin von diesem in Abzug komme. Es müsse das richtige Laudemium in einem solchen Falle als ein Zehntel nach derjenigen Summe berechnet werden, die der Verkäufer, dessen Antheil immer als neun Zehntel des Kaufpreises anzunehmen, überhaupt erhalte. (Centralbl. 1839 S. 920.)

Koch ist entgegengesetzter Ansicht; denn das Laudemium sei keinesweges seinem Begriffe nach eine Quote des Kaufpreises oder Werthes. Aber auch da, wo es in einer Quote besteht, müsse der Berechtigte sich nach §. 731. h. t. gefallen lassen, daß der Käufer dasselbe außerhalb des Kaufpreises übernehme, und könne nicht fordern, daß der Betrag des Laudemiums der Kaufsumme noch hinzugerechnet und von der Gesammtsumme das Laudemium entrichtet werde, wenn es nicht ein Abfahrtslaudemium sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 720. h. t.)

§§. 720. 721. Dekl. v. 25. April 1845, betr. die Berechnung der Laudemien von Grundstücken, bei welchen Reallasten abgelöst worden sind[1]).

Wir rc. erklären zur Beseitigung entstandener Zweifel auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths, für sämmtliche Provinzen der Monarchie, in welchen das A. L. R. Gesetzeskraft hat, was folgt:

Sind Dienste, Abgaben, Grundgerechtigkeiten oder andere Lasten, welche auf einem Grundstück ruhen, von dem bei Besitzveränderungen ein in einem aliquoten Theile des Erwerbspreises oder Taxwerthes bestehendes Laudemium (Lehnwaare, Weinkauf, Gewinngeld u. s. w.) entrichtet werden muß, durch Kapital abgelöset worden, so ist bei Berechnung des Laudemiums in allen späteren Entrichtungsfällen das Ablösungskapital von dem Erwerbspreise oder Taxwerthe des Grundstücks (A. L. R. I. 18. §§. 720. u. 727—729.) in Abzug zu bringen.

Dieser Abzug findet jedoch nicht statt, wenn das Grundstück von dem Besitzer einseitig ohne Einwilligung des Laudemialberechtigten mit den abgelöseten Diensten, Abgaben u. s. w. belastet worden ist (§. 722. a. a. O.) rc.

(G. S. 1845 S. 243.)

§. 721. 1) Die auf einem Erbzinsgrundstücke vom Erbzinsmanne neu angelegten Gebäude sind dem nach Prozenten des Kaufgeldes zu zahlenden Laudemium weder ohne Unterschied unterworfen, noch ohne Unterschied davon frei. Wohl aber sind von dem Laudemium diejenigen neu errichteten Gebäude befreit, die zu einem andern Zwecke dienen sollen, als dem, welcher aus der ursprünglichen Bestimmung des Grundstücks folgt. Der Werth derartiger Gebäude muß also, bei Berechnung des Laudemiums, vom Kaufgelde in Abzug kommen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 22. Nov. 1847. (Präj. Nr. 1942.)[2])

(Präj. Samml. S. 106, Entsch. Bd. 15. S. 23, J. M. Bl. 1848 S. 122.)

---

[1]) Vergl. ob. zu den §§. 714—719. h. t., Zus. I.

[2]) Dadurch beseitigt sich insbesondere auch die Kontroverse über die Frage: ob zum Nachweise der Verbindlichkeit der Descendenten zur Entrichtung von Laudemien der Beweis einer Lokal-Observanz genüge, oder ob die sogen. Fundal-Observanz erwiesen werden müsse, welche der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 20. Febr. 1846 (Präj. Nr. 1696.) dahin entschieden hatte, »daß durch eine sogen. Fundal-Observanz die Laudemialpflichtigkeit eines Grundstücks an sich nicht begründet werden könne, und daß namentlich der §. 719. die Laudemialpflichtigkeit des Grundstücks als bereits bestehend voraussetze und nur verordne, daß durch Observanz die Fälle, in denen von einem an sich laudemialpflichtigen Grundstücke das Laudemium zu entrichten ist, abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden können.«

(Präj. Samml. S. 105, Entsch. Bd. 12. S. 78.)

[3]) Vergl. darüber: Löwenberg's Beitr. Bd. 1. S. 292 ff.

[1]) Den in dieser Dekl. ausgesprochenen Grundsatz hatte der II. Sen. des Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 5. Aug. 1842 (Präj. Nr. 1172.) angenommen. (Präj. Samml. S. 106, J. W. 1844 S. 812.)

[2]) a) Die hierdurch entschiedene Frage: ob auch Gebäude, welche auf dem Erbzinsgrundstücke außer der Meliorationsverbindlichkeit errichtet worden, der

Nach diesem Grundsatze hat demnächst der II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Dec. 1847 erkannt.
(Rechtsf. Bd. 3. S. 239 Nr. 119.)

2) Die gesetzliche Vermuthung spricht für die Laudemialfreiheit des Inventariums, nicht aber der zur Bewirthschaftung laudemialpflichtiger Grundstücke errichteten Gebäude.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 30. Dec. 1853, mit Rücksicht auf §. 721., welcher sich nicht auch auf solche Gebäude beziehe, die zur selbstständigen Bewirthschaftung einer bäuerlichen Stelle, und deshalb zu deren Substanz gehören. Auch habe der §. 44. des Ablös. G. v. 2. März 1850 hierin materiell nichts geändert. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 7. S. 399.)

3) Der Erbzinsherr, welcher vom Werthe des mitverkauften Inventariums die Lehnwaare fordert, muß beweisen, daß dasselbe bei der ersten Uebernehmung des Gutes dem Erbzinsmann von dem Erbzinsherrn gewährt worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Sept. 1839. (Präj. Nr. 736.) (Präj. Samml. S. 106.)

Auch ist der Erbzinsherr nicht etwa auf den Grund des §. 810. h. t. in Betreff des zum Gute erforderlichen Inventariums von jenem Beweise befreit.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1052.) (Präj. Samml. S. 106.)

4) Steht fest, daß in der ursprünglichen Verleihung ein Inventarium mit einbegriffen gewesen, so streitet für den Erbzinsherrn auch die Vermuthung, daß es zu den zur Bewirthschaftung des Gutes nothwendigen Beilaßstücken bestanden habe.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Mai 1847, gemäß der §§. 516., 517. h. t. (Rechtsf. Bd. 1. S. 80 Nr. 38.)

5) Auf die große Kanzleitaxe, die in Schlesien von Mediatfürsten und Standesherren bei der Veräußerung von Rittergütern von deren Erwerbern gefordert wird, und bei der Berechnung des Betrages derselben, ist die Vorschrift, daß der Werth des mitverkauften Inventariums von dem Kaufschillinge abzurechnen sei, nicht anwendbar.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 4. Dec. 1848. (Präj. Nr. 2072.)
(Präj. Samml. S. 106, Entsch. Bd. 17. S. 58.)

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 8. Okt. 1850 (Präj. Nr. 2238.) in den Erg. zum §. 39. des Ablös. G. v. 2. März 1850 sub c. (s. oben S. 626.)

6) Von Zinkhütten und deren Vorräthen sind Verreichsgebühren (Laudemien) nicht zu entrichten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1848.
(Rechtsf. Bd. 4. S. 180 Nr. 88.)

§. 724. 1) Nach welchem Grundsatze muß die Zurechnung bei lebenslänglichen Vortheilen geschehen?

a) Das R. des Min. des Inn. v. 7. April 1833 schreibt vor, daß von einer vorausgesetzlichen Lebensdauer von 70 Jahren auszugehen und bei einem Lebensalter bis mit 60 Jahren das achtfache, vom zurückgelegten 60sten bis mit 62sten Jahre das sechsfache, vom 62sten bis mit 64sten Jahre das vierfache, vom 64sten bis mit 66sten Jahre das dreifache, vom 66sten bis mit 69sten Jahre das anderthalbfache, und von Anfang des 70sten Jahres das einfache des Jahresbetrages der Vortheile anzunehmen sei. (v. K. Ann. Bd. 17. S. 306.)

Koch bemerkt, daß dies nur als Richtschnur für die Verwaltungsbehörden in den Fällen, wo der Pflichtige sich damit einverstanden erklärt, gelte; der Richter müsse den Grundsatz des §. 348. A. L. R. I. 12. analogisch anwenden, und vorbehaltene Nutzungen könnten nicht in Anschlag kommen, weil bei Bestimmung des Kaufgeldes schon darauf gerechnet sei, daß Kaufgeld und Sache nach Abzug dessen, was der Verkäufer davon noch verbrauchen wird, sich ausgleichen, so daß der Käufer nach Wegfall des Nutzungsrechts nichts erhält, was noch unbezahlt wäre.
(Landr. Bd. 2. Anm. 17. zum §. 724. h. t., Schlesisches Arch. Bd. 5. S. 60 ff.)

2) In Schlesien wird nach einem provinzialrechtlichen Grundsatze von dem Werthe des Ausgedinges (Altentheils), welches vom Verkäufer vorbehalten oder demselben bewilligt worden, kein Laudemium entrichtet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1839. (Präj. Nr. 779.) (Präj. Samml. S. 106.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 18. Juli 1826 (Koch's Arch. Bd. 2. S. 64), v. 12. Mai u. 15. Dec. 1837 (a. a. O. S. 54 u. 58) und v. 16. Febr. u. 16. März 1838 (a. a. O. S. 476—487) angenommen, in dem Erk. v. 11. Nov. 1843 aber ausgesprochen, daß derselbe für ganz Schlesien, insbesondere auch für Oberschlesien gelte. (a. a. O. Bd. 5. S. 245.)

Koch theilt mehrere Erkenntnisse des O. L. G. zu Breslau über die Frage mit, nach welchen dieselbe von dem II. Sen. desselben stets in gleicher Art, wie von dem Ob. Trib. entschieden worden ist, wogegen der I. Sen., insbesondere in dem Erk. v. 26. Mai 1837, die entgegengesetzte Meinung angenommen hat.
(Koch's Arch. Bd. 7. S. 115 ff., Bd. 2. S. 46 ff.)

Die beiden Sen. des O. L. G. zu Ratibor haben gleichfalls difform darüber erkannt. (a. a. O. Bd. 5. S. 245.)

Stielow (Prov. R. Sect. VII. Nr. 23.) theilt mit, daß bereits durch Judikate von 1770 und 1774 die Laudemialfreiheit des Auszuges anerkannt worden sei.

Vergl. über die Frage ferner: die Abhandl. von v. Möller in der J. W. 1843 S. 443 ff., in welcher auszuführen gesucht wird, daß sowohl nach Schlesischem Prov. R., als nach dem A. L. R. das Laudemium auch vom Altentheile zu entrichten sei, und die Widerlegung von Koch in dessen Arch. Bd. 5. S. 58 ff., desgleichen die Erörterungen Koch's a. a. O. Bd. 2. S. 46—48.

Laudemialabgabe unterliegen, war von dem Ob. Trib. mehrfach verneint worden. So durch die Erk. v. 28. Juli 1837 (Centralbl. 1838 S. 512, vergl. S. 439 u. 489) und v. 18. Nov. 1830 (Koch's Arch. Bd. 1. S. 432). Daß diese Ansicht die nach gemeinem Rechte richtige sei, hat das Ob. Trib. schon im Jahre 1813 ausgesprochen (Jahrb. Bd. 1. S. 117). Als später der II. Sen. des Ob. Trib. von dieser Ansicht abweichen wollte, erfolgte die Entscheidung der Frage durch den obigen Pl. Beschl. im Sinne der ältern Meinung.

b) Der II. Sen. des O. L. G. zu Breslau hat in dem Erk. v. 26. Sept. 1837 gleichfalls angenommen, daß Gebäude, in sofern sie zu den kontraktsmäßigen Meliorationen gehören, dem Obereigenthume des Erbzinsherrn unterworfen, mithin bei Berechnung des Laudemii zu berücksichtigen seien; in sofern sie aber praeter legem meliorationis aufgeführt sind, habe der Obereigenthümer darauf, wie überhaupt auf außerkontraktliche Meliorationen, keinen Anspruch; diese Gegenstände seien seinem Obereigenthume nicht unterworfen; er müsse sie nach §. 791. vergütigen, es bedürfe also auch seiner Einwilligung in die Uebertragung an einen neuen Erbzinsmann nicht, und sei auch kein Laudemium dafür zu entrichten. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 425.)

Auch das (vormalige) Revis. Kolleg. von Schlesien hat sich in dem Erk. v. 26. Sept. 1829 für die Ansicht entschieden, daß nach den Grundsätzen des A. L. R. diejenigen Gebäude, welche auf laudemialpflichtigen Grundstücken nach deren Erwerbung erbaut worden, dem Laudemium nur dann unterworfen seien, wenn dies durch Vertrag ausdrücklich festgesetzt worden.
(Koch's Arch. Bd. 1. S. 430.)

Bornemann, welcher mittheilt, daß die Frage bei der Redaktion des A. L. R. nicht zur Sprache gekommen sei, entscheidet sich gleichfalls für die Verneinung derselben zu Gunsten des Laudemialpflichtigen.
(System, 2. Ausg., Bd. 4. S. 145.)

Koch hat die demnächst in dem Pl. Beschl. des Ob. Trib. angenommene Ansicht aufgestellt, daß es auf den Unterschied ankomme, ob die Gebäude, zufolge der lex meliorationis, zur Kultur des Erbzinsgutes gehören, oder nicht.
(Koch's Arch. Bd. 1. S. 424.)

Ulrich hat die Ansicht entwickelt, daß das Laudemium der Regel nach von dem ganzen Kaufpreise des laudemialpflichtigen Grundstücks, ohne Abzug des Werthes der Meliorationen und insbesondere der nach der Verleihung errichteten Gebäude, gezahlt werden müsse, daß jedoch eine Ausnahme von dieser Regel stattfinde, wenn das Grundstück zu einer seiner ursprünglichen Bestimmung fremden selbstständigen Anlage verwendet wird. (J. W. 1844 S. 41 ff.)

c) Die (vormalige) Justizdep. zu Marienwerder hat in dem Erk. v. 5. Okt. 1838 ausgeführt, daß nach den Grundsätzen des Preuß. Landrechts von 1721 nur diejenigen Gebäude, welche praeter legem meliorationis errichtet worden, von der Laudemialpflichtigkeit ausgenommen seien.
(Centralbl. 1839 S. 893 ff.)

d) Ueber die Entscheidung der Frage nach gemeinrechtlichen Grundsätzen vergl. die Abhandl. in den Jahrb. Bd. 1. S. 115 ff.

§. 725. Die Vorschrift des §. 725. findet auf laudemialpflichtige Grundstücke, welche nicht zu den Erbzinsgütern und den im §. 815. h. t. bezeichneten — unter Vorbehalt eines Zinses ursprünglich verliehenen — Zinsgütern gehören, keine analoge Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1848 (Präj. Nr. 2051.); denn der §. 725. beziehe sich nach §§. 680. ff. h. t. nur auf Erbzinsgüter (§§. 815., 816.); eine analoge Anwendung desselben sei unzulässig.

(Präj. Samml. S. 106, Entsch. Bd. 16. S. 516, Rechtsf. Bd. 4. S. 372 Nr. 184.)

§. 730. Dieser §. ist durch den §. 36. des Ablös. G. v. 2. März 1850[1]) gegenstandslos geworden.

§. 731. 1) Haften für das Laudemium beide Kontrahenten oder der neue Besitzer allein?

a) Das Ob. Trib. spricht in dem Erk. v. 8. April 1837 in dieser Beziehung folgenden Satz aus:

Der Berechtigte kann die Abgabe von den Kontrahenten, insbesondere von dem zur Entrichtung derselben vorzugsweise verpflichteten neuen Erwerber einfordern, sich aber auch Behufs seiner Befriedigung an das verpflichtete Grundstück halten. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 396.)

b) Koch führt dagegen aus, daß der Erwerber des zum unvollkommenen Eigenthume ausgethanen Grundstücks allein der Verpflichtete ist, weil das Laudemium dafür entrichtet wird, daß ihn der Grundherr zu seinem Zinsmanne an die Stelle des Abgehenden annimmt. Das Grundstück sei gar nicht dafür verpflichtet, und eben so wenig der Veräußerer. (a. a. O. S. 399., 400.)

Bornemann tritt dieser Ansicht bei.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 145.)

2) Die Vorschrift des §. 731. bezieht sich auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Laudemiums; sie stellt aber keine Bedingung für die Existenz des Rechtes auf das Laudemium fest.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. März 1847. (Präj. Nr. 1854.) (Präj. Samml. S. 107.)

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 9. März 1854 erkannt.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 237 Nr. 52.)

3) Das Recht auf das von dem Besitzer einer Rustikalstelle in Veräußerungsfällen zu entrichtende Laudemium wird schon durch den Erwerbungsvertrag über eine solche Stelle und deren Uebergabe an den neuen Besitzer, vom Laudemialberechtigten erworben, wenngleich der erstere dasselbe erst nach erfolgter gerichtlicher Zuschreibung des Grundstücks zu erlegen schuldig ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Sept. 1845.

Schon die Fassung des §. 731. deutet es an, daß hierdurch die Zahlungszeit des Laudemiums, aber nicht der Grund zur Zahlungsverpflichtung hat bestimmt werden sollen, dieser also auch nicht in der Berichtigung des Besitztitels zu suchen ist. Denn die Verpflichtung zur Entrichtung des Laudemiums wird im §. 731. als bestehend vorausgesetzt. Die Berichtigung des Besitztitels muß aber hinzutreten, wenn der neue Erbzinsmann zur Zahlung angehalten werden soll. Bis zu jenem Zeitpunkte ist er mit Erfüllung jener Verbindlichkeit befristet, zu seiner Sicherstellung wegen der sicheren Verfügung über das Erbzinsgut, welche er durch die Berichtigung des Besitztitels erlangt (§. 6. ff. A. L. R. I. 10.). Diese Besitztitel-Berichtigung begründet aber nicht das neue Erbzins-Verhältniß, so wie sie dem neuen Erbzinsmann kein Eigenthum giebt. Vielmehr muß dieses Verhältniß vollständig begründet sein, bevor die Berichtigung des Besitztitels erfolgen kann; und aus gleichem Grunde muß auch das Recht auf das Laudemium vollständig erworben sein, weil es mit der Begründung des neuen Erbzins-Verhältnisses zwischen dem Erbzinsherrn und dem neuen Erbzinsmanne entstehet, und ein Ausfluß desselben ist. In Ermangelung eines anderen Rechtstitels erlangt der neue Erbzinsmann das Eigenthum an dem Erbzinsgrundstücke durch einen mit dem früheren Erbzinsmanne geschlossenen gültigen Vertrag, und durch die Uebergabe auf den Grund dieses Vertrages; als Eigenthümer tritt er zu dem Erbzinsherrn in ein Rechtsverhältniß, durch dessen Genehmigung der Veräußerung und seine Annahme als Erbzinsmann. Alles dieses geht der Besitztitel-Berichtigung voran. Der Erbzinsherr erlangt sogar das Recht, die Umschreibung des Besitztitels zu verlangen. Bleibt daher dieses Rechtsverhältniß in Kraft, und wird es nicht als nichtig von Anfang an aufgehoben, oder vermöge einer hinzugefügten Resolutiv-Bedingung wieder aufgelöst (in welchen Fällen selbst nach erlangter Besitztitel-Berichtigung das gezahlte Laudemium zurückgefordert werden kann — §§. 736., 739. h. t. —), so bedarf es nur noch der Handlung, von welcher der Eintritt der Zahlungszeit abhängig ist. (Entsch. Bd. 13. S. 227.)

4) Unter der gerichtlichen Zuschreibung im §. 731. ist die Berichtigung des Besitztitels zu verstehen.

Die Vorschrift des §. 731. findet noch jetzt Anwendung [1]).

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 4. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1324.)

(Präj. Samml. S. 107, Entsch. Bd. 9. S. 14, Koch's Arch. Bd. 5. S. 358, J. M. Bl. 1843 S. 307.)

Gegen diese Auslegung des §. 731. vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 600 und Koch's Arch. Bd. 5. S. 368 ff.

Bornemann hält den Ausdruck: »gerichtliche Zuschreibung« für gleichbedeutend mit: »Berichtigung des Besitztitels.«

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 145.)

§§. 732—735. Diese §§., welche von der Ausfertigung des neuen Erbzinsbriefes handeln, sind obsolet, weil das Obereigenthum des Erbzinsherrn durch den §. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850[2]) aufgehoben worden ist.

§. 736. Wenn der Verkäufer zur Zeit der Veräußerung nicht Alleineigenthümer des verkauften und übergebenen Grundstückes war, demnächst aber dies Hinderniß des Ueberganges des Eigenthumes behoben worden ist, so enthält die später auf Grund wechselseitiger Einwilligung erfolgende Aufhebung des Vertrages einen neuen Veräußerungsvertrag, und der Rückerwerber ist zur Entrichtung des Laudemiums verpflichtet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Dec. 1854.

(Entsch. Bd. 29. S. 351, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 337 Nr. 79.)

§. 737. Der §. 737. setzt die bereits geleistete Zahlung voraus; es fragt sich daher: welche Grundsätze eintreten, wenn schon vorher Streit entsteht?

Suarez bemerkt in der rev. mon.:

Wenn der Käufer nach geschlossenem Kaufe in Anspruch genommen und die Sache durch Vergleich beigelegt wird, vermöge dessen er entweder das Erbzinsgut behält und den Anderen abfindet, oder ihm das Erbzinsgut überläßt und von ihm abgefunden wird, so kann der Erbzinsherr kein Laudemium fordern, weil hier keine eigentliche Alienation erfolgt, sondern es unausgemacht bleibt, wer eigentlich der rechtmäßige Besitzer der Emphyteuse gewesen ist.

(Gesetzrev., Motive zum Lehnrecht S. 156.)

Bornemann bemerkt hiergegen:

Die Worte des §. 738: »auch ein« deuten darauf hin, daß das, was im §. 738. vorgeschrieben worden, auch für den Fall des §. 737. gelten solle, und dies entspricht auch dem Rechtsprinzip, da aus der Verpflichtung des Abtretenden zur Entrichtung des Laudemiums und dem darin liegenden Anerkenntniß einer stattgefundenen Besitzveränderung die Verbindlichkeit dessen, dem das Gut abgetreten wird, von selbst folgt.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 145—146.)

Koch will unterschieden wissen, ob die Uebergabe bereits geschehen war oder nicht. Ersteren Falls müsse das Laudemium auch dann, wenn die Parteien das Geschäft vergleichsweise wieder aufheben, entrichtet werden, und zwar zwei Mal, nämlich ein Mal vom Käufer, der das Eigenthum bereits erworben hatte (§. 737.), und das andere Mal von dem Verkäufer als Wiedererwerber des Eigenthums, gemäß §. 738. und nach dem Präj. des Ob. Trib. v. 29. Sept. 1845[3]). Im Falle eines solchen Vergleichs vor der Uebergabe sei nichts zu bezahlen. (Landr. Bd. 2. Anm. 24. zum §. 737. h. t.)

§§. 742—746. Aus den §§. 742—746. ist nicht zu folgern, daß, wenn einer von mehreren Descendenten, welche nach §. 716. keine Lehnwaare zu entrichten haben, nach Ablauf von zwei Jahren das Gut allein übernimmt, derselbe diese Abgabe zahlen müsse.

---

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 714—719. h. t. Zus. I.

[1]) In einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 1838 (vergl. Entsch. Bd. 9. S. 15) und in dem Erk. v. 3. Juli 1840 (Koch's Arch. Bd. 4. S. 317) hatte das Ob. Trib. angenommen, daß unter der gerichtlichen Zuschreibung die gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung des Vertrages, durch welchen der neue Erbzinsmann das Grundstück erworben hat, zu verstehen sei, und daß der §. 731. durch die nach der K. O. v. 31. Okt. 1831 geschehene Suspension der Verpflichtung der Grundbesitzer zur Berichtigung des Besitztitels ihrer Grundstücke seine Anwendbarkeit verloren habe.

[2]) Vergl. ob. S. 623 Zus. II. zum Abschn. II.

[3]) Vergl. in den Erg. zum §. 731. h. t. Zus. 3.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1840. (Präj. Nr. 933.) (Präj. Samml. S. 107.)

§§. 747—757. Kanon.

Dieser Kanon ist jetzt in Gemäßheit des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 §§. 6. u. 94. (G. S. S. 77) nach den näheren Bestimmungen desselben ablösbar.

§§. 748. 772. Der Ausdruck »Bezahlung der Zinsen« im §. 772. bezieht sich nicht bloß auf den von dem Erbzinsmann zu entrichtenden Geldzins, sondern umfaßt auch den in Naturalien vorbedungenen Erbzins (§. 748.). Dienste, welche in dem Erbzinskontrakte von dem Erbzinsmanne übernommen sind, haben die Natur des Erbzinses nicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. April 1841. (Präj. Nr. 1007.)

Koch bemerkt hierzu, daß dies Präj. seine praktische Bedeutung verloren habe, weil dasselbe sich auf den Verlust des Erbzinsrechtes wegen unterlassener »Bezahlung der Zinsen« bezogen habe.
(Landr. Bd. 2. Anm. 27. zum §. 748. h. t.)

§. 756. 1) Vergl.: a) den §. 93. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 (G. S. S. 105.);

b) das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 31. März 1848 (Präj. Nr. 2016.) in den Erg. zum §. 703. h. t. Zus. 1.

§§. 758—770. Remission am Erbzinse.

1) Muß der Kanon, wenn er im Verhältnisse zu den Nutzungen des Erbzinsgutes bestimmt ist, und das Gut durch Zufall in seinem Ertrage eine solche fortwährende Verminderung erlitten hat, daß nach Abzug der Wirthschaftskosten und der öffentlichen Abgaben der Kanon daraus nicht mehr genommen werden kann, auf den wirklichen reinen Ertrag des Guts auf so lange, als jene Verringerung fortbesteht, heruntergesetzt werden?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken hierüber:

Darüber, daß der Erbzinsmann wegen erlittener Unglücksfälle im Allgemeinen keinen Erlaß am Kanon fordern könne, stimmen gemeines und Pr. Recht überein und findet überhaupt kein Zweifel statt.

Ein Bedenken ist jedoch bei Entwerfung des A. L. R. über die obige Frage entstanden. Das A. L. R. ist jedoch in dies Bedenken nicht eingegangen, ohne daß aus den Verhandlungen das Motiv hervorgeht. Es ist wahrscheinlich, daß man dabei von der Ansicht ausgegangen, daß, wenn der Erbzins im Verhältniß zu den Nutzungen des Erbzinsguts bestimmt worden, überall kein Erbzins-, sondern ein anderes Verhältniß vorliege, nach dessen Natur der Remissionspunkt zu beurtheilen sei. Bei Abfassung des A. L. R. bemerkte Suarez (Vol. 30. Fol. 393. der Mat.) ganz allgemein, daß außer dem Falle des §. 770. wegen partieller Unglücksfälle ein Erlaß niemals gefordert werden solle; er berührte aber die Frage nicht, ob dies auch dann Rechtens sei, wenn der Ertrag des Guts eine solche fortwährende Verminderung erlitten hat, daß selbiger unter die Höhe des Kanons herabsinkt.

Von der Gen. Komm. wurde hierüber ein eigenes Monitum von Neuem aufgestellt (Mat. Vol. 83. Fol. 42.); dasselbe blieb jedoch unbeachtet, wenigstens ergiebt sich nicht aus den Akten, daß dieserhalb eine anderweite Berathung stattgefunden habe, sondern der ursprüngliche Text ist unverändert beibehalten worden. Das Monitum ist daher implicite für verworfen anzusehen, und es läßt sich hieraus folgern, daß eine Herabsetzung des Kanons nicht stattfinde.

Das Ob. Trib. hat jedoch in einigen Revis. Erk. die entgegengesetzte Meinung angenommen, so daß es hierüber einer Bestimmung bedarf.

Bei der Revision des A. L. R. und der Abfassung des rev. Entw. ist man bei den Grundsätzen des A. L. R. stehen geblieben, und demzufolge ist nicht unterschieden worden, ob der Zins mit den Nutzungen im Verhältniß steht oder nicht. So viel zunächst diesen Gegenstand im Allgemeinen betrifft, so ist es notorisch ein Hauptgrundsatz bei dem Erbzinsverhältnisse, daß der Erbzins nicht als Kompensation für die Früchte, sondern für die Gewährung des nutzbaren Eigenthums und zur Anerkennung des Obereigenthums entrichtet wird. Selbst wenn der Zins beträchtlich und mit Rücksicht auf die Früchte abgemessen ist, und mit denselben einigermaßen in Verhältniß steht, so folgt daraus allein noch nicht, daß ein Erbzinsverhältniß nicht vorhanden sei, wenn aus dem Erbzinsvertrage oder sonst bestimmt hervorgeht, daß dies Verhältniß eingegangen ist und besteht. Irgend ein Verhältniß zwischen dem Ertrage des Erbzinsguts und dem Erbzins liegt im Allgemeinen immer vor, weil bei der Bestimmung des letzteren die Bedeutendheit des ersteren nicht außer Anschlag hat bleiben können, und daraus noch nicht folgt, daß hier kein Erbzinsverhältniß, sondern das Verhältniß eines sogenannten schlechten Zinsguts oder einer Erbpacht vorhanden sei. Es folgt mithin daraus auch nicht, daß der Kanon wider die Natur des eingegangenen Geschäfts nicht als Anerkennung des Obereigenthums, sondern für den Genuß der Früchte stipulirt und der Erbzinsmann zur Remissions-Forderung berechtigt sei. Derselbe findet in dem höheren Ertrage des einen Jahres den Ersatz für den niederen Ertrag des anderen, und dies um so mehr, als der Kanon unveränderlich ist, die Ertragsfähigkeit des Erbzinsgutes und der Werth des Ertrages sich aber steigend vergrößert, und daher bei älteren Erbzinsgütern zwischen dem Ertrage und dem Kanon fast jedes Verhältniß verschwunden ist, und der Nachtheil, welchen der Erbzinsherr dadurch, daß er sein Grundstück in Erbzins ausgethan hat, erleidet, fortwährend zunimmt. Die Bewilligung einer Remission ist daher mit Recht von der Gesetzgebung als unbillig angesehen, und deshalb nicht gestattet, daß derjenige, dessen Leistungen nicht gesteigert werden können, die Herabsetzung derselben fordern kann. Es ist für den Erbzinsmann schon hinreichend dadurch gesorgt, daß ihm bei wirklich erlittenen Unglücksfällen Nachsicht gegeben und bestimmt ist, daß er weder mit der Exekution übereilt werden, noch wegen Nichtzahlung des Kanons sein Recht verlieren soll. So viel den besonderen Fall betrifft, daß der Erbzins-Kanon nach dem Ertrage des Grundstücks abgemessen worden, so geht schon aus den obigen Bemerkungen hervor, daß die allgemeine Rücksicht auf den größeren oder geringeren Ertrag dahin nicht gerechnet werden könne, sondern jedenfalls eine spezielle Zusammenhaltung des Ertrages des Grundstücks und des Betrages des Kanons, mithin eine Veranschlagung des ersteren und eine, nach dem ermittelten Ertrage erfolgende Abmessung des Zinses erforderlich sein würde. Allein auch selbst in diesem Falle ist die hin und wieder behauptete Billigkeit des Anspruches des Erbzinsmannes auf Remission nur scheinbar, da der Betrag des Kanons für alle Zeiten unveränderlich bleibt. Sollte dies aber der Fall nicht sein, und überhaupt Bestimmungen, welche vom Erbzinsrecht wesentlich abweichen, eintreten, so ist in soweit kein Erbzinsverhältniß, sondern ein anderes Rechtsverhältniß vorhanden, nach dessen Grundsätzen die Remission zu beurtheilen sein würde, falls darüber keine vertragsmäßigen Bestimmungen vorhanden sein sollten, wie bei einem solchen Verhältnisse wohl selten der Fall sein wird. Auch in der Praxis würde die Annahme des Gegentheils viele Schwierigkeiten finden, indem sich in manchen Fällen gar nicht mit Sicherheit bestimmen läßt, ob der Zins nur zur Anerkennung des Obereigenthums gegeben wird, oder mit den Früchten wirklich in einigem Verhältniß steht, und daher die Entscheidung dieser Frage in der Regel auf willkührliche Annahmen beruhen würde. (a. a. O. S. 161.)

Vergl. auch Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 758. h. t.

2) Ueber die Frage: ob Remissionsverpflichtungen des Erbzinsherrn und des Erbverpächters durch den §. 2. Nr. 2. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 für aufgehoben zu erachten, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 207.

§. 763. In denjenigen Landestheilen, welche zu dem vormaligen Königreiche Westphalen eine Zeitlang gehört haben, ist die Vererblichkeit der Apotheken-Privilegien auch da, wo sie früher bestand, so wie die Pflicht zur Entrichtung von Abgaben für die Ausübung solcher Privilegien aufgehoben, selbst wenn diese Abgaben als Erbzins für die Verleihung des Privilegiums ausbedungen waren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1839. (Präj. Nr. 637.) (Präj. Samml. S. 314, Entsch. Bd. 4. S. 226.)

§§. 771—812. Verlust des Erbzinsrechts.

Ein Verlust des Erbzinsrechts an den Erbzinsherrn kann nicht mehr eintreten, da das Obereigenthum des Erbzinsherrn durch den §. 2. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 [1]) aufgehoben worden ist. Die §§. 771—812. h. t. sind daher gegenstandslos geworden.

§§. 813—818. Von bloßen Zinsgütern.

§§. 815. 816. 1) Diese §§. sind unanwendbar, wenn neben den vorbehaltenen Zinsen ein Kaufgeld stipulirt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juli 1837. (Präj. Nr. 308.). (Präj. Samml. S. 107.)

2) Die in den §§. 815. u. 816. über die Natur des Zinses und die Laudemialpflichtigkeit eines unter Vorbehalt eines Zinses ursprünglich zum Eigenthum verliehenen Gutes enthaltenen Bestimmungen können nicht als Auslegungsregeln für vorlandrechtliche Verträge angewandt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1854, weil dies den Grundsätzen des Publik. Pat. v. 5. Febr. 1794 §§. 8., 11. u. 9. und der §§. 11., 14., 15. der Einl. zum A. L. R. widersprechen würde. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 55 Nr. 16.)

[1]) Vergl. ob. S. 623 Zus. II. zum Abschn. II.

§. 816. Bei bloßen Zinsgütern, die vor dem Erscheinen des A. L. R. mit Vorbehalt eines Zinses verliehen worden, läßt sich die Laudemialpflicht aus §. 816. nicht herleiten, wenn klare Kontrakts-Bestimmungen vorliegen, welche nach den zur Zeit der Verleihung gültig gewesenen Gesetzen die Laudemialpflicht nicht begründen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1846.
(Entsch. Bd. 13. S. 215.)

Neunzehnter Titel.

Von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum überhaupt.

Abhandlung über die Eintheilung der dinglichen Rechte in absolute und relative, mit besonderer Berücksichtigung der mittelbaren Erwerbungsarten des Eigenthums.
(J. Z. 1836 S. 803—811, 849—856, 873—880, 896—903, 923—930, 944—948, 971—977, 992—998.)

Schröter, der Besitz ist die ausschließl. Quelle der dinglichen Rechte (Civilist. Vers. Bd. 1. S. 146).

Bornemann, vom dinglichen und persönlichen Recht. (In Gans Beitr. Bd. 1. S. 405. ff.)

Nachdem bis zum achtzehnten Titel einschließlich von dem Eigenthume die Rede gewesen, sind den Rechten auf fremdes Eigenthum die fünf letzten Titel des ersten Theils gewidmet. Als Einleitung zu demselben ist der neunzehnte Titel zu betrachten, welcher die allgemeinen Grundsätze für die verschiedenen Arten der Rechte auf fremdes Eigenthum enthält.

Auffallen könnte es hierbei, daß die Ueberschrift des Titels der dinglichen und persönlichen Rechte auf fremdes Eigenthum gedenkt. Man muß diesen Gegensatz auf diejenige Bedeutung des Ausdrucks »dingliche Rechte« beziehen, welche im A. L. R. I. 2. §. 139. als die gewöhnlichere bezeichnet ist.

Dingliche Rechte sind hier solche, welche in Rücksicht des Gegenstandes also genannt werden, und deren Gegensatz: »persönliche Rechte«, nichts anders als reine Obligationen sind. Der Inhalt des vorliegenden Titels bewährt dies, abgesehen von der im Tit. 2. §. 139. gegebenen Regel, ganz unzweideutig dadurch, daß er an mehreren Stellen des sogenannten Rechts zur Sache gedenkt, und mit dürren Worten hat es Suarez bei Ausarbeitung des gedruckten Entwurfs gesagt. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 35.)

§§. 1—7. Betreffend den Begriff und die Natur der Reallasten.

Lette u. v. Rönne, Landeskultur-Gesetzgebung des Preuß. Staates, Bd. II. Abth. 1. S. 324 ff.

Roloff, welches sind nach Preuß. Rechte die Erwerbarten der Reallast? Ist insbesondere die Eintragung ungewöhnlicher (auf speziellen Titeln beruhender) Reallasten zum Erwerb oder zur Erhaltung des dinglichen Rechts erforderlich? (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 616 ff.)

Derselbe, gehen ungewöhnliche (auf speziellen Titeln beruhende) Reallasten unbedingt oder nur vermöge besonderer Rechtsgründe (ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme) auf den Singularsuccessor der belasteten Sache über? (J. Mon. Schr. Bd. 1. S. 577 ff.)

Strohn, Aufsatz in Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 347 ff.

1) Die Preuß. Gesetzgebung hat das Institut der Reallast recipirt, ohne ihm gleichwohl eine selbstständige zusammenhängende Entwickelung zu Theil werden zu lassen. Die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller über die rechtliche Natur der Reallasten haben nirgends im Preuß. Rechte einen bestimmten Ausdruck gefunden, sondern es sind nur Folgerungen aus mehreren derselben mit einander vermischt. Auch die Ansichten des Ob. Trib. über die Natur des Rechtsverhältnisses sind nicht gleichförmig geblieben. Die Reallast wird von demselben verschiedenartig aufgefaßt.

a) Das Erk. des II. Sen. v. 9. Sept. 1842 sieht dieselbe als ein die Dispositionsfähigkeit und das Nutzungsrecht des Eigenthümers beschränkendes dingliches Recht an. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 425 ff.)

b) Das Erk. v. 29. Jan. 1848 faßt die Reallast als dingliche, in Beziehung zum Eigenthum stehende obligatio mit einer causa perpetua oder perennis auf. (Entsch. Bd. 16. S. 196 ff.)

c) Als eine fortdauernde dingliche Last, für welche das Grundstück selbst als verpflichtet angesehen wird, wird dieselbe in dem Pl. Beschl. v. 22. April 1844 angesehen. (Entsch. Bd. 10. S. 13 ff.)

d) Das Erk. des III. Sen. v. 23. Mai 1850 geht davon aus, daß die Reallast als ein mit der Hypothek ganz identisches, in Gemäßheit der §§. 411., 412. A. L. R. I. 20. zu erwerbendes Recht aufzufassen sei. (Entsch. Bd. 20. S. 196 ff.)

e) Der I. Sen. bemerkt in dem Erk. v. 14. Jan. 1856:

Obgleich es zu dem Begriffe einer beständigen, nach §§. 47—49. Tit. XI. der Hyp. O. in die zweite Rubrik einzutragenden Last nicht nothwendig gehört, daß sie als ewige gedacht werde, so ist doch, wie schon die gesetzliche Bezeichnung »beständig« zeigt, die dauernde Verbindung der Verpflichtung mit dem Grundstücke ein natürliches und regelmäßiges Kennzeichen der Reallast. Der Unterschied zwischen einer Hypothekenforderung (Rubr. III.) und einer Reallast (Rubr. II.) ist wesentlich darin zu setzen, daß dort ein akcessorisches dingliches Recht zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechts vorliegt, bei der Reallast aber das Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches ist.
(Entsch. Bd. 31. S. 390—391.)

f) In dem Erk. des II. Sen. v. 3. Juli 1856 wird ausgeführt, daß bei der Reallast zwei Personen gegen einander in einem obligatorischen Verhältnisse stehen, dessen Grund der Besitz eines Grundstückes auf Seiten des Verpflichteten ist.
(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 78 Nr. 15.)

g) Das Erk. desselben Sen. v. 12. Nov. 1857 spricht aus:

Die Reallast ist eine Obligation, welche, verbunden mit einem Grundstücke, den Besitzer als solchen trifft, aus der allgemeinen oder besonderen Eigenschaft des Grundstückes hervorgeht, und bei dessen Uebertragung vorbehalten worden ist. (Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 105 Nr. 23.)

2) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 29. Nov. 1849 folgende Rechtsgrundsätze ausgesprochen und näher entwickelt.

a) Das dingliche Element bei einer Reallast ist kein akcessorisches Recht, kein Hypothekenrecht, kommt vielmehr der Berechtigung an und für sich selbst zu.

b) Eine Reallast wird in das Hypothekenbuch eingetragen, nicht weil die Berechtigung dadurch dinglich werden soll, sondern weil sie dinglich ist.

c) Die Eintragung in das Hypothekenbuch ist eins von den Mitteln, um die Dinglichkeit einer Reallast gegen jeden Besitzer zu erhalten.

d) Sie vermittelt nämlich eben so, wie die ausdrückliche Uebernahme einer solchen Last, oder wie die stillschweigende Uebernahme hinsichtlich der gemeinen oder der dem Erwerber der Sache erweislich bekannten, nicht gemeinen Lasten den Uebergang einer Reallast auf den neuen Besitzer der Sache.

e) Dasselbe ist der Fall, wenn auf den neuen Erwerber des mit einer Reallast behafteten Grundstücks ein Recht mit übergegangen ist, zu welchem sich die Reallast als Ausfluß und korrespondirende Gegenverpflichtung verhält, z. B. ein auf einem Gute haftendes Patronatrecht, welches die Patronat-Verpflichtungen nach sich zieht, und deren Dinglichkeit erhält.

Diese Entscheidung wird in folgender Art begründet:

Nach §. 49. Tit. I. der Hyp. O. gehören in das Hypothekenbuch solche beständige Lasten, die auf ein Grundstück durch einzelne lästige Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse, oder sonst vermöge eines speziellen Titels gelegt sind. Um diese Bestimmung richtig aufzufassen, ist zweierlei zu beachten. Erstens nämlich ist die Eintragung einer solchen Last nicht etwa mit einer Hypothek für gleichbedeutend anzusehen, als handle es sich dabei um die Konstituirung eines akcessorischen dinglichen Rechtes zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechtes; vielmehr ist dieses Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches, d. h. die korrespondirende Verpflichtung, die Reallast, soll mit dem Besitze einer bestimmten Sache verbunden sein; der jedesmalige Besitzer dieser Sache soll, weil er es ist, eine gewisse Schuldigkeit zu leisten haben. Die Eintragung bezweckt daher, die Dinglichkeit des Rechtes für jeden Besitzer der belasteten Sache erkennbar zu machen, den Uebergang der Verpflichtung auf jeden Besitzer zu vermitteln. Zweitens aber darf, so wie die Eintragung in das Hypothekenbuch erfolgt, nicht weil das Recht dadurch dinglich werden soll, sondern weil es bereits ein dingliches ist, auch nur dann und nur in sofern mit der Eintragung gegen den jeweiligen Besitzer der Sache vorgeschritten werden, als sich gegen denselben die Dinglichkeit des Anspruchs als bestehend und fortdauernd darthun läßt. Dinglich wird eine Reallast, als eine Spezies an affirmativen Rechten, zunächst durch den Besitz der Berechtigung, d. h. dadurch, daß der Verpflichtete eine Handlung wirklich leistet, die von ihm als eine fortdauernde, d. h. mit dem Besitz der Sache verknüpfte Schuldigkeit gefordert wird (A. L. R. I. 7. §. 80.). Nun entsteht aber die Frage: welchen Einfluß der Wechsel in den Personen der Besitzer der belasteten Sache auf die Dinglichkeit der Berichtigung ausübe? Ein affirmatives Recht, somit auch eine Reallast, trägt ihrem Ursprunge nach

ein wesentlich obligatorisches Element in sich, eine Verpflichtung zu persönlichen Leistungen mit gegenüberstehendem Forderungsrechte; und die Dinglichkeit besteht eben nur in dem Uebergange der Verpflichtung zugleich mit dem Besitze der Sache. Die Vermittelung dieses Ueberganges ist also dasjenige, worauf es wesentlich ankommt. Dies vollbringt sich nicht von selbst, sondern nur dadurch, daß der folgende Besitzer sich der Verpflichtung als einer, an den Besitz der Sache gebundenen Obligation von Neuem unterwirft. Hierfür giebt es zwei Wege: 1) den, daß der neue Erwerber der Sache die Verpflichtung des vorigen Besitzers ausdrücklich mit übernimmt (A. L. R. I. 19. §. 3.); 2) daß er die Sache stillschweigend als eine solche in Besitz nimmt, mit deren Besitz die betreffende Last verbunden ist. Dies Letzte geschieht wieder in drei Fällen:

a) wenn dem neuen Erwerber der Sache das Recht des Realberechtigten erweislich zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen ist. Denn alsdann kann er sich auf die Tradition zur Ausschließung des mit seinem Eigenthumsrechte kollidirenden Anspruchs nicht berufen. In seinem Wissen um die bisherige Behaftung der Sache und gleichwohl deren Erwerben ist die Einwilligung in die Fortdauer der Belastung, als eine Bedingung des Besitzes, enthalten (A. L. R. I. 19. §§. 5., 6., Präj. Nr. 1981.[1])).

b) Wenn die Belastung der Sache zur Zeit des Besitzwechsels im Hypothekenbuche eingetragen ist. Denn die Eintragung ist eben ein Mittel, den neuen Erwerber von dem Vorhandensein einer solchen Last in Kenntniß zu setzen (Hyp. O. I. §. 49.). Die Eintragung ist aber nicht das einzige Mittel; denn bei gemeinen Lasten erfolgt der Uebergang von selbst, weil der neue Erwerber sich darnach besonders zu erkundigen hat, mithin die Wissenschaft in dieser Beziehung ohne Weiteres vorausgesetzt wird (a. a. O. §. 48., A. L. R. I. 11. §. 175.), und nach dem bereits Bemerkten vermittelt die Wissenschaft um die nicht gemeinen Lasten den Uebergang auf den neuen Besitzer eben so gut, wie Eintragung.

c) Wenn auf den neuen Erwerber des mit der Reallast behafteten Grundstücks ein Recht übergegangen ist, zu welchem sich die Reallast als Ausfluß, beziehungsweise als korrespondirende Gegenverpflichtung verhält, wie z. B. die Patronatslast als Ausfluß des Patronatsrechtes.

Es ergiebt sich hiernach, daß die Eintragung eines solchen Anspruchs nicht schon darum, weil er urspрüglich zu einer Reallast bestimmt worden ist, gegen jeden Besitzer der Sache verlangt werden kann, sondern nur in sofern, als der Anspruch sich noch in bestehender Wirksamkeit einer Reallast wirklich befindet.

(Entsch. Bd. 18. S. 316.)

3) Eine Abgabe ist ihrer Natur nach dinglich (eine Reallast), wenn deren Leistung mit dem Besitze eines Grundstücks verbunden ist, darf aber von dem Nachfolger des persönlich Verpflichteten im Besitze des Grundstücks nur dann anerkannt werden, wenn sie eingetragen oder dem Besitznachfolger das persönliche Recht des Berechtigten bei der Besitzergreifung bekannt gewesen ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1853.

Realrechte sind Forderungsrechte auf in bestimmten Fällen wiederkehrende Leistungen, zu welchen der Schuldner als Besitzer eines Grundstücks verpflichtet ist. Diese Leistungen werden im Deutschen Rechte als Reallasten bezeichnet. Sie sind zwar Obligationen, unterscheiden sich aber von den regelmäßigen dadurch, daß hier statt der solutio eine unerschöpfliche Verbindlichkeit mit terminweise hervortretenden Wirkungen eintritt. Durch ihre Verknüpfung mit einem Grundstücke erlangen sie den Charakter der Dinglichkeit. (Gerber, Deutsches Privatrecht §§. 167., 168., v. Savigny, Obligationenrecht Thl. I. S. 134 und 303, Koch's Lehrb. des Preuß. Privatrechts S. 562, Entsch. des Ob. Trib. Bd. 18. S. 319.) Realrechte können nach Preuß. Rechte durch die ordentliche Verjährung erworben werden (§§. 501., 579., 625. I. 9., §§. 144., 146. I. 7., §§. 861. 863., II. 11. A. L. R.), und folgt aus der Natur derselben resp. der ihnen entsprechenden Reallasten, daß die Verjährung nicht gegen ein und denselben Besitzer des belasteten Grundstücks angefangen und vollendet sein muß, da die Leistung nur von dem jedesmaligen Besitzer ohne Rücksicht auf dessen Person und die Art, in welcher er zu dem Grundbesitz gelangt ist, gefordert und gewährt worden ist, die Leistungen des jedesmaligen Besitzers als Fortsetzung der Leistungen seiner Vorgänger anzusehen, und der Besitz des Berechtigten durch den Wechsel in der Person des Verpflichteten nicht unterbrochen ist. — Ungeachtet der Dinglichkeit eines wirklich bestehenden Realrechts darf dasselbe zwar von einem neuen Besitzer des belasteten Grundstücks nur dann anerkannt werden, wenn es ihm bei der Besitzergreifung schon bekannt gewesen ist; dazu ist aber nicht die Eintragung im Hypothekenbuche unbedingt erforderlich, die Erkennbarkeit ist vielmehr nach §. 48. Tit. 1. der Hyp. O. auch an gewisse Eigenschaften der Reallast geknüpft, und nach §. 5. A. L. R. I. 19. genügt es, wenn der Besitznehmer überhaupt überführt werden kann, zur Zeit der Besitzergreifung von dem Realrechte gewußt zu haben. (Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843[2]). (Entsch. Bd. 26. S. 28.)

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 4—6. h. t. Zus. 1.
[2]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 4. u. 5. h. t. Zus. 1.

4) Die vermöge eines speziellen Titels einem Grundstücke auferlegte Verpflichtung zur Entrichtung einer fortdauernden Abgabe (einer beständigen Last) kann auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch dieses Grundstücks den dinglichen Charakter erlangen, wenn sie während verjährungsmäßiger Zeit entrichtet und dem nachfolgenden Besitzer bekannt geworden war.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. März 1854.

(Entsch. Bd. 27. S. 297.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 135., 136. Zus. 1.

5) In dem Auff. in der Zeitschr. des Rev. Kolleg. für L. K. S. Bd. 8. S. 155 wird auszuführen gesucht, daß es in dem Falle, wenn der neue Erwerber eines Grundstückes eine von den Vorbesitzern seit rechtsverjährter Zeit entrichtete Abgabe davon einmal entrichtet hat, nicht weiter darauf ankomme, ob derselbe die Abgabe bei dem Erwerbe des Grundstückes ausdrücklich übernommen oder von dem Bestehen der nicht eingetragenen Reallast Wissenschaft gehabt hat, sondern daß derselbe in diesem Falle unbedingt zur Fortentrichtung verbunden sei.

§§. 1. sqq. Ein Vertrag, durch welchen eine Wiese Jemandem zur Austorfung überlassen wird, ist weder für einen Kauf-, noch für einen Pachtkontrakt zu erachten, sondern für einen solchen, durch welchen ein persönliches Nutzungsrecht auf eine fremde Sache eingeräumt wird. Ein solches Recht ist deshalb nach den allgemeinen Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 19. zu beurtheilen, und daher der Regel nach cessibel.

Angenommen von der I. Abtheilung des Civ. Sen. des Kammer-Ger. unterm 19. Sept. 1853. (Präj. Nr. 5.)

§§. 3—6. 1) Ueber die Kollision bei unmittelbarer Erwerbung des Eigenthums der Sachen und bei Erwerbung der Rechte auf fremdes Eigenthum, insbesondere der Hypothekenrechte, vergl. die Abhandl. von Büttner in dessen rechtl. Erörter. Hft. 1. Insterburg 1854.

2) Diese §§. korrespondiren dem A. L. R. I. 10. §§. 1—3., 18., 20—23., 25. Insbesondere können in dem Falle der §§. 5. u. 6. nur die, auch von A. L. R. I. §. 76. in Bezug genommenen Bestimmungen des A. L. R. I. 10. §§. 20., 22. angewendet werden, da wir einen andern Maßstab für den Kollisionsfall mehrerer persönlicher Rechte nicht haben, als deren Alter. Eigentlich können aber mehrere persönliche Ansprüche gar nicht mit einander kollidiren, wenn sie auch denselben Gegenstand betreffen; denn ein jeder Berechtigter verfolgt sein persönliches Recht gegen den Verpflichteten, und wenn der Letztere unvermögend wird, die mehreren Prätendenten zu befriedigen, so entsteht ein anderes Rechtsverhältniß; in der Regel hat keiner von ihnen ein Vorrecht, wenn sie ihre Ansprüche im Konkurse liquidiren. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 36, 37.)

§§. 4. u. 5. Die §§. 4. u. 5. finden in dem Falle keine Anwendung, wenn die Kollision zwischen einem Hypothekengläubiger und einem Eigenthums-Prätendenten dergestalt stattfindet, daß entweder jener zur Zeit der nachgesuchten Eintragung der Hypothek, oder dieser zur Zeit der nachgesuchten Eintragung seines Besitztitels auf den Grund des mit dem früheren Besitzer geschlossenen Kontrakts, so wie auf den Grund der geschehenen Uebergabe von dem früher entstandenen persönlichen Rechte seines Gegners unterrichtet gewesen ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843[1]). (Präj. Nr. 1302.)

[1]) Bei dem Ob. Trib. war in früheren Fällen nie ein Bedenken darüber entstanden, daß die Vorschriften der §§. 2—6. h. t. auf jede Art von Kollision dinglicher und persönlicher Rechte zu einer und derselben Sache Anwendung fänden, und namentlich war kein Unterschied in Betreff der Gleichartigkeit oder der Verschiedenheit der kollidirenden Rechte gemacht worden. Der II. Sen. hatte vielmehr unterm 22. Febr. 1839 das nachstehende Präj. Nr. 621. angenommen:

Der dritte Besitzer eines Grundstückes, der zur Zeit dessen Erwerbung der Kenntniß einer von seinem Besitzvorgänger für eine nicht übernommene persönliche Verbindlichkeit desselben diesem Gläubiger geschehene Einsetzung des Immobile zur Spezialhypothek geständig oder überführt ist, erlangt durch die früher erhaltene Uebergabe des Grundstücks und Umschreibung des Besitztitels im Hypothekenbuche auf seinen Namen, bevor jener Gläubiger die Eintragung seines nicht aufgegebenen Hypothekentitels nachgesucht und erwirkt hat,

An und für sich handelt der 19. Titel, wie seine Ueberschrift ergiebt, von dinglichen und persönlichen Rechten auf *fremdes* Eigenthum, und kann schon deshalb in den einzelnen Bestimmungen dieses Titels keine Vorschrift darüber gesucht oder gefunden werden, wie Eigenthums-Ansprüche im Konflikte mit anderen persönlichen Rechten zu derselben Sache zu behandeln seien; denn Eigenthums-Ansprüche sind keine Rechte auf fremdes Eigenthum, sondern betreffen, wie ihr Name ergiebt, das Eigenthum der Sache selbst, die ihren Gegenstand bildet, und drücken also die Behauptung des Prätendenten aus, daß die Sache für ihn *keine* fremde sei. Auch ergiebt der §. 6. deutlich, daß darin und in den vorhergehenden §§., mit denen der §. 6. durch das Wort *vielmehr* in der engsten Verbindung steht, nur von solchen Rechten die Rede ist, deren Tendenz ein und dieselbe, die Einräumung des Besitzes einer fremden Sache, und bei denen die Besitzeinräumung allein die Dinglichkeit des beiderseitigen persönlichen Rechts zur Sache zu bewirken vermag. — Eigenthumsrechte sind also hierunter gewiß nicht zu verstehen, mögen sie mit anderen gleichen, d. h. ebenfalls Eigenthums- oder mit verschiedenen Rechten zur Sache kollidiren, und ist sonach auch, bezüglich auf eine Kollision von Eigenthumsrechten, die Frage gar nicht aufzuwerfen, ob die Vorschriften der §§. 4. und 5. gleichartige oder ungleichartige Rechte im Konflikt betreffen, da sie sich auf konkurrirende Eigenthumsrechte überall nicht beziehen.

Ueber das gleichartige Zusammentreffen mehrerer Eigenthums-Ansprüche zu ein und derselben Sache enthält der Tit. 10. die einschläglichen Bestimmungen, dagegen beziehen sich auch diese wiederum nicht auf Fälle der vorliegenden Art, wo ein Eigenthums-Prätendent mit einem Gläubiger, der einen Titel zur Hyp. in Anspruch nimmt, in einen Streit über ihr Vorrecht geräth. Für Fälle dieser Art ist dagegen die Lehre vom Pfandrecht die geeignete Quelle, wo die erforderlichen Bestimmungen geschöpft werden müssen, da die Wechselwirkung der beiden Prätendenten ganz dieselbe bleibt, sei es, daß

entweder der Hypothekengläubiger die Eintragung einer Forderung nachsucht, für die ihm ein Titel zur Hyp. geworden ist, während er weiß, daß die Sache, die ihm die Hyp. gewähren soll, sich bereits in der Hand eines Dritten befindet,

oder sei es, daß Letzterer seine Sache eigenthümlich erwirbt, welche, wie ihm nicht unbekannt, einem Anderen zur Hyp. bestellt, die betreffende Forderung aber noch nicht eingetragen ist;

und in der That verordnet auch für den erstgedachten Fall der §. 10. Tit. 10.

---

keinen Vorzug und erwirbt dadurch *nicht* das Recht, den Hypotheken-Anspruch desselben auszuschließen; er muß vielmehr denselben auch seinerseits anerkennen und sich die Eintragung gefallen lassen.

(Präj. Samml. S. 107.)

Auch in einer späteren Sache hatte derselbe Sen. unterm 10. Okt. 1840 das nachstehende Präj. Nr. 932. angenommen:

Kann der Besitznehmer eines Grundstücks überführt werden, daß ihm eine von seinem Besitzvorfahren bestellte, aus dem Grundstücke zu entrichtende Last oder Abgabe zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen ist, so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts zur Ausschließung der Verpflichtung, die Last oder Abgabe ferner abzutragen, nicht bedienen. (Präj. Samml. S. 108.)

Als im Jahre 1843 derselbe Sen. von dieser Ansicht abweichen wollte, indem er annahm, die alleg. §§. setzten den Konflikt *gleichartiger* Rechte voraus und fänden auf den Fall keine Anwendung, wo das Eigenthumsrecht des Einen mit dem Pfandrechte des Anderen, also ungleichartige Rechte, in Kollision gerathen sind, wurde dem *Plenum* die Frage vorgelegt: ob die Vorschrift der §§. 4. und 5. nur dann zur Anwendung kommen, wenn die von Mehreren zu einer und derselben Sache geltend gemachten persönlichen Rechte gleichartig sind, oder ob die gedachten §§. auch auf den Konflikt an sich ungleichartiger Rechte Anwendung finden? Das Plenum fand indeß bei der Berathung, daß es hinsichts eines Prioritätsstreites zwischen einem Eigenthums-Prätendenten und einem Gläubiger, der mit einem Titel zur Hypothek versehen, auf die Vorschriften der §§. 4. und 5. h. t. gar nicht ankomme, vielmehr in dieser Beziehung andere spezielle Vorschriften beständen, und beantwortete daher die gedachte Frage, mit Uebergehung der Kontroverse über die Gleich- oder Ungleichartigkeit der im Tit. 19. abgehandelten Rechte, so wie der obige Pl. Beschl. besagt (vergl. Entsch. Bd. 9. S. 31). Die in dem Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843 angenommene Ansicht hat auch bereits das O. L. G. zu *Paderborn* in dem Erk. v. 16. März 1842 (Ulrich's Arch. Bd. 18. S. 334 ff.) ausgesprochen. — Vergl. darüber ferner: Dr. *Jacobi* in der Abhandl. über die Frage: in wiefern derjenige, der durch Eintragung in das Hypothekenbuch ein dingliches Recht gewonnen hat, dasselbe einem Anderen entgegensetzen kann, dessen früheres Recht zur Sache ihm bekannt geworden, in der J. W. 1841 S. 577 ff., 593 ff., 618 ff., desgl. *Bornemann's* Syst. 2. Ausg. Bd. 4. S. 153 ff. — Das Ob. Trib. hat übrigens den Grundsatz des Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843 wiederholt angewendet in dem Erk. des I. Sen. v. 20. Mai 1853 (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 184 Nr. 39.) und in dem Erk. des III. Sen. v. 3. Febr. 1854 (a. a. O. Bd. 12. S. 101 Nr. 23.).

Diese Vorschrift muß aber auch alsdann gelten, wenn es sich um die Geltendmachung eines Titels zur Hyp. im Wege der Exekution zu einer Zeit handelt, wo dem die Eintragung suchenden Gläubiger die inzwischen erfolgte Veräußerung des ihm verpfändeten Grundstücks bekannt worden ist; denn nach §§. 412—414. Tit. 20. hat ein gesetzliches oder ein durch rechtsgültige Willenserklärungen bestelltes Pfandrecht, so lange dasselbe noch nicht eingetragen ist, auch noch nicht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts, und der Gläubiger kann sich im Wege der Exekution nur an die zur Zeit ihrer Vollstreckung noch in dem Vermögen seines Schuldners befindlichen Grundstücke halten, nicht aber solche angreifen oder, was dasselbe ist, seinen Titel zum Pfandrechte gegen diejenigen Grundstücke geltend machen, die zur Zeit der Exekutions-Vollstreckung bereits aus diesem Vermögen herausgegangen sind. — Mit dem neuen Eigenthums-Prätendenten kann ein solcher nicht eingetragener Gläubiger mithin niemals in Konflikt kommen, sobald ersterer die Sache einmal in Besitz genommen hat, und diese dadurch aus dem Eigenthume des dem Gläubiger persönlich Verpflichteten herausgegangen ist; denn der allein denkbare Fall, daß der Gläubiger den Verkauf als simulirt ansicht, bildet ein durchaus verschiedenes Klagefundament von dem, welches die Kollision zweier, an sich gültiger Rechtstitel abgiebt.

Im zweiten Falle, wo Jemand eine Sache erwirbt, die, ohne daß die Eintragung erfolgt wäre, bereits einem anderen zur Hyp. bestellt worden, kann, selbst wenn dem neuen Erwerber die frühere Verpfändung bei Eingehung seines, auf Erlangung des Eigenthums gerichteten Vertrages bekannt gewesen wäre, ein Konflikt, wie ihn die §§. 4—6. Tit. 19. voraussetzen, noch weniger eintreten; denn hier kommt *zu* der Vorschrift des §. 412. Tit. 20. noch die des §. 438. eben hinzu, wonach der Schuldner auf die einem Gläubiger zur Hyp. verhaftete Sache auch einem Anderen ein Hypothekenrecht gültig einräumen kann, so wie die Disposition des §. 30. Tit. 2. der Hyp. O., wonach die Eintragung mehrerer Schulddokumente lediglich nach der Zeitfolge ihrer Anmeldung bei dem Hypothekenbuche bewirkt werden muß, also nicht die frühere Verpfändung, sondern nur der Antrag auf die Einschreibung im Hypothekenbuche über das Recht auf die Sache entscheidet. Hieraus ergiebt sich aber zugleich, daß die Eintragung einer Sache zur Hyp. die Sache selbst so lange nicht berührt, als der Gläubiger nicht davon den ihm zuständigen Gebrauch, die Eintragung nachzusuchen, macht; daß das Gesuch um letztere rücksichts des Gläubigers rein fakultativ ist, und daß, so lange er die Eintragung nicht nachsucht, Niemand auf seinen Titel zum Pfandrecht Rücksicht zu nehmen hat. — Es würde zu einer vollständigen Unsicherheit des Grundeigenthums führen, wollte man annehmen, daß jede Hypothekenbestellung auch ohne Anmeldung bei dem Hypothekenbuche von dem neuen Erwerber eines Grundstücks anerkannt werden müßte, sobald er auch nur äußerlich in Erfahrung gebracht, daß sein Verkäufer Schulden, gegen Verpfändung des verkauften Grundstücks, kontrahirt habe; ja es würde selbst für die Inhaber solcher Forderungen einen nicht zu rechtfertigenden Zwang herbeiführen, sollten sie, wie doch nur durch Setzung einer Präklusivfrist geschehen könnte, genöthigt werden, von ihren Titeln Gebrauch zu machen, und die Eintragung von Forderungen im Hypothekenbuche zu bewirken, die dahin für immer durch die Persönlichkeit ihres Schuldners für hinreichend gesichert sich bestimmt gefühlt haben. Von einer solchen Zwangsmaßregel enthalten aber die Gesetze nichts, vielmehr widerspricht einer solchen geradezu die Vorschrift der allegirten §§. 412. und 438. Tit. 20. und §. 30. Tit. 2. Hyp. O., nach denen es lediglich dem Willen des Gläubigers überlassen ist, wann er die Eintragung nachsuchen wolle, und da ohne diese er kein dingliches Recht hat, so kann er auch mit einem Dritten, der die Sache, zu der ihm ein Titel zum Pfandrecht zusteht, vor dessen Geltendmachung erwirbt, nie in Kollision kommen.

(Präj. Samml. S. 108, Entsch. Bd. 9. S. 25, J. M. Bl. 1846 S. 267 u. 1844 S. 64.)

2) Der vorstehende Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843 entscheidet direkt nur die *spezielle* Streitfrage: ob die §§. 4. u. 5. h. t. auf den Fall der Kollision eines Hypothekengläubigers mit einem Eigenthums-Prätendenten Anwendung finden, und hat diese Frage verneint. Es ist indeß auch im *Allgemeinen* streitig, ob die Bestimmungen der §§. 4. u. 5. sich auch auf den Fall der Kollision eines Eigenthums-Prätendenten mit dem Prätendenten eines dinglichen Rechts, also auf den Fall beziehen, wo der Eine den Titel zum Eigenthume (Kauf) und der Andere einen Titel zu einem dinglichen Rechte an derselben Sache hat, und es ist behauptet worden, die gedachten Bestimmungen setzten *gleichartige* Rechte voraus, also z. B. wo Zweien nach einander der Nießbrauch einer Sache von dem Eigenthümer verschrieben worden sei. Diese Meinung hat auch das *Ob. Trib.* in den einleitenden *Gründen* des Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843 vertreten.

Dagegen führt indeß *Koch* aus, daß, so richtig die durch den Pl. Beschl. getroffene Entscheidung der dadurch beantworteten spezielleren Frage sei, dennoch dasjenige, was darin zur Einleitung der Begründung desselben ausgesprochen werde, nicht zugegeben werden könne.

Die Auffassung und Behandlung des Eigenthums und der persönlichen Rechte im A. L. R. führt von selbst zu einer Kollision zwischen einem Eigenthums-Prätendenten und dem Prätendenten eines dinglichen Rechts und macht Bestimmungen darüber hier eben so nothwendig, wie sie für den Fall des gleichartigen Zusammentreffens mehrerer Eigenthumsansprüche im Tit. 10. gegeben worden sind. Die Verfasser fangen diese Bestimmungen im §. 3. h. t. sogar damit an, daß sie dem Erwerber des Eigenthums der Sache mit dem Prätendenten eines dinglichen Rechts auf dieselbe in Konflikt sich denken, und entscheiden zu Gunsten des Ersteren. Von diesem Grundsatze machen sie nun in den §§. 4. und 5. Ausnahmen. Daß diese Bestimmungen für den Fall gelten sollen, wenn von derselben Person Zwei ihr Recht ableiten, und der Eine die Sache selbst (das Eigenthum) erworben, der Andere aber schon vorher einen Titel zu einem dinglichen Rechte erhalten hat, das ist mehrmals noch besonders und ausdrücklich vorgeschrieben, und zwar in Anwendung auf Pacht und Miethe Tit. 21. §. 359., so wie auf Nutzungsrechte §§. 5. und 6. ebendaselbst, auch ist derselbe Grundsatz in Anwendung auf das Vorkaufsrecht im §. 630. Tit. 20. wiederholt. Der Satz ist daher aus triftigen Gründen nicht bestreitbar[1]). (Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 5. h. t.)

3) Die Frage über den Umfang der Anwendbarkeit der §§. 3—6. h. t. ist, aus Veranlassung des Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843, auch anderweitig Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung geworden. Es sind darüber folgende Abhandlungen zu vergleichen.

a) König, Betrachtungen über den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 12. Juni 1843. (J. W. 1844 S. 1 ff.)

b) Ulrich, Bemerkungen zu den Gründen des Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 12. Juni 1843 (a. a. O. S. 389 ff.), und Arndts Nachschrift dazu (a. a. O. S. 397 ff.).

c) Temme, Beitrag zur Lehre von der Kollision der Rechte. (J. W. 1845 S. 129 ff.)

d) Roloff, über den Konflikt des persönlichen Rechts zur Sache mit anderen persönlichen oder dinglichen Rechten.
(Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 430 ff.)

4) Die eingetragene Hypothek steht einer nicht eingetragenen älteren beständigen Reallast auf dasselbe Grundstück nach, wenn letztere dem Hypothekengläubiger bei der Eintragung seiner Forderung bekannt gewesen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Mai 1850.

Der Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843[2]) steht dieser Entsch. nicht entgegen. Nach jenem finden die §§. 4., 5. nicht Anwendung, wenn ein Hypothekengläubiger mit einem Eigenthums-Prätendenten dergestalt kollidirt, daß entweder jener zur Zeit der nachgesuchten Eintragung der Hypothek, oder dieser zur Zeit der nachgesuchten Eintragung seines Besitztitels von dem früher entstandenen persönlichen Rechte seines Gegners unterrichtet gewesen ist. — Der entscheidende Grund liegt für diesen Fall in A. L. R. I. 20. §§. 412., 438. und Hyp. O. II. §. 30. — Die Ausnahme von den §§. 4—6. a. a. O. bezieht sich jedoch allein auf Pfand und Hypothek, als bloße akcessorische dingliche Rechte. Sie darf auf eigentliche Reallasten, welche einem Grundstück immerwährend auferlegt sind, nicht ausgedehnt werden; rücksichtlich ihrer muß es vielmehr bei den als Regel geltenden Vorschriften jener §§. verbleiben. Schon in einem früheren Falle (Präj. 1981. Entsch. Bd. 16. S. 194[3]) ist die Anwendbarkeit der §§. 4—6. bei der Kollision eines Eigenthums-Anspruches mit einem Titel zu einer Reallast anerkannt worden. Dasselbe muß nun in dem vorliegenden Falle stattfinden, wenn die Kollision des Titels zu einer Reallast mit einer Hypothekenforderung eintritt. — Die Ausschließung des Pl. Beschl. v. 12. Juni 1843 bei Kollisionsfällen mit einem Titel zu einer Reallast wird durch die innere Natur einer solchen Last und ihre wesentliche Verschiedenheit von einer Hypothekenforderung gerechtfertigt. Es geschieht dies durch Hinweisung auf Hyp. O. I. §§. 47—49., A. L. R. I. 11. §§. 175. ff., Tit. 9. §. 509., Tit. 19. §. 1., Hyp. O. I. 48. Bringt es nun auch der Glaube des öffentlichen Hypothekenbuchs mit sich, daß bei unterlassener Eintragung die Reallast nicht zum Nachtheil solcher Dritten geltend gemacht werden könne, die davon bei Erwerbung ihrer Rechte auf das Grundstück keine Kenntniß gehabt haben, so wird doch nicht der Rechtsbegriff derselben als einer von dem Grundstück zu gewährenden fortdauernden Leistung durch die wirklich erfolgte Eintragung bedingt. Daher kann der Mangel der Eintragung durch sonstige Kenntniß von dem Bestehen ersetzt werden. Der Käufer, dem sie bei der Kaufhandlung angezeigt worden, ist sie zu übernehmen schuldig und zu keinem Vertretungs-Anspruche gegen den Verkäufer berechtigt. A. L. R. I. 11. §§. 183. ff. — Die hier anwendbare Vorschrift A. L. R. I. 19. §. 5. entzieht auch einem Hypothekengläubiger die Befugniß, das persönlich gebliebene Recht eines Anderen zu einer Reallast auszuschließen, wenn ihm die Bekanntschaft mit derselben zur Zeit der Erwerbung seines Rechts nachgewiesen werden kann. Er darf alsdann aus der nicht erfolgten Eintragung der Reallast einen guten Glauben für sich nicht herleiten. Denn wenn er wegen Nichtanmeldung einer eingeräumten Hypothek anzunehmen berechtigt war, daß der Gläubiger von derselben keinen Gebrauch machen wolle, so steht einer solchen Voraussetzung hier entscheidend entgegen, daß die Reallast gerade als eine fortdauernde, von jedem Besitzer zu erfüllende Leistung auf das Grundstück gelegt war.

(Entsch. Bd. 20. S. 193, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 56 Nr. 13.)

§§. 4—6. 1) Diese Bestimmungen erleiden Anwendung, auch wenn ein Anspruch auf das Eigenthum einer Sache mit einem Titel zu einem dinglichen Rechte anderer Art auf dieselbe Sache, mit Ausschluß der bloß akcessorischen dinglichen Rechte (Pfand- und Hypothekenrecht), insbesondere mit einem Titel zu einer Reallast sich in Kollision befindet[1]).

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1981.)

Es läßt sich nicht verkennen, daß die §§. 4. und 5. Zweifel darüber übrig lassen: ob unter den Zweien oder Mehreren, deren §. 4. erwähnt, nur solche zu verstehen sind, die von dem als Eigenthümer der Sache Besitzenden einen Titel zu einem dinglichen Recht außer dem Eigenthum herleiten, oder ob darunter neben derartigen Prätendenten auch diejenigen begriffen werden können, welche von dem Eigenthumsbesitzer einen Eigenthumstitel erlangt haben? Während für die erstere Ansicht die Stellung der §§. in dem betreffenden Titel und deren Fassung zu sprechen scheint, läßt sich für die letztere der voraufgehende §. 3. anführen, wo unbestreitbar der dritte Erwerber der Sache selbst in seinem Verhältniß zu dem, von dem Vorbesitzer der Sache mit einem Titel zu einem dinglichen Rechte auf dieselbe Versehenen letzteren gegenübergestellt und ausgesprochen ist: daß in der Regel auf den neuen Besitzer die persönliche Pflicht des vorigen ohne Uebernahme derselben nicht übergehe. Daß indeß neben dieser Regel Ausnahmen vorkommen können, dies ist in den unmittelbar folgenden §§. 4. und 5. ausgedrückt. Dazu kommt aber noch, — und dies ist entscheidend — daß in der Folge bei mehreren dinglichen Rechten auf fremdes Eigenthum einer Kollision des Titels zu derartigen Rechten mit dem Titel zum Eigenthum selbst, und zwar zum Theil unter Hinweisung auf die in den §§. 4., 5., 6. Thl. I. Tit. 19. ausgesprochenen allgemeinen Grundsätzen und des entscheidenden Gewichtes der mala fides des neuen Eigenthums-Erwerbers gedacht ist. So beim Vorkaufsrecht Thl. I. Tit. 20. §. 630. So ferner bei den Nutzungsrechten Thl. I. Tit. 21. §§. 5., 6., wo die §§. 5., 6. Tit. 19. angezogen sind; und endlich bei der Pacht und Miethe Thl. I. Tit. 21. §. 359. — Es kann hiernach nur noch in Frage kommen: ob dieselben Grundsätze, wie bei jenen dinglichen Rechten, auch auf Reallasten Anwendung erleiden? — Unter Reallasten verstehen die Gesetze die auf einem Grundstück haftenden beständigen Lasten oder Abgaben. (Hyp. O. Tit. I. §§. 47—49., A. L. R. I. 11. §§. 175. ff., I. 9. §. 509.) Ihrem Wesen nach bestehen sie in dem Rechte, ein dare, facere, praestare als eine fortdauernde Schuldigkeit zu fordern, also in einem affirmativen Recht, A. L. R. I. 7. §. 80., mithin in einer obligatio mit einer causa perpetua oder perennis, in der Art, daß sie mit Rücksicht auf den Besitz eines Grundstücks von jedem Besitzer desselben fortgesetzt erfüllt, daß, wie das Gesetz sich ausdrückt: die fortdauernde Leistung oder Abgabe von einem Grundstücke gefordert und gewährt werden soll. A. L. R. I. 9. §. 509. Eben wegen ihrer fortdauernden und auf den Besitz eines Grundstücks berechneten Bestimmung stehen solche Befugnisse und die ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten zu dem Eigenthum des Grundstücks in Beziehung; es kommen solche Befugnisse dem Berechtigten in Beziehung auf dasselbe zu, und das Eigenthum desselben wird eben deshalb dadurch belastet. Der Tit. 19. Thl. I.

---

[1]) Koch verweist hierbei darauf, daß das Ob. Trib. sich auch selbst später in den Gründen des Präj. Nr. 1981. v. 29. Jan. 1848 (Entsch. Bd. 16. S. 194, vergl. die Erg. zu den §§. 4—6. h. t. Zus. 1.) für diesen Satz entschieden habe, und bemerkt, daß derselbe nicht allein bei solchen Rechten, welche auf Besitzeinräumung gerichtet sind, sondern auch bei anderen Geltung habe, namentlich auch bei Reallasten, wie das gedachte Präj. ganz richtig ausspreche, und wie das Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 29. Nov. 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 316, vergl. die Erg. der §§. 1—7. h. t.) angenommen habe. Das wirkende Prinzip sei hier überall nicht der dingliche Charakter des Rechts an sich, sondern nur in Verbindung mit der Wissenschaft des Besitzers oder Erwerbers der behafteten Sache; und diese Wissenschaft mache, daß ein Recht zur Sache, also ein bloß persönliches Recht, dem dinglichen gleich stehe, indem eben die Dinglichkeit durch das A. L. R. ihre absolute Gültigkeit eingebüßt habe, wie auch das Präj. Nr. 932. v. 10. Okt. 1840 (vergl. in der Anm. 1. ob. S. 639—640) ausdrücke.

[2]) Vergl. Zus. 1. ad h. 1.

[3]) Vergl. die Erg. zu den §§. 4—6. h. t. Zus. 1.

[1]) In der Ueberschrift in den Entsch. Bd. 16. S. 194 wird dies Präj dahin gefaßt: »Auch bei Kollisionen zwischen persönlich stipulirten Reallasten und Eigenthums-Ansprüchen an ein und dasselbe Grundstück entscheiden Besitz und guter Glaube.«

begreift aber die Reallasten unter den dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum ausdrücklich mit unter sich, wenn es im §. 1. heißt:

»Das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts kann durch Befugnisse, die einem Anderen in Beziehung auf dieselben zukommen, eingeschränkt und belastet werden«;

wonach also nicht bloß Einschränkungen des Eigenthums, sondern auch Lasten, die auf demselben ruhen, hierher gezählt werden. Es läßt sich dafür auch anführen, daß im §. 5. Thl. I. Tit. 23. bei Zwangs- und Bannrechten bestimmt ist:

»Was von Rechten auf fremdes Eigenthum verordnet ist, gilt auch in der Regel von dem Rechte zur Einschränkung fremder Handlungen (Tit. 19.).«

Die Hyp. O. unterscheidet beständige Lasten und Abgaben, welche in das Hypothekenbuch gehören oder nicht. Der letzten Art sind gemeine Lasten und Pflichten, welche nach der Verfassung des Ortes, des Kreises oder der Provinz von allen Grundstücken derselben Art an den Landesherrn, die Obrigkeit, die Kirche oder Geistlichkeit zu entrichten sind. Zur ersteren Art dagegen gehören solche beständige Lasten, die auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse oder sonst vermöge eines speziellen Titels gelegt sind, als: Erbzins- und Erbpachtgelder; unablösliche Geld- oder Kornzinsen; Renten und andere Hebungen, welche einzelnen oder auch moralischen Personen, Kirchen, Klöstern oder Stiftungen von einem solchen Grundstück gebühren. Als Grund für die Eintragung ist angeführt, daß ein Kauflustiger solche Lasten bei Abgebung seines Gebotes von dem Ertrage des Grundstücks gewöhnlich abzuziehen pflege, während dort bei den gemeinen Lasten geltend gemacht ist, daß ein Käufer oder wem sonst daran gelegen sei, sich darnach besonders zu erkundigen habe. Hyp. O. Tit. I. §§. 48., 49. Es soll also dafür gesorgt werden, daß ein dritter Erwerber des Grundstücks Kenntniß von den Reallasten desselben, soweit sie nicht gemein, und darum allgemein bekannte Lasten sind, erhalte. Von den Folgen der unterbliebenen Eintragung, und ob letztere an sich der alleinige Modus sei, um derartigen beständigen Lasten den Charakter der Dinglichkeit zu verschaffen, ist in der Hypothekenordnung nicht weiter die Rede. Nimmt man dies aber in Gemäßheit der §§. 135., 136. Thl. I. Tit. 2 A. L. R. deshalb an, weil bei Reallasten nicht der Besitz der Sache selbst, die dadurch eingeschränkt werden soll, sondern nur der Besitz des Rechtes denkbar ist, so kommt es gerade hier darauf an: ob der Mangel der Eintragung durch sonstige Wissenschaft des neuen Besitzers der belasteten Sache ersetzt werde. Dafür muß man sich aber schon nach der Hyp. O. entscheiden. Denn wenn der Zweck, den diese durch die Eintragung erreichen will, überhaupt nur erreicht ist, so kann es nicht darauf ankommen, ob er auf andere Weise erreicht sei. Die nach obiger Ausführung hier anwendbare Bestimmung des §. 5. Thl. I. Tit. 19. A. L. R. entzieht aber auch ausdrücklich dem neuen Erwerber der Sache die Möglichkeit, sich auf die Uebergabe zu berufen, um das persönlich gebliebene Recht eines Anderen zu einer Reallast auszuschließen, wenn ihre Bekanntschaft mit diesem Recht zur Zeit der Uebergabe nachgewiesen werden kann. Es geht auch aus dem §. 183. Thl. I. Tit. 11. a. a. O. hervor, daß wenn der Auktor dem Nachfolger des Eigenthumsbesitzes die nicht gemeinen Lasten angezeigt hat, solche auf den Letzteren übergehen.

(Präj. Samml. S. 108, Entsch. Bd. 16. S. 194.)

2) Die §§. 4—6., betreffend die Wirkung der Einräumung des Besitzes an einen unter den mehreren zur Sache persönlich Berechtigten finden keine Anwendung, wenn mehrere Gläubiger sich dieselbe Forderung im Wege der Exekution überweisen lassen und Einer derselben einen Titel zum Pfandrechte hatte.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 57 Nr. 13.)

§. 5. Zum Beweise, daß dem Besitznehmer einer Sache zur Zeit der Besitzergreifung das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht eines Anderen bekannt gewesen sei, ist die Feststellung von Thatsachen erforderlich. Der Antrag eines Eides bloß dahin, daß dem Besitznehmer das persönliche Recht des Andern bekannt gewesen sei, ist unzuläßig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1853. (Präj. Nr. 2455.)

Es kann zwar auch der Eid über ein Nichtwissen angetragen werden, dieses muß aber eine Thatsache betreffen, denn nur bei streitigen Thatsachen kann der freiwillige Eid andere Beweismittel vertreten (§. 252. A. G. O. I. 10.); und nur die einem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatsachen, nebst den Beweismitteln dafür, haben die Parteien anzugeben; was rechtlich daraus folgt, hat der Richter zu entscheiden (§§. 3—8. der Einl. zur Pr. O.). Die Kenntniß von einer Abgabe, welche nicht zu den gemeinen Lasten gehört, deren rechtliche Existenz selbst erst durch Ermittelung von Thatsachen festgestellt werden soll, ist selbst keine Thatsache; die Abgabe (d. h. das Recht sie zu fordern, und die Pflicht sie zu leisten) ist an sich nichts äußerlich Erkennbares. Die Existenz der Abgabe beruht auf einem Urtheile, welches an sich nicht Gegenstand eines Eides sein kann. Zu einem solchen Urtheile, resp. zu der Ueberzeugung, daß der Berechtigte die Abgabe zu fordern habe, kann der Verpflichtete aber selbst nur durch Thatsachen gelangen. Ob solche Thatsachen die Ueberzeugung des Verpflichteten von der rechtlichen Existenz der Abgabe hervorrufen mußten, unterliegt dem richterlichen Urtheile, und nur über solche Thatsachen ist der Eidesantrag zuläßig.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 34, Entsch. Bd. 26. S. 28.)

§§. 7. 8. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 126. u. 127. und zum A. L. R. I. 20. §§. 53. u. 54.

§§. 10. 19. 1) Wenn das Bestehen eines dinglichen Rechtes von dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstückes anerkannt wird, oder doch unbestritten ist, so steht nichts im Wege, daß mehrere Prätendenten unter sich über die Zuständigkeit desselben oder über den Umfang ihrer mit einander in Kollision kommenden Gerechtigkeiten streiten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Febr. 1821 in einem Falle, wo es sich darum handelte, ob Jemand, dem eine Servitut auf ein Grundstück zusteht, legitimirt sei, mit einem Andern, der dieselbe Servitut in Anspruch nimmt, über das angebliche Recht ohne Zuziehung des Eigenthümers einen Prozeß zu führen; denn die Bedeutung des §. 10. gehe nur dahin, daß ein dingliches Recht ohne Zuziehung des Eigenthümers nicht gegen diesen als bestehend festgestellt werden könne, wogegen mehreren Berechtigten stets unbenommen bleibe, unter sich über die Richtigkeit und den Umfang ihrer Rechte zu streiten.

Die Gesetzrevisoren, welche dieses Judikat mittheilen, treten bei, bemerkend, daß die Materialien zum A. L. R. nichts enthalten, was dieser Auslegung entgegenstände. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 42.)

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 29. Dec. 1845 erkannt.
(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 17.)

2) Bei einem Prozesse über eine dingliche, einem Grundstücke aufzulegende Last muß die mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau zugezogen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Sept. 1849.
(Entsch. Bd. 19. S. 423.)

Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 1. §. 23.

§§. 14—17. 1) Wenn der Servitutberechtigte die Servitut in einem größeren Umfange beansprucht, als der Eigenthümer des belasteten Gutes dieselbe anerkennt, so muß der Erstere jenen größeren Umfang beweisen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Jan. 1855, weil die im §. 181. A. L. R. I. 7. ausgesprochene Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums nur in soweit durch das Zugeständniß des Eigenthümers des Grundstücks widerlegt wird, als dies Zugeständniß reicht, zumal nach §. 15. h. t. die Vermuthung für die dem Eigenthümer am wenigsten lästige Art der Eigenthumsbeschränkung stattfindet, auch der Grundsatz des §. 17. h. t. dem Eigenthümer zur Seite steht. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 332 Nr. 70.)

2) Folgt daraus, daß bäuerliche Wirthe im Wege der Regulirung zum Eigenthum ihrer Stellen gelangt sind, die Unbeschränktheit mit verliehener Gerechtsame?

Verneint von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1857.
(Entsch. Bd. 36. S. 163.)

§§. 15. u. 20. Wenn dem zum Brennholz Berechtigten Torf statt Holzes gegeben werden darf, so ist er zwar die Anweisung im Torfmoor anzunehmen verbunden, der Torf muß ihm aber schon gestochen und zubereitetet dort überwiesen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1848.

Es beruht die Befugniß des Waldeigenthümers, zur Pflege des Waldes den Holzberechtigten Torf statt des Holzes anzuweisen, auf den allgemeinen Grundsätzen der §§. 15., 20. A. L. R. I. 19., wonach dem verpflichteten Eigenthümer dasjenige zu verstatten ist, was ihm am wenigsten lästig wird. Es ist dessen Befugniß aber im §. 18. wiederum dahin beschränkt: daß der Berechtigte nicht am nützlichen Gebrauch seines Rechts gehindert oder ihm dasselbe gar vereitelt wird. Eine solche Behinderung liegt aber im Appellationsurtel, wenn es den Verklagten auferlegt, den Torf auf eigene Kosten stechen und streichen zu lassen. Während die Verklagten ehedem nur das Holz zu hauen oder zu sammeln hatten, müssen jetzt die Torfe gestochen, gestrichen, getrocknet und bis zu dem Zeitpunkt, wo sie brauchbar sind, unter Fürsorge gehalten

werden. Hierdurch geht aber den Verklagten, wenn sie alles dieses selbst verrichten sollen, ein großer Theil ihres Nutzens verloren, weil ein ungleich größerer Aufwand von Zeit und Kosten mit der Gewinnung verbunden ist. Die Verklagten werden durch die anerkannte Gewinnung auf eigene Kosten, also am Nützlichen des Gebrauchs behindert, wogegen dem Kläger nicht bloß der Nutzen beim Holz, sondern auch die Ersparung bei den Gewinnungskosten des Torfs zu Theil werden soll. Dies ist jedoch dem Geiste des Gesetzes entgegen. Da Kläger den Vortheil der Holzersparung beziehen will, so muß er auch die durch die Gewinnung des Torfs erwachsenden Lasten und Kosten tragen. Nur auf diesem Wege bleibt Vortheil und Last, wie sonst, im gleichmäßigen Verhältniß und Zustande. Von diesem Gesichtspunkte kann auch nur das Ed. v. 14. Sept. 1811 ausgegangen sein, wenn es dem Raffholz eine bestimmte Abgabe von Torf im §. 15. substituirt.

(Entsch. Bd. 16. S. 203, Rechtsf. Bd. 3. S. 308 Nr. 152.)

§§. 15. 28. Ein für die Verwaltung eines Amtes (namentlich des Schulzenamtes) eingeräumtes, einem der Benutzung des Beamten überlassenen Grundstücke nicht zugehöriges Fischereirecht, dessen Umfang nicht näher bestimmt worden, ist auf den Hausgebrauch beschränkt. Eine Ausdehnung desselben durch Ersitzung von Seiten des Beamten ist nicht zuläßig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850, auf Grund der §§. 15. u. 28. h. t. und mit Rücksicht auf §. 75. A. L. R. II. 15. und §. 613. A. L. R. I. 9.

(Entsch. Bd. 20. S. 203.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 613. Zus. 1.

§§. 17—20. Derjenige, welchem freies Bauholz zur Nothdurft zugesichert ist, muß sich statt des Fachwerkbaues auf den Bau in Wellerwänden beschränken lassen, wenn nach dem Urtheile von Sachverständigen der Fachwerksbau mit gleicher Wirkung durch Wellerwände ersetzt werden kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1846. (Präj. Nr. 1685.) (Präj. Samml. S. 109.)

§. 18. In welchen Fällen ist anzunehmen, daß der Berechtigte an dem nützlichen Gebrauche seines Rechtes, im Sinne des §. 18., »gehindert« werde?

1) Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 21. Juni 1839 aus, daß darunter nicht jede Verhinderung, sondern nur eine erhebliche Erschwerung der Ausübung des Rechts zu verstehen, so daß der Wegeberechtigte der Anlegung eines offenen Schlagbaumes Seitens des Eigenthümers nicht widersprechen könne, da Servituten möglichst restriktiv zu interpretiren seien. (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 420.)

2) In demselben Sinne nimmt das Erk. eines nicht genannten Appell. Ger. v. 23. Okt. 1856 an, daß der Wege-Servitutberechtigte verpflichtet sei, das Thor, durch welches er seinen Weg nimmt, nach jedesmaliger Durchfahrt wieder zu verschließen.

(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 280.)

3) Koch bemerkt in dieser Beziehung:

Wer seinem Nachbar die Fußweggerechtigkeit durch seinen Hof oder Garten eingeräumt hat, kann durch ihn nicht gehindert werden, den Durchgang durch eine verschließbare Thüre, zu welcher ihm ein Schlüssel gegeben wird, gegen jeden Dritten verschlossen zu halten, und der Berechtigte kann sich nicht entbrechen, die Thüre jedesmal hinter sich zuzumachen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 14. zum §. 18. h. t.)

§§. 18. 19. Die Gerechtigkeit der Nachweide schließt die Berechtigung des Grundeigenthümers, das Recht zur Vorweide auf einen Dritten zu übertragen, nicht aus.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 103 Nr. 18.)

§. 19. Wenn Jemand ein Schafhuderecht mit seiner Heerde auf einer Flur hat, steht es den einzelnen Grundbesitzern in derselben an und für sich nicht zu, das jedem Einzelnen gebührende Mithuderecht auf seinem Eigenthume sich gegenseitig zu gestatten und so eine neue gemeinschaftliche Heerde auf der Flur zu bilden.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 28. Juni 1851. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 253.)

§. 22. 1) Was ist unter »einseitiger Uebertragung«, welche der §. 22. untersagt, zu verstehen?

Der II. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 25. Mai 1838, unter Bezugnahme auf die Grundsätze des Röm. Rechtes vom usus, aus, daß darunter nur der Fall verstanden werden kann, wenn der Berechtigte das ihm zu seiner Nothdurft eingeräumte Recht oder dessen Ausübung ohne Zustimmung des Verpflichteten einem Andern dergestalt überläßt, daß er selbst ganz ausscheidet und der Andere an seiner Stelle Inhaber des Rechtes wird; nicht aber sei dem Berechtigten zu wehren, bei eigener Ausübung des Rechtes Andere daran Theil nehmen zu lassen. (Entsch. Bd. 4. S. 23, J. W. 1839 S. 235.)

Hierauf gründet sich das in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 602. Zus. 4. gegebene Präj. Nr. 519.

Vergl. auch das Erk. desselben Sen. v. 20. Sept. 1853.

(a. a. O.)

2) Muß einem Ehegatten, welchem in seinem ledigen Stande das Recht einer abgesonderten Wohnung in einem Hause zum ausschließlichen Gebrauche auf Lebenszeit und unter lästigen Bedingungen eingeräumt war, die Mitaufnahme seines Ehegatten in dieselbe von dem Eigenthümer verstattet werden?

Bejahet von dem O. L. G. zu Münster (Datum des Erk. konstirt nicht), und von Schnittger, indem der §. 22. h. t., auf dessen Ausdruck: »übertragen« Gewicht gelegt wird, nach seiner richtigen Auffassung und Entstehung aus der gemeinrechtlichen Theorie vom usus nicht entgegenstehe, vielmehr das Röm. Recht den Fall ausdrücklich bejahend entscheide. (J. W. 1846 S. 137.)

3) Die an die Person gebundenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche das A. L. R. (§. 22. h. t.) unter dem Namen der Rechte, welche zur Nothdurft einer bestimmten Person bewilligt worden, begreift, eignen sich nicht zur Konstituirung eines Nießbrauches. Insbesondere gilt dies auch von dem Wohnungsrechte (jus habitationis).

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 205 Nr. 46.)

§§. 22. 23. Betreffend die Frage der Uebertragbarkeit von Dienstbarkeiten und Realberechtigungen auf ein anderes Gut, und die Theilbarkeit solcher Rechte.

Die Fragen: 1) ob Dienstbarkeiten und Realberechtigungen von dem berechtigten Gute trennbar, insbesondere 2) ob sie theilbar sind, und 3) ob bei der Parzellirung eines servitutberechtigten Grundstückes das Servitutrecht auf die Theilstücke übergeht und die Besitzer der letzteren befugt sind, die gesetzliche Abfindung für das Servitutrecht zu verlangen, sind seit der Zunahme der Parzellirungen und dem Fortschreiten der Gemeinheitstheilungen und Servitut-Ablösungen von immer größerer praktischer Wichtigkeit geworden, und es haben sich in dieser Beziehung abweichende Ansichten geltend gemacht.

Das A. L. R. enthält keine speziellen Bestimmungen über die Uebertragbarkeit solcher Rechte; in Betreff der Grundgerechtigkeiten verweist indeß der §. 26. A. L. R. I. 22. auf die Vorschriften des Tit. 19., in welchem die §§. 22. u. 23. darüber verordnen.

I. Das Ob. Trib. hat sich über die gedachten Fragen in mehrfachen Präj. ausgesprochen:

1) Durch die Vorschrift des §. 23. kann die Verwandlung einer Grundgerechtigkeit in ein persönliches Nutzungsrecht ohne Zuziehung des Besitzers des verpflichteten Grundstücks nicht gerechtfertigt werden. Eine Abtrennung der Grundgerechtigkeit von dem berechtigten Gute, und einseitige Uebertragung an eine Person ist unstatthaft. (Präj. Nr. 1362.)

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Nov. 1843.

Will man auch von der Kontroverse, ob die §§. 22., 23. überhaupt auf Prädialservituten bezüglich, absehen, so kann doch äußerstenfalls nur die Uebertragung eines subjektiv dinglichen Nutzungsrechts fremden Eigenthums von einer Sache auf die andere gerechtfertigt werden, wenn die Verpflichtung und Belastung dadurch nicht vergrößert oder erschwert wird. Niemals aber kann eine Grundgerechtigkeit einseitig in ein persönliches Nutzungsrecht fremden Eigenthums umgewandelt werden. Dadurch würde der ganze Charakter eines solchen Rechts zerstört werden, welcher auch nach dem A. L. R. (vergl. I. 22. §§. 12. u. 11.) in der Befugniß des Besitzers eines Grundstücks gegen das andere besteht. Dieses subjektiv dingliche Recht kann daher niemals in ein subjektiv persönliches verwandelt werden, weil das Wesentliche des ersteren in der Befugniß eines Grundstücks besteht, und dadurch auch allein die Dauer eines solchen Rechts, welches unmittelbar nur mit dem Untergange des berechtigten Guts zu existiren aufhört (A. L. R. I. 22. §. 43., Einl. §. 108.) bedingt wird, wo-

gegen persönliche Nutzungsrechte auf fremdes Eigenthum ihrer Dauer nach in der Regel auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt (A. L. R. I. 21. §§. 176. u. 185.), und auf Erben nicht übertragbar sind.

(Präj. Samml. S. 109, Entsch. Bd. 9. S. 246.)

2) Das Schäfereirecht ist eine auf die Nothdurft, d. h. auf die individuellen Verhältnisse und Bedürfnisse einer bestimmten Sache berechnete Grundgerechtigkeit, und kann deshalb einseitig auf eine andere Sache nicht übertragen, noch weniger aber ein Theil derselben für eine andere Sache abgezweigt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1847.

Ohne daß man auf das (im §. 22. h. t. gebrauchte) Wort nur in der Bezeichnung: »Rechte, welche nur zur Nothdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligt worden«, einen besonderen Nachdruck zu legen Veranlassung hat, und etwa schließen darf, es sei hier der Begriff der Nothdurft in einem engeren, vom Bedarf noch zu unterscheidenden Sinne aufzufassen, — sind unter den zur Nothdurft einer bestimmten Sache verliehenen Rechten solche Rechte zu verstehen, bei denen das individuelle Bedürfniß einer bestimmten Sache zugleich den Grund und das Maß der Berechtigung abgiebt. Eine solche auf ganz konkrete Umstände sich gründende und berechnete Berechtigung soll kein Gegenstand der willkührlichen Transferirung, der einseitigen Uebertragung auf eine andere Sache sein, deren Verhältnisse der individuellen Gestalt und Bestimmung des Rechtes nicht kongruent sein und für den Verpflichteten Erschwerungen und Schwierigkeiten herbeiführen würden. Solche rein individuelle Berechtigungen, wenn sie subjektiv dinglicher Art sind, entsprechen den rein oder höchst persönlichen Rechten, d. h. den nur einem bestimmten Individuum, einer gewissen Persönlichkeit zugestandenen Rechten, wie Nießbrauch, usus u. s. w., deren der §. 22. cit. ebenfalls erwähnt. — Wie es schon nach Röm. Rechte Grundsatz war, daß die Servituten, mit Ausnahme des Nießbrauchs, untheilbare Rechte seien (L. 17. D. de serv., Fragm. Pomponii, Cramer in Hugo's civ. Mag. 6. Nr. 1., besonders S. 20), so muß man auch nach Preuß. Rechte dasselbe annehmen. Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegenstehen (A. L. R. I. 2. §. 41.). Von einem Rechte, welches im weiteren Sinne ebenfalls zu den Sachen gezählt wird (§§. 1. ff. a. a. O.), muß dasselbe gelten. Der Zerspaltung einer Grundgerechtigkeit in mehrere Grundgerechtigkeiten widersprechen nun aber sowohl die Natur und Beschaffenheit eines solchen Rechtes, als die gesetzlichen Bestimmungen. Denn seiner Natur nach ist es ein einziges unkörperliches Ganzes, welches keine reelle Theilung zuläßt, und nach dem Gesetze ist der Berechtigte ein einziges Gut (A. L. R. I. 22. §. 12.); es können daher nicht mehrere Güter die Berechtigung in reeller Vertheilung repräsentiren. Zwar ein ideales Miteigenthum des Rechtes, wenn die berechtigte Sache im Miteigenthume Mehrerer sich befindet, ist denkbar, nicht aber die Umwandlung des einem einzigen Gute zustehenden Rechtes in mehrere verschiedene Rechte, so daß selbst eine Theilung des Grundstücks noch keine Theilung der Servitut bewirkt (Mühlenbruch, Pandekten Bd. 2. §. 275.). Wenn also auch das A. L. R. bei gewissen Grundgerechtigkeiten die Uebertragung des gesammten Rechtes von einem Gute auf ein anderes zugelassen haben mag, so hat es doch damit noch keineswegs die Parzellirung des Rechtes gestattet. (Entsch. Bd. 16. S. 212, Rechtsf. Bd. 3. S. 199 Nr. 100.)

3) Bei der Zerstückelung eines zur Weide auf fremden Grundstücken berechtigten Landgutes bleibt die Weidegerechtigkeit nicht von selbst ungeschmälert bei dem Trennstücke, auf welchem sich die Hofesgebäude befinden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. März 1855. (Präj. Nr. 2610.)

Nach Röm. Rechte sind Prädialservituten völlig untheilbar, so daß an denselben weder intellectuelle noch Realtheilungen vorkommen können (v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1. S. 318, Puchta, Pandekten §. 178.). Im Allgemeinen gilt dies auch im Preuß. Rechte, wie in den Gründen zu dem Erk. des Ob. Trib. v. 4. Dec. 1847 (Entsch. Bd. 16. S. 212 ff.)[1]) ausgeführt worden, und selbst eine Theilung des berechtigten Grundstücks bewirkt keine Theilung der Grundgerechtigkeit dergestalt, daß nun die Besitzer der einzelnen Theile des früher berechtigten Gutes die Grundgerechtigkeit ausüben könnten (Koch, A. L. R. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 12. A. L. R. I. 22.). Es erscheint nun aber da, wo die Grundgerechtigkeit nur für einen besonderen Theil eines Grundstücks bestimmt ist, wie z. B. bei der nur für Eine Wiese, Eine Ackerparzelle des berechtigten Grundstücks bestimmten Wegegerechtigkeit, dieser Theil allein als das eigentliche Subjekt der Berechtigung; und bei einer Abzweigung dieses Theiles verbleibt die Grundgerechtigkeit ohne Weiteres dabei. Bei weiterer Verfolgung dieses Grundsatzes ergiebt sich, daß für eine Weidegerechtigkeit die Ländereien des herrschenden Gutes in ihrer Gesammtheit das eigentliche Rechtssubjekt sind. Denn sie dient zur Sommerfütterung des mit den Futtermitteln des herrschenden Gutes überwinterten Viehes, welche von den Ländereien gewonnen werden, zu deren Bewirthschaftung nur die Gebäude, resp. Hof- und Gartenräume dienen. Es bleibt mithin bei einer Trennung des Hofes von den Ländereien die Weideberechtigung bei diesen Letzteren. Hiernach läßt sich auch beurtheilen, ob und in wie weit eine Theilung der Ländereien des weideberechtigten Gutes eine Theilung der Weideberechtigung herbeiführt und zuläßig macht? Es wird die Theilung nämlich nur dann zuläßig erscheinen, wenn die einzelnen Theile dem Ganzen gleichartig sind, d. h. wenn auf jedem einzelnen Theile wenigstens noch Ein Stück von der Art des zur Weide berechtigten Viehes gehalten werden kann. Kann auf keinem Theile mehr Vieh gehalten, d. h. mit den darauf gewonnenen Futtermitteln im Winter erhalten werden, dann hört das Bedürfniß für die Sommerweide auf, und die Weideberechtigung erlischt von selbst (Kori in der Themis von Elvers Bd. 1. Nr. XVII. S. 488, Koch a. a. O.). Für die Theilbarkeit der Weideberechtigung und deren Verbleiben bei den Ländereien des berechtigten Gutes, beziehungsweise der Theilung der Weide nach Maßgabe einer Theilung der Ländereien nach Preuß. Recht, ist aber auch Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816 entscheidend, welcher lautet:

> Bei der Vereinzelung eines Bauerhofes verbleibt die Holzgerechtsame auf der gutsherrlichen Forst bei dem alten Hofe, und der neue abgezweigte hat daran keinen Theil. Die Waldweide kommt Beiden zu statten; beide zusammen können sie aber nur mit so viel Vieh benutzen, als womit vor der Theilung die Benutzung zuläßig war.

Zwar ist der Art. 96. nur zum §. 51. des Regulir. Ed. v. 14. Sept. 1811 gegeben, aber nur deshalb, weil dort verordnet war, daß ein Anspruch auf die den nichterblichen Besitzern bei der Regulirung belassene Holzgerechtsame und Waldweide, im Fall der Bildung neuer Höfe aus Bauerländereien, auf deren Besitzer nicht mit übergehen sollte, wenn ihnen ein solcher nicht von den mit diesen Servituten belasteten Gütern freiwillig eingeräumt würde. Der Artikel enthält keine nur für regulirte, ehemals nicht erbliche, uneigenthümliche Höfe bestimmte Vorschrift, spricht vielmehr einen allgemeinen Grundsatz aus, indem er die singuläre Vorschrift des §. 51. a. a. O. aufhebt. Die regulirten Bauerhöfe sind in das volle Eigenthum der Besitzer übergegangen, und die ihnen vorbehaltene Weideberechtigung in der Gutsforst hat die Natur einer Grundgerechtigkeit; was mithin in Bezug auf deren Theilbarkeit gesetzlich ausgesprochen ist, muß allgemeine Geltung haben. Deshalb ist es einflußlos, daß nach Art. 2. der Dekl. v. 29. Mai 1816 deren Bestimmungen, so wie das Ed. v. 14. Sept. 1811 selbst auf Besitzer von bäuerlichen Stellen, welche diesen bereits als Eigenthum überlassen sind, keine Anwendung finden sollen, und beide Gesetze durch das Ges. v. 2. März 1850 aufgehoben sind. Die gedachte Rechtsregel kann von der Aufhebung eines Gesetzes, bei welchem sie nur speziell zur Anwendung gebracht worden war, nicht betroffen sein.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 123, Entsch. Bd. 30. S. 227.)

4) Betreffend die Waldstreu-Berechtigung.

a) Bei Parzellirungen eines Gutes wird eine demselben zustehende Gerechtigkeit auf Streuling weder der Hofstelle noch den übrigen Parzellanten ipso jure zugetheilt; sie kann vielmehr nur von den sämmtlichen Betheiligten insgesammt in dem früheren Umfange ausgeübt werden[1]).

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1852.

Der §. 107. A. L. R. I. 2. ist hier nicht maßgebend. Derselbe bestimmt, daß mit dem Hauptgute das Recht auf die Pertinenzstücke auf den neuen Besitzer übergeht, und würde zur Anwendung kommen, wenn einer oder der andere der Parzellirenden das Grundstück in seiner Gesammtheit erworben, aber nicht da, wo das Grundstück zertheilt worden ist, und in Frage kommt, ob und welcher Anspruch jedem Parzellenbesitzer an der dem ganzen Gute zugestandenen Gerechtsame zustehe. Es darf keiner der einzelnen Parzellenbesitzer jene dem ungetheilten Gute zugestandene Gerechtigkeit in ihrem ganzen Umfange in Anspruch nehmen, da die Last des Verpflichteten dadurch erschwert werden würde; die Steuergerechtsame geht vielmehr auf die Parzellenbesitzer, namentlich auf den Besitzer der Hofstelle, gemeinschaftlich über, und kann von ihnen insgesammt nur in dem Umfange, wie sie dem ungetheilten Gute zugestanden, ausgeübt werden, falls nicht eine anderweitige Regulirung unter sämmtlichen Interessenten stattgefunden. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 257 Nr. 58.)

b) Das Erk. desselben Sen. v. 9. März 1858 betrifft gleichfalls die Frage: welchen Einfluß die Parzellirung in Ansehung der Waldstreuberechtigung des parzellirten Gutes hat, und wie die Parzellenbesitzer sie geltend machen können.

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

[1]) Dieser Rechtssatz wird diesem Präjudiz in Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 257 Nr. 58. an die Spitze gestellt. Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 9. März 1838 (Entsch. Bd. 38. S. 136) bemerkt indeß, daß der Satz als richtig und aus den Motiven folgend nicht anerkannt werden könne.

Dasselbe führt aus:

Die Streulingsgerechtsame ist ein zur Deckung des wirthschaftlichen Bedürfnisses bestimmtes Recht, setzt also das Vorhandensein eines berechtigten Gutes voraus, findet in dessen Nothdurft auch die sich von selbst verstehenden und gebotenen Grenzen, und kann, wie andere derartige Gerechtsame, namentlich Real-Servituten, weder getheilt noch einseitig von dem berechtigten Grundstücke getrennt, oder für sich allein auf einen Anderen übertragen werden. Es ergiebt sich dies aus §. 99. der Einl. und §. 22. A. L. R. I. 19., und daraus folgt, daß eine solche Grundgerechtigkeit nur mit dem berechtigten Gute selbst, und zwar der Regel nach im Ganzen unveräußerlich ist, jede etwanige Ausnahme hiervon und ob namentlich, resp. wie eine einzelne Art der Uebertragung zuläßig sein möchte, dagegen nur individuell und nach der besonderen Natur des jedesmal vorliegenden Falles beurtheilt werden muß. Es kann daher in dem Falle, wenn die zur Streulingsberechtigung befugte Stelle dismembrirt ist, nicht allen einzelnen Parzellen des Hofes, resp. deren Individual-Besitzern, das Recht zugestanden werden, an dem Nothdurfts-Rechte des Ganzen gleichmäßig Theil zu nehmen. Vielmehr würde dies gegen die §§. 21., 24., 25. A. L. R. I. 9.-verstoßen. Im Allgemeinen ergiebt sich somit, daß das Recht zur Entnahme des wirthschaftlichen Bedarfs an Streu aus dem Walde eines Anderen, welches dem Komplexus eines gewissen Gutes als solchem zugestanden, nicht ohne Weiteres auch den Erwerbern der daraus abgezweigten Parzellen zur ferneren faktischen Ausübung verbleibt, resp. pro rata auf dieselben übergeht; — vielmehr die Zuläßigkeit dessen, dem Eigenthümer des belasteten Waldes gegenüber, nach Art der Dismembration selbst, nach dem Inhalte der abgeschlossenen Verträge, so wie danach beurtheilt werden muß, in welchen Schranken sich dieselbe gehalten habe, oder weithin ausgedehnt sei. Auf der andern Seite kann aber auch aus der Dismembration, in Verbindung mit der Vorschrift des §. 18. Einl. zum A. L. R. nicht gefolgert werden, daß das Streulingsrecht fortan gänzlich und in allen seinen Konsequenzen und Wirkungen nothwendig erloschen sei. Denn das berechtigt gewesene Gut ist im Sinne des §. 18. a. a. O. nicht als untergegangen zu erachten, die einzelnen Theile desselben bestehen fort, und obschon deren zeitige Besitzer sich durch eine freie Handlung zur Zeit außer Stand gesetzt haben, die Streuberechtigung in dem früheren Umfange gemeinschaftlich auszuüben, so ist ihnen doch damit noch nicht die Möglichkeit genommen, das Recht an sich in anderer, rechtlich und gesetzlich zuläßiger Art zur Geltung zu bringen oder zu verwerthen, z. B. durch Wiederherstellung des Hofes mittelst Zusammenlegung der Parzellen.

(Entsch. Bd. 38. S. 126.)

5) Betreffend die Holzungsgerechtigkeiten.

a) Das einem Rustikalgute zustehende Recht auf Brennholz geht bei der Zerstückelung des Gutes nicht von selbst auf die Erwerber der Parzellen nach Verhältniß ihres Besitzstandes über.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Dec. 1847.

Wenn auch das in Rede stehende Recht ein Pertinenz des Gutes ist, so läßt sich doch nach §. 22. A. L. R. I. 19. nicht annehmen, daß dies zur Nothdurft bewilligte Recht jedem einzelnen Theile des Gutes beigewohnt hat und ohne Zustimmung des Verpflichteten theilbar gewesen ist. Das Brennholz kann seiner Natur nach nicht für die zum Gute gehörigen Ländereien, sondern nur für die Nothdurft der darauf vorhandenen Wohngebäude bewilligt sein. Ohne ausdrückliche Uebertragung und ohne Zustimmung des Verpflichteten hat die Gerechtigkeit daher auch nicht vom Hauptgute auf die Parzellen übergehen können. Bei Bauerhöfen ist dies insbesondere auch im Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816 bestimmt. (Rechtsf. Bd. 3. S. 198 Nr. 99.)

b) Die Gutsherrschaft hatte einem Gutseinwohner ein Stück Land nebst einer Raff- und Leseholzberechtigung verkauft. Auf dem Grundstücke erbaute der Käufer ein Wohnhaus und theilte es nebst dem ganzen Grundstücke unter seine Söhne in der Art, daß mittelst einer Scheidemauer zwei Wohnungen gebildet wurden. Der Gutsherr verlangte nunmehr, daß nur Einer der beiden Brüder die Holzberechtigung ausüben solle. Diese nahmen dagegen ein jeder das Recht zur Hälfte in Anspruch. Das O. L. G. zu Stettin erkannte, daß beide Brüder zur Ausübung der Berechtigung mit der Maßgabe befugt seien, daß sie an jedem Holzungstage nur von einem von ihnen ausgeübt werde.

Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Gutsherrschaft hat der II. Sen. des Ob. Trib. durch das Erk. v. 22. Dec. 1847 zurückgewiesen.

Zwar ist eine Prädial-Servitut als solche nicht theilbar und kann nicht von einem auf den anderen Theil des herrschenden Grundstücks übertragen werden; allein diesem Rechtsgrundsatze wiederstreitet es keinesweges, wenn die Ausübung der unverändert bleibenden Realservitut den mehreren Eigenthümern der einzelnen Theile nach Verhältniß zugesprochen wird, sofern nur hierdurch die Last des dienenden Grundstückes nicht erschwert wird.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 252 Nr. 125.)

c) Die einem Gute zustehende Brenn- und Bauholzgerechtsame geht, wenn Aecker und Wiesen von demselben getrennt werden, auf letztere auch nicht einmal verhältnißmäßig über; sie bleibt vielmehr an die Gebäude des berechtigten Gutes gebunden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Nov. 1851.

Bau- und Brennholzgerechtsame haben das mit einander gemein, daß sie sich auf das Bedürfniß des begünstigten Grundstücks beziehen, auch auf dies Bedürfniß beschränkt sind. A. L. R. I. 22. §. 203. — Dies Bedürfniß steht mit den auf den Grundstücken befindlichen Gebäuden in unzertrennlicher Verbindung, indem ohne solche von einem Bedürfnisse nicht die Rede sein kann, und das Recht selbst nicht denkbar ist. Die Gerechtsame erstreckt sich aber nicht auf alle zu errichtenden, sondern nur auf die zur Zeit der Erwerbung des Rechts vorhandenen Gebäude und deren durch die veränderten Umstände nothwendigen Erweiterungen. Die Gerechtsame ist also mit den Gebäuden, oder doch demjenigen Grundstücke verknüpft, auf dem die Gebäude stehen, und die übrigen sind nur in sofern daran betheiligt, als dies auf den Umfang des wirthschaftlichen Bedürfnisses von Einfluß ist. Von demselben Gesichtspunkte ausgehend, bestimmt denn auch Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816. Die Besitzer abgetrennter Ländereien können auf die Gerechtsame daher keinen Anspruch machen, wenn sie keines derjenigen Gebäude haben, für welche Holz verlangt werden kann. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 5. S. 22—33.)

d) Die einem Grundstücke verliehene Brennholzgerechtigkeit verbleibt bei einer Theilung des Grundstücks dem alten Hause, und haben die Besitzer der anderen zur Zeit der Verleihung dieser Gerechtigkeit mit Gebäuden nicht versehenen Theile des Grundstückes an derselben keinen Theil.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1854, auf Grund der §§. 22—25. h. t. und des Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 86 Nr. 20.)

e) Die einem Gute zustehende Brenn- und Bauholzgerechtigkeit ist zwar nicht lediglich eine Pertinenz der auf dem Gute befindlichen Gebäude, sondern des gesammten Gutskomplexes; bei Parzellenveräußerungen erhält jedoch in Ermangelung einer ausdrücklichen, entgegenstehenden Verabredung lediglich der Erwerber der auf dem Gute befindlichen Gebäude die Brenn- und Bauholzgerechtigkeit.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juni 1854.

Die Richtigkeit des Rechtssatzes, daß die einem Gute zustehende Holzgerechtigkeit keinesweges lediglich eine Pertinenz der auf dem Gute befindlichen Gebäude, sondern des gesammten Güterkomplexes ist, ergiebt sich schon daraus, daß dergleichen Berechtigungen zur Bewirthschaftung des ganzen Gutes zu dienen bestimmt sind. Er ist aber auch in den Gesetzen ausgesprochen. Denn im §. 10. A. L. R. I. 22. ist das Gut als berechtigt bezeichnet; auch ist er im Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816 enthalten. Das Brennholz ist indeß zum Gebrauche im Wohngebäude bestimmt, und das Bauholz soll zur Unterhaltung der auf der Stelle bereits bestehenden Gebäude dienen; auch sind Grundgerechtigkeiten als untheilbare Rechte anzusehen. Soll daher die Holzberechtigung der Stelle nicht bei dem alten Hofe verbleiben, so bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Verabredung resp. Uebertragung, so wie der Zustimmung des Verpflichteten (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 149 Nr. 36.)

f) Bei Dismembration einer bäuerlichen Stelle geht die derselben zustehende Holzgerechtigkeit, insbesondere das Recht auf Raff- und Leseholz, in Ermangelung anderweitiger Verabredung, auf den Erwerber derjenigen Parzelle über, welche den Grund und Boden, auf welchem die Wohn- und Wirthschaftsgebäude sich befinden oder befunden haben, — die Sohlstätte, Hofesröthe — einschließt.

Dieser Grundsatz findet auch auf Dismembrationen vor dem Ed. v. 14. Sept. 1811 Anwendung.

Angenommen von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1852. (Strietdorst's Arch. Bd. 7. S. 233 Nr. 46.)

g) Durch die Vererbpachtung eines Theils der Pfarrgebäude und Ländereien geht das der Pfarre gegen den Patron zustehende Recht auf Gewährung von Baumaterialien nicht von selbst für die in Erbpacht genommenen Gebäude auf den Erbpächter über.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. April 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 3 Nr. 2.)

II. Das Revisions-Kolleg. für L. K. S. hat sich gleichfalls in folgenden Präj. über die Frage ausgesprochen.

1) Die Uebertragung der nach der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 und dem Ergänz.-G. v. 2. März 1850 ablösbaren Real-Servituten ist auch ohne Zustimmung des Eigenthümers des belasteten

Grundstückes zulässig, wenn dadurch die Verpflichtung und Belastung des verpflichteten Grundstückes nicht vergrößert wird.

Erkannt unterm 29. Dec. 1852.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 455.)

2) Hütungsrechte gehen bei Parzellirungen selbst in dem Falle auf die abgezweigten Trennstücke über, wenn dieselben in dem Veräußerungsvertrage nicht ausdrücklich mit abgetreten waren, vorausgesetzt jedoch, daß die Trennstücke Durchwinterungsmittel gewähren.

Erkannt unterm 23. Sept. 1853. (a. a. O. Bd. 7. S. 104.)

3) Die einem Gute zustehende unbestimmte Brennholzberechtigung steht mit den auf dem Grundstücke befindlichen Wohngebäuden in einer unzertrennbaren Verbindung. Wird bei einer Dismembration ein Theil dieser Gebäude von dem berechtigten Grundstücke abgezweigt, so geht ein verhältnißmäßiger Theil der Holzgerechtsame ipso jure auf das Trennstück über.

Erkannt unterm 28. Okt. 1853. (a. a. O. Bd. 7. S. 109.)

4) Streuberechtigungen gehen bei Parzellirungen selbst in dem Falle auf die abgezweigten Trennstücke über, wenn dieselben in dem Veräußerungsvertrage nicht ausdrücklich mit abgetreten sind, und die Abfindung für dieselben ist daher nach dem ursprünglichen Umfange des berechtigten Gutes zu gewähren.

Erkannt unterm 10. Okt. 1856. (a. a. O. Bd. 9. S. 340.)

III. Das (vormalige) Revisions-Kolleg. für die Provinz Brandenburg hat in dem Erk. v. 21. Jan. 1843 angenommen, daß bei Parzellirungen die Grundgerechtigkeiten des Hauptgutes auch ohne besondere Verabredung pro rata auf die einzelnen abgetrennten Parzellen mitübergehen. (Centralbl. 1843 S. 375 ff., 387 ff.)

IV. Das Justizmin. bemerkt in dem R. v. 30. Aug. 1824:

Die Uebertragung einer Grundgerechtigkeit von einem berechtigten Grundstücke auf ein anderes ist nur mit Einwilligung des Eigenthümers des verpflichteten Grundstückes zulässig. Die Natur des Verhältnisses, welches jederzeit die Individualität des berechtigten Grundstücks voraussetzt, und daher bei der Substitution eines anderen Grundstücks nicht mehr dasselbe bleibt, erfordert die Zuziehung des durch eine solche Veränderung in seinen Rechten und Verbindlichkeiten betroffenen Eigenthümers des belasteten Grundstücks. Die Vorschrift des A. L. R. I. 19. §. 23. steht dem nicht entgegen, beweist vielmehr, daß vor Veräußerung der Gerechtigkeit der Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks derwegen der beabsichtigten Uebertragung des Rechts gehört werden müsse, und stimmt daher mit dem Röm. Rechte überein, welches in dieser Materie nicht hat abgeändert werden sollen.

(Jahrb. Bd. 24. S. 254, Gräff Bd. 1. S. 117.)

V. Die Ansichten der Schriftsteller über die Frage.

1) Strombeck nimmt an, daß es zur Uebertragung einer Grundgerechtigkeit von einem berechtigten Grundstücke auf ein anderes der Einwilligung des Eigenthümers des verpflichteten Grundstückes nicht bedarf.

Nach Röm. Rechte ist es kontrovers, ob eine Uebertragung von Realservituten ohne Zustimmung des Eigenthümers des verpflichteten Grundstücks zulässig sei oder nicht; die §§. 22. und 23. dagegen gestatten ganz allgemein die Veräußerung aller in den folgenden Titeln einzeln aufgeführten Rechte auf fremdes Eigenthum, unter den angegebenen Bedingungen, und im Tit. 22. ist etwas dem Widersprechendes nicht bestimmt, da der §. 13. a. a. O. die §§. 22., 23. h. t. voraussetzt. Ueberdies erkennt auch die neuere Gesetzgebung, insbesondere das Ed. v. 9. Okt. 1807, der §. 25. des Ges. v. 25. Sept. 1820 und §. 49. des Ges. v. 21. April 1825 die Anwendbarkeit jener Grundsätze auf Grundgerechtigkeiten aller Art an. (Ergänz. zum A. L. R. Bd. 3. S. 870.)

2) Der Verf. des Auff. im Centralbl. 1838 S. 35 ist der Ansicht, daß, wie nach dem Röm. Rechte, so auch nach dem A. L. R., Servituten untheilbar sind (§. 41. A. L. R. I. 2.), und daß dies namentlich auch von solchen gilt, die einer Gemeinde oder mehreren Berechtigten in der Art zustehen, daß der Nutzen, welchen die Servitut gewährt, sämmtlichen einzelnen Mitgliedern der Gemeinde, oder den mehreren Eigenthümern des berechtigten Grundstückes zum Vortheil gereiche. Denn das Recht der Servitut selbst bleibe immer eine untheilbare Einheit, indem die Ausübung durch mehrere Personen nicht die Absonderung des Rechtes selbst in einzelne Theile herbeiführen könne.

3) Der Verf. der Abhandl. in der Zeitschr. des Revisions-Kolleg. für L. K. S. Bd. 1. S. 132 ff. führt aus, daß Hutungsrechte nicht an das berechtigte Gut gebunden sind, sondern von demselben abgetrennt und sowohl vorübergehend, als dauernd an ein anderes Grundstück oder an eine Person übertragen werden können.

4) Der Verfasser der Abhandl. a. a. O. Bd. 3. S. 141 ff. hält weder die in der vorstehend zu 3. gedachten Abhandlung vertheidigte Ansicht, noch die von dem Ob. Trib. in den Erk. v. 17. Nov. 1843 u. 4. Dec. 1847[1]) ausgesprochene in ihrer Allgemeinheit für richtig, sondern findet den Grund des Irrthums in beiden Ausführungen darin, daß die Grundrechte (Realberechtigungen) von den Grundgerechtigkeiten (Servituten) nicht unterschieden worden sind. Betreffs der Schäfereigerechtigkeit, als einer Realberechtigung, sei die Trennbarkeit von dem Hauptgute und die Zulässigkeit der Uebertragung auf ein anderes Gut oder eine Person anzunehmen; Grundgerechtigkeiten dagegen seien als untrennbar von dem berechtigten Gute anzusehen und könnten nicht einseitig auf ein anderes Grundstück oder eine Person übertragen werden. Daraus folge indeß noch nicht ihre Untheilbarkeit, in sofern dieselbe mit der Theilung des berechtigten Grundstückes in Verbindung steht. In dieser Beziehung wird bemerkt:

Rechte sind allerdings nur ideell theilbar, und nur alsdann, wenn die Ausübung getheilt werden kann, und bei Grundgerechtigkeiten wird dies gewöhnlich nicht der Fall sein. Wenn aber Hutungsrechte mit mehreren Viehhäuptern ausgeübt werden, und die Zahl derselben von den Durchwinterungsmitteln des berechtigten Gutes abhängt — A. L. R. I. 22. §. 90. — auch angenommen werden muß, daß die Berechtigung zur Nothdurft der ganzen Wirthschaft verliehen worden sei — so ist bei einer Dismembration der Ländereien des berechtigten Gutes die Theilung der Hutungsbefugniß in soweit für zulässig anzunehmen, als von den abgezweigten Ländereien die Futterungsmittel zur Ueberwinterung einer Zahl der gesammten, von dem Stammgute überwinterten und zur Weide berechtigten Viehhäupter zu beschaffen sind[2]). — Daß dadurch die Belastung des dienenden Grundstücks nicht erschwert werden darf, versteht sich von selbst. — Dieselben Grundsätze finden sich im Art. 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816 ausgesprochen.

5) Die Abhandl. a. a. O. Bd. 4. S. 273 ff. sucht zu zeigen, daß Servituten im Allgemeinen zu den (juristisch) theilbaren Sachen gehören, und daß dies auch in Betreff der Grundgerechtigkeiten, abgesehen von einzelnen Arten derselben, wie das Traufrecht, das jus tigni immittendi, das Licht- und Fensterrecht 2c., anzunehmen sei. Indeß sei die Theilbarkeit keine ganz unbegrenzte, sondern es seien hier gewisse, aus dem Wesen jener Rechte sich ergebende Schranken gesetzt. Dies seien folgende:

a) Bei Hütungsrechten.

Die abgezweigte Parzelle muß so groß sein, daß sie die erforderlichen Futtermittel mindestens für ein Stück der hütungsberechtigten Viehgattung gewährt. Denn ohne diese Voraussetzung wäre der Parzellenbesitzer in der Regel nicht im Stande, das Hütungsrecht auszuüben; von der Möglichkeit der Ausübung aber hängt die Theilbarkeit ab.

Bei der eigentlichen Hütungsservitut — (der §. 96. A. L. R. I. 22. spricht von einem persönlichen Nutzungsrechte, welches hier nicht in Frage kommt) — entscheidet über den Umfang derselben das Maß der vorhandenen Durchwinterungsmittel des berechtigten Gutes, vorausgesetzt, daß die Zahl des vorzutreibenden Viehes nicht urkundlich oder sonst rechtsgültig bestimmt ist (§. 90. l. c.). Existirt eine solche Bestimmung, so kann der doppelte Fall eintreten. Entweder nämlich ist die urkundliche Viehzahl kleiner, als die durchzuwinternde, oder sie ist größer. Im ersteren Falle würde der Parzellenbesitzer eine verhältnißmäßige Kürzung seines durchzuwinternden Viehstandes sich gefallen lassen müssen; im anderen Falle würde er mehr Vieh auftreiben können, als er durchzuwintern im Stande ist. In beiden Fällen aber kann er ein Hütungsrecht überhaupt nur in soweit beanspruchen, als bei der Theilung der urkundlichen Viehzahl mindestens ein ganzes Stück derselben auf seinen Theil fiele. Nach diesem Grundsatze erscheint die Annahme nicht gerechtfertigt, daß bei Parzellirung eines hütungsberechtigten Grundstücks auf jede auch noch so kleine Parzelle ein verhältnißmäßiger Theil dieses Hütungsrechtes übergegangen sei.

Eine solche Annahme würde nur dann Platz greifen, wenn das Hütungsrecht zur Substanz des Grundstücks gehörte (A. L. R. I. 2. §. 4.), oder wenn dasselbe dem berechtigten Grundstücke so immanent wäre, wie z. B. das Pfandrecht in Bezug auf die verpfändete Sache. Beides ist aber nicht der Fall.

b) Bei Holzungsgerechtigkeiten.

Auch hier ist die Theilbarkeit durch die Möglichkeit der Ausübung des getheilten Rechtes bedingt. Wenn also von einem holzungsberechtigten Grund-

---

[1]) Vergl. ob. sub I. ad 1. u. 2.

[2]) Dies hat auch das Rev. Kolleg. für L. K. S. in dem Erk. v. 23. Sept. 1853 angenommen. Vergl. ob. Zus. II. 2. ad b. 1.

stücke Theile abgezweigt werden, so kommt es darauf an, ob Baulichkeiten mit abgetreten werden. Nur in diesem Falle hat der Parzellenbesitzer einen verhältnißmäßigen Theil des Holzungsrechtes erworben, welches zwischen ihm und dem Stammbesitzer sich theilt. Im entgegengesetzten Falle verbleibt dasselbe ungetheilt dem Stammgute.

c) Bei Streu- und Mastgerechtigkeiten.

Beiderlei Rechte setzen voraus, daß auf dem berechtigten Grundstücke Vieh gehalten wird, oder mittelst der vorhandenen Futtermittel gehalten werden kann. Hierdurch ist die Theilbarkeit dieser Rechte in derselben Art, wie bei dem Hütungsrechte, durch die Möglichkeit der Theilung bedingt.

6) Korte (Abhandl. über die Uebertragbarkeit von Dienstbarkeiten nach den Grundsätzen des Preuß. Rechtes) führt aus, daß nach den landrechtlichen Grundsätzen kein Hinderniß der Uebertragung einer Grundgerechtigkeit von einer Sache auf die andere anzunehmen sei. Nur diejenigen Grundgerechtigkeiten bildeten hiervon eine Ausnahme, welche lediglich durch das individuelle Bedürfniß einer bestimmten Sache hervorgerufen und mit Rücksicht auf dieses allein nur zur Nothdurft einer bestimmten Sache bestellt worden sind.

(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 402 ff.)

§§. 24. 25. u. 27. Als eine bloß willkührliche in dem vorhergehenden Zustande nicht gegründete Veränderung (§. 24.) kann z. B. die Vermehrung einer Familie oder einer Gemeinde nicht betrachtet werden. Familie und Gemeinde stehen sich in dieser Beziehung gleich. Wie die Zahl der Familienglieder, so ist auch die der Gemeindeglieder dem Wechsel unterworfen, und wie der Bedarf der Familie, so ist auch der der Gemeinde ein wechselnder, durch die Anzahl der Mitglieder bedingter.

Auf diese Erwägung stützt sich der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 31. Jan. 1848[1]). (Präj. Nr. 1982.)

Nach gemeinem und Sächsischem Rechte erstreckt sich die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Waldstreugerechtsame, deren Nutzungen den einzelnen Gemeindegliedern zustehen, auch auf den Bedarf der erst nach dem Beginne der Verjährung hinzugetretenen Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Klasse der Mitglieder vorhanden sind.

Der gedachte Pl. Beschl. findet dies auch nach den Vorschriften der §§. 24., 25. u. 27. h. t. gerechtfertigt, indem die anscheinend entgegenstehenden §§. 211., 222. A. L. R. I. 22. auf den Fall der Verleihung zu beschränken seien und Privilegien die strikteste Auslegung erforderten. (Präj. Samml. S. 46, Entsch. Bd. 16. S. 29 ff.)

Hierdurch ist die in dem älteren Erk. des Ob. Trib. (Datum konstirt nicht) (Centralbl. 1843 S. 168) ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht verworfen, deren Richtigkeit auch bereits in dem Auff. im Centralbl. 1838 S. 152 angefochten worden war.

§. 29. Können Eigenthumsklagen durch Nichtgebrauch verjähren?

Es verneinen Schröter (Civil. Verf. Bd. 1. S. 8 ff.) und Thöne (System ꝛc. Bd. 2. S. 500), da eine Verjährung durch Nichtgebrauch und durch Besitz bestehe, letztere aber mit der ihr nöthigen bona fides überflüssig wäre, wenn der Eigenthümer schon durch den dreißigjährigen Nichtgebrauch sein Eigenthum verlöre, mithin der Verjährende ohne bona fides dasselbe erwerbe; da ferner A. L. R. I. 9. §. 568., Tit. 21. §. 7. in Betreff der actio negatoria, Tit. 9. §. 504. rücksichtlich der rei vindicatio widersprechen. Der §. 29. h. t. beziehe sich mithin bloß auf die actio confessoria und die Klage aus dem Faustpfande.

§. 32. 1) Die Verjährung durch Nichtgebrauch wird auch dadurch nicht gehindert, daß der Berechtigte seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage erfüllt hat, wenn die erfüllte Verbindlichkeit mit dem nicht ausgeübten Rechte nicht in einer solchen Beziehung steht, daß sie als Gegenleistung für das nicht ausgeübte Recht klar hervortritt.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht), weil der §. 32. h. t. zu seiner Anwendbarkeit erfordere, daß die erfüllte Verbindlichkeit mit dem nicht ausgeübten Rechte in einer solchen Beziehung stehe, daß sie als das Aequivalent desselben klar hervortritt. (Entsch. Bd. 17. S. 284.)

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 666. Zus. 2.

2) Vergl.: a) das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1783. v. 21. Sept. 1846 (Präj. Samml. S. 122, Entsch. Bd. 14. S. 267) in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 570., 571. Zus. 4.;

b) das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Nov. 1849 (sub 5.) in den Erg. zu den §§. 1 — 7. h. t. Zus. 2.

(s. oben S. 638.)

§. 33. Ueber das Erlöschen der Gültigkeit eines von dem Ehemanne über ein eingebrachtes Grundstück der Ehefrau geschlossenen Miethsvertrages mit dem Ende des ehemännlichen Nießbrauchsrechts vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 388.

Zwanzigster Titel.

Von dem Rechte auf die Substanz einer fremden Sache.

Erster Abschnitt.

Vom Rechte des Unterpfandes.

§§. 2—5. Titel zum Pfandrechte.

Schmidt's Grundsätze des gemeinen und Preuß. Pfandrechts. Breslau, 1840. 8.

§. 2. Der Art. 13. des Einführ. G. v. 8. Mai 1855 zur Konk. O. bestimmt:

In der Stadt Danzig und deren ehemaligem Gebiete kann fortan ein Pfandrecht nur nach den geltenden allgemeinen Vorschriften bestellt werden.

Die entgegenstehenden Bestimmungen des Statutarrechts, namentlich des Jus Culmense ex ultima revisione Buch 4. Tit. 4. Kap. 4. u. 8. werden aufgehoben. (G. S. 1855 S. 320.)

§. 3. Die Fälle, in welchen der Tit. zur Hypothek eingeräumt wird, sind durch die Konk. O. v. 8. Mai 1855 sehr vermindert.

Vergl. das Einführ. G. v. 8. Mai 1855 zur Konk. O. Art. 11. u. 12.

§. 4. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §. 180.

Koch bemerkt:

Der hier gedachte Antrag besteht in der Anbringung der aus dem Rechtsverhältnisse entspringenden persönlichen Klage auf Sicherheitsbestellung. Wie diese zu bewerkstelligen sei, hat der Richter nach den allgemeinen Grundsätzen Tit. 14. §§. 186. ff. zu bestimmen, wenn für den Fall keine Spezialbestimmungen gegeben sind, wie z. B. Tit. 21. §. 13. der Pr. O. geschehen ist. Aus der Vollstreckung des Urtheils entsteht dann ein wirkliches Unterpfandsrecht, selbst wenn es auf Zulassung eines Bürgen ausgefallen sein sollte; denn der Bürge selbst muß seine Bürgschaft hypothekarisch versichern (Tit. 14. §. 192.).

(Landr. Bd. 2. Anm. 6. zum §. 4. h. t.)

§. 5. 1) Der §. 5. nimmt in Betreff der Art und Weise der Entstehung eines Pfandrechtes im Wege der Exekution auf die Vorschriften der Prozeßordnung Bezug. Da indeß in dieser die näheren unmittelbaren Bestimmungen hierüber fehlen, so entstanden Zweifel in dieser Beziehung, welche durch die Min. Reskr. v. 6. Nov. 1797 (Rabe Bd. 4. S. 348), v. 1. Juli und 2. Sept. 1799 (a. a. O. Bd. 5. S. 486 u. 547) und v. 7. Jan. 1808 (a. a. O. Bd. 9. S. 102), unter Bezugnahme auf das gemeinrechtliche pignus praetorium, auf den §. 4. Tit. 19. Thl. II. des Entw. zum Gesetzbuche und die Materialien zum §. 116. A. G. O. I. 24. dahin entschieden wurden, daß nur erst die verfügte Subhastation, Immission oder Sequestration eines Grundstücks einen Titel zum Pfandrechte und das Recht zur Eintragung der Forderung gebe. In allen diesen Fällen war indeß mehr nur von der Eintragung einer bloßen Protestation zur Sicherung des Gläubigers wider nachtheilige Dispositionen des Schuldners die Rede, und es wurde deshalb bei der Verschiedenheit der Meinungen der Gerichtshöfe über die rechtlichen Wirkungen solcher, im Wege der Exekution eingetragenen Protestationen ein Gutachten der Gesetz-Komm. erfordert, welches unterm 29. April 1808 (Rabe Bd. 9. S. 187) erstattet worden ist und, unter Berücksichtigung der §§. 400. u. 412. h. t. und des §. 182. Tit. II. der Hyp. O., annahm:

daß ein Personalgläubiger, welcher im Wege der Exekution nicht den bloßen Beschlag der Einkünfte eines Grundstücks des Schuldners, sondern die wirkliche Immission, Sequestration oder Subhastation eines solchen Grundstücks, den Vorschriften der A. G. O. I. 24. §§. 116. ff. und Tit. 50. §§. 447. ff. gemäß, erlangt habe, für wohl befugt zu erachten sei, seine Forderung selbst auf dieses Grundstück eintragen zu lassen.

Die auch dann noch übrig gebliebenen Zweifel haben durch die Vorschriften der §§. 22. u. 23. der V. v. 4. März 1834 über die Exekution in Civils. (G. S. S. 36) ihre Erledigung gefunden, deren Bestimmungen nunmehr in Betreff der Frage maßgebend sind, wie im Wege der Exekution ein Pfandrecht entsteht.

Vergl. die §§. 22. u. 23. der V. v. 4. März 1834 nebst deren Erläuterungen in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 110. sqq.

2) Vergl. die K. O. v. 6. Mai 1836[1]) (G. S. S. 194), nach welcher die von den Regierungen innerhalb der Grenzen des ihnen gesetzlich zustehenden Exekutionsrechtes angeordneten exekutivischen Maßregeln dieselbe Wirkung haben, welche das Gesetz den gerichtlichen Exekutionen beilegt.

§§. 6—10. Erwerbungsart des Pfandrechtes.

§. 9. Das dingliche Recht, die Hypothek, ist erst mit der Eintragung erworben. Die Anmeldung (Präsentation des Eintragungsgesuches) ist ohne Wirkung für die Entstehung des Pfandrechtes.

Das Ob. Trib. bemerkt hierüber in dem Erk. v. 7. Juni 1845:

Die in der Hyp. O. Tit. II. §. 30. dem Hypothekenbuchführer gegebene Vorschrift, die nach §. 501. A. L. R. I. 20. auch für den Richter bindend ist, regelt lediglich den Fall, wenn ihm mehrere Befehle von einerlei Art, und dasselbe Grundstück betreffend, zu gleicher Zeit zugestellt werden, und es deshalb auf die Feststellung der Folgeordnung der zu bewirkenden Eintragung ankommt. Sie setzt in der Anwendung gleichartige, persönliche Rechte, namentlich Darlehnsposten, die sämmtlich erst mit einem Titel zur Hypothek versehen sind, voraus und findet mithin auf den Fall keine Anwendung, wenn ein Besitztitel und ein Hypothekentitel von verschiedenen Personen präsentirt worden.

(Entsch. Bd. 12. S. 199.)

§§. 9. 10. Vergl. die Bemerkungen von Suarez in der rev. mon. zur Rechtfertigung dieser von der Theorie des gemeinen Rechtes abweichenden Vorschriften. (Jahrb. Bd. 41. S. 58, 59.)

§§. 11—14. Für welche Ansprüche ein Pfandrecht bestellt werden könne.

§. 11. Kann auch für eine Wechselforderung durch Pfand oder Hypothek gültig Sicherheit bestellt werden?

1) Das R. des Großkanzlers v. Goldbeck v. 12. Sept. 1803 bejahet.

Wir haben aus Eurem Ber. v. 30. v. M. ersehen, welche Bedenklichkeiten Euch abgehalten haben, der von Seiten eines adeligen Gutsbesitzers dortigen Dep. nachgesuchten Eintragung eines über 1200 Rthlr. ausgestellten Hyp. Instr., weil über dieselbe Schuld bereits ein Wechsel ausgestellt gewesen, statt zu geben, und wie Ihr solcherhalb beschieden zu werden wünschet. Es dienet Euch darauf zur gnädigsten Resolution, daß diese Bedenken ganz ungegründet sind. Die von Euch angezogene Stelle der Hyp. O. Tit. 2. Abschn. 3. §. 105. verordnet nur, daß eine in dem Wechselinstrument bestellte Konv. Hyp. zur Eintragung in das Hyp. Buch nicht angenommen werden soll; dieses schließt aber nicht aus, daß ein Wechselgläubiger in einem besonderen Instr. sich noch andere, auch hypothekar. Sicherheit kann bestellen lassen. Sogar gestattet es das Ges. ausdrücklich, indem nach dem A. L. R. I. 14. §. 297. dem Wechselgläubiger freisteht, sich, mit Uebergehung des Hauptschuldners, sofort an den Bürgen zu halten. Wenn nun außer dem Wechsel noch andere Sicherheit durch Bürgen stattfindet, so spricht es auch von selbst, daß ebenfalls hypothekarische Sicherheit außerdem bestellt werden kann. Ihr habt daher, dem Gesuche des Gläubigers, welcher zu dieser Anfrage Anlaß gegeben hat, sofort zu deferiren.

(R. Arch. Bd. 3. S. 190, Rabe Bd. 7. S. 494.)

2) Dagegen stellt indeß das R. des Justizmin. v. 14. Aug. 1845 Bedenken auf.

Ew. Hochw. erwidere ich auf das Schr. v. 10. d. M., daß ich die Weigerung des O. L. G. zu Glogau, den der Hauptbank gehörigen Wechsel in das Hypothekenbuch einzutragen, nicht mißbilligen und die von Ihnen deshalb geführte Beschwerde nicht für gegründet erachten kann. Das O. L. G. beruft sich mit Recht auf die §§. 105. und 106. Tit. 2. der Hyp. O., welche die hypothekarische Eintragung eines Wechsels, wenn auch darin eine Konventions-Hyp. verschrieben ist, ausdrücklich verbieten und dieselbe, falls sie dennoch geschehen ist, für **nichtig** erklären.

Ich will nicht in Abrede stellen, daß dieses positive gesetzl. Verbot de lege ferenda mancherlei Bedenken zuläßt, und namentlich mit den späteren allgemeinen Vorschriften der §. 11. Tit. 20. Thl. I., §. 845. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. und §. 188. des Anh. zur A. G. O. nicht mehr im Einklange steht. Daß dasselbe aber, wie Ew. Hochw. meinen, durch diese späteren Ges. implicite aufgehoben sei, läßt sich, m. E., nicht annehmen, da vielmehr eine ausdrückliche Aufhebung desselben hierzu erforderlich sein würde. So lange diese nicht erfolgt, ist der Hypothekenrichter unzweifelhaft verpflichtet, jene Vorschrift der, ihm als nächste Norm dienenden Hyp. O. zu beachten.

Selbst die in dem R. des Großkanzlers v. Goldbeck v. 12. Sept. 1803 aufgestellte und von dem A. G. O. zu Glogau angenommene Ansicht, daß die Hyp. für eine Wechselschuld in einem besonderen Instrumente neben dem Wechsel gültiger Weise bestellt werden kann, erscheint nicht unzweifelhaft, da jenes R. nur in das neue Archiv und nicht auch in die akademische Ediktensammlung aufgenommen, mithin nach dem Publikationspatent zur neuen Auflage des A. L. R. v. 11. April 1803 als eine gesetzliche Vorschrift nicht zu betrachten, überdies aber auch ganz mit Recht das von Ew. Hochw. bemerklich gemachte Bedenken dagegen zu erheben ist, daß auf diese Weise eine und dieselbe Forderung zweimal verbrieft und dadurch leicht Veranlassung zu Betrügereien gegeben werden würde x. (Min. Akt. I. 2914., Gen. Hft. 10. Vol. 8. Fol. 173.)

3) Das Ob. Trib. hat bejahet.

Die Vorschrift der Hyp. O. Tit. II. §§. 105. u. 106, wonach Wechsel, auch wenn darin außer der wechselmäßigen Verbindung eine Konventionalhypothek verschrieben ist, dennoch zur Eintragung nicht angenommen, und wenn sie gleichwohl eingetragen worden, der Gläubiger daraus kein wahres Recht, als er vorher gehabt, erlangen soll, bezieht sich nur auf die Hypothekenbestellung im Wechsel selbst, und schließt nicht aus, daß neben dem Wechsel für die dadurch verbriefte Forderung hypothekarische Sicherstellung derselben dem Gläubiger mit rechtlicher Wirkung von dem Schuldner eingeräumt werden könne.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1853. (Präj. Nr. 2460.)

Die Vorschrift des §. 105. Tit. II. der Hyp. O. findet in der Natur und Bestimmung der Wechselbriefe auch jetzt noch ihre Rechtfertigung. Sie hat aber lediglich den Fall im Auge, wo **in dem Wechsel**, außer der wechselmäßigen Verbindung, eine Konventional-Hyp. verschrieben ist. Keineswegs wird dadurch die Frage berührt, ob neben der Wechselverbindlichkeit für dieselbe Forderung, worüber der Wechsel lautet, nicht noch andere Sicherheit durch Pfand oder Hypothek bestellt werden können? Ueber diese Frage enthält die Hyp. O. keine Vorschrift; sie kann nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Natur des Pfandrechtes und der Sicherung eingegangener Verbindlichkeiten beantwortet werden. In dieser Beziehung bestimmt aber der §. 11. A. L. R. I. 20. ganz unbeschränkt, daß für jeden an sich rechtsbegründeten Anspruch durch Pfand oder Hyp. gültig Sicherheit bestellt werden kann, und daß eine Sicherheitsbestellung durch Pfand auch bei Wechseln, neben der Wechselverbindung, zulässig, ergeben der §. 845. A. L. R. II. 8. und der §. 188. des Anh. zur A. G. O., so wie der §. 297 A. L. R. I. 14. Ist aber die Pfandbestellung bei Wechseln zulässig, so muß es auch die Hypothekenbestellung sein; denn nach §§. 6—8. A. L. R. I. 20. ist letztere nur ein modus für die Art der Erwerbung eines Pfandrechtes. — Die entgegenstehende Ansicht des R. v. 14. Aug. 1835 ist nicht haltbar.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 87, Entsch. Bd. 26. S. 314.)

4) Bornemann spricht sich gleichfalls für die Bejahung aus, indem er eine Bemerkung von Suarez aus der rev. mon. mittheilt, welche ergiebt, daß auch die Redaktoren dieser Ansicht gewesen sind.

(System Bd. 4. S. 268, 2. Ausg. Bd. 4. S. 168.)

Gleicher Meinung sind: Schmidt (Grundsätze des Pfandr. S. 139) und Koch (Lehrb. des Preuß. Privatr. §. 365., Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 11. h. t.)

§§. 11. 12. Das für eine simulirte Forderung bestellte Hypothekenrecht ist nur in soweit ungültig, als die Forderung wirklich simulirt ist; soweit die Forderung existirt, besteht auch das Hypothekenrecht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. März 1851, auf Grund der §§. 11., 12. h. t. und I. 11. §§. 742., 866., 867. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 315 Nr. 70.)

§. 12. Dadurch allein, daß über die schuldige Summe ein Schuldschein unrichtig als über ein Darlehn ausgestellt worden, wird die bestellte Hypothek nicht wirkungslos. Es kommt vielmehr lediglich

[1]) Vergl. diese K. O. in den Erg. zu der Geschäfts-Instr. für die Reg. v. 23. Okt. 1817 (s. die Erg. zum A. L. R. II. 10.).

darauf an, daß überhaupt ein Rechtsgeschäft besteht, welches geeignet ist, eine Zahlungsverbindlichkeit rechtlich zu begründen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1854, mit Rücksicht auf §§. 866—868., 720. A. L. R. I. 11. u. §. 12. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 172 Nr. 40.)

§§. 15—21. Wer ein Pfandrecht bestellen könne.

§. 15. 1) R. v. 27. Okt. 1820.

Wenn auch mit Hinsicht auf den §. 15. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. das im §. 446. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. enthaltene Verbot des Verkaufs einer noch nicht angefallenen Erbschaft auf die Verpfändung derselben auszudehnen sein dürfte, so ist doch hier gar nicht von der Verpfändung einer Erbschaft oder eines Erbrechts die Rede, sondern bloß von einem einzelnen Objekte, welches ein Gegenstand des künftigen Erbanfalls sein würde. Der §. 447. Tit. 11. l. c. disponirt aber, daß nur alsdann ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden sei, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Theil desselben verkauft worden.

Unter der Voraussetzung ferner, daß die Emilie B. als fideikommissarische Erbin des verpfändeten Kapitals aus dem Hypothekenbuche konstiren wird, ist es gleichgültig, daß die Wittwe B. in der Disposition über das Kapital, nicht allein durch die Emilie B., sondern durch ihre gesammte Descendenz beschränkt wird, daß es ferner noch zweifelhaft ist, ob die Verpfändung den Erbanfall ganz ohne Konkurrenz mit mehreren Miterben erleben wird, und der Testamentsexekutor der Verpfändung widerspricht, denn es versteht sich von selbst, daß die Verpfändung auch nach erfolgter Eintragung nur in soweit gilt, als der Verpfänderin nach dem Anfalle die Disposition zustehen wird, und es läßt sich nicht absehen, wie dem Kurator in soweit ein Widerspruchsrecht zustehen kann. (Min. Akt. Gesetzrev. Pens. XIV. Fol. 12.)

2) Vergl.: a) über die Nichtbefugniß des zur Cession einer Schuldforderung Bevollmächtigten, dieses Aktivum wegen einer eigenen Schuld zu verpfänden und damit für sich einem Dritten Sicherheit zu bestellen, das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Dec. 1851 in den Erg. zum A. L. R. I. 13. §§. 62. u. 63. Zus. 2.;

b) über die Nichtbefugniß eines Miterben zur Verpfändung des ihm nur antheilsweise überwiesenen Erbschaftsaktivums das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Jan. 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 17. §. 152.

§. 16. 1) Der gesetzliche Grundsatz, daß, wenn der Verpfänder das Recht, über die Sache zu verfügen, erst nach geschehener Verpfändung überkommt, die Verpfändung dadurch von selbst ihre Wirksamkeit erlangt, ist nicht bloß auf das konventionelle Pfandrecht anwendbar, sondern findet auch auf das gesetzliche Pfandrecht Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1852.

Der Unterschied zwischen konventionellem und gesetzlichem Pfandrechte hat keinen Einfluß auf die Frage, ob und in wieweit eine Sache Gegenstand des Pfandrechts gesetzlich sein kann. Der §. 16. h. t. enthält aber nur eine Anwendung der allgemeinen Rechtsregel, daß mit dem Aufhören des in Absicht des Gegenstandes der erfolgten Disposition bestandenen Hindernisses die Disposition selbst volle Wirkung erhält, und diese Rechtsregel findet auch auf das gesetzliche Pfandrecht Anwendung.

(Entsch. Bd. 24. S. 93, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 64 Nr. 16.)

2) Der Erbe kann zwar während des über den Nachlaß eröffneten Konkurses Nachlaßgrundstücke nicht mit sofort eintretender rechtlicher Wirkung verpfänden; allein nach erfolgter Aufhebung des Konkurses gelangen solche Verpfändungen rücksichtlich der zur Befriedigung der Konkursgläubiger nicht verwendeten Grundstücke zur rechtlichen Wirksamkeit.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1853, mit Bezug auf den §. 16.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 302 Nr. 61.)

§§. 22—24. Wirkung des Pfandrechts.

§§. 22. 23. In einem Befrachtungskontrakte wurde die Ladung für die Frachtgelder und Zölle ausdrücklich verpfändet. Bei der Abladung ergab sich, daß das geladene Gut von so schlechter Beschaffenheit war, daß es die Frachtgelder angeblich nicht deckte. Der Rheder forderte deshalb Verbesserung der Sicherheit, und erstritt in beiden Instanzen ein günstiges Urtheil. Das Ob. Trib. wies indeß durch Erk. v. 22. März 1815 die Klage als an sich unbegründet zurück. (Simon's R. Bd. 2. S. 136 ff.)

Koch erklärt diese Entscheidung nach dem §. 23. h. t. für nicht gerechtfertigt. (Landr. Bd. 2. Anm. 22. zum §. 23. h. t.)

§. 24. R. v. 14. Febr. 1834. Die Bedingung, daß ein Schuldner ohne Konsens seines Gläubigers auf das Grundstück keine weitere Schulden eintragen lassen, so wie, daß er ohne dessen Konsens das Grundstück nicht verkaufen wolle, ist ohne rechtliche Wirkung, und darf eine Protestation deswegen in das Hypothekenbuch nicht eingetragen werden. (Jahrb. Bd. 43. S. 97, Gräff Bd. 8. S. 8.)

§§. 25—35. Wirkung des Pfandrechts in Betreff der Veräußerung der verpfändeten Sache.

§. 28. Ausnahmsweise sind gewöhnlich die öffentlichen Kredit-Institute in ihren Privilegien und Statuten zum Privatverkaufe der bei ihnen eingelegten Pfandstücke ermächtigt, z. B. die Bank und die Seehandlung.

a) K. O. v. 20. Mai 1826.

Bei dem mit Meiner Genehmigung durch die Seehandlung eingeleiteten Geschäfte der Verpfändung der auf den Wollmärkten nicht verkäuflichen Wolle will Ich die Seehandlung ermächtigen, die verpfändete Wolle zur Verfallzeit, ohne Zuziehung der Eigenthümer und ohne Einwirkung gerichtlicher Behörden, durch eine von ihren Beamten anzustellende Auktion, oder auch nach ihrer Wahl, aus der Hand, durch vereidete Mäkler, da, wo sie lagert, und in dem Zustande, in welchem solche sich dann befindet, zu jedem zu erlangenden Preise, ohne Rücksicht auf den Behufs der Beleihung abgeschätzten Werth, veräußern zu dürfen, um sich aus dem Erlös, wegen Kapital, Zinsen und Kosten bezahlt zu machen. Ich habe übrigens sowohl der Seehandlung, als den Eigenthümern der Wolle, welche beliehen wird, die Stempelfreiheit für alle Verhandlungen, welche das Beleihungs-, Lagerungs- und Verkaufsgeschäft erforderlich macht, bewilligt. (G. S. 1826 S. 44.)

b) K. O. v. 31. Jan. 1827.

Da die gemeinnützigen Zwecke der Geschäfte der Seehandlung die möglichst baldige Wiedereinziehung der von ihr ausgeliehenen Kapitalien erfordern, so will Ich das der Bank bereits zustehende Recht des außergerichtlichen Verkaufs der eingesetzten Pfänder auch der Seehandlung beilegen. Selbige ist hiernach ermächtigt, bei nicht erfolgender Rückzahlung der auf Pfänder gegebenen Vorschüsse, nach Eintritt der Verfallzeit, das Unterpfand mittelst einer von ihren Beamten abzuhaltenden öffentlichen Auktion zu verkaufen und sich aus dem Erlös für Kapital, Zinsen und Kosten bezahlt zu machen. Im Falle über eines das Vermögen des Schuldners eröffneten Konkurses ist die Seehandlung nicht verpflichtet, ihre Pfänder herauszugeben. Ihr verbleibt vielmehr auch in diesem Falle das Recht des außergerichtlichen Verkaufs mit der Verbindlichkeit, den nach ihrer Befriedigung noch vorhandenen Rest der Lösung zur Konkursmasse abzuliefern. (G. S. 1827 S. 24.)

c) Vergl. Bank-Ordnung v. 5. Okt. 1846 §. 117.

(G. S. 1846 S. 461.)

§§. 28—30. Die R. v. 12. Aug. 1809 und 4. Dec. 1809 bestimmen, daß dem Gläubiger die Befugniß, verpfändete, auf jeden Inhaber lautende Obligationen unter dem Nominalwerthe nach dem Kourse zu verkaufen, nicht zugestanden werden könne (Mathis Bd. 8. S. 297 u. 588, Rabe Bd. 10. S. 129 u. 204). Das G. v. 4. Juli 1822 [1]) (G. S. S. 178) hat indeß nunmehr diese Frage gesetzlich regulirt.

§§. 28. sqq. Bei der mit einer Verkaufskommission in Handelssachen zur Deckung des Kommissionairs verbundenen Verpfändung des Kommissionsguts bleiben die allgemeinen Bestimmungen der Gesetze über den dem Pfandgläubiger nur unter gewissen Beschränkungen gestatteten Verkauf der verpfändeten Sache, außergerichtlich, aus freier Hand, außer Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1848. (Präj. Nr. 2033.)

Beim einfachen Pfandvertrage ist das Uebereinkommen unter den Interessenten zunächst auf Zahlung der Schuld zur Verfallzeit durch den Schuldner gerichtet. Erst wenn dieser seine Verbindlichkeit nach eingetretenem Zahlungstermine nicht genügt, tritt das Recht des Gläubigers, sich an die verpfändete Sache zu halten, in Wirksamkeit. Der gesetzliche Weg für die Ausübung dieses Rechts ist der der Klage des Gläubigers auf Zahlung der Schuld und die Vollstreckung der Exekution in das Pfand. Die letztere erfolgt durch die gerichtliche Veräußerung der verpfändeten Sache. Der außergerichtliche Verkauf der letzteren ist demgemäß dem Gläubiger verschränkt, und von der Ein-

[1]) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105.

willigung des Schuldners und Verpfänders abhängig. — Ist dem Gläubiger eine solche Befugniß durch einen vor der Verfallzeit geschlossenen Vertrag eingeräumt worden, so kann der Gläubiger das Pfand nicht unter dem Betrage einer mit Zuziehung des Schuldners durch Sachverständige aufgenommenen Taxe außergerichtlich verkaufen (A. L. R. I. 20. §§. 25., 29—32.) Eine Uebertragung dieser Vorschriften auf eine, mit einer kaufmännischen Verkaufs-Kommission zusammenhängende Verpfändung ist nicht begründet. Der Kommissionsvertrag bildet das Hauptgeschäft, es geht auf den freien Verkauf des Kommissionsgutes im Handelsverkehr durch den Kommissionair im Interesse des Kommittenten. Dieser erhebt in den Vorschüssen, die er von dem Kommissionair auf die Waaren empfängt, im Voraus ganz oder theilweise den von dem Kommissionair zu lösenden Kaufpreis. Die zur Deckung dieser Vorschüsse hinzutretende Verpfändung des Kommissionsgutes hat nur den Zweck der Sicherung des Kommissionairs in dem Rechte der künftigen Abrechnung der von ihm an den Kommittenten schon geleisteten Zahlungen. Ein einfaches Schuldverhältniß zwischen beiden, wie beim einfachen Pfandvertrage, liegt nicht vor. Die Deckung des Kommissionairs im Kommissionsgute behufs jener künftigen Abrechnung nach der Ausführung des Verkaufsauftrages, und die Sicherstellung des Gläubigers für eine Schuldforderung durch ein Unterpfand, weichen nach ganz verschiedenen Richtungen hin wesentlich von einander ab. Eine Anwendung der Bestimmungen über die Zulässigkeit des außergerichtlichen Verkaufs eines Pfandstückes durch den Pfandgläubiger unter gewissen Beschränkungen würde hier zu einer Aufhebung der rechtlichen Natur der Verkaufs-Kommission führen.

(Präj. Samml. S. 110, Entsch. Bd. 17. S. 230, Rechtsf. Bd. 4. S. 146 Nr. 74.)

§§. 29. 31. Besteht das Pfand in öffentlichen Werthpapieren, hat ferner der Darlehnsgeber und Pfandgläubiger sich nicht zur Rückgewähr bestimmter Nummern, sondern nur überhaupt zur Rückgewähr der Stückzahl verpflichtet, und ist endlich die Cession der Papiere als Form des Pfandvertrages gewählt, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, am Verfalltage des Darlehns das Pfand ohne Weiteres außergerichtlich zu veräußern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 347 Nr. 67.)

§. 30. 1) Ist in dem Falle, wenn ein Vertrag, daß es dem Gläubiger frei stehen solle, bei ausbleibender Zahlung das Pfand außergerichtlich zu verkaufen, gleich bei Schließung des Pfandkontrakts, oder sonst vor der Verfallzeit errichtet worden, die verpfändete Sache eine einem marktgängigen Preise unterworfene fungible Sache, so bedarf es nicht der vorgängigen, mit Zuziehung des Schuldners durch Sachverständige aufzunehmenden Taxe.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1847. (Präj. Nr. 1908.)

Der §. 30. will nur verhüten, daß der Pfandinhaber das Pfand nicht hinter dem Rücken des Schuldners für einen verhältnißmäßig geringen Preis zu dessen Nachtheil veräußere, und schreibt deshalb die Taxe unter Zuziehung des Schuldners vor. Von einer Taxe kann aber nur bei Sachen, die keinen marktgängigen Preis haben, die Rede sein; bei fungiblen Sachen, welche einem marktgängigen Preise unterworfen, stellt eine solche sich als nutzlos und der Kosten wegen nachtheilig für den Schuldner dar, kann also nicht beabsichtigt sein. Diese durch die Natur der Sache gebotene Auslegung des §. 30. findet in anderen Vorschriften Bestätigung. Schon die allgemeine Vorschrift des §. 83. A. L. R. I. 6. steht ihr zur Seite. Außerdem enthält der Titel vom Pfandrecht für analoge Fälle spezielle Vorschriften. Besteht eine verpfändete Aktivforderung in Naturalien oder anderen Sachen, so bekommt der Gläubiger durch deren Einziehung nach §. 290. A. L. R. I. 20. die Rechte eines eigentlichen, d. h. eines Faustpfand-Inhabers. Will er sich bezahlt machen, so muß er nach §. 291. alles das beobachten, was wegen Veräußerung der Pfänder überhaupt vorgeschrieben ist, — also die §§. 25. ff., auch den §. 30. a. a. O. Nun setzt aber §. 292. eine Ausnahme von §. 30. fest. — Bei Erzeugnissen, welche einen marktgängigen Preis haben, ist hiernach von einer vorher aufzunehmenden Taxe überhaupt nicht die Rede.

(Präj. Samml. S. 110, Entsch. Bd. 15. S. 249, Rechtsf. Bd. 2. S. 36 Nr. 17.)

2) Bei öffentlichen, dem Börsenkourse unterworfenen Werthpapieren bedarf es der Aufnahme der Taxe nach §. 30. nicht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 347 Nr. 67.)

Derselben Ansicht ist Gräff, welcher das Präj. Nr. 1908 [1]) auch auf den Fall für anwendbar erachtet, wenn Staatspapiere, Aktien und andere lettres au porteur, welche einen Kours an der Börse haben, den Gegenstand der Verpfändung bilden.

(Gräff's Arch. Bd. 2. S. 72 ff.)

3) Ueber die Nichtanwendbarkeit des §. 30. auf die ritterschaftliche Privatbank in Pommern und über deren Rechte bezüglich der Veräußerung des Unterpfandes im Lombardverkehr vergl. §. 46. des Statuts für die gedachte Bank v. 24. Aug. 1849.

(G. S. 1849 S. 371.)

§. 32. Wenn der Gläubiger ohne die vorgeschriebene Taxe und ohne Einwilligung verkauft, so berechtigt dies den Schuldner nicht, von dem Pfandgläubiger die Herausgabe des verkauften und in das Eigenthum eines Dritten übergegangenen Pfandes, sondern nur den Ersatz des ihm durch Nichtbeobachtung der Vorschrift etwa erwachsenen Schadens zu fordern, wozu dann der Nachweis gehört, daß bei Beobachtung der Vorschrift ein höherer Kours erzielt sein würde, als bei dessen Nichtbeobachtung geschehen sei.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1847. (Entsch. Bd. 15. S. 254, Rechtsf. Bd. 2. S. 36 Nr. 17.)

§§. 36—42. Vom Eintrittsrechte eines jüngeren Pfandgläubigers oder eines Bürgen.

§. 37. 1) Nach der Bestimmung des §. 37. soll Jedem, welcher ein dingliches Recht an der Sache hat, das Eintrittsrecht zustehen. Eine Anwendung des Grundsatzes auf den Miteigenthümer ist der §. 328. h. t. Servitutsberechtigte können darnach nicht ausgeschlossen werden. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 36. zum §. 37. h. t.)

Dieser Ansicht sind auch die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche:

Zweifelhaft ist, ob nach §§. 36. und 37. alle Realberechtigte, z. B. Miteigenthümer, getheilte Eigenthümer, Servitutenberechtigte, das jus offerendi haben, oder ob unter den dinglich Berechtigten bloß Pfandgläubiger zu verstehen sind? Für die letztere Ansicht kann der §. 41. angeführt werden. Aus den Materialien zum A. L. R. ergiebt sich jedoch, daß die Absicht dahin gegangen ist, allen Realberechtigten dieses Recht beizulegen. In dem gedr. Entw. war über das jus offerendi nur die einzige, im §. 36. enthaltene Bestimmung vorhanden (§. 29. des gedr. Entw.):

Hierbei war monirt: »Wenn übrigens unter dieser Vorschrift auch das bekannte jus offerendi begriffen ist, so wird wohl eine nähere Entwickelung desselben, als auch die Verfügung, daß der ältere Pfandgläubiger dem jüngeren gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abtreten müsse, nöthig sein.«

Am Rande dieses moniti ist von dem Geh. R. Goßler bemerkt: »daß solches einem Jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache hat, ingleichen dem Bürgen zustehe; daß es gleich nach eingetretenem Zahlungstermin stattfinde, der Gläubiger mag auf den gerichtlichen Verkauf antragen oder nicht, daß auch der Fall des §. 28. [1]) keine Ausnahme mache.«

Hierauf sind die §§. 37—41. des A. L. R. eingeschaltet worden.

(a. a. O. S. 353.)

2) Die Verbindlichkeit des Hypothekengläubigers, sein Hypothekenrecht einem Dritten abzutreten, ist nicht bloß auf den Fall zu beschränken, von welchem der §. 37. spricht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1836. (Präj. Nr. 119. b.) (Präj. Samml. S. 110.)

Damit wird dem jus subintrandi (A. G. O. I. 50. §. 161. und Anh. §. 331., A. G. O. I. 51. §§. 34., 35., Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 11.), so wie den Zahlungen eines Fremden mit Zustimmung des Schuldners nach §§. 47—50. A. L. R. I. 16. Raum gegeben.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 36. zum §. 37. h. t.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 46—48. Zus. 2.

3) Kann das jus offerendi auf einen Theil der Forderung, welche abgefunden werden soll, ausgeübt werden?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche verneinen, weil das jus offerendi nur gegen die vollständige Befriedigung des Gläubigers stattfinde, und der Gläubiger nach der Verordnung v. 8. Febr. 1811 nicht die unbedingte Verpflichtung habe, eine Partialkündigung anzunehmen, sondern sofort die ganze Schuld zu kündigen berechtigt sei. (a. a. O. S. 354.)

§. 42. 1) Die Bestimmung des §. 42., daß bei dem gerichtlichen Verkaufe des Pfandes das Mitgebot des Schuldners gegen baare Zahlung zulässig sei, wird verschieden gedeutet.

[1]) Vergl. ob. sub 1.

[1]) §. 34. A. L. R. I. 20.

A. Die Einen nehmen an, daß dieses Mitgebot des Schuldners ebenso wie im Röm. Recht, nichts Anderes sei, als die Befugniß, die zum Verkaufe gestellte Sache einzulösen, bevor der Zuschlag erfolgt ist; denn kaufen könne der Schuldner seine eigene Sache so wenig nach dem A. L. R., wie nach Röm. Rechte, da zum Kaufe zwei Personen gehören. Wolle man dies nicht annehmen, weil dem Schuldner jenes jus offerendi auch durch den §. 200. h. t. gegeben werde, so sei der §. 42. auf den Fall zu beziehen, daß der Schuldner nicht Eigenthümer des Pfandes, sondern ein Dritter dasselbe für ihn bestellt habe. Bei entgegengesetzter Annahme würde sich der Fall praktisch dahin stellen, daß, wenn der Schuldner auf seine eigene Sache das Meistgebot gethan, dieselbe ihm, falls es ein Grundstück, per adjudicatoriam zugesprochen werden müßte, worauf er die auf dem Grundstück haftenden, nicht zur Perception gekommenen Hypothekenschulden löschen lassen könnte.

Dieser Ansicht sind:

a) Koch, über die Wirkung des Meistgebots des Schuldners bei einer nothwendigen Subhastation. (J. Z. 1832 S. 1212.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 40. zum §. 42. h. t.

b) die Abhandl. über das Mitgebot des Schuldners beim gerichtl. Verkaufe des Pfandes in der J. Z. 1833 S. 845 ff.;

c) die Abhandl. über die Frage: wer beim Verkaufe des Pfandes als Veräußerer anzusehen ist und für die Gewähr haftet, in der J. Z. 1833 S. 1211 ff.;

d) der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1835 S. 904 ff., 922 ff., 946 ff.;

e) Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 191).

B. Andere nehmen dagegen an, daß der §. 42. nicht von dem jus offerendi rede, da dies der §. 200. h. t. thue, sondern von einem wirklichen Erstehen der Sache Seitens des Schuldners als Meistbietender. Von einem Kaufe der eigenen Sache handele es sich aber hierbei nicht, weil nicht der Schuldner, sondern die Gläubiger verkaufen, indem Letztere zwar noch nicht das Eigenthum der Sache hätten, aber das Eigenthum des Rechts zum Verkauf. Allerdings müsse daher die Sache dem Schuldner, event. durch die Adjudikatoria zugeschlagen und die nicht zur Perception kommenden Intabulate auf Grund der adjudic. gelöscht werden; die Ausfall leidenden Gläubiger könnten das Grundstück wegen ihrer persönlichen Forderung von Neuem in Anspruch nehmen.

Dieser Ansicht sind:

a) der Verf. der Abhandl. über die Zulassung des Schuldners zum Miterben beim Verkauf des Pfandes, und wer bei der Subhastation eines verpfändeten Grundstücks als Verkäufer zu betrachten sei. (J. Z. 1835 S. 566.)

b) Auch die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche sind der Ansicht, wie der §. 42. etwas anderes sagen wolle als §. 200., wonach der Schuldner das Pfand gegen Zahlung der ganzen Forderung einlösen könne, weil damit die Befugniß des Schuldners, mitzubieten, nicht zu vereinigen sein würde; der §. 42. lege vielmehr, wenn es auch theoretisch unmöglich sei, daß Jemand seine eigene Sache kaufe, doch dem Schuldner dieses Recht bei, und lasse sich dadurch rechtfertigen, daß nicht er, sondern der Gläubiger die Sache verkaufe, und der Schuldner noch viel mehr als jeder Fremde das Recht haben müsse, die Sache gegen das Meistgebot einzulösen. Es lasse sich auch denken, daß ein Dritter Eigenthümer des Pfandes sei, in welchem Falle dem Schuldner die Befugniß, mitzubieten, keinesfalls bestritten werden könne. Der dagegen angeführte Grund, daß diese Befugniß dem Schuldner nichts helfe, da, wenn das Meistgebot die Forderung des Gläubigers nicht decke, derselbe wegen des Ausfalls sich von Neuem an die Sache halten könne, sei in dem Falle nicht zutreffend, wenn der Schuldner nicht persönlich verpflichtet gewesen. Aber auch, wenn er persönlich verpflichtet sei, habe er ein Interesse, das Meistgebot durch Mitbieten zu steigern. (a. a. O. S. 350, 351.)

C. Schmidt, um das Dilemma der emtio rei suae zu vermeiden, legt dem §. 42. die Bedeutung unter, daß der Debitor auf das Pfandrecht selbst biete.

(Pfandr. S. 465—470.)

2) Der §. 42. ist durch die V. v. 4. März 1834 über die Subhastation nicht aufgehoben, sondern besteht noch neben dem §. 11. derselben, wie vorher neben den Vorschriften der Pr. O.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Aug. 1847. (Rechtsf. Bd. 2. S. 155 Nr. 76.)

Ebenso in der ungedr. Trib. Entsch. v. 14. Mai 1850. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 40. zum §. 42. h. t.)

Auch nimmt die ungedr. Trib. Entsch. v. 7. Dec. 1851 an, daß die Interessenten den Schuldner ohne baare Zahlung zulassen können, und daß nur die Erschienenen dabei zu berücksichtigen sind, die Ausgebliebenen aber den Zuschlag nicht anfechten können. (a. a. O.)

3) Da nach §. 42. der Schuldner bei dem gerichtlichen Verkaufe des Pfandes als Mitbieter gegen baare Zahlung auftreten darf, so ist auch, nach §. 18. A. L. R. I. 13. ein Auftrag desselben an einen Dritten, das zum nothwendigen Verkauf gestellte Grundstück des Schuldners für diesen zu erstehen, rechtlich statthaft und nach §§. 62., 63. a. a. O. verpflichtet ein solcher Auftrag, auch wenn derselbe nur mündlich ertheilt worden, den Beauftragten, das erstandene Grundstück dem Machtgeber gegen Erstattung des Kaufpreises und der Kosten wieder zu überlassen.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Hamm unterm 13. März 1856. (Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 87.)

§§. 43—54. Wie weit der Gläubiger, außer seinem Pfandrechte, auch an das übrige Vermögen, oder an die Person des Schuldners sich halten könne.

§. 43. 1) Bei Subhastationen im Wege der Exekution verliert der Gläubiger, in soweit als seine Forderung durch das Kaufgeld gedeckt wird, sein persönliches Recht gegen den ursprünglichen Schuldner, auch durch die bei der Kaufgelderbelegung mit dem Käufer vereinbarte Uebernahme seiner Forderung von Seiten des Letzteren. Einer ausdrücklichen Entlassung des bisherigen Schuldners bedarf es dazu nicht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1844. (Präj. Nr. 1422.)

Bei freiwilligen Veräußerungen und Subhastationen übernimmt der Käufer gewöhnlich eingetragene Schulden, und dennoch bleibt der Verkäufer nach wie vor persönlich verpflichtet, wenn nicht ein Anderes mit dem Gläubiger selbst vereinbart wird. Ohne seinen Miteintritt in den Vertrag oder die Cession des persönlichen Anspruchs des Verkäufers, im Falle des §. 3. der Dekl. v. 21. März 1835 (G. S. S. 43), erlangt dagegen auch der Gläubiger seinerseits keinen persönlichen Anspruch gegen den Käufer. Dies besagt die alleg. Dekl., welche aber auch im §. 5. ausdrücklich bestimmt, daß dies auf nothwendige Subhastationen keine Anwendung finde. Haben diese letzteren auch in sofern ganz die Natur von Verkäufen, als sie das Eigenthum einer bestimmten unbeweglichen Sache für einen bestimmten Preis übertragen, so wird hier doch die freie Einwilligung des bisherigen Besitzers durch den Ausspruch des Richters dargestellt, und dieser richterliche Ausspruch hat überhaupt eine stärkere Wirkung. Sein Zuschlag gilt als Judikat unter allen Interessenten, und in Vollstreckung dieses Judikats durch Einziehung und Vertheilung der Kaufgelder (Kaufgelderbelegung) ordnet er die, von allen Seiten bei der Angelegenheit zusammentreffenden Intressen auf eine obligatorische und wirkungsvolle Weise, sowohl für den Schuldner und Besitzer, wie für die sämmtlichen Hypothekengläubiger. Für sie alle bildet daher diese Regulirung ein gemeinsames Rechtsgeschäft, welches für und gegen einen Jeden von ihnen gleichwie unter Mitkontrahenten gilt, — so daß namentlich, wenn der Käufer an den Richter zahlt, die Zahlung an alle Berechtigte geleistet ist, und sofort nicht nur die Befreiung des Schuldners für seine Person, sondern auch des Grundstücks von allen Hypotheken begründet (vergl. §. 401. des Anh. zur Pr. O., §§. 92., 100., 266. Tit. 2. und §. 30. Tit. 4. der Hyp. O.). Jener Natur der nothwendigen Subhastation ist daher auch die Bestimmung des §. 43. A. L. R. entsprechend. Die Befriedigung, die der Gläubiger bei dem Verfahren erhalten hat, befreit den Schuldner von seiner persönlichen Verbindlichkeit, ganz so, als hätte er selbst »gültige Zahlung« geleistet. Von einem Gläubiger, dessen ganze Forderung durch das Kaufgeld gedeckt ist, und der die Umschreibung auf den Namen des Käufers der baaren Zahlung vorgezogen hat, läßt sich auch eben so wenig sagen, er sei bei der Subhastation »leer ausgegangen« oder »ausgefallen«, wie von dem Faustpfandgläubiger, der von seiner vertragsmäßigen Ermächtigung zum Privatverkauf Gebrauch macht, das Kaufgeld aber als verzinsliches Kapital bei dem Käufer stehen läßt, und dann nach Jahren von diesem nichts erlangen kann (§. 29. h. t.). Durch die Subhastation macht er sein Forderungsrecht bis zum letzten Punkte seiner Wirksamkeit geltend, nämlich durch

richterliche Exekution, und wenn diese Exekution mit vollem Erfolge vollstreckt ist, so muß sie nothwendig auch die Vernichtung seines ganzen bisherigen Anspruchs zur Folge haben, und zwar kraft des Gesetzes, ohne daß es außerdem auch noch einer förmlichen und ausdrücklichen Erklärung Seitens des Gläubigers dahin bedürfte: er lasse den Schuldner frei. Vollständigen Erfolg hat aber die Exekution gehabt, sobald durch sie in dem Kaufgelde für das Exekutionsobjekt dem Gläubiger eine zureichende Summe, sich bezahlt zu machen, bereits geschafft ist. Ob er dieselbe baar erhebt, oder einem Dritten assignirt oder überweiset, oder ob er sie dem Ankäufer als ein neues Darlehn überläßt, — dies alles sind Dispositionen, die er als Eigenthümer des Zahlungsmittels trifft, durch die er sich eben als befriedigter Gläubiger gerirt, und gegen welche sein bisheriger Schuldner gar keinen Widerspruch erheben kann, die also um so mehr auf die alleinige Gefahr des Disponenten gehen, und für den bisherigen Schuldner sämmtlich von gleicher, nämlich völlig liberatorischer Wirkung sein müssen. So sehen auch die §§. 17. und 19. der Subhastations-Verordn. v. 4. März 1834 die Sache an. (Präj. Samml. S. 110, Entsch. Bd 10. S. 152.)

Auch in den Erk. v. 13. Nov. 1834 und v. 8. Jan. 1836 führt das Ob. Trib. aus, daß, wenn bei einer nothwendigen Subhastation der Adjudikatar die auf dem erstandenen Gute eingetragenen Forderungen in partem pretii übernimmt, die persönliche Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners erlischt, und daß diese Uebernahme die Stelle der Zahlung vertritt. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 295—316.)

Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in dem Erk. v. 22. März 1852 aufrecht erhalten. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 84. Nr. 22.)

Derselben Ansicht sind:

a) Hinschius, welcher annimmt, daß eine den früheren Schuldner von aller Verbindlichkeit befreiende Expromission vorliege, wenn der Adjudikatar die eingetragene Forderung unter Zustimmung des Gläubigers auf das Kaufgeld übernimmt.

(J. W. 1835 S. 318—319.)

b) Fuchs, welcher zwar den Gesichtspunkt der Expromission verwirft, weil dem Adjudikatar die Absicht, zu liberiren, ohne ausdrückliche Erklärung nicht beigemessen werden könne; indeß die Befreiung des früheren Schuldners aus dem Wesen des Pfandrechts und der nothwendigen Subhastation, mit Rücksicht auf den §. 43. h. t. und den §. 149. A. L. R. I. 16., in Verbindung mit §. 17. der Subhast. V. v. 4. März 1834 folgert.

(J. W. 1844 S. 530 ff., 546 ff., 569 ff.)

c) Koch, welcher in der Uebernahme der Schuld Seitens des Adjudikatars ad rat. pretii eine Annahme an Zahlungsstatt findet (Koch's Arch. Bd. 3. S. 309 Anm. 7.), wogegen er früher eine Expromission angenommen hatte, da der Adjudikatar es übernehme, den Gläubiger zu befriedigen.

(Lehre vom Uebergange der Ford. S. 126.)

Vergl. Koch's Beurtheil. der Entsch. des Ob. Trib. S. 690 ff.

d) Der Verf. des Auff. im Centralbl. 1839 S. 1002.

Dagegen wird von anderer Seite behauptet, daß ohne ausdrückliche Entlassung des ursprünglichen Schuldners auch die nothwendige Subhastation keine Erlöschung des persönlichen Rechtes des Gläubigers gegen denselben zur Folge habe.

Dieser Ansicht sind:

a) Crelinger, welcher ausführt, daß die Befreiung des Schuldners eine Expromission voraussetze, deren Erfordernisse, wenn nicht ausdrücklich darüber vereinbart worden, fehlen würden, indem man dem Käufer nicht ohne weiteres die Absicht, die Verbindlichkeit des früheren Schuldners zu übernehmen, und diesen dadurch zu befreien, unterlegen könne, überdies die Expromission ausdrückliche Willenserklärungen, insbesondere Einwilligung des Gläubigers erfordere.

(Komm. zur Subhast. V. v. 4. März 1834 zum §. 19. Anm. 68.)

b) Löwenberg scheint dieser Ansicht beizutreten, da er ein Gewicht darauf legt, daß die Gläubiger, welche ihre Kapitalien stehen lassen, im Kaufgelderbelegungstermine ausdrücklich erklären, den bisherigen Schuldner der Verbindlichkeit entlassen, und den Käufer als alleinigen Schuldner anerkennen zu wollen.

(Subhast. V. v. 4. März 1834 Anm. zum §. 17.)

c) Delbrück (die Uebernahme fremder Schulden S. 68 u. 115), dessen Ausführung Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 41. zum §. 43. h. t.) zu widerlegen sucht.

Gegen die Ansicht des Ob Trib. ist auch Tillmann aufgetreten, welcher auszuführen sucht, daß die einem Hypothekengläubiger im Kaufgelderbelegungstermine ertheilte Anweisung auf einen Kaufgelderrückstand des Adjudikatars eine bloße Assignation, keine Cession an Zahlungsstatt sei. (Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 48 ff.)

2) Die im Kaufgelderbelegungsverfahren vom Richter ertheilte Anweisung auf die vom Adjudikatar nicht eingezahlten Kaufgelder hat für sich allein nicht die Wirkung einer wirklichen Zahlung, und hebt insbesondere die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners gegen seinen Gläubiger nicht auf.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Nov. 1856.

Wenn in dem Kaufgelder-Belegungstermin der Adjudikatar und die Gläubiger nicht erschienen sind, so kann nicht angenommen werden, daß zwischen ihnen ein besonderes persönliches Schuldverhältniß konstituirt worden ist, was nur dadurch hätte begründet werden können, wenn der Adjudikatar sich gegen diese Gläubiger selbstschuldnerisch verpflichtet hätte, ihre Hypothekenforderungen aus den von ihm schuldigen Kaufgeldern, soweit diese dazu hinreichten, zu befriedigen, und wenn die Gläubiger ihn, mit Entlassung ihres ursprünglichen Schuldners aus seiner Verbindlichkeit, zu ihrem Schuldner angenommen hätten. — In dem Falle des Präj. Nr. 1422.[1]) hatte der Adjudikatar das eingetragene Kapital selbstschuldnerisch übernommen, und es war ihm gerade unter dieser Bedingung der Zuschlag ertheilt, so daß dort kein Bedenken obwalten konnte, den Gläubiger, welcher die selbstschuldnerische Verpflichtung des Adjudikatars gegen sich angenommen hatte, dadurch für befriedigt, und sein Verhältniß zu dem ursprünglichen Schuldner für aufgelöst anzusehen. Wo aber bloß der Subhastationsrichter die Vertheilung der von dem Adjudikatar nicht berichtigten Kaufgelder vorgenommen, und die Gläubiger, soweit diese dazu ausgereicht, darauf verwiesen hat, waltet ein anderes Verhältniß ob. In dieser Verweisung, wenn auch der Ausdruck »überweisen« gebraucht worden, kann nur eine Anweisung gefunden werden, und die das Verfahren des Subhastationsrichters regelnde V. v. 4. März 1834 bestimmt nicht, daß eine solche richterliche Ueberweisung die Wirkung einer Aufhebung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit, selbst bei ausbleibender Zahlung Seitens des Adjudikatars, haben solle.

(Entsch. Bd. 34. S. 133, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 292 Nr. 64.)

Vergl. den §. 5. der Dekl. des §. 54. h. t. v. 21. März 1835 in den Erg. zum §. 54. h. t. Zus. I.

3) Die Befriedigung eines Pfandgläubigers im Sinne des §. 43. h. t. und des §. 17. der V. v. 4. März 1834 kann nicht bloß durch Uebernahme der Forderung des Pfandgläubigers von Seiten des Käufers des verpfändeten Grundstücks und durch Zahlung, sondern auch durch jeden andern gesetzlich zulässigen Grund, z. B. durch Kompensation mit einer Gegenforderung, erfolgen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1852, da aus §. 17. der V. v. 4. März 1834 und §. 43. h. t. nicht das Gegentheil folge. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 84 Nr. 22.)

§§. 44—48. Ein Hypothekengläubiger, der seinem Pfandrecht an der, nicht mehr in den Händen des persönlichen Schuldners, sondern eines dritten Besitzers befindlichen verpfändeten Sache entsagt, oder auch bei eröffnetem Konkurse über dessen Vermögen sich nicht meldet, und deshalb von solcher Kreditmasse präkludirt wird, verliert dadurch nicht sein Recht, sich wegen seiner Befriedigung an den persönlichen Schuldner zu halten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1843. (Präj. Nr. 1301. a.)

Die Vorschrift des §. 159. ist nur auf das Pfandrecht im engeren Sinne, nicht auf das Hypothekenrecht anwendbar; sie hat lediglich in der Natur des Pfandrechts und dem mit ihm verbundenen Besitz der Sache, aus dem wiederum die Verpflichtung zur gehörigen Aufbewahrung und dereinstigen Rückgabe derselben für den Pfandgläubiger entspringt, ihren Grund. Anders verhält es sich bei der Hypothek. Diese hängt nicht von dem Besitz der verpfändeten Sache ab. Die Eintragung vertritt, als Erwerbungsart, die Stelle der Uebergabe, ist aber keine wirkliche körperliche Uebergabe, verbunden mit der Gewahrsam der Sache und der aus dieser entspringenden Verpflichtung des Inhabers der Sache zu deren Aufbewahrung, Erhaltung und dereinstigen Rückgabe an den Verpfänder. In dieser Eigenthümlichkeit des Hypothekenrechts, als unabhängig von dem körperlichen Besitz der Sache, und in dem Wesen des in ihm vereinigten zweifachen, persönlichen und dinglichen Rechts ist zugleich die Befugniß des Hypothekengläubigers begründet, dieses Recht, als ein alternatives Recht, frei und unbeschränkt, ohne Widerspruch des persönlich und des dinglich Verpflichteten, auszuüben. Er kann das persönliche Recht aufgeben und das dingliche Recht behalten, aber auch dem dinglichen Recht entsagen, und das

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

persönliche allein fortsetzen. In der Natur der persönlichen und der dinglichen Verpflichtung an sich ist kein Grund zu einer Beschränkung des Gläubigers in der Ausübung des alternativen Rechts in solcher Art zu finden. Es kommt dabei darauf, ob der persönlich Verpflichtete oder ein Dritter die Sache besitzt, deshalb nicht an, weil dieser Besitz nicht dem Hypothekengläubiger eingeräumt wird, vielmehr dem Verpfänder verbleibt, die Uebertragung dieses Besitzes an einen Dritten mithin lediglich in der Willkühr des Verpfänders beruht, die derselbe, wenn er sie ausübt, als seine eigene freie Handlung in Beziehung auf die dadurch für das Hypothekenrecht des Pfandgläubigers entstehenden Folgen anerkennen muß. — Im ersteren Falle kann der Pfandgläubiger von dem Schuldner zunächst an das Pfand verwiesen werden; doch kann der Gläubiger sein Pfandrecht aufgeben, und sodann sofort an den Schuldner und dessen übriges Vermögen sich halten. Erfolgt eine solche Entsagung des Pfandrechts, so kommt sie dem Schuldner zu Gute. Im zweiten Falle ist der Pfandgläubiger mit Vorbehalt seines Pfandrechts, sich zuerst an den persönlichen Schuldner wegen seiner Befriedigung zu wenden, befugt. Eine Verweisung zunächst an das Pfand ist dem Letzteren nicht gestattet. Ein solches Recht steht dem persönlichen Schuldner deshalb nicht zu, weil er nicht mehr Eigenthümer der Sache ist, diese mithin nicht mehr als ein ihm gehöriges, dem Gläubiger besonders zur Sicherheit eingeräumtes Vermögensstück anweisen kann; und weil das für den Schuldner als eine fremde Sache sich darstellende Pfandstück zwar die Sicherheit des Gläubigers erhöht, nicht aber als der Gegenstand erscheint, aus dem er, nach der Natur der Verbindlichkeit, zunächst oder ausschließlich seine Befriedigung suchen muß. Ist aber der Gläubiger befugt, ohne Rücksicht auf sein Pfandrecht sofort den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen, so kann es auch Jenem nicht verschränkt sein, sein Pfandrecht aufzugeben. Eine solche Entsagung gereicht dann zwar dem dritten Besitzer der Sache, nicht mehr dem persönlichen Schuldner zum Vortheil; allein diese Folge steht der Entsagung nicht entgegen. Der Schuldner selbst ist derjenige, der durch die Veräußerung der verpfändeten Sache an einen Anderen diese Folge für sich selbst herbeigeführt hat. — Die Präklusion aber ist in der Wirkung nicht anders zu beurtheilen, als die freiwillige Entsagung des Pfandrechts an der in den Händen eines Dritten befindlichen Sache.

(Präj. Samml. S. 111, Entsch. Bd. 9. S. 257.)

§. 46. 1) R. v. 30. Okt. 1828, betr. die Befugniß, dem Rechte aus dem §. 46. zu entsagen.

Der allgemeine Grundsatz, welchen die §§. 44. und 45. Tit. 20. des A. L. R. und §. 63. Tit. 24. Thl. I. der A. G. O. enthalten, ist, daß der Schuldner durch die bloße Bestellung eines Unterpfandes von seiner Verbindlichkeit nicht frei wird, vielmehr der Gläubiger nach eingetretenem Zahlungstermine auch an die Person seines Schuldners und dessen übriges Vermögen sich halten kann, namentlich, daß im Fall einer Realforderung dem obsiegenden Theil die Wahl zusteht, ob er zuvörderst die Exek. in das bewegliche Vermögen des Schuldners suchen oder sich sofort an das ihm verhaftete Grundstück halten will; bloß eine einzige Ausnahme ist vom §. 46. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. festgesetzt. Auch dieser Befugniß kann im Schuldinstrumente entsagt werden. Wenn daher die Entsagung erfolgt ist, oder das Pfand oder die Hyp. von einem Dritten bestellt worden, oder das Eigenthum des Pfandes oder der Hyp. auf einen Dritten übergegangen ist, so verbleibt es bei der Regel der §§. 44. u. 45. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. u. §. 63. Tit. 24. Thl. I. der A. G. O. rc.

(Min. Akt. B. 6254., A. L. R. Nr. 13. Vol. 3. Fol. 253 i.)

2) Der Richter ist, wie schon die Fassung des §. 46. zeigt, nicht berechtigt, von Amtswegen dem Schuldner den Einwand aus diesem §. zu machen.

Dies sprechen auch die R. v. 13. Okt. 1810 (Mathis Bd. 10. S. 118, Rabe Bd. 10. S. 432) und v. 16. Dec. 1831 (Jahrb. Bd. 38. S. 340, Gräff Bd. 6. S. 50) aus.

In Beziehung auf Wechselschulden war dies indeß wegen der Bestimmung des §. 188. des Anh. zur A. G. O. zweifelhaft, worüber sich das R. v. 4. Sept. 1808 nebst K. O. v. 27. Aug. 1808 (Rabe Bd. 9. S. 281 ff.) und das R. v. 9. Juni 1810 (a. a. O. Bd. 10. S. 357) verhalten. Das G. v. 11. Mai 1839 §. 3.[1]) (G. S. S. 173) hat indeß bestimmt, daß bei Wechselschulden der Antrag aus dem §. 46. h. t. nicht mehr stattfinde.

3) Nach dem Berichte des Ostpreuß. O. L. G. zu Königsberg v. 1. Okt. 1810 sind Zweifel darüber entstanden, wie der §. 46. h. t. mit dem §. 63. A. G. O. I. 24. zu vereinigen sei, indem derselbe unter den Einwendungen, welche einer verhängten Exekution entgegengesetzt werden können, nicht aufgeführt sei. Das R. v. 13. Okt. 1810 (Mathis Bd. 10. S. 118 ff., Rabe Bd. 10 S. 432) hat indeß diesen Zweifel durch die Bemerkung gelöst, daß der aus dem §. 46. zu entnehmende Einwand in den §. 63. A. G. O. I. 24. aus dem Grunde nicht aufzunehmen gewesen sei, weil der Einwand nicht gegen die Forderung selbst, sondern nur gegen die Art der Exekutionsvollstreckung gerichtet werde.

Der Einwand kann daher unbedenklich auch noch bei Vollstreckung der Exekution vorgebracht, und muß ebenso wie die Behauptung, daß dieses oder jenes Vermögensstück kein Gegenstand der Exekution sei, berücksichtigt werden.

Dieser Ansicht sind:

a) **Bornemann** (System Bd. 4. S. 310, 2. Ausg. Bd. 4. S. 193).

b) **Koch** (Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 46. h. t.).

c) Die **Motive** zum bürgerl. Gesetzb., auch aus dem Grunde, weil es dem Schuldner an einer Veranlassung fehle, schon im Laufe der Instruktion den Gläubiger auf das Pfand zu verweisen; erst wenn Letzterer bei der Exekution andere Gegenstände angreife, könne der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch machen.

(a. a. O. S. 356, 357.)

Dagegen hat ein (nicht veröffentlichtes) R. v. 15. Aug. 1823 (Gesetzrev. Pens. XII. S. 146) die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen, welcher Schmidt (Pfandr. S. 480) beitritt.

§. 47. 1) Das R. v. 4. Sept. 1808 hat auf Grund eines Gutachtens der Gesetz-Komm. angenommen, daß der Gläubiger selbst dann, wenn ihm ein für den Augenblick nicht realisirbares Aktivum verpfändet worden, beim Widerspruche des Schuldners das Pfand freigeben oder von der nachgesuchten Exekution in das übrige Vermögen des Schuldners abstehen müsse.

(Mathis Bd. 6. S. 547, Rabe Bd. 9. S. 281.)

Dagegen nimmt das R. v. 24. Nov. 1812 an, daß zwar die Anwendbarkeit des §. 47. von der Frage, ob der Gläubiger aus dem Pfande befriedigt werden könne, im Allgemeinen nicht abhänge, daß aber dennoch in dem Falle, wenn das Pfand besonderer Umstände wegen für den Augenblick nicht zu realisiren und der Schuldner im Stande sei, die Hindernisse der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande zu beseitigen, der §. 47. unanwendbar erscheine und der Gläubiger unbedingt für befugt erachtet werden müsse, retento pignore die Exekution in das übrige Vermögen des Schuldners nachzusuchen. Denn es würde widersprechend sein, dem Schuldner die Befugniß einzuräumen, seine Gläubiger mit der Befriedigung an das Pfand zu verweisen, ohne ihm die Verbindlichkeit aufzulegen, diese Befriedigung, soweit es in seinen Kräften, möglich zu machen. Die dem Gläubiger nachgelassene Wahl, dem Pfandrechte zu entsagen und sich an das übrige Vermögen und die Person des Schuldners zu halten, sei, bei dem öfters sehr ungewissen Erfolge dieser Maßregel, kein hinlänglicher Grund, dem Schuldner in dem eben bemerkten Falle die Befugniß aus dem §. 46. einzuräumen.

(Jahrb. Bd. 1. S. 276, Gräff Bd. 1. S. 92—95.)

Bornemann tritt der Ausführung des letzteren R. gegen das R. v. 4. Sept. 1808 bei.

(System Bd. 4. S. 306, 2. Ausg. Bd. 4. S. 191.)

Dieser Ansicht ist auch Koch; denn der Einwand des beneficii werde in solchem Falle durch die replica doli gelähmt. Wenn aber die Wegräumung des Hindernisses nicht in der Macht des Schuldners stehe, so habe der Gläubiger keinen Rechtsgrund, die Verweisung an das Pfand abzulehnen. (Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 47. h. t.)

2) R. v. 14. Nov. 1815, betr. die Zulässigkeit einer theilweisen Entsagung des Pfandrechtes im Falle des §. 47.

Der §. 47. spricht zwar von der Entsagung des Pfandrechts, aber nicht von der des ganzen Pfandrechts überhaupt. Zu einer solchen ausdehnenden Erklärung ist gar kein Grund vorhanden, vielmehr wird die entgegengesetzte Erklärung von der Disposition des A. L. R. l. c. §. 520. gerechtfertigt, nach welcher das Pfandrecht nur in soweit erlöscht, so weit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt, getilgt worden ist. Die Resultate, die eine Folge der Erklärung des Koll. sein würden, sind auch in der That zu auffallend, als daß sie vom Gesetzgeber beabsichtigt sein könnten. Der Gläubiger z. B., der eine Forderung von 10,000 Thlrn. hat und 500 Thlr. davon gekündigt und zur Exekution gebracht, oder der einen halbjährigen Zinstermin ausgeklagt hat, würde nach der Meinung des Koll. gehalten sein, sich der Hypothek seiner ganzen 10,000 Thlr. oder im zweiten Beispiel seines ganzen Kapitals und aller Zinsen zu begeben, ungeachtet nur von der Ausübung eines Pfandrechts auf 500 Thlr.

[1]) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §. 147.

oder auf halbjährige Zinsen die Rede gewesen ist. Erlaubt einmal das Gesetz eines Theils seiner hypothekarischen Forderung wegen die Hypothek in rechtlichen Anspruch zu nehmen, wie solches unbedenklich ist, so muß es auch die Entsagung des Hyp.-Rechts für denjenigen Theil gestatten, für welchen es ausgeübt werden soll. Es ist auch gar nicht abzusehen, was der Schuldner hierbei für einen besonderen Nachtheil haben soll, da er doch immer seine Hypothek um so viel befreiet, als der Gläubiger derselben entsagt, um sich an das übrige Vermögen halten zu können. Im Gegentheil aber würde der Gläubiger ganz unverhältnißmäßig verlieren, wenn er wegen eines vielleicht geringen Theils seiner Forderung, die nur in lite ist, sich der Hypothek für die ganze Forderung begeben müßte. Das Gesetz beabsichtigt nur den Schuldner zu schützen, damit er nicht doppelt leide, und Exekution ins Mobiliar befürchten müsse, während noch das Grundstück desselben Objekts wegen belastet bleibt. Daher muß der Gläubiger sich erst des Pfandrechts (nämlich des gerade in Rede stehenden Pfandrechts, dessen Ausübung zur Sprache kommen soll) begeben, bevor die Exekution in das übrige Vermögen verfügt werden kann.

(Gen. Akt. des Just. Min. A. L. R. Nr. 3. Vol. IV. Fol. 352 u. 360.)

3) **Kann der Gläubiger zu dem Pfandrechte zurückkehren, wenn er dasselbe aufgegeben und sein persönliches Recht verfolgt hat?**

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. verneinen.

Die §§. 494. 495. h. t. lassen sich dagegen nicht anführen, weil diese von dem Falle handeln, wenn die Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befindet, in welchem Falle es jedoch nach §. 48. h. t. gar keiner Entsagung auf das Pfandrecht zu jenem Zwecke bedarf, während der §. 47. den Fall vor Augen habe, daß der Schuldner noch Eigenthümer ist.

(a. a. O. S. 356.)

Koch bemerkt, daß die Frage sich gar nicht aufwerfen lasse; denn der Gläubiger könne nicht mehr zu etwas zurückkehren, was gar nicht mehr vorhanden sei. (Landr. Anm. 45. zum §. 47. h. t.)

§. 48. R. v. 21. April 1828. Wenn der Gläubiger den Verkauf des noch auf den Namen des Schuldners eingetragenen Grundstücks nachweist, so kann die Personalexekution eintreten, wenngleich der Besitztitel für den neuen Erwerber noch nicht berichtigt ist.

(Act. Gen. des Justizmin. P. No. 44. Vol. I. Fol. 41.)

§§. 53. 54. I. Dekl. des §. 54. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., betr. die Uebernahme von Pfand- und Hypothekenschulden. Vom 21. März 1835[1]).

Um die Zweifel zu beseitigen, welche bei der Auslegung des §. 54. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. darüber entstanden sind, ob bei Erwerbung einer unbeweglichen Sache die Uebernahme darauf haftender Pfand- und Hypothekenschulden zugleich eine persönliche Verpflichtung der Gläubiger in sich schließe, verordnen Wir auf den Antrag Unseres Staats-Min. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, wie folget:

§. 1. Wer durch speziellen Rechtstitel eine mit Pfand- oder Hypothekenschulden belastete unbewegliche Sache erwirbt, und dabei erklärt, daß er diese Schulden mit übernehme, wird durch eine solche Uebernahme allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es zu dieser Verpflichtung eines besondern Vertrages zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger.

§. 2. Auch dadurch entsteht eine persönliche Verpflichtung nicht, daß der Erwerber dem Gläubiger auf eine solche Pfand- oder Hypothekenschuld Zinsen oder einen Theil des Kapitals bezahlt.

§. 3. Wenn jedoch der Erwerber nicht bloß die Pfand- oder Hypothekenschulden übernimmt, sondern außerdem zu deren Tilgung sich persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubigern abzutreten[2]).

§. 4. Richter oder Notare, welche bei der Aufnahme oder Anerkennung eines Veräußerungsvertrages amtlich mitwirken, sind verbunden, alle aus dem Hyp.-Buche ersichtlichen Gläubiger von der erfolgten Veräußerung in Kenntniß zu setzen. Wie diese Benachrichtigung erfolgen soll, wird Unser Justizmin. durch eine besondere Instruktion anordnen[3]).

§. 5. Auf nothwendige Subhastation findet die gegenwärtige V. keine Anwendung. Der Adjudikatar haftet vielmehr für sein Gebot mit seiner Person und seinem ganzen Vermögen[1]). (G. S. 1835 S. 43, 44.)

II. Instr. v. 12. Juni 1835 über die Benachrichtigung der hypothekarischen Gläubiger von Veräußerungen der Grundstücke und Gerechtigkeiten, und Einsendung beglaubter Abschriften der Veräußerungsverträge von den Notaren oder Gerichten an die Hypothekenbehörden.

Die Dekl. v. 21. März 1835, betr. die Uebernahme von Pfand- und Hypothekenschulden legt in §. 4. den Richtern und Notaren, welche bei der Aufnahme oder Anerkennung eines Veräußerungs-Vertrages amtlich mitwirken, die Verbindlichkeit auf, alle aus dem Hypothekenbuche ersichtliche Gläubiger von der erfolgten Veräußerung in Kenntniß zu setzen.

Die Bestimmung darüber, wie diese Benachrichtigung geschehen solle, ist zu einer besonderen von dem Justizmin. zu erlassenden Instr. verwiesen worden.

Dieser Allerh. Anweisung gemäß wird hiermit Folgendes bestimmt:

§. 1. Wird ein Veräußerungs-Vertrag über ein Grundstück oder eine Gerechtigkeit, die sich zur Anlegung eines Hypotheken-Foliums eignet, von einem Notar aufgenommen oder die Anerkennung eines solchen Vertrages seinem Inhalte oder seiner Unterschrift nach[2]) bewirkt, so liegt dem Notar in allen Fällen, das Hypothekenbuch sei bereits angelegt oder nicht, die Verpflichtung ob, »eine beglaubigte, aber stempelfreie Abschrift des Vertrages an die Hypotheken-Behörde einzusenden[3]), und wie solches geschehen, auf dem Instrumente selbst vor der Ausantwortung an die Interessenten und zu seinen Akten zu vermerken.«

§. 2. Eine gleiche Pflicht liegt in demselben Falle jedem Richter ob, wenn er nicht zugleich der Hypotheken-Richter ist.

§. 3. Die Abschrift muß beglaubigt sein, um die nach Inhalt der R. v. 28. Aug. und 17. Nov. 1829 (Jahrb. Bd. 16. S. 68 u. 258) ohnehin erforderliche vidimirte stempelfreie Abschrift entbehrlich zu machen, und um nöthigenfalls auf Grund derselben und in Gemäßheit der K. O. v. 6. Okt. 1833 (G. S. S. 124) mit Rücksicht auf das G. v. 23. April 1821 (G. S. S. 43) und die K. O. v. 6. Nov. 1834 (G. S. S. 180) die Eintragung des Besitztitels von Amtswegen bewirken zu können.

---

[1]) Ueber die Entstehung der Dekl. v. 21. März 1835 vergl. die Abhandl. in Dr. Löwenberg's Motiven ꝛc. Bd. 1. S. 309 ff. — Vergl. die Abhandl. von Hinschius zur Erläut. der Dekl. v. 21. März 1835 (J. W. 1835 S. 289 ff., 313 ff.).

Die frühere Literatur über diesen Gegenstand hat kein unmittelbares Interesse mehr. Die vorzüglichste Abhandl. darüber ist: Oswald, über die Folgen der Uebernahme von Hypothekenschulden auf Rechnung der Kaufgelder (Simon's Z. Bd. 2. S. 262 ff.). Vergl. auch die Auff. in der J. Z. 1834 S. 301 ff., und von Bielitz in den Nachtr. zum Komm. Hft. 1. S. 72 ff., desgl. die Mittheilungen aus den Materialien in Simon's R. Bd. 3. S. 166—168.

[2]) Vergl. die Erläut. Zus. III. zu den §§. 53., 54. h. t.

[3]) R. v. 2. Nov. 1840. Der §. 4. der Dekl. bezieht sich auch auf Verträge über die Veräußerung einzelner Theile von Grundstücken, und es ist also auch von dergl. Parzellirungs-Verträgen dem Hyp.-Gläubiger Kenntniß zu geben, da es gerade Zweck jener Bestimmung gewesen, dem Hyp.-Gläubiger darüber Gewißheit zu verschaffen, an wen er sich bei Besitzveränderungen durch Veräußerungen aller Art wegen seines Realrechts künftig zu halten habe.

(J. M. Bl. 1840 S. 350.)

[1]) a) Ueber die Frage: ob der Schuldner in diesem Falle von selbst auf den Belauf des Gebotes liberirt ist, vergl. die Erg. zum §. 43. h. t. Zus. 1. u. 2.

b) Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken zum §. 5. der Dekl.: Diese Vorschrift beruhet nach dem Immediat-Bericht des Staatsmin. v. 5. Mai 1834 darauf, daß bei einer nothwendigen Subhastation die Gläubiger Verkäufer sind (A. G. O. I. 52. §. 12.) und sie gegen den Adjudikatar, welcher nicht Zahlung leistet, nach ihrer Wahl entweder auf Subhastation antragen, oder das rückständig gebliebene Kaufgeld einklagen und sich an dessen gesammtes Vermögen halten können (A. G. O. I. 52. §. 64.). Die Bestimmung des §. 5. der Dekl. betrifft also nur den Fall, wenn der Adjudikatar die Kaufsumme, die er baar erlegen soll, nicht entrichtet. Allein es fragt sich, was für Rechtsverhältnisse eintreten, wenn der Adjudikatar, anstatt die Kaufsumme ihrem ganzen Betrage nach baar zu zahlen, die Hypothekenschulden auf Abrechnung übernimmt. Dies kann nur mit Einwilligung der einzelnen betreffenden Gläubiger geschehen, und es ist nicht bedenklich, daß in einer solchen Uebernahme Seitens des Adjudikatars einerseits, und in der Einwilligung des Gläubigers andererseits ein neuer Vertrag, eine Novation, zwischen beiden liegt, durch welche eine persönliche Verbindlichkeit des Ersteren gegen den Letzteren entsteht, wenn auch solche von dem Käufer nicht ausdrücklich ausgesprochen sein sollte. Andererseits wird durch diese Novation zugleich der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen seinen früheren Schuldner aufgehoben; denn hätte der Gläubiger seine Hyp.-Forderung nicht stehen lassen und dem Käufer nicht gestattet, dieselbe auf Abrechnung des Kaufgeldes zu übernehmen, so würde der Käufer letzteres baar haben erlegen müssen und der Gläubiger seine Befriedigung erhalten haben, durch welche die persönliche Verbindlichkeit des früheren Schuldners getilgt worden wäre. Durch diesen neuen Vertrag des Gläubigers mit dem Käufer kann der Schuldner, welcher bei demselben nicht zugezogen worden, nicht leiden. (a. a. O. S. 496.)

[2]) R. v. 7. Nov. 1838. Im Falle ein Veräußerungsvertrag nur seiner Unterschrift nach anerkannt wird, beschränkt sich die Verpflichtung des Notars darauf, die Kontrahenten auf die Bestimmung in der Instr. v. 12. Juni 1835 aufmerksam zu machen, und sie aufzufordern, derselben entweder selbst oder durch Mitwirkung des Notars zu genügen.

(Jahrb. Bd. 52. S. 591, Gräff Bd. 12. S. 227.)

[3]) Nach berichtigtem Stempel. (R. v. 11. Jan. 1842, J. M. Bl. S. 26.)

§. 4. Mit der Einreichung der beglaubigten Abschrift des Vertrages wird zugleich der den Justizkomm. und andern Justizbedienten im §. 426. des Anh. zur A. G. O. auferlegten Verpflichtung, Kaufkontrakte über Grundstücke, bei deren Schließung sie zugezogen worden, der Hypotheken-Behörde anzuzeigen, ein Genüge geleistet.

§. 5. Die Hypothekenbehörde hat, sobald sie nach §§. 1. u. 2. von der Veräußerung unterrichtet, oder wenn der Vertrag oder dessen Anerkennung von ihr selbst aufgenommen worden ist, die aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Gläubiger der II. oder III. Rubrik von der erfolgten Veräußerung zu benachrichtigen[1]).

§. 6. Diese Benachrichtigung geschieht in Form einer Dekrets-Abschrift, wozu gedruckte Formulare gebraucht werden können, etwa mit folgenden Worten:

Das (Haus, Nummer rc.) (Gut im rc. Kreise) ist zufolge Kontraktes vom rc. von rc. an rc. verkauft worden, welches den eingetragenen Gläubigern hierdurch bekannt gemacht wird.

§. 7. Den am Orte des Gerichts anwesenden Gläubigern ist diese Benachrichtigung gewöhnlichermaßen zu insinuiren. Bei auswärtigen geschieht die Insinuation durch die Abgabe zur Post (§. 4. der V. v. 4. März 1834, den Subh. Proz. betr.).

Ist der Aufenthalt eines Gläubigers weder aus dem Vertrage, noch aus den Grundakten zu ersehen, so unterbleibt die Benachrichtigung.

Nicht eingetragene Gläubiger, Cessionarien oder Pfand-Inhaber haben auf eine Benachrichtigung keinen Anspruch.

§. 8. Ist das Hypothekenbuch noch nicht angelegt, so fällt die Benachrichtigung weg, da sie bloß für die aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Gläubiger bestimmt ist.

§. 9. Für alle diese Benachrichtigung betreffenden Verfügungen und Verhandlungen können weder Gerichtsgebühren noch Stempel angesetzt werden.

Die baaren Auslagen an Kopialien, Postporto und Meilengeldern[2]) fallen den Kontrahenten in derselben Weise, wie alle übrigen Kosten des Vertrages, zur Last.

§. 10. Sämmtliche Landes-Justiz-Kollegien haben darauf zu halten, daß den Bestimmungen dieser Instr. überall vollständig genügt werde.

(Jahrb. Bd. 45. S. 510, Gräff Bd. 8. S. 362.)

III. Die Dekl. v. 21. März 1825 hat nicht alle Meinungsverschiedenheiten in Betreff der §§. 53., 54. zu beseitigen vermocht; der §. 3. derselben hat vielmehr durch seine Fassung, wonach außer der Uebernahme der Schulden noch eine persönliche Verbindlichmachung zu deren Tilgung erforderlich sein soll, die Zweifel noch vermehrt.

1) Der dritte Erwerber eines verpfändeten Grundstücks, der sich den Hypothekengläubigern nicht zugleich persönlich verpflichtet hat, kann nach der Wiederveräußerung des Grundstücks von den Hypothekengläubigern auch nicht wegen der Zinsen persönlich in Anspruch genommen werden, die während seiner Besitzzeit fällig geworden und unberichtigt geblieben sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1478.) (Präj. Samml. S. 111.)

Diesen Grundsatz hat das Ob. Trib. auch in dem Erk. v. 2. Sept. 1836 angenommen.

Denn, sowohl nach den Grundsätzen des Röm. als des Preuß. Rechts, und nach den speziellen Vorschriften des §. 54. und der Dekl. v. 21. März 1835 ist das dingliche Recht des Hypothekengläubigers für das Kapital oder für die Zinsen lediglich auf das Objekt der Hypothek beschränkt. Es macht hierbei keinen Unterschied, wenn der dritte Besitzer in dem Zeitraume, in welchem die Zinsen fällig geworden sind, die Früchte der verpfändeten Sache bezogen und solche nicht mehr vorhanden, da nach §. 475. A. L. R. I. 20. die Früchte dem Hypothekengläubiger nur unabgesondert von der Substanz haften und der dritte Besitzer nur das dingliche Recht des Hypothekengläubigers anzuerkennen schuldig ist. (J. W. 1837 S. 10.)

Koch ist derselben Ansicht, indem er bemerkt:

Den Grundsatz spricht schon der §. 8. A. L. R. I. 19. aus. Der dritte Besitzer haftet überhaupt nicht, also auch nicht für die in seiner Besitzzeit fällig werdenden Zinsen (Landr. Bd. 2. Anm. 50. zum §. 54. h. t.)

Derselben Meinung sind Rintelen (J. W. 1844 S. 789 ff.) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 196).

[1]) R. v. 12. Nov. 1841. Die Benachrichtigung erfolgt ohne Unterschied, ob die Uebergabe geschehen ist oder nicht. Ist solche noch nicht geschehen, so ist solches in der Benachrichtigung zu bemerken. (J. M. Bl. S. 350.)

[2]) Statt der Kopialien, Porto und Meilengelder wird nach §. 31. des Tarifs zum G. v. 10. Mai 1851 (G. S. S. 622) ein Pauschsatz von 5 Sgr. für jede einzelne Benachrichtigung, jedoch nur bei Objekten über 50 Thlr., angesetzt.

Die Gesetzrevisoren theilen mit, daß das Ob. Trib. in einem Erk. v. 6. Aug. 1823 angenommen habe, daß der Besitzer des Grundstückes persönlich für die Hypothekenzinsen aufkommen müsse. Dies sei indeß unrichtig; denn die Verbindlichkeit zur Zinszahlung könne keine andere sein, als die für das Kapital, denn es sei nirgends bestimmt, daß eben die Einkünfte auf Zinsen gerechnet werden, wenn es gleich gewöhnlich geschehe; wäre es aber auch bestimmt, so würde erst recht klar dadurch, daß bei ihrer Unzulänglichkeit für den Besitzer der Sache gegen fremde Gläubiger gar kein Rechtsgrund vorhanden sei, sein Vermögen auf Zinsen zu verwenden. Eine Fahrlässigkeit in der Bewirthschaftung, um daraus eine Entschädigungsverbindlichkeit zu folgern, lasse sich wohl nicht gesetzlich vermuthen.

(Gesetzrev. Pens. III. S. 178.)

Auch die Motive zum bürgerl. Gesetzb. sind auf Grund der allgemeinen Bestimmung der Dekl. v. 21. Mai 1835 über die persönl. Verpflichtung der Ansicht, daß solche nach der bestehenden Gesetzgebung auch in Ansehung der Zinsen nicht vorhanden sei. Dies sei auch bei den Verhandlungen über die Dekl. ausdrücklich angenommen.

(a. a. O. S. 498.)

Abweichend von diesen Ansichten sucht Hälschner auszuführen, daß der §. 54. h. t. nur so lange als Regel gelte, als nicht zu der Uebernahme des Grundstücks noch eine Thatsache trete, die dem ursprünglich allerdings nur mit dem Grundstücke Verpflichteten, in Folge allgemeiner Gesetze eine persönliche Verbindlichkeit auferlege, die den Besitz der belasteten Realität überdaure; eine solche Thatsache sei die Verwaltung des Grundstücks, in sofern sie eine persönliche Verbindlichkeit zum Schadenersatz herbeiführen könne. Der neue Erwerber dürfe nämlich nichts thun, wodurch das Recht eines Hypothekengläubigers auf die verpfändete Sache und deren Ertrag geschmälert werde; er müsse daher dafür sorgen, daß nicht durch seine Schuld eine Verminderung des verpfändeten Gutswerthes oder Ertrages entstehe. Für dergleichen verschuldete Verminderungen habe er dem Hypothekengläubiger einzustehen; ebenso, wenn er den aufgekommenen Ertrag nicht nach den Vorschriften der Konk. O. vertheilt habe.

(J. W. 1836 S. 657 ff., 673 ff.)

2) Durch die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers wird derselbe gegen den Verkäufer persönlich verpflichtet, Zahlung der übernommenen Post zu leisten, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit gegen die Hypothekengläubiger zu bewirken.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842[1]). (Präj. Nr. 1096.)

(Präj. Samml. S. 111, Entsch. Bd. 7. S. 298, J. M. Bl. 1842 S. 212.)

Dieser Ansicht sind auch: Oswald in der Abhandl. in Simon's Z. Bd. 2. S. 262, Koch (Uebergang der Ford. S. 44 ff.), Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 194), Schröter (Civil. Verf. Bd. 1. S. 108 ff.), Dorguth in der Abhandl. in der J. W. 1841 S. 557, der Verf. der Abhandl. in der J. Z. 1836 S. 1194 ff. und der Auff. im Centralbl. 1839 S. 1237.

Die Gründe dieser Meinung sind folgende:

Der §. 3. der Dekl. v. 21. März 1835 rede nur von der persönlichen Verpflichtung des Käufers gegen den Gläubiger, nicht aber von den Ver-

[1]) Die Gründe dieses Pl. Beschl. sind nicht speziell veröffentlicht, sondern in den Entsch. Bd. 7. S. 302 Anm. 3. wird nur bemerkt, daß demselben diejenigen Motive zum Grunde liegen, aus welchen das Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 18. März 1836 (Entsch. Bd. 1. S. 90) den Grundsatz des gedachten Pl. Beschl. angenommen habe. — Die Praxis des Ob. Trib. hatte bis dahin über die Frage geschwankt; indeß hatte dasselbe auch schon in den Erk. v. 15. Aug. 1833 (Simon's R. Bd. 3. S. 170) und v. 10. Juni 1836 (Koch's Arch. Bd. 1. S. 161, Centralbl. 1837 S. 919) den durch den Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 festgestellten Grundsatz als richtig anerkannt. Auch das Präj. des II. Sen. Nr. 185. v. 3. März 1837 (Präj. Samml. S. 52) hatte denselben dahin ausgesprochen: »Die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers begründet die persönliche Verbindlichkeit des Letztern zur Exequation des Verkäufers.« Dieser Grundsatz wurde durch den Pl. Beschl. gegen neue Anzweifelungen aufrecht erhalten. Ebenso hat der III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1850 erkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 342 Nr. 80.)

pflichtungen des Käufers gegen den Verkäufer. Leistet der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes durch Uebernahme einer eingetragenen Schuld, so erkläre er damit nichts anderes, als daß er die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers diesem abnehme und sie zu der seinigen mache, jedoch nicht im Verhältnisse zum Gläubiger, sondern nur gegen den Verkäufer. Durch diese Erklärung werde die Pflicht, die Hypothek zu zahlen, oder die Entlassung des Verkäufers zu bewirken, auch eine persönliche gegen den Letzteren, wie auch der §. 11. A. G. O. II. 3. ergebe. Dinglich könne diese aus dem Kaufvertrage entspringende Zahlungsverbindlichkeit nicht sein, weil ein Käufer der verpfändeten Sache sie noch nicht besitze, sondern erst durch den Vertrag erwerbe. Ein Vertrag, worin der Käufer sich bloß anheischig machte, das verabredete pretium nur in soweit (oder in der Voraussetzung) zu zahlen, als die gekaufte Sache nach ihrem künftigen Subhastationspreis zur Deckung der ad rationem pretii übernommenen Ingrossata hinreichen werde, würde gar kein Kauf sein, weil es an dem pretium certum fehlt. Bei der Uebernahme eines einzelnen Ingrossates ad rationem pretii ändere sich das Verhältniß nicht, indem es rechtlich unmöglich sei, dafür einen korrespondirenden Theil des Kaufobjekts wirklich abzusondern, womit der Käufer dem Kreditor allein aufzukommen brauchte, und den er bloß mit diesem onus erwürbe, — denn die Hypothek hafte auf der gekauften Sache pro indiviso, der künftige Erlös aus dem Pfande bleibe ungewiß und der Nexus zwischen dem Verkäufer als ursprünglicher Schuldner und dem Gläubiger, ohne besondere Verabredung mit diesem, unverändert.

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen: das Ostpreuß. Trib. in dem Erk. v. 21. Nov. 1840 (Entsch. Bd. 7. S. 301), das O. L. G. zu Breslau in dem Erk. v. 3. Sept. 1835 (Koch's Arch. Bd 1. S. 161, Centralbl. 1837 S. 919), Schmidt (Pfandr. S. 580, 585), König (J. W. 1842 S. 841 ff.).

3) Zu dem Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 (Präj. Nr. 1096.).

a) Der Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 ist nicht dahin zu verstehen, daß der Käufer ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der übernommenen Hypothekenschuld zur sofortigen Zahlung oder Befreiung verpflichtet ist; vielmehr setzt der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung oder Befreiung der Schuld immer voraus, daß die Zahlung der Schuld überhaupt gefordert werden kann.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1849. (Präj. Nr. 2157.)

Durch die Ueberweisung der Schuld von Seiten des Verkäufers an den Käufer, und durch die Annahme derselben von Seiten des Letzteren wird in den Bedingungen der Rückzahlung nichts geändert; der Käufer übernimmt nur dieselbe Verpflichtung, welche dem Verkäufer gegen den Gläubiger oblag, mit allen Bedingungen und Modalitäten der Zahlung, und wenn daher auch der Käufer seinem Verkäufer persönlich verpflichtet ist, entweder die übernommene Schuld zu zahlen oder den Verkäufer von seiner Verpflichtung in Betreff derselben zu befreien, so unterliegt diese Verpflichtung doch denselben Bedingungen, unter denen die Zahlung der Schuld überhaupt gefordert werden kann.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 30, Entsch. Bd. 19. S. 203.)

b) Hinsichtlich der beiden Erfüllungsarten der dem Käufer des Grundstücks gegen den Verkäufer entstandenen persönlichen Verpflichtung, entweder die in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommenen hypothekarischen Schulden zu zahlen, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner persönlichen Verbindlichkeit gegen die betreffenden Hypothekengläubiger zu bewirken, steht die Wahl nicht dem Verkäufer, sondern dem Käufer zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1855.

Dies ergiebt sich aus dem Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842, wonach das Recht des Verkäufers hinsichtlich einer von dem Käufer in partem pretii übernommenen Hypothekenschuld dahin geht, daß er von aller Verpflichtung für dieselbe befreit werde. Wie diese Befreiung zu bewirken, ist Sache des Käufers, und der Verkäufer ist daher in der Regel auch nicht berechtigt, gerade eine der möglichen Arten, auf welche die Befreiung bewirkt werden kann, insbesondere die Zahlung an den Gläubiger, zu fordern. Die entgegengesetzte Annahme verstößt gegen den gedachten Plenarbeschluß und gegen §. 274. A. L. R. I. 5. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 152 Nr. 34.)

c) Der Käufer, welcher eine auf der verkauften Sache haftende Hypothekenschuld in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat, ist ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der übernommenen Hypothekenschuld zur sofortigen Zahlung der Schuld oder Befreiung des Verkäufers verpflichtet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Jan. 1851.

Der Käufer eines Grundstücks wird durch die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden in partem pretii gegen den Verkäufer persönlich verpflichtet, Zahlung der übernommenen Post zu leisten, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu bewirken (Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842). Sind besondere Verabredungen, vermöge deren die Schuld längere Zeit auf dem Grundstücke stehen bleiben sollte, nicht dargethan, im Gegentheil eine dreimonatliche Kündigung verabredet, so kann sich der Käufer auch nicht auf die Entsch. v. 8. Nov. 1849[1]) berufen, wonach der obengedachte Plenarbeschluß nicht dahin zu verstehen ist, daß der Käufer, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der übernommenen Hypothekenschuld, zur sofortigen Zahlung oder Befreiung verpflichtet sei. Denn der Käufer hätte längst, wenn sich der Gläubiger nicht dazu verstehen wollte, ihren Verkäufer aus seiner persönlichen Verpflichtung zu entlassen, diesen durch Zahlung der Schuld davon befreien können. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 292 Nr. 60.)

Dagegen hatte der Revident ausgeführt, daß die Willensmeinung der Kontrahenten entscheidend sei. Der Antrag auf Exnexuation könne nur dann als begründet erscheinen, wenn der Verkäufer wegen des vom Käufer übernommenen Kapitals vom Gläubiger in Anspruch genommen werde, ein Fall, den der Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 voraussetze. (a. a. O. S. 292.)

Die Redaktion des Striethorst'schen Archivs aber ist der Meinung, daß dies Präj. mit dem Präj. Nr. 2157. unvereinbar sei.

(a. a. O. S. 292 Anm.)

d) Der Käufer, welchem bei dem Abschlusse des Kaufvertrages bekannt war, daß die von ihm als Selbstschuldner übernommene Hypothekenschuld auch auf ein anderes Grundstück des Verkäufers eingetragen worden, ist auch die Löschung dieser anderweiten Hypothek zu erwirken verpflichtet, wenngleich letztere von dem Gläubiger noch nicht geltend gemacht worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1855, unter Berufung auf §. 19. A. L. R. I. 4., wonach der Käufer, der übernommen hat, den Verkäufer gänzlich von seiner bisherigen Verpflichtung zu befreien, sich nicht mit der Unwissenheit der aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Thatsache der Mitverpfändung des anderen Grundstücks entschuldigen dürfe, und unter Bezugnahme auf das Präj. v. 24. Jan. 1851[2]).

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 152 Nr. 34.)

e) Der Verkäufer wird bloß dadurch, daß er das Grundstück nicht dem Käufer, sondern dessen Cessionar übergiebt, noch nicht seines Rechtes verlustig, von dem Käufer Zahlung der von ihm in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommenen Hypothekenpost oder Befreiung von seiner desfallsigen persönlichen Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 316 Nr. 72.)

4) Der Verkäufer kann das nach dem Pl. Beschl. v. 14. Febr. 1842 (Präj. Nr. 1096.) für ihn entspringende Recht auch an den Hypothekengläubiger abtreten, und Letzterer auf Grund dieser Cession gegen den persönlich verpflichteten Käufer sofort auf Zahlung der ihm zustehenden Forderung klagen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. März 1842. (Präj. Nr. 1116.)

Die Dekl. v. 21. März 1835 verlangt zur Uebertragung der persönlichen Verhaftung des Verkäufers auf den Käufer nicht mehr, als die Ueberweisung der Schuld auf den Kaufpreis. Wie die Ueberschrift der Dekl. ergiebt, hat sie nur den §. 54. A. L. R. I. 20. erklären wollen, welcher den Hypothekengläubiger mit seiner Befriedigung an das Pfand verweist, und ihm Rechte gegen dessen dritten Besitzer nur unter der Bedingung einräumt, wenn derselbe sich »noch außerdem verpflichtet hat.« Die Dekl. hat nun in den §§. 1. u. 2. entschieden, daß dem Hypothekengläubiger gegen den dritten Besitzer des Grundstückes kein persönliches Recht zustehe, selbst wenn dieser im Vertrage mit dem Vorbesitzer die Forderung auf das Kaufpretium übernommen, und sogar Zinsen- und abschlägliche Kapitalzahlungen an den Hypothekengläubiger geleistet habe. Dagegen verordnet der §. 3., daß, »wenn der Erwerber nicht bloß die Pfand- oder Hypothekenschulden übernimmt, sondern sich außerdem zu deren Tilgung persönlich verpflichtet, der Veräußerer befugt ist, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubigern abzutreten.« Die Dekl. aber hatte, wie die voraufgegangenen Berathungen ergeben, lediglich den Zweck, die Rechte des Hypothekengläubigers gegen den dritten Besitzer nach §. 54. A. L. R. I. 20., so wie die Bedingungen der Ausübung dieser Rechte, und darunter namentlich die Legitimation des Hypothekengläubigers festzustellen. Dabei ist nun im §. 3. eingeschlossen, daß, wenn der Käufer persönlich die Tilgung der

[1]) Vergl. das Präj. Nr. 2157. v. 8. Nov. 1849 oben sub a.
[2]) Vergl. oben sub c.

Hypothekenschulden ausdrücklich dem Verkäufer versprochen, und der Letztere die Rechte aus diesem Versprechen an den Hypothekengläubiger abgetreten hat, der Gläubiger als Cessionar den Käufer persönlich in Anspruch nehmen könne, mit anderen Worten, durch eine solche Cession zur Klage legitimirt sei. Keinesweges aber ist entschieden, daß lediglich und allein das ausdrückliche Versprechen der persönlichen Tilgung dem Verkäufer persönliche Rechte gebe, welche er sodann selbst ausführen oder dem Hypothekengläubiger zur Ausführung abtreten könne. Dies war gar kein Gegenstand der Berathung und mithin auch nicht der Dekl. Es sollte nur der §. 54. A. L. R. I. 20., und nicht der §. 76. A. L. R. I. 11. erläutert werden. — Der Fall, wo der Käufer persönlich dem Verkäufer die Tilgung der Hypotheken ausdrücklich verspricht, und auf Grund dieses Versprechens eine Cession der Rechte ertheilt wird, ist in der Dekl. nur beispielsweise erwähnt; denn in einem solchen Falle ist die persönliche Verpflichtung ganz unwiderleglich, und demnach auch die Cessionsfähigkeit unzweifelhaft. Wie weit die Rechte des Veräußerers dagegen gehen, wenn nicht ein solches ausdrückliches Versprechen, vielmehr etwas Geringeres, und insbesondere eine bloße Uebernahme der Schuld in partem pretii erfolgt ist, — entscheidet die Dekl. keinesweges mit. Fälle dieser Art sind daher der richterlichen Beurtheilung nach den schon bestehenden allgemeinen Gesetzen überlassen. Diese finden sich aber vorzugsweise in der Lehre vom Kaufvertrage, und es muß angenommen werden, daß eine bloße Ueberweisung auf das Kaufpretium einem ausdrücklichen Versprechen der persönlichen Tilgung gleich zu stellen ist. Zweifelhaft kann es indeß noch gefunden werden, ob der Hypothekengläubiger (als Cessionar des Verkäufers) statt der Liberation sofort auf Zahlung der ihm zustehenden Forderung klagen könne? Nur anscheinend bezweckt die Klage alsdann mehr, als was zu den Rechten des Cedenten zu zählen. Es ist nämlich zu erwägen, daß die Cession gerade an den Hypothekengläubiger selbst erfolgt ist, wie es in gleichen Fällen überhaupt nur mit Effekt geschehen kann. — Die Cession umfaßt alle und jede Rechte des Cedenten. Die Liberation kann der Natur der Sache nach nur durch Zahlung bewirkt werden, und wenn man annehmen wollte, daß der Verkäufer entweder auf Liberation und, bei deren Verweigerung, auf das Interesse wegen Nichterfüllung des Vertrages klagen, oder daß er zuvor den Cessionar befriedigen und die Zahlung auf Grund seiner Quittung und Cession fordern müsse: so würde es auf einem Umwege immer doch dahin kommen, daß der Käufer seine kontraktmäßigen Verbindlichkeiten durch Zahlung einer Summe zu lösen hat, welche dem vom Cessionar geforderten Quantum gleichkommt. Der Cessionar und der Cedent repräsentiren in Folge der Cession jetzt Eine Person. Die Zahlung ist nichts mehr, als Liberation des Verkäufers; die Sache kann sonach auch nicht bloßen Formen geopfert, der Käufer muß vielmehr, weil er zur Exnexuation vom Anspruch des Cessionars verpflichtet ist, auch zur Bezahlung an den Cessionar, als Cessionar des Verkäufers und als derjenige verurtheilt werden, welcher an sich Zahlung fordern konnte, und seinerseits zur Exnexuation des Verkäufers nicht erbötig und gesetzlich nicht verpflichtet ist. (Präj. Samml. S. 112, Entsch. Bd. 7. S. 298.)

Denselben Grundsatz hat der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 15. Sept. 1853 angenommen.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 316 Nr. 72.)

Auch das Erk. des Ob. Trib. v. 14. März 1826 geht von dieser Ansicht aus. (Simon's R. Bd. 1. S. 18.)

Die Schriftsteller sind dagegen über die Frage: ob der Verkäufer das Recht, welches ihm gegen den Käufer aus der Uebernahme der Hypothekenschulden auf die Kaufgelder zusteht, einem Dritten, und insbesondere dem eingetragenen Gläubiger cediren könne, abweichender Ansicht.

Für die (von dem Ob. Trib. angenommene) bejahende Meinung entscheiden sich Sommer in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 78 ff., Koch (Uebergang der Ford. S. 45, 49, 362), Schröter (Civil. Verf. Bd. 1. S. 106 ff.) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 195 ff.).

Die verneinende Ansicht halten für richtig: Oswald in der Abhandl. in Simon's Z. Bd. 2. S. 262 ff., Simon und v. Strampff, ebendas. S. 282 Anm. 9., Hinschius in der Abhandl. in der J. W. 1835 S. 289 ff.

5) Wenn der Käufer eines Grundstücks sich ausdrücklich verpflichtet hat, eine darauf eingetragene Schuld ad rationem pretii zu einer bestimmten Zeit an den Gläubiger berichtigen und dadurch den Verkäufer gegen diesen Gläubiger ex nexu setzen zu wollen, so kann der Gläubiger, welchem der Verkäufer sein diesfälliges Recht aus dem Kaufkontrakte cedirt oder welcher eine gerichtliche Ueberweisung desselben erhalten hat (G. v. 4. Juli 1822), seinen Anspruch auf Zahlung gegen den Käufer unmittelbar verfolgen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1837. (Präj. Nr. 363.) (Präj. Samml. S. 111.)

6) Die aus der Uebernahme eingetragener Forderungen in Anrechnung auf das Kaufgeld hervorgehende Verbindlichkeit des Käufers ist erfüllt, wenn der Käufer die übernommene eingetragene Forderung an deren Inhaber zahlt, demnächst aber, statt sie löschen zu lassen, auf Grund der ihm ertheilten Quittung anderweitig cedirt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1856.

Nach dem Pl. Beschl. vom 14. Febr. 1842[1]) hat der Käufer dem Verkäufer gegenüber die Verpflichtung, entweder Zahlung der Post an den Gläubiger zu leisten oder die Exnexuation des Verkäufers zu bewirken. Hat er gezahlt und von dem Gläubiger löschungsfähige Quittung erhalten, so ist die persönliche Verbindlichkeit des Verkäufers hierdurch untergegangen und kann durch eine auf Grund der Quittung erfolgte anderweitige Cession nicht wieder aufleben oder fortdauernd wirksam geblieben sein. Denn der Käufer konnte dem Cessionar nicht mehr Recht übertragen, als er selbst besaß; er hatte aber keinen persönlichen Anspruch aus der cedirten Post an den Verkäufer. Denn die Einforderung derselben persönlichen Forderung, von welcher er den Verkäufer vertragsmäßig zu liberiren hatte, würde, wenn sie von dem Käufer selbst geschehen, einen dolus der kontraktlichen Verpflichtung gegenüber enthalten. Nur mit der sich hieraus ergebenden Einschränkung konnte er die Post weiter cediren und der Verkäufer kann daher auch dem Cessionar aus §. 407. A. L. R. I. 11. den sich hieraus ergebenden Einwand entgegensetzen, mithin aus seiner persönlichen Verbindlichkeit nicht mehr verhaftet sein.

(Entsch. Bd. 33. S. 370, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 225 Nr. 48.)

Denselben Grundsatz hat auch der IV. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 8. Okt. 1857 angenommen, und demzufolge entschieden, daß der Käufer des Grundstückes auf den Grund späterer, nach von ihm erfolgter Zahlung der auf die Kaufgelder übernommenen hypothekarischen Schuld geschehener Cessionen dieser Forderung wegen des durch die demnächst stattgehabte Subhastation des Grundstückes ausgefallenen Betrages derselben nicht als persönlicher Schuldner in Anspruch genommen werden kann.

(Striethorst's Arch. Bd. 28. S. 23 Nr. 6.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 484. u. Anh. §. 52. Zus. V. D. 1. (s. ob. S. 581.)

7) Gegen den Verkäufer eines Grundstücks muß der Käufer die in partem pretii, wenn auch nicht ausdrücklich persönlich übernommenen Hypothekenschulden immer und ohne Rücksicht auf die Bestimmung des §. 3. der Dekl. v. 21. März 1835 vertreten. Diese Dekl. hat nur die Rechte des Hypothekengläubigers zum Gegenstande.

Angenommen von der IV. Abtheil. des Civil-Sen. des Kammergerichts. (Präj. Nr. 18.)

§§. 55—70. Aufhebung des Pfandrechtes.

§. 55. Mit der Tilgung der Hauptforderung erlischt für den Gläubiger auch dessen Hypothekenrecht, ohne daß es gegen ihn dazu der Löschung bedarf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Aug. 1849.

(Entsch. Bd. 18. S. 264.)

Vergl. in den Erg. zu den §§. 520. sqq. h. t.

§. 56. Statt: »§§. 316. sqq.« ist zu setzen: »§. 320.«

(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 4.)

§. 60. In der Ausgabe von 1806 steht statt: »Dritten« der Druckfehler: »Darlehns«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 4.)

§. 61. 1) Statt: »§§. 316. sqq.« ist zu setzen: »§. 320.«

(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 4.)

2) Eine weitere analoge Anwendung der Grundsätze über die Bürgschaft auf die Intercession durch Pfandbestellung ist unzulässig, namentlich darf nicht von der Zulässigkeit der Belangung des Bürgen mit Uebergehung des Hauptschuldners in gewissen Fällen auf eine Zulässigkeit des Angriffs des Pfandes ohne Vorausklagung des Schuldners in demselben Falle geschlossen werden. Denn der Bürge steht, wie ein Korreus in der Verbindlichkeit, kann also wegen und aus

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

derselben auch belangt werden; der dritte Pfandbesteller aber nicht; vielmehr muß nach §. 198. nothwendig der Schuldner rechtlich gehört werden, bevor das Pfand in Angriff genommen werden kann.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec 1847. (Rechtsf. Bd. 3. S. 248 Nr. 123.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 61. h. t. und Anm. 52. zum §. 248. h. t.

§§. 71—262. Vom eigentlichen Pfandrechte.

§§. 72—92. Von Verpfändung fremder Sachen.

§. 72. Ueber die Frage: ob die mit Einwilligung des Eigenthümers einer Sache von einem Dritten geschehene Verpfändung derselben nach den Vorschriften über Bürgschaften zu beurtheilen? vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §§. 200—203.

§. 76. Die Vorschrift des §. 76. findet auf einen Benefizialerben keine Anwendung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1852. (Präj. Nr. 2390.)

Die Verpfändung fremder Sachen ohne Konsens des Eigenthümers ist nach §§. 72., 73. h. t. ein ungültiger Akt, der, wenn kein spezielles Gesetz darüber existirte, dadurch nicht nachträglich Gültigkeit erlangen würde, daß der wahre Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird. Denn der Uebergang des Eigenthums der Erbschaft »nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten« auf den Erben, welchen der §. 368. A. L. R. I. 9. ausspricht, hat die Haftbarkeit des Erben für die Pfandschuld, eben so dessen Nachfolge in allen Pflichten zur Folge, welche der Verpfänder vermöge der unzulässigen Verpfändung gegen den Gläubiger überkam, keineswegs aber die Validität der von Haus aus nicht gültigen Handlung. — Durch §. 76. h. t. wird die Konfusion, welche rücksichtlich der Forderung stattfindet, resp. der Erben auch auf die Pfandbestellung ausgedehnt, in Uebereinstimmung mit dem Röm. Rechte. Dabei ist des Unterschiedes zwischen Erben ohne und mit Vorbehalt nicht gedacht, und es könnte scheinen, als ob die Meinung, welche die Vorschrift auch auf die Erben mit Vorbehalt ausdehnt, deshalb Einiges für sich hätte, weil nach der Art, wie das A. L. R. I. 9. §. 420. ff. die Erbschaftsantretung behandelt, das beneficium inventarii mehr als die Regel dargestellt ist. Allein die Ausdehnung der gedachten Gesetzstelle auf Benefizialerben würde mit der Natur der Benefizialerben-Qualität und mit anderen direkten Vorschriften in Widerspruch stehen. Die Wirkung des beneficii inventarii besteht eben darin, daß (A. L. R. I. 9, §. 422., I. 16. §. 486.) die Wirkungen der Vereinigung durch Erbgangsrecht dadurch gehindert werden, daß hiernach also der Erbe mit seinem Vermögen für die Schuld nicht haftet. Er kann daher nicht dennoch aus diesem Vermögen zur Deckung der Schuld eine Sache hergeben, bloß weil der Erblasser diese Sache widerrechtlich dem Gläubiger verpfändet hat. Der Grund, auf welchem der §. 76. beruht, fällt hier weg. Das beneficium inventarii schließt die Haftbarkeit mit eigenem Vermögen, die Konfusion aus, mithin kann, wo dies beneficium Platz greift, auch von der ausgedehnteren Wirkung der Konfusion nicht die Rede sein, welche der §. 78. anordnet. Noch direkter folgt dies aus §§. 8—10. A. L. R. I. 15. — Die Pfandbestellung, wie bei Mobilien in der Regel, mit Besitzeinräumung verbunden, ist eine Spezies der Alienation; die Klage, wodurch derjenige, dessen Sache ohne seinen Willen verpfändet worden, vom Besitzer zurückfordert, ist eben die Vindikation. Der §. 9. findet hier seine Anwendung dadurch, daß der Erbe mit den Kräften der Erbschaft für die Pfandschuld haftet. Die Voraussetzung des §. 10. liegt nicht vor. Die Anwendbarkeit des §. 8. läßt sich mithin nicht verkennen und demzufolge der §. 76. h. t. nur so auslegen, daß darin eine Richtschnur über die Wirkung der Vereinigung mittelst Erbgangsrecht auf den in Rede stehenden Fall gegeben worden, welche, wo überhaupt die Vereinigung gehindert ist, ihre Anwendung verliert.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 35, Entsch. Bd. 23. S. 316, Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 38 Nr. 8.)

§. 80. Die Frage: ob der §. 80. nur auf konventionelle oder auch auf gesetzliche Pfandrechte zu beziehen sei, ist, besonders mit Rücksicht auf das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers an den Invekten und Illaten, kontrovers geworden.

Das Ob. Trib. hat sich in dem Pl. Beschl. v. 12. März 1838[1]) für die Beschränkung auf konventionelle Pfänder entschieden, weil die Vorschrift, auf welche der §. 8. Bezug nimmt (§. 25. A. L. R. I. 15.), einen über fremde Sachen geschlossenen lästigen Vertrag voraussetze, von einem solchen aber bei einem gesetzlichen Pfandrechte nicht die Rede sein könne. (Entsch. Bd. 4. S. 12.)

[1]) Vergl. darüber die Erg. zum A. L. R. I. 21. §. 395.

Derselben Ansicht sind: die Gesetzrevisoren (Motive zum bürgerl. Gesetzb. S. 362), Grävell (Lehre vom Nießbrauch, Pacht u. Miethe S. 277), Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 569) und Jacobi (J. W. 1836 S. 245); desgl. Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 199), welcher früher (1. Ausg. Bd. 4. S. 504) die entgegengesetzte Meinung deshalb vertheidigt hatte, weil die Wirkungen der Besitzergreifung in beiden Fällen dieselben seien und rücksichtlich des gesetzlichen Pfandrechtes keine Ausnahme gemacht sei.

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 66. zum §. 80. h. t.

§. 89. Vergl. Strafgesetzb. v. 14. April 1851 §§. 225., 226.

§§. 93—103. Form.

§§. 93. 94. Kann bei Gegenständen unter funfzig Thaler auch aus einem mündlichen Pfandvertrage auf Erfüllung geklagt werden, oder ist immer nur ein schriftliches pactum de pignore dando klagbar?

Bornemann nimmt Ersteres an, indem er bemerkt:

Für die erste Alternative scheint nicht nur der Umstand zu sprechen, daß das Gesetz die allgemeine Regel hier nicht ausgeschlossen hat, sondern auch in specie der §. 65. h. t. Für die zweite Alternative läßt sich dagegen die Analogie anderer Realverträge, insbesondere des §. 729. A. L. R. I. 11., anführen. Da indessen bei der Redaktion des Landrechts nur darüber Zweifel entstanden sind, ob bei Gegenständen von mehr als funfzig Thalern die erfolgte Uebergabe des Pfandes den Mangel des schriftlichen Vertrages ergänze, so wird man der ersten Alternative beipflichten müssen.

(System Bd. 4. S. 317, 2. Ausg. Bd. 4. S. 201.)

§§. 97. 98. 1) Ersetzt, wenn der Hauptvertrag die gerichtliche oder notarielle Form erfordert, und der Empfangschein in dieser Form ausgestellt worden, letzterer die dem Hauptvertrage fehlende Form?

Es verneinen die Motive zum bürgerl. Gesetzb., weil der Empfangschein nach §. 95. nur die Stelle des fehlenden schriftl. Hauptvertrages ersetzt, und bei der gerichtlichen oder notariellen Abschließung der Verträge in vielen Fällen eine Prüfung des Geschäfts selbst vorgenommen wird, welche durch die Prüfung bei Ausstellung des Empfangscheins nicht ersetzt werde. (a. a. O. S. 366.)

Koch ist derselben Ansicht, indem er bemerkt:

Die Anwendung des §. 95. könnte in diesem Falle nur eine analoge sein, und dazu fehlen die gleichen Voraussetzungen. Die besondere (gerichtliche oder notarielle) Form bezweckt hauptsächlich den Schutz des Schuldners, hier des Pfandgebers, kann mithin durch die besondere Form des von dem Pfandnehmer ausgestellten Empfangsscheins in keiner Weise ersetzt werden.

(Landr. Bd. 2. Anm. 76. zum §. 97. h. t.)

2) Das Justizmin. erläutert in dem Schreiben v. 8. Juli 1832 die §§. 97., 98. dahin:

Wenn der Hauptvertrag die gerichtliche Form verlangt, und daher die bloß schriftliche Form des Pfandscheins nicht genügt, so erwirbt der Empfänger kein Pfandrecht, sondern bloß ein Retentionsrecht. Dagegen vertritt der Pfandschein unter der Voraussetzung des §. 96., und wenn dazu die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form adhibirt worden, die Stelle des Hauptvertrages in Beziehung auf Inhalt und Form.

(Min. Akten A. 4269., A. L. R. Nr. 13. Vol. 4. Fol. 148.)

§. 100. 1) Der gerichtlichen Verlautbarung bedarf es nicht mehr. (G. v. 23. April 1821 §§. 1. u. 4., G. S. 1821 S. 43.)

2) Ist die Eintragung in das Hypothekenbuch zur Erlangung des dinglichen Rechtes unbedingt nothwendig?

Koch nimmt an, daß dieselbe gegen Dritte hier eben so nothwendig sei, wie bei Hypotheken, dagegen sei gegen den Verpfänder die Uebergabe hinreichend.

(Landr. Bd. 2. Anm. 78. zum §. 100. h. t.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. meinen das Gegentheil, weil es in der rev. mon. heiße:

Dieser §. wird nach der neuen Theorie wegbleiben können. Der Pfandgläubiger erlangt allerdings ein jus reale auf die Sache selbst, da ihm deren Besitz eingeräumt wird, und ihm solcher nicht entzogen werden kann, ohne ihm sein jus quaesitum an die Früchte zu nehmen.

und weil daneben bemerkt stehe: »Eintragung im Hypothekenbuche.«

(Mot. S. 521.)

Koch (a. a. O.) bemerkt indeß, daß sich dies auf die Wirksamkeit des Rechts gegen Dritte beziehe; der Verpfänder entbehre jedes Rechts

zur Abforderung; er könne seine Handlung nicht nullifiziren (§§. 102., 103. h. t.).

§. 101. Bezieht sich dieser §. auf solche Förmlichkeiten, welche zur Gültigkeit der Veräußerung nothwendig sind, oder nur auf solche, welche nur zur Beglaubigung dessen vorgeschrieben sind?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. nehmen Letzteres an:

Die Bedeutung des §. 101. ist nicht ohne Zweifel. Möglicherweise kann er bezogen werden auf Förmlichkeiten, welche zur Gültigkeit der Veräußerung nöthig sind, z. B. bei Kirchengütern, städtischen Grundstücken und dergleichen. Hierfür spricht der Zusatz: »bei gewissen Arten von Sachen.« Bei einer solchen Deutung würde derselbe sich jedoch nicht ausführen lassen, Pupillengüter z. B. sollen nur durch Suhastation veräußert werden können; die Bestellung eines pignus durch Licitation ist jedoch nicht denkbar. Wahrscheinlich ist es daher, daß der §. nur auf solche Förmlichkeiten, welche nicht zur Gültigkeit des Geschäfts, sondern nur durch Beglaubigung desselben vorgeschrieben sind, als die gerichtl. Auflassung und der Verreich, die gerichtliche Investitur, von welchen der §. 63. Tit. II. der Hyp. O. spricht, sich bezieht. Hierfür spricht auch der §. 103. h. t., in welchem vorausgesetzt wird, daß ein »gültiger« Vertrag vorhanden sei, in welchem Falle der Kreditor die Nachholung der im §. 101. vorgeschriebenen Förmlichkeiten verlangen kann. Die Materialien geben über den §. 101. h. t. keinen Aufschluß; derselbe befindet sich schon im gedr. Entw. in derselben Fassung, und ist nicht monirt worden.

(a. a. O. S. 522.)

Koch ist derselben Ansicht.

(Landr. Bd 2. Anm. 79. zum §. 101. h. t.)

§§. 104—112. Vollziehung des Pfandgeschäfts durch Uebergabe.

§§. 104. 105. 1) Der §. 105. findet keine Anwendung und die nach §. 104. erforderliche Uebergabe ist als geschehen zu betrachten, wenn auch der Eigenthümer des Pfandobjekts, welcher solches dem Schuldner der Forderung, für welches dasselbe als Pfand dienen sollte, zu diesem Zwecke ausgehändigt hatte, in der Eigenschaft als Vertreter des eigentlichen Gläubigers der Forderung dasselbe in Empfang genommen und besessen hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1487.) (Präj. Samml. S. 112.)

Dies Präj. scheint identisch zu sein mit dem Erk. v. 21. Sept. 1844, welches in den Entsch. Bd. 12. S. 271 in folgender Fassung mitgetheilt ist:

Uebergiebt Jemand ein Hypotheken-Instr. über eine ihm zustehende Forderung einem Dritten mit der schriftl. Ermächtigung zur Verpfändung für ein aufzunehmendes Darlehn, — und dieser Dritte bekommt sodann das Darlehn aus einer unter der Kuratel oder Verwaltung des Pfandgebers selbst stehenden Vermögensmasse gegen Verpfändung und Behändigung jener Obligation, so ist dies eine gültige Pfandbestellung, die jedenfalls so lange wirkt, als der Pfandgeber und resp. Nehmer das Besitzverhältniß unverändert fortsetzt.

Diese Entscheidung wird dahin begründet:

In der Anwendung des §. 105. auf den Fall, in welchem der Schuldner, der das Pfand hingab, und der Eigenthümer des Pfandobjekts, der die Verpfändung gestattete, verschiedene Individuen sind, ist zunächst eine Identifizirung des Schuldners der Forderung, für welche das Pfand gegeben ward, mit dem Dritten enthalten, der die Verpfändung seines Eigenthums erlaubte. Da dieser Letztere in keiner Weise des Gläubigers, dem die Pfandbestellung geschah, Schuldner ist, wenn er auch, da nach §. 72. ebendaselbst die Verpfändung fremder Sachen unter Einwilligung des Eigenthümers gültig geschehen kann, die Wirkung des Pfandrechts gegen sich gelten lassen muß, so ist eine unmittelbare Anwendung des §. 105., der voraussetzt, daß die verpfändete Sache im Naturalbesitze des Schuldners gelassen oder dahin zurückgegeben sei, nothwendig hier ausgeschlossen. Liegt eine Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger vor, dann fragt es sich, ob die Uebergabe auch als so geschehen zu betrachten ist, daß sich sagen läßt, jenes verbleibe in der körperlichen Gewahrsam des Gläubigers. Sollte damit so viel gesagt sein, daß der Gläubiger letztere nicht verlieren könne, so würde in allen Fällen, wo der eigentliche Gläubiger durch andere Personen vertreten werden muß, und keine Mittel angewendet sind, um die faktische Möglichkeit zu verhindern, daß der Vertreter dem Schuldner das Pfand zurückgebe, der vertretene Gläubiger niemals die Erwerbung eines Pfandrechts machen können, obgleich der Vertreter seiner Pflicht getreu das Pfand in Gewahrsam behalten hat. Die faktische Möglichkeit, rechtliche Verhältnisse zu verwirren, Rechte zu entziehen, die wohl erworben waren, kann in keiner Weise über den Erwerb und Bestand dieser Rechte entscheiden, wenn eine solche Widerrechtlichkeit nicht vorgegangen. Wenn es daher auch nicht zu bestreiten ist, daß der Kridar die auf seinem Gute eingetragene, ihm zuständige Obligation mit Verschweigung der Verpfändung — deren zuläßige, aber nicht nothwendige Vermerkung im Hypothekenbuche §§. 513. bis 516. ebendaselbst unterblieben war — hätte einem Dritten cediren können, so würde doch diese, einem solchen Cessionar allerdings Rechte gewährende Uebertragung eine widerrechtliche Handlung gewesen sein. (§. 69. Tit. 7.)

(Entsch. Bd. 12. S. 271.)

Koch bemerkt gegen dies Präjud.:

Eine Person, welche mehrere Personen-Eigenschaften in sich vereinigt, z. B. Vormund ist, kann unmöglich in diesen verschiedenen Eigenschaften mit sich einen Vertrag schließen. Es liegt die Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld vor. Der Eigenthümer und Verpfänder des Pfandstücks war Vormund des Gläubigers. Der Gläubiger mußte nach §§. 104. und 105. in Besitz gesetzt werden von Seiten des Eigenthümers. Der Eigenthümer konnte unmöglich an sich selbst die Sache aus seinem Eigenthumsbesitz in seinen vormundschaftlichen Besitz übertragen, er konnte sich nicht in zwei Personen spalten. Er gab dem Schuldner die Sache, um sie zu verpfänden, und der Schuldner gab ihm die Sache als Pfand für den Mündel zurück. Das erklärt das Ob. Trib. für eine wirksame Pfandbestellung. Aber wo bleibt die Trennung des Besitzes des Mündels von dem Besitze des Eigenthümers? Ein Pfandstück, was nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner oder Eigenthümer in seiner physischen Gewalt hat, ist kein Faustpfand.

(Landr. Bd. 1. Anm. 2. zum §. 1. Tit. 5. Thl. I.)

2) Durch die Behufs Sicherstellung des Wechselsgläubigers wegen der Wechselvaluta von dem Wechselschuldner geschehene gerichtliche Deposition der Kaution erlangt der Erstere ein Pfandrecht an dieser Kaution.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juli 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 173 Nr. 44.)

3) Ueber die Wirkung des Anerkenntnisses der geschehenen körperlichen Uebergabe der verpfändeten Sache vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 24. März 1854 in den Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 58. u. 59. Zus. 5.

§. 112. Ein den Schuldner verurtheilendes Erkenntniß auf gesetzliche Sicherstellung berechtigt den Gläubiger auch zu dem Antrage auf Bestellung eines Unterpfandes, und kann derselbe die Auslieferung gewisser bestimmter Sachen gegen Kautionsbestellung verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 123 Nr. 31.)

§§. 113—115. Verpfändung künftiger Sachen.

§. 113. Bedeutet in den Worten: »künftige Sachen, die nicht übergeben werden können &c.« das Wort »die« so viel als: »weil sie nicht übergeben werden können«, oder so viel als: »in soweit sie nicht übergeben werden können?«

Letzteres nehmen die Motive zum bürgerl. Gesetzbuch an.

Für die erstere Ansicht ist angeführt, daß Sachen, welche nicht existiren, weder übergeben, noch verpfändet werden können, und daß ein Pfandrecht erst im Augenblicke, wo die Sache entstehe, vorhanden sein könne; nur bei Früchten lasse sich eine Ausnahme denken, indem diese als res accessoria der Hauptsache folgen. Für die andere Ansicht dagegen spricht der §. 115., welcher ausdrücklich künftige Sachen oder Früchte, abgesehen von der Hauptsache, als Gegenstand eines Pfandrechts hinstellt. Eine Verpfändung künftiger Sachen im Voraus läßt sich allerdings in der Art denken, daß im Augenblicke der Entstehung der Sache auch das Pfandrecht entsteht, ohne daß es erst einer Uebergabe der neu entstandenen Sachen bedarf, z. B. wenn eine universitas facti, eine Bibliothek, ein Kramladen, verpfändet und übergeben worden, so werden die künftig dieser universitatis facti hinzutretenden Sachen durch die Einverleibung Gegenstand des Pfandrechts. Das Ostpreuß. Prov. Recht Zus. 72. und die K. O. v. 29. Juli 1815 gestatten gleichfalls die Verpfändung künftiger Früchte, ohne Uebergabe der Hauptsache. — Der Satz, daß, soweit ein Besitz künftiger Sachen stattfindet, soweit auch eine Verpfändung derselben möglich sei, versteht sich jedoch von selbst.

(a. a. O. S. 369.)

§. 114. Die ausgestellte Zinsrekognition eines Schlesischen Pfandbriefes kann abgesondert von diesem verpfändet werden. Die bloße Verpfändung des Pfandbriefes, ohne Aushändigung der Rekognition, giebt kein Pfandrecht an der letzteren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1847 [1]. (Entsch. Bd. 15. S. 404, Rechtsf. Bd. 2. S. 289 Nr. 145.)

---

[1] Da nach der K. O. v. 7. Dec. 1848 und Nr. 2. des damit publizirten Regulativs (G. S. 1849 S. 76) keine Ertheilung von Zinsrekognitionen der Schlesischen Pfandbriefe mehr stattfindet, so hat dies Präj. zwar seine unmittelbare Anwendbarkeit verloren, ist indeß für ähnliche Fälle wichtig.

§§. 116—123. Rechte und Pflichten des Pfandinhabers.

§. 118. Als zu den Schlesischen Pfandbriefen, in Folge der Außerkoursſetzung, noch besondere Zinsrekognitionen Behufs Erhebung der Zinsen ohne Produktion des Pfandbriefes abgezweigt wurden [1]), verlor der Pfandinhaber eines außer Kours gesetzten Pfandbriefes sein Pfandrecht an den Zinsen, und konnte die Zinsrekognition auch unter dem Vorgeben, daß sie ein Zubehör zum Pfandbriefe sei, von dem dritten Besitzer nicht vindiciren, wenn er die Zinsrekognition aus den Händen gegeben hatte.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. April 1836.
(Entsch. Bd. 1. S. 235, Koch's Arch. Bd. 1. S. 221.)

Vergl. die Rechtsfälle in Koch's Arch. Bd. 1. S. 216 ff. u. S. 242 ff.

§§. 118. 253. 254. 1) Auch ein Unterpfand kann im Wege der Exekution durch Uebergabe abgepfändeter Effekten und baarer Gelder bestellt werden, und geht der Gläubiger des einmal bestellten Unterpfandes durch dessen Abforderung zur gerichtlichen Asservation nicht wieder verlustig.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1853, auf Grund der §§. 118., 253., 254. h. t.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 124 Nr. 31.)

2) Das Pfandrecht, welches einem Gläubiger von dem Schuldner an Vermögensgegenständen desselben bestellt worden, geht durch deren hiernächst auf den Antrag anderer Gläubiger im Wege der Exekution erfolgte Beschlagnahme nicht verloren.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Juni 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 219.)

§. 120. Vergl. Strafgesetzbuch v. 14. April 1851 §. 271.

§§. 121—125. 188—190. 192. Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 19. Juni 1855 (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 284 Nr. 56.) in den Erg. zur A. G. O. I. 13. §. 38.

§. 124. Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken, daß der Pfandinhaber ex analogia des §. 131. und des §. 85. A. L. R. I. 14. auch für den Zufall haften muß, wenn dieser ohne den Gebrauch die Sache nicht betroffen haben würde. Als ein solcher Fall, in welchem der Pfandinhaber von dem Gebrauche keinen Vortheil hat, und daher dafür billige Vergütung leisten muß, ist in der rev. mon. angeführt, wenn der Pfandinhaber die ihm verpfändete Maske auf der Redoute angezogen hat. (a. a. O. S. 371.)

§. 135. Ueber das Verhältniß des §. 135. zum §. 126. bemerken die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche:

Durch das im §. 135. dem Eigenthümer gegebene frühere Einlösungsrecht hat das demselben nach §. 126. zustehende Recht, auf Kautionsleistung oder auf gerichtliche Niederlegung des Pfandes anzutragen, nicht entzogen werden sollen, sondern dieses Recht steht dem Eigenthümer neben dem Einlösungsrechte zu. Dies ergiebt sich aus der rev. mon., wo es heißt: »Ponamus: der Verpfänder erfährt, daß

»der erste Pfandinhaber das Pfand, worauf er demselben 1000 Rthlr. schuldig war, ohne seinen Konsens an einen Anderen für 500 Rthlr. versetzt habe. Kann er verlangen, daß der Dritte gegen Erstattung der 500 Rthlr. das Pfand ihm zurückgebe? Resp. quod non, sondern der Verpfänder kann alsdann nur von seinem Rechte, auf Deposition und Kautionsleistung anzutragen, nach der Vorschrift §. 92. (A. L. R. §. 126.) Gebrauch machen.«

Ad marginem ist konkludirt: »Er erhält auch das Recht, die Sache früher einzulösen.« (a. a. O. S. 377.)

§§. 139—156. Verwaltung und antichretische Nutzung.

§§. 139. ff. 1) Ein Vertrag, wodurch die Revenüen eines Gutes auf eine bestimmte Anzahl von Jahren unter Festsetzung eines Wiederkaufpreises verkauft worden, ist, wenn nachträglich mit den Revenüen Hypothek bestellt wird, für einen verschleierten Darlehns- und antichretischen Pfandvertrag zu erachten, wenngleich der Vertrag ein Kauf genannt wird, und die Gutsrevenüen aus fixirten Geldrenten bestehen.

Erkannt von den beiden Sen. des O. L. G. zu Paderborn unterm 11. Sept. 1834 und 27. Okt. 1835.
(Centralbl. 1838 S. 537 ff., 585 ff., 607 ff., 634 ff., 679 ff., 729 ff., 777 ff.)

2) Ueber den Begriff der Antichrese nach gemeinem Rechte vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 4. April 1848.
(Entsch. Bd. 17. S. 260.)

§§. 139. 140. Das auf einem Landgute befindliche Vieh- und Wirthschaftsinventarium ist für eine fruchttragende Sache im Sinne der §§. 139. u. 140. zu erachten. Der Gutspächter ist daher berechtigt, von dem für ihn mit Arrest belegten und nach Exmission des Pächters zurückbehaltenen Vieh- und Wirthschaftsinventarium desselben in Anrechnung auf seine Pfandforderung die Früchte und Nutzungen zu ziehen, und dieselben nur in soweit herauszugeben verpflichtet, als sie seine Forderung übersteigen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 97 Nr. 22.)

§. 140. Zur Abrechnung der Nutzungen auf die vorbedungenen Zinsen ist der Pfandbesitzer berechtigt, wenn auch die Zinsen nur mündlich versprochen worden sind.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1855.
(Entsch. Bd. 31. S. 393.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 729. u. 824. Zus. 1.

§§. 144—146. 150. Calow, über den Zeitpunkt, an welchem und die Frist, auf wie lange der Gläubiger bei der antichretischen Pfandnutzung Rechnung legen muß, wenn ihm dies nicht durch einen rechtsgültigen Vertrag erlassen ist.
(J. W. 1839 S. 569 ff., 585 ff.)

§. 145. Was ist unter dem Ausdrucke: »von nicht ganz geringem Ertrage« zu verstehen?

a) Calow sucht auszuführen, daß darunter die gesetzliche Bagatellsumme von 50 Thaler als Kapitalwerth derjenigen Grundstücke zu verstehen sei, bei denen der Debitor nicht alljährlich Rechnungslegung fordern kann, und bei denen mit Rücksicht auf die §§. 158., 159. A. L. R. I. 14. bei den im §. 145. genannten Pfandstücken die Rechnungslegung auf die fünf letzten Jahre sich erstrecken, bei den übrigen Pfandstücken aber durch die ganze Zeit der Nutzung gehen solle. (J. W. 1839 S. 569 ff., 585 ff.

b) Koch meint dagegen, daß darüber lediglich das richterliche Ermessen zu befinden habe. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 145. h. t.)

§. 148. Die Worte: »nach dem Stande des Inhabers« müssen heißen: »nach dem Stande des Verpfänders.«

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche setzen dies in folgender Art auseinander:

Wenn es im §. 148. heißt, daß der Pfandinhaber die Nutzungen nach den höchsten, womöge des Standes des Inhabers zulässigen Sätzen verzinsen solle, so ist hierbei ein Druckfehler vorhanden. Statt: »Inhabers« muß es heißen: »Verpfänders.« Der Zweifel, der darüber obwalten könnte, wird durch eine Vergleichung mit den Vorschriften im Tit. 11. §§. 805. u. 806., Tit. 14. §§. 87. u. 119. und Tit. 20. §. 220. beseitigt. Es ist nämlich nach den §§. 805. u. 806. im Tit. 11. allgemeiner Grundsatz, daß der Zinssatz sich nach dem Stande dessen richtet, welcher die Zinsen empfängt, nicht aber nach dem Stande dessen, welcher sie entrichtet, und hiermit stimmt auch die spezielle Vorschrift beim Depositum Tit. 14. §. 87., welche der des §. 148. h. t. ganz analog ist, überein. Die Vorschriften vom Depositum kommen auch bei der Verwaltung fremder Güter zur Anwendung (Tit. 14. §§. 199. u. 119.), und der Pfandinhaber wird theils dem Depositar, theils dem Verwalter fremder Güter gleichgestellt (§§. 121., 125., 150., 191—193. h. t.). Es ist daher nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber beim Pfandrechte von den allgemeinen Regeln und den speziellen Vorschriften, welche beim Depositum gegeben sind, habe abweichen wollen, zumal da auch der §. 220. h. t. eine Abweichung nicht enthält, sondern ganz mit den allgemeinen Regeln in Uebereinstimmung steht. Merkwürdig ist jedoch die mehrfache Abänderung, welche der in Frage stehende §. 148. bei der Abfassung des A. L. R. erlitten hat. Die §§. 147—149. des A. L. R. befanden sich noch nicht im gedr. Entw. zum Gesetzbuche, sondern sind erst später, auf Grund der vorhin angeführten Bemerkungen in der rev. mon. eingeschaltet. In dem Konzepte des umgearb. Entw. (Mater. Bd. 81.) wurde der §. 148. anfänglich dahin gefaßt:

[1]) Vergl. die vorige Anm.

»Thut er (der Pfandinhaber) solches nicht, so muß er die ferner erhobenen Nutzungen nach dem höchsten, vermöge seines Standes bei ihm zulässigen Satze verzinsen.«

Die Worte: »seines Standes bei ihm« wurden jedoch durchstrichen und von Suarez selbst dahin abgeändert:

»des Standes des Schuldners.«

Hiernach hatte der §. anfänglich ganz denselben Sinn, als der gegenwärtige §. 148. des A. L. R., erhielt aber durch die Abänderung eine den allgemeinen Grundsätzen entsprechende Bedeutung. In dem Manuskripte zum Allg. Gesetzbuche (Mater. Bd. 85.) lautet jedoch der §. 185.:

»vermöge des Standes des Inhabers«,

ohne daß eine abermalige Korrektur ersichtlich ist. Wahrscheinlich ist bei der Abänderung des Wortes »Schuldners« der Pfandinhaber und der Verpfänder verwechselt worden, wie dies schon bei der ersten Abfassung des umgearb. Entw. geschehen war. (a. a. O. S. 374, 375.)

§. 150. R. v. 12. Okt. 1828. Der Pfandinhaber einer fruchttragenden Sache kann schon während dieses Besitzes wegen Vernachlässigung derselben belangt werden.

Der Justizmin. kann der Meinung nicht beitreten, daß der Supplikant erst bei Rückgabe der Pfänder den ihm daran zugefügten Schaden liquidiren könne. — Die Pflichten des Pfandinhabers einer fruchttragenden Sache sind nach den von Verwaltung fremder Güter überhaupt vorgeschriebenen Grundsätzen zu beurtheilen (A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 150.), und ein Verwalter wird verantwortlich, wenn er die ihm anvertrauten Güter vernachlässigt (l. c. Tit. 14. §. 116.). Es läßt sich daher nicht absehen, weshalb der Verpfänder den Pfandinhaber nicht während der Dauer des Vertrages zu dessen Erfüllung und zur Beobachtung seiner Pflichten sollte anhalten können, und weshalb er verpflichtet sein könnte, einen ihm drohenden Schaden nicht abzuwenden. Eine solche Meinung ist um so weniger zu rechtfertigen, als selbst ein Nießbraucher, dessen Recht doch umfassender, als das des Pfandinhabers ist, wenn er durch unwirthschaftliche Verwaltung die Sache verringert, in seinen künftigen Verfügungen beschränkt werden und sogar auf gerichtliche Sequestration gedrungen werden kann. (A. L. R. I. 21 §§. 140., 141.)

(Acta des Justizmin. B. 5369., A. L. R. Nr. 13. Vol. 3. Fol. 251.)

Koch ist gleicher Ansicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 150. h. t.)

§. 153. Der Pfandinhaber haftet aber nicht persönlich.

Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1478. v. 13. Sept. 1844 in den Erg. zu den §§. 53., 54. h. t. Zus. IV. 1.

§. 156. 1) R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837. Zeile 6. ist statt »von« zu lesen: »vor«.

(J. M. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche legen diesen §. dahin aus, daß es darauf ankomme, ob die Präſtation auf die Nutzung gelegt ist, so daß die bloße Einwilligung des Pfandgläubigers in eine anderweitige Verpfändung oder in eine Hypothekenbestellung noch nicht die Verpflichtung enthalte, zunächst die Zinsen des späteren Kapitals und dann die ihm gebührenden Zinsen zu berichtigen.

Der §. 156. nimmt an, daß bei nutzbaren Sachen aus der Einwilligung des Pfandgläubigers in die Auflegung neuer, aus den Nutzungen zu bestreitender Reallasten die Verpflichtung des Pfandinhabers folge, die Reallasten und Zinsen vor den ihm selbst zukommenden Hebungen zu entrichten. Diese Bestimmung fand sich noch nicht im gedr. Entw., ist vielmehr erst später eingeschaltet; und zwar wurde anfänglich angenommen, daß der Pfandgläubiger nur so weit zur Abtragung der Reallasten verbunden sei, als von den Nutzungen nach Abzug der ihm gebührenden Zinsen etwas übrig bleibe. In der rev. mon. heißt es zu der, mit dem §. 155. h. t. gleichlautenden Vorschrift des §. 157. des Entwurfs:

»ad §. 107. Excipe, wenn der Verpfänder der Sache eine praestationem annuam auflegt und der Pfandinhaber darin ohne Vorbehalt konsentirt. Dies involvirt eine Einwilligung, dem praestantiario die jährliche Abgabe ex fructibus, soweit solche nach Abzug der Zinsen des Pfandschillings hinreichen, zu entrichten. Der Kreditor kann also einen solchen Ueberschuß zum Nachtheil des praestantiarii auf sein Kapital nicht imputiren.«

Demzufolge wurde im umgearb. Entw. der §. 156. zunächst dahin gefaßt:

»Besteht jedoch die neue Reallast in einer rc. Präſtation aus der Sache oder deren Nutzungen, so ist der Pfandinhaber rc. schuldig, solche aus den Nutzungen, soweit solche nach Abzug der Kosten und der ihm selbst zukommenden Zinsen hinreichen, zu entrichten.«

Diese Fassung ist aber im Konzepte des Entw. wieder nach dem jetzigen Inhalte des §. 156. geändert. Daraus, daß in der ersten Fassung die Rede war »von Präſtationen aus der Sache oder deren Nutzungen«, der §. 156. aber nur »von Präſtationen aus den Nutzungen«, nicht auch von Präſtationen aus der Sache spricht, ergiebt sich die richtige Auslegung des §. 156. in der Art, daß es darauf ankommt, ob die Präſtation auf die Nutzung gelegt ist, so daß die bloße Einwilligung des Pfandgläubigers in eine anderweitige Verpfändung oder in eine Hyp. Bestellung noch nicht die Verpflichtung enthält, zunächst die Zinsen des späteren Kapitals und dann erst die ihm gebührenden Zinsen zu berichtigen. Dies würde auch mit der Regel, daß jede Einwilligung stricte zu interpretiren sei, und Prioritäts-Einräumungen ausdrücklich geschehen müssen (§. 497. h. t.), im Widerspruche stehen. Selbst aus der Einwilligung in eine aus den Nutzungen zu bestreitende Präſtation läßt sich die Entsagung des Vorrechts, hinsichtlich der eigenen Zinsen des Gläubigers, noch nicht mit Zuverlässigkeit folgern. (a. a. O. S. 528.)

§. 157. Vergl. die Erg. zum §. 114. h. t.

§. 158. In Zeile 4. ist statt: »Hypothekenbuchs« zu setzen: »Hypothekenrechts«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 159—196. Rückgabe des Pfandes.

§. 159. 1) R. v. 28. Febr. 1840. Auch wider den Willen des Gläubigers kann der Schuldner auf Distraktion des Pfandes antragen, in sofern das dem Gläubiger nach den §§. 116., 159. h. t. zustehende Recht nicht verletzt wird, die Herausgabe der Sachen bis zur erfolgten Tilgung der ganzen Schuld verweigern zu dürfen. Dieses Recht wird gewahrt, wenn der Verkauf in der Wohnung des Gläubigers geschieht, und bei der Versteigerung jeder einzelnen Sache die Gültigkeit des Kaufs und die Vollziehung der Uebergabe von der Bedingung abhängig gemacht wird, »daß der Gesammterlös zur Deckung der Schuld ausreicht.« Sobald nun bei dieser Versteigerung der Erlös zur Deckung der Auktionskosten und zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht, wird mit der Auktion inne gehalten; entgegengesetzten Falls werden die bedingt geschlossenen Käufe rückgängig und die gesammten Sachen bleiben im Pfandbesitze des Gläubigers.

(J. M. Bl. S. 104.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum §. 159. h. t.

2) Ueber die Frage, ob diese Vorschrift auch auf Hypotheken anwendbar? vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Mai 1843 (Präj. Nr. 1301. a.) in den Erg. zu den §§. 44—48. h. t.

§. 168. Statt: »Verpfänder« muß es heißen: »Pfandinhaber«.

(Motive zum bürgerl. Gesetzb. S. 370.)

§. 171. Ueber die Nichtberechtigung des Fiskus zur Kompensation mit Forderungen, welche demselben aus anderen Amtsgeschäften des Beamten zustehen, bei Rückforderung der Kaution, vergl. das Erk. des V. Sen. des Ob. Trib. v. 22. März 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 363. Zus. 2.

§§. 174—179. Zu den Fällen, wo Theilzahlungen angenommen werden müssen, gehören auch die nach dem G. v. 8. Febr. 1811 [1]) zugelassenen Partialkündigungen und Partialcessionen, wenn der, welchem solchergestalt gekündigt wird, nicht sogleich von seiner Befugniß, auch den Rest zu kündigen, Gebrauch macht.

§. 175. Sind die Schlußworte des §. 175.: »sondern der Werth eines jeden einzelnen Stückes bestimmt ist«, so zu verstehen, daß bei der Hingabe der einzelnen Stücke zum Pfande der Werth derselben von den Interessenten ausdrücklich bestimmt sein müsse?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche verneinen:

Der §. 175. zum bürgerlichen Gesetzbuche ist in den Schlußworten hin und wieder so verstanden worden, daß bei der Hingabe der einzelnen Stücke zum Pfande der Werth derselben ausdrücklich bestimmt sein müsse. Diese Auslegung scheint jedoch nicht richtig, da der erste Satz im §. 175.: »wenn die verpfändeten Stücke zusammen nicht ein Ganzes ausmachen«, der Gegensatz von dem letzteren Satze ist, und dieser daher dahin verstanden werden muß: »daß der Werth der einzelnen Stücke in sich bestimmt sei.« Der Ausdruck: »nach der Taxe« im §. 176. läßt eben so gut die Deutung zu, daß die Taxe bei der Abschlagszahlung, als daß sie bei der Hingabe zum Pfande angenommen werde. Die Aufnahme einer Taxe bei der Eingehung des Pfandgeschäfts beugt zwar späteren Weiterungen und Streitigkeiten vor; dem Wesen der Sache nach ist es jedoch gleichgültig, wann der Werth der einzelnen Pfandstücke ermittelt wird, und wenn der Gläubiger gesetzlich zur Annahme einer Partialzahlung verbunden ist, z. B. in der Exekutions-Instanz, bei einem Moratorium, so spricht die Billigkeit dafür, daß der Schuldner einen Theil des Pfandes zurück-

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 399. Zus. 2.

erhalte, und er dieser Billigkeit nicht durch den Mangel einer bei Eingehung des Pfandgeschäfts nicht aufgenommenen Taxe verloren gehe.
(a. a. O. S. 381.)

§. 177. Der §. 177. spricht nur von dem eigentlichen Pfande, in dessen Besitz der Gläubiger gesetzt worden, und kann daher auf Hypotheken nicht angewendet werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1836. (Präj. Nr. 119. a.) (Präj. Samml. S. 110.)

§. 186. Die Unmöglichkeit der Rückgabe des Pfandes zieht nicht unbedingt und ohne Weiteres die Erlöschung der durch das Pfand sichergestellten Forderungen nach sich, sondern der Pfandbesteller hat nur Ersatz des Werthes der Sache, mittelst der actio pignoratitia directa zu fordern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juni 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 143 Nr. 69.)

§. 188. Die Pflicht des Pfandgläubigers, dem Schuldner nach gehörig geleisteter Erfüllung der Hauptverbindlichkeit das dafür gegebene Pfand in eben dem Stande, in dem solches übergeben worden, zurückzugewähren, findet nur bei dem mit der Gewahrsam der Sache verbundenen Pfandrechte im engeren Sinne statt, erstreckt sich dagegen nicht auf das, unabhängig von dem Besitze der verpfändeten Sache, durch die Eintragung entstandene Hypothekenrecht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1843. (Präj. Nr. 1301. b.)
(Präj. Samml. S. 111, Entsch. Bd. 9. S. 257.)

Vergl. die Gründe dieses Präj. in den Erg. zu den §§. 44—48. h. t. zu dem Präj. Nr. 1301. a.

§§. 197—221. Veräußerung des Pfandes.

§. 198. Dieser §. findet auf konzessionirte Pfandleiher keine Anwendung.

Vergl. die Erg. zu den §§. 263. ff. h. t.

§. 200. 1) Der §. 200. bezieht sich nur auf Auktionen; in Subhastationen hindert schon die Schließung der Licitationsverhandlung die Wiedereinlösung, wenn ein Gebot gemacht worden ist und der Bieter den Zuschlag verlangt hat.

Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Sept. 1838 (Präj. Nr. 535.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 342. Zus. 2. und die Erg. zur A. G. O. I. 52. §. 41. und zum §. 12. der Subhast. V. v. 4. März 1834.

2) Vergl. die Erg. zum §. 42. h. t. Zus. 1. u. 2.

§§. 201—209. R. v. 23. März 1810, betr. die Subhastation, wenn mehrere Grundstücke für eine Forderung verpfändet sind.

Wir eröffnen Euch, daß die analogische Anwendung der Bestimmung in Rücksicht der Faustpfänder Thl. I. Tit. 20. §§. 201. ff. des A. L. R. auf Hyp. nicht unbedingt und für andere mögliche Fälle, außer dem gegenwärtigen, verworfen werden kann. Wenn für eine Forderung mehrere Grundstücke verpfändet sind, und der Werth eines derselben den Betrag der Forderung beträchtlich übersteigt, so daß mit größter Wahrscheinlichkeit aus dem Kaufschillinge die Forderung gezahlt werden kann, so würde es hart sein, wenn wegen derselben sämmtliche Grundstücke subhastirt werden sollten, da die Subhastation die Aufnahme einer Taxe nothwendig macht, und diese gewöhnlich nicht ohne beträchtliche Kosten aufgenommen werden kann und deren Betrag dem Schuldner zur Last fällt, und wenn erst durch den Erfolg der Subhastation bestimmt werden sollte, ob sämmtliche Grundstücke oder nur eins derselben zu veräußern sei. In solchen Fällen muß also das Arbitrium des Richters mit Rücksicht auf die Bestimmungen §§. 201—209. a. a. O. eintreten.
(Mathis Bd. 10. S. 115, Rabe Bd. 10. S. 307.)

§. 207. Diese Vorschrift kann keine unmittelbare Anwendung mehr finden, weil die Voraussetzung, daß Mobilien von einem gewissen Werthe subhastirt werden müssen (A. G. O. I. 52. §§. 65. und 4., verb. mit §§. 228., 229. I. 50.) nach der Subhast. V. v. 4. März 1834 weggefallen ist.

§. 208. Der §. 208. fällt weg, weil nach der Subhast. V. v. 4. März 1834 Mobilien nicht mehr subhastirt werden.

§. 211. R. v. 22. Juni 1811, betr. den Begriff der im §. 211. gedachten »Kosten des Prozesses.«

Dem rc. wird auf dessen Bericht hiermit eröffnet, daß die Auslegung, welche dasselbe von dem §. 211. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. macht, ganz unrichtig ist. Die dort erwähnten Prozeßkosten sind, wie der Zusammenhang ergiebt, keine anderen als die Kosten des Subhastationsprozesses, wenn ein solcher zur Veräußerung des Pfandes erforderlich gewesen ist. Es kann daher der J. gar nicht angehalten werden, von den Geldern, welche er aus den Pfändern gelöst hat, diejenigen Kosten seines Prozesses mit dem R. zu zahlen, welche dieser schuldig geblieben ist.

Berlin, den 28. Febr. 1811.

Königl. Preuß. Kammergericht.

Dem (Tit.) wird auf den rc. erstatteten Bericht hierdurch zur Resolution ertheilt, daß das Kollegium ganz richtig von dem Kammerger. beschieden worden. Unter den Kosten des Prozesses, die nach der Bestimmung des §. 211. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. von dem gelösten Gelde vorweg abgezogen werden sollen, sind diejenigen zu verstehen, welche der Gläubiger gehabt hat, und von dem Schuldner zurück zu verlangen befugt ist.
(Gen. Akt. des Justizmin. A. L. R. Nr. 3. Vol. III. Fol. 339.)

§§. 222—223. Vorrechte im Konkurse.

1) Im Marginale zum §. 222. ist statt: »4.« zu setzen: »K.«
(R. v. 5. Mai 1834 u. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 8. S. 4. u. Bd. 12. S. 1.)

2) Vergl. die Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 46. ff. und §§. 383. ff.

§§. 224—242. Nebenverträge.

§§. 224. 227. 1) Wenn unter denselben Kontrahenten zu gleicher Zeit zwei verschiedene Verträge, ein Darlehnsvertrag und ein Vertrag über Verpachtung eines Grundstücks abgeschlossen sind, und der Darlehnsgeber zugleich Anpächter des Grundstücks ist, so folgt aus dem Umstande allein, daß zwei verschiedene Dokumente aufgenommen sind, noch nicht, daß die Vorschrift des §. 227. keine Anwendung finde. Es muß vielmehr nach den Umständen beurtheilt werden, ob nicht dennoch ein bloß antichretischer Vertrag bezweckt worden sei; und wenn aus diesem, z. B. der Uebereinstimmung des Betrages der Zinsen mit dem Pachtgelde, der Gleichheit der Kündigungsfrist rc., geschlossen werden kann, daß nichts anders bezweckt worden, als daß die unberechneten Nutzungen des Grundstücks die Stelle der Zinsen des dargeliehenen Kapitals vertreten sollen, so müssen beide Verträge als ein Ganzes betrachtet und die Vorschriften des A. L. R. I. 20. §§. 227. ff. zur Anwendung gebracht werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Nov. 1842. (Präj. Nr. 1218.) (Präj. Samml. S. 112.)

2) R. v. 4. Nov. 1840, betr. die Form von Pachtverträgen, in denen der Pachtzins als Aequivalent für Darlehnszinsen stipulirt ist.

Es ist angefragt worden: ob es ein antichretischer Pachtvertrag ist, wenn nach voraufgegangenem Darlehnsvertrage in demselben oder in einem besonderen Instrumente, aber zwischen denselben Kontrahenten ein Pachtvertrag verabredet und darin entweder dem Schuldner ein der Summe nach ausgedrücktes Pachtgeld versprochen wird, dessen Betrag dem Betrage der stipulirten Darlehnszinsen gleich kommt, oder das Pachtgeld nicht auf eine bestimmte Summe festgesetzt, sondern dessen Kompensation mit den Darlehnszinsen verabredet wird, und ob es also in dergleichen Fällen der gerichtlichen Form bedürfe und der in einem etwa notariell geschlossenen Vertrage der Art gleichzeitig bestellten Hypothek die Eintragung verweigert werden müsse? — An und für sich ist für den Richter kein Grund vorhanden, in dergleichen Fällen eine antichretische Verpfändung anzunehmen, und es kann dem Kontrahenten, welcher eine Simulation behaupten will, nur überlassen bleiben, eine solche im Rechtswege zu erweisen. Wenn jedoch der Hypothekenrichter in Fällen dieser Art nach den vorliegenden besonderen Umständen eine Simulation vermuthen zu dürfen glaubt, so muß er alsdann nicht die in einem nur notariellen Dokumente für das Darlehn bestellte Hyp., sondern nur eine Protestation eintragen. (Hyp. O. Tit. II. §§. 12. u. 18.)
(J. M. Bl. 1840 S. 350.)

§§. 226—242. Ueber die ratio dieser Bestimmungen vergl. Suarez Bemerkungen in den Schlußvorträgen.
(Jahrb. Bd. 41. S. 59.)

§§. 227. 233. 234. 1) G. v. 23. April 1821 wegen Aufhebung der Verlautbarung der Verträge über unbewegliche Güter, §. 4.:

Die Gültigkeit der Verträge, wodurch ein nutzbares Pfandrecht bestellt wird, ist auch fernerhin von der gerichtlichen Bestätigung abhängig (A. L. R. I. 20.

§§. 227., 233., 234.) Der Verlautbarung derselben, Behufs der Eintragung in die Hypothekenbücher bedarf es aber nicht mehr. (G. S. 1821 S. 43.)

2) Die schenkungsweise überlassene Benutzung eines Grundstücks bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der gerichtlichen Bestätigung.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. März 1846.

Nur weil bei antichretischen Pfandkontrakten sehr oft ein Wucher versteckt liegt, soll die gerichtliche Bestätigung dann nothwendig sein, wenn die Rechnungslegung vor der Verfallzeit erlassen wird; dies sprechen die §§. 228., 235. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R., §. 14. Thl. II. Tit. 3. der A. G. O. aus, und sie sind in dieser Hinsicht zum Vortheil des Schuldners gegen den Gläubiger gegeben, der hier nur als Wucherer erscheinen kann. Bei einer reinen Schenkung kann vom Empfänger des Geschenkes ein Wucher nicht geübt werden. Selbst bei einer wegen Uebermaßes nach §. 1091. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. dem Widerrufe unterworfenen Schenkung kann so wenig von einem Wucher die Rede sein, als wenn etwa versprochen wäre, die geschenkte Summe bis zu ihrer Zahlung nach einem höheren Satze, als sonst erlaubt, zu verzinsen. Es ist dies hier kein übermäßiger Vortheil, es ist kein Uebermaß von Zinsen, wie es zum Begriffe des Wuchers nothwendig erfordert wird — A. L. R. II. 20. §§. 1273., 1277., 1279. — sondern die ganze Schenkung schon für den Beschenkten ein Vortheil, welcher in Beziehung auf ihn keiner Grenzen, keiner Beschränkung unterworfen, also auch nie übermäßig zu nennen ist, so lange nicht in dieser Hinsicht Gründe des Widerrufs eintreten. Daraus folgt, daß die zur Verhütung des Wuchers gegebenen Vorschriften auf Schenkungen, welches auch ihr Gegenstand sein möge, keine Anwendung finden. Selbst wenn sich bei einem Vertrage der vorliegenden Art ermitteln ließe, daß die Nutzung des versprochenen Grundstücks den Betrag der sonst gesetzlich erlaubten Zinsen der principaliter geschenkten Geldsumme auch noch so weit überstiege, würde daraus weder ein Wucher, noch die Nothwendigkeit der Reduktion auf das gesetzliche Zinsmaß folgen; weil auch die Benutzung des Grundstücks geschenkt, und die Schenkung in dieser Beziehung im Allgemeinen an ein Zwangsmaß nicht gebunden ist. (Entsch. Bd. 13. S. 234.)

§§. 227. 235. Auch ein gerichtlich aufgenommener und ausgefertigter antichretischer Pfandvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der besonderen gerichtlichen Bestätigung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Nov. 1854, auf Grund der §§. 227. u. 235. h. t. und des §. 4. des G. v. 23. April 1821 und da aus der Sache und den §§. 228—234. h. t., aus den §§. 200—204. A. L. R. I. 5. und den §§. 21—24. A. G. O. II. 3. klar hervorgehe, daß die gerichtliche Ausfertigung eines gerichtlich aufgenommenen Vertrages nicht dasselbe mit dessen gerichtlicher Bestätigung ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 13 Nr. 5.)

§. 231. Ist die im §. 231. angegebene Quote eine Quote des Objekts oder Subjekts?

Reusch geht von der grammatischen Regel aus, daß jeder Satztheil, von dem nicht ein Anderes erhellt, seine Bestimmung aus dem Subjekte nimmt, so daß das Verhältniß von 2:3 sich herausstellt, nicht, wie in dem entgegengesetzten Falle von 3:4.

(J. W. 1842 S. 324 ff.)

Schweikart ist entgegengesetzter Ansicht. (a. a. O. 1839 S. 533.)

§§. 235. 236. Calow, über die rechtlichen Folgen, wenn bei der Pfandbestellung mit einer fruchttragenden Sache der Vertrag, vermöge dessen der Gläubiger das Pfand, statt der Zinsen seiner Forderung, ohne Rechnungslegung nutzen soll, nicht gerichtlich bestätigt ist.

(J. W. 1839 S. 569 ff., 585 ff.)

§. 238. 1) Ueber den Sinn dieses §. bemerken die Motive zum bürgerl. Gesetzb.:

Der §. 1308. des rev. Entw. entspricht dem §. 238. h. t. Im gedr. Entw. zum G.-Buche §§. 166., 167. war dem Schuldner die Befugniß gegeben, zu jeder Zeit, wenn auch in dem Vertrage eine längere Frist bestimmt war, das Pfand einzulösen. Diese Vorschrift wurde in Folge der nachstehenden Bemerkung von Suarez in der rev. mon. abgeändert:

»Viele, besonders ständische, Monenten tragen auf die Weglassung dieser §§. an, denen ich aus den von ihnen angeführten Gründen beitreten und vielmehr ausdrücklich festsetzen würde, daß, wenn ein pactum einmal gültig geschlossen worden, kein Theil, auch wegen einer noch so ungewöhnlichen Veränderung der Umstände, wodurch der Ertrag erhöhet oder vermindert wird, davon abgehen könne.«

Hieraus ergiebt sich, daß der §. 238. h. t. eine Anwendung des Grundsatzes im §. 377. A. L. R. I. 5. ist, und andeuten soll, daß die §§. 378. seq. ibid. hier nicht Anwendung finden. (a. a. O. S. 525.)

2) Der §. 238. verbietet, in Uebereinstimmung mit dem richtigeren Verständniß des gemeinen Rechts, bei einem einmal gültig geschlossenen pactum antichreticum eine Nachrechnung angeblich übermäßiger Nutzungen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Arnsberg unterm 10. Febr. 1838.

(Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 279.)

§§. 243—262. Aufhebung des Pfandrechts.

§§. 246—248. 534. 535. 1) Die Verjährung der persönlichen Schuldverbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners einer durch eine Hypothek versicherten Forderung wird durch die alleinige Verfolgung des Hypothekenrechts von Seiten des Gläubigers gegen den dritten Besitzer des für die Schuld verpfändeten Grundstücks nicht unterbrochen [1]).

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 22. April 1843.

Das persönliche Recht und das Hyp.-Recht sind genau zu trennen. Jedes besteht als selbstständiges Recht, und ist durch eine besondere Klage verfolgbar, ersteres durch die Schuldklage gegen den urspr[ü]glichen Schuldner, letzteres durch die Pfandklage gegen den Besitzer des Pfandes. Diese beiden Verpflichteten sind nicht correi, vielmehr haftet jeder aus einem besondern Rechtsgrunde, Ersterer aus der ursprünglichen Verbindlichkeit, Letzterer aus dem Besitze. Ebenso hat der Gläubiger ein alternatives, in der Ausübung seiner Wahl überlassenes Recht; die Dauer und Ausübung des einen ist nicht nothwendig von der Dauer und Ausübung des andern bedingt; jedes unterliegt in der Ausübung besonderen Erfordernissen. Ebenso laufen die beiden Klagen, ihrer Natur nach, neben und unabhängig von einander, woraus von selbst folgt, daß durch die Ausübung des einen Rechts der Grund der Verjährung durch Nichtgebrauch — die Nichtausübung — hinsichts des andern nicht gehoben wird. Dies wird auch durch die §§. 246—248., 534., 535. bestätigt. Die ersteren unterscheiden zwischen dem Pfandrecht und dem persönlichen Recht. Der §. 246. spricht ausschließlich von ersterm, und wendet den allgemeinen Grundsatz des §. 511. Tit. 9. auf das Pfandrecht an, übereinstimmend mit den für das Hyp.-Recht disponirenden §§. 534., 535. h. t. — Die §§. 247 u. 248. sind als ein Ganzes aufzufassen, und fallen mit den §§. 534. u. 535. zusammen. Sie schließen eine zweifache Festsetzung für das Pfand-, resp. Hyp.-Recht und für das persönliche Recht in sich. — In dem §. 247. wird von der Schuld als Pfandschuld gehandelt. Diese, als solche, so weit sie im Pfande ihre Deckung findet, so weit die Erfüllung aus dem dinglichen Rechtsgrunde von dem Besitzer der Sache gefordert wird, soll von der Dauer des Pfandrechts selbst abhängig sein. Dies muß, so weit nur die dingliche Natur des Anspruchs in Betracht kommt, für beide Fälle gelten: der Schuldner aus der ursprünglichen persönlichen Verbindlichkeit, oder ein Dritter mag das Pfand besitzen. Der allgemeinen Natur eines akcessorischen Rechts gemäß würde mit der Aufhebung des Anspruchs, für den die Sicherheit bestellt worden ist, auch das Pfandrecht erlöschen (§. 55. h. t.). — Die Verjährung äußert sich in der Wirkung als ein solches Erlöschen des Anspruchs. Diese Wirkung soll nicht eintreten, so weit der Anspruch aus der dinglichen Verpflichtung verfolgt wird. Es soll die Forderung als Pfandforderung, so weit das Pfand reicht, in Kraft bleiben; und zwar unbeschränkt, gegen jeden Besitzer der Sache, auch gegen den persönlichen Schuldner, der aus dem Erlöschen des persönlichen Rechts im Allgemeinen vorzugsweise eine gleiche Wirkung für das Pfandrecht herzuleiten berechtigt ist. Die Worte: »es kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen,« haben demgemäß den Sinn: »die Verjährung der Schuld als Pfandschuld soll auch zu dessen Besten nicht zu laufen anfangen,« so daß die im §. 246. ganz allgemein ausgesprochene Bestimmung über die Dauer des Pfandrechts überhaupt, sich im §. 247. in besonderer Beziehung auf den persönlichen Schuldner nur weiter in Anwendung gebracht, und auf die Schuld als Pfandschuld bezogen findet. Ganz gleich ist die Vorschrift des §. 534. auszulegen. Es ist hier wiederum nur von dem Erlöschen der Forderung, als Hypothekenforderung, die Rede. — Völlig klar wird dieser Sinn und Umfang der §§. 247. u. 534. durch den §. 248. Dieser enthält eine für sich bestehende Bestimmung für das persönliche Recht. Es sollen in Ansehung der verfessenen Zinsen-Termine und des aus dem Pfande nicht gedeckten Theils der Schuld die gewöhnlichen Regeln der Verjährung eintreten. Hier ist der Gegensatz gegen den ersten Theil der Festsetzung über das dingliche Recht gegeben. Er erläutert diesen ersten Theil, und beschränkt ihn zugleich. Die, in den beiden §§. 247. u. 248. zusammengefaßte Vorschrift spricht eine Sonderung des persönlichen und des Pfandrechts aus, gemäß der Natur beider Rechte, von denen das eine zwar ein prinzipales, das andere ein akcessorisches Recht, die aber, dieses rechtlichen Zusammenhanges ungeachtet, andererseits einzelne, selbstständige, alter-

[1]) Ueber den umgekehrten Fall, wenn der in Anspruch genommene dritte Besitzer die Verzinsung vorschützt, vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 1. April 1837 (Präj. Nr. 201.) in den Erg. zum §. 495. h. t.

nativ vom Berechtigten auszuübende Rechte sind, und gerade in Beziehung auf den Punkt der Verjährung nach verschiedenen Richtungen hin wirken. — Weder in der Fassung, noch in dem Zusammenhange der gedachten Vorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung liegt ein Grund, der es rechtfertigte, die Verjährung der Schuld, als einer persönlichen Verbindlichkeit, von der Dauer des Hypothekenrechts abhängig zu machen.

(Entsch. Bd. 9. S. 266.)

Denselben Grundsatz spricht das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 219. v. 14. April 1837 aus.

Vergl. dasselbe in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 508., 545., 546.

Auch in dem Erk. v. 31. Aug. 1844 hat das Ob. Trib. denselben Grundsatz ausgeführt. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 466.)

2) Durch Fortdauer des Pfandbesitzes und des Hypothekenrechtes (§§. 247., 534., 535.) wird der Anfang der Verjährung des persönlichen Rechts durch Nichtgebrauch nicht gehindert. Die Verjährung des persönlichen Rechts wird aber durch Einhebung der Zinsen von dem Pfand- oder Hypothekenschuldner unterbrochen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Aug. 1844.

Die Zinsenverpflichtung beruht in der ursprünglichen Stipulation derselben bei Entstehung der Schuld, und erscheint als ein Bestandtheil der Haupt- und persönlichen Verbindlichkeit. In der Einziehung der Zinsen von Seiten des Gläubigers liegt eine Handlung desselben, die nicht bloß als Ausübung des dinglichen, sondern auch des persönlichen Rechts von Wirkung ist, und die den Anfang der Verjährung auch in Beziehung auf das persönliche Recht ausschließt. Der Pfandschuldner leistet in soweit zugleich für den persönlich Verpflichteten die Zahlung, die der Gläubiger auch von diesem fordern konnte. (A. L. R. I. 9. §. 570.) (Koch's Arch. Bd. 5. S. 462 ff.)

Ebenso hat das Ob. Trib. in einem neueren Rechtsfalle (Datum des Erk. konstirt nicht) entschieden. (J. W. 1846 S. 33.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 570. u. 571. Zus. 2., desgl. Koch's Landr. Bd. 1. Anm. 37. zum A. L. R. I. 5. §. 439. und die Vorbemerk. zu dem Rechtsf. im Schles. Arch. Bd. 5. S. 463 ff.

§§. 247. 248. 1) Bornemann bemerkt, daß der §. 248. eine doppelte Auslegung zulasse. Derselbe könne nämlich a) dahin verstanden werden, daß, sobald das Pfand verkauft worden, in Ansehung der aus dem Verkaufspreise nicht berichtigten Summe sofort die Verjährung anfange; allein dies verstehe sich von selbst; oder auch b) dahin, daß die Verjährung der Forderung von Anfang an nur soweit gehindert wird, als der Werth des Pfandes reicht, daß also, wenn eine für 1000 Thlr. verpfändete Sache nach 10 Jahren für 500 Thlr. verkauft, und diese Summe dem Gläubiger gezahlt wird, die Verjährung wegen der übrigen 500 Thlr. nicht erst von da ab, sondern von dem Tage gerechnet wird, an welchem sie ohne Pfandbestellung angefangen haben würde. Der letzteren Interpretation stehe indeß theils der §. 247. entgegen, theils scheine es sich nicht rechtfertigen zu lassen, von dem zufälligen künftigen Kaufpreise einer für die ganze Forderung verpfändeten Sache irgend etwas abhängig zu machen, wenngleich man sagen könnte, die Verjährung des persönlichen Rechts sei unabhängig von der des Realrechts und gehe ihren eigenen Gang. Das Gegentheil sei aber im §. 247. bestimmt und auch wohl das Richtigere. (System 1. Ausg. Bd. 2. S. 115.)

Thöne bemerkt in dieser Beziehung, daß eine verjährte Forderung die Grundlage der accessorischen Verpflichtung bei Bestellung eines Pfandrechts bilden könne, woraus folge, daß, wenn die Forderung, wofür ein Pfand bestellt, verjährt, sie doch in sofern noch geltend gemacht werden könne, als das Pfand reiche (§. 148. h. t.), wodurch sich dann das Bedenken Bornemann's behebe.

(Privatr. Bd. 2. S. 484, 485.)

Koch zeigt, daß die Worte des §. 247: »so lange das Pfandrecht dauert, kann — keine Verjährung — anfangen«, sich nicht auf den Anfang der Klageverjährung, sondern auf die Befugniß des Gläubigers, sich aus dem Pfande bezahlt zu machen, beziehen. Dieses Recht könne durch Nichtgebrauch gar nicht erlöschen, so lange der Gläubiger das Pfand im Besitze hat und auch seine dingliche Klage auf Wiedererlangung des ihm abhanden gekommenen Pfandrechtes noch nicht erloschen ist. Dies sei der Sinn des §. 247. Wenn der Gläubiger das Pfand in Händen hat, so könne er dasselbe zu jeder Zeit in's Geld setzen und sich bezahlt machen, möge die persönliche Klage gegen den Schuldner verjährt sein oder nicht. Reiche der Preis dazu nicht hin, so könne selbstredend der Ausfall mit der verjährten persönlichen Klage nicht eingefordert werden. Da nun aber nach den §§. 198., 199. h. t. der Schuldner vor dem Verkaufe des Pfandes rechtlich gehört werden müsse, so sei der Klageantrag des Pfandgläubigers nicht auf »Zahlung«, sondern dahin zu richten, »das Pfand wegen seiner Forderung gerichtlich zu verkaufen«. Auf diese Weise mache der Gläubiger nicht von seinem persönlichen, sondern von seinem dinglichen Klagerechte Anwendung. Es folge daraus, daß der Einwand der Verjährung gar nicht gegeben sein könne, und daß bei diesem Verfahren auch die Vorschrift der §§. 247. u. 248. gar nicht in Betracht komme. (Landr. Bd. 2. Anm. 52. zum §. 248. h. t.)

2) Ueber die Anwendbarkeit der §§. 247. u. 248. im Falle der vor Regulirung des Hypothekenbuches erfolgten Verpfändung eines Grundstücks vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 965. v. 28. Dec. 1840 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 511. Zus. 2.

§§. 253. 254. Vergl. die Erg. zum §. 118. h. t.

§. 255. Hat die Wiederaufgabe des Besitzes der verpfändeten unbeweglichen Sache, sofern die Antichrese im Hypothekenbuche eingetragen bleibt, gar keinen Einfluß auf die Antichrese, oder verwandelt sich dieselbe in eine bloße Hypothek?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. sind der ersteren Ansicht.

Für die letztere Ansicht spricht, daß das pignus nothwendig den Besitz der Sache erfordert und nach §. 100. h. t. zu dem Besitze der Sache die Eintragung in das Hypothekenbuch hinzukommen muß, daß also, wenn das eine oder das andere Erforderniß wegfällt, auch das Recht selbst als solches nicht ferner bestehen kann. Für die andere Ansicht spricht die Vorschrift des §. 4. A. L. R. I. 21., wonach die Eintragung im Hypothekenbuche die Wirkung des körperlichen Besitzes hat, so wie der Umstand, daß ein in das Hypothekenbuch eingetragenes Recht nicht durch eine bloße Aufgabe des Rechts, noch viel weniger durch Aufgabe des Besitzes, sondern erst durch die Löschung verloren geht. Nach den Materialien des A. L. R. scheint die letztere Ansicht dem §. 255. zum Grunde zu liegen. In dem extractus monitorum heißt es nämlich zum §. 180. des gedruckten Entwurfes (§. 253. h. t.):

ad §. 180. Daß Jemand sich des Besitzes der verpfändeten Sache entschlagen habe, ohne wegen seiner Forderung befriedigt zu sein, wird nicht vermuthet; ist also die Forderung nicht erlöscht, (sic) und die verpfändete Sache findet sich in einer andern, als des Pfandgläubigers Gewahrsam, so ist anzunehmen, daß sie diesem wider seinen Willen entzogen sei.

Dieses Monitum ist dahin beantwortet:

Das wörtlich abgeschriebene Monitum enthält einen Cirkel im Schließen. Es fällt aber auch schon dadurch weg, weil das Gesetz eine freiwillige Herausgabe des Pfandes ohne Vorbehalt voraussetzt. Vielleicht sollte die Fassung etwas verändert werden. Uebrigens würde bei der eingetragenen Verpfändung unbeweglicher Sachen oder hypothekarischer Kapitalien eine Ausnahme stattfinden (vide §§. 379. sqq.) [1]).

In der rev. mon. ist hierüber bloß bemerkt:

ad §§. 180., 181. Durch die Aufgebung des Besitzes eines unbeweglichen Pfandes geht das im Hypothekenbuche eingetragene jus reale noch nicht verloren.

Daraus, daß die allgemeine Vorschrift des §. 525. h. t. in der Beantwortung des Moniti als eine Ausnahme bezeichnet ist, und daß sowohl in der rev. mon. allgemein vom jus reale, so wie im §. 525. h. t. vom dinglichen Rechte die Rede ist, scheint gefolgert werden zu können, daß auch die antichretischen Rechte des Gläubigers durch die Aufgabe des Besitzes allein nicht verloren gehen. Diese Ansicht erhält dadurch ihre Bestätigung, daß in der Beantwortung des Moniti auf die Vorschriften des §. 522. h. t. über die Löschung verwiesen worden, und nach der Hyp. O. Tit. 1. §. 53. die Antichrese sowohl in der zweiten, als in der dritten Rubrik eingetragen wird.

Legislativ erscheint es jedoch nicht gerechtfertigt, wenn ungeachtet der Aufgabe des Besitzes die antichretischen Rechte aufrecht erhalten werden sollen, da eben diese Rechte den Besitz voraussetzen. Eben so wenig, wie ein Pachtverhältniß, welches im Hypothekenbuche eingetragen worden, fortdauern kann, wenn der Pächter das Grundstück dem Verpächter zurückgegeben hat, eben so wenig kann eine Antichrese ohne den Besitz der Sache bestehen. Ob der Gläubiger die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen könne, ist eine andere Frage, welche nach den Umständen, unter welchen der Besitz aufgegeben ist, beurtheilt werden muß. Hat jedoch der Gläubiger den Besitz freiwillig und ohne Vorbehalt aufgegeben, so liegt darin eine Entsagung auf das antichretische Recht, und auf die nicht erfolgte Löschung im Hypothekenbuche kann es nicht ankommen.

(a. a. O. S. 531.)

[1]) A. L. R. a. a. O. §§. 252. ff.

§. 261. Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache erstreckt sich vermöge des Gesetzes nicht auf die Versicherungsgelder, welche der Schuldner vertragsmäßig von einer Feuer-Assekuranzgesellschaft zu fordern hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Sept. 1846. (Präj. Nr. 1781.)

Es muß verneint werden, daß das dingliche Recht, welches Jemand auf eine individuelle Sache hat; ohne Weiteres auch das durch Privatverträge dafür bedungene Aequivalent, oder die mit dem dafür gelösten Gelde wieder angeschaffte Sache ergreife. Solche Privat-Verträge erzeugen immer auch nur Rechte und Verpflichtungen für die Person der Kontrahenten. Das Recht auf kontraktmäßige Feuerversicherungs-Entschädigungsgelder ist, als Sache im weitern Sinne betrachtet, eine besondere, für sich bestehende Sache, welche ihrerseits wiederum zum Gegenstande eines anderweitigen selbstständigen Pfandrechts werden konnte; eine Zufälligkeit, die ihren Entstehungsgrund in der freien Willkühr der Kontrahenten hat, und nicht weder nach einem Natur-, noch nach einem Rechtsgesetz wie ein Erzeugniß weder der Utensilien selbst, noch des Eigenthums- oder des Pfandrechts an denselben angesehen werden kann. Daher passen die Vorschriften im §. 3. Tit. 16. und §. 259. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. auf Versicherungsgelder in keiner Weise. Der Rechtssatz „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei", wenn er in dieser Allgemeinheit auch richtig wäre, kann hier nicht Platz greifen. Denn die Versicherungsgelder sind theils kein Preis, wofür die Utensilien veräußert wären, theils geben die Gesetze da, wo sich der Eigenthümer einer durch einen Dritten veräußerten Sache wegen des gelöseten Preises an den Veräußerer halten kann, nur ein persönliches Recht auf diesen Anspruch, da ein dingliches in der That auch nicht denkbar ist. (Vergl. A. L. R. I. 11. §. 27., I. 9. §. 489., I. 14. §. 62., I. 15. §. 28., I. 18. §§. 340., 499., 503., I. 17. §. 55., I. 12. §§. 342., 322., II. 1. §§. 240., 550., 562.) — Nur wo eine gesetzlich nothwendige Veräußerung oder Umtauschung stattfindet und durch die Staatsbehörden bewerkstelligt, resp. autorisirt wird, lassen die Gesetze jenen Rechtssatz eintreten. (Vergl. A. L. R. I. 20. §§. 458., 459., Pr. O. Tit. 24. §. 77., Tit. 50. §§. 220., 221., 309., 354., Gemeinheitsth. O. v. 7. Juni 1821 §§. 147. ff., Dienstablös. O. de eodem §. 39., V., betr. die Chaussee-, Fluß-, Kanal- und Festungsbauten, v. 8. Aug. 1832, 26. Dec. 1833 und 25. April 1836.

(Präj. Samml. S. 113, Entsch. Bd. 13. S. 243.)

§§. 263 — 270. Vom Pfandgewerbe.

I. Pfand- und Leihreglement für die sämmtlichen Preuß. Staaten v. 13. März 1787.

Da Se. K. Maj. von Preußen ꝛc. ꝛc. ꝛc. wahrgenommen haben, daß die über das Leihen und Borgen auf Pfänder in gemeinen Rechten und einzelnen Landesgesetzen enthaltene Vorschriften, einestheils nicht so allgemein bekannt sind, als es bei einem Geschäfte, welches besonders unter den niedern Klassen des Volks betrieben wird, die Nothwendigkeit und der Endzweck der Gesetze erfordern, und daß es anderntheils diesen Vorschriften, vornehmlich in sofern sie die Form und Erfordernisse des Pfandkontrakts betreffen, an bestimmter Deutlichkeit und Vollständigkeit hin und wieder noch ermangele, so haben Allerhöchstdieselben resolviret, sothane Vorschriften nochmals revidiren und in ein allgemeines Reglement bringen zu lassen, damit solchergestalt auf der einen Seite den aus dem Pfandverkehr entstehenden Irrungen und Prozessen möglichst vorgebeugt, auf der andern aber auch den bei diesem Geschäfte bisher so häufig vorgefallenen Betrügereien und wucherlichen Vervortheilungen desto nachdrücklicher gesteuert werden möge.

I. Bestimmung derjenigen, für welche das gegenwärtige Reglement gegeben ist.

§. 1. Zuvörderst sollen nur Privatpersonen, welche ein ordentliches Gewerbe und Verkehr mit Geldverleihen auf Pfänder treiben, an das Pfand- und Leihreglement gebunden sein und darnach beurtheilt werden.

§. 2. Dagegen soll es in Ansehung der bereits subsistirenden öffentlichen Leihanstalten bei deren bisherigen Verfassung und den ihnen ertheilten besondern Vorschriften und Privilegien fernerhin sein Bewenden haben.

§. 3. Bankiers und andere Kaufleute, welche nur zufällig, bei Gelegenheit eines Wechsel- oder andern kaufmännischen Verkehrs, zu ihrer mehrern Sicherheit Pfänder nehmen, sind unter dem Pfand- und Leihreglement nicht mit begriffen, sondern werden bloß nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften beurtheilt.

§. 4. Andere Privatpersonen hingegen, welche sich mit Geldverleihen auf Pfänder abgeben und dabei die durch das Pfand- und Leihreglement bestimmten und gebilligten Vortheile genießen wollen, müssen solches bei derjenigen Behörde, welcher die Aufsicht über die Polizei-Anstalten ihres Wohnorts zukommt, anzeigen, sich in eine von dieser Behörde zu haltende Rolle der Pfandverleiher eintragen und sich einen Konzessionsschein darüber ertheilen lassen[1]).

[1]) Vergl. die Allgem. Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 §§. 49. u. 57. (G. S. S. 41 ff.) in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. III.

§. 5. Wer diese Anmeldung und Eintragung verabsäumt, gleichwohl aber überführt werden kann, daß er, ohne selbst ein Kaufmann zu sein, an einen Kaufmann, oder andere Privatpersonen, mehr als drei Male innerhalb Jahresfrist Geld auf Pfänder verliehen, oder auch, daß er bei einem gegen Pfand gegebenen Darlehn sich über sechs von Hundert als Zinsen ausbedungen habe, der soll als ein solcher, welcher aus dem Pfandverkehr ein Gewerbe macht, angesehen, folglich nach den Vorschriften des Pfand- und Leihreglements beurtheilt und sich für die Zukunft in die Rolle der Pfandverleiher eintragen zu lassen angehalten werden.

II. Erfordernisse des Pfandkontrakts, in Ansehung der dabei vorkommenden Personen und Sachen.

§. 6. Wer Geld auf Pfänder verleihen will, muß vor allen Dingen genau prüfen: ob die zum Pfand angetragene Sache wirklich dem Eigenthume und der freien Disposition des Verpfänders unterworfen sei.

§. 7. Besonders muß der Pfandverleiher diese Vorschrift alsdann beobachten, wenn der Verpfänder ein Dienstbote, und das Pfand so beschaffen ist, daß es wahrscheinlicherweise der Dienstherrschaft gehören kann.

§. 8. In einem solchen Falle muß er sich mit der bloßen Versicherung des Dienstboten, daß das angebotene Pfand sein Eigenthum sei, oder daß der Versatz für die Herrschaft geschehe, nicht begnügen, sondern sich vor allen Dingen bei der Dienstherrschaft selbst erkundigen: ob das Vorgeben seine Richtigkeit habe, oder ob etwa eine Untreue des verpfändenden Gesindes mit unterlaufe.

§. 9. Werden Sachen von Werth, z. B. Gold, Silber, Juwelen und andere Kostbarkeiten von einem ganz unbekannten Menschen zum Pfande angeboten, oder ist das Pfand von der Beschaffenheit, daß Leute von dem Stande und Gewerbe des Verpfänders dergleichen Sachen gewöhnlich nicht zu haben pflegen; so muß der Pfandverleiher sich darüber in keinen Pfandkontrakt einlassen.

§. 10. Wenn aus Vergleichung der Qualität der Sache und der Person des Verpfänders ein wahrscheinlicher Verdacht, daß erstere entwendet sei, erwächst, vornehmlich aber, wenn der Pfandverleiher durch öffentliche Bekanntmachung oder durch obrigkeitliche Warnungen, oder auch nur durch glaubhafte Privatanzeigen benachrichtigt ist, daß Sachen von dieser Art und mit solchen Kennzeichen versehen, gestohlen oder verloren worden, so muß derselbe ein solches verdächtiges Pfand anhalten und an die Polizei-Obrigkeit des Ortes abliefern, auch derselben die Umstände und Gründe seines Verdachts pflichtmäßig anzeigen.

§. 11. Wer eine fremde Sache ohne Vorwissen und Genehmigung des Eigenthümers zum Pfand angenommen hat, der bleibt diesem, das Seinige zurückfordernden Eigenthümer zur Herausgabe des Pfandes, oder zur Schadloshaltung, nach den Vorschriften des A. L. R. verhaftet.

§. 12. Hiervon sind allein Diejenigen ausgenommen, die aus Verleihung von Kleidungsstücken oder andern Effekten gegen Entrichtung eines gewissen Leihgeldes ein Gewerbe machen, und soll denselben, wenn die geliehenen Sachen von den Inhabern verpfändet worden, gegen den Pfandnehmer keine Vindikationsklage zukommen, sondern sie bloß an Denjenigen, mit welchem sie kontrahirt haben, sich zu halten berechtigt sein.

§. 13. Ein Pfandverleiher, der kein Jude ist und wissentlich eine gestohlene Sache zum Pfand angenommen hat, soll, gleich den Diebeshehlern, nach Inhalt der Cr. G. bestraft werden, und zur fernern Treibung des Pfandverkehrs auf immer unfähig sein.

§. 14. Kann er einer wirklichen Wissenschaft, daß die zum Pfand gegebene Sache gestohlen sei, zwar nicht überführt werden, es ergiebt sich aber bei der Untersuchung, daß er die §§. 6 — 10. vorgeschriebene Prüfung nicht mit gehöriger Sorgfalt und Aufmerksamkeit angestellt habe, so soll er, nach Verhältniß der ihm zur Last bleibenden Nachlässigkeit, mit Geldbuße oder Gefängniß nachdrücklich bestraft werden.

§. 15. Wird ein solcher Pfandverleiher zum zweiten Male dabei betroffen, daß er gestohlene Sachen, ohne Anwendung der schuldigen Vorsicht, zum Pfand angenommen, so soll die das erste Mal gegen ihn erkannte Strafe verdoppelt und ihm noch außerdem aller fernere Pfandverkehr, bei namhafter Gefängniß- oder Zuchthausstrafe, gänzlich untersagt werden.

§§. 16—23. (Fallen weg.)[1])

§. 24. Mit Personen, deren Befugniß überhaupt, Kontrakte zu schließen, oder insonderheit Darlehne aufzunehmen, durch G. eingeschränkt ist, soll sich Niemand, diesen gesetzlichen Einschränkungen zuwider, in ein Pfandverkehr einlassen.

§. 25. Insonderheit darf an Militairpersonen, denen das Schuldenmachen, ohne Konsens des Chefs oder Kommandeurs, in den Edikten verboten ist, auch gegen Pfand kein Darlehn gegeben werden, in sofern nicht ein förmlicher schriftlicher Konsens dieses Chefs oder Kommandeurs, in welchem die Summe und

[1]) Diese §§. enthalten besondere Bestimmungen gegen die Juden und sind durch den §. 190. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 (G. S. S. 41 ff.) aufgehoben (vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. III.). — Vergl. auch §. 1. des G. v. 23. Juli 1847 über die Verhältn. der Juden (G. S. 1847 S. 263).

Münzsorte des Darlehns, nebst der Zeit, auf wie lange solches geliehen werden könne, ausgedrückt sein müssen, von dem Verpfänder beigebracht worden.

§. 26. Bleibt das Pfand, nach verflossener Zeit, unabgelöset stehen, so muß sich der Pfandnehmer entweder eine gleichmäßige förmliche Prolongation des Chefs oder Kommandeurs beibringen lassen, oder, wenn ihm solche nicht verschafft werden kann, das Darlehn, nach der unten folgenden Vorschrift, unverzüglich einklagen.

§. 27. Wer diesem zuwider einer solchen Militairperson, ohne den erforderlichen Konsens, Gelder auf Pfand verleihet, der verliert nicht nur sein Darlehn und muß das Pfand unentgeltlich zurückgeben, sondern er soll auch noch außerdem, nach den darüber vorhandenen Edikten, fiskalisch bestraft werden.

§. 28. Mit Personen, welche unter väterlicher Gewalt oder vormundschaftlicher Aufsicht stehen, soll Niemand, ohne Vorwissen und ausdrückliche Genehmigung der Väter oder Vormünder, in ein Pfandverkehr sich einlassen.

§. 29. Ist solches dennoch geschehen, so verliert der Pfandverleiher sein Darlehn und muß das Pfand unentgeltlich zurückgeben.

§. 30. Der Vorwand, daß sich der Verpfänder für volljährig, oder für einen solchen, der nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehet, ausgegeben und solches wohl gar eidlich bestärkt habe, soll den Pfandverleiher bei Schuldnern, welche Landeseingeborne sind, gegen den Verlust des Darlehns und die unentgeltliche Herausgabe des Pfandes niemals schützen.

§. 31. Nur in den durch die Gesetze näher bestimmten Fällen, wo ein dergleichen Personen gegebenes Darlehn durch die wirklich geschehene Verwendung in ihrem Nutzen unter gewissen Umständen gültig wird, besteht auch ein mit ihnen geschlossener Pfandkontrakt.

§. 32. Es ist daher die Pflicht eines jeden Pfandverleihers, wenn die Person und Qualität des sich angebenden Verpfänders ihm nicht mit hinlänglicher Zuverlässigkeit bekannt sind, sich darnach genau zu erkundigen und durch unverdächtige Taufscheine, oder durch das Zeugniß glaubwürdiger Personen sich zu versichern: daß der Verpfänder unter Diejenigen nicht gehöre, mit denen ohne väterlichen oder vormundschaftlichen Konsens kein gültiger Darlehns- und Pfandkontrakt geschlossen werden kann.

§. 33. Wer wissentlich mit dergleichen Personen ein Pfandverkehr getrieben hat, der soll dafür, nach Vorschrift der darüber besonders ergangenen Verordnung gestraft werden, und wird für immer unfähig zur Treibung des Pfandverkehrs.

§. 34. Kann der Pfandverleiher dieser gehabten Wissenschaft zwar nicht überführt werden, es ergiebt sich aber bei der Untersuchung, daß er, der Vorschrift des §. 32. zuwider, die erforderliche Mühe, sich von der persönlichen Qualität des Pfandgebers zu versichern, nicht angewendet habe, so soll gegen ihn, ohne Unterschied, ob er ein Jude ist oder nicht, nach den §§. 14. u. 15. enthaltenen Festsetzungen verfahren werden.

§. 35. Mit verheiratheten Frauenspersonen soll sich Niemand ohne Vorwissen und ausdrückliche Bewilligung des Mannes in ein Pfandverkehr einlassen.

§. 36. Nur in folgenden Fällen bedarf es keiner solchen Einwilligung:

1) wenn eine Frau für sich selbst eine eigene Handlung treibt;

2) wenn sie das gegen Pfand erborgte Geld zum gemeinschaftlichen Besten beider Eheleute wirklich verwendet;

3) wenn ihr der Mann einen Theil seines Gewerbs übertragen und sie zum Betriebe desselben während seiner Abwesenheit Gelder auf Pfand erborgt hat, obgleich die Verwendung nicht geschehen, oder der daraus gehoffte Nutzen nicht erfolgt wäre;

4) wenn die zum Pfand angetragene Sache so beschaffen ist, daß aus ihrer bloßen Qualität die freie Befugniß der Frau, nach Willkühr darüber zu disponiren, entnommen werden kann.

§. 37. Bei Juwelen, Gold- und Silbergeschirr, Spitzen und anderen Kostbarkeiten gilt, wenn sie ihrer Qualität nach zum Gebrauch der Frau gewidmet sind, dennoch die Vermuthung, daß ihr darüber eine willkührliche Disposition ohne Vorwissen des Mannes keineswegs zustehe.

§. 38. Es muß daher Jeder, welcher sich mit einer verheiratheten Frau in ein Darlehns- und Pfandverkehr einlassen will, entweder die Einwilligung des Mannes dazu einholen, oder sich hinlänglich dazu versichern, daß einer der vorbestimmten Fälle, wo es dieser Einwilligung nicht bedarf, vorhanden sei.

§. 39. Wer, obigen Vorschriften zuwider, sich mit einer verheiratheten Frau in ein verbotenes Pfandverkehr einläßt, verliert sein Darlehn und muß das Pfand unentgeltlich zurückgeben.

§. 40. Hat der Kontravenient die Qualität der Verpfänderin gewußt, so muß ihm die fernere Treibung des Gewerbes mit Pfänderleihen bei namhafter Strafe gänzlich untersagt werden.

§. 41. Ein Gleiches soll stattfinden, wenn ein solcher Pfandverleiher zwar nicht aus überführter Wissenschaft, aber dennoch aus Unvorsichtigkeit und Mangel an Aufmerksamkeit und sorgfältiger Erkundigung nach der Qualität der Verpfänderin, auf solchen unerlaubten Pfandverkehren mit verheiratheten Personen schon mehr als einmal betroffen worden.

§. 42. Studirenden auf höheren Schulen und Universitäten soll Niemand, ohne Vorwissen und Konsens des akademischen Gerichts, Geld oder Geldeswerth auf Pfänder leihen.

§. 43. Der Konsens soll allemal nur auf eine gewisse nach den Umständen bestimmte Zeit ertheilt werden.

§. 44. Wenn nach Verlauf dieser Zeit das Pfand unabgelöst stehen bleibt, so muß der Pfandnehmer solches dem akademischen Gericht, bei Verlust seines Rechts, unverzüglich anzeigen, damit ihm von diesem auf den in den allgemeinen und den besonderen akademischen Gesetzen näher bestimmten Wegen zu seiner Befriedigung verholfen werde.

§. 45. Wer einem Studirenden, ohne den vorgeschriebenen Konsens, ein Darlehn auf Pfänder giebt, wird dessen verlustig und muß das Pfand unentgeltlich zurückgeben.

§. 46. Ist das Darlehn zu unnützen Ausgaben oder gar zur Ueppigkeit und Schwelgerei gegeben worden, so soll der Pfandnehmer, außer dem Verluste der Schuld, auch noch um den ganzen Betrag derselben fiskalisch bestraft, und ihm das fernere Gewerbe mit Pfänderleihen gänzlich untersagt werden.

III. Form des Pfandkontrakts.

§. 47. Jeder, welcher mit Geldverleihen auf Pfänder ein Gewerbe treibt, soll schuldig sein, ein ordentliches Pfandbuch zu halten.

§. 48. In dieses Pfandbuch muß jedes von ihm betriebene Pfandverkehr deutlich und umständlich eingetragen werden.

§. 49. Die Einschreibung muß in Deutscher oder Französischer Sprache geschehen, je nachdem der Pfandnehmer zu einer oder der anderen Nation gehört.

§. 50. Der Vermerk muß, der Regel nach, von dem Verpfänder selbst eingetragen und mit seinem ausgeschriebenen Namen unterzeichnet werden.

§. 51. Allenfalls kann zwar die Einschreibung des Vermerks, auf Verlangen des Verpfänders, durch einen Dritten, welches jedoch nicht der Pfandnehmer selbst sein darf, geschehen, es ist aber alsdann erforderlich, daß der Verpfänder Geschriebenes lesen könne und seinen Namen eigenhändig unterschreibe.

§. 52. Ist der Verpfänder des Lesens und Schreibens so weit nicht mächtig, oder ist er der Sprache, in welcher nach §. 49. das Einschreiben geschehen soll, nicht kundig, so muß er einen selbst gewählten Assistenten mitbringen und durch diesen die Einzeichnung in das Pfandbuch verrichten lassen.

§. 53. Dieser Assistent muß, wenn der Verpfänder der Sprache nicht kundig ist, mit ihm zugleich den Vermerk unterschreiben und dabei ausdrücklich attestiren, daß er solchen dem Verpfänder in seiner Sprache treulich erklärt habe.

§. 54. Ist aber der Verpfänder des Lesens und Schreibens überhaupt nicht mächtig, so muß er den Vermerk im Pfandbuche mit Kreuzen oder anderen ihm gewöhnlichen Zeichen vollziehen, sein Assistent muß ihn, als Zeuge, mit unterschreiben und dabei ausdrücklich attestiren: daß er diesen Vermerk dem Verpfänder vorgelesen, dieser ihn genehmigt und die Zeichen oder Kreuze statt seiner Unterschrift beigefügt habe.

§. 55. Obige Vorschriften (§§. 52., 53., 54.) müssen zwar der Regel nach ohne Rücksicht auf den Betrag des Darlehns beobachtet werden, und dem Pfandnehmer liegt ob, dem bei ihm sich meldenden Verpfänder darnach zu bedeuten und anzuweisen.

§. 56. Wenn jedoch das Darlehn nur zehn Thaler oder weniger beträgt, und der Verpfänder sich zur Zuziehung eines Assistenten dabei nicht bequemen will, so kann solcher zwar wegbleiben, und die Einzeichnung in das Pfandbuch allenfalls von dem Pfandnehmer selbst geschehen. Es muß aber alsdann in dem eingetragenen Vermerke ausdrücklich erwähnt werden, daß der Verpfänder wegen Zuziehung eines Assistenten bedeutet worden und sich dazu nicht habe verstehen wollen.

§. 57. Wenn der Verpfänder, welcher sich unter solchen Umständen die Einzeichnung des Vermerkes in das Pfandbuch durch den Pfandnehmer selbst hat gefallen lassen, hiernächst inne wird, daß das Geschäft anders niedergeschrieben, als verabredet worden, so muß er solches innerhalb dreier Tage von Zeit des vollzogenen Geschäftes dem Richter zur weiteren Untersuchung anzeigen.

§. 58. Wird aber dergleichen Behauptung erst nach Ablauf des dreitägigen Zeitraums angebracht, so soll der Verpfänder damit nicht weiter gehört werden.

§. 59. Will der Verpfänder seinen Namen, oder überhaupt das ganze Verkehr im Pfandbuche nicht kund werden lassen, so steht ihm zwar frei, dem Pfandnehmer einen besonderen Schein darüber auszustellen. Es muß aber

a) dieser Schein völlig in der Form abgefaßt sein und eben das enthalten, was bei einem Vermerke im Pfandbuche selbst erforderlich ist;

b) besonders muß der Verpfänder in diesem Scheine ausdrücklich bekräftigen, daß die Einschreibung in das Pfandbuch auf sein eigenes Verlangen und Anregung unterblieben sei;

c) der Pfandnehmer muß zu gleicher Zeit, da ihm der Schein zugestellt wird, und unter eben dem dato in seinem Pfandbuche vermerken:

daß er unter diesem dato ein Pfandgeschäft über so und so viel gegen ein in Juwelen, Silber, Kleidern rc. bestehendes Pfand, laut besonderen Scheins, geschlossen habe;

d) diese geschehene Eintragung in das Pfandbuch und die Nummer oder Pagina des Vermerks in selbigem muß von dem Verpfänder auf dem Originalscheine notirt werden (vergl. §. 71.).

§. 60. Der in das Pfandbuch eingetragene Vermerk, und also auch der in dem Falle des §. 59. statt desselben auszustellende Schein muß enthalten:

1) das Datum und Jahr des vollzogenen Geschäfts;

2) die Stücke, welche verpfändet worden, mit möglichst genauer Beschreibung derselben und, wenn sie in Gold oder Silber bestehen, mit Bemerkung des Gewichts und der Probe;

3) die Summe und Münzsorte des Darlehns;

4) die verabredeten Zinsen, ob dieselben im Voraus abgezogen, und wie viel nach deren Abzug dem Verpfänder wirklich baar gegeben worden[1];

5) die bedungene Zeit der Wiederbezahlung;

6) wie hoch der Werth des Pfandes von dem Verpfänder angeschlagen werde;

7) das Bekenntniß des Verpfänders, daß ihm von diesem Vermerk eine Abschrift statt des Empfangscheins über das eingelegte Pfand zugestellt worden (vergl. §. 67.).

§. 61. Dem Verpfänder steht frei, wenn besonders Juwelen oder andere nach Summe, Maß und Gewicht nicht genau zu bestimmende Pfänder eingelegt worden, Siegel und andere dergleichen Kennzeichen daran zu befestigen. Ist solches geschehen, so muß dessen im Pfandbuche gedacht, und die gemachten Kennzeichen müssen deutlich angegeben werden.

§. 62. Auch können die Interessenten sich dahin vereinigen, daß die einzulegenden Pfänder in Gegenwart des Pfandnehmers in Beutel, Schachteln oder andere Behältnisse gepackt und mit des Verpfänders Petschaft versiegelt werden. Alsdann muß aber, außer der Benennung der Stücke, auch das Behältniß, in welches sie gelegt, imgleichen das Petschaft, womit sie besiegelt, auch wie oft dieses Siegel daran befestigt worden, in dem Pfandbuche mit vermerkt werden.

§. 63. Welcher Pfandverleiher entweder gar kein Pfandbuch hält, oder ein Pfandgeschäft ohne die verordnete Entsagung darin, oder in dem Falle des §. 59. ohne Ausstellung des besonderen Scheins darüber vornimmt, der soll des Darlehns verlustig sein, solches dem Fiskus zuerkannt, der Pfandnehmer zur unentgeltlichen Herausgabe der Pfänder angehalten, auch demselben die fernere Treibung des Gewerbes bei namhafter Strafe gänzlich untersagt werden.

§. 64. Eine gleiche Strafe soll den Pfandverleiher treffen, wenn das Geschäft in das Pfandbuch zwar eingetragen, dabei aber, oder in dem §. 59. beschriebenen besonderen Scheine, die gesetzmäßige Form vernachlässigt worden, und sich aus den Umständen ergiebt, daß diese Vernachlässigung vorsätzlich und in der Absicht, Wucher oder andere unerlaubte Vervortheilungen dadurch zu verheimlichen, begangen worden.

§. 65. Finden sich aber keine erheblichen Anzeigen eines solchen strafbaren Vorsatzes, sondern läuft die in der Form des Pfandbuches begangene Vernachlässigung mehr auf eine Unvorsichtigkeit, Uebereilung oder Ungeschicklichkeit hinaus; so soll dennoch, wenn wegen der übergangenen oder weggelassenen Umstände des Geschäfts Streit entsteht, die Vermuthung allemal gegen den Pfandnehmer gelten, und die von ihm widersprochene Angabe des Verpfänders so lange für richtig angenommen werden, bis das Gegentheil hinlänglich ausgemittelt werden kann.

§. 66. Außerdem soll in einem solchen Falle der Pfandverleiher über die begangene Vernachlässigung der gesetzl. Vorschrift alles Ernstes zurecht gewiesen und ihm auf die nächste Wiederholung desselben Fehlers die in dem §. 63. verordnete Strafe besonders angedroht, auch er demnächst, wenn er auf einer solchen Wiederholung wirklich betroffen würde, mit dieser Strafe ohne fernere Nachsicht belegt werden.

§. 67. Der Pfandverleiher ist dem Verpfänder über das eingelegte Pfand einen Emfangsschein zu ertheilen schuldig.

§. 68. Dieser Schein soll in einer richtigen und getreuen Abschrift des im Pfandbuche eingetragenen Vermerks bestehen, welche der Pfandnehmer, der Regel nach, eigenhändig ausfertigen und mit seines Namens Unterschrift beglaubigen muß.

§. 69. Ist der Pfandverleiher des Schreibens nicht mächtig, so kann er zwar die Abschrift von einem Dritten fertigen lassen; er muß aber alsdann Geschriebenes lesen können und seine Namensunterschrift eigenhändig beifügen.

§. 70. Ist er auch hierzu nicht fähig, so muß er sich zur Fertigung der Abschrift eines selbst gewählten Assistenten bedienen, welcher dabei alles das zu beobachten hat, was in einem gleichen Falle dem Assistenten des Verpfänders (§. 54.) vorgeschrieben ist.

§. 71. Ist nach §. 59. das Pfandgeschäft nur allgemein im Pfandbuche vermerkt, und darüber von dem Verpfänder ein besonderer Schein gegeben worden, so muß demselben von dem Pfandnehmer eine Abschrift dieses Scheins sowohl, als des allgemeinen Vermerks im Pfandbuche, unter seiner, des Pfandnehmers Unterschrift, statt der Rekognition oder des Empfangsscheins zugestellt werden.

§. 72. Hat der Verpfänder die Taxe des Pfandes im Pfandbuche nach der Meinung des Pfandnehmers zu hoch angegeben; so steht Letzterem frei, denjenigen Werth, welcher nach seiner Schätzung dem Pfande nur beizulegen sei, unter dem Empfangsschein zu bemerken.

§. 73. Der Empfangsschein wirkt einen vollen Beweis gegen den Pfandnehmer, selbst alsdann, wenn dieser der Sprache, in welcher der Vermerk in das Pfandbuch eingeschrieben worden, nicht kundig wäre.

§. 74. Sollte sich zwischen dem im Pfandbuche eingeschriebenen Vermerke und der in den Händen des Verpfänders befindlichen Abschrift eine Verschiedenheit äußern, so streitet die Vermuthung für dasjenige, was dem Pfandnehmer am nachtheiligsten ist.

§. 75. Wird dem Verpfänder die Abschrift des Vermerks im Pfandbuche oder des §. 59. beschriebenen Scheins von dem Pfandnehmer beharrlich verweigert und vorenthalten, so soll gegen Letzteren eben so verfahren werden, als wenn er das Geschäft in sein Pfandbuch gar nicht eintragen lassen. (§. 63.)

§. 76. Uebrigens muß der Pfandschein, wenn die Summe des Darlehns stempelpflichtig ist, auf einem Stempelbogen bei ediktmäßiger Strafe ausgefertigt werden. Ist aber das Darlehn nicht stempelpflichtig, so bedarf es keines Stempelpapiers.

IV. Revision der Pfandbücher.

§. 77. Damit obige zur Sicherheit des Publikums gereichende Vorschriften, wegen ordentlicher Führung der Pfandbücher, desto zuverlässiger beobachtet werden mögen; so sollen die Pfandbücher von Zeit zu Zeit revidirt werden.

§. 78. Den Fiskälen steht es frei, auf dergleichen Revision jederzeit anzutragen, und sie sind solches zu thun verpflichtet, so oft ihnen Nachrichten oder Anzeigen der von diesem oder jenem Pfandnehmer verübten Unordnungen oder wucherlichen Behandlungen zukommen.

§. 79. Auch die Judenältesten müssen außerdem die Pfandbücher der Mitglieder ihrer Gemeinde fleißig revidiren und nachsehen, ob auch von selbigen die Vorschriften des gegenwärtigen Reglements gehörig beobachtet werden.

§. 80. Vornehmlich aber soll die zur Verwaltung der Polizeigeschäfte jeden Orts verordnete Behörde eine Revision sämmtlicher Pfandbücher, ohne Unterschied der Gerichtsbarkeit, welcher die Pfandverleiher sonst unterworfen sind, alljährlich einmal mit möglichster Sorgfalt und Genauigkeit vornehmen.

§. 81. Bei dieser Revision müssen alle Fehler und Uebertretungen der in dem Pfand- und Leihreglement vorgeschriebenen Ordnung in dem zu führenden Protokoll genau angemerkt, in Ansehung derjenigen, wo es nach obstehenden Vorschriften nur einer Zurechtweisung bedarf, solche dem Pfandverleiher sofort ertheilt, in Fällen aber, wo nach eben diesen Vorschriften eine wirkliche Bestrafung, oder die Untersagung des ferneren Pfandverkehrs stattfindet, den Gerichten, unter welche der Pfandverleiher gehört, davon zur weiteren Untersuchung unverzüglich Anzeige gemacht werden.

§. 82. Die Revision selbst muß nicht bloß auf die noch schwebenden, sondern auch auf die schon abgethanen Pfandgeschäfte gerichtet sein.

§. 83. Kommen jedoch bei Gelegenheit einer solchen Revision Kontraventionen, die an und für sich zu einer wirklichen Bestrafung qualifizirt sind, nur bei schon abgemachten Pfandgeschäften zum Vorschein, so soll der Pfandverleiher, statt des im §. 63. festgesetzten Verlustes des ganzen Darlehns, nur um den vierten Theil der Summe desselben fiskalisch bestraft werden.

§. 84. Wegen der Untersagung des ferneren Pfandverkehrs aber macht es keinen Unterschied, ob die Kontraventionen, welche nach Maßgabe §§. 15., 33. 40., 46., 63., 64., 66. ein dergleichen Verbot begründen, bei schon abgemachten oder noch schwebenden Pfandgeschäften entdeckt worden.

§. 85. Diejenigen Pfandverleiher, welche dies Gewerbe gänzlich niedergelegt und ihren Namen in der Rolle (§. 4.) haben ausstreichen lassen, sollen zur Vorlegung ihrer Bücher ex officio nicht angehalten werden.

§. 86. Wenn jedoch innerhalb Jahresfrist nach geschehener Niederlegung des Gewerbes wegen eines begangenen Wuchers oder Betrugs Klage entstände, so soll die alsdann vorzunehmende Revision des Pfandbuchs nicht bloß auf den Fall, welcher den Streit veranlaßt, sondern auch auf die übrigen schon abgethanen Geschäfte gerichtet und dabei nach der Vorschrift des §. 83. verfahren werden.

§. 87. Die Revisoren der Pfandbücher sind schuldig, über die bei solcher Revision zu ihrer Wissenschaft gelangten Pfandgeschäfte, besonders über die Namen der Verpfänder, ein genaues Stillschweigen auf ihren Amtseid zu beobachten, in sofern nicht etwa die wegen einer bemerkten Kontravention zu verhängende Untersuchung die Bekanntmachung des Geschäfts und Namens unvermeidlich macht.

§. 88. Ueber die im Pfandbuch nach §. 59. nur allgemein bemerkten Pfandgeschäfte muß sich zwar der Pfandgeber auf besonderes Verlangen des Revisors durch Vorlegung des Scheins legitimiren, wenn aber der Revisor dabei nichts Bedenkliches wahrnimmt, so darf er eines solchen Geschäfts, vielweniger des Namens des Verpfänders, in seinem Protokolle keine Erwähnung thun.

[1] Ohne Verminderung des Prozentsatzes ist der Abzug der Zinsen im Voraus nicht gestattet, weil sonst das erlaubte Maß der Zinsen, die bei einem achtprozentigen Abzuge nicht acht, sondern $8\frac{2}{3}$ Prozent betragen würden, überschritten wird. (§. 817. A. L. R. I. 11.)

(R. des Min. des Inn. v. 13. Okt. 1826, v. Kamptz Ann. Bd. 10. S. 1116.)

Behauptet der Pfandnehmer, daß dergleichen Geschäft durch Zahlung und Zurückgabe des Scheins bereits abgethan sei; so soll es zwar dabei sein Bewenden haben, und diese Behauptung im Protokoll mit eingetragen werden. Ergiebt sich aber in der Folge, daß diese Behauptung unrichtig gewesen, so treffen den Pfandnehmer die §. 63. geordneten Strafen.

§. 89. Uebrigens soll den Revisoren der sechste Theil von allen einkommenden Strafen für die bei den Revisionen entdeckten und angezeigten Kontraventionsfälle zur Belohnung ihrer Mühe angewiesen und verabfolgt werden.

V. Zinsen.

§. 90. Pfandverleiher, welche sich in die §. 4. beschriebene Rolle haben eintragen lassen, sollen berechtigt sein, von Darlehnen über zehn Thaler sechs und, wenn sie Juden sind, welche das Staatsbürgerrecht erhalten haben, acht vom Hundert an Zinsen zu nehmen[1]).

§. 91. Beträgt das Darlehn nur zehn Thaler oder weniger, so kann der Pfandverleiher, ohne Unterschied, ob er ein Jude ist oder nicht, einen Pfennig vom Thaler auf die Woche nehmen, in sofern das Darlehn nur auf sechs Monate oder auf eine kürzere Zeit gegeben worden.

§. 92. Ist aber das Darlehn auf eine längere Zeit, jedoch unter zwölf Monaten, gegeben, so darf nur ein halber Pfennig vom Thaler auf die Woche genommen werden.

§. 93. Ist das Darlehn auf länger als ein Jahr gegeben, so sind, auch bei Summen von zehn Thalern und weniger, nur sechs, und bei Juden, welche nicht Staatsbürger sind, acht Prozent zulässig[2]).

§. 94. Ist ein solches kleines Darlehn anfänglich zwar nur auf eine kurze Zeit gegeben, nachher aber, ausdrücklich oder stillschweigend, verlängert worden; so muß dennoch die Berechnung der Zinsen nur nach obigen Grundsätzen angelegt und also bloß auf die ersten sechs Monate ein ganzer, auf die folgenden sechs Monate ein halber Zinspfennig für die Woche, und wenn das Darlehn noch länger stehen bleibt, für diese längere Zeit nur der ordinaire Zinssatz von sechs und acht Prozent genommen werden.

§. 95. Außer diesen erlaubten Zinsen darf kein Pfandverleiher, weder unter dem Namen von Einschreibegeld, noch unter irgend einem anderen Vorwande, das Geringste mehr, bei Vermeidung der gesetzmäßigen Strafen des Wuchers, fordern oder annehmen.

§. 96. Auch hat es darunter, daß weder Zinsen von Zinsen genommen, noch die Zinsen zum Kapital geschlagen, noch der Zinsenrückstand, in sofern er die Summe des Kapitals übersteigt, gefordert werden dürfe, bei den Vorschriften der Gesetze vor der Hand sein Bewenden.

VI. Pflichten des Pfandverleihers.

§. 97. Der Pfandverleiher ist schuldig, das ihm anvertraute Pfand mit derjenigen Vorsicht und Sorgfalt zu verwahren und in Obacht zu halten, die ein jeder vorsichtige Hauswirth anzuwenden pflegt, und die er etwa noch vorzüglich in seinen eigenen Angelegenheiten zu beobachten gewohnt ist.

§. 98. Alles eigenen Gebrauchs des Pfandes muß der Pfandnehmer sich schlechterdings und gänzlich enthalten.

§. 99. Wer von Pfändern, die ihm verschlossen oder versiegelt übergeben worden, ohne ausdrückliche Erlaubniß des Eigenthümers, irgend einigen Gebrauch macht, ist allen dadurch verursachten Schaden nach der eidlichen, jedoch richterlich zu ermäßigenden Angabe des Verpfänders zu ersetzen schuldig, wird seines Darlehns verlustig und muß das Pfand unentgeltlich herausgeben.

§. 100. Wer ein anderes Pfand ohne Genehmigung des Eigenthümers braucht, soll, außer dem Schadenersatz, nach Bewandniß der Umstände und der dem Verpfänder aus solchem Gebrauche entstandenen Gefahr, mit Geld- oder Gefängnißstrafe belegt werden.

§. 101. Nach verlaufener Zeit des Pfandkontrakts muß der Pfandnehmer, gegen erfolgende Bezahlung des Pfandschillings und der Zinsen, das Pfand zurückgeben.

§. 102. Wider diese Verbindlichkeit kann den Pfandnehmer der Vorwand, daß das Pfand gestohlen worden, keinesweges schützen.

§. 103. Nur in dem einzigen Falle wird der Pfandnehmer von dieser Rückgabe frei, wenn der Verlust des Pfandes durch Feuer, gewaltsamen Einbruch oder anderen äußeren Zufall, dessen Abwendung nicht in seiner Macht gestanden hat, erfolgt ist.

§. 104. Wenn sich jedoch ein solcher Zustand ereignet, so muß der Pfandinhaber dem Verpfänder sofort und längstens binnen drei Tagen davon Anzeige machen und dessen Erklärung: ob er den Verlust des Pfandes für bekannt annehme, abfordern.

§. 105. Kann er dergleichen bestimmte Erklärung von dem Verpfänder in Güte nicht erhalten, so muß er spätestens binnen vierzehn Tagen nach der ersten Anzeige die Sache bei den Gerichten anhängig machen, damit solche auf frischer That, und ehe noch die Mittel zur Aufklärung derselben durch die Länge der Zeit verdunkelt oder verloren worden, untersucht und ausgemittelt werden könne.

[1]) Vergl. ob. die Anm. zu den §§. 16—23.
[2]) Vergl. ob. die Anm. zu den §§. 16—23.

§. 106. Ist der gegenwärtige Aufenthalt des Verpfänders dem Pfandinhaber unbekannt oder zu weit entfernt, so muß die §. 102. verordnete Anzeige den Gerichten des Orts geschehen.

§. 107. Welcher Pfandverleiher die im Vorstehenden festgesetzten Fristen verabsäumt, der soll mit der Angabe eines, auch durch unvermeidlichen Zufall erfolgten Verlustes des Pfandes nicht weiter gehört werden.

§. 108. Wer ein bei ihm niedergelegtes Pfand weiter versetzt, muß jeden Zufall ohne Unterschied tragen, von welchem das Pfand in den Händen des zweiten Pfandnehmers getroffen wird.

§. 109. In allen Fällen, wo nach obigen Vorschriften der angebliche Verlust des Pfandes dem Pfandnehmer nicht zu Statten kommt, muß der erweisliche Werth desselben, nach Abzug des Pfandschillings, dem Pfandgeber vergütet werden.

§. 110. Dieser Werth ist in der Regel nach der im Pfandbuche geschehenen Angabe zu bestimmen, in sofern nicht etwa der Pfandnehmer solchen durch einen auf den Pfandschein gesetzten Vermerk widersprochen hat, in welchem Falle der Werth, so viel möglich, durch die gewöhnlichen Beweismittel eruirt und allenfalls von dem Verpfänder, nach vorhergegangener richterlicher Ermäßigung, eidlich erhärtet werden muß.

§. 111. Der Pfandnehmer ist zur Rückgabe des Pfandes nur gegen Aushändigung des von ihm ausgestellten Pfandscheins verbunden.

§. 112. Behauptet der Verpfänder, diesen Schein verloren zu haben; so muß er, wenn die Summe des Darlehns nur zehn Thaler und weniger beträgt, mit der Rückgabe des Pfandes noch vier Wochen, nach Ablauf der im Pfandscheine bestimmten Einlösungsfrist, in Geduld stehen.

§. 113. Meldet sich während dieser Zeit kein dritter Inhaber des Pfandscheins, so kann der Pfandnehmer sich nicht entbrechen, das Pfand gegen eine von dem Verpfänder ausgestellte Quittung, in welcher zugleich der Pfandschein für erloschen erklärt wird, zurückzugeben.

§. 114. Es wird also der dritte Inhaber eines solchen Pfandscheins, der bei einem Darlehn von zehn Thalern und weniger ausgestellt worden, aller Rechte gegen den Pfandnehmer verlustig, wenn er sich bei selbigem innerhalb vier Wochen nach verlaufener Einlösungsfrist nicht gemeldet hat.

§. 115. Beträgt aber das Darlehn über zehn Thaler, so muß der Verpfänder den verlorenen Pfandschein, auf Verlangen des Pfandnehmers, gerichtlich aufbieten und für erloschen erklären lassen.

§. 116. Ist die Summe des Darlehns nur 50 Thaler oder weniger, so geschieht das Aufgebot mit einem Termin von sechs Wochen und darf nur einmal in den Intelligenzblättern der Provinz bekannt gemacht werden.

§. 117. Bei einer Summe von 50—100 Thalern ist ein Termin von neun Wochen und zweimalige Bekanntmachung hinreichend; hingegen wird bei Summen über 100 Thaler ein Termin von drei Monaten und eine dreimalige Bekanntmachung in den Intelligenzblättern erfordert.

VII. Rechte des Pfandnehmers.

§. 118. Nach Ablauf der im Pfandbuche bestimmten Zeit ist der Verpfänder schuldig, durch Bezahlung des Kapitals und der Zinsen, in sofern letztere nicht etwa im Voraus abgezogen worden, das Pfand einzulösen.

§. 119. Weigert er sich dessen oder ist er saumselig darin, so hat der Pfandverleiher das Recht, auf diese Einlösung und event. auf den Verkauf des Pfandes klagbar zu werden.

§§. 120—131. (Fallen weg.)[1])

§. 132. Beträgt der Ueberschuß zwar über zehn, doch unter 100 Thaler, so muß solcher sechs Monate hindurch, von Zeit des Verkaufs, in gerichtlicher Verwahrung bleiben, und wenn auch binnen dieser Zeit der Eigenthümer sich nicht meldet, ein nochmaliges Aufgebot desselben verfügt werden.

§. 133. Der Präklusionstermin ist dabei auf zwei Monate hinaus zu setzen und solcher zweimal in den Intelligenzblättern der Provinz bekannt zu machen.

§. 134. Beträgt hingegen der Ueberschuß 100 Thaler oder mehr, so kann das Aufgebot erst nach Jahresfrist stattfinden; es muß dabei ein Termin von drei Monaten bestimmt und solcher dreimal in den Intelligenzblättern, einmal aber in den Zeitungen der Provinz bekannt gemacht werden.

§. 135. In allen Fällen sind die Kosten des Aufgebots von dem aufgebotenen Ueberschusse selbst zu nehmen.

§. 136. Ein eigenmächtiger Privatverkauf der Pfänder soll ganz und gar nicht stattfinden, auch alsdann nicht, wenn der Verpfänder bei Schließung des Kontrakts darein im Voraus gewilligt hätte.

§. 137. Wenn jedoch zur Zeit der Einlösung die Parteien sich unter einander über einen Privatverkauf des Pfandes vereinigen und der Verpfänder seinen Konsens dazu schriftlich erklärt hat, so soll es bei einem solchen Abkommen sein Bewenden haben.

Se. Königl. Majestät befehlen also hierdurch jedermänniglich, besonders aber allen denjenigen, welche mit Leihen auf Pfänder ein Gewerbe treiben, sich nach den Vorschriften des gegenwärtigen Reglements fortan auf das sorgfältigste

[1]) Diese §§. schreiben das durch die Zus. II. gegebene Dekl. v. 4. April 1803 abgeänderte Einziehungsverfahren vor.

zu achten, so wie allen und jeden Ober- und Unterger., imgleichen dem Officio Fisci, über der genauen Beobachtung desselben fest und unverbrüchlich zu halten, und alle dagegen begangene Kontraventiones, ohne Nachsicht und Ansehen der Person, gebührend zu ahnen.

Urkundlich ꝛc.

Friedrich Wilhelm.

(N. C. C. 1787 p. 781, Rabe Bd. 1. Abthl. 7. S. 560 ff.)

II. Dekl. v. 4. April 1803 wegen Veräußerung der bei privilegirten Pfandverleihern niedergelegten Pfänder, und des Verfahrens dabei.

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: In dem durch das A. L. R. bestätigten Pfand- und Leihreglement v. 13. März 1787 ist §. 118. ff. verordnet, daß ein jeder Pfandnehmer, welcher sich aus den erhaltenen Pfändern bezahlt machen will, zuvörderst den Pfandschuldner gewöhnlichermaßen belangen müsse, und nur erst, wenn derselbe rechtlich verurtheilt worden, mit dem öffentlichen Verkaufe der Pfänder verfahren werden könne.

Die Vorschrift gereicht jedoch den privilegirten Pfandverleihern, welche solchergestalt auch bei den geringfügigsten Geschäften nicht ohne unverhältnißmäßigen Zeitverlust und Kostenaufwand zu ihren Forderungen gelangen können, zur gerechten Beschwerde, und Wir finden Uns daher veranlaßt, um auf der einen Seite diesen Beschwerden abzuhelfen, auf der anderen aber auch die Pfandschuldner gegen alle willkührliche Behandlung und Uebereilung sicher zu stellen, wegen des öffentlichen Verkaufs der bei privilegirten Pfandverleihern eingelegten Pfänder Folgendes zu verordnen und festzusetzen:

§. 1. Einem jeden, welcher mit Erlaubniß der Polizei-Obrigkeit seines Orts das Geldverleihen auf Pfänder als ein Gewerbe treibt, soll in Zukunft freistehen, sobald die bei ihm niedergelegten Pfänder nicht innerhalb sechs Monaten nach der Verfallzeit eingelöst werden, ohne daß es vorher der Anstellung einer förmlichen Klage gegen die Pfandschuldner bedarf, auf deren öffentlichen Verkauf anzutragen.

§. 2. Dieser Antrag muß bei dem Gerichte, welchem der Pfandverleiher persönlich unterworfen ist, angebracht, und durch Vorlegung eines beglaubten vollständigen Extrakts der in dem Pfandbuche nach Vorschrift des Pfand- und Leihreglements §. 60. eingetragenen Vermerke begründet werden. Außerdem liegt dem Pfandverleiher ob, im Fall solches nicht notorisch sein sollte, durch Produktion des ihm ertheilten Konzessionsscheins zu bescheinigen, daß er zu diesem Gewerbe die erforderliche Erlaubniß der Polizei-Obrigkeit erhalten habe.

§. 3. Wenn ein solches Gesuch einkömmt, so muß das Gericht vor allen Dingen sorgfältig prüfen, ob bei den in dem Pfandbuche des Provokanten eingetragenen Vermerken die Vorschriften des Pfand- und Leihreglements gehörig beobachtet worden, nöthigenfalls muß das Original-Pfandbuch eingefordert, und dem Befinden nach den wahrgenommenen Mängeln durch vorläufige Verfügungen abgeholfen, oder bei entdeckten Vernachlässigungen und Unrichtigkeiten der Pfandverleiher mit seinem Antrage abgewiesen und nach Vorschrift des gedachten Reglements §§. 63. ff. wegen der gegen denselben einzuleitenden Untersuchung das Weitere verfügt werden.

§. 4. Wenn sich hingegen bei dem Antrage des Pfandverleihers nichts zu erinnern findet, so ist sofort der öffentliche Verkauf der verfallenen Pfänder zu veranlassen, und dazu dem ein für allemal bestellten Auktionskommissar, oder an Orten, wo ein solcher nicht angestellt ist, einem besonders zu ernennenden Deputirten des Gerichts der nöthige Auftrag zu ertheilen.

§. 5. Die bevorstehende Auktion ist von Seiten des Gerichts durch die Intelligenzblätter und Zeitungen der Provinz [1]), mit allgemeiner Bemerkung der zu verkaufenden Sachen nach ihren verschiedenen Arten, öffentlich bekannt zu machen, und in dem dieserhalb zu erlassenden Avertissement sind zugleich alle diejenigen, welche bei dem nach seinem Namen, Stande und Wohnorte genau zu bezeichnenden Pfandverleiher Pfänder niedergelegt haben, welche seit sechs Monaten und länger verfallen sind, aufzufordern, diese Pfänder noch vor dem Auktionstermine einzulösen oder, wenn sie gegen die kontrahirte Schuld gegründete Einwendungen zu haben vermeinen sollten, solche dem Gerichte zur weiteren Verfügung anzuzeigen, mit der beizufügenden Warnung, daß widrigenfalls mit dem Verkaufe der Pfandstücke verfahren, aus dem einkommenden Kaufgelde der Pfandgläubiger wegen seiner in dem Pfandbuche eingetragenen Forderungen befriedigt, der etwa verbleibende Ueberschuß an die Armenkasse abgeliefert und demnächst Niemand weiter mit einigen Einwendungen gegen die kontrahirte Pfandschuld gehört werden würde.

§. 6. Der Termin zur Auktion ist in allen Fällen, ohne Unterschied des Objekts, auf neun Wochen hinauszusetzen, und die vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung in den Intelligenzblättern drei Mal, nämlich alle drei Wochen ein Mal, in den Zeitungen aber zwei Mal, nämlich ein Mal gleich anfangs, und ein Mal vier Wochen vor dem Termine einzurücken, dergestalt, daß von dem Tage der ersten Einrückung in die Intelligenzblätter bis zu dem Termine volle neun Wochen übrig bleiben.

In den Provinzen, wo keine Zeitungen herauskommen, fällt diese Art der öffentlichen Bekanntmachung weg; dagegen aber ist an Orten, wo es bisher üblich gewesen, die bevorstehende Auktion außerdem noch von Seiten des Auktionskommissars durch besondere Avertissements oder, wo diese nicht stattfinden, nach Anleitung der A. G. O. I. 24. §§. 84., 85., durch andere zweckmäßige Verkündigungen dem Publikum bekannt zu machen.

§. 7. Wenn sich auf die vorstehendermaßen ergangene öffentliche Aufforderung Jemand meldet, welcher bei dem Pfandverleiher ein Pfand niedergelegt hat, das sich unter denen befindet, welche verkauft werden sollen, und der gegen das geschlossene Geschäft rechtliche Einwendungen zu haben behauptet, so muß das demselben zugehörige Pfand, so lange selbiges noch nicht wirklich verkauft ist, wenn er solches verlangt, von der Auktion sofort zurückbehalten, dieserhalb das nöthige Inhibitorium an den Auktions-Kommissar erlassen und demnächst wegen rechtlicher Erörterung und Entscheidung der Sache das Erforderliche, nach den in der A. G. O. enthaltenen Vorschriften, verfügt werden.

Eben dies ist auch zu beobachten, wenn Jemand behauptet, daß sich unter den zu verkaufenden Pfändern Stücke befinden, welche ihm wider seinen Willen auf eine unerlaubte Weise entwendet worden, und ist sodann die Sache zwischen dem Intervenienten einer- und dem Pfandgläubiger und Schuldner andererseits, nach Vorschrift des Tit. 18. der A. G. O. von der interventione principali ordnungsmäßig zu verhandeln.

§. 8. Nach erfolgtem Verkaufe der Pfänder soll in der Regel gegen den Pfandverleiher aus dem Pfandgeschäfte kein Anspruch weiter stattfinden, allermaßen durch die vorstehenden Vorschriften hinreichend dafür gesorgt werden, daß die Pfandschuldner Zeit genug übrig behalten, ihre Rechte gehörig geltend zu machen.

Wenn jedoch eine von den §. 774. vorgeschriebenen Arten der öffentlichen Bekanntmachung entweder ganz unterlassen, oder an dem vorgeschriebenen neunwöchentlichen Zeitraume um mehr als vierzehn Tage gefehlt worden, so soll dem Pfandschuldner auch innerhalb sechs Wochen nach geschlossener Auktion freistehen, sich bei dem Gerichte zu melden, und auf rechtliche Untersuchung seiner Einwendungen gegen das Pfandgeschäft anzutragen. In wiefern auch der Verkauf des Pfandes selbst angefochten werden könne, ist nach den in dem A. L. R. I. 11. §§. 349. ff. enthaltenen Vorschriften zu beurtheilen.

§. 9. Sobald die Auktion beendigt ist, muß der Auktionskommissar das von ihm abgehaltene Protokoll ohne Verzug dem Gerichte einreichen und die eingekommenen Gelder ad depositum offeriren. Das Gericht muß sodann, indem es die Annahme der Gelder verfügt, das Auktionsprotokoll einem vereideten Kalkulator zustellen lassen, damit dasselbe in calculo revidirt und zugleich berechnet werde, wie nunmehr der Pfandgläubiger von den eingekommenen Kaufgeldern seine Befriedigung zu erhalten habe.

§. 10. Bei dieser Berechnung sind

1) sämmtliche bis dahin aufgelaufene und bis zur wirklichen Auszahlung noch erforderliche Kosten, mit Inbegriff der dem Auktionskommissar und dem Kalkulator zukommenden Gebühren, von der Masse vorweg abzuziehen und den Pfandschuldnern, nach Verhältniß des Verkaufspreises der einzelnen Pfänder, anzurechnen. Mehrere Stücke, welche für ein Darlehn zusammen auf Einem Pfandschein verpfändet sind, werden hierbei, so wie überhaupt bei allen folgenden Berechnungen nur als ein Pfand angesehen;

2) sodann ist zu berechnen, wie viel der Pfandgläubiger von jedem Pfandschuldner an Kapital und rückständigen Zinsen, nach Ausweis des Pfandbuchs und des überreichten Extrakts aus demselben, zu fordern habe;

3) ist zu bemerken, wie viel nach vollständiger Befriedigung des Gläubigers von dem Kaufpreise der einzelnen Pfänder als Ueberschuß übrig verbleibt.

§. 11. Die von dem Kalkulator angefertigte Berechnung muß von dem Decernenten gewöhnlichermaßen im Kollegium vorgetragen und, wenn sich dabei nichts zu erinnern findet, ein Termin zur Erklärung des Pfandgläubigers über dieselbe angesetzt werden.

§. 12. In diesem Termine muß der Deputirte die Berechnung mit dem Pfandgläubiger nochmals durchgehen, die dagegen sich ergebenden Bedenken, welche nur etwa vorgefallene Irrthümer in der Rechnung betreffen können, sofort, allenfalls mit Zuziehung des Kalkulators, erledigen und, wenn dies berichtigt worden; so ist sogleich mit Auszahlung der Gelder, nach Anleitung der Berechnung, zu verfahren, des Endes auch bei Ansetzung des Termins zugleich die erforderliche Verfügung an das Depositorium zu erlassen.

§. 13. Es versteht sich von selbst, daß der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus den verpfändeten Sachen nur in soweit fordern könne, als der Kaufpreis eines jeden einzelnen Pfandes zur Bezahlung des darauf gegebenen Darlehns hinreicht. Die Auktionskommissarien müssen daher, damit die mehreren Pfänder, besonders wenn sie von einerlei Art sind, nicht mit einander verwechselt werden, darauf sehen, daß der Verkauf bei der Auktion so viel wie möglich nach den in dem Extrakte des Pfandbuchs bemerkten Nummern der Pfandscheine erfolge. Wenn dies aber auch wegen großer Verschiedenheit der

[1]) Die hier und in den §§. 116., 117. des Regl. angeordnete Insertion in die Intelligenzblätter und Zeitungen wird durch die Insertion in den öffentlichen Anzeiger des Regierungs-Amtsblatts ersetzt. (G. v. 21. Dec. 1849, G. S. S. 441.) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 23.

auf einem Pfandschein verpfändeten Sachen nicht durchgängig geschehen könnte, so muß doch in jedem Falle in dem Auktionsprotokolle genau bemerkt werden, welche Pfänder zusammen gehören und auf Einem Pfandschein verpfändet worden.

§. 14. Der Ueberschuß, welcher von dem Verkaufspreise der Pfänder nach Befriedigung des Pfandgläubigers übrig bleibt, ist, in sofern derselbe bei jedem einzelnen Pfande nur 10 Rthlr. oder weniger beträgt, sogleich an die Armenkasse des Orts abzuliefern, wenn sich nicht, bevor die Ablieferung wirklich erfolgt, annoch der Eigenthümer des Pfandes melden sollte, welchenfalls demselben der Ueberschuß, nach gehörig beigebrachter Legitimation, zu verabfolgen ist.

Beläuft sich aber der Ueberschuß bei einem einzelnen Pfande höher als 10 Rthlr., so ist derselbe von dem Ger. ad depositum zu nehmen und bevor solcher an die Armenkasse abgeliefert werden kann, nach Vorschrift des Pfand- und Leih-Regl. v. 13. März 1787 §§. 132. ff. zu verfahren.

§. 15. (Fällt weg.)[1])

Wir befehlen hierdurch Jedermann, insonderheit aber Unseren sämmtlichen Ober- und Unterger., imgleichen denjenigen, welche mit dem Leihen auf Pfänder ein Gewerbe treiben, sich nach dieser Dekl. auf das genaueste zu achten, und soll dieselbe durch den Druck öffentlich bekannt gemacht werden.

Friedrich Wilhelm.

(N. C. C. Tom. XI. S. 1679, Stengel Bd. 17. S. 307, N. Arch. Bd. 3. S. 15, Rabe Bd. 7. S. 417—422.)

III. K. O. v. 28. Juni 1826, betr. die Grundsätze für die öffentlichen städtischen Leihanstalten.

Ich bin mit der vom Staatsmin. in dem Ber. v. 31. v. M. geäußerten Ansicht, daß es wünschenswerth sei, die Errichtung öffentl. städtischer Leihanstalten möglichst zu befördern und, da die Vorschriften der Ges. v. 13. März 1787 u. 4. April 1803, welche hauptsächlich auf Unterdrückung des bei Privatleihanstalten zu befürchtenden Wuchers abzwecken, bei öffentlichen Anstalten dieser Art weder nothwendig, noch allenthalben anwendbar sind, für letztere gewisse allgemeine Grundsätze festzustellen, vollkommen einverstanden, und bestimme für diejenigen Provinzen, in welche das A. L. R. nebst obigen Gesetzstellen gilt, Folgendes:

1) Die Reg. sollen berechtigt sein, auf Antrag der Stadtkommunen in allen solchen Orten, in welchen das öffentliche Bedürfniß solches erfordert und, wo die zu ordnungsmäßiger Besorgung des Geschäfts erforderlichen Vorkehrungen getroffen werden können, die Errichtung öffentlicher Pfandleihanstalten zu genehmigen, und die nach den Lokalverhältnissen einzurichtenden Reglements, in sofern sie nichts der gegenwärtigen V. und den allgemeinen Ges. Widersprechendes enthalten, zu bestätigen.

2) Diese Anstalten müssen jedoch von den Stadtkommunen garantirt, unter fortwährender Aufsicht der Stadtmagisträte und Kommunerepräsentanten gestellt und für Rechnung der Stadtkommune selbst geführt, die dabei sich ergebenden Ueberschüsse aber lediglich der Ortsarmenkasse überwiesen werden. Wenn die Kommunen dergleichen öffentl. Anstalten an Privatunternehmer pachtweise oder sonst zu eigener Administration überlassen; so sollen nicht ferner die gegenwärtig festzustellenden Grundsätze, sondern die Vorschriften der allgemeinen, in Beziehung auf die Privat-Pfandverleiher bestehenden Gesetze auf sie Anwendung finden.

3) Bei jeder solchen Anstalt müssen unbescholtene, des Werthes der verschiedenen Arten von Sachen, die als Pfänder dienen, hinreichend kundige Personen als Taxatoren angestellt und vereidet werden. Jeder, welcher eine Sache als Pfand darbringt, ist berechtigt, sich nach dem Ausfalle der von diesen Personen festzustellenden Taxe zu erkundigen und, wenn er sie in Beziehung auf die daraus hervorgehenden rechtl. Folgen (§. 6.) zu niedrig findet, die zum Pfand bestimmt gewesene Sache zurückzunehmen, ohne für Abschätzung irgend eine Gebühr zu entrichten.

4) Eine von der Regierung zu bestätigende Magistratsperson muß als spezieller Kurator der Anstalt zur fortwährenden Aufsicht über dieselbe und den anzustellenden Rendanten bestimmt, der Magistrat im Ganzen aber verpflichtet werden, sie von Zeit zu Zeit unter Zuziehung von Deputirten der Gemeindevertreter zu revidiren, und für ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb zu sorgen, auch die etwa eingehenden Beschwerden zu untersuchen und zu erledigen.

5) Bei jeder Anstalt ist ein ordentl. Pfandbuch zu führen, in welchem in verschiedenen Kolonnen eingetragen werden muß:

a) die Nummer des Pfandes,
b) der Name des Pfandschuldners,
c) die Beschreibung des Pfandes,
d) die Taxe desselben,
e) die Summe des Darlehns,
f) Datum der Auszahlung des Darlehns,
g) die Zeit, auf welche es gegeben wird, und der Termin der Zurückzahlung oder der Erneuerung,
h) der Betrag der dann zu entrichtenden Zinsen.

Der Unterschrift des Pfandschuldners bedarf es nicht.

6) Dem Pfandschuldner wird ein alle diese Data enthaltender, mit dem Pfandbuche wörtlich übereinstimmender, vom Rendanten auszustellender Pfandschein ausgestellt, welcher als vollständiges Beweisdokument für und wider die Anstalt gilt, dergestalt, daß, wenn letztere beim Verluste des Pfandes Ersatz zu leisten verpflichtet ist, nur auf den im Pfandschein ausgedrückten Werth der Sache Rücksicht genommen, der Beweis eines größeren oder geringeren Werthes aber weder dem einen noch dem andern Theile nachgelassen wird. In welchen Fällen der Eigenthümer des Pfandes dessen Verlust zu tragen, oder von der Anstalt Ersatz zu fordern hat, bestimmen die allgemeinen Gesetze.

7) Die Regierungen können in den zu entwerfenden Reglements den Kommunen die Erhebung von acht Prozent jährlicher Zinsen gestatten. Wenn jedoch nach den örtlichen Verhältnissen wegen geringen Betriebs, Kostspieligkeit der Verwaltung ꝛc. mit diesem Zinsfuße nicht auszulangen wäre, so sollen die Min. der Just. und des Inn. hiermit autorisirt sein, auf Antrag der Reg. einen höheren Zinsfuß bis zum Maximo von zwölf und einem halben Prozent zu gestatten.

8) Außer den hiernach reglementsmäßig festzusetzenden Zinsen sollen die Anstalten für die Abschätzung, Einschreibung, Ausstellung des Pfandscheins und überhaupt unter irgend einem andern Titel etwas von dem Schuldner zu fordern nicht berechtigt sein, vorbehaltlich der bei nicht erfolgter zeitiger Einlösung nach §§. 9., 10. u. 13. zu erlegenden Kosten. Diejenigen Beamten, welche dem entgegenhandeln, sollen mit den Strafen des Wuchers belegt werden.

Auch bei der Verlängerung des Pfandleihvertrages darf unter derselben Verwarnung dem Pfandschuldner außer den Zinsen nichts abgefordert werden.

9) Zu gewissen, in den Reglements genauer zu bestimmenden Zeiten sollen die nicht eingelösten Pfänder, jedoch nicht eher als 6 Monate, nach der für jedes einzelne bestimmten Einlösungsfrist, und nachdem die abzuhaltende Versteigerung wenigstens innerhalb 9 Wochen vorher durch die öffentlichen Blätter des Orts, oder auf die sonst bei öffentlichen Bekanntmachungen daselbst gewöhnliche Art dreimal angekündigt worden, von der Anstalt öffentlich versteigert werden. Diese Versteigerung muß unter Direktion und in fortwährender Gegenwart des Kurators der Anstalt, welcher über die erlangten Meistgebote ein Gegenprotokoll zu führen hat, erfolgen. Für die Versteigerung können die in der Sportultaxe für die Untergerichte festgesetzten Gebühren, jedoch niemals als Emolument für die dabei mitwirkenden Offizianten, sondern immer nur für die Kasse der Anstalt, berechnet, und den Pfandschuldnern an dem Ueberschusse des Erlöses abgezogen werden.

10) Bis zu erfolgtem Zuschlage ist jeder Pfandschuldner sein Pfand gegen Berichtigung des Darlehns und der bis zur wirklichen Einlösung aufgewachsenen Zinsen zurückzunehmen berechtigt, jedoch, wenn bereits Vorkehrungen zur öffentl. Versteigerung getroffen worden sind, verpflichtet, zu den hierauf verwandten Kosten einen in den Reglements ein- für allemal festzusetzenden Beitrag zu entrichten, welcher jedoch Einen Silbergroschen von jedem Thaler des Darlehns nicht übersteigen soll.

11) Auch wenn das Pfand zu einer Konkursmasse gehört, soll dieses Verfahren beobachtet, jedoch wenn der Kurator der Masse nicht etwa die Einlösung des Pfandes vorzieht, der Magistrat auf Requisition des Gerichts verpflichtet sein, dessen Versteigerung auch außer dem gewöhnlichen Termine zu bewirken. Es wird daher in Beziehung auf dergleichen Anstalten die Bestimmung der A. G. O. Tit. 50. §. 206. hiermit aufgehoben, indem diese Anstalten bei Beobachtung des hier vorgeschriebenen Verfahrens nicht verbunden sein sollen, dem in Konkursen verhängten offenen Arreste gemäß, die Pfänder eines Gemeinschuldners unentgeltlich herauszugeben, und den Pfandschilling zu liquidiren.

12) Unmittelbar nach erfolgter Versteigerung soll an die Interessenten in der §. 9. bestimmten Art ein öffentlicher Aufruf erlassen werden, sich bei der Anstalt zu melden, um den nach Berichtigung des Darlehns und der davon bis zum Verkauf des Pfandes angelaufenen Zinsen verbleibenden Ueberschuß gegen Rückgabe des Pfandscheins und Quittung in Empfang zu nehmen. In sofern dieser Ueberschuß weniger als 10 Thaler beträgt, und sich binnen 6 Wochen nach der Bekanntmachung Niemand zu dessen Empfangnahme meldet, ist solcher an die Armenkasse des Orts abzugeben, und der Pfandschein mit den darauf begründeten Rechten der Pfandschuldner für amortisirt zu achten.

13) Die mehr als 10 Thlr. betragenden Ueberschüsse dagegen sind vom Magistrate unter Vertretung der Stadtkommune zu asserviren. Meldet sich binnen Jahresfrist von der ersten Aufforderung an Niemand zu deren Empfangnahme, so hat der Magistrat bei dem Gerichte ein öffentl. Aufgebot der Interessenten in Antrag zu bringen, und letzteres dasselbe unter Bestimmung einer Präklusivfrist von 3 Monaten zu erlassen. Den hierauf zeitig sich meldenden Pfandschuldnern soll dann dieser Ueberschuß nach Abzug der gerichtl. Kosten und der vom Magistrate zu liquidirenden Asservationskosten, welche die Hälfte der taxmäßigen gerichtlichen Depositalgebühren nicht übersteigen dürfen, annoch

[1]) Die hier vorgeschriebene Subhastation von kostbaren beweglichen Sachen ist aufgehoben. (Subhast. V. v. 4. März 1834 §. 1.) Vergl. in den Erg. zur A. G. O. I. 52.

ausgeantwortet werden. Dagegen sind die Beträge der Forderungen präkludirter Interessenten lediglich nach Abzug der Gerichtskosten, und ohne daß der Magistrat Asservationskosten zu liquidiren berechtigt ist, ebenfalls an die Armenkasse abzugeben.

14) In allen zwischen der Anstalt und den Pfandschuldnern sowohl, als dritten Personen entstehenden und durch Vergleich nicht zu schlichtenden Streitigkeiten sollen die Magistväte, in sofern gegenwärtige V. nicht über den Fall Bestimmung enthält, nach den allgemeinen Rechtsvorschriften sich richten, und die Gerichte darnach und namentlich nach der Dekl. v. 4. April 1803 zu entscheiden.

15) In solchen Orten, in welchen öffentl. städtische Leihanstalten bestehen, welche dem Bedürfnisse des Publikums Genüge leisten, und zu begründeten Beschwerden keine Veranlassung geben, sollen neue Konzessionen für Privatpfandleiher nicht ertheilt werden.

16) In Hinsicht der bereits unter Genehmigung des Staats bestehenden öffentl. Pfandleihanstalten bewendet es bei den denselben bei ihrer Errichtung ertheilten Konzessionen. (G. S. 1826 S. 81.)

§§. 271—389. Verpfändungen beweglicher Sachen ohne körperliche Uebergabe[1]).

§§. 271—280. Ueberhaupt.

§§. 271. sqq. 1) Auch an Fabrikutensilien kann unter symbolischer Uebergabe derselben an den Gläubiger ein Pfandrecht bestellt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Sept. 1846.

Zu den »Waaren«, wovon die speziellen Vorschriften in §§. 329—379. h. t. handeln, können Fabrikutensilien nicht gerechnet werden, und eben so wenig zu einer von den übrigen Kategorien von Sachen in den §§. von 281. an. (Forderungen, Stromschiffe, Seeschiffe.) Diese Bestimmungen sind aber keinesweges ausschließliche, sondern nur Anwendungen mit näheren Ausführungsvorschriften von den allgemeinen Vorschriften, welche in den vorangehenden §§. 271—277. unter dem Marginal: »Von Verpfändungen beweglicher Sachen ohne körperliche Uebergabe überhaupt« handeln. Unter den Modalitäten dieser §§. ist in der That auch nicht der geringste Grund vorhanden, die Verpfändung solcher Sachen, und so auch von Fabrikutensilien, die der Fabrikant nicht entbehren kann, für unstatthaft und rechtlich unmöglich zu erklären.

Auch in der Konk. O. ist die Wirkung eines solchen Pfandrechts dieselbe, wie die eines regelmäßigen. Das A. L. R. selbst versagt sie nicht speziell (§. 222.). (Entsch. Bd. 3. S. 243.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Nothwendigkeit, daß das Pfandrecht für Jeden äußerlich erkennbar sei, liegt in seiner dinglichen Natur, vermöge der es gegen jeden Dritten verfolgt werden kann. Der körperliche Besitz ist das sicherste Zeichen; daher hat ihn das Gesetz als Regel der Erwerbart des Pfandes aufgestellt. Wo er nicht möglich wird — oder doch durch ein gleich sicheres Zeichen vertreten werden kann, oder wo die Uebergabe zum körperlichen Besitz die Brauchbarkeit der Sache aufhören würde, ebenso aber ein erkennbares Zeichen stattfindet, da läßt das Gesetz die symbolische Uebergabe zu. — Allein ohne erkennbares Zeichen ist ein Pfandrecht gar nicht denkbar, wenn man nicht die Idee der Röm. Privilegien darauf übertragen will. Unter solcher Voraussetzung läßt sich daher auch nur der §. 271. verstehen. Nicht jede Sache, welche keine körperliche Uebergabe zuläßt, ist symbolisch zu verpfänden; denn nicht bei jeder ist die Bezeichnung des dinglichen Rechts möglich. Der §. 271. soll daher nicht eigentlich sagen: was Alles der symbolischen Verpfändung fähig, sondern er spricht eine Beschränkung aus, daß dieselbe nur stattfinde, wo das Gesetz sie besonders gestattet oder körperliche Uebergabe nicht möglich wird.

(Gesetzrev. Pens. III. S. 214, 215.)

§§. 272—274. Zu diesen §§. werden in den Motiven zum bürgerl. Gesetzb. folgende Fragen aufgeworfen:

a) ob die im §. 274. gedachten »Maßregeln« verschieden sind von den im §. 272. gedachten »Zeichen?«

b) ob die symbolische Uebergabe auch auf die im §. 272. angegebene Weise geschehen muß?

c) ob die Worte: »daß kein Dritter ohne eigenes grobes Versehen verleitet werden könne u. s. w.«, so zu verstehen sind, daß der Dritte, sobald er sich ein grobes Versehen zu Schulden kommen lassen, selbst im Falle die von den Kontrahenten getroffenen Maßregeln den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, kein dingliches Recht und keinen Entschädigungsanspruch erwerbe; oder so, daß, wenn dergleichen Maßregeln nicht getroffen worden, und der Dritte sich in Geschäfte über das Pfand eingelassen hat, er bei seinem Rechte geschützt werden muß, ohne daß es darauf ankommen kann, ob er sich in concreto ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen oder nicht?

Die Motive sprechen sich über diese Fragen wie folgt aus:

Der §. 272. bezieht sich gleich dem §. 271. auf die Bezeichnung der Sachen, bei welchen eine Verpfändung ohne körperliche Uebergabe stattfindet, und läßt dieselbe nur bei solchen Sachen zu, bei welchen ihr Besitz auf den Pfandgläubiger durch solche Zeichen übertragen werden kann, aus welchen diese mit dem Besitze vorgefallene Aenderung auch für Andere, außer den kontrahirenden Parteien, ersichtlich ist. Der §. 273. erfordert hiernächst die symbolische Uebergabe, und der §. 274. außerdem Maßregeln, daß kein Dritter ohne grobes Versehen verleitet werden könne, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freie Disposition zustehe. Aus der Vergleichung dieser §§. und dem Werthe »also« im §. 273. ergiebt sich, daß die symbolische Uebergabe eben auf die Weise geschehen muß, wie im §. 272. angegeben ist. Dies wird durch die frühere Fassung des gedr. Entw. und die rev. mon. unzweifelhaft. In dem gedr. Entw. lautete nämlich die dem §. 272. h. t. entsprechende Bestimmung des §. 194. dahin:

»als ihr Besitz auf den Gläubiger dergestalt übertragen werden kann, daß der Verpfänder zugleich außer Stand gesetzt wird, darüber zum Nachtheile der dem Gläubiger eingeräumten Rechte ferner zu verfügen.«

Hierüber ist in der rev. mon. bemerkt: »ad §. 194. Maßregeln, wodurch der Verpfänder ganz außer Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen, sind nicht möglich und auch nicht nöthig. Es kommt nur darauf an, daß die traditio symbolica durch solche Zeichen geschehe, aus welchen auch Andere, außer den Kontrahenten, die im Besitze sich zugetragene Veränderung entnehmen können.«

Einer Bezeichnung der Sachen, bei welchen eine symbolische Uebergabe stattfinden kann, bedarf es daher, wenn letztere als ein nothwendiges Erforderniß hingestellt und die Art und Weise derselben angegeben wird, nicht.

Zweifelhafter ist es, in wiefern die Maßregeln im §. 274. verschieden sind von den Zeichen, von welchen der §. 272. spricht. Aus der oben angeführten Bemerkung von Suarez in der rev. mon., so wie aus dem Worte »auch« im §. 274. und aus der sowohl im §. 272., als im §. 274. vorkommenden Bezugnahme auf den Dritten läßt sich jedoch folgern, daß der §. 272. als der allgemeine Satz gedacht ist, und daß die §§. 273. u. 274. nur die Ausführung dessen aussprechen, was der §. 272. als Bedingung aufstellt.

Hiernach begründet also nicht jede symbolische Uebergabe ein Pfandrecht, sondern die Uebergabe muß so beschaffen sein, wie der §. 272. ausspricht, nämlich daß ein Dritter die vorgefallene Veränderung nicht ersehen könne. Dies folgt auch aus dem Grundsatze des §. 105. h. t., nach welchem ein constitutum possessorium kein Pfandrecht konstituirt.

Wenn dessen ungeachtet die §§. 275. ff., im Falle die getroffenen Maßregeln unzureichend sind, noch ein Pfandrecht anerkennen, welches, wenn auch nicht gegen Dritte, doch unter den Kontrahenten von Kraft ist, so ist dies ein mit Recht gerügter Widerspruch.

Im §. 274. lassen ferner die Worte: »daß kein Dritter ohne eigenes grobes Versehen verleitet werden könne ꝛc.« eine verschiedene Deutung zu. Man kann sie so verstehen, daß der Dritte, sobald er sich ein grobes Versehen zu Schulden kommen läßt, selbst im Falle die von den Kontrahenten getroffenen Maßregeln den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, kein dingliches Recht und keinen Entschädigungsanspruch erwerbe.

Für diese Ansicht spricht die Vorschrift des §. 279., welche nach §. 276. eine Unzulänglichkeit der Maßregeln voraussetzt. Andererseits aber legt der §. 274. den Kontrahenten in abstracto die Verpflichtung auf, solche Maßregeln zu treffen, daß kein Dritter ohne grobes Versehen verleitet werden könne. Hieraus läßt sich folgern, daß, wenn solche Maßregeln nicht getroffen, und der Dritte sich in Geschäfte über das Pfand eingelassen hat, er bei seinem Rechte geschützt werden muß, ohne daß es darauf ankommen kann, ob er sich in concreto ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen, oder nicht. Für diese Ansicht kann außer der Fassung des §. 274. die Bestimmung des §. 275. angeführt werden, nach welcher nur der unredliche Dritte kein Recht erwirbt. Wenn z. B. bei der Verpfändung eines Holzlagers die Kontrahenten das Holz mit dem Namen des Pfandgläubigers versehen, jedoch die Verpfändung dem Aufseher des Holzes nicht angezeigt haben (§§. 356., 357. h. t.), und nun ein Dritter sich mit dem Verpfänder über das verpfändete Holz in ein Geschäft einläßt, so wird der Dritte nach der ersten Auslegung, weil er sich in concreto ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen (vergl. I. 7. §. 19.), kein Recht erwerben, nach der andern Ansicht aber, weil die früheren Kontrahenten die gesetzlich vorgeschriebenen Maßregeln nicht getroffen haben, bei seinem Rechte geschützt werden müssen. Die erstere Ansicht scheint bei der Abfassung des A. L. R. obgewaltet zu haben. Zu dem §. 194. des gedr. Entw. (§. 274. h. t.), welcher den Dritten auch für ein mäßiges Versehen haften ließ, ist nämlich in der rev. mon. bemerkt: »er muß culpam latam vertreten, und culpam levem, wenn er die im G. vorgeschriebenen Maßregeln nicht beob-

[1]) Alle diese Vorschriften (§§. 271—389.) sind aus der Dekl. v. 16. Juli 1785 (N. C. C. Tom. VIII. p. 3152) entnommen. Vergl. Suarez Schlußvortr. in den Jahrb. Bd. 41. S. 60.

achtet.« Demzufolge wurden die §§. 279. u. 280. des A. L. R., welche sich im gedr. Entw. noch nicht befanden, eingeschaltet. (a. a. O. S. 402, 403.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 71. zum §. 274. h. t.

§§. 281 — 298. Verpfändung ausstehender Forderungen.

Korte, über das nominis pignus und das pignoris pignus. (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 169 ff.)

§§. 281 — 284. 1) Ueber den Widerspruch zwischen dem §. 282. h. t. und den §§. 125., 126. A. L. R. I. 16. vergl. die Abhandl. von Oswald in Mathis Mon. Schr. Bd. 3. S. 419 ff. Dieser Widerspruch ist jetzt durch den §. 2. der V. v. 9. Dec. 1809 wegen Mortifikation und öffentlichen Aufgebots der Privat-Schuldverschreibungen und Urkunden[1]), durch welchen die §§. 281—284. deklarirt und abgeändert worden sind, behoben.

2) Die V. v. 9. Dec. 1809 wegen Mortifikation des an einen gewissen Inhaber und wegen des öffentlichen Aufgebots der an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen und Urkunden, namentlich der §. 2. derselben, findet auf verpfändete Hypothekenforderungen keine Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 30. Mai 1842[2]). (Präj. Nr. 1137.)

Die §§. 282. ff. h. t. sind durch den §. 2. der V. v. 9. Dec. 1809 dahin abgeändert, daß, während die ersteren den Pfandinhaber gegen jede ihm nachtheilige Disposition zwischen dem Verpfänder und dem Schuldner über das verpfändete Aktivum sicherten, der §. 2. es dem Pfandinhaber überläßt, sich durch Bekanntmachung der Verpfändung an den Schuldner in jener Beziehung selbst sicher zu stellen. Die Abänderung der §§. 282. ff. betrifft aber nicht die Form des Pfandgeschäfts, weder die innere, noch die äußere, als zu welcher ausdrücklich die schriftliche Verpfändung und Uebergabe der Urkunde über die verpfändete Forderung für ausreichend erklärt ist. Vielmehr gehört diese in die freie Wahl des Pfandgläubigers gestellte Sicherungsmaßregel nicht zum Wesen des zwischen demselben und dem Verpfänder errichteten Pfandgeschäfts, und es läßt sich schon hierum nicht behaupten, daß es an einer Bestimmung über die Form bei Verpfändungen fehlen würde, wenn man den §. 2. l. c. auf dieselben nicht anwenden wollte; sie ist in den Vorschriften des §. 1. ibid. und des in dieser Beziehung nicht aufgehobenen §. 281. Tit. 20 zu finden. — Als eigentlicher Standpunkt stellt sich daher nur heraus, ob bei der unterbliebenen Bekanntmachung der Verpfändung der Schuldner einer verpfändeten Hyp.-Forderung die, in gutem Glauben an den Verpfänder, seinem Gläubiger geleisteten Zahlungen dem Pfandgläubiger entgegensetzen, ob also in dieser Beziehung der §. 2. der V. v. 9. Dec. 1809 auch auf verpfändete Hyp.-Forderungen Anwendung finden kann oder nicht? Diese V. bezieht sich aber weder ihrem Zwecke noch Inhalte nach auf verpfändete Aktiv-Forderungen, welche eingetragen sind. Ihr Zweck ist im Eingange dahin angekündigt, die wegen Mortifikation der an einen gewissen Inhaber und wegen des öffentlichen Aufgebots der an jeden Inhaber ausgestellten Privat-Schuldverschreibungen entstandenen Zweifel zu lösen. Unter Privat-Schuldverschreibungen werden hier solche verstanden, welche nicht eingetragen sind. Indem die V. rücksichtlich des Aufgebots von Privaturkunden im §. 7. auf den §. 115. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. verweist, welcher vom Aufgebote verlorener Instrumente über Hyp.-Forderungen handelt, giebt sie zu erkennen, daß sie rücksichtlich dieser nichts hat bestimmen wollen. Sie hat im §. 3. in Betreff der Ausstellung eines Mortifikationsscheins, der die Stelle der Zurückgabe des Schulddokuments vertreten soll, ausdrücklich nur auf die §§. 126—129. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. Bezug genommen; diese §§. beziehen sich aber nur auf Schuld-Instrum., welche nicht eingetragen sind (§. 132. ibid.). Nach diesen — §§. 273. u. 277. Tit. 2., aus welchen die Bestimmungen der §§. 115. seq. Tit. 51. Thl. I. der A. G. O. hervorgegangen sind, — ist aber bei Instrum., welche so beschaffen sind, daß darüber zu Gunsten eines Dritten disponirt werden kann, ein bloßer Mortifikationsschein zur Löschung nicht hinreichend, vielmehr muß stets ein öffentliches Aufgebot hinzutreten. Dies ist nun gerade der Grund, weshalb es bei Verpfändung von Hyp.-Forderungen, wie bei deren Cession, der Bekanntmachung an den Schuldner nicht bedarf. — Endlich haben im §. 2. der V. v. 9. Dec. 1809 nur die §§. 281—284. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. näher bestimmt und abgeändert werden sollen; diese disponiren aber nur rücksichtlich nicht eingetragener Aktiv-Forderungen, weil der §. 285. l. c. von der Verpfändung der Hyp.-Forderungen besonders spricht. Nach A. L. R. I. 16. §§. 422—426. und Anh. §. 53., sowie I. 20. §§. 520. ff., besteht zwischen den Hyp.-Forderungen und den nicht eingetragenen auch bei einer erfolgten Verpfändung der Unterschied, daß der Schuldner einer nicht eingetragenen Forderung mit voller Wirkung seinem Gläubiger Zahlung leisten kann, so lange ihm nicht nachgewiesen wird, daß er von dem Pfandrecht des Dritten Kenntniß erhalten hat, während im Gegentheil dem Dritten, welcher durch Verpfändung Rechte auf Hyp.-Forderungen erlangt hat, der Nachweis geführt werden muß, daß er von der bereits erfolgten Tilgung Kenntniß besessen habe, und daß eine Zahlung nach erfolgter Verpfändung ihm nicht entgegensteht. Dies gilt jedoch nur von dem Kapital, nicht aber von den Zinsen, weil diese auch ohne Vorlegung des Dokuments gezahlt werden können, in welcher Beziehung die Vorschrift des §. 284. h. t. nicht aufgehoben worden ist. Es kann daher hinsichtlich des Kapitals davon, daß dem Schuldner einer Hyp.-Forderung von deren Verpfändung keine Nachricht gegeben ist, keine rechtliche Folge abhängig gemacht werden.

(Präj. Samml. S. 314, Entsch. Bd. 8. S. 39, J. M. Bl. 1842 S. 296.)

§. 281. Ohne Aushändigung des vorhandenen Dokuments kann die Verpfändung einer Hypothekenforderung auch durch die Eintragung im Hypothekenbuche nicht vollzogen werden. Daher kann ein Hypothekengläubiger, welcher in der Subhastation des verpfändeten Grundstückes als Bieter auftritt oder die Ansetzung eines neuen Termins verlangt, mit seiner Forderung keine Kaution bestellen, wenn er nicht die Urkunden darüber aushändigen kann.

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 9. Mai 1842 (Entsch. Bd. 8. S. 215) in den Erg. zur Subh. V. v. 4. März 1834 §. 11. zur A. G. O. I. 52. §§. 40—45.

§§. 281. 285. 511. sqq. Zur gültigen Bestellung eines Pfandrechtes an dem Antheile einer Hypothekenforderung ist die Anfertigung eines Antheilsdokuments und dessen Uebergabe an den Pfandgläubiger erforderlich.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juni 1855.

Nach §. 281. können ausstehende Forderungen überhaupt nur durch Aushändigung der darüber auf einen gewissen Inhaber ausgestellten Urkunden gültig verpfändet werden. In Betreff der im Hypothekenbuche eingetragenen Forderungen verweist der §. 285. h. t. auf die §§. 511. ff., und der §. 515. erklärt auch in Betreff ihrer die allgemeinen Vorschriften der §§. 280. ff. für anwendbar, während der §. 512. für Cessionen, welche im §. 511. in dieser Beziehung den Verpfändungen gleichgestellt sind, auf den Tit. 11. Abschn. 3. verweist. Hier wird im §. 399. zur Rechtsgültigkeit der Cession für den Fall, daß von mehreren in Einem Instrumente enthaltenen Forderungen nur Eine cedirt wird, erfordert, daß von dem Instrumente eine beglaubte Abschrift gefertigt, auf diese die Cession gesetzt, auf dem Hauptinstrumente aber bemerkt werde, daß und welche der darin enthaltenen Forderungen cedirt sei. Daß diese Vorschrift auch für Verpfändungen gilt, folgt aus dem Vorstehenden, daß sie aber auch für den Fall anwendbar ist, wenn nicht eine einzelne Forderung von mehreren, sondern ein Antheil an einer Forderung cedirt oder verpfändet werden soll, ergiebt sich nicht nur aus dem G. v. 8. Febr. 1811[1]), sondern ist auch im §. 378. in Verbindung mit §. 377. (am Ende) A. G. O. I. 50. ausdrücklich vorgeschrieben.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 57 Nr. 13.)

§. 284. R. v. 3. März 1826. Wenn die Zinsen eines Kapitals als verpfändet oder verkümmert betrachtet werden sollen, so muß dies ausdrücklich stipulirt sein.

(Min. Akten B. 939, Gen. H. Nr. 15. Fol. 96.)

§. 288. Bedarf es bei der Verpfändung von Aktivis, über welche kein Dokument vorhanden ist, eines schriftlichen Pfändungsvertrages?

Die Gesetzrevisoren bemerken, daß aus dem §. 273. die Nothwendigkeit desselben im Allgemeinen folge, wiewohl andererseits die V. v. 9. Dec. 1809, welche auf die §§. 394—407. A. L. R. I. 11. verweist, und der §. 394. A. L. R. I. 11., sofern die For-

---

1) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 126—130.

2) Diesen Rechtsgrundsatz, und daß deshalb der Schuldner solcher Forderungen nicht befugt sei, dem Pfandinhaber den Einwand entgegen zu setzen, daß er aus dem Grunde, weil ihm die Verpfändung nicht bekannt gemacht worden, an seinen eigentlichen Gläubiger, den Verpfänder, Zahlungen auf das Kapital mit voller Wirkung habe leisten können, und der Pfandinhaber dieselben als gültig anerkennen müsse, hatte der III. Sen. des Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 26. Sept. 1840 (Entsch. Bd. 6. S. 338) angenommen. Der II. Sen. hatte indeß in dem Erk. v. 1. Febr. 1839 (J. W. 1840 S. 73) die entgegengesetzte Meinung für richtig erachtet, weshalb die Entscheidung des Plenums eingeholt wurde.

1) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 399. Zus. 2.

derung die Summe von 50 Thlrn. nicht übersteigt, dieser Ansicht entgegenstehe. (Gesetzrev. Pens. III. S. 405.)

Koch nimmt an, daß dergleichen Forderungen, wenn sie den Betrag von 50 Thlrn. nicht übersteigen, zwar durch mündlich geschlossenen Vertrag gültig verpfändet werden können, und daß auch zur Legitimation bei der Verwirklichung des Pfandrechtes dem Pfandinhaber der Ausweis unter Privatunterschrift entbehrlich sei, da er doch dazu der richterlichen Ermächtigung bedürfe.

(Landr. Bd. 2. Anm. 80. zum §. 288. h. t.)

§§. 289. 296. 297. 1) Sind Aktivforderungen verpfändet worden, so muß der Pfandgläubiger, wenn er aus ihnen seine Befriedigung im Wege der Exekution erlangen und gegen den Schuldner der Forderungen auf Zahlung klagen will, sich die Forderungen zuvor durch den Richter in dem Prozesse zwischen ihm und seinem Schuldner, resp. dem Verpfänder, nach Vorschrift der V. v. 4. Juli 1822 mit den Rechten eines Assignatars oder Cessionars, zur eigenen Einziehung überweisen lassen.

Diese Ueberweisung ist auch dann zur Begründung der Klage gegen den Schuldner der verpfändeten Forderungen nothwendig, wenn der Letztere, der ihm geschehenen Bekanntmachung der Verpfändung zuwider, dem Verpfänder zum Nachtheil des Pfandgläubigers Zahlung geleistet hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. März 1843. (Präj. Nr. 1278.)

Die Grundsätze über die Exekution in die ausstehenden Forderungen eines Schuldners nach den Vorschriften der V. v. 4. Juli 1822 kommen auch in Anwendung, wenn ein Pfandgläubiger aus der ihm vom Schuldner selbst, oder von einem Dritten für diesen, verpfändeten Forderung seine Befriedigung erlangen will. Die Fälle der Exekution in eine nicht verpfändete, und der Exekution in eine verpfändete Forderung sind nur darin verschieden, daß im ersten Falle durch die Exekution erst ein Titel zum Pfandrecht entsteht, im letzteren dagegen schon ein Pfandrecht vorhanden ist; in Beziehung auf den gesetzlichen Weg, auf welchem der Gläubiger des Gläubigers eines Dritten seine Befriedigung aus einer solchen ausstehenden Forderung suchen muß, stehen sie dagegen einander gleich. Die Vorschriften in der Lehre vom Pfandrechte im A. L. R. I. 20. §§. 289. u. 296. bestätigen dies. Die richterliche Einweisung des Pfandgläubigers in die Forderung ist also nöthig. Ob die verpfändete Forderung eine eingetragene Post ist, oder nicht, macht darin keinen Unterschied. So war es schon vor der V. v. 4. Juli 1822. Jetzt bestimmt diese auch bei den verpfändeten Forderungen das Verfahren.

(Präj. Samml. S. 109, Entsch. Bd. 8. S. 279.)

Auch die Gesetzrevisoren sind der in diesem Präj. angenommenen Ansicht, daß der Pfandgläubiger nicht, wie aus einer bedingten Cession, ein unmittelbares Klagerecht gegen den Schuldner der verpfändeten Forderung hat, sondern nur im Wege der Exekution durch Vermittelung des Richters dazu gelangen kann.

Nach §. 289. h. t. und §. 103. A. G. O. I. 24. kann der Pfandgläubiger den Verpfänder nur mit der executio ad faciendum zur Klage gegen den Schuldner anhalten. Dies ist durch die V. v. 4. Juli 1822 dahin abgeändert, daß der Gläubiger, sobald er gegen seinen Schuldner ein Judikat erstritten, sich dessen ausstehende Forderung entweder an Zahlungsstatt mit den Wirkungen einer Cession übereignen oder zur Einklagung mit den Wirkungen einer Assignation überweisen lassen kann. Papiere, welche an der Börse Kours haben, kann der Pfandgläubiger gleichfalls entweder nach dem Kourse in Zahlung nehmen, oder durch einen Mäkler an der Börse verkaufen lassen. (§§. 12—20. der V. 4. Juli 1822.) (Gesetzrev. Pens. III. S. 408.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, welcher bemerkt:

Die §§. 289. ff. haben durch die V. v. 4. Juli 1822 eine Modifikation rlitten. So wie jedem Gläubiger darin freigestellt ist, bei Kours habenden Papieren den Verkauf an der Börse zu verlangen, andere Forderungen aber sich übereignen oder zur eigenen Einziehung anweisen zu lassen, so muß dieses Recht auch dem Pfandgläubiger zustehen.

(System Bd. 4. S. 323, 2. Ausg. Bd. 4. S. 204.)

Derselben Meinung sind: v. Rönne (Klein's System 2. Ausg. §. 546.) und Schmidt (Pfandr. S. 600).

Dagegen sieht Korte die Verpfändung einer Forderung als bedingte Cession an, bei welcher die Erwerbung des Forderungsrechtes mit dem Eintritt der Bedingung, wenn nämlich der Verpfänder die versicherte Schuld nicht zur gehörigen Zeit zahlt, vollendet werde. Es bedürfe daher der Pfandgläubiger der Operation auf den Grund der V. v. 4. Juli 1822 gar nicht. (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 178, 181—182.)

2) Ist der Pfandnehmer zur außergerichtlichen Veräußerung der verpfändeten Forderung berechtigt?

Es verneinen:

a) Die R. v. 12. Aug., 12. Nov. u. 4. Dec. 1809, welche jedoch die damaligen Zeitverhältnisse berücksichtigten (Mathis Bd. 8. S. 297, 588, Bd. 9. S. 145, Rabe Bd. 10. S. 129, 204), weil die Veräußerung wegen zu befürchtender Losschlagung unter dem Nennwerth dem Pfandschuldner nachtheilig sei, und der §. 289. nur von der Einziehung spreche.

b) Schmidt, welcher bemerkt:

Die Pfanddistraktion ist um deshalb für wegfallend zu erachten, weil die Veräußerung der Pfänder gerichtlich durch Auktion erfolgen soll, und für bloße Forderungen eine Auktion nicht stattfindet. Eine sich von selbst verstehende Ausnahme machen öffentliche Papiere, die einen Marktkours haben. Die Frage, ob der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung nicht wenigstens dann verkaufen dürfe, wenn ein Dritter dieselbe für den vollen Nominalbetrag ankaufen möchte, ist bedenklich zu bejahen, weil die Möglichkeit einer Pfanddistraktion von Forderungen überhaupt nicht festgestellt ist. (Pfandrecht a. a. O. S. 599.)

c) Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 81. zum §. 289. h. t.).

Dagegen nimmt Korte die Affirmative an, den Gesichtspunkt einer bedingten Cession festhaltend. Er beseitigt die mögliche Gefährdung des Schuldners durch Losschlagung unter dem Werth damit, daß der Pfandgläubiger die Forderung als cessionarius nominis zum Nennwerth angenommen, und den aus dem §. 289. hergenommenen Grund durch die Bemerkung, daß das Gesetz in sofern Grund hatte, die Einziehung besonders hervorzuheben, als ihm überhaupt daran gelegen sein konnte, gegen deren Zulässigkeit keine aus der lex commissoria etwa herzunehmende Zweifel aufkommen zu lassen.

(Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 183.)

3) Ueber die Unzulässigkeit des Verkaufs nicht marktgängiger Schulddokumente vergl. das R. v. 17. Sept. 1832 (Jahrb. Bd. 40. S. 172, Gräff Bd. 6. S. 332) in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105.

§§. 290—292. Ueber die Art, wie die Einziehung in diesem Falle zu vermitteln, vergl. die Erg. zum G. v. 4. Juli 1822, zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105., und den §. 17. des G. v. 20. März 1854 (G. S. S. 119) in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 68. sqq.

§§. 300—328. Bei Seeschiffen.

Das Marginale zu diesen §§. muß heißen: »bei Frachtschiffen.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 300. sqq. 1) Bei Flußschiffen, die zur Frachtschifffahrt bestimmt sind, vertritt, wenn eine Verpfändung derselben durch symbolische Uebergabe stattfinden soll, der Meßbrief die Stelle des Beilbriefs bei Seeschiffen. Er genügt zur Bestellung eines gültigen Pfandrechts auch für sich allein, ohne daß noch ein Kaufbrief oder eine andere über das Eigenthum des Verpfänders an dem Schiffe lautende Urkunde vorgelegt werden muß.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Mai 1847. (Präj. Nr. 1877.)

Die Bestimmungen über die Verpfändung beweglicher Sachen ohne körperliche Uebergabe (§§. 271—274.) und über die Verpfändung von Schiffen (§§. 300. sqq.) müssen in ihrem Zusammenhange mit einander aufgefaßt werden. Wenn man sich nur an die Worte des Gesetzes halten will, so kann allerdings der Meßbrief bei Verpfändung von Flußschiffen den Beilbrief (§. 302.) nicht ersetzen. Des Meßbriefes eines Schiffes wird im A. L. R. nicht gedacht. Derselbe ist aber ein Attest der Steuerbehörde über das Maß und die Tragfähigkeit des Schiffes, welches stets an Bord geführt werden muß, und hat viel Aehnlichkeit mit dem Beilbriefe eines Seeschiffes (§. 1392. A. L. R. II. 8.). So wie ein Seeschiff nicht ohne Beilbrief in See gehen darf, so ist der Meßbrief dem Flußschiffer unentbehrlich zur Betreibung seines Gewerbes mit einem bestimmten Schiffe. Der Meßbrief ist daher, gleich dem Beilbriefe, zur Eintragung einer Verpfändung des Schiffes sehr wohl geeignet, da Jeder, der ein Recht an das Schiff erwerben will, nach dem Meßbriefe fragen und dann aus diesem ersehen wird, daß eine Verpfändung geschehen ist. Auf diese leichte Erkennbarkeit kommt es nach §§. 272—274. gerade an, nicht aber auf einen bestimmten Namen der Urkunde. Beilbriefe werden nach dem R. v. 16. Dec. 1837 (Jahrb. Bd. 50. S. 533) bei Stromschiffen nicht ertheilt; daraus folgt aber nicht, daß deshalb ein Stromschiff überhaupt nicht ohne Naturalübergabe verpfändet werden dürfte, da die Möglichkeit der sym-

bolischen Uebergabe eines solchen Schiffes vollkommen vorhanden ist, wie denn auch die Subhastation von Stromschiffen stattfindet, da der §. 1. Nr. 3. der Subh. V. v. 4. März 1834 die Subhastation aller Schiffe für zulässig achtet, »zu deren Verpfändung die Naturalübergabe an den Gläubiger gesetzlich nicht erforderlich ist«, wobei auf den §. 300. h. t. verwiesen wird, der eben bei allen Schiffsgefäßen, die zur Frachtschiffahrt bestimmt sind, eine Verpfändung durch symbolische Uebergabe gestattet. — Es ist aber auch die Verpfändung auf dem Meßbriefe zur Gültigkeit der letzteren hinreichend und deren Vermerkung auf dem Kaufbriefe und anderen Eigenthums-Urkunden (§§. 302., 303.) nicht unerläßlich. Denn der Meßbrief ist die wichtigste Urkunde von allen für diesen Zweck, da er für den Betrieb der Frachtschiffahrt ganz unentbehrlich ist, während nach dem Kaufbriefe nur etwa bei einer Veräußerung des Schiffes gefragt werden wird, derselbe auch gar nicht existirt, wenn ein Schiffer das Schiff für eigene Rechnung hat bauen lassen.

(Präj. Samml. S. 113, Entsch. Bd. 15. S. 256.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. sprechen sich über diese Frage in folgender Art aus:

Die Dekl. v. 16. Juli 1785 sprach ganz allgemein von »Schiffen und Schiffsgefäßen«. Hierdurch sah sich schon im Jahre 1785 das Altmärkische Ober-Ger. zu Stendal zu der Anfrage veranlaßt: »ob die Verpfändung, welche in Ansehung der Schiffe nachgelassen, auch auf Schiffsmühlen und die großen Elbkähne Anwendung finde?« worauf es durch das R. des Großkanzlers v. Carmer vom 20. Dec. 1785 dahin beschieden wurde: »daß es in Ansehung der Elbkähne und Schiffsmühlen kein Bedenken habe, daß deren Verpfändung nach eben den Prinzipien, wie bei den Schiffen vorgeschrieben worden, angesehen und beurtheilt werden müsse.«

(Vergl. Acta des Geh. Staats-Archivs, betr. die Verpfändung beweglicher Sachen ohne Natural-Uebergabe, so wie der Schiffe und Schiffsgefäße. Vol. 1.)

In dem gedr. Entwurfe zum G.-Buche wurde die allgemeine Bezeichnung »Schiffe und Schiffsgefäße« aus der Dekl. v. 16. Juli 1785 wörtlich übernommen. Hiergegen wurde monirt:

»ad §. 209. Nr. 1. Uebrigens dürfte bei dieser Materie zwischen Seeschiffen und anderen, deren man sich nur auf Flüssen bedient, ein Unterschied zu machen sein. Die hier gegebenen Vorschriften passen eigentlich nur auf Verpfändung der Seeschiffe, bei anderen dürfte es darauf ankommen, ob sie zur Frachtschiffahrt bestimmt sind und gebraucht werden, oder nicht? Im letzteren Falle sind sie anderen beweglichen Sachen völlig gleich zu achten.« (cf. extractus mon. Vol. 79.)

Hierüber bemerkte Suarez in der rev. mon.:

»Dieser ganze Abschnitt ist nur von Seeschiffen und anderen Schiffsgebäuden, welche zur Frachtschiffahrt gebraucht werden, zu verstehen. Andere Kähne und Schiffe, z. B. Gondeln rc., müssen gleich den übrigen beweglichen Sachen durch Natural-Uebergabe verpfändet werden.«

Hieraus ergiebt sich unzweifelhaft, daß der §. 300. auch auf alle zur Frachtschiffahrt bestimmten Stromschiffe bezogen werden muß. (a. a. O. S. 415.)

Bornemann ist ebenfalls der Ansicht, daß der §. 300. nicht bloß von Seeschiffen handle, sondern daß die symbolische Verpfändung bei allen Arten von Frachtschiffen zulässig sei.

(System 2. Aug. Bd. 4. S. 205.)

Vergl. das R. v. 16. Dec. 1837 (Jahrb. Bd. 50. S. 522, Gräff Bd. 12. S. 209) in den Erg. zum §. 1. Nr. 3. der Subh.-V. v. 4. März 1834, zur A. G. O. I. 52. §§. 1., 4., 65.

2) Kann an einem Schiffsgefäße, bei dem eine symbolische Verpfändung zulässig ist, auch ein Faustpfandrecht durch körperliche Uebergabe bestellt werden?

Es verneinen die Motive zum bürgerl. Gesetzb.:

Ob nach der bestehenden Gesetzgebung solche Schiffe, bei welchen die symbolische Verpfändung stattfindet, auch durch körperliche Uebergabe verpfändet werden können? ist zweifelhaft. Nach dem §. 300. muß man dies annehmen, da es heißt: »Bei Seeschiffen rc. findet eine Verpfändung auch durch symbolische Uebergabe statt.« Die Materialien, sowohl zur Dekl. v. 16. Juli 1785, als zum A. L. R. erregen jedoch hiergegen erhebliche Bedenken, indem sich aus denselben nachweisen läßt, daß sowohl zur Zeit der Abfassung der Dekl., als des A. L. R., die Absicht dahin gegangen ist, die symbolische Verpfändung mit Ausschluß der körperlichen nachzulassen.

Es wird hierauf aus den Materialien[1]) nachgewiesen, daß nach dem Worte »auch« das Wort »nur« gestanden, welches aus Versehen demnächst weggelassen erscheine. (a. a. O. S. 418.)

Dagegen bejahen:

a) Der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Febr. 1849. (Entsch. Bd. 18. S. 315.)

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

b) Koch, unter Widerlegung der aus den Materialien geschöpften Gründe der verneinenden Meinung.

(Landr. Bd. 2. Anm. 87. zum §. 300. h. t.)

§§. 301. u. 303. R. v. 2. März 1835. Unter dem in den §§. 301. u. 303. gebrauchten Ausdrucke: »Justizkommissarius« ist, wie die §§. 73. sqq. A. G. O. III. 7. ergeben, ein solcher gemeint, der zugleich das Recht zur Notariatspraxis hat.

(Jahrb. Bd. 45. S. 179, Gräff Bd. 8. S. 10.)

Bornemann ist derselben Ansicht.

(System Bd. 4. S. 323, 2. Ausg. Bd. 4. S. 205.)

§. 302. 1) Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken zu diesem §.:

Die Worte: »Beilbrief, Kaufbrief oder Certifikat« geben zu dem Zweifel Veranlassung: ob das Certifikat und die Urkunden über den Erwerb des Schiffes auch den Beilbrief ersetzen können, oder dieser allemal beigebracht werden muß? Letzteres scheint nothwendig, da der Beilbrief die Urkunde über die Errichtung des Schiffes ist (A. L. R. II. 8. §. 1392.), und daher das Wort »oder« bloß auf den Kaufbrief sich zu beziehen. (a. a. O. S. 417.)

2) Ueber den Begriff des »Certifikats« vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 90. zum §. 302. h. t.

§§. 303. 304. Ist nach diesen §§. die Verpfändung auf beiden Urkunden, dem Beilbrief und dem Kaufbrief, bei Strafe der Nichtigkeit zu vermerken, oder genügt der Vermerk auf einer dieser Urkunden?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken, die Sache sei so gedacht, daß, wie bei Cessionen, beide Urkunden mit einander verbunden werden. (a. a. O. S. 417.)

Koch ist gleicher Ansicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 303. h. t.)

§. 307. Hat der Verlust der dem Gläubiger übergebenen Abschrift allein schon die Aufhebung des Pfandrechts zur Folge, wenngleich der Vermerk auf dem Originale stehen bleibt?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. verneinen gegen ein nicht veröffentlichtes R. v. 5. Juni 1826.

In Bezug auf den §. 307. hat das R. v. 5. Juni 1826 gegen die Ansicht des O. L. G. zu Königsberg angenommen, daß nur so lange, als beide in diesem §. bemerkten Erfordernisse vorhanden, das Pfandrecht bestehe, und daher der Verlust der dem Gläubiger übergebenen Abschrift allein schon das Pfandrecht aufhebe, wenngleich der Vermerk auf dem Originale stehen bleibe. Diese Ansicht erscheint jedoch nicht richtig. Es müssen hier dieselben Regeln wie bei Hyp. eintreten, so daß das Pfandrecht gegen Dritte so lange besteht, bis der Vermerk auf dem Originale gelöscht worden. Dies folgt theils daraus, daß bei Schiffsverpfändungen der Beilbrief und die Erwerbsurkunden die Stelle des bei Immobilien eingerichteten Hypothekenbuchs vertreten, theils aus der Vorschrift des §. 287., wonach bei einem verpfändeten, außer Kours gesetzten Schuldpapiere au porteur das Pfandrecht durch den Verlust des Dokuments nicht verloren geht, theils endlich aus dem §. 253., wonach selbst bei einem Faustpfande nur die Rückgabe des Pfandes, nicht jeder Verlust des Besitzes den Verlust des Pfandrechts nach sich zieht.

(a. a. O. S. 418.)

Derselben Ansicht ist Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 93. zum §. 307. h. t.)

§. 308. Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken zu diesem §.:

Dieser §. hat die Bedeutung, daß es bei der weiteren Verpfändung der gerichtlichen oder notariellen Form, welche bei der ersten Verpfändung nöthig ist, nicht bedarf.

In der rev. mon. heißt es: »die weitere Verpfändung bedarf nicht der, bei der ersten nothwendigen Formalitäten, sondern geschieht ebenso, wie die Verpfändung einer jeden anderen Aktivforderung.«

Bemerkenswerth ist das Marginal-Konklusum in der rev. mon.: »Bei Cessionen ist ad legitimationem erforderlich, daß sie gerichtlich geschieht.«

Eine diesem Beschlusse entsprechende Bestimmung ist nirgend aufgenommen. (a. a. O. S. 418.)

§. 314. Der §. 314. scheint mit den §§. 2411., 2412. A. L. R. II. 8. nicht im Einklange zu stehen.

Bornemann nimmt an, daß man das, was das Gesetz dem Schiffer zur Pflicht macht, von den Rechten, welche für den Bodmereigeber entstehen, unterscheiden müsse; von den Letzteren spreche der §. 314., von dem Ersteren handelten die §§. 2411., 2412.

(System Bd. 4. S. 324, 2. Ausg. Bd. 4. S. 205.)

Grävell (Kreditges. Bd. 4. S. 212) und Bielitz (Komm. Bd. 6. S. 754) führen aus, daß, da dem Schiffer überhaupt nie im Nothhafen Bodmerei aufzunehmen gestattet sei, und dieser ein gesetzliches Pfandrecht zustehe, der Vertrag nach §. 314. bestehen bleibe, auch ohne Beobachtung der Förmlichkeit, und daß der §. 2411. die Verpflichtung nur dem Schiffer auflege, damit kein Dritter inducirt werde.

Koch führt aus, daß der §. 2411. A. L. R. II. 8. dem §. 314. h. t. nicht widerspreche, da jener nur eine Instruktion des Schiffers sei, um möglichen Irrungen vorzubeugen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 97. zum §. 314. h. t.)

§. 318. Vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 68. Nr. 2.

§§. 329—366. Bei Kaufmannswaaren.

§§. 338—345. Hat bei jeder Art der symbolischen Uebergabe von Waaren, als Pfand, der Pfandgläubiger die Pflicht, Aufsicht über die Aufbewahrung und Bearbeitung der Waaren zu führen?

Der IV. Sen. des Ob. Trib. spricht sich in dem Erk. v. 5. Febr. 1856 dahin aus:

Nach §. 104. h. t. muß die Uebergabe des Pfandes in der Regel so geschehen, daß die Sache in die körperliche Gewahrsam des Gläubigers wirklich gelangt und darin verbleibt. Auch in den Fällen der zulässigen Konstituirung eines Pfandrechts durch bloße symbolische Uebergabe erwirbt nach §. 107. der Gläubiger dadurch die Befugniß, bei dem Richter auf Ueberlieferung der Sache in seine Naturalgewahrsam anzutragen, und sobald dies geschehen ist, gelangt nach §. 108. das Pfandrecht selbst zur Wirklichkeit. Aus diesen Vorschriften folgt, daß die dem Pfandinhaber im §. 121. aufgelegte Pflicht der Aufbewahrung die körperliche Uebergabe, oder doch wenigstens eine solche symbolische Uebergabe voraussetzt, wodurch der Pfandgläubiger zu einer ausschließlichen Einwirkung auf die Sache in den Stand gesetzt wird, z. B. die Aushändigung der Schlüssel im Falle des §. 338., und daß in dieser Materie die körperliche und symbolische Uebergabe keinesweges in ihren Wirkungen ganz gleich gestellt sind. — Der §. 340. h. t. bestimmt, daß, wenn die Beschaffenheit der Waare eine Bearbeitung derselben während der Verpfändungszeit nothwendig macht, der Pfandinhaber dafür sorgen muß, daß diese Bearbeitung in seiner eigenen, oder eines von ihm bestellten Aufsehers Gegenwart geschehe. Eine dergleichen Vorschrift ist für den Fall des §. 345. nicht gegeben, und es waltet auch in der That ein erheblicher Unterschied ob. Gelangt der Pfandgläubiger zu einer ausschließlichen Einwirkung auf die Waare, so kann man auch von ihm sorgsame Aufbewahrung verlangen. Bleibt aber die Waare in dem allgemeinen Speicher unter Verschluß des schon bestellten Aufsehers und geschieht weiter nichts, als daß die Papiere dem Pfandgläubiger behändigt werden, dann ist kein Grund vorhanden, den Eigenthümer von der ihm an sich obliegenden konservatorischen Sorge für die Sache, der Aufsicht über den Aufseher zu befreien, und solche dem Pfandgläubiger aufzulegen. Das Gesetz verknüpft also die Aufsichts- und Bearbeitungspflicht nicht von selbst mit der Existenz des durch symbolische Uebergabe der in Rede stehenden Art begründeten Pfandrechts.

(Entsch. Bd. 32. S. 361.)

§. 343. Dieser §. ist, wie auch aus dem korrespondirenden §. 34. des Ed. v. 16. Juli 1785 erhellt, dahin zu verstehen, daß die beiden Schlösser so angebracht werden müssen, daß der Verpfänder ohne Mitwissen des Pfandgläubigers zu dem betr. Raume nicht gelangen kann.

(Bornemann a. a. O. Bd. 4. S. 324, 2. Ausg. Bd. 4. S. 205.)

§§. 354—355. Finden die Vorschriften dieser §§. auf alle Waaren Anwendung, welche in den vorhergehenden §§. bezeichnet sind, gleichviel, ob sie sich in eigenem Verschlusse des Verpfänders, oder in fremden Privatspeichern oder in öffentlichen Niederlagen befinden, oder nur auf die in öffentlichen Niederlagen befindlichen Waaren?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken:

In den §§. 354. u. 355. folgen Bestimmungen über Waaren, welche ohne Zuziehung öffentlich bestellter Personen einem Dritten nicht zugemessen, zugewogen oder sonst nicht körperlich übereignet werden können. In den älteren Ausgaben des A. L. R. sind in dem §. 354. die »§§. 348. sqq.« in den neueren die »§§. 328. sqq.« citirt. Dieses letztere Citat ist jedenfalls unrichtig, da der §. 328., welcher von dem Eintrittsrechte der Mitrheder bei Schiffsverpfändungen handelt, hierher gar nicht paßt. In der entsprechenden Bestimmung der Dekl. vom Jahre 1785 §. 38. ist nach dem im Mylius befindlichen Abdrucke auf die §§. 20. sqq. Bezug genommen, allein auch dieses Citat ist falsch, denn der §. 20. der Dekl. bezieht sich gleichfalls auf die Schiffsverpfändungen, und die Materie von der Verpfändung der Waarenartikel beginnt erst mit dem §. 21. Wie das Original der Dekl. v. 16. Juli 1785 ergiebt, hat auf die §§. 30. sqq. (A. L. R. §§. 338. sqq.) Bezug genommen werden sollen. Hiernach finden die Vorschriften der §§. 354. u. 355. des A. L. R. auf alle Waaren Anwendung, welche in den vorhergehenden §§. bezeichnet sind, gleichviel, ob sie sich in eigenem Verschlusse des Verpfänders (§§. 338—344.), oder in fremden Privatspeichern (§§. 345—348.), oder in öffentlichen Niederlagen (§§. 349—353.) befinden. Andererseits stehen jedoch die Vorschriften der §§. 354—355. h. t. in der Dekl. vom J. 1785 unter dem Marginale:

»2) bei solchen Waaren, welche in öffentlichen Magazinen und Packhöfen niedergelegt sind«,

und in dem gedr. Entw. zum Gesetzb. §. 252. sind nur die §§. 248. sqq. (A. L. R. §§. 349. sqq.), welche sich auf die öffentlichen Niederlagen beziehen, citirt. Ebenso sind im §. 346. des umgearb. Entw. nur die §§. 341. sqq. (A. L. R. §§. 349. sqq.) allegirt. Im Manuskripte zum Gesetzb. ist die Zahl 341. sqq. wegen der überhaupt veränderten Paragraphenzahl in »§§. 348. sqq.« verändert, wobei offenbar ein Versehen zu Grunde liegt, indem die §§. 343. sqq. hätten angeführt werden müssen. Dies wird durch das Citat im §. 352. des A. L. R. bestätigt, wo auch der §. 348. allegirt ist, anstatt dessen es aber augenscheinlich §. 349. heißen muß. Hiernach würden die Vorschriften der §§. 354. u. 355. des A. L. R. nur auf Waaren, welche in öffentlichen Niederlagen gelagert sind, Anwendung finden. (a. a. O. S. 430.)

§§. 356. 357. Können diese §§. auch auf solches Holz bezogen werden, welches sich auf dem eigenen Holzhofe des Verpfänders befindet?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken:

Dies scheint nicht angenommen werden zu können, da in dem §. 357. von Holzwärtern oder Aufsehern die Rede ist, und hierunter nicht die eigenen Dienstleute des Verpfänders verstanden werden können; die Benachrichtigung an solche Personen, welche der Verpfänder jeden Augenblick zu entlassen befugt ist, würde nicht genügen. Befinden sich die Holzwaaren in eigener Gewahrsam des Verpfänders, so müssen vielmehr die §§. 338—344. zur Anwendung kommen. Ueberhaupt ist kein genügender Grund vorhanden, zwischen gelagerten Holzwaaren und anderen niedergelegten Waaren zu unterscheiden, und bei ersteren eine verschiedene Verpfändungsart vorzuschreiben. (a. a. O. S. 432, 433.)

§. 361. Statt: »§§. 354—370.« ist zu setzen: »§§. 356. bis 360.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 1.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken: es müsse statt: »§. 354.« heißen: »§. 356.« (Vergl. Dekl. v. 16. Juli 1785 §. 42., gedr. Entw. §. 259.) Erst im umgearb. Entw. §. 353. (A. L. R. §. 361.) seien die §§. 346—352. (A. L. R. §§. 354. bis 360.) citirt, und hiernach sei dies Citat in das Manuskript zum Allg. Gesetzb. und in das A. L. R. übergegangen. (a. a. O. S. 425.)

§. 363. Statt: »§. 342.« ist zu setzen: »§§. 342. sqq.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 365. 366. Diese §§. beziehen sich nicht bloß auf die der Bank symbolisch verpfändeten, in den §§. 329., 330. bezeichneten Waarenartikel, sondern auf Sachen aller Art, und lassen eine eigene Art der symbolischen Verpfändung bei den der Bank schon früher verpfändeten Sachen zu.

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb., welche dies annehmen, bemerken:

In der Dekl. vom J. 1785 §. 44. und in dem gedr. Entw. zum Gesetzb. §. 263. war die den §§. 356. u. 366. h. t. entsprechende Vorschrift auf Waaren beschränkt. Hierzu ward monirt:

»die Disposition dieses §. und des folgenden sollte auch auf Aktien, Pfandbriefe und Hypothekenverschreibungen, welche der Bank verpfändet worden, ausgedehnt werden«;

worauf der Geh. R. Goßler bemerkte: »wird davon abhängen, ob die Bank auch über dergleichen Verpfändungen besondere Empfangscheine ertheilt.«

(Vergl. extr. mon.)

In der rev. mon. heißt es dieserhalb: ad §§. 263., 264.: »Diese §§. können unbedenklich auch auf andere Sachen, welche bei der Bank verpfändet sind, extendirt werden.«

Demzufolge wurden die Worte: »und andere Sachen« im §. 365. des A. L. R. eingeschaltet.

Hieraus ergiebt sich, daß die Vorschriften der §§. 365. u. 366. sich nicht bloß auf die der Bank symbolisch verpfändeten §§. 329. u. 330. bezeichneten Waarenartikel, sondern auf Sachen aller Art beziehen, und daß sie eine eigene Art der symbolischen Verpfändung bei den der Bank schon früher verpfändeten Sachen zulassen. (a. a. O. S. 443.)

§§. 380—389. Bei Verpfändungen an die Bank.

§. 380. 1) Statt: »§. 323.« ist zu setzen: »§. 329.«
(R. v. 5. Mai 1834 u. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 8. S. 37 u. Bd. 12. S. 1.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken:

Das berichtigte Allegat: §§. 329. ff. ergiebt sich sowohl aus §§. 2. u. 50. der Dekl. vom J. 1785, als auch aus §. 278. des gedr. Entw. zum Gesetzb. Die in Rede stehenden Bestimmungen finden also nur auf solche Waarenartikel Anwendung, welche Gegenstand eines kaufmännischen Verkehrs sind, und entweder gar nicht, oder doch nicht ohne erhebliche Unbequemlichkeiten und Kosten dem Gläubiger körperlich übergeben werden können. Bei andern Gegenständen ist auch die Bank an die allgemeinen Vorschriften gebunden.
(a. a. O. S. 436.)

2) Wenn nach §. 380. bei der Verpfändung an die Bank die symbolische Uebergabe stattfinden, die übrigen in den §§. 336. ff. vorgeschriebenen Maßregeln aber nicht nothwendig sein sollen, so entsteht die Frage: was zu der symbolischen Uebergabe gehöre, und welche Maßregeln bei der Verpfändung an die Bank nicht nothwendig sind?

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken hierüber:

Im §. 54. der Dekl. vom J. 1785 heißt es:

Außer der Eintragung in das Pfandbuch muß zwar die Bank gleich anderen Privatpersonen sich den Besitz der verpfändeten Waare durch die in vorstehenden §§. beschriebene symbolische Uebergabe einräumen und solchergestalt das Pfandrecht selbst bestellen lassen x.; dahingegen sind in Ansehung der Bank keine besondern Maßregeln, das Publikum gegen Gefährdungen sicher zu stellen, nöthig x.

§. 55. Es gehört also bloß zu den von Seiten der Bank zu ihrer eigenen Sicherheit zu nehmenden Maßregeln, ob und wie dieselbe in den §§. 33—41.[1]) bestimmten Fällen sich gegen eine zu ihrem Nachtheile von dem Verpfänder zu bewirkende Uebertragung des Naturalbesitzes an einen Dritten versehen wolle x.

Wenn hiernach die »in vorstehenden §§. beschriebene symbolische Uebergabe« auch bei der Verpfändung an die Bank nöthig sein soll, so scheint:

a) Bei Waaren, welche sich im Verschlusse des Verpfänders befinden (§§. 338. u. 339. des A. L. R., welche im §. 55. der Dekl. überhaupt nicht citirt waren), die Uebergabe der Schlüssel an die Bank jedenfalls nothwendig. Dies ist auch bei dem Erlaß der Dekl. ausdrücklich angenommen (vergl. acta des Geh. Staats-Arch. Vol. I. Fol. 12. v. 17.). Andrerseits wird dies jedoch dadurch wieder zweifelhaft, daß im §. 384. des A. L. R. nicht wie in der Dekl. die §§. 340. sqq. h. t., sondern die §§. 336 sqq. h. t. citirt sind. Diese Abänderung ist schon bei der Abfassung des gedr. Entw. zum Gesetzb. vorgenommen, wo im §. 281. zwar nicht die entsprechenden Vorschriften der §§. 336. sqq. des A. L. R., aber der §. 196. (§. 274. h. t.) citirt ist. Im umgearb. Entw. und im Manuskripte zum Gesetzb. ist das Citat ursprünglich offen gelassen, nachher aber ist von Suarez eigenhändig »§§. 336. sqq.« eingeschaltet. Dieser Abänderung des Allegats ungeachtet wird indeß, da eben die symbolische Uebergabe auch bei der Verpfändung an die Bank geschehen soll, die Uebergabe der Schlüssel für nothwendig erachtet werden müssen. Dagegen ist die Bank an die Beachtung der §§. 340—344. h. t. nicht gebunden, wie dies bei dem Erlaß der Dekl. ausdrücklich bemerkt worden ist.

b) Bei Waaren in gemeinschaftlichen Privatspeichern (§§. 345—348. h. t.) oder in öffentlichen Niederlagen (§§. 349—353.) wird nur die Aushändigung des dem Verpfänder ausgestellten Empfangsscheins an die Bank nothwendig, die Benachrichtigung und Anweisung an den Aufseher des Speichers und an den Aufsichtsbeamten aber nicht erforderlich sein.

c) Bei Waaren, welche über den Scheffel oder über die Waage gehen (§§. 354., 355. h. t.), fällt die Benachrichtigung an die Beamten gleichfalls fort.

d) Bei Holzwaaren (§§. 356—359. h. t.) muß die Bezeichnung mit einer Marke auch Seitens der Bank geschehen, und ebenso müssen derselben die im §. 358. h. t. bezeichneten Urkunden übergeben werden; dagegen ist die Benachrichtigung, welche die §§. 357. u. 359. vorschreiben, nicht nothwendig.

e) Ebenso muß bei den in der Zurichtung befindlichen Waaren (§. 360. h. t.) der Empfangschein an die Bank ausgehändigt werden. Die Benachrichtigung an die Inhaber ist aber nicht nothwendig.

f) Hinsichtlich der ausgehenden und eingehenden Waaren endlich (§§. 367. bis 376. h. t.) ist die Bank nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 385. h. t. (statt §§. 366. sqq. muß es hier §§. 367. sqq. heißen) an dieselben Vorschriften wie Privatpersonen gebunden. (a. a. O. S. 436.)

§. 383. Diese Vorschrift fand sich in der Dekl., so wie in dem gedr. Entw. zum Gesetzb. noch nicht. Es wurde monirt:

»Es wird anheimgestellt, ob diese Erkundigung (bei der Bank) gegen alle Gefährde sichere? da die Verpfändung bei einem entfernten Banko-Komptoir geschehen, und doch Niemand zugemuthet werden kann, bei allen Banko-Komptoirs Erkundigung einzuziehen.«

Hierauf bemerkte Goßler, daß dergleichen Verpfändungen mehrentheils nur bei dem Banko-Komptoir der Provinz, wo entweder der Verpfänder wohnt, oder die verpfändeten Waaren sich befinden, und Suarez, daß die Anfrage nur da nöthig sei, wo der Schuldner wohnt, und da, wo die Waare sich befinde; bei einem dritten Komptoir könne eine solche Verpfändung nicht geschehen.

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. theilen dies über die Entstehung des §. 380. mit dem Bemerken mit, daß aus dem Ausdrucke: »da, wo der Schuldner wohnt, und da, wo die Waare sich befindet«, nicht gefolgert werden könne, daß die Anfrage nur am Wohnorte des Schuldners, und am Aufbewahrungsorte der Waare geschehen solle, weil in der Bemerkung von Goßler von der Provinz die Rede ist, und der in Folge des obigen Moniti eingeschaltete §. 383. gleichfalls von einer andern Provinz, als wo der Eigenthümer wohnt, redet.
(a. a. O. S. 438, 439.)

§. 385. Statt: »§. 366.« ist zu setzen: »§. 367.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§. 387. Koch ist der Ansicht, daß die §§. 276. ff. wegen Entschädigung des Dritten, der noch nicht zum Besitz hat kommen können und deshalb das Pfandrecht gelten lassen muß, gegen die Bank nicht Anwendung finde, weil es eigene Schuld des Dritten sei, daß er die Erkundigung unterlassen, und nimmt daher an, daß das Allegat im §. 387., auf einem Redaktionsfehler beruhend, in »§. 275.« zu ändern.
(Landr. Bd. 2. Anm. 31. zum §. 387. h. t., Lehrb. des Preuß. Privatr. §. 386. Anm.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. bemerken gleichfalls, daß das in diesem §. befindliche Citat »§§. 275. sqq.« unrichtig sei, und »§. 275.« lauten müsse. (a. a. O. S. 437.)

§§. 390—535. Hypothekenrechte.

Suarez bemerkt in den Schlußvorträgen zu diesen §§., daß dieselben in der Hyp. O. vom J. 1783, in der Konk. O. und in der jetzt wirklich subsistirenden Verfassung des Hypothekenwesens begründet seien, von welchem sie keine Abweichungen, sondern nur einige nähere Bestimmungen enthielten. (Jahrb. Bd. 41. S. 60.)

§§. 390—398. Gegenstände derselben.

§§. 390. 391. Ueber die Erwerbung und Ausübung der Realrechte, insbesondere der Hypothekenrechte, bei noch nicht vollständig eingerichtetem Hypothekenwesen vergl. die V. v. 16. Juni 1820 (G. S. S. 106) nebst Dekl. v. 28. Juli 1838 (G. S. S. 428) in den Erg. zur Hyp. O. Tit. 4. §§. 1. sqq.

§§. 392—394. Diese §§. sind Wiederholungen der §§. 6., 8. u. 12. Tit. 1. der Hyp. O.

Vergl. die Erg. dazu.

§. 395. 1) R. v. 24. Aug. 1838. Die zu einem Rittergute gehörigen Dienste und die durch die Ablösung an deren Stelle getretenen Renten und Kapitalien eignen sich zwar nicht zur Anlegung eines besondern Hypothekenfoliums. Wenn jedoch bei der Subhastation des Rittergutes die Dienste, Renten oder Kapitalien vorbehalten worden, so wird für das erstere ein neues Folium angelegt; das alte Folium bleibt unter verändertem Titel für letztere so lange bestehen, als noch unbefriedigte Gläubiger vorhanden sind, und außerdem wird auf den verpflichteten bäuerlichen Grundstücken subinskribirt, daß die Dienste resp. die dafür stipulirten Renten bei der Subhastation vorbehalten, und zu einem besonderen Folium gehören.
(Jahrb. Bd. 52. S. 217, Gräff Bd. 13. S. 53.)

2) R. v. 4. März 1837. Die Verpfändung eines Wiederkaufsrechts und deren Eintragung in das Hypothekenbuch ist unzulässig, selbst bei hinzutretender Genehmigung des Eigenthümers des dem Wiederkaufe unterworfenen Grundstückes. Nicht jedes dingliche Recht, selbst wenn es, wie das vorliegende, cessionsfähig ist, kann verpfändet werden; dies ergiebt der Zweck des Pfandes, welcher in dessen Veräußerung besteht, für den Fall, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, nicht befriedigt wird; ein Wiederkaufsrecht

---

[1]) §§. 340—360. h. t.

läßt sich aber bei dem Mangel eines absoluten Geldwerthes weder öffentlich verkaufen, noch einziehen, vielmehr würde der Gegenstand des Pfandrechts nur die Willkür des Vorbesitzers sein, das von ihm verkaufte Grundstück wieder zurückzukaufen, ein Gegenstand, der nicht geeignet ist, irgend eine Sicherheit zu gewähren.

(Jahrb. Bd. 49. S. 247, Gräff Bd. 10. S. 35.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 41. zum §. 395. h. t.

3) Das Recht auf Dienste, Abgaben und Leistungen, welches früher einem Rittergute zugestanden, geht mit dessen Parzellirung nicht verloren, auch dann nicht, wenn solches keiner Parzelle, aus welcher das Gut bestanden, mehr anklebt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. u. 28. März 1857.

(Entsch. Bd. 36. S. 181, Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 10. S. 271.)

4) Ueber die Eintragungsfähigkeit einer Mühlengerechtigkeit, d. i. des Rechts auf einem öffentlichen Strome eine Mühle zu haben, vergl. das R. v. 3. Sept. 1842 in den Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 6. bis 9. Zus. 2. sub e.

5) Vergl. die Erg. zur Hyp. O. Tit. I. §. 14.

§§. 399—410. Titel zur Erlangung eines Hypothekenrechts.

§. 399. R. v. 5. Nov. 1819. Auch aus den bei den Gerichten der Rheinprovinz ergangenen Erkenntnissen kann die Eintragung der zuerkannten Forderung in das Hypothekenbuch erfolgen.

(Jahrb. Bd. 14. S. 246, Gräff Bd. 1. S. 95—100.)

§. 400. 1) Eine Forderung, welcher nach ihrer Beschaffenheit ein allgemeines Pfandrecht zusteht, muß auf Antrag des Gläubigers ohne Konsens des Schuldners eingetragen werden. Hierin ist durch den §. 8. des G. v. 24. Mai 1853 zur Ergänzung der Hyp. O., wodurch die vertragsmäßige General-Hypothek abgeschafft wird, nichts geändert. Die Eintragung setzt jedoch voraus, daß die Forderung selbst, ihrem Grunde und Betrage nach, durch Anerkenntniß des Schuldners in glaubhafter Form, oder durch rechtskräftiges Erkenntniß feststeht (Hyp. O. Tit. 2. §. 184.). Aber der Gläubiger kann schon vorher, auf Grund beigebrachter Bescheinigung, die protestative Eintragung fordern (§. 418. h. t.).

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 42. zum §. 400. h. t.)

In diesem Sinne hat sich auch das Justizmin. in dem R. v. 28. Juni 1833 ausgesprochen.

Wenn angenommen wird, daß dem Anspruche der Kläger nach §. 219. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. das Vorrecht der 5. Klasse zusteht, so ist demselben auch ein gesetzlicher Titel zum Pfandrechte beigelegt und können die Beschwerdeführer auch ohne Konsens des Beklagten die Eintragung ihrer Forderung auf die Immobilien desselben verlangen (§. 400. Tit. 20. Thl. I. A. L. R.).

Dies setzt allerdings voraus, daß die Forderung durch Agnition oder rechtskräftig festgestellt ist; allein nach der Hyp. O. §. 291. und A. L. R. I. 20. §§. 418., 419. kann der Inhaber von Realansprüchen, welche durch an und für sich unverdächtige Urkunden oder auf andere Weise einigermaßen bescheinigt worden, verlangen, daß wenigstens einstweilen bis zur gänzlichen Feststellung der Forderung eine Protestation (pro conservando loco) eingetragen werde. Als eine solche Bescheinigung ist offenbar ein Urtheil zu erachten, durch welches dem Gläubiger eine Forderung zuerkannt wird, welche ihrer Natur nach ein Realanspruch ist ꝛc. (Min. Akten I. 2059., A. L. R. Nr. 21. Fol. 157.)

2) R. v. 15. April 1835. Ein gesetzlicher Pfandrechtstitel — auch des Fiskus — wirkt nicht gegen einen Dritten. Wenn daher der Schuldner zur Zeit der nachgesuchten Eintragung nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks ist, findet keine Eintragung mehr statt.

(Jahrb. Bd. 45. S. 500, Gräff Bd. 8. S. 38.)

Vergl. Hyp. O. Tit 2. §. 187.

§. 403. Dieser §. ist durch den §. 8. des G. v. 24. Mai 1853 (G. S. S. 521) beseitigt, welcher bestimmt, daß es nicht erforderlich sei, daß in den Schuld- und Verpfändungsurkunden außer der Verpfändungserklärung eine besondere Einwilligung zur Einschreibung des Pfandrechts in das Hypothekenbuch (Intabulationsklausel) aufgenommen werde[1]).

Vergl. in den Erg. zur Hyp. O.

§§. 404. 405. R. v. 12. Juli 1833. Bei Eintragung eines gesetzlichen oder vertragsmäßigen Titels zum Pfandrecht, wenn dieselbe nach dem Tode des Schuldners gegen seine Erben gesucht wird, kommt es nicht allein auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß an, sondern zugleich auf die Art und Wnise des Ueberganges auf die Erben, und es folgt hieraus, daß die Anerkennung und Eintragungsbewilligung Seitens der Erben den Hypothekenrichter noch nicht berechtigt, die Eintragung ohne Weiteres vorzunehmen, vielmehr muß für sie erst der Besitztitel berichtigt werden, ehe ihre desfallsige Erklärung genügt. (Jahrb. Bd. 42. S. 177, Gräff Bd. 6. S. 51.)

Koch bestreitet die Richtigkeit der in diesem R. aufgestellten Ansicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 45. zum §. 405. h. t.)

§§ 405—408. Auch in Ansehung derjenigen Hypothekentitel, welche gegen den Eigenthümer des zur Hypothek stehenden Grundstücks vor der auf denselben erfolgten Besitztitelberichtigung erworben und zur Eintragung angemeldet sind, entscheidet die Reihefolge der Anmeldung über die bei der demnächst nach erfolgter Besitztitelberichtigung vorzunehmenden Eintragung der Hypotheken denselben gebührende Priorität, jedoch mit Vorbehalt des im §. 408. A. L. R. I. 20. angeordneten, im Pl. Beschl. v. 4. Nov. 1850[1]) näher definirten Vorzugsrechtes gewisser, von dem früheren Eigenthümer konstituirter Hypotheken.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Jan. 1854. (Präj. Nr. 2535.)

Die entgegengesetzte Ansicht widerstreitet dem Pl. Beschl. v. 4. Nov. 1850, und namentlich dessen Gründen. Es handelte sich damals von der Auslegung des §. 408., der ein gewisses Vorzugsrecht für von dem früheren Eigenthümer konstituirt, und bei der Besitztitelberichtigung auf den neuen Besitzer eingetragene Hypotheken, gegenüber denjenigen bestimmt, welche dieser neue Besitzer vor der Besitztitelberichtigung anderen Personen konstituirt hat, und die, falls vorzeitig eine Eintragung erfolgt war, gemäß §. 16. u. §. 405. h. t. durch die Besitztitelberichtigung von selbst Wirksamkeit erlangen. Der Pl. Beschl. beschränkt diesen Vorzug auf solche Rechte, welche sich der Veräußernde bei der Veräußerung des Grundstücks vertragsmäßig vorbehalten hat, und läßt im Uebrigen die Priorität der von dem neuen Erwerber konstituirten, vor der Besitztitelberichtigung angemeldeten Hypotheken gelten. — Diese im Gegensatz zu dem in der Entsch. Bd. 7. S. 220 ff. ausgesprochenen Grundsatze adoptirte Auslegung des §. 408. beruht eben auf einer Widerlegung der damals aus den §§. 404., 405. und der Regel, daß Hypothekenrechte nur durch die wirkliche Eintragung erworben werden, hergeleiteten Folgerungen. Bei diesen Folgerungen wird, wie in der Ausführung des Pl. Beschl. dargelegt worden, der auch in den Entsch. Bd. 9. S. 289 näher entwickelte doppelte Sinn des Wortes »Hypothekenbestellung« verkannt, welches sowohl für die erst durch die Eintragung perfekt gewordene Erwerbung des Hypothekenrechts, als für die Konstituirung des Titels, die Pfandbestellung des Eigenthümers, gebraucht wird. In dem ersten Sinne kann natürlich von einer Hypothekenbestellung nicht die Rede sein, so lange der Besitztitel für den Konstituenten noch nicht eingetragen ist, und dies sagt der §. 405. In dem andern Sinne dagegen erscheint die von dem nicht eingetragenen Eigenthümer geschehene Konstituirung des Titels zum Pfandrecht vollkommen rechtsgültig, da sie ein Ausfluß der Befugnisse ist, welche in dem ohne Rücksicht auf die noch fehlende Besitztitelberichtigung erworbenen Eigenthum liegen. Nichts hindert den Hypothekengläubiger, den Akt der Anmeldung einer dergestalt rite konstituirten Hypothek vor der erfolgten Besitztitelberichtigung vorzunehmen. — Der §. 131. Hyp. O. Tit. 2. sagt nur, daß, so lange der Besitztitel nicht berichtigt ist, keine Eintragung stattfindet, und ein Mehreres ist auch aus dem, übrigens auf den Fall, daß der Besitzer das Dokument überreicht, allein bezüglichen §. 56. nicht zu entnehmen. Damit ist sehr wohl vereinbar, daß die rite, wenn auch von der Besitztitelberichtigung erfolgten Anmeldungen zu den Grundakten zurückbehalten worden, damit die Eintragung bei der Besitztitelberichtigung erfolge. Für die Priorität dieser Eintragungen giebt es aber, wie die Plenarausführung aus der Sache selbst, den Motiven und auch aus §. 407.

---

[1]) Dadurch erledigt sich auch das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1859. v. 4. Mai 1847: »Die Vorschriften der §§. 402. u. 403., wonach bei vertragsmäßiger Hypothekenbestellung, außer der Einräumung der Hypothek, auch noch eine besondere und ausdrückliche Einwilligung des Schuldners in die Eintragung — die s. g. Intabulationsklausel — erfordert wird, bezieht sich nur auf die über Darlehns- und andere verwandte Kontrakte bestellten Hypotheken, nicht aber auf die von dem Käufer wegen gestundeter Kaufgelder mit dem erkauften Grundstücke dem Verkäufer bestellte Hypothek; vielmehr ist der Letztere die Eintragung des ihm beigelegten desfallsigen Realrechtes sofort, ohne besonderen Intabulationskonsens des Käufers, zu suchen berechtigt.«

(Präj. Samml. S. 113, Entsch. Bd. 14. S. 459, Rechtsf. Bd. 1. S. 131 Nr. 62.)

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 408. h. t.

entwickelt, kein anderes Prinzip, als das nach §. 30. Tit. 2. der Hyp. O. allgemein gültige der Anmeldung, das die Regel bildet, und daher selbst den vom vorigen Besitzer konstituirten Hypotheken gegenüber mit der einzigen im §. 408. aus speziellen Gründen angeordneten Ausnahme seine Wirkung behauptet. Es ist daher kein gesetzlicher Grund dafür vorhanden von jener Anmeldung zu abstrahiren und die Rangordnung beider Forderungen gleich festzustellen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 35, Entsch. Bd. 28. S. 97, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 205 Nr. 48.)

§. 406. 1) Die im §. 406. angeordnete Konvalescenz der ungültig bestellten Hypothek wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Besitztitel des Bestellers der Hypothek nicht besonders im Hypothekenbuche, vielmehr der Besitztitel auf seinen Nachfolger eingetragen ist, und des Bestellers, als Eigenthümers, nur historisch im Hypothekenbuche Erwähnung geschieht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1856.

Zwar scheint der Wortlaut des §. 406. für die Bejahung der Frage zu sprechen; doch kann dessen wahre Bedeutung nicht dahin verstanden werden, daß die Besitztitelberichtigung die durchaus nothwendige Bedingung der Konvalescenz sei. Der §. 406. geht von der Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztitels aus, mit deren Aufstellung, durch Zulassung der nur historischen Vermerkung des Eigenthums der Zwischenbesitzer, das Recht des Hypothekengläubigers aus §. 406. nicht verloren gehen kann. Der Grund der Konvalescenz ist der, daß dem Besteller der Hypothek die mangelnde Dispositionsbefugniß durch ein späteres Ereigniß geworden ist, und daß so die anfangs unkräftige Hypothekbestellung nunmehr kraft des Gesetzes wirksam wird, weil der Hypothekbesteller inzwischen das früher nicht vorhandene Eigenthum erlangt hat. Der historische Vermerk hinsichtlich des Zwischeneigenthümers ersetzt auch die Besitztitelberichtigung auf diesen selbst, da auch ein späterer Eigenthümer seine Rechte von dem herleitet, welcher die Hypothek bestellt hat und nachher wirklicher Eigenthümer geworden ist, mithin nicht ohne bösen Glauben, oder wider besseres Wissen den Eintritt der Konvalescenz und die Wirksamkeit der Hypothek in Abrede stellen kann. Die Abweichungen in der formellen Behandlung des Hypothekenwesens können materielle Rechte nicht aufheben. Selbst der etwanige Mangel des historischen Vermerks kann dem, welcher sein Eigenthum von dem Verpfänder herleitet, nicht zu statten kommen, da er bei Einsicht des Hypothekenbuchs sich überzeugen mußte, daß der, von dem er sein Recht herleitet, die betreffende Hypothek bestellt hatte. (Entsch. Bd. 33. S. 375.)

2) Vergl. §. 13. des G. v. 24. Mai 1853 zur Erg. der Hyp. O. (G. S. S. 521) in den Erg. zur Hyp. O.

§§. 407. u. 408. 1) R. v. 25. Juni 1822, betr. die Auslegung des §. 407.

Der Gesetzgeber hat in dem §. 407. keineswegs (wie von einer Seite her vorausgesetzt worden war[1])) die Begriffe von hypothekarischer Eintragung und bloßer Anmeldung zur Intabulation verwechselt, auch steht dieser §. keineswegs im Widerspruche mit den vorhergehenden und nachfolgenden §§. Denn wenn diese disponiren, theils, daß nur derjenige eine gültige Hypothek einräumen könne, für welchen das Eigenthum der Sache im Hypothekenbuche vermerkt ist (§. 405.), theils, daß der Richter, der diese Vorschrift nicht beachtet, für allen aus einer ordnungswidrigen Eintragung entstandenen Schaden hafte (§. 409.), so folgt hieraus noch nicht, daß der Gesetzgeber nicht auch den Fall habe vorsehen wollen, wie diejenigen Hypotheken aufeinander folgen sollen, die des Verbots ungeachtet eingetragen sind, und dies ist in den §§. 407. u. 408. geschehen, um auch zwischen mehreren solchen Gläubigern, deren Forderungen vor Berichtigung des Besitztitels eingetragen sind, den Prioritätsstreit zu vermeiden.

(Jahrb. Bd. 19. S. 166, Gräff Bd. 1. S. 100.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken, wie der §. 407. nach den Materialien zum A. L. R. darin seine Erklärung finde, daß einige Monenten annahmen: wenn die zu Unrecht eingetragenen Hypotheken durch die nachträgliche Intabulation des Besitztitels erst Wirksamkeit erlangten, so müßten sie dann alle erst von diesem Augenblicke an gleiche Rechte haben. Dies widerlegte Suarez damit, daß die Wirkung der Gültigkeit vollkommen sei, das Vorrecht daher, wie bei rechtsgültig eingetragenen Posten, nach der Reihe der Eintragung sich bestimme. (Gesetzrev. Pens. III. S. 160—161.)

§. 408. 1) R. v. 23. April 1833. Wenn auch sonst die Befugnisse der eingetragenen Realberechtigten nach dem Zeitpunkte der Eintragung unter einander rangiren, so findet von diesem Grundsatze doch eine Ausnahme statt, wenn für denjenigen eine Eintragung erfolgt, welcher zur Zeit der Eintragung der von einem nicht intabulirten Besitzer herrührenden Realberechtigungen als Eigenthümer des Gutes im Hypothekenbuche vermerkt war. Es kann nämlich der Käufer eines Gutes nicht mehr Rechte erwerben, als ihm übertragen worden; er muß sich daher gefallen lassen, daß der Verkäufer die Bedingungen oder Realstipulationen im Hypothekenbuche eintragen läßt, welche er sich bei der Veräußerung vorbehalten hat, und es müssen diese allen Stipulationen und Eintragungen vorgehen, welche von einem spätern Besitzer herrühren, dessen Titel noch nicht berichtigt worden ist. Aus dieser Ansicht ist auch die Bestimmung des A. L. R. II. 14. §§. 52., 54., 55. mit Konsequenz hervorgegangen. Der Glaube des Hypothekenbuches schützt nur denjenigen, der seine Rechte von einem eingetragenen Besitzer ableitet.

(Jahrb. Bd. 41. S. 547, Gräff Bd. 6. S. 54.)

2) Der Vorzug (die Priorität) eines dinglichen Rechts, welches bei Berichtigung des Besitztitels für denjenigen, welcher als Eigenthümer der Sache im Hypothekenbuche vermerkt war, mit eingetragen worden, vor den von dem Erwerber der Sache vor der Besitztitelberichtigung eingeräumten und vor oder bei der letzteren eingetragenen Hypothekenrechten beschränkt sich auf solche Forderungen, die sich auf das Veräußerungsgeschäft beziehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 4. Nov. 1850[1]). (Präj. Nr. 2244.)

Die Frage berührt nicht die Rechte solcher Gläubiger, welche bona fide gegen den eingetragenen Besitzer Hypothekenrechte erworben haben, wenn dieser auch nicht der wahre Eigenthümer gewesen ist, sondern es handelt sich vielmehr um die Rechte des eingetragenen Besitzers gegen die Gläubiger des neuen Erwerbers, denen von diesem dergl. Rechte vor Umschreibung des Besitztitels eingeräumt worden sind. Es tritt dabei der Zwiespalt hervor, der sich durch das Preuß. Hypothekenwesen zieht, daß nämlich die Erwerbung des Hypothekenrechts nur durch Eintragung in die öffentlichen Grundbücher möglich ist (§. 411. h. t.), während die Erwerbung des Eigenthums von der zur Hypothek dienenden Sache ganz außerhalb der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs durch schriftlichen Vertrag und Uebergabe vor sich gehen kann (§. 1. A. L. R. I. 10.). Aus diesem System entsprang trotz der später sogar aufgehobenen Zwangspflicht der Besitztitelberichtigung, bei der Möglichkeit einer längere Zeit fortdauernden Verschiedenheit des eingetragenen, von dem wahren Besitzer die gesetzliche Fiktion, wonach Ersterer beim Hypothekenbuche Dritten gegenüber als der wahre Eigenthümer behandelt wird (A. L. R. I. 10. §. 7. u. §. 410. h. t.). Inzwischen kann der wirkliche Besitzer, da er mit dem Besitze die vollständige Verfügung über die Sache hat, Dritten sowohl das Eigenthum, als dingliche Rechte an derselben einräumen, nur mit der aus der vorerwähnten Vorschrift hervorgehenden Beschränkung, daß die wirkliche Erwerbung von ihm bestellter Hypothekenrechte erst durch die Eintragung seines Besitztitels möglich ist. Das Verfahren des Hypothekenrichters ist in der Hyp. O. Tit. 2. §§. 56. u. 151. demgemäß geregelt, und dem entsprechen die §§. 404., 405. h. t., welche mit den §§. 407. u. 408. in Verbindung stehen. Dessenungeachtet sollte eine solche

---

[1]) Dies hatte unter Andern Strombeck in den Erg. zur Hyp. O. (2. Ausg.) S. 4 behauptet, Grävell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 273) dagegen bestritten.

[1]) Der III. Sen. des Ob. Trib. hatte unterm 14. Jan. 1842 (Präj. Nr. 1094.) folgenden Rechtssatz angenommen: »Wenn bei der Berichtigung des Besitztitels für den neuen Erwerber eines Grundstücks zugleich für den bisherigen, als Eigenthümer der Sache im Hypothekenbuche vermerkten Besitzer ein dingl. Recht mit eingetragen wird, so hat letzteres vor den von dem neuen Erwerber vor der Eintragung seines Besitztitels bestellten Hypotheken auch dann den Vorzug, wenn der bisherige Besitzer den Titel zu dem dingl. Rechte nicht in dem Vertrage wegen Ueberlassung des Grundstücks, sondern erst später, sei es durch Einräumung Seitens des neuen Erwerbers, oder durch richterl. Verfügung, erworben hat. (Präj. Samml. S. 113, Entsch. Bd. 7. S. 220.) — Dagegen war der IV. Sen. der Ansicht, »daß der §. 408. sich nur auf solche Forderungen beziehe, wegen welcher der früher eingetragene Besitzer bei der Veräußerung des Grundstücks sich ausdrücklich ein Unterpfand an demselben vorbehalten habe«, — eine Meinung, die auch schon Koch (Beurtheil. der Entsch. S. 500, Lehrb. des Preuß. Priv. R. Bd. 1. §. 374) vertheidigt und gegen das Präj. Nr. 1094. geltend gemacht hatte, — und es wurde deshalb dem Plenum die Frage vorgelegt: »ob in dem Falle, wenn bei der Berichtigung des Besitztitels für den neuen Erwerber eines Grundstücks zugleich für den eingetragenen Vorbesitzer ein dingliches Recht mit eingetragen wird, dieser das ihm im §. 408. eingeräumte Vorrecht vor den von dem neuen Erwerber vor der Besitztitelberichtigung eingeräumten Hypotheken unbedingt und unter allen Umständen in Anspruch nehmen kann, oder ob dasselbe nur auf solche dingliche Rechte beschränkt ist, welche er sich bei der Veräußerung des Grundstücks vertragsmäßig vorbehalten hat? (Entsch. Bd. 20. S. 28.) Diese Frage ist durch den Pl. Beschl. für die letztere Alternative entschieden.

Einräumung nicht ganz erfolglos sein, indem der §. 406. die §§. 16. u. 17. auf den Fall für anwendbar erklärt, wenn nach erfolgter Hypothekbestellung der Schuldner als Eigenthümer der Sache wirklich eingetragen wird. Nach dieser Vorschrift erlangt nämlich die Verpfändung von selbst ihre Wirksamkeit, wenn der Verpfänder das Recht, über die Sache zu verfügen, erst nach geschehener Verpfändung erhält. Es tritt nur die Beschränkung ein, daß, wenn in der Zwischenzeit einem Dritten ein an sich gültiges Recht auf oder zu der Sache von dem, welcher darüber zu schalten befugt war, eingeräumt worden, der Pfandgläubiger gegen diesen Dritten sich seines dinglichen Rechts nicht bedienen kann. — Nach diesen Grundsätzen hat denn auch der Gesetzgeber in den folgenden §§. die Verhältnisse geordnet, wenn der Hypothekenrichter den in der Hyp. O. ertheilten Anweisungen zuwider und gegen die §§. 404., 405. h. t. dennoch die vor Berichtigung des Besitztitels bestellten und angemeldeten Hypotheken eingetragen hat. Zuvörderst soll die Priorität nach §. 407. unter den vorzeitig eingetragenen Hypotheken nach der Zeit der geschehenen Eintragung regulirt werden, — die sich dann wieder nach der Zeit der Anmeldung richtete (Hyp. O. Tit. 2. §. 30., §§. 500. ff. h. t.). Bei Abfassung des A. L. R. waren hiergegen Zweifel entstanden und die entgegengesetzte Meinung geltend gemacht. Der Revisor im Pens. III. sagt hierüber: »Ich bemerke, daß der §. 407. nach den Materialien zum A. L. R. darin seine Erklärung findet, daß einige Monenten annahmen, wenn die zu Unrecht eingetragenen Hypotheken durch nachträgliche Intabulation erst Wirksamkeit erlangten, so müßten sie dann alle von diesem Augenblicke an gleiche Rechte haben. Dies widerlegt Suarez damit, daß die Wirkung der Gültigkeit vollkommen sei, das Vorrecht daher, wie bei rechtsgültig eingetragenen Posten nach der Reihe der Eintragung sich bestimme.« (Vergl. die Anm. in den Entsch. Bd. 7. S. 221.) — Der Grund, weshalb hier die Priorität der Eintragung, d. h. der Anmeldung, für entscheidend erklärt wird, ist eben darin zu suchen, daß die Anmeldung der Hypothek vor der Besitztitelberichtigung an sich gestattet sein muß, und daß also die Behörde die Anmeldung zurückbehalten darf, um, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, die Verfügung der Eintragung zu erlassen. Doch konnte ein solcher Gläubiger des uneingetragenen Besitzers keine Rechte erwerben, welche den Rechten dessen entgegenstehen, der zur Zeit ihrer Entstehung noch uneingetragener Besitzer und über die Sache in soweit zu schalten befugt war, daß er seine auf das Veräußerungsgeschäft bezüglichen Forderungen sich durch vorbehaltene Hypothek sicherte. Demgemäß ist die Bestimmung des §. 408. getroffen und es entsteht nur noch die Frage, ob die Kontrahenten des Veräußerungsvertrages bis zur Berichtigung des Besitztitels des Erwerbers noch ganz freie Verfügungsbefugniß über die dem bisherigen eingetragenen Besitzer einzuräumenden Hypothekenrechte haben, obwohl bereits von dem uneingetragenen Besitznachfolger und wahren Eigenthümer Hypotheken bestellt und angemeldet worden sind? Es wird Behufs Bejahung dieser Frage behauptet, daß der Veräußerungsvertrag für die Gläubiger des neuen Erwerbers eine res inter alios gesta sei, aus der sie keine Rechte herleiten könnten, und daß durch Bestellung und Anmeldung der vom Erwerber bestellten Hypotheken nur ein persönliches Recht, ein Titel zum Pfandrechte entstehe, dessen Verwirklichung von einer willkührlichen Handlung des Schuldners, — der Besitztitelberichtigung, abhänge. Bis diese geschehen, könne der Ueberlassungsvertrag willkührlich von den Kontrahenten geändert oder ganz aufgehoben werden. Der Vertrag sei in seinen wesentlichen Theilen vor Berichtigung des Besitztitels noch nicht erfüllt (§. 125. A. L. R. I. 11.), und sei daher die Wiederaufhebung desselben nicht als neuer Vertrag nach §. 390. A. L. R. I. 5. zu erachten; aber selbst wenn dies der Fall wäre, könnten die Gläubiger dem neuen Vertrage nicht widersprechen. Sei aber die Aufhebung des ganzen Vertrages in der Macht der Kontrahenten, so könnten sie um so mehr beliebige Dispositionen und Modifikationen verabreden. Es liege daher kein Grund zu einer Beschränkung vor. — Dieser Argumentation steht jedoch die vorhin aufgestellte entgegen, daß die von dem neuen und wahren Eigenthümer bestellten und bei der Hypothekenbehörde präsentirten Hypotheken vollkommen rechtsgültige Titel zum Pfandrechte enthalten, und daß sie bei Berichtigung des Besitztitels des Schuldners eingetragen werden müssen. In Beziehung auf solche Rechte ist der vorige Eigenthümer der Sache eine dritte Person geworden, und Bewilligungen von neuen Hypotheken für diesen von Seiten des Erwerbers gehen lediglich von dem Letzteren aus, und haben keine andere Natur und kein anderes Recht, als die von diesem bereits früher anderen Dritten bestellten. Sie müssen denselben daher auch wegen der späteren Anmeldung in der Priorität nachstehen. Es beschränkt sich daher die freie Verfügungsbefugniß der Kontrahenten auf die aus dem Veräußerungsvertrage herrührenden Hypothekenrechte, welche der Verfügungsbefugniß des früheren Besitzers lediglich unterworfen sind, und worüber er daher auch mit dem neuen Erwerber abändernde Bestimmungen innerhalb solcher Grenzen verabreden kann, daß sie den von dem Letzteren herrührenden, zur Eintragung präsentirten Hypothekbestellungen nicht entgegentreten und dessen Gläubigern nicht nachtheilig werden. Solcher Einschränkung ist mithin auch das im §. 408. gestattete Vorzugsrecht unterworfen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 35, Entsch. Bd. 20. S. 28, J. M. Bl. 1851 S. 6.)

Koch macht darauf aufmerksam, daß der §. 55. A. L. R. II. 14. den gleichen Grundsatz dieses Pl. Beschlusses bezüglich auf das fiskalische — jetzt aufgehobene — Vorrecht gegen eingetragene Gläubiger festgesetzt hatte, und daß der §. 28. des G. v. 24. Mai 1853, betr. die Erg. der Hyp. O. (G. S. S. 521), eine zweite Ausnahme dieser Art einführe. (Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 408. h. t.)

3) Bei noch nicht vollendetem Hypothekenbuche bleibt die Vorschrift des §. 408. außer Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Aug. 1843. (Präj. Nr. 1322. a.)

Die §§. 404—408. unterscheiden die Fälle, in denen zur Zeit der Eintragung einer Forderung, oder des Antrags dazu der Besitztitel für den früheren oder späteren Besitzer im Hypothekenb. vermerkt ist, und machen davon die Gültigkeit der Hypothek und deren Vorzugsrecht abhängig. Wo ein Hypothekenb. noch nicht existirt, kann von einer Vermerkung des Besitztitels für den früheren oder späteren Besitzer eben so wenig, wie von der Eintragung eines dinglichen Rechts für den Vorbesitzer die Rede sein; es fehlt dann zur Anwendung des §. 408. die Voraussetzung desselben.

(Präj. Samml. S. 114, Entsch. Bd. 9. S. 276.)

§. 410. 1) Die Eintragung einer hypothekarischen Forderung, welche zu einer Zeit nachgesucht und bewirkt ist, zu welcher derjenige, welcher die Hypothek bestellt hat, in dem Hypothekenbuche als Besitzer eingetragen stand, verliert, in sofern der Hypothekengläubiger in gutem Glauben sich befindet, nicht ihre rechtliche Wirksamkeit, wenn auch das Grundstück bereits vor Bestellung und Eintragung der Hypothek aus dem Eigenthume dessen, der die Hypothek bestellt hat, herausgegangen war und von Seiten des instrumentirenden Notars Abschrift des Veräußerungsvertrages zu den Hyp.-Akten eingereicht worden, ohne daß jedoch auf Grund dieses Vertrages Eintragung einer Protestation zur Sicherheit des neuen Erwerbers nachgesucht und erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Jan. 1853.

Dies entspricht den Vorschriften des A. L. R. I. 10. §§. 7. u. 8. und des §. 92. Tit. II. der Hyp. O. und dem darin niedergelegten Grundprinzip des Hypothekenverkehrs und der Preuß. Hyp. Verfassung (§. 9. A. L. R. I. 10.). Die Anwendung dieses Grundprinzips auf den in Rede stehenden Fall folgt auch aus den Motiven des Plen. Beschl. v. 21. Jan. 1850[1]) (Präj. Nr. 2190.) und des Präj. v. 21. März 1851[2]) (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 324 Nr. 72.) und nur die mala fides des Erwerbers der Hypothek vermag eine Ausnahme zu begründen. (A. L. R. I. 10. §§. 10. u. 11., Hyp. O. II. §. 57.)

(Entsch. Bd. 24. S. 386, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 255 Nr. 56.)

Koch tadelt, daß die Fassung dieses Präj. darin unzutreffend sei, daß es sich nicht um den Verlust der Wirksamkeit, sondern von dem Eintritte derselben handle.

(Landr. Bd. 2. Anm. 48. zum §. 410. h. t.)

2) Weiß der Hypothekengläubiger zur Zeit der Hypothekenbestellung und Eintragung seiner Forderung, daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer, der die Hypothek bestellt hat, nicht wahrer Eigenthümer des Grundstücks sei, so kann er von seinem Hypothekenrechte zum Nachtheile des wahren Eigenthümers keinen Gebrauch machen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Mai 1839. (Präj. Nr. 677.) (Präj. Samml. S. 114.)

3) Die, gesetzlich einer jeden, auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgten Hypothekenbestellung auch für den Fall beigelegte dingliche Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei, setzt in der Anwendung den Fall der wirklich stattgefundenen Eintragung der Forderung voraus. Dagegen kann der Fall, wenn der Gläubiger auf den Grund eines gültigen Titels zur Hypothek gegen den eingetragenen Besitzer die Eintragung zwar nachgesucht, diese aber, wegen eines von dem dritten Besitzer des Grundstücks gleich nachher eingelegten Widerspruchs gegen die Eintragung nicht stattgefunden hat, nicht unter die Vorschriften über die Wirkung eines durch die Eintragung entstandenen Hypothekenrechts gestellt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1367.)

[1]) Vergl. unten Zus. 4. sub b. ad h. l.
[2]) Vergl. unten in den Erg. zu den §§. 410., 412., 420. h. t.

In dem §. 410. ist ein Unterschied zwischen einem gültigen Titel und einer Hyp.-Bestellung außer und neben der Eintragung nicht anzuerkennen. Der Ausdruck: »Hyp.-Bestellung« hat in den Gesetzen keine feste technische Bedeutung; er kommt sowohl im engeren Sinne, gleichbedeutend mit dem Titel zur Hypothek (§§. 412., 414., 489. h. t., Hyp. O. II. §§. 127., 135., 154., 165.), so daß dann zwischen Hyp.-Bestellung und der Eintragung selbst nebeneinander die Rede, als im weiteren Sinne, das vollendete Geschäft der Verpfändung, Titel und Eintragung zugleich bezeichnend, vor (§§. 471., 511., 520. h. t.). Die Auslegung des Ausdrucks giebt daher für das Verständniß des §. 410. keinen sicheren Anhalt, wiewohl die Zusammenstellung des Titels mit der Hyp.-Bestellung als zweier besonderer Bestandtheile schon klar andeutet, daß der Gesetzgeber sich das letztere als durch die Eintragung vollendet gedacht hat. Dies ist auch der Natur und Eigenthümlichkeit des Hypothekenrechts entsprechend. Der Titel zur Hypothek begründet nur ein persönliches Recht zur Sache, die Eintragung dagegen erst das dingliche Recht auf die Sache. Das persönliche Recht wirkt nur gegen den ursprünglich Verpflichteten, gegen den der Anspruch entstanden ist, und dessen Erben; das dingliche Recht gegen jeden dritten Besitzer der mit der Hypothek belasteten Sache. Der §. 410. bestimmt die Wirkung der Hyp.-Bestellung gegen einen solchen dritten Besitzer, spricht mithin lediglich die Wirkung des dinglichen Rechts aus. Demgemäß enthält derselbe eine richtige Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Entstehung und Wirkung der dinglichen Rechte überhaupt auf eine einzelne Art der dinglichen Rechte. Diese Auffassung des §. 410. erscheint auch in der ganzen Hypotheken-Einrichtung als nothwendig begründet. Dem Gesetzgeber ist es darum zu thun gewesen, durch die Hypotheken-Einrichtung einerseits die Ungewißheit des Eigenthums der Grundstücke zu verhüten, andererseits dem Real-Kredit eine sichere Grundlage zu geben. Zur Erreichung dieses Zweckes ist jedem Eigenthümer eines Grundstücks, der Verfügungen über dasselbe vor Gericht treffen will, die Pflicht, sein Eigenthumsrecht im Hypothekenbuche vermerken zu lassen, auferlegt, zugleich aber der Grundsatz, daß der eingetragene Besitzer in allen, mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen werden soll, aufgestellt und in der Anwendung durchgeführt worden. Folge dieses Grundsatzes ist die Bestimmung, daß der nicht eingetragene Eigenthümer, der es verabsäumt, seinen Besitztitel eintragen zu lassen, und durch die Verhandlungen des eingetragenen Besitzers mit einem, auf den Glauben des Hypothekenbuchs redlich handelnden Dritten Nachtheil erleidet, die Rechte dieses Dritten nicht anfechten, vielmehr nur Schadloshaltung von dem erstgedachten eingetragenen Besitzer fordern kann (§§. 6. sqq. Tit. 10. Thl. I. A. L. R.). Dieser Grundsatz ist auf das Recht der Hypothek übertragen (§§. 404. ff. h. t.) und im §. 410. angewandt.

(Präj. Samml. S. 115, Entsch. Bd. 9. S. 286, Jur. W. 1844 S. 260.)

4) Anders ist es, wenn der Titel zur Hypothek dem Gläubiger schon vor der Eigenthumsveräußerung bestellt und bei der Hypothekenbehörde präsentirt worden ist; hier kann von Unredlichkeit des Gläubigers nicht die Rede sein, wenn auch der neue Besitzer noch vor der Eintragung mit seinem Besitztitel dazwischen tritt.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 48. zum §. 410. h. t.)

In dieser Beziehung hat das Ob. Trib. folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Wenn ein mit einem Titel zur Hypothek versehener persönlich Berechtigter, und ein auf Grund eines Titels zur Sache mittelst Uebergabe zum Besitz der Sache gelangter dinglich Berechtigter, welche beide ihren Titel vom eingetragenen Besitzer herleiten, mit ihren Eintragungsgesuchen zusammentreffen, so begründet die frühere Einreichung eines solchen Gesuchs für den mit dem Titel zur Hypothek versehenen persönlich Berechtigten kein Vorzugsrecht vor dem dinglich Berechtigten, muß vielmehr demselben weichen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juni 1845. (Präj. Nr. 1581.)

(Präj. Samml. S. 115, Entsch. Bd. 12. S. 193.)

Vergl. jedoch den (nachstehenden) Pl. Beschl. v. 21. Jan. 1850. (Präj. Nr. 2190.)

b) Der nicht eingetragene Erwerber eines Grundstücks kann, der an ihn erfolgten Uebergabe ungeachtet, einem Gläubiger, dessen Hypothek vor der Eigenthumsveräußerung bestellt und bei der Hypothekenbehörde präsentirt worden, die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht streitig machen, — und macht es hierbei keinen Unterschied, ob der Gläubiger sein Recht von einem bereits eingetragenen Besitzer, oder von einem solchen ableitet, dessen Besitztitel erst später berichtigt worden ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 21. Jan. 1850. (Präj. Nr. 2190.)

Die beiden oben gedachten Fragen sind kontrovers geworden. Die Entscheidung der ganzen Streitfrage beruht auf der Untersuchung: »ob derjenige, der von einem nicht-titulirten Eigenthümer kauft, im Sinne des §. 17. Tit. 20. als ein solcher gelten könne, der sein Recht zur Sache von demjenigen herleitet, welcher darüber zu schalten befugt war.« Diese Frage ist zu verneinen, obgleich die Preuß. Gesetzgebung in Beziehung auf die Form der Eigenthums-Uebertragung von Grundstücken minder streng ist, als andere. Das A. L. R. erfordert zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums im Allgemeinen: Titel und Uebergabe (I. 10. §§. 1—5.). Wenn sodann mit dem neu beginnenden Rubrum: »von der mittelbaren Erwerbung des Eingenthums der Grundstücke insonderheit«, zunächst der §. 6. mit den Worten sich anschließt: »Wer jedoch über ein Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen will, der muß sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der Sache nachweisen, und dasselbe in dem Hypothekenbuche vermerken lassen«, so darf angenommen werden, daß außer diesem Falle, also wenn es sich gerade nicht um Verfügungen vor Gericht handelt, auch selbst das Eigenthum von Grundstücken durch Titel und Uebergabe zurechtbeständig auf einen Dritten übergeht. Das A. L. R. fordert zwar nach §. 12. a. a. O. in Uebereinstimmung mit §. 49. Tit. 2. der Hyp. O. von jedem neuen Erwerber eines Grundstücks die Berichtigung des Besitztitels als nothwendig; die K. O. v. 31. Okt. 1831 hat aber diesen Zwang im Allgemeinen aufgehoben. Für den Fall des §. 6. aber — wenn also über ein Grundstück vor Gericht Verfügung getroffen werden soll — hat auch diese K. O. nichts geändert, und die Berichtigung des Besitztitels ausdrücklich für nothwendig erklärt, nicht bloß, wenn sie von dem Besitzer — sondern auch, wenn sie von einem hypothekarischen Gläubiger oder einem sonstigen Berechtigten nachgesucht wird. Ueberhaupt erweist sich die Stellung eines bloßen Naturaleigenthümers, der eines eingetragenen Civil- oder Bucheigenthümers gegenüber, in vielen Verhältnissen als eine sehr untergeordnete. (A. L. R. II. 11. §. 598. und II. 17. §§. 27., 29.) Was aber das Verfügungsrecht des Natural-Eigenthümers angeht, so darf er nach §. 6. A. L. R. I. 10. über das Grundstück nicht vor Gericht verfügen, und kann nach §. 405. h. t. seinem Gläubiger daran keine gültige Hypothek einräumen (§§. 92. u. 55. Tit. II. der Hyp. O.), womit der §. 7. A. L. R. I. 10. in Uebereinstimmung steht. Wird somit der Eingetragene Dritten gegenüber als Eigenthümer nach den angeführten Gesetzstellen sogar allein als Eigenthümer betrachtet, so gilt der Naturaleigenthümer dagegen nur seinem Autor, nicht aber Dritten als Eigenthümer; er kann also mit Dritten und in Beziehung auf dieselben nicht als Eigenthümer verhandeln; er kann nicht durch Vertrag ein Recht zur Sache oder den Eigenthumstitel, nicht durch die Uebergabe ein Recht auf die Sache, das Eigenthum selbst mit der Wirkung einräumen, daß der Empfänger sich gegen Andere als eben seinen Autor darauf berufen könnte, und daß Dritte, mit ihm nicht obligatorisch verbundene Personen dasselbe gegen sich gelten zu lassen brauchten. Hieraus folgt, daß derjenige, welcher ein Grundstück von einem nicht titulirten Besitzer kauft, sich auf den §. 17. Tit. 20. — weil derselbe voraussetzt, daß das Recht auf oder zu der Sache von einem solchen, welcher darüber zu schalten befugt war, eingeräumt worden sei, — nicht berufen kann, und daß er somit die vor der Erwerbung von dem titulirten Besitzer bestellte, wenn auch zur Zeit solcher Erwerbung noch nicht eingetragen gewesene Hypothek auch selbst dann unangefochten lassen muß, wenn er die Uebergabe des Grundstücks erlangt haben sollte.

Die zweite Frage anlangend, so ist der Fall gesetzt, daß der titulirte Besitzer eine Hypothek bestellt oder, was gleichviel ist, eine solche richterliche im Wege der Exekution gegen ihn bestellt wird, und daß, während diese dem Hypothekenrichter zur Eintragung vorliegt, diese Eintragung aber doch noch nicht erfolgt ist, jener titulirte Eigenthümer das Grundstück an einen Dritten veräußert und übergiebt. Die Kollision ist dieselbe, wie in dem vorigen Falle; der Umstand aber, daß hier der Dritte sein Eigenthumsrecht von dem eingetragenen Besitzer ableitet, bringt den Unterschied hervor, daß diejenige rechtliche Ausführung, auf welcher die Beantwortung der ersten Frage vornehmlich beruhte: »daß der neue Erwerber sein Recht auf die Sache nicht von einem solchen ableitete, der über das Grundstück zu schalten befugt war«, hier nicht zutrifft. Dennoch kann das Resultat der Beurtheilung nur dasselbe sein. Denn wiederum tritt nach §. 7. Tit. 10. Thl. I. des A. L. R. der Kardinalsatz in Wirkung: daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen wird, und es schließt sich hieran im §. 8. die über die jetzt vorliegende Frage die Entscheidung liefernde Bestimmung. — Muß hiernach und nach den folgenden §§. 9., 10. der Naturaleigenthümer sogar das Recht desjenigen anerkennen, der sich später als er, guten Glauben vorausgesetzt, mit dem eingetragenen Besitzer einließ — um wievielmehr den Anspruch dessen, welcher vor ihm mit diesem Eingetragenen verhandelte, zu einer Zeit, wo diesem noch gar kein anderer Naturaleigenthümer gegenüberstand, von dessen Rechten der Verhandelnde hätte Kunde haben können. — Auch die in der Hyp. O. Tit. 2. §. 30. enthaltene Vorschrift über die Reihefolge der Eintragungen spricht dafür, daß die früher präsentirte Hypothek, ungeachtet des später er-

wachsenen Eigenthumsrechts, einzutragen sei. Zwar redet der §. 30. nur von der Eintragung von Rechten »einerlei Art.« Allein die Rücksicht auf die Priorität der Anmeldung ist der Natur der Sache, wie dem ganzen Geiste der Hyp. O. so gemäß, daß sie allgemeine Anwendung fordern darf. Die rechtliche Sachlage des Zeitpunktes, wo der zur Eintragung Berechtigte Alles gethan hat, was seinerseits zur Eintragung erforderlich war, muß für die Frage entscheidend sein, ob und an welcher Stelle er einzutragen sei. Der Umstand, daß die gesuchte Eintragung seiner Hypothek sich so lange verzögerte, bis das Grundstück veräußert und tradirt wird, kann auf das Recht des Hypothekengläubigers zur Eintragung keinen Einfluß äußern. Wären diese Zwischenhandlungen der Veräußerungen und Uebergabe so einflußreich, so würde noch selbst dann, wenn zwischen der Erlassung des Dekrets zur Eintragung der Hypothek, und dem in Folge solchen Dekrets von dem Ingrossator vorzunehmenden Akt der wirklichen Eintragung, dem Hypothekenrichter eine inzwischen, vielleicht erst selbigen Tages geschehene, mit Uebergabe begleitete Veräußerung nachgewiesen würde, die bereits dekretirte Eintragung der Hypothek wieder inhibirt werden. Dergleichen Zufälligkeiten dürfen das bereits erworbene Recht des Hypothekengläubigers nicht alteriren, dieses Recht beginnt aber mit der Präsentation bei dem Hypothekenrichter.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 35, Entsch. Bd. 19. S. 18, J. M. Bl. 1850 S. 180.)

5) Die Vorschrift des §. 410. kommt auch bei den im Wege der Exekution eingetragenen Hypotheken zur Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. Dec. 1837 [1]). (Präj. Nr. 380.)

Es entscheiden hier die §§. 404. und 410., deren letzterer zur Rechtsgültigkeit des Titels der Hyp.-Bestellung keinesweges erfordert, daß das Grundstück, mit welchem die Hypothek bestellt wird, sich in dem Eigenthume des Schuldners befinde, vielmehr hat der Tit. der Hyp.-Bestellung mit dem Gegenstande der Hyp. nichts gemein, sondern liegt in der Willenserklärung des Schuldners, dem Gesetze oder der richterlichen Hülfsvollstreckung, und es braucht daher vorliegend die Rechtsgültigkeit des Titels der richterl. Hülfsvollstreckung lediglich in der Rechtskraft des dieselbe begründenden Judikats. Eben so wenig ist der §. 410. auf konventionelle Pfandrechte zu beschränken; vielmehr deutet noch der §. 399. besonders an, daß die Hypotheken auf den erwähnten drei verschiedenen Titeln beruhen und das Allegat desselben, Tit. 10. §§. 7—11., kann nicht beweisen, daß beide Vorschriften identisch sind; es bezeichnet nur jene Vorschriften des Tit. 10. mit Recht als korrespondirende Stellen, welche auf demselben Prinzip, dem der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs, beruhen.

Für die entgegengesetzte Ansicht ist Folgendes angeführt worden:

Zwischen dem vertragsmäßigen Pfandrechte und dem im Wege der Exekution entstehenden Pfandtitel finde der Unterschied statt, daß im ersteren Falle der Gläubiger dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt sei, und nur einen Schaden abzuwehren suche, während im zweiten Falle gegen den wahren Eigenthümer nur Erlangung eines Vortheils, auf den er kein Recht hätte, gestritten werde. Dies mache der Gang des Verfahrens klar; wenn Sequestration oder Immission verfügt worden, so werde diese Exekution doch gleich aufhören müssen, sobald der dritte wahre Eigenthümer sich melde und den Erweis seines Eigenthumes führe. Endlich könne der §. 410. im Wege der Exekution vom Richter verliehene Hypothekenrechte nicht gemeint haben, weil dergleichen bei der Redaktion jenes Gesetzes noch nicht als denkbar vorausgesehen worden.

Diese Gegengründe werden indeß dadurch beseitigt, daß der obige Unterschied in der angegebenen Art geläugnet werden muß, und daß die Annahme eines prätorischen Hyp.-Titels von jeher bekannt gewesen ist. Durch die Auslegung des §. 410. im Sinne des Plen. Beschl. wird übrigens auch vorgebeugt, daß durch Scheinverträge die Rechte des Gläubigers eines verschuldeten Gutsbesitzers nicht vereitelt werden könnten. Es ist anzunehmen, daß der neue Erwerber, der nicht für die Eintragung seines Besitztitels Sorge trägt, ja nicht einmal sein Erwerbsdokument zu den Hypothekenakten einreicht, sich eine untergeordnete Wirkung seines Eigenthumsrechts gefallen lasse. Durch das Folium im Hypothekenbuche erlangt das Grundstück eine Art eigener Persönlichkeit; es regulirt sich Alles nach dem Formellen der Eintragung, nach der äußeren Erscheinung seines Rechtszustandes; der in diesem Buche eingetragene Besitzer gilt für den wahren; wer mit ihm kontrahirt, wer gegen ihn Rechte durch Eintragung erwirbt, muß ein gültiges Hypothekenrecht erwerben.

(Präj. Samml. S. 114, Entsch. Bd. 3. S. 335, Jahrb. Bd. 50. S. 578, Gräff Bd. 12. S. 47.)

Denselben Grundsatz hat auch der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 20. Jan. 1854 angenommen.

(Entsch. Bd. 26. S. 331, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 254 Nr. 54.)

Ebenso in dem Erk. v. 8. Jan. 1844. (J. W. 1844 S. 561 ff.)

[1]) Diesen Grundsatz hatte das Ob. Trib. auch bereits in dem Erk. v. 23. Dec. 1836 (Entsch. Bd. 2. S. 47) angenommen.

Derselben Ansicht sind: die Gesetzrevisoren (Pens. III. S. 161), die Motive zum bürgerl. Gesetzb. S. 450, und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 217).

Dagegen vergl.: Schmidt (Pfandr. S. 499 ff.) und den Auff. im Centralbl. 1840 S. 304 ff.

6) Zur rechtsgültigen Erwerbung eines im Wege der Exekution eingetragenen Hypothekenrechts genügt es nicht, daß der Gläubiger zu der Zeit, als er bei der Hypothekenbehörde die Eintragung der gegen den titulirten Besitzer erstrittenen Forderung in Antrag bringt, in dem Glauben handelte, daß der titulirte Besitzer Eigenthümer des Grundstücks sei. Die erfolgte Eintragung ist vielmehr für den Gläubiger wirkungslos, wenn schon vor diesem Antrage die Veräußerung des Grundstücks erfolgt war, der neue Erwerber das Erwerbsdokument zu den Hypothekenakten eingereicht, auf Umschreibung des Besitztitels angetragen, und die Hypothekenbehörde den Gläubiger auf sein Eintragungsgesuch hiervon in Kenntniß gesetzt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1852. (Präj. Nr. 2346.)

So weitgreifend nach §. 410. auch die Garantie des Hypothekenbuchs für die darin eingetragenen Forderungen rücksichtlich der dinglichen Wirkung ist, eine unbedingte ist diese Wirkung nicht; diese hängt vielmehr, wie durch die Hinweisung des §. auf die §§. 7—11. Tit. 10. ausgesprochen ist, wesentlich davon ab, ob derjenige, welcher in der im §. 410. bestimmten Weise eine Eintragung erlangt, sich auch im guten Glauben befunden hat. Ueber die Streitfrage, zu welcher Zeit der gute Glaube vorhanden sein muß, entscheidet der §. 410. nichts; er wird in dem §. 410. als vorhanden vorausgesetzt. Eben so wenig entscheidet in dieser Beziehung §. 405. Er berührt nur das Verhältniß des Gläubigers zu seinem Schuldner; hieraus können keine Folgerungen abgeleitet werden, wann es sich darum handelt, ob ein gültiges Hypothekenrecht erworben ist, wiewohl nicht der eingetragene Besitzer, sondern ein Dritter wahrer Eigenthümer des Grundstücks ist. Daß der Zeitpunkt, zu welchem die Forderung Behufs ihrer Eintragung in das Hypothekenbuch angemeldet wird, in Beziehung auf die Frage, wann der gute Glaube vorhanden sein muß, ohne jedwede Bedeutung ist, ergiebt sich, wenn auf die im Tit. 10. §. 6. ff. aufgestellten Grundsätze zurückgegangen wird.

Im §. 10. ist unzweideutig ausgesprochen, daß es bei der Frage, ob der gute Glaube vorhanden sei oder nicht, lediglich auf die Zeit ankommt, zu welcher mit dem eingetragenen Besitzer Verhandlungen gepflogen und abgeschlossen werden. Der Zeitpunkt, zu welchem auf Grund der abgeschlossenen Verhandlungen Anträge auf Eintragung in das Hypothekenbuch gemacht werden, ist mithin in soweit ein ganz bedeutungsloses Moment. Jene Vorschrift spricht zwar nur von dem Falle, wenn mit dem eingetragenen Besitzer Verhandlungen über das Grundstück geschlossen werden, findet mithin unmittelbar Anwendung nur, wenn es sich von einer, durch Vertrag zu erwerbenden Hypothek handelt. Zunächst folgt hieraus aber, daß es nicht zulässig ist, aus dem §. 410. Tit. 20., welcher jedenfalls auch den Fall der konventionellen Hypothek betrifft, die gedachte unbedingte Folgerung abzuleiten; sodann kann es auch kein Bedenken haben, daß der im §. 10. Tit. 10. aufgestellte Grundsatz nicht minder bei dem im Wege der Exekution erworbenen Pfandrecht leitend sein muß. Durch die in Rechtskraft übergegangene richterliche Entscheidung erlangt zwar der Gläubiger einen Titel zum Pfandrechte auf die seinem Schuldner zugehörigen Grundstücke; der in solcher Weise erworbene Titel hat jedoch nicht ein bestimmtes Grundstück zum Gegenstande, tritt vielmehr nur in Wirksamkeit, wenn und in sofern der Schuldner Grundstücke besitzt und der Gläubiger solche als Gegenstand der Befriedigung in Anspruch nimmt. Um den erworbenen Titel zum Pfandrecht zur Geltung zu bringen, muß daher nothwendig ein hierauf gerichteter Antrag, werde dieser an den Prozeßrichter oder unmittelbar an die Hypotheken-Behörde gerichtet, hinzutreten. Der Antrag, welchen der Gläubiger zu diesem Zwecke macht, steht mit der Verhandlung, welche bei der vertragsmäßigen Erwerbung des Pfandrechts stattfindet, auf gleicher Linie, und muß eben deshalb gleiche Wirkung haben. Dieser Antrag ist nur der Anfangspunkt der Verhandlung, und wenn der Gläubiger in Folge eines solchen Antrages durch den Hypothekenrichter auf amtlichem Wege davon unterrichtet wird, daß das als Gegenstand der Befriedigung in Anspruch genommene Grundstück, wenn auch noch auf den Namen des Schuldners eingetragen, durch den zu den Hypothekenakten eingereichten Kaufvertrag bereits aus dem Eigenthume des Schuldners herausgegangen ist, so steht dem Gläubiger nicht zu, eine solche Mittheilung als nicht geschehen zu betrachten. Die Sache liegt vielmehr sodann gerade so, wie in dem §. 10. Tit. 10. vorausgesetzt ist. — Der entscheidende Grund, aus welchem in dem Plen. Beschl. v. 18. Dec. 1837 [1]) die Vorschrift des §. 410. auch bei den im Wege der Exekution eingetragenen Hypotheken für anwendbar erachtet worden, ist darin gefunden, daß nur hierdurch die Ordnung im Hypothekenwesen

[1]) Vergl. ob. Zus. 5. ad h. l.

aufrecht zu erhalten sei. Im Widerspruch hiermit kann daher der §. 410. nicht anwendbar gefunden werden, wenn der neue Erwerber durch die gedachte Mittheilung in malam fidem kommt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 36, Entsch. Bd. 22. S. 229, Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 315 Nr. 67.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. hat der III. Sen. des Ob. Trib. folgende Rechtssätze angenommen:

a) Der im Wege der Exekution gegen den eingetragenen Besitzer die Eintragung suchende Gläubiger, welcher zwar erst nach Anbringung seines Eintragungsgesuchs, aber noch vor verfügter Eintragung der Hypothek Wissenschaft davon erlangt hat, daß der eingetragene Besitzer nicht der wahre Eigenthümer sei, kann gegen den Letzteren sein Hypothekenrecht nicht geltend machen.

Erkannt unterm 16. Dec. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 149 Nr. 34.)

b) Wenn der Gläubiger von dem Hypothekenrichter bei der Benachrichtigung von der erfolgten Eintragung der Protestation und bei Zustellung des Hypothekeninstruments gleichzeitig davon in Kenntniß gesetzt worden ist, daß das Grundstück an einen Dritten veräußert sei, die Umschreibung des Besitztitels für denselben aber wegen Hindernisse noch nicht habe erfolgen können, so ist hierdurch dem neuen Eigenthümer gegenüber der böse Glaube jenes Gläubigers für dargethan zu erachten, mithin die Eintragung für ihn wirkungslos.

Erkannt unterm 4. Juli 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 84 Nr. 19.)

Dagegen ist es unerheblich, wenn bloß der Richter das fremde Eigenthum kennt und davon den Gläubiger nicht vor der Eintragung in Kenntniß gesetzt hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1839.

(Koch's Arch. Bd. 3. S. 162 ff.)

7) Der im §. 410. ausgesprochene Grundsatz findet auch Anwendung, wenn nicht eine förmliche Hypothekenbestellung, sondern eine protestatio pro conservando loco im Wege der Exekution für den Gläubiger eingetragen worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1841. (Präj. Nr. 981.) (Präj. Samml. S. 114.)

8) Ist eine Hypothekenforderung bei dem Widerspruche des eingetragenen Besitzers gegen die Legitimation des Nachsuchenden als Cessionars oder Erben nur protestativisch eingetragen, demnächst aber in dem Prozesse zwischen diesen beiden die Legitimation des nachsuchenden Gläubigers rechtskräftig festgestellt, so kann sich der Letztere mit der Hypothekenklage an das Grundstück halten und die Subhastation desselben auch gegen den dritten Besitzer ausbringen, ohne daß dieser, selbst wenn er schon zur Zeit der protestativischen Eintragung durch Kauf und Uebergabe das wirkliche Eigenthum erlangt hatte, die Wirksamkeit des gegen seinen eingetragenen Vorbesitzer ergangenen Judikats weiter in Frage stellen darf, und ohne insbesondere auch einwenden zu können, daß die protestativische Eintragung erst in eine unbedingte umgeschrieben werden müsse.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1821.)

Es ist unrichtig, daß eine protestativische Eintragung nicht die actio hypothecaria gewähre. Der Hypothekenrichter hat ordentlicherweise die Gültigkeit des Hypothekentitels und überhaupt die Eintragungsfähigkeit einer Forderung zu prüfen, und dieselbe zu beschließen oder zu verwerfen. In sofern es aber gerade darauf ankommt, einen erklärten Widerspruch von Seiten des Besitzers der Sache zu beseitigen oder einer verweigerten Erklärung Anerkennung zu beschaffen, so ist es der Prozeßrichter, welcher entscheidet; und wenn derselbe jenen Widerspruch des Besitzers verwirft, so erledigt sich eben dadurch die speziell hinzugefügte Bedingung, wovon allein der Hypothekenrichter die Gültigkeit und Wirksamkeit der Hypothek abhängig gemacht hatte. Ohne Zweifel darf der Hypothekenrichter ordentlicherweise auch hier um Purifizirung im Hypothekenbuche angegangen werden; aber nicht um der Eintragung erst nun die dingliche Kraft, die Wirksamkeit gegen dritte Erwerber oder den wahren, jedoch nicht eingetragenen Besitzer zu geben — sondern eben nur, um den Gläubiger von der Last des Nachweises der Erledigung jener speziellen Bedingung, sowohl gegen den etwaigen künftigen dritten Erwerber des Grundstücks, als besonders auch gegen diejenigen zu befreien, auf die er seine Forderung übertragen will, um die Forderung für den Verkehr frei zu machen. Nichts anderes ist aus dem §. 421. a. a. O. abzuleiten. Dem ganz entsprechend bestimmt der §. 299. Tit. 2. der Hyp. O. Dies gilt von allen an sich begründeten Realansprüchen, die der Hypothekenrichter im Wesentlichen eintragungsfähig findet und auch wirklich einträgt, dabei jedoch einen erst noch zu hebenden Mangel mit vermerkt, und das ist die protestativische Eintragung pro conservando jure et loco. Jene Stelle der Hyp. O. steht nicht etwa im Widerspruch mit dem §. 421. des A. L. R., sondern ist nur der vollständigere Ausdruck des wahren Sinnes der über dies Institut bestehenden Gesetze.

(Präj. Samml. S. 115, Entsch. Bd. 14. S. 274.)

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Dec. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 69 Nr. 25.) in den Erg. zum §. 421. h. t. Zus. 3.

9) Eine im Wege des Arrestes gegen den eingetragenen Besitzer eingetragene protestatio de non amplius disponendo s. intabulando hat keine Wirkung gegen den wahren Eigenthümer, der das Grundstück schon vor der Beschlagnahme erworben und übertragen erhalten, aber bis dahin seinen Besitztitel noch nicht hat eintragen lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1844[1]). (Präj. Nr. 1459.)

Die Garantie des öffentlichen Grundbuches für die darin eingetragenen Forderungen ist rücksichtlich der dinglichen Wirkung eine ganz unbedingte, dergestalt, daß die Verfügung des eingetragenen nicht rechtmäßigen Eigenthümers, obwohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen null und wirkungslos für die Sache, dennoch volle Gültigkeit und Kraft dinglicher, selbst vom wahren Eigenthümer anzuerkennender Rechte habe. Diese im §. 410. angewandte Abweichung von der gemeinen Regel darf, eben weil sie Ausnahme, nicht weiter ausgedehnt werden, als die bestimmten Gesetzesworte und die strengste Konsequenz gebieten. Jene durchgreifende Kraft schreibt aber der §. 410. nur der »erfolgten Hypotheken-Bestellung« zu, d. h. solchen Forderungen, die einen rechtsgültigen Titel zum Pfandrecht haben und wirklich eingetragen sind. Das erstere Erforderniß ist bei der für bloße persönliche Ansprüche im Wege des Arrestes eingetragenen protestatio de non amplius intabulando oder disponendo nicht anzutreffen, der §. 410. daher schon wegen fehlenden Titels zum Pfandrecht nicht anwendbar. — Dazu kommt, daß die Bedeutung und Bestimmung solcher Protestation nur in der Sicherung gegen künftige Dispositionen des Besitzers besteht, eine Kollision ihrer Wirkungen mit früheren Dispositionen daher nicht denkbar ist. Diese Natur, als bloßer Arrestschlag, kann durch die Eintragung nicht verändert werden, indem letztere die Rechtsnatur dessen, was eingetragen wird, nicht umwandelt. Endlich setzt jeder Arrest, um wirksam zu sein, voraus, daß die bestrickte Sache zur Zeit der Arrestanlegung noch Eigenthum des Arrestaten ist. Fehlt dies Erforderniß, so hat der Arrest keinen rechtlichen Effekt. (§§. 1., 81., 83. Tit. 29. I. A. G. O.)

(Präj. Samml. S. 115, Entsch. Bd. 10. S. 160, J. W. 1844 S. 562 ff., 577 ff.)

Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Mai 1850 (Entsch. Bd. 19. S. 218) in den Erg. zur A. G. O. I. 29. §§. 81. ff.

§§. 410. 412. 420. Der wirkliche, im Hypothekenbuche aber noch nicht eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks muß das Hypothekenrecht eines Gläubigers seines noch eingetragenen Vorbesitzers anerkennen, wenn die Forderung des Gläubigers Behufs protestativischer Eintragung zu den Grundakten bereits angemeldet ist, bevor der Antrag des wirklichen Eigenthümers auf Besitztitelberichtigung eingeht, mag auch die Eintragung der Forderung selbst erst später verfügt sein.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. März 1851.

Bei der Kollision beider Anmeldungen, des Titels zur Hypothek gegen den eingetragenen Besitzer und des Besitztitels für den neuen Eigenthümer, kann nur der Zeitpunkt der Präsentation darüber entscheiden, welcher von beiden der Vorzug gebühre. Die bestehenden Geschäftseinrichtungen erfordern einen Zeitaufenthalt von dem Eingange der Anmeldung bis zur Verfügung darauf, von der Eintragungsverfügung bis zu deren Ausführung. Der Realinteressent, der Alles gethan, was von seiner Seite erforderlich, um die Eintragung zu erlangen, erhält durch die bloße Anmeldung ein Recht auf die für ihn offene Stelle im Hypothekenbuche und kann desselben durch den für ihn zufälligen Umstand nicht verlustig gehen, daß vor der Eintragung ein damit kollidirender Eigenthumstitel beim Hypothekenrichter angezeigt wird. Die Hyp. O. macht bei mehreren Eintragungsgesuchen auf dasselbe Grundstück das stärkere Recht von der Priorität der Anmeldung abhängig. Der §. 30. Tit. II. derselben spricht dies allerdings nur in Beziehung auf Rechte einerlei Art ausdrücklich aus.

[1]) In der J. W. 1844. S. 564. wird das Datum dieses Präj. unrichtig vom 8. Jan. 1844 angegeben.

Allein das Prinzip ist nicht auf diese Fälle zu beschränken, vielmehr als ein allgemeines auch für kollidirende Rechte verschiedener Art geltendes anzuerkennen.
(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 324 Nr. 72.)

§§. 411—426. Erwerbungsart durch die Eintragung.

1) Ueber die Erwerbung des Rechts auf Reallasten vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 1—7.

2) R. v. 4. Sept. 1797, daß auch die Hebungen geistlicher und milder Stiftungen aus Kämmereien auf deren Grundstücke und zwar ohne Prozeß einzutragen.

Auf Eure mittelst Ber. v. 11. v. M. gethane Anfrage: wegen der bei Prästationen der Kämmereien, welche diese an Kirchen, Pfarren, Schulen oder andere milde Stiftungen als eine unveränderliche Abgabe jährlich zu leisten haben, zur Sicherheit der Empfänger zu treffenden Vorkehrungen, ertheilen Wir Euch hiermit zur gnädigsten Resolution, daß, sobald diejenigen Kämmereigüter, von welchen dergleichen Prästationen zu leisten sind, ein Folium im Hypothekenbuche haben, und also bei dem Hypothekenbuche veräußert und verpfändet werden können, die davon an pia corpora zu entrichtenden Prästationen zu deren Sicherheit darin allerdings ebenfalls eingetragen werden müssen; und wird es dazu keines Prozesses bedürfen, da die Forderung eben durch die Aufführung im Kämmereietat anerkannt ist, die Eigenschaft einer Realforderung nicht bestritten werden kann, und in solchen Fällen dergleichen Hypothecae tacitae et legales auf das verhaftete Grundstück nach Vorschrift des A. L. R. I. 20. §§. 400., 401. auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners eingetragen werden können. (Stengel Bd. 5. S. 123, Rabe Bd. 4. S. 244.)

§. 411. Ueber die Wirkung hypothekarischer Protestationen im Wege des Arrestes vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 29. §§. 81. sqq. und zum §. 421. h. t.

§§. 411. u. 412. Diese §§. kommen da, wo die Einrichtung des Hypothekenbuchs noch nicht vollendet ist, nicht zur Anwendung. (V. v. 16. Juni 1820 §. 9., G. S. S. 106.)

Vergl. die Erg. zur Hyp. O. Tit. IV. §§. 1. sqq.

§§. 411. 416. 417. 421. 1) Im Kaufgelderbelegungsverfahren, nach stattgehabter nothwendiger Subhastation, geschehener Einzahlung des Kaufgeldes und erfolgter Löschung der Intabulate, kann einer nur protestativisch eingetragenen Forderung die Befriedigung nach Maßgabe ihrer Stelle im Hypothekenbuche nicht versagt werden, wenn der Inhaber derselben einen wirklichen Titel zum Pfandrechte nachweist, — auch wenn bis dahin die Umwandlung der Protestation in eine wirkliche Hypothek nicht erfolgt wäre.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1707. a.)

Nach den Vorschriften der §§. 411., 416., 417., 421. h. t. und der Hyp. O. Tit. II. §§. 298., 299. ist das Recht des Protestanten, die förmliche Eintragung finden zu können, von keiner anderen Bedingung abhängig, als von der Wegräumung der der früheren sofortigen Eintragung entgegenstehenden Hindernisse. Nirgends ist auch die Dauer der erwähnten Wirkung einer Protestation an eine Frist gebunden. Der §. 421. ertheilt vielmehr dem Gläubiger die Befugniß, die Forderung selbst nach gehobenem Widerspruche oder ergänzter Formalität »zu allen Zeiten« am Orte der Protestation eintragen zu lassen. — Es fragt sich: welche Wirkung es hat, wenn der bloß protestativisch eingetragene Gläubiger durch den Verkauf des verpfändeten Gutes in nothwendiger Subhastation, und durch die in Folge der Kaufgelderbelegung erfolgte Löschung aller Intabulate in die Unmöglichkeit versetzt wird, von seiner ihm nach §. 421. ertheilten Befugniß Gebrauch zu machen, und die definitive Eintragung zu verlangen? Bliebe derselbe bei der Kaufgelderbelegung mit seiner Forderung unberücksichtigt, so würden ihm dadurch die Rechte geschmälert werden, die er durch den Vermerk der Protestation erlangt hat. Eine Berücksichtigung ist deshalb nöthig. Die Befriedigung aus der Kaufgeldermasse kann hier jedoch nicht unbedingt erfolgen, wenn die nachstehenden Gläubiger dem durch die Protestation gesicherten Gläubiger das Recht, seine Befriedigung aus der Masse vor ihnen erlangen zu können, bestreiten. Dies Recht hätte dem Letzteren die definitive Eintragung verliehen. Von dieser kann jenes Recht jedoch nicht mehr abhängig gemacht werden, wenn die unbedingte Eintragung der bloß protestativisch haftenden Forderung, nach Löschung aller Intabulate, in Folge der Kaufgelderbelegung, deren Folgen der Inhaber nicht abwenden konnte, unmöglich geworden ist. Deshalb muß von der Eintragung selbst abgesehen und auf das Recht zur Eintragung zurückgegangen werden. Zum Nachweise dieses Rechtes gehört der Nachweis eines Titels zum Pfandrechte, aber auch der Nachweis, daß der wirklichen Eintragung keine Hindernisse entgegengestanden haben, resp. daß die entgegengestandenen beseitigt gewesen sind. Ist dies der Fall, so müssen mit diesem Nachweise auch dieselben Wirkungen verbunden werden, die eine gleich Anfangs erfolgte definitive, dem Gläubiger durch den Vermerk der Protestation vorbehaltene Eintragung seiner Forderung gesetzlich gehabt hätte. Die Eintragung selbst wäre demnach am Orte der Protestation geschehen. Sie äußert mithin ihre Wirkungen von der Zeit des Vermerkes der letzteren an.

(Präj. Samml. S. 93, Entsch. Bd. 13. S. 257.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 484. und Anh. §. 52. Zus. V. A. 2. (s. ob. S. 574.)

2) Die auf das Hypothekenfolium des Hauptgutes eingetragene konservatorische Protestation wegen der Hypothek auf das veräußerte Trennstück gewährt das Recht, die Forderung nach gehobenem Widerspruche und ergänzter Förmlichkeit zu allen Zeiten eintragen zu lassen, und nach erfolgter nothwendiger Subhastation des Trennstückes aus dessen Kaufgeldern Befriedigung zu verlangen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1853, unter Bezugnahme der §§. 411. u. 421. h. t. und den §. 298. Hyp. O. II., sowie unter Hinweis auf das (vorstehend gegebene) Präj. Nr. 1707. a. v. 31. Jan. 1846.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 312 Nr. 74.)

3) Der eingetragene Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht verpflichtet, die Umschreibung einer nach der Eintragung des Besitztitels eingetragenen Protestation für den Fall geschehen zu lassen, daß der Hypothekentitel früher als jene Besitztitelberichtigung erfolgte, bei der Hypothekenbehörde präsentirt, aber nicht rechtzeitig berücksichtigt worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1857.

Der Pl. Beschl. v. 21. Jan. 1850[1]) trifft hier nicht zu. Es handelt sich dort von der Ausschließung des §. 17. h. t. und den Nachtheilen, die der nicht eingetragene Eigenthümer erleidet, so wie der Bedeutung der §§. 7. ff. A. L. R. I. 10. Die Priorität der Eintragung war deshalb nicht entscheidend, weil es sich um Lösung des Konflikts des Rechts des Gläubigers mit dem vorher erlangten Natural-Eigenthum handelte und zu erörtern war, in wiefern der ältere Natural-Eigenthümer sich die Eintragung der Hypothek gefallen lassen müsse. Dies trifft nicht den Fall, wenn der Erwerber das Civil-Eigenthum, das vollkommene dingliche Recht, erworben hat, ehe der Gläubiger ein Realrecht erlangte. Die reglementarische Vorschrift des §. 30. Tit. II. der Hyp. O. aber bezieht sich nur auf die Eintragung gleichartiger Rechte, und wollte man das darin ausgesprochene Prinzip auch auf ungleichartige Rechte anwenden, obgleich die §§. 520., 521. h. t. entgegenstehen, so kann doch eine solche ausdehnende Auffassung jener Vorschrift da keine Stelle finden, wo bestimmte Gesetze (§§. 2., 3. A. L. R. I. 19., §§. 411., 412. ff. h. t.) entgegenstehen. Für den eingetragenen Hypothekengläubiger ist es allerdings gleichgültig, wenn auch der neue Erwerber des Grundstücks sein Erwerbs-Instrument früher präsentirt hätte, aber jenes vor der Berichtigung des Besitztitels eingetragen worden (Präj. Nr. 654.[2]), Erk. v. 28. Jan. 1853[3]), A. L. R. I. 10. §§. 7—9.); es läßt sich daher im umgekehrten Falle nicht rechtfertigen, wenn die frühere Präsentation des Hypothekentitels bessere Rechte haben sollte. Es würde dies, da ein Unterschied zwischen konventionellen und gesetzlichen oder richterlichen Titeln nicht vorliegt, zu den ungerechtfertigtsten Folgen führen. Der neue Eigenthümer, der in gutem Glauben erworben, in Besitz genommen und den Besitztitel erlangt, müßte sich eine spätere Eintragung eines Pfandtitels gefallen lassen, der sein Recht vielleicht ganz vernichtete; er hat keine Verbindlichkeit, die Hypothekenakten einzusehen, er hat alle Vorsicht beobachtet, wenn er die Eintragung nachsucht und erlangt, und kann daher nicht dennoch, vielleicht nach längerer Zeit, dem Angriffe des persönlichen Gläubigers unterworfen sein. Eine solche Konsequenz hat der §. 502. h. t. sogar rücksichtlich kollidirender Hypotheken verworfen. Kein Gesetz spricht allgemein aus, daß die Anmeldung der Hypothek die Kraft der Eintragung habe, und die Präsentation der Eintragungsgesuche allein entscheiden solle. Es konnte dies auch nicht geschehen, ohne allen Glauben des Hypothekenbuches und die Bedeutung des redlichen Erwerbes zu vernichten, zumal der Eigenthümer für de ritando damno, der Gläubiger rücksichtlich seiner de lucro captando streitet. Vielmehr ist es Sache des Gläubigers, rechtzeitig seine Anträge zu stellen und zu verfolgen, und wie ein verspäteter Arrest oder verspätete Exekutions-Einlegung dem dritten Erwerber nicht entgegensteht, so kann auch ein etwaiges Versehen der Hypothekenbehörde nicht dem redlichen Erwerber schädlich sein. Es genügt, daß der Gläubiger ein dingliches Recht nicht erlangt hat, gleichviel, ob durch seine oder des Richters Schuld. Ohne eigenen dolus oder culpa haftet der Erwerber für jeden Nachtheil des Gläubigers durch etwaige unrichtige Zurückweisung des Hypothekenrichters

---

1) Vergl. in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 4. sub b.

2) Vergl. in den Erg. zum A L. R. I. 10. §§. 7. u. 8. Zus. 2. (s. ob. S. 301.)

3) Vergl. in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 1.

oder seine Zögerung und Nichtbeachtung des früheren Hypothekentitels nicht. Auf einen Fall der Art paßt das allegirte Präj. und dessen Begründung so wenig, als das Präj. Nr. 2346.[1]) und das Erk. v. 21. März 1851[2]), welche alle den Fall nicht betreffen, daß die Eintragung der Hypothek erst erfolgen soll, nachdem der Besitztitel für den neuen Erwerber eingetragen worden. Auch ist der §. 451. h. t. hier einflußlos, weil dort vorausgesetzt ist, daß die Abhülfe noch möglich sei. (Entsch. Bd. 35. S. 422.)

§§. 413. 414. Diese §§. sind bedeutungslos geworden, weil nach §. 11. der V. v. 4. März 1834, betr. die Exekution in Civils., der Gläubiger an keine Grade der Exekution mehr gebunden ist.

§. 415. 1) Eintragungen im Hypothekenbuche ohne einen gültigen Titel sind ganz wirkungslos. Die Einschreibung eines Vermerks in das Hypothekenbuch kann daher niemals der Rechtsgrund oder das Rechtsgeschäft sein, durch welche das vermerkte Realrecht oder die eingetragene Realverbindlichkeit zur rechtlichen Existenz gelangt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1843.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 277 ff.)

2) R. v. 12. Okt. 1832. Eine offenbar zu Unrecht erfolgte Eintragung kann der Regel nach von Amtswegen ohne Konsens der Interessenten und ohne Judikat gelöscht werden. Der Hypothekenrichter hat bei Eintragungen und Löschungen zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft seinem Wesen nach nicht gegen die Vorschrift der Gesetze, der Form nach rechtsgültig und dem öffentlichen Zustande des Hypothekenbuchs gemäß sei. Bei vorhandenen Anständen in einer dieser Beziehungen erfolgt weder Eintragung noch Löschung. Aus dieser Befugniß ein Eintragungs- oder Löschungsgesuch von Amtswegen zu verweigern, folgt, daß unter solchen Umständen, wo offenbar die Verweigerung der Eintragung oder Löschung vom Hypothekenrichter hätte erfolgen sollen, der nämliche Richter, sobald er seinen Irrthum bemerkt, oder die vorgesetzte Behörde, an welche die Sache im Wege der Beschwerde gelangt, ohne Konsens der Partei, auf deren Antrag die Eintragung geschehen, die Berichtigung des Irrthums veranlassen, resp. anbefehlen darf. Dies kann bei Löschungen nur durch Wiederherstellung des Intabulats, bei Eintragungen nur durch Löschungen geschehen. Eine Ausnahme von dieser Regel greift nur dann Platz, wenn ein Dritter, veranlaßt durch die irrthümliche Löschung oder Eintragung, dem Glauben des Hypothekenbuchs folgend, ein Hypothekenrecht erworben hat, in der Meinung, daß das erworbene Recht eine größere Sicherheit gewähre, als ihm beigelegt ist; so bei einer unrichtig geschehenen Löschung in den Fällen des A. L. R. I. 20. §§. 527., 529. (Jahrb. Bd. 40. S. 478, Gräff Bd. 6. S. 56.)

Dasselbe bestimmt das R. v. 15. April 1835. Der fehlende Titel kann durch die Eintragung niemals ergänzt werden; eine dergleichen an sich ungültige Eintragung muß wieder gelöscht werden.

(Jahrb. Bd. 45. S. 500, Gräff Bd. 8. S. 38.)

§. 416. Nicht allein der Schuldner, sondern Jeder, dessen bereits erworbenes Vermögensrecht dadurch verletzt wird, hat ein Widerspruchsrecht; die nachstehenden Hypothekengläubiger nur im Falle der Unzulänglichkeit des Unterpfandes.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 53. zum §. 416. h. t.)

Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung durch den Pl. Beschl. v. 19. (29.) Sept.[3]) 1845 (Präj. Nr. 1606.) folgende Rechtsgrundsätze angenommen:

a) Auch bei dem an die Stelle des Kaufgelder-Liquidations-Prozesses durch die V. v. 4. März 1834 §§. 16—22. getretenen Kaufgelderbelegungs-Verfahren steht den nachstehenden Hypothekengläubigern frei, eben sowohl die Verität, als die Rechtsgültigkeit einer vorstehenden Hypothek anzufechten.

b) Derselbe Grundsatz gilt auch für die Fälle bloßer Revenüen-Vertheilungen — sei es, daß das Exekutionsverfahren nur erst bis zur Sequestration vorgeschritten, oder daß das Grundstück ein unverkäufliches sei.

c) Ueber die Grenzen des Konkurses, des erbschaftlichen Liquidationsprozesses bei vorausgesetzter Unzulänglichkeit der Masse, des Kaufgelderbelegungs-Verfahrens, der Revenüenvertheilungen, und der im Ges. v. 26. April 1835 über die Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger (G. S. S. 53) vorgesehenen Fälle — hieraus steht ein solches Anfechtungs- oder Widerspruchsrecht den postintabulirten Gläubigern nicht zu.

(Präj. Samml. S. 398, Entsch. Bd. 11. S. 47, J. M. 1845 S. 193.)

Vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 373—375., 393., 394.

§§. 417—421. Von Protestationen gegen präjudizirliche Eintragungen.

§. 417. 1) Der Antrag auf Eintragung einer solchen Protestation ist bei dem Prozeßrichter, welcher im geeigneten Falle eine Requisition an die Hypothekenbehörde erläßt, anzubringen.

(G. v. 24. Mai 1853, betr. die Erg. der Hyp. O. §. 46., G. S. S. 521.)

2) Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Dec. 1846 (Präj. Nr. 1821.) in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 8.

§. 418. R. v. 3. Okt. 1834. Auf den Arrest, d. h. die im Wege des Arrestverfahrens bisweilen gebräuchliche sogenannte protestatio de non amplius intabulando beziehen sich die hier gegebenen Vorschriften nicht.

(Jahrb. Bd. 44. S. 412, Gräff Bd. 9. S. 97.)

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 30. Mai 1842 (Präj. Nr. 1135.) in den Erg. zum §. 421. h. t.

§. 419. R. v. 29. Juli 1831. Gegen einen noch nicht eingetragenen Besitzer kann keine Protestation eingetragen werden, weil die Eintragung des Rechts selbst unzulässig ist (§. 405. h. t. und §. 6. A. L. R. I. 10.), folglich nicht bloß ein formales Hinderniß, sondern ein wesentlicher Mangel bei der Erwerbung des Hypothekenrechtes entgegensteht.

(Acta gen. des Justizmin. A. L. R. Nr. 21. Fol. 116.)

Vergl. die Abhandl. in den Jahrb. Bd. 25. S. 212.

§. 421. 1) Die Worte: »die Forderung selbst« bedeuten: »die unbedingte Hypothek«; die Protestation ist nur eine bedingte Hypothek. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 58. zum §. 421. h. t.)

2) Wenn auch die Purificirung der Protestation durch einen Nachtragsvermerk nicht geschehen ist, und darüber der Konkurs oder der Zwangsverkauf einbricht, so hindert dies die Wirksamkeit der bedingt eingetragenen Hypothek in dem Exekutionsverfahren nicht, sofern der Gläubiger nur die speziell hinzugefügte Bedingung, wovon die Gültigkeit und Wirksamkeit der Eintragung abhängig gemacht worden ist, erledigt, nämlich in dem Verfahren vor dem Prozeßrichter.

Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Dec. 1846 Nr. 1821. a. in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 8. und das Präj. desselben Sen. v. 31. Jan. 1846 Nr. 1707. a. in den Erg. zu den §§. 411., 417., 421. h. t.

3) Das aus einer, wegen des Widerspruchs des Besitzers, nur protestativisch erfolgten Eintragung erworbene Recht kann nach beseitigtem Hinderniß durch die Hypothekenklage geltend gemacht werden, ohne daß es der vorherigen Umschreibung der Protestation in eine Hypothek bedarf.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1854.

Der §. 421. charakterisirt die definitive Eintragung der Forderung an Stelle der Protestation nur als ein Recht, nicht als eine Verpflichtung des Gläubigers, und nach §. 299. Tit. II. der Hyp. O. tritt das zuerkannte streitige Realrecht ipso jure an die Stelle der Protestation. Deshalb ist die Geltendmachung des hypothekarischen Rechts Seitens des Gläubigers nicht von einer vorangegangenen Umschreibung der Protestation abhängig, welche vielmehr ein bloßes Formale ist. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 69 Nr. 25.)

Vergl. das Präj. desselben Sen. v. 29. Dec. 1846 Nr. 1821. in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 8.

4) Eine im Wege des (nachher für justifizirt erkannten) Arrestes wegen einer persönlichen Anforderung eingetragene Protestation de non amplius intabulando hat die Wirkung, daß ein erst später auf eben dieses Grundstück eingetragener Hypothekengläubiger, bei eintretender Unzulänglichkeit der zur Hypothek verschriebenen Sache, zum Nachtheile des Arrestanten von seinem Hypothekenrechte nicht Gebrauch machen kann.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 30. Mai 1842. (Präj. Nr. 1135.)

(Präj. Samml. S. 274, Entsch. Bd. 8. S. 57.)

Vergl. in den Erg. zur Hyp. O. Tit. II. §. 290.

---

1) Vergl. in den Erg. zum §. 410. h. t. Zus. 6.

2) Vergl. in den Erg. zu den §§. 410., 412., 420. h. t.

3) In der Präj. Samml. S. 398 ist dieser Plen. Beschl. v. 29. Sept., in den Entsch. Bd. 11. S. 47 und im J. M. Bl. 1845 S. 193 v. 19. Sept. 1845 datirt.

5) Die auf den Antrag des Gläubigers bei dem Hypothekenrichter von diesem in Gemäßheit des §. 22. der Exek. V. v. 4. März 1834 aus einem Judikate eingetragene Protestation hat nicht die Wirkung eines bloßen Arrestschlages; sie verleiht vielmehr dem Gläubiger an der Stelle ihrer Eintragung ein wirkliches Hypothekenrecht mit der Priorität nach der Zeit der Eintragung in sofern, als hiernächst der obwaltende Anstand oder der Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung gehoben wird, und der Gläubiger zur Zeit der Eintragung der Protestation sich in gutem Glauben befand.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juli 1855.

Die Protestationen, welche auf Grund des §. 22. der V. v. 4. März 1834 eingetragen worden, sind, wie dieser §. klar ergiebt, dazu bestimmt, den Gläubigern die Vorrechte aus ihrem Titel zu erhalten. Sie sind also den sogen. Protestationen pro conservando jure et loco beizuzählen, zu deren Eintragung die Hyp. O. Tit. II. §§. 18., 57., 92., 103. den Hypotheken-Richter in gewissen Fällen ermächtigt und verpflichtet. Ueber solche Protestationen handeln die Hyp. O. Tit. II. §§. 289. ff. und die §§. 417 — 421. h. t. Sie sind von einem Arreste wesentlich verschieden, finden niemals wegen persönlicher Forderungen statt, und sind nur wegen Realansprüche zulässig, die durch unverdächtige Urkunden oder sonst bescheinigt, aber wegen eines obwaltenden Hindernisses noch nicht zu einer definitiven Eintragung reif sind (Hyp. O. §§. 289 — 291. Tit. II.). Während Arreste vom Prozeßrichter verhängt werden, gehören sie zur Kompetenz des Realrichters (§. 292. a. a. O.). Die aus einem Titel zur Hypothek eingetragene Protestation zur Erhaltung der Rechte ist zwar nicht in allen Beziehungen einer wirklich intabulirten Hypothek gleichzustellen; allein der §. 298. a. a. O. giebt ihr die Wirkung, daß, so lange sie auf dem Grundstücke haftet, alle mit demselben vorzunehmende Dispositionen und darauf geschehene Eintragungen dem Protestanten in seinem wirklichen Rechte nicht nachtheilig werden können. Nach §. 299. a. a. O. und §. 421. h. t. aber kommt die Protestation in ihren Wirkungen mit der förmlichen Hypothekenbestellung darin überein, daß sie dem Gläubiger an der Stelle, wo sie eingetragen steht, ein wirkliches Realrecht mit der Priorität nach der Zeit der Eintragung sichert. Sie weicht darin von derselben ab, daß die volle Wirksamkeit des Hypothekenrechtes suspendirt bleibt, bis der obwaltende Anstand oder der Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung gehoben ist. Daher ist eine auf Grund des §. 22. der V. v. 4. März 1834 vermerkte Protestation, ihrem Wesen nach schon eine Hypothekenbestellung, nur eine vorläufige und bedingte.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 84 Nr. 19.)

§§. 422 — 426. Von Einwendungen, welche gegen eingetragene Forderungen stattfinden.

§. 422. 1) R. v. 15. Juni 1833. So lange der Schuldner das eingetragene Dokument noch nicht ausgehändigt hat, kann er dasselbe willkührlich wieder löschen und kassiren lassen.

Nach §. 422. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. verliert der Schuldner durch die Intabulation eines Anspruches noch nicht die gegen dessen Gültigkeit ihm zustehenden Einwendungen; nur gegen den Dritten, welcher nach der Eintragung durch einen lästigen Vertrag darauf Rechte erworben hat, tritt dies nach §. 423. a. a. O. ein. Die Nothwendigkeit einer Protestation, deren §. 424. ibid. §. 738. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. und §§. 177. sqq. Tit. 2. der Hyp. O. erwähnt und die darüber in §§. 179. u. 180. ibid. ertheilten Vorschriften sind auf die Voraussetzung gegründet, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine Eintragung erfolgt ist, bereits in den Besitz des Instruments und dadurch in die Möglichkeit gesetzt sei, mit demselben Dispositionen vorzunehmen, gegen welche jene Protestation schützen soll.

Da nun in dem vorliegenden Falle weder die Eintragung der R. bekannt gemacht, noch ihr die Dokumente eingehändigt worden sind, letztere vielmehr bis dahin in den Händen des rc. C. und seiner Mitpaciscenten waren und jetzt sich im Besitze des Verpfänders und Extrahenten der Löschung befinden, so leidet nach Analogie der bei unrichtig geschehenen Löschungen §§. 526., 530. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. aufgestellten Grundsätze (R. v. 12. Okt. 1832) die Berichtigung des Namen-Irrthums im Hypothekenbuche und demnächst die erbetene Löschung keinen Anstand rc.

(Min. Akt. I. 2730., Gen. H. 10. Vol. 6. Fol. 168 b.)

Koch ist derselben Ansicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 58. a. zum §. 422. h. t.)

2) Auch der Nachfolger im Besitze des verpfändeten Grundstückes ist dem eingetragenen ursprünglichen Hypothekengläubiger gegenüber berechtigt, die Gültigkeit der Hypothekenforderung, wenn er dieselbe nicht in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat, und zwar sowohl hinsichtlich der formellen Gültigkeit der Pfandbestellung, als auch hinsichtlich der Gültigkeit der Forderung selbst anzufechten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1853, auf Grund des §. 422. in Verbindung mit §§. 415. u. 12. h. t. und weil die §§. 492—494. h. t. hier nicht paßen.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 73 Nr. 17.)

Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 24. April 1857 führt aus, daß der Nachfolger im Besitze des Grundstücks aus eigenem Rechte befugt ist, die Gültigkeit der auf den Antrag eines Gläubigers seines Vorbesitzers im Wege der Exekution eingetragenen Hypothek anzufechten. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 204 Nr. 39.)

Vergl. die Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 392.

§§. 422. 423. 1) Durch die bloße Eintragung entsteht kein Hypothekenrecht, sondern dieselbe muß auf den Grund eines persönlichen Rechtes (Titels) erfolgt sein; will der Cessionar daher sicher sein, so muß er das Instrument prüfen, ob darin ein Titel zum Pfandrecht enthalten ist; denn sonst kann ihm der Schuldner, der erfolgten Eintragung ungeachtet, den Einwand des nicht existirenden Hypothekenrechts entgegensetzen und ihm bleibt nur der Regreß an den Hypothekenrichter.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(Mathis Bd. 3. S. 281 ff.)

Derselben Ansicht sind: Bornemann (System Bd. 4. S. 349 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 222), Schepers (Jahrb. Bd. 25. S. 218), Krause (Simon's Z. Bd. 1. S. 11).

Dagegen meint Ulrich, daß die §§. 422. ff. h. t. auch in dem Falle Anwendung finden, wenn die Eintragung wegen Mangels eines Titels nicht hätte erfolgen dürfen, indem derselbe ausführt:

Es liegt kein Grund vor, den im §. 422. gebrauchten Ausdruck: »ein im Hypothekenbuche eingetragener Anspruch« nur auf die Forderung zu beziehen; es ist nicht abzusehen, was den Gesetzgeber bewogen haben sollte, den Dritten gegen Einwendungen, die den Hauptanspruch betreffen, sicher zu stellen, ihm aber wegen eines Mangels in der Bestellung der Hypothek diesen Schutz vorzuenthalten. Der innere Zusammenhang der §§. 422. ff. mit den vorhergehenden Bestimmungen steht vielmehr einer solchen Beschränkung entgegen. Der für dieselbe von Bornemann (Syst. Bd. 4. Ausg. 1. S. 350, Ausg. 2. S. 222) angeführte Grundsatz des §. 15. A. L. R. I. 7., welchen derselbe mit der Bemerkung anwendet, der Dritte habe bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit aus dem Instrumente selbst den Grund ersehen können, warum die Eintragung ein Hypothekenrecht nicht zu geben im Stande, kann nicht analog auf Hypothekenrechte angewandt werden, da die Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, beim Erwerben des Besitzes eine gewisse Vorsicht zu erfordern, für Hypothekenrechte nicht in gleicher Weise zutreffen. Auch kann die Unterlassung der Prüfung, ob aus der Eintragungsurkunde Einreden hervorgehen, nicht für ein mäßiges Versehen erachtet werden; eine solche juristische Prüfung übersteigt das gewöhnliche Maß der Fähigkeit und Aufmerksamkeit, zumal in Erwägung der Autorität des rechtskundigen Hypothekenrichters und der stillschweigenden Zulassung der Eintragung von Seiten des Besitzers. Aus jener Unterlassung einen Vorwurf machen, hieße voraussetzen, daß der Nichtjurist in Rechtssachen klüger sei, als der Richter, und somit ist die aus der unterlassenen Prüfung hergeleitete Nachlässigkeit eine fingirte. Eine solche Fiktion ist dem Gesetze fremd. (J. W. 1844 S. 320 ff., 329 ff.)

2) Sind die §§. 422. sqq. auch in Betreff solcher Einwendungen gegen die Gültigkeit des Hauptanspruches anzuwenden, welche aus den Schuld- und Verpfändungsinstrumenten klar erhellen?

a) Bornemann spricht sich hierüber dahin aus:

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auch in Bezug auf Hypothekenrechte hin und wieder anerkannt worden sind (A. L. R. I. 18. §§. 259., 266., 665.) kann Niemand den Mangel der Wissenschaft vorschützen, wenn ihm bei Anwendung des gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit das Sachverhältniß nicht unbekannt bleiben konnte. In Uebereinstimmung hiermit sagt auch Suarez in dem Schlußbericht ad §§. 259., 665. Tit. 18. (Jahrb. Bd. 41. S. 91, 92):

Es ist wohl nicht die Meinung, wesentliche Rechte der Bürger des Staats von der mehreren oder minderen Akkuratesse und Sorgfalt des Hypothekenbuchführers dergestalt abhängig zu machen, daß dieselben durch die bloße Sorglosigkeit oder Unwissenheit eines solchen Beamten unwiederbringlich verloren gehen könnten. Die Hyp. O. selbst fordert an verschiedenen Stellen, z. E. Tit. 2. §. 103., die Interessenten zur Einziehung näherer Erkundigungen ausdrücklich auf. Sobald die Existenz eines Dokuments, von welchem die Qualität eines Grundstücks, die Rechte des Besitzers, die Eigenschaft einer eingetragenen Post u. s. w. abhängen, aus dem Hypothekenbuche bekannt ist, muß derjenige Interessent, welcher völlig sicher gehen will, dies Dokument selbst nachsehen, und sich aus dem Inhalt desselben näher belehren. Thut er dies nicht, und es findet

sich in der Folge, daß der Inhalt dieses Dokuments in die Hypotheken-Tabelle unrichtig oder mangelhaft übertragen worden, so kann er sich damit, daß er dem guten Glauben des Hypothekenbuches gefolgt sei, nicht entschuldigen. Wenn z. E. im Hypothekenbuch allegirt wäre, daß eine Post von 1000 Thlr. vermöge Instruments d. d. — — und lehnsherrlichen Konsenses d. d. — — auf das Lehngut N. N. eingetragen worden, und der Richter hätte vergessen, die in dem Konsens ausdrücklich enthaltene Einschränkung desselben auf 12 Jahre mit zu vermerken, so würde derjenige, der effluxo decennio eine solche Post noch durch Cession an sich lösen wollte, sich, wenn ihm in der Folge der Mangel des lehnsherrlichen Konsenses entgegengesetzt wird, mit dem fide des Hypothekenbuches nicht schützen können, da es seine Sache war, den Konsens selbst nachzusehen, und sich daraus von den Umständen und Bedingungen desselben näher zu belehren; welches er absque supina negligentia nicht unterlassen konnte.

Bezieht diese Aeußerung sich auch nur auf Lehnsverhältnisse, und handelt sie auch nur von unrichtigen und mangelhaften Eintragungen, so ergiebt doch der ganze Zusammenhang die Meinung der Redaktoren, daß der Glaube des Hypothekenbuchs nicht vorgeschützt werden dürfe, wenn das wahre Sachverhältniß aus den allegirten Urkunden zu ersehen.

(System Bd. 4. S. 350, 2. Ausg. Bd. 4. S. 222—223.)

b) Ulrich, welcher die Richtigkeit dieser Ansicht bestreitet, bemerkt:

Der Unterscheidung Bornemann's steht der Mangel einer gesetzlichen Vorschrift und die Schwierigkeit der Anwendung entgegen; denn die §§. 422. ff. reden schlechtweg von Einwendungen ohne Rücksicht darauf, ob diese aus den Eintragungsurkunden erhellen oder nicht. Man fragt ferner vergeblich, was unter klar erhellenden Einwendungen zu verstehen; der Glaube des Hypothekenb. wird auf diese Weise von der völlig vagen und schwankenden Beurtheilung, was juristisch klar oder zweifelhaft, abhängig, der Hauptzweck derselben also vereitelt. Die von Bornemann angeführten Gründe sind nicht für durchgreifend zu erachten. Der §. 260. A. L. R. I. 18. ist nicht für eine Anwendung eines allgemeinen Prinzips, sondern für eine ausnahmsweise Beschränkung des Glaubens des Hypothekenb. zu Gunsten der Lehnsinteressenten anzusehen.

(J. W. 1844 S. 320 ff., 339 ff.)

§§. 423. 424. 1) Hat ein Gutsherr eine intabulirte gutsherrliche Prästation auf mehrere Jahre zum Voraus erhoben, sodann aber das Gut verkauft, und nimmt hiernächst der neue Besitzer den Verpflichteten wegen der nach der Uebergabe fällig gewordenen, aber im Voraus erhobenen Raten in Anspruch, so steht dem Verpflichteten der Einwand der erfolgten Entrichtung zu, wenngleich die Vorauserhebung im Hypothekenbuche seines Grundstücks nicht vermerkt worden ist. Die §§. 423. u. 424. sind auf diesen Fall nicht anwendbar.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1847. (Präj. Nr. 1824.) (Präj. Samml. S. 116, Entsch. Bd. 13. S. 527.)

2) Der §. 424. schreibt keine ausschließliche Form der Kundthuung vor, und schließt mithin die besondere Kundmachung nicht aus, vielmehr bestimmt er nur, daß daher, weil Alles, was im Hypothekenbuche steht, für kundgethan erachtet (fingirt) wird, wenn man es auch wirklich nicht wissen sollte, die Einwendungen ebenfalls eingetragen werden müßten, um ganz sicher zu gehen. Ist die Eintragung unterblieben, dem Dritten aber vor der Erwerbung die Einwendung kund gethan (§. 423.), so hat es gegen diese bestimmte Person eben die Wirkung, welche die Eintragung haben würde.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 60. zum §. 424. h. t.)

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Febr. 1849 in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 738. u. 739. Zus. 12. (s. ob. S. 380.)

3) Dem Cessionar einer eingetragenen Darlehnsforderung, hinsichtlich welcher eine Protestation innerhalb 38 Tagen in dem Hypothekenbuche nicht vermerkt ist, kann der Einwand der gar nicht oder nicht vollständig erhaltenen Valuta auch dann entgegengesetzt werden, wenn er vor der Cession von dem Einwande zwar nicht durch den Aussteller der Schuldurkunde benachrichtigt worden ist, jedoch auf andere Art davon Kenntniß erhalten hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1851.

Der §. 423. in seiner wörtlichen Fassung verlangt, daß der Schuldner den Einwand dem Dritten kund gethan habe, allein daß die Benachrichtigung vom Schuldner selbst ausgegangen, ist nicht wesentlich. Hat der Dritte nur vor der Cession von dem Einwande Kenntniß gehabt, so fehlt ihm der gute Glaube. Darauf allein kommt es an. Der Einwand, eine Wissenschaft des Cessionars vor der Cession genüge nicht, der Cessionar müsse, damit sich der Schuldner des Einwandes gegen ihn bedienen könne, bei der Cession davon unterrichtet gewesen sein, ist in dem §. 423. nicht begründet. Die Worte, »die er demselben nicht vorher kund gethan hat«, weisen schon darauf hin, daß eine Benachrichtigung gerade bei der Cession nicht zu den nothwendigen Voraussetzungen des §. 423. gehört. Die Zulässigkeit des Einwandes, dem Cessionar gegenüber, ist dadurch bedingt, daß ihm derselbe nicht erst nach dem Erwerbe der Forderung bekannt geworden ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 39 Nr. 7.)

4) Zur Erhaltung der dem Schuldner gegen eingetragene Forderungen zustehenden Einwendungen bedarf es nicht, diese Einwendungen nach Grund und Gegenstand in das Hypothekenbuch verzeichnen zu lassen; der Schuldner ist vielmehr befugt, von den ihm zustehenden Einwendungen gegen den dritten Erwerber der eingetragenen Forderung Gebrauch zu machen, wenn auch in dem Hypothekenbuche nur allgemein vermerkt ist, daß der Schuldner Einwendungen zu haben behauptet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Jan. 1854.

Der Zweck der im §. 425. gedachten Protestation ist nur, jeden Dritten, welcher sich über die eingetragene Forderung in Verhandlungen einläßt, darauf aufmerksam zu machen, daß der Schuldner Einwendungen zu haben behauptet. Ueber den Grund oder Ungrund solcher Einwendungen wird durch die Eintragung der Protestation nicht entschieden, der Hypothekenbehörde steht gar nicht einmal zu, sich auf eine Untersuchung hierüber einzulassen. Schon hieraus folgt, daß es für die Wirkung der einzutragenden Protestation gleichgültig ist, auf eine nähere Darstellung der Einwendungen nach Grund und Gegenstand einzugehen. Dafür sprechen auch §. 524. h. t. u. §. 11. A. L. R. I. 10. Nach §. 524. h. t. liegt dem Schuldner, welcher die Tilgung der Schuld behauptet und sich gegen weitere Dispositionen sichern will, nur ob, seinen »Widerspruch« vermerken zu lassen. Ist also ein so allgemein gehaltener Widerspruch ausreichend, um die Disposition zu hindern, so kann auch dem Vermerk, daß der Schuldner gegen die eingetragene Forderung Einwendungen zu haben behaupte, die rechtliche Wirkung nicht abgesprochen werden. Dasselbe folgt auch aus §. 11. A. L. R. I. 10. Wird danach der Glaube des Hypothekenb. in Beziehung auf den eingetragenen Besitzer schon erledigt, wenn nur ein Zweifel über das Hypothekenrecht eingetragen ist, so muß eben das gelten, wenn es sich um die Rechtsbeständigkeit eingetragener Forderungen handelt. Der Grund des Gesetzes ist in beiden Fällen derselbe; daß aber durch eine Protestation mindestens Zweifel über die Rechtsbeständigkeit der Forderung angeregt wird, ist unbestreitbar.

(Entsch. Bd. 26. S. 324, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 254 Nr. 54.)

5) Ueber die Frage: ob die §§. 423. u. 424. auch auf andere Realrechte, als Hypothekenforderungen analoge Anwendung finden, vergl. die Abhandl. von Ulrich, welche verneint, jedoch de lege ferenda die Gleichstellung beider Arten der Rechte für erforderlich erachtet. (J. W. 1844 S. 313 ff.)

§§. 423—426. 1) Die Bestimmung der §§. 423—426., daß, wenn ein Dritter auf eine Forderung, gegen deren Gültigkeit dem Schuldner Einwendungen zustehen, nach deren Eintragung Rechte durch einen lästigen Vertrag erworben hat, der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die ihm vorher nicht kund gethan, noch binnen vier Wochen nach der Eintragung im Hypothekenbuche vermerken lassen, keinen Gebrauch machen könne, geht nicht auch auf die Einrede der dem Besitzer fehlenden Großjährigkeit.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Nov. 1852.

Denn ungeachtet der Vorschriften der §§. 423—426. ist anzunehmen, daß der gute Glaube, gestützt auf die Publizität des Hypothekenb., für dasjenige nicht in Anspruch genommen werden kann, worüber das Hypothekenb. weder Aufschluß geben kann, noch will, wie Betreffs der Minderjährigkeit des Besitzers der Fall ist, worüber aus dem Hypothekenb. nichts konstiren kann, weshalb darüber anderweitige Information von dem Betheiligten eingezogen werden muß, um Nachtheile zu vermeiden. (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 320.)

2) R. v. 28. Sept. 1840. Der Hypothekenrichter hat zufolge der §§. 423. ff. und des §. 53. des Anh. die Rechtsbeständigkeit der Einwendungen, deren Eintragung der Schuldner verlangt, nicht zu untersuchen. Der Schuldner kann, nach §. 423., dem Dritten Einwendungen, welche er demselben vor der Erwerbung nur kund gethan hat, entgegensetzen. Es kommt also lediglich darauf an, daß der Dritte von den Einwendungen überhaupt Kenntniß erhalte, und nur zu diesem Behuf ist im §. 424. die Eintragung vorgeschrieben, weil es auf diese Weise möglich ist, die Einwendungen zur Wissenschaft aller derjenigen zu bringen, welche die Forderung künftig etwa an sich bringen. Durch den Vermerk der Einwendungen wird über den Grund oder Ungrund nichts entschieden; es wird nur zur Kenntniß gebracht, daß der Schuldner Einwendungen gegen die ein-

getragene Forderung aufstellt und einem Cessionar nicht zu mehr, als dem ursprünglichen Gläubiger verpflichtet sein will. Der Umstand, daß für den Besitzer der Besitztitel noch nicht berichtigt worden, schließt mit Rücksicht auf §. 57. Tit. 2. der Hyp. O., und da das Mindere in dem Mehreren enthalten ist, den Antrag auf Vermerk der Einwendungen nicht aus. (J. M. Bl. 1840 S. 322.)

3) R. v. 9. März 1838. Hypothekenforderungen, welche von dem Eigenthümer des Grundstücks angefochten und gerichtlich aufgehoben werden, können von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht weiter cedirt werden. (Jahrb. Bd. 51. S. 169, Gräff Bd. 12. S. 41.)

4) Ob die Cession innerhalb der vierwöchentlichen Frist stattgefunden, ist unerheblich, vielmehr genügt es, um die Einwendungen des Schuldners gegen den dritten Erwerber der Forderung auszuschließen, daß dieselben weder rechtzeitig im Hypothekenbuche vermerkt, noch dem Erwerber sonst kundgethan worden sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 36 Nr. 8.)

§§. 423—426. 522. 523. 1) Die Vorschriften des A. L. R. I. 20. §§. 423—426., 522. u. 523., Tit. 11. §. 739., Anh. zum A. L. R. §. 53., nach welchen der Schuldner einer eingetragenen Forderung seiner Einwendungen gegen einen dritten redlichen Erwerber bei unterlassener Kundmachung oder Vermerkung im Hypothekenbuche verlustig geht, finden auch Anwendung, wenn dem Exekutionssucher eine hypothekarische Forderung des Exequendus auf Grund des §. 6. des G. v. 4. Juli 1822 durch richterliche Verfügung überwiesen worden ist.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1855[1]). (Präj. Nr. 2624.)

Der in dem früheren Präj. Nr. 705. aufgestellte Grundsatz hat seine vollkommene Berechtigung, in sofern die Rede ist von dem in den §§. 1—5. des G. v. 4. Juli 1822 vorgesehenen Falle, wenn nämlich dem Exekutionssucher eine Aktivforderung seines Schuldners bloß zur eigenen Einklagung überwiesen wird. Denn hier bleibt die Aktivforderung nach wie vor im Eigenthum des Exequenden; der Exekutionssucher tritt nur in die Rechte des Assignatars und Bevollmächtigten, kann nur aus dem Rechte des Exequenden klagen, und stellt mit diesem, dem Schuldner der angewiesenen Forderung gegenüber, in rechtlicher Beziehung eine Person vor[2]). Daher kann hier der Schuldner der Aktivforderung, selbst wenn dieselbe in das Hypothekenb. eingetragen ist, dem Exekutionssucher alle Einwendungen entgegen setzen, welche demselben gegen den zu Exequirenden zustehen, eben weil der Exekutionssucher, indem er als Kläger auftritt, nicht ein Dritter im Sinne des Gesetzes ist, sondern mit dem Exequendus eine Person darstellt. Anders aber, wenn es sich von einem Falle des §. 6. des G. v. 4. Juli 1822 handelt, welcher dem Exekutionssucher gestattet, die Aktivforderung an Zahlungsstatt anzunehmen. Die Angabe, Annahme an Zahlungsstatt, ist ihrer rechtlichen Natur nach ein Mittel zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, befreit also den Schuldner von seiner Verbindlichkeit. Deßhalb geht die Sache, welche an Zahlungsstatt gegeben und angenommen wird, in das Eigenthum des bisherigen Gläubigers über, und diese Uebertragung erfolgt durch den Richter. Der Exekutionssucher kann also dem Schuldner der Aktivforderung gegenüber nur aus dem Gesichtspunkte eines dritten Inhabers dieser Forderung aufgefaßt werden. Die von dem Richter zu erlassende Verfügung soll die Bedeutung einer Cession haben; es soll also gerade das Rechtsverhältniß eintreten, welches das A. L. R. bezüglich der Abtretung der Rechte dahin anerkennt, daß dabei das Eigenthum der Forderung übergehe und mit dieser Wirkung an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein neuer trete. Ist dies aber, so muß auch zugegeben werden, daß, wenn die überwiesene Forderung eine eingetragene ist, auch die für Cessionen eingetragener Forderungen gegebenen Vorschriften zur Anwendung kommen müssen. Dies liegt auch in der Natur desjenigen Verhältnisses, welches dem §. 6. des G. v. 4. Juli 1822 zum Grunde liegt. Hat Jemand eine Forderung erstritten, so hat der zu Exequirende,

[1]) Das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 705. v. 3. Juni 1839 (Präj. Samml. S. 345, J. W. 1840 S. 515) hat angenommen, daß bei einer in Gefolge des G. v. 4. Juli 1822 stattfindenden Ueberweisung einer hypothekarischen Forderung der eingewiesene Gläubiger sich diejenigen Einwendungen des Grundstücksbesitzers gefallen lassen muß, welche demselben gegen den Exequenden zugestanden haben würden. Da der III. Sen. späterhin von diesem Grundsatze abweichen wollte, so gelangte die Frage zur Entscheidung des Plenums.

[2]) Vergl. auch die Gründe des Präj. v. 15. Juni 1855 (s. in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105. zu den §§. 2—5. des G. v. 4. Juli 1822).

im Einverständniß seines Gläubigers, die Berechtigung, seine Schuld durch Ueberweisung einer ihm zustehenden Forderung zu tilgen und zu diesem Zwecke die Forderung zu cediren. Geschieht dies, so treten alle Konsequenzen der Cession ein, also auch die, daß der Schuldner einer hypothekarischen Forderung dem Cessionar keine Einwendungen entgegensetzen darf, welche dem Letzteren nicht in irgend einer Weise bekannt geworden oder in dem Hypothekenb. vermerkt sind. Vor Erlaß des G. v. 4. Juli 1822 konnte nur von einer solchen, also freiwilligen Cession, die Rede sein. Es ist aber zur Erwägung gezogen, daß kein Grund vorhanden sei, dem Exekutionssucher das Recht zu versagen, eine solche Cession zu erzwingen. Um dies auszuführen, hätte das Gesetz füglich aussprechen können, wie dies in dem analogen Falle des §. 443. A. L. R. I. 11. geschehen ist, daß der Exequendus zur Ausstellung der Cession durch exekutive Zwangsmittel angehalten werden könne. Wäre eine solche Bestimmung getroffen, wäre also eine ausdrückliche von dem Exequendus ausgehende Cession erforderlich geachtet worden, so würde nicht zu bezweifeln sein, daß eine solche Cession, wiewohl durch den Richter erzwungen, alle durch das Gesetz an die Cession geknüpften Folgen und Wirkungen haben müßte. Das Gesetz ist jedoch noch einen Schritt weiter gegangen. Um dem bösen Schuldner die Gelegenheit zu entziehen, durch Versagung der Cession den Gläubiger ohne Noth aufzuhalten, und in seinem Rechte zu verletzen, ist ausgesprochen, daß es der Cession des Exequendus nicht bedürfen, die Verfügung des Gerichts vielmehr die Stelle der Cession vertreten und diese Cessionsverfügung (§. 9.) auf dem schriftlichen Dokumente über die zu übereignende Forderung vermerkt werden solle. Hiernach ist klar, daß die sogenannte Cessionsverfügung des Richters in allen Beziehungen die Stelle der von dem zu Exequirenden auszustellenden Cession vertreten soll. Eben deshalb muß sie auch dieselben Wirkungen haben.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 36, Entsch. Bd. 30. S. 404, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 171 Nr. 40, J. M. Bl. 1855 S. 166 Nr. 73.)

2) Dieser Grundsatz gilt aber nicht in dem Falle der Assignation im Wege der Exekution; denn der Assignatarius ist, dem Schuldner gegenüber, kein Dritter, sondern der Vertreter des Gläubigers (procurator in rem suam).

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Juni 1855 (Entsch. Bd. 30. S. 442) in den Erg. zur A. G. O. I. 24. §§. 101—105. zu den §§. 2—5. des G. v. 4. Juli 1822.

§§. 424—426. Der Grundsatz, daß dem dritten Inhaber einer eingetragenen Forderung nur solche Einwendungen entgegen zu setzen sind, welche binnen vier Wochen nach der Eintragung der Post in dem Hypothekenbuche vermerkt sind, findet nur Anwendung, wenn das hypothekarische Recht als solches verfolgt wird. Nach erfolgter Löschung des Hypothekenrechts oder wenn das dem Hypothekenrecht unterliegende persönliche Forderungsrecht geltend gemacht wird, ist aber das Rechtsverhältniß des Schuldners zu dem Cessionar lediglich nach dem Grundsatze des A. L. R. I. 11. §§. 407. ff. zu beurtheilen.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 19. März 1855[1]). (Präj. Nr. 2627.)

Die §§. 423—426. sprechen nur von eingetragenen Forderungen, so daß also die Eigenschaft als eingetragene Forderungen sich als etwas Wesentliches darstellt. Diese Vorschriften stehen daher mit den durch die Eintragung begründeten Hypothekenrechten in nothwendiger Beziehung und es ist dabei lediglich das Verhältniß in's Auge gefaßt, in welches der dritte Erwerber zu der eingetragenen Forderung tritt. Sie haben lediglich den Uebergang eingetragener Forderungen auf einen Dritten zum Gegenstande, und beabsichtigen nicht die Aufstellung von Grundsätzen in Betreff des persönlichen Nexus des debitor cessus zu dem Cessionar; denn sie sind nicht bloß wiederholend und bezugnehmend, sondern enthalten das Gegentheil von dem, was in den §§. 407.

[1]) Schon das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 815. v. 22. Febr. 1840 (Präj. Samml. S. 116, Entsch. Bd. 5. S. 372) hatte folgenden Rechtsgrundsatz ausgesprochen: »Der Grundsatz, daß dem Dritten, welcher eine Hypothekenforderung nach deren Eintragung durch einen lästigen Vertrag erworben hat, solche Einwendungen und Gegenforderungen nicht entgegengesetzt werden dürfen, welche binnen vier Wochen nach Eintragung der Post im Hypothekenb. nicht vermerkt sind, findet nur Anwendung, wenn das Hypothekenrecht selbst verfolgt wird. Macht dagegen der dritte Inhaber das persönliche Forderungsrecht, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellt ist, vor oder nach Löschung der letzteren geltend, so ist das Rechtsverhältniß lediglich nach den von Cessionen nicht eingetragener Forderungen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.« — Denselben Grundsatz hatte der III. Sen. in dem Erk. v. 30. März 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 44 Nr. 11.) angenommen. In einer späteren Entsch. v. 7. April 1854 wich indeß jener Senat von dem gedachten Grundsatze ab, weshalb die Frage vor das Plenum gebracht wurde, welches die ältere Meinung aufrecht erhalten hat.

und 408. A. L. R. I. 11. über den persönlichen Nexus ausgesprochen ist. Hieraus folgt von selbst, daß die §§. 423. ff. außer Anwendung bleiben müssen, wenn die Forderung nicht in der Eigenschaft als eingetragene, sondern bloß der persönliche Anspruch verfolgt wird. Dies ergiebt sich auch aus dem Grunde und Zwecke der Bestimmungen der §§. 423. ff. Dieselben haben nämlich ihren Grund in dem öffentlichen Glauben des Hypothekenb. Der dritte Erwerber einer eingetragenen Forderung hat ein Recht darauf, hinsichtlich deren Gültigkeit dem Inhalte des Hypothekenb. zu vertrauen; es soll ihm die Realisirung der Forderung aus dem zur Hypothek bestellten Grundstücke, soweit der locus dazu einen Anspruch giebt, gewährt werden. Nur zu Gunsten dieses Prinzips ist der §. 407. A. L. R. I. 11. in seiner Wirkung beschränkt worden, nur deshalb soll der debitor cessus seine nicht eingetragenen und nicht kund gethanen Einwendungen gegen die Gültigkeit der Forderung zum Opfer bringen. Er verliert nur, wie der §. 424. h. t. sich ausdrückt, seine Einwendungen »wider die eingetragene Forderung«, also die Einwendungen gegen die Forderung in ihrer Eigenschaft als eingetragene. Bei hypothekarischen Forderungen tritt, neben der persönlichen, auch eine dingliche Obligation hervor, welche letztere einem selbstständigen Rechte entspricht, und deren Wirkung sich bei einem Wechsel des Eigenthümers der hypothekarisch verpfändeten Sache insbesondere durch das Recht des Gläubigers manifestirt, den Betrag der Schuld gegen den dritten Besitzer einzuklagen. Nur diese dingliche Obligation wird sonach von dem Verluste der Einwendungen im Falle der §§. 423. u. 424. h. t. betroffen. Hierüber hinaus, wenn es sich also nicht mehr von Geltendmachung des Realrechts handelt, wenn dieses nicht mehr besteht, schon völlig geltend gemacht ist und nur der persönliche Anspruch verfolgt wird, bleibt kein Raum für die Anwendung jener nur auf die Verfolgung des dinglichen Rechts bezüglichen Vorschriften. Auf die persönliche Verpflichtung kann daher jenes in den §§. 423. ff. ausgesprochene Prinzip nicht den Einfluß haben, daß die gesetzlich begründete Lage des persönlichen Schuldners dem Cessionar gegenüber dadurch verschlechtert werde. Dies würde einer ausdrücklichen, den §. 407. A. L. R. I. 11. für diesen Fall aufhebenden Anordnung bedurft haben, und eine solche ist nicht getroffen. Soweit daher der Anspruch losgetrennt von der Hypothek seine persönliche Natur behält, muß er auch nach dem Grundsatze von Cession uneingetragener Forderungen überhaupt beurtheilt werden. Hierin findet auch der Einwurf seine Erledigung, daß die eingetragene persönliche Forderung mit der Hypothek selbst verschmelze und eine Hypothekenforderung geworden sei, als Folge hiervon aber derjenige, welcher eine solche Forderung, während sie noch eingetragen war, erworben, damit auch in Beziehung auf die miterworbene persönliche Forderung das Recht erworben habe, daß ihm bei Geltendmachung derselben nach verlorenem Realrecht keine anderen Einwendungen entgegen gesetzt werden dürfen, als diejenigen, welche auch gegen das Hypothekenrecht von Wirkung gewesen sein würden. Denn die nur durch die Natur einer Hypothekenforderung bedingte Verschmelzung ist keinesweges der Art, daß, nachdem sie einmal erfolgt war, eine gesonderte Verfolgung der bloßen persönlichen Forderung gar nicht mehr stattfinden konnte. Im Gegentheil erkennt das Gesetz eine solche gesonderte Verfolgung im §. 494. u. §. 524. h. t. als zulässig an. Daß aber, je nachdem bloß der persönliche oder bloß der dingliche Anspruch verfolgt wird, die für das eine oder das andere Verhältniß geltenden Rechtsregeln eintreten müssen, liegt in der Natur der Sache. Ebenso zweifellos ist aber, daß Einwendungen des Schuldners, die dem dinglichen Anspruche nicht würden entgegen gesetzt werden können, bei Verfolgung des persönlichen Anspruchs zulässig sind, wie dies aus den §§. 534. u. 535., in Verbindung mit den §§. 246., 247. u. 248. h. t. zu entnehmen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 36, Entsch. Bd. 30. S. 21, Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 300 Nr. 66., J. M. Bl. 1855 S. 126.)

Derselben Ansicht sind Koch (Lehre vom Ueberg. der Ford. S. 129 ff.) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 222).

§§. 428—435. Vertretung der das Hypothekenbuch führenden Behörde.

1) Ueber die Vertretungspflicht des Hypothekenrichters vergl. auch die §§. 450—452., 503. h. t. und die Hyp. O. Tit. I. §§. 71., 76. sqq. nebst den Erg. dazu.

2) Ueber das Verfahren, welches der Hypothekenrichter bei ungehörigen Eintragungen in das Hypothekenbuch zu beobachten hat, vergl. den Aufsatz von Möbius in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 213 ff.

§. 428. Der Richter muß die Richtigkeit des Hypothekenscheines und Fehler gegen die gesetzmäßige Form der Eintragungen vertreten.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).
(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 382 ff.)

§. 430. Vergl. Suarez Bemerk. in den Schlußvorträgen zur Rechtfertigung dieser Bestimmung. (Jahrb. Bd. 41. S. 60.)

§§. 433—435. Die Vertretungspflicht der Beamten wird in diesen §§. bloß subsidarisch bestimmt. Es liegt hierin eine andere Bestimmung, als wovon die Hyp. O. Tit. 1. §§. 78—82. handelt, wo das Vertretungsverhältniß der Beamten unter einander festgesetzt wird. Hier ist vom Verhältniß gegen Andere, gegen den, der sich mit dem Schaden bereichern würde und gegen den betrüglichen Urheber des Schadens die Rede. Die §§. 433—435. beruhen auf dem allgemeinen Grundsatze der subsidiarischen Verantwortlichkeit, welchen das A. L. R. II. 10. §. 91. ausspricht. (Gesetzrev. Pens. III. S. 168.)

§. 435. Der §. 435. ist auf den §. 284. A. L. R. I. nicht, sondern nur auf die in den §§. 297. ff. ebendas. gedachten Fälle zu beziehen. Daher ist zur Begründung der von dem Gläubiger direkt gegen den subsidiarisch haftenden Hypothekenrichter wegen seines aus der versäumten Eintragung der Hypothek erlittenen Schadens anzustellenden Regreßklage der Umstand, daß der zunächst für den Schaden Verhaftete schon früher unpfandbar befunden worden, und den Manifestationseid geleistet hat, nicht ausreichend.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Mai 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 340 Nr. 65.)

§§. 436—442. Wirkungen des Hypothekenrechts.

§. 436. 1) In Z. 2. ist statt: »zu« zu lesen: »der«.
(R. v. 23. Sept. u. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 680, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 1.)

2) Die erfolgte Eintragung einer Hypothekenforderung wird dadurch keine ungehörige, daß sie auf den Antrag eines nicht gehörig legitimirten Stellvertreters des Gläubigers geschehen ist, wenn aus der Verschreibung die Absicht der Interessenten, die Eintragung bewirken lassen zu wollen, erhellt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. April 1839. (Präj. Nr. 652.) (Präj. Samml. S. 116.)

3) Der Ausdruck: »gehörig erfolgte Eintragung« führt darauf, anzunehmen, daß eine ungehörige Eintragung keine Rechte gebe, was doch im Allgemeinen nicht gilt und wohl auch nicht gemeint ist. Die Vollendung des Realrechts durch die wirkliche Eintragung war zu bezeichnen. (Gesetzrev. Pens. III. S. 168.)

4) In Betreff der Folgen der nicht gehörig erfolgten Eintragung unterscheiden die Gesetzrevisoren in folgender Art:

a) Wenn die Forderung an sich rechtsbeständig, jedoch der Titel zur Hyp. gefehlt habe, so sei kein Hypothekenrecht erworben; der Eigenthümer und Jeder, der einen Titel von ihm hat, könne fordern, daß die zur Ungebühr eingetragene Hypothek gelöscht werde; ein Dritter, welcher diese Hypothek bona fide erworben hat, würde bei derselben geschützt werden. De lege ferenda aber sei es bedenklich, das Recht des Gutseigenthümers, die Löschung zu verlangen, gegen den eingetragenen Gläubiger in perpetuum zuzulassen, da anzunehmen, daß er, wenn er nicht gegen eine zur Ungebühr erfolgte Eintragung binnen kurzer Frist Einspruch erhebt, die Eintragung genehmige; den postlocirten Gläubigern aber könne ein Recht, auf Löschung oder Prioritätseinräumung zu klagen, überhaupt nicht zugestanden werden, da ein solches Recht mit der vermuthlichen nachträglichen Ratihabition des Gutsbesitzers im Widerspruche stehen würde.

b) Ist die Forderung selbst nicht gültig, so könne sie durch die Eintragung allein nicht gültig werden.

c) Hat endlich der Richter eine an sich gültige, jedoch wegen mangelnder Förmlichkeiten nur zur protestativischen Eintragung qualifizirte Forderung als Hypothek unbedingt eingetragen, so stehe dem Eigenthümer nur frei, seine etwanigen Einreden eintragen zu lassen. (a. a. O. S. 449, 450.)

§. 439. 1) Der §. 439. entscheidet die Kontroverse über die Auslegung der L. 7. §. 2. D. de distract. pign. (XX. 5.).

Vergl. die Motive dieser Bestimmung in Suarez rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 37) und in dem Schlußberichte (Jahrb. Bd. 41. S. 60, 61).

2) Der §. 439. setzt eine schon vorhandene Hypothekenbestellung voraus, und daher steht derselbe der rechtlichen Wirkung einer auf richterliche Verfügung im Wege des Arrestes erfolgten Eintragung einer protestatio de non amplius intabulando für eine nicht eingetragene Forderung in soweit nicht entgegen, als durch dieselbe der später eingetragene Gläubiger verhindert wird, zum Nachtheile des Arrestanten von seinem Hypothekenrechte Gebrauch zu machen.

Dieser Grundsatz gilt auch für den Fall der auf Grund eines Vertrages erfolgten Eintragung einer solchen Protestation, und zwar auch dann, wenn für die Eintragung von vorhergehenden Hypotheken ein bestimmter Raum freigelassen ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1853, mit Rücksicht auf §. 24. h. t. und dessen Allegate, so wie aus dem Grunde, weil das Wort: »mehr« im §. 439. klar ergebe, daß eine vorhandene Hypothekenbestellung vorausgesetzt werde; endlich unter Bezugnahme auf den Pl. Beschl. v. 30. Mai 1842. (Präj. Nr. 1135.)

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 30 Nr. 6.)

Vergl. die Erg. zur Hyp. O. Tit. 2. §. 290.

3) R. v. 21. Okt. 1842. Die Eintragung einer Bestimmung, daß der Schuldner ohne Konsens des Gläubigers keine Realansprüche dritter Personen auf das verpfändete Grundstück sub Rubr. II. des Hypothekenbuchs eintragen lassen soll, ist unerlaubt auf Grund des §. 439. h. t., welcher analogisch anzuwenden. Eine solche Eintragung hätte auch gar keinen Zweck (§. 500. h. t. und A. G. O. I. 50. §. 387.) und ist daher schon nach §. 83. der Einl. zum A. L. R. nicht zulässig. (J. M. Bl. 1842 S. 331.)

§§. 441. 442. 1) Der §. 441. enthält die Anwendung des Grundsatzes des §. 23. h. t. auf die Hypothek.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 75. zum §. 441. h. t.)

2) Betreffend den Begriff einer »erheblichen Verringerung der Substanz.«

a) R. v. 7. Febr. 1841.

Zufolge §. 12. Tit. 29. der Proz. O. kann ein Hypothekengläubiger Arrest nachsuchen, wenn er nachzuweisen vermag, daß sich Umstände ereignet haben, weshalb die Hypothek die anfänglich davon zu erwartende Sicherheit nicht mehr gewährt. Diesen Grundsatz erkennt das A. L. R. I. 20. §§. 441. u. 442. an. Was als eine erhebliche Verringerung der Substanz anzusehen sei, hat das Gesetz zwar hierbei nicht besonders bestimmt. Daß aber außerordentliche und solche übertriebene Holzverkäufe, wodurch die zu dem verpfändeten Gute gehörenden Waldungen gänzlich vernichtet werden, dahin zu rechnen sind, ergeben nicht bloß die analogen Bestimmungen der §§. 564—566. Tit. 18. a. a. O., sondern es folgt dies auch aus den §§. 4—6. des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811. (G. S. 1811 S. 303.) Darnach brauchen nämlich die Realgläubiger die Urbarmachung der Forsten und außerordentliche Holzverkäufe sich nur dann gefallen zu lassen, wenn diese Maßregeln nach dem Gutachten zweier Kreisverordneten nöthig sind und die Verwendung der dabei erzielten Kaufgelder entweder in die Substanz der Güter oder zur Tilgung der darauf haftenden Realschulden geschieht. Hat nun der Besitzer eines Gutes den einzigen dazu gehörigen Wald verkauft und vollständig niederhauen lassen, ohne ein solches Gutachten zu extrahiren und ohne das Kaufgeld in vorgedachter Art zu verwenden; verlangt deshalb der Hypothekengläubiger im Wege der Arrestklage, daß den nachtheiligen Dispositionen des Besitzers begegnet und demselben die Abfuhr des Holzes untersagt werde, so erscheint dieses Verlangen gerechtfertigt, zumal das Holz, so lange es noch nicht fortgeschafft ist, als Pertinenz dem Hypothekengläubiger verhaftet bleibt (§. 445. h. t.).

(J. M. Bl. 1841 S. 99.)

b) Die Erk. der beiden Sen. des Kammerger. v. 5. Mai 1834 und 23. Febr. 1835 sprechen sich über die Frage gleichfalls in Betreff eines verpfändeten Forstes aus. Dieselben legen hierbei den §. 564. A. L. R. I. 18. zu Grunde und bemerken, daß, da in den §§. 441., 442. das zu beobachtende Verfahren nicht angegeben, zuvörderst ermittelt werden müsse, ob wirklich nachtheilige Dispositionen vom Besitzer getroffen, und erst, nachdem dies nachgewiesen, seien die beschränkenden richterl. Verf. zu erlassen; von der Anlegung eines Arrestes könne daher gar nicht die Rede sein, da die A. G. O. I. 29. §. 12. einen ganz anderen, als den vorliegenden Fall voraussetze.

(J. W. 1836 S. 77 ff.)

c) Schmidt erachtet die Frage, ob eine solche Verringerung vorhanden, als eine rein faktische, die sich nicht nach einem allgemeinen Rechtsprinzipe beurtheilen lasse. Es komme darauf an, ob die Verringerung für den Gläubiger erheblich ist, so daß die Sicherheit, welche er als eine bleibende sich zu berechnen bei der Verpfändung Veranlassung oder Grund hatte, geschmälert zu sein scheine. Diese Schmälerung sei denn für den Gläubiger von selbst erheblich, möge sie so gering sein, wie sie wolle. — Die richterl. Verf., welche dem Besitzer Schranken setzen kann, sei die Verf. der Sequestration.

(Pfandr. S. 442 Anm. 12.)

d) Koch spricht sich ebenfalls dahin aus, daß die Frage rein faktischer Natur sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 75. zum §. 441. h. t.

3) Der Hypothekengläubiger ist nicht berechtigt, von dem persönlich verpflichteten Schuldner eine anderweitige Sicherstellung für die bei der nothwendigen Subhastation des verpfändeten Grundstücks ausgefallene Hypothekenforderung zu verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1856.

Die §§. 22., 23., 260., 441., 442., aus welchen das Gegentheil folgen soll, setzen eine Beeinträchtigung der Sicherheit durch den Verlust, oder eine Werthsverringerung der mit dem Pfand- oder Hypothekenrechte belasteten Sache voraus. Durch die nothwendige Subhastation dagegen erlischt das Hypothekenrecht und es verbleibt nur der persönliche Anspruch an den Schuldner. Auf den Fall, wenn der Gläubiger durch Realisirung der Hypothek wegen Unzulänglichkeit der Kaufgelder nicht befriedigt ist, passen jene §§. nicht.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 97 Nr. 26.)

4) Ueber die Frage: in wiefern der Hypothekengläubiger sich an den vorigen dritten Besitzer der Sache halten kann, wenn dieser die Substanz derselben vernichtet oder vermindert hat, vergl. die Abhandl. von Rinteln in der J. W. 1844 S. 805 ff., desgl. Schmidt's Pfandr. S. 578., 593.

§§. 443—481. Worauf das dingliche Recht des Hypothekengläubigers sich erstrecke.

I. G. v. 13. April 1841 über den erleichterten Austausch einzelner Parzellen von Grundstücken.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen, um den Austausch einzelner Parzellen von Grundstücken im Interesse der Landeskultur[1]) zu erleichtern, auf Antrag Unseres Staatsmin. und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, für diejenigen Landestheile, in welchen das A. L. R. und die Hyp. O. Gesetzeskraft haben, was folgt:

§. 1. Jeder Grundeigenthümer ist befugt, einzelne Gutsparzellen gegen andere Grundstücke auch ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger und anderer Realberechtigten zu vertauschen, wenn dazu bei einem bepfandbrieften Gute die Kredit-Direktion, bei einem anderen Gute die Provinzial-Behörde, welche die Auseinandersetzungs-Angelegenheiten leitet, die Genehmigung ertheilt.

§. 2. Diese Genehmigung darf nur unter folgenden Bedingungen ertheilt werden:

1) Die abzutretende Parzelle muß, im Verhältniß zu dem Gute, von welchem sie abgetrennt werden soll, von geringem Umfange sein.

2) Der Tausch muß dem Gute, für welches die Genehmigung nachgesucht wird, durch den besseren Zusammenhang des einzutauschenden Grundstücks mit dem Gute Vortheil bringen.

3) Wenn der abgeschätzte Werth der abzutretenden Parzelle mehr beträgt, als der Werth des einzutauschenden Grundstücks, so darf der Ueberschuß höchstens den fünften Theil des Werthes der abzutretenden Parzelle erreichen, und es muß die zur Ausgleichung herauszuzahlende Summe zur Sicherheit der Berechtigten deponirt werden.

§. 3. Sind die Bedingungen bei dem einen der beiden Güter, zwischen welchen der Austausch bewirkt werden soll, vorhanden, bei dem andern aber nicht, so ist nur bei jenem das gegenwärtige Gesetz anzuwenden, für das andere bleibt es bei den allgemeinen Gesetzen, nach welchen die Einwilligung der einzelnen Realberechtigten erforderlich ist.

§. 4. Die abgetretene Parzelle scheidet aus dem Realverbande des Guts, zu welchem solche bis dahin gehört hat, aus, und das eingetauschte Grundstück tritt in Beziehung auf die Hypothekengläubiger und anderen Realberechtigten an die Stelle der abgetretenen Parzelle.

Die genehmigende Behörde (§. 1.) hat von dem Austausch der Hypothekenbehörde beider Grundstücke Anzeige zu machen.

§. 5. Wenn das Gut, für welches ein solcher Austausch beabsichtigt wird, in einem Lehen- oder Fideikommißverbande steht, so ist auf die Wahrung der Rechte der Lehen- und Fideikommißfolger nicht das gegenwärtige G., sondern das G. über Familienschlüsse v. 15. Febr. 1840 §. 15 (G. S. S. 20) anzuwenden. (G. S. 1841 S. 79.)

Dazu:

1) Betreffend die Kompetenz der Behörden zur Ertheilung der in den §§. 1. u. 2. erwähnten Genehmigung.

a) C. R. des Justizmin. v. 23. Okt. 1841. Die Regierungen sind kompetent, in den von ihnen geleiteten Auseinandersetzungs-Angelegenheiten die nach den §§. 1. u. 2. des G. v. 13. April 1841 erforderliche Genehmigung zur Austauschung von Parzellen nicht bepfandbriefter Güter zu ertheilen.

(J. M. Bl. 1841 S. 332, M. Bl. d. i. V. 1841 S. 290.)

b) R. des Min. des Inn. v. 11. Febr. 1844. Bei Konkurrenz eines bepfandbrieften mit einem nicht bepfandbrieften Gute haben beide

[1]) Auf städtische Grundstücke findet daher das G. v. 13. April 1841 keine Anwendung, wohl aber auf eine Vertauschung ländlicher Gebäude.

(R. des Min. des Inn. v. 11. Febr. 1844, M. Bl. d. i. V. S. 52.)

im §. 1. des G. v. 13. April 1841 bezeichneten Behörden die Tauschbedingungen zu prüfen. (M. Bl. d. i. V. 1844 S. 52 Nr. 58.)

c) C. R. der Min. des Jnn. und des Königl. Hauses v. 11. Mai 1844 nebst Staatsmin. Beschl. v. 1. April 1844. Die Regierungen sind befugt, die nach §. 1. des G. v. 13. April 1841 zu beurtheilenden Vertauschungen einzelner Parzellen nicht bepfandbriefter Güter in soweit zu genehmigen, als dieselben bei Gelegenheit der von ihnen geleiteten Auseinandersetzungen und zur bessern Regulirung der letztern vorkommen und dienen, und als die ordentliche Auseinandersetzungsbehörde, abgesehen von dem G. v. 13. April 1841, dazu schon zufolge der §§. 64., 65. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 und §. 8. der V. v. 30. Juni 1834 befugt gewesen sein würde.

(M. Bl. d. i. V. 1844 S. 209 Nr. 233, J. M. Bl. 1844 S. 152.)

d) R. des Min. des Jnn. v. 10. Juli 1847. Verträge der Regierungen mit Rustikalbesitzern über den Austausch ländlicher Grundstücke unterliegen der Bestätigung der ordentlichen Auseinandersetzungsbehörden. (M. Bl. d. i. V. 1847 S. 206 Nr. 263.)

2) Zum §. 2. a) R. des Min. des Jnn. v. 11. Febr. 1844. Die Worte: »von geringem Umfange« sind von der Größe des Werthes, nicht aber von der Größe der Fläche zu verstehen.

(M. Bl. d. i. V. 1844 S. 52.)

b) C. R. des Justizmin. v. 5. Okt. 1848 (mitgetheilt durch das C. R. des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 15. Mai 1849), betr. das Verfahren bei der Ab- und Zuschreibung vertauschter Gutsparzellen im Hypothekenbuche hinsichtlich der darauf haftenden Abgaben und Lasten.

Das G. v. 13. April 1841 hat im §. 1. jeden Grundeigenthümer für befugt erklärt, einzelne Gutsparzellen gegen andere Grundstücke auch ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger und anderer Realberechtigten zu vertauschen, wenn dazu bei einem bepfandbrieften Gute die Kredit-Direktion, bei einem anderen Gute die Provinzialbehörde, welche die Auseinandersetzung leitet, die Genehmigung ertheilt.

Ein solcher Austausch enthält hinsichtlich eines jeden Grundstücks, von welchem die Tauschparzelle als ein bisher integrirender Antheil abgezweigt, oder als ein bisheriges Zubehör abgetrennt wird, eine unter das G. v. 3. Jan. 1845, betr. die Zertheilung von Grundstücken, fallende Zerstückelung.

Nach §. 7. dieses G. soll die Ab- und Zuschreibung der Trennstücke im Hypothekenbuche erst dann geschehen, wenn

1) die auf dem dismembrirten Grundstücke haftenden oder in Rücksicht auf dessen Besitz zu entrichtenden Abgaben und Leistungen, welche die Natur öffentlicher Lasten haben, einschließlich der aus dem Gemeinde-, Kirchen-, Pfarr- oder Schulverbande entspringenden oder sonstigen Korporations- oder Sozietätslasten definitiv oder interimistisch vertheilt sind;
2) der Vorschrift des §. 91. Tit. 2. der Hyp. O. genügt worden ist.

Es unterliegt keinem Bedenken, daß das nach §. 91. Tit. 2. der Hyp. O. mit den eingetragenen Realberechtigten und Hypothekengläubigern zu vermittelnde Regulativ bei dem Austausche von Gutsparzellen durch die von der Kredit-Direktion oder der Provinzial-Auseinandersetzungsbehörde nach §§. 1. u. 4. des G. v. 13. April 1841 zu ertheilende Genehmigung entbehrlich gemacht wird. Dagegen ist die Frage entstanden: ob unter den im §. 1. dieses G. erwähnten anderen Realberechtigten auch die öffentlichen Lasten und Abgaben zu verstehen sind, und die gedachte Genehmigung die Stelle der im §. 7. Nr. 1. des G. v. 3. Jan. 1845 vorgeschriebenen Regulirung der öffentlichen Abgaben und Leistungen vertreten könne?

In Betracht, daß es zur Zeit der Emanation des Ges. v. 13. April 1841 vor der Ab- und Zuschreibung von Trennstücken keiner Vertheilung der öffentlichen Abgaben und Leistungen, sondern nur der Anzeige bei der betreffenden Behörde bedurfte, dieses Gesetz daher nur die Schwierigkeiten des zu beschaffenden Konsenses der Hypothekengläubiger und solcher Realberechtigten, welche ihre auf speziellem Rechtstitel beruhenden Realansprüche hatten eintragen lassen, hat beseitigen wollen, hat der Justizminister, im Einverständniß mit den betreffenden Verwaltungsministerien, sich für die Verneinung vorstehender Fragen entschieden. Die Hypothekenbehörden werden daher angewiesen, bei Vertauschungen von Gutsparzellen nicht bloß auf die Beobachtung der zur Sicherstellung der Hypothekengläubiger und eingetragenen Realberechtigten in dem Ges. v. 13. April 1841 enthaltenen Vorschriften zu halten, sondern auch die hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und Leistungen in dem R. v. 23. Juni 1846 enthaltenen Anweisungen, so lange dieser Gegenstand im legislativen Wege nicht anderweit geordnet ist, zu befolgen, und also darauf zu sehen, daß vor der Ab- und Zuschreibung der Parzellen im Hypothekenbuche Seitens der Verwaltungs-Behörde die Abgaben-Regulirung bewirkt ist.

Die betreffenden Verwaltungs-Ministerien sind hierbei übrigens darüber einig, daß es in der Regel einer Vertheilung der Abgaben und Leistungen nicht bedürfen werde, daß vielmehr in die Uebertragung der auf der abzutrennenden Parzelle haftenden öffentlichen und aus dem Gemeinde-, Kirchen-, Pfarr- und Schulverbande oder aus anderen Korporations- und Societätsverhältnissen entspringenden Lasten und Leistungen auf die dagegen eingetauschte Parzelle gewilligt werden könne, wenn beide Parzellen im Werthe einander gleich stehen, oder die Differenz so geringfügig ist, daß ein Nachtheil für die Abgaben- und Leistungsberechtigten nicht zu besorgen ist.

Es sollen hiernach die Regierungen, resp. Landräthe und Magisträte mit entsprechender Anweisung versehen werden.

Den Hypothekenbehörden genügt eine von den Verwaltungsbehörden ihnen zugehende Mittheilung darüber, daß die Regulirung der öffentlichen Lasten und Leistungen überhaupt bewirkt worden ist.

(Min. Bl. d. i. V. 1849 S. 98 Nr. 143.)

3) R. des Min. des Jnn. v. 18. Jan. 1844. Die §§. 1. u. 4. des G. v. 13. April 1841 sind nicht anwendbar auf Servitutsberechtigungen. (M. Bl. d. i. V. 1844 S. 17 Nr. 21.)

II. G. v. 3. März 1850, betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke.

Wir Friedrich Wilhelm rc. rc. verordnen mit Zustimmung beider Kammern, für den ganzen Umfang der Monarchie, mit Ausnahme der auf dem linken Rheinufer belegenen Landestheile, was folgt:

§. 1. Jeder Grundeigenthümer, so wie jeder Lehns- und Fideikommißbesitzer ist befugt, einzelne Gutsparzellen gegen Auferlegung fester, nach den Vorschriften der Ablösungs-Ordnung ablösbarer Geldabgaben oder gegen Feststellung eines Kaufgeldes auch ohne Einwilligung der Lehns- und Fideikommißberechtigten, Hypotheken- und Realgläubiger zu veräußern, sofern bei landschaftlich beliehenen Gütern die Kreditdirektion, bei anderen die Auseinandersetzungsbehörde bescheinigt, daß die Abveräußerung den gedachten Interessenten unschädlich sei.

§. 2. Ein solches Unschädlichkeitszeugniß darf nur ertheilt werden, wenn das Trennstück im Verhältniß zu dem Hauptgute von geringem Werth und Umfang ist, und wenn die auferlegte Geldabgabe oder das verabredete Kaufgeld den Ertrag oder den Werth des Trennstücks erreicht.

§. 3. Das veräußerte Trennstück scheidet aus dem Realverbande des Hauptgutes, zu welchem dasselbe bis dahin gehört hat, aus, und die demselben auferlegte Geldabgabe, so wie das verabredete Kaufgeld treten in Beziehung auf die Lehns- und Fideikommißberechtigten, Hypotheken- und Realgläubiger des Hauptgutes an die Stelle des Trennstückes.

§. 4. Hinsichtlich der Verwendung der festgesetzten Kaufgelder in das Hauptgut kommen die gesetzlichen Vorschriften über die Verwendung der Ablösungs-Kapitalien zur Anwendung.

§. 5. Alle Bestimmungen, welche den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen oder sich mit denselben nicht vereinigen lassen, werden außer Kraft gesetzt.

Urkundlich rc.

Gegeben Charlottenburg, den 3. März 1850.

(L. S.) Friedrich Wilhelm.

Graf v. Brandenburg. v. Ladenberg. v. Manteuffel. v. d. Heydt. v. Rabe. Simons. v. Schleinitz. v. Stockhausen.

(G. S. 1850 S. 145.)

Dazu (zum §. 4.):

Schreiben des Min. für landwirthschaftl. Ang. v. 18. Juni 1850 an das Justizmin.

Von der Gen. Komm. zu N. ist ein Zweifel darüber angeregt worden, ob das nach §. 4. des Ges., betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke v. 3. Marz d. J., erforderliche Verfahren über die Verwendung der festgesetzten Kaufgelder in das Hauptgut zur Kompetenz der Auseinandersetzungsbehörden gehört oder dem Hypothekenrichter zu überlassen ist?

Da der §. 4. l. c. ganz allgemein auf die gesetzlichen Vorschriften über die Verwendung der Ablösungs-Kapitalien verweist, und in Betreff der Kompetenz keine Ausnahme festsetzt; da ferner die Kontrollirung der Verwendung oft technische Kenntnisse erfordert und da endlich die Auseinandersetzungs-Behörden häufig Gelegenheit haben werden, das durch den Abverkauf von Parzellen provocirte Verwendungs-Verfahren mit demjenigen, welches durch eine Ablösung oder Gemeinheitstheilung verursacht wird, zu verbinden, so ist das unterzeichnete Ministerium der Meinung, daß das beregte Verfahren sowohl nach dem Wortlaute des Gesetzes als aus Zweckmäßigkeitsgründen, und zwar nicht nur in dem Falle, wenn nach §. 1. l. c. das Unschädlichkeitsattest von der Auseinandersetzungs-Behörde, sondern auch dann, wenn dasselbe von der Kreditdirektion auszustellen ist, den General-Kommissionen oder landwirthschaftlichen Regierungs-Abtheilungen obliegt. — Bevor das unterzeichnete Ministerium die General-Kommission zu N. in diesem Sinne bescheidet, erlaubt sich dasselbe jedoch, Ew. Excellenz Ansicht über den beregten Gegenstand sich zu erbitten.

Das Justizmin. hat sich in dem Schreiben v. 3. Juli 1850 hiermit einverstanden erklärt. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 3. S. 174 ff.)

§. 443. 1) Hypothekengläubiger sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht berechtigt, vermöge ihres dinglichen Hypothekenrechts und lediglich als Folge dieses Rechts, die Feuerversicherungsgelder Behufs ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Diejenigen Rechte, welche die Hypothekengläubiger aus speziellen Rechtstiteln ableiten, und diejenigen Rechte, welche sie aus den besonderen Feuersocietäts-Reglements ableiten können, bleiben bei diesem Grundsatze unberührt.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 5. Dec. 1853[1]). (Präj. Nr. 2490.)

Nach §. 1. h. t. beschränkt sich das Recht des Pfandgläubigers auf die Befugniß, seine Befriedigung aus der Substanz der verpfändeten Sache, zu welcher nach §§. 21. und 475. h. t. die zur Zeit der Exekutions-Vollstreckung noch nicht abgesonderten Früchte, Pertinenzstücke und Zuwüchse gehören, zu verlangen. Eine möglicherweise künftig existent werdende, erst durch den Untergang der Substanz der Sache bedingte Forderung des Schuldners an einen Dritten gehört aber nicht zur Substanz der Sache. Die Vorschriften des A. L. R. I. 2. §. 47. und §§. 158. u 443. ff. h. t. verweisen auf den im §. 42. A. L. R. I. 2. aufgestellten Begriff der Pertinenzstücke, welcher wesentlich in der stattgefundenen fortwährenden Verbindung einer Sache mit einer anderen beruht, und daher auf den Anspruch, welchen der Gläubiger nach Vernichtung der Hauptsache auf die Feuerversicherungsgelder erhebt, nicht anwendbar ist. Der §. 436. h. t. bedingt das Dasein eines, an Stelle des von der Substanz getrennten, abgetretenen Pertinenzstückes erworbenen, statt dessen mit der Hauptsache verbundenen, neuen Pertinenzstückes. Hier fehlt es indessen an der Pertinenzqualität. Der §. 2280. A. L. R. II. 8. schließt die dingliche Natur der Forderung des Versicherten unzweideutig aus.

Feuerversicherungsgelder passen auch nicht unter die Begriffe der künftigen Sachen (§§. 113—115. h. t.), oder der Früchte, An- und Zuwüchse (A. L. R. I. 2. §§. 220., 222.). Zu gleichem Resultate führt die Auffassung des Anspruchs des Besitzers des Grundstücks auf Brandentschädigung unter den Begriff einer Aktivforderung (§. 42. A. L. R. I. 2., Hyp. O. I. §§. 12., 34., §§. 281. ff. h. t.). Da mithin die Feuerversicherungsgelder der nothwendigen gesetzlichen Erfordernisse für die Erwerbung des Pfandrechtstitels, Uebergabe oder Eintragung, ermangeln, und weder dem gesetzlichen Begriffe der »Früchte« oder der »An- und Zuwüchse« bezüglich des Pfandobjekts entsprechen, noch einen Theil der Substanz oder ein Pertinenzstück des abgebrannten Hauses bilden, so kann die auf dieses konstituirte Hypothek nicht eo ipso auf die Versicherungsgelder übergehen.

Die Vorschrift des §. 257. h. t. steht dem nicht entgegen; denn die darin bezogenen §§. 2. u. 3. A. L. R. I. 16. passen nicht auf diesen Fall, weil nicht, wie §. 2. erfordert, eine andere Sache aus der untergegangenen entstanden ist, und der §. 3. nicht extensiv erklärt werden darf. — Die Nothwendigkeit der Verbindung zwischen den Feuerkassengeldern und dem Gebäude folgt auch nicht daraus, daß bei Veräußerung des Gebäudes, dessen Eigenthümer dasselbe gegen Feuersgefahr versichert hat, die aus dieser Versicherung entstehenden Rechte ohne Weiteres auf den Käufer des Grundstücks übergehen, welchen Grundsatz indirekt der §. 1983. A. L. R. II. 8. und §. 49. A. L. R. I. 8. anerkenne. Denn bei jenem wird der Uebergang der Rechte auf die Versicherungsgelder durch die Abtretung des Eigenthums des Gebäudes und durch einen Akt des Eigenthümers vermittelt. Die Ansicht, daß der Eigenthümer des Gebäudes, indem er das Letztere gegen Feuersgefahr sichert, dadurch zugleich das Interesse der eingetragenen Gläubiger wahrt, als deren negotiorum gestor er mithin zu betrachten sei, würde höchstens zu einem stillschweigenden Hypothekenrechte hinführen, von dem nach den Grundsätzen des Preuß. Hypothekenrechts nicht die Rede sein kann. — Eben so unhaltbar ist auch, daß das Recht des Hypothekengläubigers auf die Feuerkassengelder deshalb ausgeübt werden könne, weil jenes Recht nur darin bestehe, deren Verwendung zur Wiederherstellung des (abgebrannten) Gebäudes zu verlangen. Es steht dem Hypothekengläubiger nicht das Recht zu, von dem Besitzer der Hypothek zu fordern, daß er mit irgendwo erhaltenen Brandversicherungs- oder Unterstützungsgeldern das zur Hypothek gestandene Gebäude herstelle, und sämmtliche Brandversicherungsgelder auf diese Herstellung verwende. Das Recht des Gläubigers, die Wiederherstellung zu verlangen (§. 471. h. t.) begründet Seitens des Verpflichteten nur eine obligatio ad faciendum, welche indeß kein Pfandrecht erzeugt, und noch weniger eine dingliche Verpflichtung auf Befriedigung aus den Geldern, welche der Schuldner von Anderen auf Grund eines ohne Konkurrenz oder Zutritt der Hypothekengläubiger geschlossenen Privatvertrages als Bauhülfsgelder zu beziehen hat. (§. 9. der V. über die Exekution v. 4. März 1834.)

Auch aus §. 59. A. L. R. I. 8. und aus §. 18. A. G. O. I. 29., so wie aus den §§. 1934., 1984., 2257., 2300. u. 2331. A. L. R. II. 8. und aus §§. 336. A. G. O. I. 50. folgt nichts für die gegentheilige Ansicht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 37, Entsch. Bd. 27. S. 1, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 330 Nr. 70., J. M. Bl. 1854 S. 61.)

In Beziehung auf die einzelnen Feuersocietäts-Reglements hat das Ob. Trib. hierüber folgende Rechtssätze angenommen:

a) Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers eines Grundstücks, auf dem sich Gebäude befinden, welche nach dem Regl. v. 30. Dec. 1837 §§. 58—61.[1]) bei der öffentlichen Feuersocietät der landschaftlich nicht associationsfähigen ländlichen Grundbesitzer im Regierungsbezirke Königsberg, mit Einschluß des zum Mohrunger landschaftlichen Departement gehörigen Theils des Marienwerder'schen Regierungsbezirks versichert sind, erstreckt sich auch auf Brandentschädigungsgelder für die eingeäscherten, aber von der Wiederherstellung ausgeschlossenen Gebäude.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Nov. 1852. (Präj. Nr. 2413.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 138, Entsch. Bd. 25. S. 400.)

b) Nach den Feuersocietäts-Reglements für die Schlesischen Städte v. 6. Mai 1842 und 1. Sept. 1852 sind den Hypothekengläubigern die Feuerversicherungsgelder mit verhaftet, wenn der Besteller der Hypothek in die Eintragung der Verpfändung in das Orts-Feuer-Lagerbuch eingewilligt hat, und dieselbe hiernächst erfolgt ist. Zur Begründung des Anspruchs eines nicht zur ersten Stelle eingetragenen Hypothekengläubigers auf diese Feuerversicherungsgelder bedarf es der Behauptung, daß dieselben von den voreingetragenen Hypothekengläubigern nicht beansprucht werden, oder daß deren Recht erloschen sei.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juli 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 113 Nr. 20.)

2) Zu den Worten: »das ganze Grundstück«.

Das Ob. Trib. führt in den Gründen des Pl. Beschl. v. 19. (29.) Sept. 1845 (Präj. Nr. 1606.), zur Widerlegung der Meinung, daß den postlocirten Gläubigern nur der nach Abzug der vorgetragenen Posten noch übrige Rest des Werthes verpfändet sei, Folgendes aus:

---

[1]) In Betreff der Frage: in wiefern sich das dingliche Recht des Hypotheken-Gläubigers auf die an die Stelle des versicherten Gebäudes tretenden Brandschaden-Vergütigungsgelder erstreckt, hat das Ob. Trib. in seiner Meinung gewechselt. Das Präj. des III. Sen. Nr. 305. v. 29. Juli 1837 (Präj. Samml. S. 307) spricht aus: »Die Feuerversicherungsgelder eines abgebrannten Gebäudes treten in soweit an die Stelle des letzteren und sind den hypothekarischen Gläubigern dergestalt verhaftet, daß, in sofern sie zur Wiederherstellung des Gebäudes ganz oder theilweise nicht verwendet worden, der Besitzer des Grundstückes über dieselben, resp. den Ueberschuß nicht willkührlich verfügen darf, vielmehr die Hypothekengläubiger ihre Befriedigung daraus zu suchen befugt sind.« — Dieser Grundsatz ist demnächst auch von dem IV. Sen. in dem Erk. v. 27. März 1851 (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 330 Nr. 73.) angenommen worden, wogegen derselbe Sen. in dem Erk. v. 30. März 1852 (a. a. O. Bd. 6. S. 91 Nr. 24.) hiervon abweichend den Grundsatz aufgestellt hat, »daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers sich nur alsdann auf die Brandentschädigungsgelder des vor der Eintragung der Forderung auf dem Grundstücke bereits abgebrannten Gebäudes erstreckt, wenn in dem Statut der Versicherungsgesellschaft eine diesfällige Bestimmung ausdrücklich enthalten ist.« Die Streitfrage ist nunmehr durch den Pl. Beschl. v. 5. Dec. 1853 zu Gunsten der neueren Ansicht entschieden.

Ueber die in Folge dieses Plen. Beschl. eingeleiteten legislativen Berathungen vergl. den Aufsatz im J. M. Bl. 1855 S. 312—316 und die Erörterungen hierüber in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 15. ff.

[1]) Ganz gleichartige Bestimmungen finden sich im Provinzial-Feuersocietäts-Regl. für Westphalen v. 5. Jan. 1836 (G. S. S. 49) §§. 58—62., für Posen v. 5. Jan. 1836 (a. a. O. S. 85) §§. 58—62., für die Städte von Sachsen v. 5. Aug. 1838 (G. S. S. 381) §§. 58—62., für die Städte Alt-Pommerns *rc.* v. 23. Febr. 1840 (G. S. S. 33) §§. 57—62., für die Städte vom Gumbinner Regierungsbezirke v. 29. April 1838 (G. S. S. 313) §§. 65a.—69., für das platte Land von Schlesien v. 6. Mai 1842 (G. S. S. 117) §§. 57—61., für die Städte von Schlesien v. 6. Mai 1842 (G. S. S. 144.) §§. 60—63., für das platte Land von Alt-Pommern v. 20. Aug. 1841 (G. S. S. 253) §§. 58—62., für das platte Land von Sachsen v. 18. Febr. 1838 (G. S. S. 201) §§. 58—62., für die Magdeburgische Landfeuersocietät v. 23. April 1843 (G. S. S. 186) §§. 81—85., für das platte Land von Hohenstein v. 27. März 1843 (G. S. S. 141) §§. 53—57., für die ritterschaftliche Feuersocietät von Halberstadt v. 21. Nov. 1845 (G. S. S. 749) §§. 37—39. u. a. m. — Vergl. die Zusammenstellung im Centralbl. 1838 S. 1047. ff.

Die Worte des §. 443.: »das ganze Grundstück« und der §. 467. h. t. lassen keinen Zweifel darüber Raum, daß jedem Hypothekengläubiger, er stehe in dem Hypothekenbuche oben oder unten, das ganze Grundstück verpfändet sei, und daß sein über das Ganze sich erstreckendes dingliches Recht nicht etwa auf denjenigen speziellen Theil des Grundstückes oder des in dessen Stelle eintretenden Kaufgeldes beschränkt ist, welcher in der Reihe der Hypotheken durch die für ihn erfolgte Belastung des Grundstückes repräsentirt wird.

(Entsch. Bd. 11. S. 54.)

Es folgt hieraus die durch den alleg. Pl. Beschl. anerkannte Befugniß jedes postlocirten Gläubigers, die vorstehenden Scheinhypotheken, wenn sein Recht damit in Kollision tritt (im Falle der Unzulänglichkeit), aus dem Wege zu räumen.

Vergl. die Erg. zum §. 416. h. t.

Auch in dem Berichte des Ob. Trib. v. 11. März 1839 wird hervorgehoben, daß, nach der Ansicht der Majorität, in dem §. 443. der Grundsatz der Untheilbarkeit des Pfandrechtes zu erblicken sei, und ein Beweis für die Behauptung, daß die ganze Sache sämmtlichen Hypothekengläubigern, und zwar Jedem für seine ganze Forderung hafte.

Dagegen spricht sich die Minorität in diesem Berichte, in Vertheidigung ihrer Ansicht über das Verständniß des §. 443, dahin aus, daß der ganze Gutswerth nur dem ersten Gläubiger, den postlocirten Gläubigern aber nur in soweit verpfändet sei, als derselbe durch die früheren Verpfändungen noch nicht erschöpft sei. Hier sei, wie die folgenden §§. und das Allegat im §. 158. h. t. ergäben, nur davon die Rede, daß dem Hypothekenrechte das ganze Grundstück mit An- und Zuwüchsen und Pertinenzien unterworfen sein solle; der §. enthalte aber nicht den Satz, daß einem postlocirten Gläubiger auch derjenige Theil des Grundstückes und seines Zubehörs verhaftet sei, welcher bereits einem früher eingetragenen hypothekarischen Gläubiger angewiesen worden, in sofern nämlich das Recht dieses letzteren Gläubigers nicht als existirend nachgewiesen werden könne.

(J. M. Bl. 1839 S. 171 ff.)

3) Gegen den Hypothekengläubiger kann auf die in dem Gute noch vorhandenen beweglichen Pertinenzstücke (z. B. Schafe), an welchen der Gutsbesitzer ein Besitz- und Pfandrecht einem Anderen (dem Schäfer) bestellt hat, von diesem das Pfand- und Retentionsrecht nicht geltend gemacht werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. April 1848 (Präj. Nr. 1997.), auf Grund der §§. 443., 467. h. t.

(Präj. Samml. S. 303, Entsch. Bd. 16. S. 344.)

4) Wegen des erheblichen Unterschiedes zwischen Substanztheilen und Pertinenzstücken hinsichtlich der Haftung für die eingetragenen Schulden nach der Abtrennung[1]), ist es von Wichtigkeit: ob ein abverkauftes, aber noch nicht abgeschriebenes Grundstück nach den Grundsätzen eines Substanztheils, oder nach denjenigen eines Pertinenzstückes eines Landgutes zu behandeln sei.

a) Das Justizmin. hat in den R. v. 2. Febr., 24. März, 6. Aug., 19. Okt. und 6. Dec. 1840 (J. M. Bl. 1840 S. 46, 127, 278 u. 352 und 1841 S. 29) und v. 14. Mai 1844 (J. M. Bl. 1844 S. 113) die Grundsätze über Pertinenzstücke für darauf anwendbar erklärt und angenommen, daß Gutspertinenzien und Gutstheile, welche auf dem Folium nicht besonders vermerkt gewesen, ohne Unterschied, wenn sie faktisch veräußert, jedoch nicht abgeschrieben worden, dem Hypothekenrechte der nach der Veräußerung erst eingetragenen Gläubiger nicht unterworfen seien.

Die Gründe dieser Ansicht sind folgende:

Nur die zur Zeit der Eintragung bei dem Gute befindlichen Pertinenzstücke sind dem Hypothekenrechte des Gläubigers unterworfen. (§. 443. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R.)

Mit den früher davon abgetrennten Pertinenzstücken konnte der Schuldner keine Hyp. bestellen, weil ihm keine Rechte mehr daran zustanden. Daß sie im Hypothekenbuche des Hauptgutes nicht abgeschrieben worden, ist unerheblich. Auf das Hypothekenbuch und den Glauben desselben kann sich der Hypothekengläubiger nur in Absicht derjenigen Gegenstände berufen, über welche das Hypothekenbuch Auskunft giebt.

Ob Zubehörungen, von denen das Hypothekenbuch überhaupt nichts besagt, sich zur Zeit der Hypotheken-Bestellung noch bei dem verpfändeten Gute befinden oder in das Eigenthum eines Dritten übergegangen sind, darüber muß der Gläubiger sich anderweit Gewißheit zu verschaffen suchen. Auf den dritten Erwerber des Zubehörs oder der Pertinenz gehen nur solche Lasten über, die zur Zeit des Erwerbs bereits darauf hafteten. Darin kann durch die Hypotheken-Verfassung nur in soweit eine Aenderung hervorgebracht werden, als von einer Pertinenz die Rede ist, die als solche namentlich im Hypothekenbuche verzeichnet steht. Wenn das Gut nach der Veräußerung einzelner Parzellen verkauft wird, so kauft unzweifelhaft der Käufer die bereits veräußerten Parzellen nicht mit. Es würde aber ein Widerspruch sein, wenn man annehmen wollte, daß der Käufer diese Parzellen dennoch verpfänden könnte, und daß der Begriff des Kaufs für den Käufer ein anderer sei, als für den Gläubiger. Hierbei erscheint es nicht gerechtfertigt, einen Unterschied zwischen Gutstheilen (Parzellen) und Pertinenzen zu machen. Die Hyp. O. stellt beide gleich, indem sie beide auf dem Titelblatte nicht namhaft machen läßt, so daß sich aus dem Hypothekenbuche so wenig die Pertinenzen im engeren Wortsinne, als die zu einem Gute gehörigen einzelnen Grundstücke ergeben. (Hyp. O. 1. §§. 33., 34.) Eben so das A. L. R. I. 2. §§. 42. ff., 105. Auch im §. 443. d. Tit. werden das Grundstück und die Pertinenzstücke neben einander gestellt. Der Unterschied zwischen Pertinenzen und Gutsbestandtheilen, oder Theilen der Substanz hatte eine Bedeutung bis zum Ed. v. 9. Okt. 1807, d. h. so lange die Landgüter geschlossene Güter waren, deren Parzellirung ohne eine ausdrückliche Genehmigung ungültig war.

Um die bei dieser Ansicht gefährdete Garantie, welche das Hypothekenbuch und die Hypothekenscheine gewähren sollen, nicht zu vereiteln und den Rechten der Hypothekengläubiger nicht zu präjudiziren, schreiben diese R. ferner vor:

1) daß die Abschreibung der veräußerten Parzellen in der ersten Rubrik des Hauptgutes der Regel nach erfolgen, und nur dann unterbleiben soll, wenn inzwischen schon im Hypothekenbuche des Hauptgutes Besitzveränderungen stattgefunden haben;

2) daß jeder Zeit bei den vor der erfolgten Parzellirung im Hyp.-Buche des Hauptguts in der zweiten und dritten Rubrik eingetragenen Posten ein Vermerk, daß die veräußerten Parzellen dafür mit haften, eingetragen werden soll.

Auf die später eingetragenen Posten soll zwar von Amtswegen keine Rücksicht genommen werden, dagegen bleibt den Inhabern derselben unbenommen, sich bei dem Hypothekenbuche, in welchem die Parzelle eingetragen steht, zu melden, und entweder ein Anerkenntniß des Parzellenkäufers oder ein Judikat, worin ihnen das behauptete Hypothekenrecht zugesprochen worden, beizubringen, oder bei dem Prozeßrichter den Erlaß einer Requisition um Eintragung einer Protestation auszuwirken.

Solchergestalt ist einerseits dafür gesorgt, daß aus dem Hypothekenbuche des Hauptgutes die Abtrennung zu ersehen ist, andererseits ist den, nach der Parzellenveräußerung auf dem Hauptgute eingetragenen Gläubigern, welche dennoch die Parzellen als Pfandobjekte betrachten zu können glauben, der gesetzliche Weg offen gelassen, bei dem Widerspruche des Parzellenkäufers ihr vermeintliches Recht zu verfolgen und dessen vorläufige Sicherstellung zu bewirken.

b) Bei den Gerichten wurde darüber gestritten: ob das dingliche Recht des Hypothekengläubigers auch auf die zur Zeit der Eintragung der Hypothek an einen Dritten veräußerten Theile der Substanz (oder Pertinenzien) des Guts sich erstrecke, wenn diese im Hypothekenbuche zwar nicht namentlich aufgeführt, aber auch eben so wenig bei ihrer Veräußerung in demselben vom Gute abgeschrieben worden sind.

Das Ob. Trib. hatte hierbei unterschieden zwischen Theilen der Substanz und zwischen Pertinenzien. Es sind darüber folgende Präj. ergangen.

α) In dem Erk. v. 16. Febr. 1835 wird ausgeführt, daß ein vor Eintragung der Hypothek vom Gute thatsächlich, wie rechtlich abgetrenntes Pertinenzstück dem Hypothekengläubiger nicht hafte.

(Entsch. Bd. 2. S. 267.)

β) Dagegegen hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. Nr. 416. v. 9. Dec. 1847 in Betreff der Substanztheile deren fortdauernde Belastung durch die Hypothek angenommen und folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Nach den Grundsätzen von Pertinenzien ist es nicht zu beurtheilen, wenn einzelne zu einem Gute und dessen Areal gehörigen Theile vor der Verpfändung verkauft, aber nicht abgeschrieben sind. (Präj. Samml. S. 117.)

γ) Uebereinstimmend hiermit ist das Erk. des III. Sen. v. 25. Febr. 1848, welches annimmt, daß auf dergleichen, zur Zeit der Verpfändung bereits abveräußerte, aber noch nicht abgeschriebene Grundstücke — wenn sie nicht wirklich bloße Pertinenzstücke im eigentlichen Sinne sind — der §. 410. h. t. volle Anwendung finde.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 426 Nr. 208.)

[1]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 42—47. Zus. 1.

δ) Das Erk. desselben Sen. v. 20. Jan. 1854 spricht, gleichfalls auf den Unterschied zwischen Gutsparzellen und unbeweglichen Pertinenzstücken gestützt, ebenfalls aus:

Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf die als Bestandtheile zu dem verpfändeten Gute gehörig gewesenen und von dem Besitzer vor der Eintragung der Hypothek veräußerten, aber in dem Hypothekenbuche von dem Gute nicht abgeschriebenen Parzellen, ohne Unterschied, ob sie auf dem Hypothekenfolium des Gutes vermerkt sind oder nicht.

Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich dagegen nicht auf die im Hypothekenbuche des Hauptgutes nicht ausdrücklich vermerkten, vor der Eintragung der Hypothek durch Veräußerung von dem Hauptgute getrennten unbeweglichen Pertinenzstücke, wenngleich deren Abschreibung nicht erfolgt ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 352 Nr. 75.)

ε) Uebereinstimmend hiermit nimmt das Erk. desselben Sen. v. 14. März 1853 an, daß die Veräußerung, aber nicht erfolgte Abschreibung einzelner zu dem Areal eines Grundstückes gehöriger Theile nach den Grundsätzen von Pertinenzien nicht zu beurtheilen sei.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 51 Nr. 12.)

ζ) Die Richtigkeit dieses Grundsatzes wurde indeß neuerdings wieder streitig, und es wurde derselbe durch eine Senatsentscheidung, jedoch nur in Beziehung auf Substanztheile eines Gutes, verneint, weshalb die Entscheidung des Plenums eingeholt wurde, welches sich für die Aufrechthaltung der bisher befolgten Rechtsansicht erklärte.

Der Pl. Beschl. v. 19. März 1855 (Präj. Nr. 2616.) spricht nämlich aus:

Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auch auf einen im Hypothekenbuche nicht speziell aufgeführten Theil der Substanz des verpfändeten Grundstücks, welcher schon vor der Eintragung der Hypothek in das Eigenthum eines Dritten übergegangen, aber in diesem Zeitpunkte vom Hauptgute im Hypothekenbuche noch nicht abgeschrieben war.

Der §. 443. hat an sich seine unbeschränkte Richtigkeit. Derselbe ist ein Korrelat der in §§. 72—75. in Ansehung des eigentlichen Pfandrechts aufgestellten Grundsätze; er regulirt das Verhältniß zwischen Pfandbesteller und Pfandnehmer im Prinzip und geht dabei auf den Zeitpunkt der Eintragung zurück, weil dies derjenige ist, in welchem das dingliche Recht zur Existenz kommt. Er entscheidet aber nicht über die Frage: welche Stücke als bei der verpfändeten Sache befindlich anzusehen? Diese Frage bewegt sich auf einem anderen Gebiete; demjenigen der Wirkung des Hypothekenfolii in Bezug auf Dritte, welches mancherlei Abweichungen von der Realität der Rechtsverhältnisse zur Nothwendigkeit gemacht hat. Das Hypothekenbuch garantirt dem Gläubiger nicht bloß die Priorität seiner eingetragenen Forderung, sondern auch das Eigenthum des hypothekarischen Schuldners am Pfandobjekt. Da dies Eigenthum nicht, der materiellen Wahrheit entsprechend, gegen jede mögliche Angriffe im Voraus erkannt und festgesetzt werden kann, so mußte in dieser Hinsicht an die Stelle jener Wahrheit die Form treten, welche durch die allgemein angeordnete Anlegung der Hypothekenbücher gegeben war. Der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen. (A. L. R. I. 10. §. 7.) Daraus ergiebt sich als nothwendige Folge die Regel des §. 410. h. t. Durch diese in dem Preuß. Hypothekensystem unentbehrlichen Sätze erhält das Prinzip, daß die Verpfändung fremder Sachen unzulässig ist, in seiner Anwendung auf Hypothekenrechte eine Beschränkung. Die verpfändete, in der Wirklichkeit fremde Sache, wird vom Gesetze nicht als fremde angesehen; die formale Eintragung in das Hypothekenbuch löscht Dritten gegenüber diesen ihren Charakter ganz aus und macht sie zur eigenen Sache des eingetragenen Besitzers. Von allen Seiten muß zugegeben werden, daß dies Verhältniß eintritt, wenn zur Zeit der Hypothek-Eintragung das ganze Grundstück nicht mehr im wirklichen Eigenthume des im Hypothekenbuche vermerkten Besitzers stand und nicht etwa mala fides des Gläubigers eine Ausnahme bedingt. Nicht minder räumt auch die entgegengesetzte Meinung ein, daß diejenigen Stücke, welche, obwohl in der Wirklichkeit nicht mehr beim Gute befindlich, zur Zeit der Hypothek-Eintragung, als dessen Theil oder Zubehör im Hypothekenbuche unabgeschrieben vermerkt stehen, der Hypothek unterworfen sind. Dies folgt aus dem §. 410. h. t. Denn das ganze Grundstück besteht nur aus dessen einzelnen Theilen; das unabgeschriebene Stück steht gleich den übrigen auf den Namen des Hypothekenschuldners, die Garantie des §. 410. erstreckt sich also mit auf das Stück, und der wahre Eigenthümer dieses Theils wird durch die Realität seines Rechtsverhältnisses dagegen eben so wenig geschützt, als der wahre Eigenthümer des Ganzen bei einer Totalveräußerung geschützt sein würde. Hieraus erhellt, daß die wahre materielle Sachlage, im Widerspruch mit dem Hypothekenbuche Dritten gegenüber kein Prinzip über den diesem verhafteten Bestand des Grundstücks an die Hand giebt, hier vielmehr derjenige Bestand, den das Hypothekenbuch ergiebt, entscheiden muß. Das Eigenthum, welches dieses anzeigt, gilt für wirklich vorhanden; diejenigen Stücke des Gutes, welche hierzu gehören, werden als »bei dem Gute befindlich« angesehen. Damit steht der §. 443. im Einklange; es ist nur dessen Disposition in dem formalen Sinne aufzufassen, den die ganze Hypotheken-Verfassung nothwendig macht, und sie darf nicht so ausgelegt werden, daß sie mit dieser in einen nicht zu rechtfertigenden Widerspruch treten würde. Diese Grundsätze werden auch von der entgegengesetzten Meinung anerkannt, und, auf den Fall, daß die einzelnen Pertinenzien und Gutstheile auf dem Hypothekenfolium benannt sind, zur Anwendung gebracht; sie sollen bloß dann nicht eintreten, wenn das Gut ohne solche Spezifikation, seiner allgemeinen Bezeichnung nach, vermerkt steht. Dann, wird behauptet, habe der Gläubiger gar keine Veranlassung gehabt, anzunehmen, daß eben die einzelnen abgetretenen Stücke zu demselben gehören. Allein die Lage der Sache ist nicht verschieden. Dem Gläubiger haftet nicht irgend ein unbestimmtes Etwas, sondern das Gut, welches im Hypothekenbuche eingetragen steht. Die Hyp. O., herstammend aus der Zeit der geschlossenen Grundstücke, hat das Grundstück nicht nach seinen ein- für allemal bezeichneten Bestandtheilen und Zubehören, sondern lediglich nach seinem Kollektivnamen eintragen lassen (Tit. I. §§. 6., 23., 33.); sie läßt Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten des Gutes in der Regel nicht und nur dann besonders bemerken, wenn solche unter einer anderen Gerichtsbarkeit liegen. (§. 34.) Zwar führt diese Einrichtung im Einzelnen leicht zu Zweifeln, allein unter dem eingetragenen Gute muß das Ganze derjenigen Grundstücke, Gerechtigkeiten und Pertinenzien verstanden werden, welche dies Immobile zur Zeit der Anlegung des Hypothekenbuches bilden. Der Gläubiger ist genöthigt, sich über den Umfang des angelegten Folii Ueberzeugung zu verschaffen. Haftet nun aber das eingetragene Gut dem Gläubiger, so haftet ihm damit auch jedes einzelne Stück, und in sofern keine Abschreibung stattgefunden, ist der Gegenstand dieser Haftbarkeit unverändert derjenige zur Zeit der Eintragung der Hypothek geblieben. Der Glaube des Hypothekenbuchs überhebt den Gläubiger jeder Nachforschung über Veränderungen, die außerhalb desselben liegen, er garantirt ihm diesen Bestand des Hypothekenbuches und giebt dadurch die Berechtigung, anzunehmen, daß solches noch so existirt, wie es angelegt ist. Will man statt dessen den Gläubiger auf den wahren Bestand des Gutes verweisen, so wird dieser Glaube illusorisch gemacht. Durch allmählige, nicht abgeschriebene Parzellirungen kann der Bestand des Gutes in der Wirklichkeit auf Nichts reduzirt sein, ungeachtet das ganze Gut noch immer auf den Namen des früheren Eigenthümers steht. Soll der Gläubiger allen Veränderungen in der Substanz des Gutes nachforschen, dann ist es nicht das Hypothekenbuch, sondern das Resultat dieser Forschung, dem er traut. Solchergestalt aber erhält die Bedeutung eingetragener Forderungen und der ganze Realkredit ein ungleich geringeres Maß, als in dem Zwecke des Gesetzgebers liegt; der Realkredit sinkt großentheils zu einem persönlichen herab. Wie daher bei dieser Meinung der wahren Sachlage die Festigkeit des Hypothekensystems geopfert wird, so läßt sich nicht einmal behaupten, daß die neueren Erwerber der Trennstücke eine so weit greifende Rücksicht verdienen. Das Gesetz zeigt ihnen den Weg, den sie zu ihrer Sicherheit einzuschlagen haben; sie dürfen nur gleich nach der Erwerbung des Absplisses die in der Hyp. O. Tit. I. §. 36. vorgeschriebene Abschreibung vornehmen lassen, um gegen jede spätere Eintragung von Hypotheken geschützt zu sein. Dagegen kann man von dem pfandnehmenden Gläubiger nicht mehr verlangen, als daß er sich über den Umfang des nur als ein Ganzes eingetragenen Grundstücks zur Zeit der Anlegung des Hypothekenbuches Kenntniß verschafft, da hierüber das dem Gesetze gemäß unvollkommene Folium nicht genauer sich ausspricht, und daß er von dem Inhalte des Hypothekenbuches Einsicht nimmt, um zu sehen, ob Abschreibungen stattgefunden haben. Nach dieser Ausführung haftet also, guten Glauben vorausgesetzt, der Bestand des Gutes, wie solcher zur Zeit der Anlegung des Hypothekenbuches war, in sofern später nichts abgeschrieben worden, dem Gläubiger als Gegenstand seiner Hypothek eben so vollständig, als wenn er spezialisirt worden wäre. Es ist eben so unzulässig, hier in dem §. 443. h. t. ein Prinzip zu finden, das auf den wirklichen Bestand des Gutes zur Zeit der Eintragung hinweise, als dies bei speziell angegebenen Gutsbestandtheilen zugegebenermaßen der Fall ist; denn der §. 443. hat eine solche Bedeutung überhaupt nicht. Das Verhältniß des Käufers, der ein Grundstück kauft, von welchem Parzellen veräußert, aber nicht abgeschrieben sind, kann mit dem des eingetragenen Gläubigers in Parallele nicht gesetzt werden, weil der §. 410. h. t., auf welchen sich der Gläubiger zur Begründung seines Rechts bezieht, dem Käufer nicht zur Seite steht. Es kommt bei Erwerbung des Eigenthums nicht, wie beim Hypothekenrechte, auf die Eintragung, sondern auf die Uebergabe der erkauften Sache an. (A. L. R. I. 10. §. 1.) Die veräußerten, den neuen Erwerbern übergebenen und dadurch zu deren Eigenthum gewordenen Parzellen sind nicht Gegenstand der Uebergabe an den Käufer des Grundstücks, der also der Regel nach kein Eigenthum daran erwerben wird. Die Verschiedenheit in den Verhältnissen der Parzellenerwerber, dem neuen Käufer und den Gläubigern gegenüber ist eine Folge der Preuß. Hypotheken-Verfassung, welche das dingliche Recht des Gläubigers, aber nicht dasjenige des Eigenthümers an die

Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs knüpft. Diese Verschiedenheit zeigt sich übrigens nicht minder, wenn die veräußerten Gutstheile namentlich verzeichnet sind, wo sie doch nach beiden Meinungen dem Gläubiger haften. Sie kann also keinen Grund für die entgegengesetzte Meinung abgeben. Die neuere Gesetzgebung, welche seit dem Ed. v. 9. Okt. 1807 die unbedingte Parzellirung der Güter gestattet und durch die K. O. v. 31. Okt. 1831 die Zwangspflicht zur Berichtigung der Besitztitel des Grundeigenthums aufgehoben hat, haben an diesen Grundlagen der Hypotheken-Verfassung nichts geändert, sondern nur Verwickelungen möglich gemacht, indem es jetzt auch Eigenthum an Grundstücken giebt, welches nicht durch den unbedingten Glauben des Hypothekenbuchs geschützt wird, während die landrechtlichen Bestimmungen, namentlich §. 410. h. t., voraussetzten, daß jedes selbstständige Grundstück auch seine Stelle im Hypothekenbuche habe. Jene Grundsätze müssen nämlich immer noch da zur Anwendung kommen, wo ein Gut im Hypothekenbuche eingetragen ist, wenn es auch in den Willen des Betheiligten gestellt ist, ob sie dies fernerhin bewirken lassen wollen, und dieselben verpflichten daher auch denjenigen, der ein Stück eines in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstücks erwirbt. In gleichem Sinne haben sich alle Schriftsteller über das Preuß. Recht, so wie die Gesetzrevisoren ausgesprochen. (Bornemann's Civilrecht Bd. 4. S. 361 ff., Koch's Lehrb. Bd. 1. S. 592, Schles. Arch. Bd. 5. Hft. 2. S. 300 ff., J. W. Jahrg. 7. S. 385 und 13. S. 475. Gesetzrev. Pens. III. Motive S. 26 und 175 und Motive zum bürgerlichen Gesetzbuche Thl. II. S. 468—471.) In Bezug auf Pertinenzstücke eines Gutes ist übrigens die Streitfrage einer neuen Prüfung nicht unterworfen worden? es wird aber in jeder einzelnen Sache darauf ankommen, festzustellen, ob das geltend gemachte hypothekarische Recht wirklich einen abgetrennten, aber nicht abgeschriebenen Theil der Substanz oder ein Pertinenzstück betrifft, da auch Grundstücke Zubehörungen anderer unbeweglicher Güter sein können.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 36, Entsch. Bd. 30. S. 1, Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 306 Nr. 67., J. M. Bl. 1855 S. 119.)

c) Koch hat die Ansicht des Justizmin. in einer besonderen Abhandlung widerlegt, welche folgende Sätze aufstellt:

a) Bestandtheile einer Sache sind nicht Pertinenzstücke derselben und können deshalb nicht nach den für Pertinenzstücke geltenden Regeln beurtheilt werden.

b) Der Unterschied zwischen Gutsbestandtheilen und Pertinenzstücken hat noch jetzt privatrechtliche Bedeutung.

c) Insbesondere werden bereits veräußerte, aber noch nicht abgeschriebene Gutsbestandtheile dadurch, daß der eingetragene Besitzer mit dem ganzen Gute, ohne Vorbehalt, Hypothek bestellt, rechtsgültig mit verpfändet.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 300 ff.)

d) Jacobi erklärt sich gleichfalls gegen die Ansicht des Justizmin. (J. W. 1841 S. 285 ff., 305 ff.)

e) Bornemann spricht sich ebenfalls gegen jene Meinung aus. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 224—226.)

5) Dienste und Leistungen der Bauern, namentlich auch der früheren Laßbauern, sind als Pertinenzstücke, nicht als Theile der Substanz des berechtigten Hauptgutes zu betrachten.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 29. April 1839[1]). (Präj. Nr. 650.)

Es wird dies aus der Natur und dem Ursprunge der bäuerlichen Dienste und Prästationen, ferner aus den §§. 4., 42—44., 48. A. L. R. I. 2., den §§. 308., 310. A. L. R. II. 7., der Hyp. O. Tit. 1. §§. 34—40. u. Tit. 2. §. 91., und aus den Bestimmungen der agrarischen Gesetze (§. 59. der V. v. 30. Juni 1834, in Verbindung mit §. 6. des Ed. v. 14. Sept. 1811 und den §§. 91., 96., 100., 101. der Ablös. O. v. 13. Juli 1829) hergeleitet.

(Präj. Samml. S. 116, Entsch. Bd. 5. S. 1, J. M. Bl. 1839 S. 212.)

Vergl. auch den Bericht des Ob. Trib. v. 30. April 1838. (Jahrb. Bd. 53. S. 49.)

Denselben Grundsatz nimmt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 7. Mai 1847 an. (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 343.)

Vergl. darüber Koch's Beurtheil. der Entsch. S. 301.

6) Die Realgläubiger eines Ritterguts, welche bei dem öffentlichen Verkauf desselben einen Ausfall erlitten haben, und sich deshalb an ein dazu gehörig gewesenes, ohne ihre Zustimmung veräußertes lassitisches Bauergut halten wollen, können als Gegenstand ihres Pfandrechts nur die der Gutsherrschaft an das Bauergut vor dessen Veräußerung zuständig gewesenen Rechte in Anspruch nehmen, dergestalt, daß — die Regulirungsfähigkeit des Bauerguts vorausgesetzt — ihnen nur der davon der Gutsherrschaft zustehende ediktmäßige Antheil haftet.

[1]) Dieselbe Ansicht hatte das Ob. Trib. bereits in dem Erk. v. 16. Febr. 1835 (Entsch. Bd. 2. S. 267) ausgesprochen, welches ausführt, »daß unbewegliche Pertinenzstücke eines Landgutes und die ihnen gleich zu achtenden Rechte, z. B. Dienste und Leistungen der Bauern, welche nicht ausdrücklich im Hypothekenbuche vermerkt sind, sofern sie sich zur Zeit der Eintragung der Hypothek nicht mehr bei dem verpfändeten Gute befunden haben, am Hypothekengläubiger nicht haften, wenngleich ihre Abschreibung im Hypothekenbuche nicht erfolgt sein sollte.«

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. März 1846. (Präj. Nr. 1706.)

Bauergüter, welche von ihren Besitzern nicht eigenthümlich besessen werden, und deren Eigenthum der Gutsherrschaft zusteht, müssen mit den darauf haftenden gutsherrlichen Rechten als Pertinenzstücke des Hauptgutes, dem diese gutsherrlichen Rechte zustehen, angesehen werden (Pl. Beschl. v. 29. April 1839)[1]). Das Recht der Hypothekengläubiger des Hauptgutes erstreckt sich daher nach §. 443. auch auf die zur Zeit der Eintragung dabei befindlich gewesenen lassitischen Bauergüter und die davon dem Gutsherrn zu entrichtenden Prästationen. Erledigte sich der Besitz eines solchen Bauergutes, so war nach den früheren Gesetzen die Gutsherrschaft verpflichtet, dasselbe wieder zu besetzen (§. 15. A. L. R. II. 7.), so daß dadurch die Gutsherrschaft keinen Zuwachs ihrer Rechte erhielt, und ein solcher auch den Gläubigern des Hauptgutes nicht zu Theil werden konnte. Dies hat sich zwar durch die neuere Gesetzgebung in sofern geändert, als nach Art. 76. der Dekl. v. 29. Mai 1816 die Gutsherrschaften jetzt berechtigt sind, erledigte Höfe, auf deren Ueberlassung keiner bestimmten Person ein rechtlicher Anspruch zusteht, als besondere Stellen eingehen zu lassen und einzuziehen oder sonst darüber zu verfügen. Allein diese, erst durch die spätere Gesetzgebung eingetretene Veränderung kommt nicht weiter in Betracht. Denn die vor derselben erfolgte Veräußerung des Grundstücks ist nur in soweit ungültig, als sie den Rechten der Realgläubiger entgegensteht, und dies ist nur so weit der Fall, als denselben schon vorher ein Anspruch auf das veräußerte Grundstück zustand. Dieser Anspruch beschränkt sich aber auf die der Gutsherrschaft daran zustehenden Rechte, mithin jetzt auf den ediktmäßigen Antheil der Gutsherrschaft an dem Grundstücke. Nur wenn dieser ohne Konsens der Hypothekengläubiger veräußert worden, sind deren Rechte verletzt, und nur in sofern ist für sie die Veräußerung ungültig. Sie können daher wegen ihres Ausfalls nicht das ganze Grundstück, sondern nur den Antheil, der ohne die Veräußerung der Gutsherrschaft zugestanden haben würde, in Anspruch nehmen.

(Präj. Samml. S. 117, Entsch. Bd. 13. S. 272.)

7) Die zu einem Gute als Pertinenz gehörige Erbverpächterberechtigung rücksichtlich eines anderen Grundstücks haftet, auch wenn sie auf dem Folium des ersteren nicht besonders als Pertinenz vermerkt ist, den hypothekarischen Gläubigern desselben vorzugsweise vor denjenigen Gläubigern, deren Forderungen später auf den sub Rubr. II. des Grundstücks des Erbpächters eingetragenen Erbpachtskanon subintabulirt sind.

Dieser Grundsatz findet auch dann Anwendung, wenn in solchem Falle das Hypothekenbuch des Hauptguts in Gemäßheit der K. O. v. 16. Juli 1840 (J. M. Bl. 1840 S. 250) für die Provinz Westphalen auf das Kataster reduzirt worden ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1853 (Präj. Nr. 2468.), insbesondere mit Rücksicht auf §. 34. Tit. 1. der Hyp. O. und §. 443. h. t.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 37, Entsch. Bd. 26. S. 34, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 315 Nr. 64.)

§. 445. 1) Unter den Worten: »getrennt worden« im §. 445. ist ein wirkliches Fortschaffen oder Wegnehmen des Pertinenzstückes von der Hauptsache, und nicht die bloße Veränderung des Eigenthümers zu verstehen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 10. Juli 1837[2]). (Präj. Nr. 284.)

a) Die Worte des §. 443.: »dabei befindlichen« sind keineswegs identisch mit »dazu gehörigen«. Dies ergiebt der §. 60. A. L. R. I. 2.,

[1]) Vergl. ob. Zus. 5.

[2]) Der I. Sen. des Ob. Trib. war in dem Erk. v. 3. April 1837 der Ansicht, daß im §. 445. nur von einer Trennung in rechtlicher Beziehung, namentlich durch Uebergang des Eigenthums des Pertinenzstückes von dem hypothekarischen Schuldner auf einen Dritten, die Rede sei, ohne daß zugleich eine örtliche Trennung erfordert werde (Entsch. Bd. 2. S. 384). Im entgegengesetzten Sinne hatte der III. Sen. in dem Erk. v. 12. Dec. 1832 den §. 445. ausgelegt, welches ein Fortbringen des Pertinenzstückes von der Hauptsache zur Anwendung des §. verlangte (a. a. O. S. 385). Deshalb wurde die Entscheidung des Plenums herbeigeführt.

wo dieselben Worte unzweifelhaft auf das räumliche Verhältniß zu beziehen; daher muß auch im §. 445. unter »Trennung« eine Trennung dem Raume nach verstanden werden, wie denn auch das »hinzugekommen« des §. 446. auf die Ortsveränderung bestimmt hinweist. Will man ferner die §§. 60. u. 108. A. L. R. I. 2. nicht auf das Annehmen der Pertinenzqualität beschränken, sondern auf die Fälle erstrecken, wo das Wiederverlieren dieser Eigenschaft in Frage, so läßt sich daraus nur folgern, daß Pertinenzstücke, welche ohne die Hauptsache in das Eigenthum eines Dritten übergehen, dadurch ihre Pertinenzqualität verlieren, nicht aber, daß der Hyp.-Gläubiger sein dingliches Recht daran einbüße. b) Die Wortfassung des §. 445., insbesondere die Erwähnung des dritten Besitzers, steht nicht entgegen, vielmehr hat des Letzteren deshalb gedacht werden müssen, weil der Hyp.-Gläubiger sein dingliches Recht an dem Pertinenzstücke nicht verliert, wenn es zwar körperlich von der Hauptsache getreunt, aber im Besitze des Hyp.-Schuldners bleibt. Die Wortfassung spricht vielmehr dafür, da die nämlichen Worte in den §§. 106., 107. A. L. R. I. 2. von der räumlichen Trennung der Pertinenzstücke sprechen. c) Ein innerer Grund, das Recht des Hyp.-Gläubigers fortbestehen zu lassen, so lange nicht das von einem Dritten veräußerte Pertinenzstück von der Hauptsache weggebracht werde, liegt in dem Rechtsgefühl, welches sich dagegen sträubt, daß Hyp.-Gläubiger durch Veräußerungen beweglicher Pertinenzstücke, die durch heimliche, äußerlich nicht erkennbare Ueberweisungen geschehen, um ihr Hyp.-Recht sollten gebracht werden können, was auch dem A. L. R. I. 20. §§. 23., 441., 442. widersprechen würde. d) In Uebereinstimmung steht endlich der §. 395. A. L. R. I. 21., auf Grund dessen durch die bloße Veräußerung der Effekten ohne deren Fortschaffung aus dem Gute oder Hause, dem Pächter oder Miether sein Pfandrecht an denselben nicht verloren geht.

(Präj. Samml. S. 117, Entsch. Bd. 2. S. 383.)

Derselben Ansicht sind:

a) Die Motive zum bürgerl. Gesetzb. Von der Betrachtung des Gutsinventarii, als einer universitas facti, ausgehend, folgern sie, daß es lediglich auf die Trennung von der Hauptsache ankomme, mag der Eigenthümer das Eigenthum behalten oder einem Andern übertragen haben. Der Satz, daß das Hypothekenrecht der Gläubiger nur im Falle der in Folge einer Veräußerung geschehenen Trennung aufhöre, lasse sich auch, wenn der Schuldner mehrere Güter habe, und einzelne Pertinenzstücke von dem einen Gute auf das andere transferire, praktisch nicht durchführen. (a. a. O. S. 467.)

b) Schmidt, welcher gleichfalls annimmt, daß die lokale Trennung des verpfändeten beweglichen Zubehörs das Pfandrecht an demselben aufhören mache. Denn das A. L. R. wolle im Prinzip nur soviel anerkennen, daß die substituirten Stücke auch in Bezug auf das Pfandrecht Substituta seien, und daß deshalb die alten Stücke aufhören sollen, an dem Pfande Theil zu nehmen. (Pfandr. S. 454.)

2) Den Grundsatz des (vorstehenden) Pl. Beschl. v. 10. Juli 1837 hat das Ob. Trib. demnächst in mehreren Entscheidungen zur Anwendung gebracht.

a) Das dingliche Recht der Hypothekengläubiger an den beweglichen Pertinenzstücken des Grundstücks geht durch deren Veräußerung an einen Dritten nur dann unter, wenn zugleich eine räumliche Trennung derselben von dem Grundstücke stattfindet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. März 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 289 Nr. 66.)

b) Das auf einem Landgute geschlagene, an einen Dritten veräußerte und demselben übergebene Holz bleibt, so lange es von dem Gute nicht räumlich getrennt worden, dem dinglichen Rechte der Hypothekengläubiger unterworfen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 96 Nr. 23.)

c) An beweglichen Pertinenzstücken eines subhastirten Grundstücks, welche von der Adjudikation ausgeschlossen sind, bleibt, sofern sie von demselben nicht räumlich getrennt worden, das dingliche Recht der Hypothekgläubiger wegen der bei der Subhastation des Grundstücks erlittenen Ausfälle fortbestehen.

In einem solchen Falle wirkt die Löschung der Forderung im Hypothekenbuche keine Aufhebung des dinglichen Rechts an den Pertinenzien.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. April 1851.

Es kann zweifelhaft erscheinen, ob nach der Adjudikation eines Grundstücks und nach der Vertheilung der Kaufgelder das Hyp.-Recht noch in Bezug auf Pertinenzstücke geltend gemacht werden könne, welche zur Zeit der Subhastation bei dem Grundstücke vorhanden waren, aus besonderen Gründen aber von derselben ausgeschlossen sind. Denn die Verbindung zwischen dem subhastirten Grundstücke und den beweglichen Pertinenzien, in welchen die dingliche Verhaftung der letzteren ihren eigentlichen Grund hatte, — §§. 443—446. h. t., §. 105. Tit. 2. — wird durch die Subhastation aufgehoben. Diese Lösung bezieht sich aber nur auf die Rechte des Adjudikatars, der an den nicht mit subhastirten Pertinenzien keinen Anspruch machen kann, und ist in Beziehung auf die Fortdauer des Hyp.-Rechts des Gläubigers nicht von Einfluß. Dessen Fortbestehen ist nach §. 445. a. a. O. und der ihm in dem Pl. Beschl. v. 10. Juli 1837 gegebenen Deutung dadurch bedingt, daß die beweglichen Pertinenzien von dem Grundstücke noch nicht räumlich getrennt wurden.

Daß an unbeweglichen Pertinenzien, mit dem Grundstück subjektiv dinglich verbundenen Diensten und ähnlichen Realitäten, wenn sie nicht mit zur Subhastation gekommen sind, das Hyp.-Recht des Gläubigers durch die Adjudikation des Hauptgutes nicht verloren gehe, läßt sich nicht in Zweifel stellen. Dasselbe muß von beweglichen Pertinenzien gelten. Für den Untergang des dinglichen Rechts fehlt es an einem zureichenden Rechtsgrunde.

(Entsch. Bd. 21. S. 429, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 55 Nr. 12.)

§§. 445. 446. Bewegliche Pertinenzstücke eines Guts können auch nach Einleitung einer nothwendigen Subhastation desselben und Eintragung des Subhastationsvermerks bis zum Zuschlage durch Veräußerung des Besitzers, verbunden mit räumlicher Trennung vom Hauptgute, von dem dinglichen Rechte der Hypothekengläubiger frei werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1850. (Präj. Nr. 2221.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 37, Entsch. Bd. 19. S. 487.)

§. 449. Vergl. das R. v. 5. Febr. 1821, betr. das Verfahren, wenn ein Dokument zum Zwecke der hypothekarischen Anmeldung bei zwei verschiedenen Gerichten eingereicht werden muß, in den Erg. zur Hyp. O. Tit. II. §§. 159., 162.

§§. 454. 470. 1) Der Sinn der Worte: »aus fremdem Eigenthume — beigefügt worden«, ist zweifelhaft. Nach den Materialien ist man dazu hauptsächlich durch die Bemerkung gekommen, daß ein der See abgewonnenes Stück Land den Gläubigern mit verpfändet sei. (Rev. mon. zum §. 337. des Entw.) Daraus schließt Bornemann, daß die Worte: »aus fremdem Eigenthume« im Gesetze nur von einer res nullius gebraucht worden, und nimmt auf Grund des §. 443. an, daß sich das dingliche Recht des Realgläubigers nicht ohne Weiteres auf alle Pertinenzstücke erstrecke, welche von einem, dem Schuldner gehörigen anderen Gute losgetrennt und dem verpfändeten Gute zugeschlagen worden sind, wofür auch das aus den §§. 454., 470. zu entnehmende argum. e contrario spreche.

(System Bd. 4. S. 357, 2. Ausg. Bd. 4. S. 229.)

Koch ist dagegen der Meinung, daß den Gegensatz der: »aus fremdem Eigenthume« beigefügten Grundstücke die Pertinenzien, welche aus dem Eigenthume des Eigenthümers der Hauptsache beigefügt worden, bilden. (Landr. Bd. 2. Anm. 84. zum §. 454. h. t.)

Vergl. Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 366.

2) Vergl. das Erk. des Revis. Kolleg. für L. K. S. in den Erg. zum A. L. R. I. 2. §. 105.

§§. 456. 457. 1) Wenn eine dem Hypothekenrechte unterworfene Sache ganz oder theilweise Behufs des Baues einer Chaussee expropriirt und dem Besitzer der verpfändeten Sache an die Stelle des zu diesem Zwecke abgetretenen Grundstückes ein anderes überwiesen wird, so geht das Hypothekenrecht, welches auf dem abgetretenen Grundstücke gehaftet, auf das in dessen Stelle getretene über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1853, weil bei Expropriationen neben den Grundsätzen der §§. 456., 457. h. t., in Verbindung mit §. 24. h. t., auch noch der §. 3. A. L. R. I. 16. zur Anwendung komme. (Entsch. Bd. 24. S. 403.)

2) Ein Hypothekengläubiger, der nach einer ohne seine Einwilligung geschehenen Trennung eines seinem Pfandrechte unterworfenen unbeweglichen Pertinenzstückes von der Substanz des Gutes, gegen die Erwerbung eines neuen Pertinenzstückes sich an letzteres hält, entsagt dadurch seinem Hypothekenrechte an dem abgetrennten Pertinenzstücke.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1844; denn wenn auch keine ausdrückliche Entsagung des Pfandrechts vorliege, so sei doch die Thatsache, daß sich der Hypothekengläubiger an das

neue Pertinenzstück hält, einer solchen Entsagung in der Wirkung gleichzustellen. Es sei eine vollkommen bindende Genehmigung der Abtrennung zu finden. (Entsch. Bd. 10. S. 166.)

3) Vergl. das G. v. 13. April 1841 über den erleichterten Austausch einzelner Parzellen von Grundstücken in den Erg. zu den §§. 443—481. h. t. Zus. 1. (s. ob. S. 689.)

§. 458. Hinsichtlich der Realberechtigten einer früher mahlzwangsberechtigten Mühle tritt das vom Staate für Aufhebung des Mahlzwangs gegebene Entschädigungskapital an die Stelle des aufgehobenen Mahlzwangsrechts und bleibt denselben nach Vorschrift der §§. 458. ff. verhaftet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1974.) (Präj. Samml. S. 117.)

§. 459. Gehen bei dem Retablissement abgebrannter Ortschaften, wenn dabei von Polizeiwegen eine Verlegung der Hausplätze stattgefunden hat, die Lasten und Schulden der alten Hausplätze auf die angewiesenen neuen über?

Es bejahen:

1) Das Justizmin. in dem R. v. 10. Mai 1844.

Die von der Staatsregierung bei dem Retablissement angeordnete Verlegung der Hausplätze ist für die einzelnen Eigenthümer als Expropriation anzusehen; als nothwendige Folge davon erscheint der Uebergang der Lasten und Schulden der alten Hausplätze auf die neuen. Außerdem hat der Fall die größte Aehnlichkeit mit dem Verfahren bei Berichtigung der Grenzen, und ist deshalb der §. 459. h. t. analog anzuwenden. (J. M. Bl. 1844 S. 119.)

2) Das Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Sept. 1842 [1]).

Durch eine Einschreitung des Landesherrn sind sämmtliche Feuerstellen als in eine gemeinschaftliche Masse zusammengeworfen zu betrachten; es ist eine universitas juris entstanden, welche die Grundstücke mit allen damit verbundenen Rechten und darauf haftenden Lasten, folglich körperliche und unkörperliche Sachen umfaßte, und nur ein gemeinsames Vermögen bildete. Aus dieser universitas empfing jeder daran betheiligte Interessent und Miteigenthümer statt seines eingeworfenen ein neues Grundstück, und die Regel res succedit in locum pretii et pretium in locum rei kommt dabei unbedingt zur Anwendung. Der Schätzungswerth des alten Grundstücks ist es, der in die Gemeinschaft eingeworfen wurde, und der Schätzungswerth des neuen der Preis, für welchen dies eingetauscht wird. Eine Sache wird für den gedachten Preis veräußert, und an die Stelle dieses Preises tritt wiederum eine Sache. Auf diese gehen alle onera über, soweit sie nicht besonders regulirt werden. Ohne diese Bedingung würde die Realisirung des Retablissementsplans ganz unmöglich sein. — Außerdem findet aber auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift des gemeinen Rechts der §. 459. h. t. analoge Anwendung.

(Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 274 ff.)

§. 460. 1) Die für abgelöste bäuerliche Leistungen und Dienste zur Entschädigung gegebenen Ablösungskapitalien, welche nicht durch ausdrücklichen Vermerk im Hypothekenbuche des berechtigten Guts mit diesem in fortdauernde Verbindung gebracht sind, sind für Pertinenzstücke des berechtigten Guts nicht zu erachten.

Bei einer nothwendigen Subhastation des letzteren gehen sie daher, wenn auch eine Abschreibung der Prästationen im Hypothekenbuche des berechtigten Guts nicht erfolgt ist, nicht auf den Adjudikatar über, sofern durch die Adjudikatoria und die Verkaufsbedingungen nicht ein Anderes festgesetzt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1843, unter Bezug auf §§. 92., 93., 96., 102. der Ablös. O. v. 13. Juli 1829, G. S. 1829 S. 65. (Präj. Nr. 1315.) (Präj. Samml. S. 361.)

Das Erk. des Ob. Trib. v. 21. Dec. 1854 führt aus, daß dieser Rechtssatz noch mehr von solchen Ablösungskapitalien gelte, welche nicht kreditirt, sondern sofort bezahlt werden, und, wenn keine Realverbindlichkeiten auf dem Gute haften oder die Realberechtigten ihre Ansprüche nicht geltend gemacht haben, in das freie Eigenthum des Besitzers übergehen. Hierin habe das Ablös. Ges. v. 2. März 1850 nichts geändert. In Ansehung der Rentenbriefe, welche nach §. 49. des Rentenbank-Gesetzes nur hinsichtlich der Gläubiger des berechtigt gewesenen Gutes dessen Zubehör bis zur Ausloosung oder Einzahlung des Nennwerthes zum Depositorium sind, sonst aber dem Gutsbesitzer zur freien Disposition zufallen, und daher gesetzlich im Sinne des §. 42. A. L. R. I. 2. nicht Zubehör des Gutes seien, gelte das Abfindungskapital mit dem Zeitpunkte der Uebernahme der Renten auf die Rentenbank für bezahlt und der Berechtigte für dessen Empfänger, so daß es also weder auf den Zeitpunkt der Aushändigung der Rentenbriefe, noch auf den Zeitpunkt der Abschreibung der Prästationen im Hypothekenbuche ankomme.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 321.)

2) Die Pertinenzqualität der Ablösungskapitalien zu den berechtigten Gütern wird unter dem Vorbehalt der Rechte der Hypothekengläubiger und der Besitzanwärter schon durch die Eintragung des Ablösungsrezesses im Hypothekenbuche des berechtigten Guts aufgehoben, ohne daß es noch einer besonderen Abschreibung der abgelösten Berechtigungen auf dem Folium dieses Gutes bedarf.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 6. Okt. 1854.

Die Eintragung des Ablös.-Rezesses, und resp. des Vermerks der Ablösung der Prästationen gegen Rentenbriefe, vertritt die Stelle der Abschreibung, da außer derselben eine weitere Eintragung im Hypothekenbuche nicht erfolgt. Die Rentenbriefe erhalten dadurch die Natur des Kaufgeldes, das später eingetragenen Gläubigern nicht verhaftet ist; sie bilden daher ein vom Hauptgute getrenntes besonderes Vermögensobjekt des Besitzers, welches nach §§. 460. ff. h. t. den zur Zeit der Abschreibung eingetragenen Realgläubigern wegen ihrer Hypotheken-Kapitalien zwar noch verhaftet ist, nach Befriedigung des Pfandrechtes derselben an diesem Aequivalente aber ohne Weiteres dem Besitzer, wenn dieser sonst nicht durch die Lehns- oder Fideikommiß-Qualität zur Verwendung in die Substanz verpflichtet ist, zur freien Disposition anheimfällt.

(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 315 ff.)

3) Die Rentenbriefe sind nur hinsichtlich derjenigen Schulden und sonstigen Verpflichtungen, für welche die abgelösten Rechte mitverhaftet waren, Zubehör des abgefundenen Gutes und gehen bei einer nothwendigen Subhastation, wenn auch eine Abschreibung der abgelösten Rechte im Hypothekenbuche des abgefundenen Gutes noch nicht erfolgt ist, auf den Adjudikatar nicht über, sofern durch den Adjudikationsbescheid und die Verkaufsbedingungen nicht ein Anderes festgesetzt worden ist.

Ein solcher Uebergang der Rentenbriefe auf den Adjudikatar findet auch nicht statt, wenngleich die Rentenbriefe von der Direktion der Rentenbank zur Zeit des Zuschlags noch nicht ausgefertigt waren, sobald nur am Tage desselben die für die abgelösten Rechte festgestellte Jahresrente auf die Rentenbank übernommen war.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1854. (Präj. Nr. 2596.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 177, Entsch. Bd. 30. S. 266.)

4) Nach §. 39. der Ablös. O. v. 7. Juni 1821 und den §§. 460—465. h. t. kann sich ein Hypothekengläubiger wegen des bei der Subhastation des Gutes und im Konkurse seines Schuldners erlittenen Ausfalls an die Bauern, welche die von ihnen dem Gute zu leistenden, dem Hypothekengläubiger mitverhafteten Dienste in baarem Gelde abgelöst haben, auf Höhe der gezahlten Ablösungskapitalien halten, wenn die das Ablösungsgeschäft dirigirende richterliche Behörde das Abkommen der Dienstpflichtigen und des Gutsherrn nicht dem Hypothekengläubiger zur Wahrnehmung seiner Gerechtsame bekannt gemacht hat, und die Ablösungskapitalien weder zur Wiederherstellung der durch die Ablösung geschmälerten Sicherheit der Gläubiger, noch zur Abstoßung der zuerst eingetragenen Kapitalsposten verwandt sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Febr. 1835.

(Entsch. Bd. 2. S. 267 ff.)

§§. 460. 461. Die Hypothekengläubiger können das im §. 461. erwähnte Recht, gleich dem Rechte der Kündigung, nach §. 462. nur innerhalb 6 Wochen geltend machen, und müssen sich innerhalb dieser Frist bei der Behörde, welche das Geschäft leitet, hierüber erklären. (Motive zum bürgerl. Gesetzb. S. 477.)

§§. 460—463. Das R. v. 6. Jan. 1831 spricht folgende Grundsätze aus:

a) Die im §. 462. den hypothekarischen Gläubigern freigestellte Kündigung ihrer Kapitalien kann auf jede gesetzlich zulässige Weise erfolgen. Der Nachweis, daß sie geschehen, muß aber bei der Gen. Komm., als der zur möglichst vollständigen Ausführung des Ablösungsgeschäfts bestellten Behörde, oder bei deren

---

[1]) Der entschiedene Fall war zwar nach gemeinem Rechte zu beurtheilen; das Prinzip der Entscheidungsgründe erscheint jedoch auch für das A. L. R. erheblich.

Spezial-Kommissarius auf die von demselben zu erlassende Aufforderung, innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Wochen geführt werden.

b) Diese Frist läuft vom Tage der den Gläubigern nach §§. 460., 462. h. t. zu ertheilenden Nachricht, wie aus dem §. 463. hervorgeht.

c) Mit dem Ablauf der Frist erlöscht, bei unterbliebener Kündigung, das Hyp.-Recht auf den abgetrennten Theil des verpfändeten Grundstücks ipso jure dergestalt, daß die Abschreibung erfolgen kann. Eines prozessualischen Verfahrens bedarf es deshalb nicht.

(Jahrb. Bd. 37. S. 76, Gräff Bd. 6. S. 61.)

§. 464. Ueber die bei Kapitalszahlungen der Verpflichteten zur Sicherstellung der eingetragenen Gläubiger zu nehmenden Maßregeln vergl. das R. v. 10. Nov. 1831 (Jahrb. Bd. 38. S. 294) und das G. v. 29. Juni 1835 wegen Sicherstellung der Rechte dritter Personen bei gutsherrlich-bäuerl. Regulirungen, Gemeinheitstheilungen, Ablösungen 2c. (G. S. 1835 S. 135.)

§§. 467. 468. 1) R. v. 19. Juli 1835, betr. das Recht der Realgläubiger, die abgetrennten Parzellen einzeln in Anspruch zu nehmen.

Der eingetragene Realberechtigte ist auch nach Parzellirung des verpfändeten Hauptgutes — erfolge diese nun durch Erbgangrecht oder auf sonstige Weise, — berechtiget, vermöge des ihm zustehenden dinglichen Rechts jeden einzelnen Parzellenkäufer wegen seiner ganzen Forderung in Anspruch zu nehmen, so lange nicht eine Abschreibung und bei dieser eine Repartition der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse erfolgt ist. Der Konsens in die Veräußerung der einzelnen Parzellen ändert in dieser Befugniß nichts, wenn nicht damit eine Entsagung des Pfandrechts verbunden gewesen ist, und es kann der Berechtigte nicht angehalten werden, sich zuerst an den Besitzer des Hauptguts zu halten. Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß nicht zu gleicher Zeit von jedem der Parzellenbesitzer das ganze Realrecht von dem Berechtigten durch die Exekution verlangt werden kann, daß ihm vielmehr nur freisteht, wenn er durch die gegen einen der Parzellenbesitzer nachgesuchte Exekution nicht ganz befriedigt werden könne, von den übrigen den Rest zu verlangen.

(Jahrb. Bd. 42. S. 182, Gräff Bd. 6. S. 62.)

Bornemann nimmt gegen dieses R. an, daß der Hypothekengläubiger, welcher in die Abschreibung der einzelnen Parzellen oder in die Dismembration des ganzen Gutes nicht gewilligt, dasselbe fortwährend als ein Ganzes betrachten, und als solches zur Subhastation bringen, mithin in sofern gegen alle Parzellenbesitzer zugleich die Exekution nachsuchen könne.

(System Bd. 4. S. 361, 2. Ausg. Bd. 4. S. 231.)

Schmidt bemerkt, für die Meinung, daß alle Parzellen zugleich von dem Hypothekengläubiger als ein Ganzes in Anspruch genommen werden können, spreche zwar die untheilbare Eigenschaft des Pfandes, so wie die Analogie der Zeitpacht, welche in dem Falle nothwendiger Veräußerung aufgekündigt werden könne; indessen spreche für die obige Meinung, daß, wenn die durch §. 4. des Ed. v. 9. Okt. 1807 gestattete Theilung der Grundstücke irgend eine Bedeutung haben solle, die sie früher nicht gehabt, solche nothwendig die sein müsse, daß die Gläubiger bei ihrer Rechtsverfolgung die geschehene Theilung als eine unabänderliche Thatsache voraussetzen, und also die einzelnen Theile so behandeln müssen, als wäre ihnen jeder einzelne Theil, wenn er schon bei der Verpfändung existirt hätte, besonders verpfändet.

(Pfandr. S. 446, 447.)

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 18. Okt. 1845 (Präj. Nr. 1649.) in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 443. sqq. Zus. 2.

§. 468. 1) Wenn einem Hypothekengläubiger mehrere Grundstücke konjunktiv verpfändet sind und derselbe auf Befriedigung der Kaufgeldermasse des einen mitverpfändeten und subhastirten Grundstückes verzichtet, demnächst aber seine ganze Forderung gegen den Besitzer eines anderen mitverpfändeten Grundstückes geltend macht, so kann der Letztere dem Anspruche nicht den Einwand entgegensetzen, daß er nur nach Verhältniß des Werths seines Grundstückes zu dem Werthe des subhastirten Grundstückes zur Zahlung verpflichtet sei. Es macht hierin keinen Unterschied, wenn auch der klagende Gläubiger das erstgedachte mitverpfändet gewesene Grundstück in der Subhastation erworben und die Kaufgelder auf postlocirte, auf dem subhastirten Grundstücke ausschließlich für ihn haftende Posten verrechnet hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1852. (Präj. Nr. 2405.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 83, Entsch. Bd. 24. S. 100, Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 133.)

Vergl. hierüber die Abhandl. von Roloff (Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 178 ff.) und von Pape (ebendas. S. 525 ff.).

2) Vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 56.

§. 470. Interpretation der Worte: »in sofern letztere (die An- und Zuwüchse) nicht Pertinenzstücke sind, welche aus fremdem Eigenthume der Sache beigefügt worden sind.«

a) Schmidt bezieht den Ausdruck: »letztere« auf die durch die Handlung eines Menschen entstandenen Zuwüchse, und meint, daß die Zuwüchse, wenn sie dem Hypothekenrechte unterworfen sein sollen, wirklich in das Eigenthum des Gutsbesitzers übergegangen sein, und nicht noch einem fremden Eigenthümer angehören sollen.

(Pfandr. S. 452 Anm. 22.)

b) Anderer Ansicht sind die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche:

Wenn man diesen Satz, wie das Wort »letztere« andeutet, nur auf solche An- und Zuwüchse bezieht, welche durch die Handlung eines Menschen entstehen, so sind darunter nur Saaten, Pflanzen und Bäume (vergl. A. L. R. I. 9. §§. 222., 275., 285.) begriffen, und vis fluminis, alluvio, insula in flumine nata und alvens derelictus ausgeschlossen. Andererseits scheint aber der Satz wegen der korrespondirenden Bestimmung im §. 454. h. t. gerade auf dergleichen unbewegliche, durch die Natur entstandene Zuwüchse bezogen werden zu müssen. In dem gedr. Entw. zum Gesetzb. befand sich der §. 470. h. t. nicht, sondern es folgte auf den §. 337. des gedr. Entw. (§. 469. des A. L. R.) sofort eine Vorschrift über neu aufgeführte Gebäude. Zum §. 337. heißt es in der rev. mon. folgendermaßen:

»Ad §. 337. Hier wird in Beziehung auf §. 111. (A. L. R. §. 158.) ein Beisatz wegen der An- und Zuwüchse, welche keine eigentliche Pertinenzstücke sind, zu machen sein, z. B. wegen des der See abgewonnenen Landes. Vide d. U.« (Die Umarbeitung.)

In dem umgearb. Entw. lautet der hinzugefügte §. wie der §. 470. des A. L. R. (Mat. Bd. 81.). Der fragliche Satz scheint sich also gerade auf die unbeweglichen, durch die Natur entstandenen Zuwüchse beziehen zu sollen.

1) In Betreff dieser unbeweglichen Zuwüchse kann derselbe, jedoch nur bei der alluvio und der vis fluminis stattfinden, und hier müssen die Vorschriften im 9. Titel entscheiden, nach welchen das Eigenthum an dem abgerissenen Lande und der Alluvion binnen einem und resp. drei Jahren erworben wird, so daß von diesem Zeitpunkte an auch die An- und Zuwüchse den Gläubigern verhaftet sein müssen.

2) Eben so wenig ist der Satz hinsichtlich der beweglichen An- und Zuwüchse (der Saaten, Pflanzen und Bäume) gerechtfertigt, da diese nach den Bestimmungen des 9. Titels sofort in das Eigenthum desjenigen übergehen, welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt. (a. a. O. S. 480.)

§§. 470. 471. Das dingliche Recht eines Hypothekengläubigers, welchem nicht ausdrücklich nur Grund und Boden zur Hypothek verschrieben ist, erstreckt sich auch auf das später von einem Dritten auf dem verpfändeten Grundstücke errichtete Gebäude.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. März 1834.

(Simon's R. Bd. 4. S. 3.)

§§. 475. 476. 1) Betreffend das Verhältniß der §§. 475. u. 476. zum §. 49. A. L. R. I. 2.

Bornemann ist der Ansicht, daß der §. 475. h. t. mit dem §. 49. A. L. R. I. 2. in sofern nicht ganz übereinstimme, als der letztere auch Vorräthe von Gutserzeugnissen, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Erndte erforderlich sind, zum Zubehör rechnet. Der Gesetzgeber scheine indeß diese Modifikation hier aus dem einfachen Grunde übergangen zu haben, weil dergleichen Vorräthe nach §§. 71., 79. ff. A. G. O. I. 24. kein Gegenstand der Exekution seien, also auch von den Realgläubigern nicht in Beschlag genommen werden könnten.

(System Bd. 4. S. 353, 2. Ausg. Bd. 4. S. 227.)

Koch bestreitet, daß die alleg. Vorschriften im Widerspruche stehen.

Der §. 49. A. L. R. I. 2. beziehe sich auf abgesonderte und der §. 475. h. t. auf unabgesonderte Früchte, welche nicht Pertinenz, sondern Theil der Hauptsache sind. Der §. 476. h. t. begegne dem §. 49. A. L. R. I. 2. gleichfalls nicht; denn er sage nicht, daß abgetrennte Früchte in der hier im §. 49. vorausgesetzten Beziehung und Ausdehnung Pertinenzstücke nicht sein könnten, sondern nur, daß ein Hypothekengläubiger die bereits vor der Beschlagnahme geschehene Veräußerung nicht rückgängig machen könne. Die Exekutionsvollstreckung selbst aber sei sonst in abgesonderte Früchte gegen den persönlichen Schuldner ohne Beschränkung, und gegen den bloßen Hypothekenschuldner in soweit, als die Früchte Pertinenzstücke sind, zulässig. Wolle der Gläubiger die Veräußerung abgesonderter Früchte in einer weiteren Ausdehnung hindern,

so müsse er die Beschlagnahme vor der Absonderung ausbringen. Dies sei der eigentliche Inhalt des §. 476. h. t.

(Landr. Bd. 1. Anm. 39. zum A. L. R. I. 2. §. 49.)

Die Uebereinstimmung der gedachten Gesetzstellen nehmen auch Siewert Hft. 3. S. 45, Strombeck (Erg. zum §. 475. h. t.) und Schmidt (Pfandr. S. 432—433) an.

2) Baumstämme, welche in Folge Veräußerungsvertrages mit dem Waldhammer angeschlagen worden, gehen hierdurch noch nicht aus dem auf dem Waldboden haftenden Hypothekenrechte heraus.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. März 1838.

Die angeschlagenen Bauhölzer verbleiben als stehendes Holz auf den Stämmen, eben deshalb aber befinden sie sich noch unabgesondert von der Substanz. Die Meinung, daß unter dem »Absondern« der Früchte und Nutzungen, nicht deren wirkliche, materielle Trennung von der Substanz gemeint sein könne, ist ohne Grund. Dem steht der §. 491. Nr. 5. A. G. O. I. 50. nicht entgegen, weil darin ein unzweifelhaft und rechtsgültig geschehener, von den Realgläubigern nicht angefochtener Verkauf des Holzes vorausgesetzt und bestimmt wird, wie die dafür eingegangenen oder einzuziehenden Kaufgelder bei der Distribution der Masse verrechnet werden sollen, aber keine Festsetzung über die Gültigkeit des Holzverkaufes in Bezug auf die Rechte der Hypothekengläubiger und über etwanige, zwischen dem Eigenthumsrechte des Käufers und dem Pfandrechte der Realgläubiger entstehende Kollisionen enthalten ist.

(Centralbl. 1838 S. 611, 709.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 61—65. Zus. 3.

3) Bei einem Walde ist geschlagenes Holz, so lange es aus demselben nicht fortgeschafft und dadurch räumlich getrennt ist, durch Verkauf, Uebergabe und Fällung aus dem dinglichen Rechte des Hypothekengläubigers nicht für geschieden zu achten, wenn und soweit der Holzschlag die Grenzen einer forstwirthschaftlichen Benutzung überschritten hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1850 u. 26. April 1852. (Präj. Nr. 2239.)

Die Frage, ob geschlagenes Holz durch die Fällung von dem Hypothekenrechte der Gläubiger frei geworden, ist von der weiteren Frage abhängig, ob es zu den Früchten und Nutzungen des verhafteten Guts zu rechnen sei? Trägt es den Charakter der Früchte und Nutzungen, so wirkte die bloße Absonderung von der Substanz seine Befreiung von dem dinglichen Rechte (§§. 475., 476. h. t.). Betreffs der Früchte bestimmen A. L. R. I. 9. §. 220.; 2. §. 110.; 21. §§. 30. ff., 199., 270., 271.; 18. §§. 9., 10. Die wesentliche Voraussetzung bei Früchten besteht in ihrer nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur zu erwartenden regelmäßigen Wiedererzeugung durch das fruchttragende Grundstück. Sie trifft bei den Bäumen einer Forst nicht zu, welche sich erst in sehr langen Zeiträumen regeneriren. Der Wald gehört zur Substanz, als Früchte sind nur solche Holzschläge anzusehen, welche die Grenzen einer forstwirthschaftlichen Benutzung des Waldes innehalten, so daß zufolge der eingeführten Schlageintheilung die eintretende Verminderung durch den jährlichen Zuwachs ersetzt wird. Nur soweit diese Grenzen nicht überschritten sind, ist geschlagenes Holz zu den Früchten und Nutzungen zu rechnen, und an demselben nach den §§. 475., 476. d. Tit. das Recht der auf dem Gute eingetragenen Hypothekengläubiger durch die bloße Absonderung von der Substanz für erloschen zu achten. Mit diesem Resultat stimmen überein A. L. R. I. 2. §§. 45., 90., I. 50. §§. 491. Nr. 5. u. 510., I. 18. §§. 564., 565., — A. L. R. I. 2. §§. 65., 66. steht nicht entgegen. Sie würden darüber entscheiden, ob sich bei einer neuen Hypothekenbestellung, bei einem Kaufe, das Recht des Gläubigers, des Käufers, auf das zur Zeit des Rechtsgeschäfts schon geschlagene Holz erstrecke. Die Frage: ob es durch spätere Handlungen rechtlich aus dem dinglichen Rechte des Gläubigers ausgeschieden sei? ist nicht aus ihnen zu beantworten. Es kommen vielmehr die Vorschriften des Tit. 20. über den Umfang des Hypothekenrechts §§. 443. ff. zur Anwendung. Sie lassen im §. 445. a. a. O. das Hypothekenrecht an beweglichen Pertinenzien, die ihm einmal unterworfen sind, fortbestehen, so lange dieselben nicht von der Hauptsache getrennt sind. Unter der Trennung ist, wie der Pl. Beschl. v. 10. Juli 1837 entwickelt, eine räumliche zu verstehen. — Unhaltbar ist der Gegengrund, daß bei Holzschlägen von einer Ueberschreitung des gewöhnlichen Nutzungsrechts und einer Substanzverringerung überhaupt nicht die Rede sein könne, da das Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 im §. 4. die Benutzung der Waldungen dem Gutbefinden des Eigenthümers freigebe. Das Kultur-Ed. hat nur die im A. L. R. I. 8. §§. 83. ff. dem Eigenthümer eines Waldes zum Besten des Gemeinwohls auferlegten Beschränkungen in der Verfügung über die Substanz aufgehoben. In die Privatrechte der Hypothekengläubiger greift es eben so wenig ein, als es Abänderungen der Vorschriften, worauf sich das dingliche Recht derselben erstrecke, eingeführt hat. Es macht vielmehr im §. 6. die Verpflichtung der Hypothekengläubiger, sich außerordentliche Holzverkäufe gefallen zu lassen, von Modalitäten abhängig, durch welche deren Unschädlichkeit für sie nachgewiesen werden soll.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 37, Entsch. Bd. 23. S. 148.)

§. 477. 1) Kann der Hypothekengläubiger aus den unabgesonderten Früchten des ihm verpfändeten Grundstückes seine Befriedigung in dem Falle verlangen, wenn der Schuldner darüber durch Verkauf im Voraus verfügt, und das pränumerirte Kaufgeld zur theilweisen Befriedigung des Gläubigers verwendet hat?

Das Ob. Trib. hat in dem Erk. v. 22. April 1837 in einem Falle bejahet, wo der Gutsbesitzer die Wolle auf den Schafen vor der Wollschur verkauft, und der Hypothekengläubiger demnächst Sequestration ausgebracht hatte, obgleich das Kaufgeld zu seiner Befriedigung verwandt war.

So lange die Wolle noch auf den Schafen befindlich, ist die Absonderung der Früchte von der Substanz und die Uebergabe derselben an den Käufer noch nicht erfolgt, und das Pfandrecht des Gläubigers noch in Kraft, welches durch die Sequestration geltend gemacht wird. Der frühere Verkauf steht dem Gläubiger, soweit er zu dessen Nachtheil gereicht, nicht entgegen, und dieser Nachtheil tritt dann ein, wenn er in die Verabfolgung der Wolle an den Käufer ohne vollständige Bezahlung willigen, also die Wolle nicht als einen Gegenstand seiner Befriedigung ansehen soll. Eine Bereicherung des Gläubigers zum Schaden des Käufers findet dadurch nicht statt, daß der Besitzer den theilweis pränumerirten Kaufpreis zur Bezahlung des Gläubigers verwandt hat, indem der Gläubiger nur eine ihm gebührende Zahlung in Empfang genommen. Was er erhielt, ist kein Kaufgeld für die Wolle gewesen; er hat es von seinem Schuldner erhalten und dieser ist auch Eigenthümer des Geldes, mit welchem er Zahlung leistete. Darauf, aus welchem Rechtsgeschäfte der Besitzer das Geld erworben hatte, kommt es in seinem Verhältniß zu dem Gläubiger nicht an. (J. W. 1838 S. 316 ff.)

2) Die gesetzliche Vorschrift, daß Verträge und andere Handlungen, wodurch der Schuldner über künftige Früchte und Nutzungen im Voraus verfügt, in soweit unkräftig sein sollen, als dieselben zum Nachtheil der alsdann schon eingetragenen Hypothekengläubiger gereichen würden, berechtigt nicht den, wegen der laufenden Zinsen vom Pächter befriedigten, eingetragenen Gläubiger, welcher noch ältere rückständige Zinsen zu fordern hat, auf Annullirung des abgeschlossenen Pachtvertrages aus dem Grunde anzutragen, weil das locarium den wahren Erbpachtswerth nicht erreicht.

Erkannt von dem Ob. Appell. Ger. zu Posen unterm 2. April 1825. (Simon's R. Bd. 1. S. 408 ff.)

Bornemann ist derselben Meinung.

(System Bd. 4. S. 356, 2. Ausg. Bd. 4. S. 229.)

Dagegen: Merckel in den Erg. zu den §§. 475., 476. h. t.

§. 480. 1) Der Instr. Sen. des Kammerger. hat in dem Erk. v. 20. Aug. 1810 ausgeführt, daß der §. 480. auf Miether nicht ausgedehnt werden dürfe, sondern anzunehmen sei, daß einem Miether, welcher die vierteljährlich postnumerando zu zahlende Miethe auf ein Vierteljahr pränumerirt habe, der §. 477. entgegenstehe, da der §. 480. eine nur für Pachtungen gerechtfertigte Ausnahme von der Regel enthalte und daher strikte interpretirt werden müsse. (Mathis Bd. 9. S. 569—574.)

Bornemann (a. a. O. S. 355) ist entgegengesetzter Ansicht, auf Grund der A. G. O. I. 24. §. 130.

(System Bd. 4. S. 355, 2. Ausg. Bd. 4. S. 228.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche finden gleichfalls die Ausdehnung des §. 480. auf Miether unbedenklich, indem der Miether dem Pächter gleichstehe, und die A. G. O. I. 24. §. 130. auch beide einander, in Beziehung auf die Vorausbezahlung des Pacht- und Miethzinses, den hypothekarischen Gläubigern gegenüber, gleichstelle. (a. a. O. S. 485.)

Koch bemerkt:

Der Zweifel gegen die Anwendung des Prinzips des §. 479. auf den Miether ist grundlos; solche Anwendung ist keine ausdehnende Erklärung des §. 480., sondern ein anderes Beispiel.

(Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 480. h. t.)

2) a) Der Pächter ist nur berechtigt, die Vorausbezahlung des Pachtzinses für dasjenige Quartal, in welchem die gerichtliche Beschlagnahme der Pachtgelder erfolgt ist, den damals schon eingetragenen Hypothekengläubigern entgegenzusetzen. Er darf also die im Pachtkontrakte als Pachtvorschuß für das letzte Quartal angesehene Kaution zum Nachtheile der Hypothekengläubiger auf den Pachtzins dieses letzten Quartals nicht in Anrechnung bringen, in sofern die gerichtliche Beschlagnahme früher erfolgt ist.

b) Dieser §. kommt zur Anwendung, wenn auch nicht Konkurs-, sondern nur erbschaftlicher Liquidationsprozeß eingeleitet ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Mai 1837. (Präj. Nr. 258.)

Zwar ist im §. 480. nicht eines einzelnen, bestimmten Quartals gedacht; daß aber nur dasjenige Quartal gemeint sein kann, in welchem die Pachtgelder gerichtlich in Beschlag genommen, und mit dessen Ablauf die Pachtgelder für dasselbe fällig wurden, dies folgt aus dem Verhältnisse selbst und aus den §§. 475—477., von denen der §. 480. nur eine Anwendung ist. Das Hypothekenrecht an sich verschränkt dem Besitzer des verpfändeten Gutes die Verfügung über die Früchte überhaupt, auch künftig, nicht. Das Pfandrecht auf die Früchte wird erst wirksam durch die gerichtliche Beschlagnahme, die Exekution. Von der Vollstreckung derselben an, tritt eine Beschränkung in der Dispositionsbefugniß des Besitzers ein. Die bei der Beschlagnahme noch unabgesonderten Früchte haften dem Pfandgläubiger, und soweit der Besitzer über die noch unabgesonderten Früchte bereits verfügt hat, brauchen die Hypothekengläubiger dies nicht anzuerkennen. Dies ist die gesetzliche Regel. Mit den Pacht- und Miethgeldern verhält es sich gleichergestalt. Sie sind fructus civiles. Bei ihnen steht die Fälligkeit der Absonderung gleich. Pachtgelder sind nach §. 297. A. L. R. I. 21. in vierteljährigen Raten zahlbar; da sie eine Vergütung für die Nutzungen bilden, so ist die Fälligkeit, der Regel nach, erst mit Ablauf eines Quartals anzunehmen. Vorausbezahlungen der Pachtgelder sind aber häufig, und hierauf gründet sich der §. 480. h. t., welcher keine Ausnahme von den vorhergehenden Vorschriften, sondern vielmehr eine Anwendung derselben auf das Pachtverhältniß festsetzen will, wie das Wort: »also« ergiebt. Der Gesetzgeber ging dabei von der Ansicht aus, daß Pachtgelder für das Quartal, im Laufe dessen die Beschlagnahme erfolgt, wenn sie auch erst bei dessen Ablaufe fällig sind, doch nicht ganz zu den künftigen Früchten gehören, und um eine Vertheilung des Pachtzinses nach den Tagen vor und nach der Beschlagnahme zu verhüten, und zugleich das Interesse des Verpächters, des Pächters und der Hypothekengläubiger möglichst zu vereinigen, erfolgte, mit Rücksicht auf §. 297. A. L. R. I. 21., die Bestimmung des §. 480. h. t., als eine Anwendung der §§. 475—477. auf Pachtgelder. Hiernach muß sich die im §. 480. nachgelassene Vorausbezahlung Eines Quartals auf das Quartal beschränken, in dessen Laufe die gerichtliche Beschlagnahme erfolgt ist.

(Präj. Samml. S. 117, Entsch. Bd. 2. S. 318.)

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 7. Juli 1854 erkannt.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 127 Nr. 34.)

Grävell (Komm. zur A. G. O. Bd. 3. S. 509) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 480. h. t.) sind derselben Ansicht.

Schmidt beschränkt die Vorausbezahlung auf den Fall einer vertragsmäßigen Verabredung. Dagegen falle es in den Begriff einer fraudulösen Begünstigung des Verpächters, wenn der Pächter, der nur postnumerando gepachtet hat, freiwillig und ohne Noth dem Verpächter ein Quartal vorausbezahlt. (Pfandr. S. 439.)

3) Der Vermiether ist zwar den Hypothekengläubigern gegenüber die Zahlung der Miethe für ein Quartal im Voraus anzunehmen, nicht aber die Quartalsrate im Voraus an einen Dritten mit der Wirkung zu cediren berechtigt, daß dieselbe dem dinglichen Rechte der Hypothekengläubiger entzogen würde.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Febr. 1854, weil durch die vor Fälligkeit der Miethen erfolgte Cession eine Absonderung der Miethszinsen von der Substanz nicht hervorgebracht wird, sondern ungeachtet der Cession das Recht der Hypothekengläubiger auf die zur Zeit der Exekutionsvollstreckung noch nicht abgesonderten Früchte unberührt bleibt (§§. 475—480. h. t.).

(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 162 Nr. 29.)

§§. 480. 481. 1) R. v. 18. Juni 1798. Auch nicht den fiskalischen Behörden bei Einziehung der öffentlichen Lasten und Abgaben kann der Pächter, welcher die Pacht auf mehr als ein Quartal vorausbezahlt hat, diese Zahlung entgegensetzen.

(Rabe Bd. 5. S. 133.)

2) Der Sequester eines Guts ist nicht befugt, auf Grund des ihm als Sequester zustehenden Rechts die laufenden Einnahmen einzuziehen, die, dem Pachtkontrakt gemäß, vor Einleitung der Sequestration geschehenen Vorauszahlungen der Pachtgelder an den Verpächter auf Grund der §§. 480., 481. anzufechten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1853.

Zwar ist der Sequester berechtigt zur Einziehung der ausbleibenden laufenden Einnahmen (cf. A G. O. I. 24. §§. 124., 129., A. L. R. I. 14. §§. 105., 116.), keineswegs aber zu allen Klagen überhaupt (A. L. R. I. 14. §. 123). Insbesondere ist er nicht berechtigt, den Einwand der kontraktmäßig erfolgten Vorausbezahlung der Pacht durch die Replik zu entkräften, daß diese Vorauszahlung gemäß den §§. 480., 481. h. t. ungültig geschehen sei. Denn als Sequester muß er die geschehene kontraktmäßige Zahlung anerkennen. Nur die Hypothekengläubiger sind an die kontraktliche Feststellung in Folge des ihnen durch das Gesetz gegebenen besonderen Rechts nicht gebunden, und nur sie können die Vorauszahlung, weil sie ihre Rechte kränkt, anfechten. Die Personalgläubiger haben dies Recht nicht. Der Sequester ist aber als solcher, und in dieser Beziehung nicht gesetzlicher Vertreter der Hypothekengläubiger, selbst wenn diese die Extrahenten der Sequestration sind. Das den Hypothekengläubigern gegebene Recht, die Vorauszahlung von Pachtgeldern anzufechten, ist vielmehr ein ihnen speziell verliehenes Recht, welches mit der Verwaltung des Guts und der Einziehung der fälligen Revenüen nicht zusammenhängt.

(Entsch. Bd. 26. S. 42.)

3) Darf der Pächter eines Guts, dessen Sequestration verfügt worden, die ihm im Pachtkontrakte zugesicherte Kompensation der Pachtkautionszinsen mit einem gleichen Betrage der Pachtgelder auch gegen die Hypothekenzinsen zu fordern habenden, vor ihm eingetragenen Gläubiger ausüben?

In dem Appell. Erk. eines ungenannten O. L. G. v. 11. Febr. 1837 wird diese Frage verneint, zunächst auf Grund des §. 477., indem es bei der Unzulänglichkeit der Revenüenmasse offenbar ein Nachtheil der Hypothekengläubiger sein würde, wenn der Pächter sich wegen seiner Kautionszinsen vorzugsweise und vollständig durch Abrechnung von den Pachtgeldern befriedigt macht. Sodann bestimme für den Fall des Konkurses A. L. R. I. 16. §. 363., daß das Kompensationsrecht des Pächters nur gültig sein solle, wenn es früher eingetragen worden, als die Forderungen derjenigen Gläubiger, zu deren Nachtheile dasselbe gereichen würde.

Hiergegen wird von dem Einsender dieses Erk. bemerkt, daß die Frage auf den Grund des §. 477. nicht so zu stellen: Erleiden die Hypothekengläubiger durch den Abzug der Kautionszinsen von den Pachtgeldern einen Ausfall an ihren Hypothekenzinsen? sondern vielmehr: Gereicht der ganze Pachtkontrakt den Gläubigern zum Nachtheile? eine Frage, die von der ersteren ganz verschieden sei, und daß in einem andern Erk. dem Pächter die Kompensation, ohne Berücksichtigung des §. 477. nach dem Grundsatze: compensatio fit ipso jure, auf den Grund von A. L. R. I. 16. §§. 301., 343., 359., zugesprochen worden. (Centralbl. 1839 S. 902 ff.)

§§. 482—489. Für was die Hypothek dem Gläubiger hafte.

§. 482. 1) Muß der vorbedungenen Zinsen in dem Eintragungsvermerke Erwähnung geschehen, damit das Hypothekenrecht für dieselben mit gelte?

Die Praxis des Ob. Trib. hat in neuerer Zeit [1]) gleichförmig die ausdrückliche Erwähnung für unnöthig gehalten. Es sprechen hierüber folgende Präjudizien:

a) Daraus, daß die Zinsen ein Akcessorium des Kapitals sind, folgt von selbst, daß das Hypothekenrecht, in Absicht der Zinsen, schon durch die Eintragung des Kapitals erworben wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. Juli 1826.

(Simon's R. Bd. 1. S. 97.)

b) Das Hypothekenrecht erstreckt sich auf die vorbedungenen Zinsen eines eingetragenen Kapitals, auch wenn derselben bei der Eintragung im Hypothekenbuche nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen ist.

Im Falle einer späteren Zinsbestimmung eines ursprünglich unzinsbaren Kapitals, oder einer späteren Zinserhöhung, geht der eingetragene Gläubiger wegen der nachträglich stipulirten Zinsen:

α) nur den nach der Zinsstipulation oder Zinserhöhung eingetragenen, nachstehenden Gläubigern, und auch diesen

β) nur dann vor, wenn bei der ursprünglichen Eintragung des Kapitals nicht die Unzinsbarkeit des Kapitals, oder der früher verabredete niedere Zinsfuß vermerkt war.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Aug. 1836.

(Entsch. Bd. 1. S. 212.)

---

[1]) Vor dem Jahre 1826 sind widersprechende Entscheidungen des Ob. Trib. vorgekommen. Vergl. dieselben in Simon's R. Bd. 1. S. 87 ff.

c) Das Hypothekenrecht erstreckt sich auf die vorbedungenen Zinsen eines wirklich eingetragenen Kapitals auch dann, wenn derselben bei der Eintragung nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1839. (Präj. Nr. 744.) (Präj. Samml. S. 118.)

Ebenso lautet das Präj. des IV. Sen. v. 26. Febr. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 14 Nr. 5.)

Derselben Ansicht sind Grävell (Nachtr. zum Komm. zur A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §. 159. S. 130 ff.), Bornemann (System Bd. 4. S. 367 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 232 ff.) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 12. zum §. 481. h. t., Lehrbuch des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 380.).

Diese Ansicht stützt sich darauf, daß schon der Wortsinn des §. 482. ergebe, daß das Hypothekenrecht in Absicht der Zinsen, als Akcessorium des Kapitals, schon durch die Eintragung des letzteren erworben werde, um so mehr, als im §. 483. in Absicht der bloßen Verzugszinsen hiervon eine ausdrückliche Ausnahme gemacht werde, deren es nicht bedurft hätte, wenn uneingetragene Zinsen überhaupt kein Hypothekenrecht haben sollten. Auch in der Konk. O. sei die Eintragung der Zinsen als wesentliche Bedingung ihrer Realqualität nicht vorgeschrieben, und die A. G. O. I. 51. §. 89. Nr. 5. setze uneingeschränkt fest, daß den Gläubigern ihre Zinsenrückstände an der Stelle des Kapitals mit zuerkannt werden sollen. In der Hyp. O. II. §. 156. sei keine bei Verlust des Rechts zu beobachtende, wesentliche Form, sondern bloß etwas Nützliches, zur Vermeidung von Verwirrungen, vorgeschrieben; insbesondere seien auch in diesem §. nicht die Folgen festgesetzt, welche daraus entstehen sollen, wenn bei der Eintragung gewisse in dem Instrumente enthaltene Verabredungen nicht in das Hypothekenbuch mit eingetragen worden, noch weniger aber der Umfang des Hypothekenrechts selbst. So verstanden, enthalte der §. 482. lediglich eine Anwendung der für das Faustpfand in den §§. 210., 164., 166. h. t. gegebenen Vorschriften, daß dasselbe dem Pfandgläubiger in allen Fällen wegen vollständiger Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners hafte.

Die entgegengesetzte (verneinende Meinung) vertheidigen: Merckel (Komm. zum A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 482, 2. Ausg. Bd. 1. S. 690), Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 401 ff.), und Krause in der Abhandl.: über das Recht eines Gläubigers, sich wegen der vorbedungenen Zinsen seines hypothekarisch versicherten Kapitals an die Hypothek zu halten (Simon's Z. Bd. 1. S. 7 ff.).

v. d. Hagen führt in der Abhandl.: über das Hypothekenrecht der Konventionalzinsen einer eingetragenen Forderung, deren im Eintragungsvermerke keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist, aus, daß der Gläubiger durch eine nur allgemein und ohne Einschränkung für die Forderung geschehene Verpfändung und deren Eintragung ein dingliches Recht für die in der Forderung begriffenen Elemente — nämlich für deren Hauptstuhl sowohl, als für die davon vorbedungenen Zinsen — erworben habe.
(J. W. 1839 S. 773 ff., 789 ff., 805 ff., 821 ff.)

2) Die Stiftung eines Geldfideikommisses trägt nach der Natur dieses Rechtsinstitutes die Verzinslichkeit in sich, wenn auch darüber nicht ausdrücklich in dem Stiftungsbriefe stipulirt wäre. Sobald daher nur soviel aus dem Hyothekenbuche des Grundstückes erhellet, daß es mit einem Geldfideikommiß belastet sei, so haftet es auch für die Zinsen desselben.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1842 (Präj. Nr. 1227.), weil der §. 411. h. t. dem nicht entgegenstehe, vielmehr der §. 482. h. t. dem §. 126. A. L. R. II. 4. entspreche.
(Präj. Samml. S. 118, Entsch. Bd. 8. S. 337.)

3) Wie lange haftet die Hypothek für Rückstände?

a) Rückständige gutsherrliche Abgaben, welche dem §. 49. Tit. I. der Hyp. O. zuwider, in das Hypothekenbuch nicht eingetragen, beziehungsweise zur Rekognition nicht angemeldet worden sind, haben nicht die Natur eines objektiv dinglichen, gegen jeden dritten Besitzer verfolgbaren Rechtes.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1634.)

Der §. 137. A. L. R. I. 2. findet auf rückständige bäuerliche Präſtationen keine allgemeine Anwendung, sondern solche haben die Natur der Forderungen, und nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts setzt die dingliche Verhaftung einer Sache für die Sicherheit einer Forderung stets die Einräumung des Besitzes oder die Eintragung in das Hypothekenbuch voraus, wenn nicht der Fall des §. 48. Tit. 1. der Hyp. O. vorliegt. Der §. 137. h. t. handelt nur von Rechten auf die Substanz einer fremden Sache.
(Präj. Samml. S. 5. u. 400, Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 32 ff.)

b) Rückstände von Reallasten, sowohl von verfassungsmäßigen, keiner Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfenden, als den auf besonderen Rechtstiteln beruhenden und hypothekarisch eingetragenen, ingleichen von Hypothekenzinsen haben, in soweit sie nicht verjährt sind, die Natur eines objektiv dinglichen, gegen jeden dritten Besitzer verfolgbaren Rechts. Eine Beschränkung dieser Verfolgbarkeit auf zweijährige Rückstände findet, abgesehen von dem Fall der Unzulänglichkeit der Kaufgelder des belasteten Grundstücks oder des Konkurses, nicht statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. April 1851 [1]). (Präj. Nr. 2288.)

Nach gem. Deutschen Rechte ist die Frage: ob der Realberechtigte sich an den Besitzer des verpflichteten Grundstücks wegen der vor der Besitzzeit des Letzteren, von dem Vorbesitzer schuldig gebliebenen Rückstände der Reallast, zum Behuf der Befriedigung aus dem Grundstücke und dessen Früchten halten könne, streitig. — Aus den Gründen und Gegengründen ist für das Preuß. Recht nichts Entscheidendes zu entnehmen, da dieses wegen seiner eigenthümlichen Hypothekenverfassung auf einer anderen Grundlage beruht. Betreffs beständiger Lasten und Abgaben verordnet Hyp. O. I. §. 48., A. G. O. I. 50. §. 358., A. L. R. I. 4. §. 19. hinsichtlich solcher beständigen Lasten hingegen, die auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse oder sonst vermöge eines besonderen Titels gelegt sind und die daher zur Erlangung der Realqualität nach §. 49. a. a. O. der Hyp. O. der Eintragung in das Hypothekenb. bedürfen, finden die Vorschriften des 20. Tit. Thl. I. des A. L. R. ebenso Anwendung, wie bezüglich auf Hypothekenforderungen. Beiden steht nach A. L. R. I. 2. §§. 132—134. nur ein Titel zum Pfandrecht zu und letzteres wird erst durch die erfolgte Eintragung erworben. §. 136. a. a. O. und A. L. R. I. 20. §. 411. Diese Eintragung hat dann die A. L. R. I. 20. §§. 482., 492—495. bestimmten Folgen.

Diese Vorschriften müssen ebenso allgemeine Anwendung finden, als die Wortfassung eine ganz allgemeine ist. Eine Veränderung in der Person des Besitzers des Grundstücks kommt dabei gar nicht in Betracht. Bei der beständigen Last betrifft die Eintragung den Hauptstuhl, und die Unwissenheit, mit welcher der dritte Besitzer sich nicht schützen darf, bezieht sich eben so wohl auf verfallene als zukünftige Präſtationen; ebenso bei den vorbedungenen Zinsen einer Hypothekenforderung. Eine Beschränkung auf zweijährige Rückstände ist nicht gerechtfertigt. In Beziehung auf die Ordnung und Vorzugsrechte der eingetragenen Forderungen bestimmt der §. 504. h. t. Diese Vorschrift ist eine Ausnahme von der Regel des §. 482. daselbst. Diese Ausnahme ist ausdrücklich beschränkt auf den Fall der eintretenden Unzulänglichkeit der mehreren zur Hypothek verschriebenen Sache, und findet daher außerdem keine Anwendung. Es müßte dies schon aus der besonderen Natur der durch Eröffnung des Konkurses eintretenden Verhältnisse gefolgert werden, selbst wenn es an ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen darüber mangelte. A. G. O. I. 50. §§. 152., 381., 499., 512. 2a., 150. und §§. 492., 512. Nr. 2b. u. 477b. das., A. L. R. I. 20. §§. 505., 356., 357., 395., 404., A. G. O. I. 51. §. 12. Aus vorstehenden Gesetzen ergiebt sich, daß die im Konkurse zur Anwendung kommenden, den Gläubigern hinsichtlich ihrer Befriedigung wegen der Rückstände auferlegten Beschränkungen, keine Beziehung auf die Rechte der Realforderungen außer dem Konkursverfahren haben können. Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen hierüber sind in den Tit. 51. der A. G. O. enthaltenen Vorschriften über den Liquidationsprozeß über Grundstücke oder deren Kaufgelder (§§. 39., 41. bis 46.) — Aus diesen Vorschriften geht hervor, daß die Beschränkung des Vorzugsrechts der Zinsen lediglich auf das Konkursverfahren sich bezieht, und daß solche außerdem ausdrücklich für unstatthaft erklärt ist. Daß die Vorschriften Tit. 51. §§. 2—50. durch den §. 22. der V. v. 4. März 1834 aufgehoben, stellt die Richtigkeit der Rechtsprinzipien, welche sich aus der Vergleichung der gleichzeitig ergangenen materiellen und Prozeßgesetzgebung herleiten lassen, nicht in Frage. Diese V. ergiebt im §. 18. aber auch die fortwährend zur Anwendung kommende Geltung jener Prinzipien.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 37, Entsch. Bd. 21. S. 44, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 61 Nr. 13., Ulrich's Arch. Bd 15. S. 282.)

---

[1]) In den Gründen dieses Präj. wird bemerkt, daß dasselbe mit dem Präj. Nr. 1634. (vergl. ob. sub a.) nicht im Widerspruche stehe, weil in jenem Falle nicht bloß den Rückständen, sondern dem ganzen Rechte auf Abgaben überhaupt, wegen Mangels der Eintragung, die Dinglichkeit gefehlt habe.

4) Kommen bei einer eingetragenen Natural-Leibzucht auch die Interessenansprüche wegen nicht gewährter Leibzucht an der Stelle des Hauptanspruchs mit einem zweijährigen Rückstande zur Befriedigung?

a) Es verneint das Ob. Trib. in dem Erk. v. 28. Dec. 1849.

Wenn auch in Ansehung der Leibzucht und der darin enthaltenen Leistungen ein Hypothekenrecht begründet ist, so ist es doch nur diese aus dem Hypothekenb. ersichtliche Forderung, für welche die Hypothek haftet. Forderungen, welche der Leibzüchter wegen mehrjähriger Rückstände zu erheben berechtigt sein könnte, sind aus dem Hypothekenb. nicht ersichtlich, und es würde eine das Vertrauen auf das Hypothekenb. vernichtende Ansicht sein, wenn man solchen Rückständen, die bei langer Lebensdauer des Leibzüchters eine den Werth des Grundstücks absorbirende Höhe erreicht haben können, diejenige Stelle des Hypothekenrechts einräumen wollte, an welcher die Verpflichtung zur fortlaufenden Naturalleistung eingetragen ist. Bei einer stipulirten Leibzucht bildet also ihrer Natur nach der darin enthaltene Anspruch auf Wohnung, Ernährung, Pflege und sonstige Naturalleistungen, die eingetragene Forderung, nicht aber eine statt derselben liquidirte Forderung in Gelde für eine nicht bezogene Leibzucht. Der §. 482. h. t. dient diesem Grundsatze zur Bekräftigung. — Hiernach erfordert Publizität und Spezialität, auch bei der aus der Pfandverschreibung entspringenden Verpflichtung zur Zinszahlung, daß die Eintragung jedem Dritten, welcher mit dem Eigenthümer in Bezug auf sein Grundstück kontrahirt, eine Kenntniß der auf demselben ruhenden dinglichen Verpflichtungen gewähren muß.

(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 570.)

b) Es bejahet Sommer in seiner Vorbemerkung zu vorstehendem Rechtsfalle. (a. a. O.)

5) Aus der Eintragung rückständiger Zinsen eines Kapitals ist die Verbindlichkeit des Schuldners zur Entrichtung vorbedungener Zinsen nicht zu folgern.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 14 Nr. 5.)

§§. 483. 484. Das G. v. 24. Mai 1853, betr. einige Abänderungen der Hyp. O., bestimmt in den §§. 29. u. 30.:

§. 29. Die Hypothek haftet, wenn von den Betheiligten nicht ein Anderes verabredet wird, auch für die Kosten der Kündigung, Ausklagung und Beitreibung.

Der §. 484. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. wird hiernach abgeändert. Jener Kosten, so wie der Nebenbestimmungen über die Zahlung des Kapitals geschieht in dem Eintragungsvermerke keine Erwähnung.

§. 30. Wenn Kapitalien mit vorbedungenen Zinsen unter dem Zinsfuße von fünf vom Hundert eingetragen werden, so steht dem Schuldner frei, einen erhöhten Zinsfuß bis zu fünf Prozent, mit dem Vorzugsrechte der bereits eingetragenen Zinsen, eintragen zu lassen, ohne daß es der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Gläubiger bedarf. (G. S. 1853 S. 530.)

§. 483. Auch ein Hypothekengläubiger kann, wenn ihm nach den Gesetzen höhere Zinsen erlaubt sind, vom Tage des Verzuges die Verzugszinsen nach dem ihm erlaubten höheren Zinssatze fordern, aber nur von dem Personalschuldner. Der dritte Besitzer der verpfändeten Sache haftet gar nicht persönlich, weder für Kapital, noch für Zinsen; er muß nur dulden, daß seine Sache zur Befriedigung des Gläubigers verwendet wird, soweit sie dem dinglichen Rechte desselben unterworfen ist.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 483. h. t.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 5. Febr. 1835 (J. W. 1835 S. 177 ff., 192 ff.) in den Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 831., 832. Zus. 2.

§§. 488. 489. R. v. 3. Dec. 1841, betr. die Kosten der hyp. Eintragung von Dominial-Abgaben auf Antrag fiskalischer Behörden.

Auf den Ber. des Königl. O. L. G. v. 10. Okt. d. J. erklärt sich der Justizmin. damit einverstanden, daß für die auf Antrag fiskal. Behörden nachzuholende hyp. Eintragung von Dominialabgaben, welche bereits bei Anlegung des Hypothekenb. bestanden, den jetzigen Besitzern der abgabepflichtigen Grundstücke keine Kosten anzusetzen, sondern nur die baaren Auslagen vom Fiskus einzuziehen sind.

Die hierfür sprechenden Günde sind folgende:

1) Die Eintragung erfolgt im Interesse und auf den Antrag des Fiskus.

2) In der Regel ist die Eintragung der Dominialabgaben zur Erhaltung des Realrechts nicht erforderlich (Hyp. O. Tit. 1. §. 48.). Insbesondere muß in dem Falle, wenn die Abgaben, der unterbliebenen Eintragung ungeachtet, bisher stets als eine Reallast anerkannt worden sind, angenommen werden, daß ihre Eintragung nicht nothwendig gewesen oder nicht dafür erachtet worden ist. Es findet daher die Bestimmung des §. 58. des Anh. zum A. L. R. I. 22. §. 18. hier analoge Anwendung, wonach Grundgerechtigkeiten, welche der Eintragung in das Hypothekenb. nicht bedürfen, auf Kosten desjenigen eingetragen werden, der die Eintragung nachsucht.

3) Endlich würde die Eintragung bei Anlegung des Hypothekenb. kostenfrei haben erfolgen können, und der Besitzer darf darunter nicht leiden, wenn die Eintragung früher nicht für nöthig erachtet, oder von dem Berechtigten nicht beantragt worden ist.

Der §. 489. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., auf welchen die entgegengesetzte Ansicht gegründet wird, bestimmt nur, daß der Schuldner für die Kosten der Hypothekenbestellung und Eintragung, wenn nicht ein Anderes besonders verabredet worden, allemal persönlich verhaftet ist. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf das Verhältniß des Schuldners, welcher persönlich mit dem Gläubiger kontrahirt hat. Nur von demjenigen, welcher ursprünglich die Abgabe als eine Reallast übernommen, oder durch Parzellirung des Grundstücks eine neue Vertheilung der Abgaben nothwendig gemacht hat u. s. w., können danach die Kosten der Eintragung eingezogen werden, soweit nicht ein Anderes besonders verabredet worden und eine solche Verabredung zulässig ist. (R. v. 26. Mai u. 16. Juni 1837, Jahrb. Bd. 49. S. 499.) Eine dingliche auf dem Grundstücke haftende Last sind die Kosten der Eintragung nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 488. a. a. O. nicht. Die Kosten der unter dem Vorbesitzer erfolgten Eintragung können danach von dem Besitznachfolger nicht eingefordert werden. Eine Verzögerung der Eintragung bis zur Besitzzeit des Nachfolgers kann aber die Verpflichtung des letzteren zur Bezahlung der Kosten nicht begründen. (J. M. Bl. 1841 S. 366.)

§§. 490—495. Arten der Ausübung des Hypothekenrechts.

§§. 490. 491. 1) Vergl. A. G. O. I. 24. §§. 110—141. und die V. v. 4. März 1834 über die Subhastation rc. in den Erg. zur A. G. O. I. 52.

2) a) Durch die nothwendige Subhastation erhält das Hypothekenrecht des Gläubigers seine vollständige und letzte Verwirklichung dahin, daß ihm nun künftig nicht mehr das Grundstück aus der ursprünglichen Hypothekenbestellung, sondern nur das Kaufgeld aus der Adjudikatoria haftet.

b) Ist das subhastirte Grundstück noch nicht im Hypothekenbuche eingetragen, so geht die Verpflichtung des Adjudikatars, sich die Resubhastation gefallen zu lassen, wenn das Kaufgeld nicht rechtzeitig gezahlt wird, auf den dritten Erwerber des Grundstücks über.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Dec. 1847. (Präj. Nr. 1949.) (Präj. Samml. S. 46, Entsch. Bd. 17. S. 499.)

§. 492. Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1315. in den Erg. zum §. 460. h. t. Zus. 1.

§§. 492—495. Cappell, über die Selbstständigkeit der Klage des Hypothekengläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 335 ff.)

Vergl. v. d. Hagen, die Hypothek des Eigenthümers, S. 265 bis 280.

§. 495. Der dritte Besitzer einer verpfändeten Sache kann dem Hypothekengläubiger den Einwand der Verjährung nicht entgegensetzen, wenn derselbe sein Recht inzwischen innerhalb der Verjährungsfrist gegen den persönlichen Schuldner ordnungsmäßig verfolgt hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. April 1837. (Präj. Nr. 201.)

Dies wird aus dem §. 495. h. t. abgeleitet und bemerkt:

Zwar kann nach §. 571. A. L. R. I. 9. allerdings wohl von mehreren, in sich verschiedenen, obgleich aus einerlei Rechtsgrunde entspringenden Befugnissen die eine durch Verjährung erlöschen, während die andere durch fortgesetzte Verjährung erhalten wird. Im vorausgesetzten Falle kann aber die Verjährung der einen, dem Pfandgläubiger zustehenden Befugniß, sich an die verpfändete Sache zu halten, während der Ausübung der zweiten Befugniß, den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen, um deshalb nicht eintreten, weil beide Befugnisse nur eine nach der andern ausgeübt werden können. In Beziehung auf den dritten Besitzer des Grundstücks fängt die Verjährung, wenn der persönliche Schuldner von dem Gläubiger einmal belangt worden, erst dann an, wenn mit Gewißheit feststeht, wie viel im Wege des Prozesses von dem persönlichen Schuldner nicht zu erhalten ist.

(Präj. Samml. S. 118, Entsch. Bd. 3. S. 88 ff.)

§§. 496—510. Ordnung und Vorzugsrecht der eingetragenen Forderungen.

§. 497. 1) a) Der von einem Hypothekengläubiger einem ihm nachstehenden Hypothekengläubiger eingeräumte Vorzug hat nur

rechtliche Wirkung auf die besondere Stellung dieser beiden Gläubiger gegen einander, nicht aber auf die, durch die Eintragung entstandene allgemeine Rangordnung sämmtlicher Hypothekengläubiger des verpfändeten Grundstücks.

b) Wird die voreingetragene Forderung, welche zurückgetreten ist, sei es auch ohne den Konsens des bevorzugten nacheingetragenen Gläubigers, gelöscht, so rücken die Zwischenforderungen von selbst vor, und die Vertheilung der Kaufgelder erfolgt lediglich nach der allgemeinen Rangordnung. Der durch die Prioritätseinräumung bevorzugt gewesene Gläubiger erhält daher seine Befriedigung an seiner ursprünglichen Stelle, ohne Berücksichtigung der nicht mehr wirksamen Prioritätseinräumung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Sept. 1838 (Präj. Nr. 547.); denn eine Prioritätscession begründet nur ein Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar, vermöge dessen der Letztere aus dem Perzipiendum des Ersteren, soweit es reicht, sich befriedigen, aber nicht die Löschung der Post verhindern kann, so daß, wenn sie erfolgt ist, die Prioritätscession keinen Vortheil gewährt. (Präj. Samml. S. 118, Entsch. Bd. 6. S. 359.)

2) R. v. 17. April 1837, betr. den Vorbehalt der Priorität für ein künftig aufzunehmendes Darlehn.

Der Grundbesitzer ist befugt, bei Verpfändung seines Grundstückes und Bewilligung der Eintragung einer kontrahirten Schuld einem künftig erst aufzunehmenden Darlehen die Priorität vorzubehalten. Dieser Vorbehalt ist mit in das Hypothekenb. einzutragen, und bei der Aufnahme des neuen Darlehns und der Eintragung desselben bedarf es dann keiner Prioritätseinräumung Seitens des schon eingetragenen Realgläubigers, sondern es genügt, wenn in dem Schuldinstrumente bemerkt wird, daß dieser Forderung die in dem früheren Schuldinstrumente vorbehaltene Priorität zustehen solle, — was dann bei der Eintragung des späteren Darlehns zugleich mit im Hypothekenb. bemerkt werden muß. (Jahrb. Bd. 49. S. 507, Gräff Bd. 10. S. 36.)

§. 500. 1) Wenn mehrere Forderungen unter verschiedenen Nummern, ohne nähere Bestimmung in dem Eintragungsvermerke selbst, in das Hypothekenbuch eingetragen worden sind, so bestimmt die Reihefolge, in welcher dieselben hinter einander eingetragen stehen, allein das Vorrecht der Hypotheken, ohne Rücksicht auf das Datum der Eintragungsverfügung.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. April 1849. (Präj. Nr. 2123.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 38, Entsch. Bd. 17. S. 517.)

Vergl. das Präj. Nr. 27. in den Erg. zum §. 501. h. t.

2) R. v. 24. Mai 1817. Die Forderungen der zweiten Rubrik, die zur Erhaltung ihres Realrechts der Eintragung bedürfen, rangiren mit den in der dritten Rubrik eingetragenen nach dem Tage der Eintragung. (Jahrb. Bd. 9. S. 234, Gräff Bd. 1. S. 109.)

Von demselben Grundsatze ausgehend, bestimmt das R. v. 3. Okt. 1834, daß die Grundsteuer, welche bei Veräußerung einer Domaine vorbedungen werden muß, zwar der Eintragung nicht bedürfe, dagegen, wenn sie eingetragen werde, den bereits eingetragenen Hypothekenforderungen unzweifelhaft die Priorität zustehen müsse.

(Jahrb. Bd. 44. S. 404, Gräff Bd. 8. S. 46, 47.)

3) Das dingliche Recht eines nur auf die Revenüen eines Grundstücks eingetragenen Gläubigers hat bei eingetretenem Kaufgelderbertheilungsverfahren in Folge der Subhastation des verpfändeten Grundstücks die Wirkung: daß der Revenüengläubiger verlangen kann, daß die nach Befriedigung der voreingetragenen Substanzgläubiger verbleibenden Kaufgelder so lange im Depositorium des das Kaufgeldervertheilungsverfahren leitenden Gerichts zurückbehalten und zinsbar belegt werden, bis er aus den gewonnenen Zinsen mit seinem Kapitale und den kurrenten und privilegirten Zinsen befriedigt worden, und steht den hinter ihm auf die Substanz selbst eingetragenen Gläubigern kein Widerspruchsrecht dagegen zu.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 31. Mai 1845.

(Entsch. Bd. 11. S. 316 ff.)

§. 501. 1) Bei mehreren, zu gleicher Zeit zur Eintragung angemeldeten und auf den Grund derselben Verfügung, aber unter verschiedenen Nummern in das Hypothekenbuch vermerkten Posten, bestimmt die Reihenfolge dieser Nummern das Vorzugsrecht.

Für gleichzeitig eingetragene, und daher verhältnißmäßig zu befriedigende Posten sind nur diejenigen zu erachten, die entweder unter derselben Nummer, oder wenn auch unter verschiedenen Nummern, doch mit dem ausdrücklichen Beisatze »gleichzeitiger Eintragung« im Hypothekenbuche vermerkt stehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht). (Präj. Nr. 27.) (Präj. Samml. S. 273.)

2) Vergl. Hyp. O. Tit. II. §§. 30. u. 161. und die Erg. dazu.

§. 504. 1) Diese Bestimmung bildet eine Ausnahme von der Regel des §. 482., aufgenommen aus der Brandenburg'schen Hyp. u. Konk. O. v. 4. Febr. 1722 §. 127. in die späteren allgemeinen Gesetzbücher. Sie gilt nur bei der Konkurrenz mehrerer Gläubiger im Falle der Unzulänglichkeit der Masse.

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2288. v. 10. April 1851 in den Erg. zum §. 482. h. t. Zus. 3. sub b.

2) Die Bestimmung des §. 504. über die Rechte der Gläubiger kann nicht durch eine Uebereinkunft mit dem Schuldner abgeändert werden.

Dies nehmen an:

a) Das Justizmin. in dem R. v. 10. Jan. 1834, weil die Vorschriften der Prioritäts-Ordnung das Verhältniß der Mitgläubiger unter sich bestimmen und deshalb durch Verträge zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner nicht abgeändert werden können. Ein Versprechen des Schuldners, wodurch er den Bestimmungen der §§. 504., 505., 510. h. t. entgegen, dem Gläubiger größere Rechte in Beziehung auf Zinsen und Kosten für den Fall der Unzulänglichkeit einräume, sei so wenig rechtsbeständig, als wenn der Schuldner einer zum Ansatz in die siebente Klasse geeigneten Forderung die Befugniß beilegen wollte, in einer früheren Klasse, oder gar vor allen Gläubigern befriedigt zu werden. (J. Z. 1834 S. 707.)

b) Der Verfasser der Abhandlung: Kann der Hypothekar sich Klasse 3 mehr als zweijährige Zinsen und die Kosten der Liquidation im Konkurse bedingen? weil die entgegenstehenden Gesetze Prohibitiv-Gesetze seien, die der Abänderung durch Vertrag nicht unterlägen.

(J. Z. 1834 S. 737—741.)

c) Koch, nicht weil die Bestimmung ein Prohibitiv-Gesetz von zwingender Natur wäre, sondern weil sie Rechte Dritter betrifft.

(Landr. Bd. 2. Anm. 31. zum §. 504. h. t.)

3) Die Ausnahme des §. 504. kann als solche auch nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden, namentlich nicht auf Präſtationen, welche aus besonderen Titeln auf das Grundstück eingetragen sind, wie z. B. jährliche Reichungen zum Unterhalte, Altentheile u. dergl.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 31. zum §. 504. h. t.)

Dies hat auch das O. L. G. zu Magdeburg in dem Rechtsfalle in der J. Z. 1836 S. 445 ff. angenommen.

§. 505. 1) Nach dem §. 505. müssen ältere als zweijährige Zinsenrückstände sämmtlichen übrigen auch bloß persönlichen Kapitalsschulden nachstehen. Damit waren solche Zinsen nicht von der Konkurrenz bei dem Kaufgelderliquidationsverfahren ausgeschlossen, sondern sie traten nur hinter die persönlichen Kapitalsschulden, soweit solche konkurrirten, zurück. Dies ist durch die Konk. O. v. 8. Mai 1855 geändert, indem danach die älteren Zinsenrückstände lediglich in die Reihe der persönlichen Forderungen fallen und mit anderen persönlichen Ansprüchen nach Maßgabe der allgemeinen Vorrechtsordnung in Konkurrenz treten. Dieser Rechtssatz gilt nicht allein im Falle des Konkurses, sondern auch im einfachen exekutivischen Subhastations- und Kaufgelderbertheilungsverfahren [1]). (Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 401.)

2) Vergl. die Subhast. V. v. 4. März 1834 §. 18. Nr. 2. und den §. 54. Nr. 3. der Konk. O. v. 8. Mai 1855. Aus der Fassung

[1]) Nach früherem Rechte gingen im einfachen Exekutionsverfahren nicht einmal immittirte Personalgläubiger den Hypothekengläubigern hinsichtlich der über zwei Jahre alten Zinsrückstände vor.

(A. G. O. I. 51. §§. 39., 41., 43., V. v. 4. März 1834 über die Subh. §. 18., Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2288. v. 10. April 1851, s. oben in den Erg. zum §. 482. h. t. Zus. 3. sub b.)

ist übrigens klar, daß nicht ein zweijähriger Betrag der Zinsen, ohne Rücksicht auf die Zeit, aus welcher er rückständig geblieben ist, sondern der Rückstand aus den letzten zwei Jahren, kein älterer, gemeint ist.

§. 506. Vergl. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§. 54—63. und §. 12.

§. 509. Vergl. die Subhast. V. v. 4. März 1834 §. 18. a. E. und Konk. O. v. 8. Mai 1855 §. 46.

§. 510. Dieser §. ist durch die Bestimmung des §. 54. Nr. 1. der Konk. O. v. 8. Mai 1855 abgeändert.

§§. 511—519. Von Cessionen und Verpfändungen.

§. 511. 1) Bei der Cession einer Hypothekenpost ist die Behandlung des Falles zweifelhaft gefunden, wenn mit dem Kapitale nicht alle Zinsen cedirt werden, welche der Cedent zu fordern hat. Hier kann es nun: a) der Fall sein, daß die Zinsen nur von einem bestimmten Tage ab mit cedirt werden und der Cedent noch Rückstände zu fordern hat; oder auch b) daß ausdrücklich ein niedrigerer Zinssatz cedirt wird, als verschrieben ist.

Koch bemerkt hierüber:

a) Was die Rückstände betrifft, so haben dieselben auf das fernere Schicksal der Hypothekenpost keinen Einfluß, der Cedent kann sie als eine selbstständige, ihm verbliebene Forderung verfolgen, auch gegen den dritten Besitzer des verpfändeten Grundstückes, so lange sie nicht verjährt sind. Das Hypotheken-Instrument ist ihm dazu nicht nöthig, weshalb es auch keiner Abzweigung davon bedarf. Der Grundsatz des §. 843. A. L. R. I. 11. kann ihm nicht entgegengesetzt werden, obgleich es behauptet worden ist (R. v. 4. Dec. 1835 Nr. 2.)[1]; denn er hat dem Schuldner nicht quittirt.

b) Der andere Fall, wenn statt der verschriebenen fünf Prozent nur vier cedirt werden, muß, wenn der Cedent das mehr verschriebene eine Prozent für sich künftig einziehen will, wie eine Partialcession behandelt werden. Ist kein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht und kein Zweiginstrument darüber ausgefertigt worden, so behält der Cedent gar kein Recht für sich übrig, vielmehr enthält die Cession eine Herabsetzung des Zinsfußes. Es bedarf auch keiner Löschung des fünften Prozents (vergl. die R. v. 4. Dec. 1835, Jahrb. Bd. 46. S. 568, Gräff Bd. 9. S. 92, und v. 24. Juli 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 208, Gräff Bd. 13. S. 57).

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 40. zum §. 511. h. t.)

Bornemann wirft gleichfalls die Frage auf: ob es zulässig sei, daß der Inhaber einer mit 5 Prozent eingetragenen Forderung, wenn er solche nur mit 4½ Prozent, ohne sich indeß etwas vorbehalten zu haben, abgetreten hat, demnächst das nicht cedirte halbe Prozent für sich einfordern kann?

Derselbe verneint, weil derjenige, welcher das Eigenthum einer Sache einem Andern überlassen hat, auch die aus dem Eigenthume fließenden Rechte nicht mehr geltend machen kann, sofern ihm nicht wegen der Letzteren ein besonderer Rechtstitel eingeräumt ist. Indeß werde der Schuldner von dem Mehrbetrage der Zinsen nicht frei, sondern der Cessionar sei berechtigt, solchen zu fordern, weil mit dem Hauptrechte auch ohne ausdrückliche Erklärung alle damit verbundenen Vortheile übergehen (§. 100. Einl., §§. 402. ff. A. L. R. I. 11.).

(System Bd. 4. S. 388, 2. Ausg. Bd. 4. S. 244.)

§. 511. u. Anh. **§. 53.** 1) Der §. 53. des Anh. ist aus der, mittelst R. v. 12. Mai 1788 bestätigten Entsch. der Gesetzkomm. v. 29. April 1788 entnommen.

(Samml. der Entsch. der G. K. Bd. 1. S. 168, Rabe Bd. 1. Abtheil. 7. S. 711.)

2) Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken:

Der §. 53. des Anh. ist, wie die Gründe der Entscheidung der Gesetz-Komm. v. 29. April 1788 ergeben, theils auf die Bestimmungen des gemeinen Rechts, theils auf die §§. 177—181., 158. Tit. 2. der Hyp. O. gegründet. Indem diese Entscheidung jedoch dem Cessionar nicht nur die im Hypothekenb. eingetragenen, sondern auch solche Einwendungen entgegenstellt, welche ihm sonst bekannt gewesen sind, tritt dieselbe in Widerspruch mit §. 423. h. t., wonach dem dritten Inhaber der Forderung nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, welche ihm vorher kund gethan worden sind. Aus den Akten über die Abfassung des Anh. zum A. L. R. ergiebt sich nicht, daß es die Absicht gewesen sei, durch den §. 53. den §. 423. h. t. abzuändern; der §. 53. findet sich schon im ersten Entwurfe zum Anh., und zwar zu §§. 511. sqq., und ist ohne weitere Monita beibehalten worden. Hiernach scheint es, als wenn bei der Abfassung des Anh. der §. 423. übersehen worden.

(a. a. O. S. 505, 506.)

Koch meint dagegen, daß durch die im §. 53. des Anh. gebrauchten Worte: »schon bekannt gewesen ist« nichts dem §. 423. h. t. Widersprechendes verordnet werde, sondern, daß der §. 423. durch das: »vorher kund gethan hat« die Handlung bezeichne, welche das Bekanntsein hervorbringt; denn das Bekanntsein sei der entscheidende Umstand. (Landr. Bd. 2. Anm. 41. zum §. 53. des Anh.)

3) Der Cessionar einer bedingten Hypothekenforderung, welche als eine unbedingte eingetragen ist, kann sich auf den Glauben des Hypothekenbuchs gegen den Schuldner und Verpfänder nicht berufen, wenn die beschränkende oder auflösende Bedingung in dem über die Forderung ausgestellten Instrumente selbst enthalten ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1848. (Präj. Nr. 2000.) (Präj. Samml. S. 119, Entsch. Bd. 16. S. 501.)

Dasselbe gilt, wenn der Cessionar sich die Post ohne Aushändigung des Instruments cediren läßt.

Vergl. das Präj. des Ob. Trib. Nr. 2367. v. 29. März 1852 in den Erg. zu den §§. 522—524. h. t.

4) Zur Kompensation gegen den Cessionar einer eingetragenen Forderung mit einer eigenen Forderung genügt es nicht, daß der Gegenanspruch des verklagten Schuldners, resp. Besitzers des verpfändeten Grundstücks vor der Cession entstanden und dem Hypothekengläubiger bekannt gewesen sei. Der Anspruch muß mindestens schon bestimmt als Tilgungsmittel gegen die Hypothekenforderung bezeichnet, und dies muß dem Cessionar bei Eingehung des Cessionsgeschäfts bekannt gewesen sein.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Mai 1846.

Die bloße Existenz einer Gegenforderung, mit der man das Recht zum Kompensiren hat, ist noch nicht die Kompensation selbst; der §. 53. des Anh. setzt mindestens einen schon erhobenen Einwand voraus, der dem Cessionar bekannt gemacht sei oder doch, daß der Schuldner, wenn auch außergerichtlich, seinen Willen mit einer bestimmten Gegenforderung zu kompensiren bereits erklärt habe. Es würden unzählige Cessionen von Hypothekenforderungen durchaus prekär und auf ganz unsicheren Boden versetzt werden, wenn man das bloße Dasein von Ansprüchen des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger und die allgemeine Kenntniß des Cessionars davon für hinreichend erachten müßte, um den Cessionar zu nöthigen, sich mit dem debitor cessus auf alle solche Gegenforderungen an den Cedenten einzulassen. Eben eine solche unbestimmte, allgemeine Gefährdung soll aber von Hypothekenforderungen entfernt werden. (Entsch. Bd. 13. S. 278.)

5) Ueber die Anwendbarkeit des §. 53. des Anh. bei hypothekarischen Forderungen, welche im Wege der Exekution übereignet worden, vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Mai 1855 (Präj. Nr. 2624.) in den Erg. zu den §§. 423—426., 522., 523. h. t. Zus. 1.

§. 513. Vergl. das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1437. v. 13. April 1844 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 504—506.

§. 514. 1) Vergl. Hyp. O. Tit. II. §. 213., desgl. A. L. R. I. 20. §§. 523., 529., I. 17. §. 153., A. G. O. I. 38. §. 21., I. 47. §. 65., I. 50. §§. 161., 412., Subhast. V. v. 4. März 1834 §. 4.

2) Der Cessionar einer Hypothekenforderung kann die Löschung eines auf die cedirte Forderung eingetragenen Arrestes, dessen Eintragung zwar nach der Cession verfügt, aber vor derselben zu den Hypotheken-Akten beantragt ist, nicht verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 351 Nr. 72.)

§. 515. Statt: »§. 280. sqq.« ist zu setzen: »§. 281. sqq.« (Ziehm's Druckfehlerverzeichniß.)

§. 518. R. v. 12. Aug. 1812. Die Vorschrift des §. 518. findet auch in dem Falle Anwendung, wenn Königl. Kassen hypothekarische Obligationen an Privatpersonen cediren, rücksichtlich der Kosten für deren Eintragung. (Jahrb. Bd. 1. S. 250, Gräff Bd. 1. S. 110.)

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 843. A. L. R. I. 11. Zus. 2. (s. oben S. 394).

§§. 520—535. Von Löschungen.

§§. 520. sqq. Mit der Tilgung der Hauptforderung erlischt für den Gläubiger auch dessen Hypothekenrecht, ohne daß es gegen ihn dazu der Löschung bedarf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Aug. 1849.

In der Bestimmung der §§. 520. ff., daß die Löschung im Hypothekenbuch vom Antrage des Schuldners abhängig sei, liegt schon der Keim zu dem durch §. 52. des Anh. und die Dekl. v. 3. April 1824 ausgebildeten Institut der Hypothek des Eigenthümers des verpfändeten Grundstücks. Diese Rechtssatzungen beschränken sich indessen schlechthin auf den Eigenthümer der verpfändeten Sache. Was den Hypothekengläubiger betrifft, so ist es in Beziehung auf diesen ganz bei der Regel geblieben, daß für ihn mit der Tilgung des Hauptanspruches auch das akcessorische Hypothekenrecht erlischt; er kann, wenn keine Forderung mehr, auch unmöglich noch ein Pfandrecht haben. In Beziehung auf ihn macht es denn auch keinen Unterschied, ob der ursprüngliche und persönliche Schuldner, oder bloß der dinglich Verpflichtete, der Besitzer des Grundstückes, die Tilgung der Hauptforderung bewirkt hat. (Entsch. Bd. 18. S. 264.)

§§. 521. u. **522.** 1) Die Vorschriften der §§. 521. u. 522. h. t. finden auf Hypothekenforderungen Anwendung, welche bei der nothwendigen Subhastation des verpfändeten Grundstücks zwar ausgefallen, demungeachtet aber bei der für den Adjudikatar erfolgten Besitztitelberichtigung nicht gelöscht worden sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Febr. 1848. (Präj. Nr. 1985.) (Präj. Samml. S. 119, Entsch. Bd. 15. S. 514.)

2) Der Cession des bezahlten Gläubigers steht die richterliche Ueberweisung völlig gleich, nur müssen die Voraussetzungen des §. 522. in der Person des Exekutionssuchers zusammentreffen, und namentlich muß auch das Instrument ihm ausgehändigt worden sein.

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Mai 1855 (Präj. Nr. 2624.) in den Erg. zu den §§. 423—426., 522., 523. h. t. Zus. 1., desgl. das Erk. des O. L. G. zu Halberstadt v. 22. Nov. 1843. (J. W. 1844 S. 338 ff.)

§§. 522—524. I) Der Realschuldner, welcher eine bezahlte Hypothekenschuld löschen zu lassen versäumt hat, ist, wenn die Forderung demnächst weiter cedirt worden, seines Zahlungseinwandes gegen den Cessionar nicht verlustig, wenn über die eingetragene Forderung kein Schulddokument vorhanden war. Die nachträgliche, von dem Hypothekenrichter veranlaßte Anfertigung solchen Dokuments kann diesen Einwand nur beseitigen, wenn aus diesem Dokument nicht die schon erfolgte Tilgung an den damaligen rechtmäßigen Gläubiger ersichtlich ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850.

Der §. 522. setzt dreierlei voraus: daß der Dritte sich redlicher Weise mit dem Gläubiger eingelassen, daß er auf den Glauben des Hypothekenbuches gehandelt, und daß er die gesetzlichen Vorschriften beobachtet hat. Diese letztere Bestimmung kommt in Betracht, wenn zur Zeit der Cession ein hypothekarisches Instrument über die eingetragene Forderung noch nicht existirte, und daher ein solches nicht mit den Cessionsurkunden verbunden worden. Die Bestimmungen der Hyp. O. II. §§. 203—208., welche auch für den Fall, wenn ein Dokument über die eingetragene Forderung noch nicht existirt, die vorgängige Ausstellung eines solchen verlangen — §. 205. — sind zwar nicht bei Strafe der Ungültigkeit der Cession vorgeschrieben, haben vielmehr zufolge §. 209. nur den Zweck, dem Cessionar Sicherheit zu gewähren, daß der Cedent über die Forderung keine zum Nachtheil des Cessionars gereichende Dispositionen bereits vorgenommen habe oder künftig vornehme. Allein eben deswegen verlangt A. L. R. I. 20. §. 522., daß der, welcher eine ungelöschte Post erworben hat, auch die gesetzlichen Vorschriften bei dem Erwerbe beobachtet habe. So wenig der Cessionar einer hypothekarischen Forderung, welcher sich das Dokument nicht hat aushändigen lassen, gegen einen späteren Cessionar, welcher den Besitz der Schuldurkunde in gutem Glauben eingeräumt erhalten hat, seine aus der früheren Cession erworbenen Ansprüche geltend machen kann — eben so wenig soll sich der Cessionar, der bei dem Erwerbe der Forderung die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet hat, auf den §. 522. a. a. O. berufen können. Dies entspricht auch der Natur der Sache, weil der Cessionar, welcher sich die Schuldurkunde nicht aushändigen läßt oder, wenn eine solche noch nicht ausgestellt sein sollte, deren vorgängige Ausstellung nicht verlangt, sich selbst dadurch außer Stande setzt, von den inzwischen etwa stattgefundenen, auf dem Dokumente notirten oder bei gehöriger Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften sonst zu seiner Wissenschaft gelangenden Zahlungen Kenntniß zu nehmen; so wie, weil der Schuldner, wenn und so lange er das Dokument in Händen oder ein solches noch nicht ausgestellt hat, sich gegen alle Nachtheile gesichert halten kann (§. 241. Hyp. O.). Die spätere Erlangung eines Hypotheken-Instruments kann die Anwendbarkeit des §. 522. h. t. nur dann bewirken, wenn dasselbe den Cedenten als zur Cession einer im Hypothekenbuch eingetragenen und nicht wieder gelöschten Post legitimirt darstellt. Der Cessionar ist dann als ein Dritter anzusehen, welcher sich mit dem eingetragenen Gläubiger (jetzt dessen Besitznachfolger) redlicherweise auf den Glauben des Hypothekenbuchs, unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften eingelassen hat; dieser Fall tritt aber nicht ein, wenn in dem Instrumente zugleich diejenigen Verhandlungen mitgetheilt, aus denen er ersehen konnte, daß schon vorher die Forderung an einen Anderen cedirt, und daß von diesem dem Schuldner Quittung geleistet war.

(Entsch. Bd. 20. S. 222.)

2) Der Cessionar einer Hypothekenforderung, welcher sich das Dokument nicht aushändigen, noch ein Zweigdokument ausfertigen läßt, kann, wenn sich der Schuldner im Besitze des Dokuments befindet, den Einwand der Tilgung nicht dadurch ausschließen, daß er die Forderung redlicher Weise auf den Glauben des Hypothekenbuchs an sich gebracht habe. Es macht keinen Unterschied, ob die Tilgung durch Zahlung oder durch Kompensation erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. März 1852. (Präj. Nr. 2367.)

Diese Frage weicht von der im Erk. v. 11. Juni 1850[1] darin ab, daß die Tilgung dort durch Zahlung, hier durch Kompensation herbeigeführt sein soll. Als Mittel zur Aufhebung von Rechten und Verbindlichkeiten stehen aber beide in ihrer Wirkung sich gleich. Bei Abtretung von Hypothekenforderungen soll die über die Cession aufgenommene Registratur auf dem Dokumente verzeichnet oder demselben annektirt, das cedirte Original-Dokument oder, wenn dies nicht geschehen kann, ein zu fertigendes und zu vidimirendes besonderes Zweigdokument dem Cessionar ausgehändigt werden. Hyp. O. II. (§§. 262 ff.) Nur an einen sich durch Cession und zugleich durch den Besitz des Dokuments legitimirenden Cessionar braucht der Schuldner Zahlung zu leisten. (A. L. R. I. 11. §. 395.) Wer sich mit Sicherheit über die Forderung in Verhandlungen einlassen will, darf die gesetzlichen Vorschriften nicht verabsäumen, muß nach dem Verbleiben des Dokuments Nachfrage halten. Zweifel hiergegen erregt der Anhang §. 53. Er verordnet allgemein, daß der Einwand der Kompensation dem redlichen Erwerber einer Hypothekenpost nicht entgegenstehe und macht dies nicht noch besonders davon abhängig, daß er den gesetzlichen Vorschriften nachgekommen sei. Die §§. 522., 523. a. a. O. sind hierin durch den §. 53. des Anhanges jedoch nicht abgeändert. Dazu bedurfte es einer ausdrücklichen Vorschrift (Einl. §. 59.). Der §. 53. enthält überdies ein schon bei Emanirung des A. L. R. geltendes Recht, da er aus der Entscheidung der Gesetz-Kommission v. 29. April 1788 und dem R. v. 12. Mai 1788 entnommen, daher nicht beabsichtigen konnte, in dem später abgefaßten §. 522. des A. L. R. eine Aenderung vorzunehmen. Sie ist nicht bei demselben, sondern hinter dem §. 511. a. a. O. eingeschoben, und es war also die Absicht, den Inhalt des angezogenen Reskripts als ein durch diese Regel nicht alterirtes geltend gebliebenes Recht anzuerkennen, wobei übersehen, daß der §. 53. theils durch den §. 523. überflüssig, theils mit ihm, bei einer bloß buchstäblichen Auffassung, nicht genau übereinstimme. In sofern §. 523. zu der in dem §. 53. enthaltenen noch die neue Bedingung aufstellt, daß er nach den gesetzlichen Vorschriften verfahren ist, und in sofern der §. 53. von den speziellen Fällen des Kompensations-Einwandes und der Einwendungen gegen eingetragene Kaufgelder-Rückstände aus dem mit dem Cedenten derselben geschlossenen Kaufkontrakte, der §. 523. aber allgemein von dem Einwande der Tilgung einer Hypothekenforderung handelt, ist der eine weiter oder weniger weit als der andere, beide können aber sehr wohl neben einander bestehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 38, Entsch. Bd. 23. S. 156.)

§. 524. Unter einer gehörig erfolgten Löschung ist die zu verstehen, welche unter Beobachtung der für das Verfahren bei Löschungen gegebenen Vorschriften veranlaßt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Aug. 1837. (Präj. Nr. 324.)

Das Gesetz unterscheidet zwischen einer gehörig erfolgten und einer ungebührlichen Löschung. Unter jener ist nur eine solche zu verstehen, die auf den Grund der beigebrachten Dokumente und diesfälligen Antrages gesetzlich erfolgen konnte. Dies ergiebt sich zuvörderst aus der Bedeutung des Wortes »gehörig« und der den Gegensatz bildenden Ausdrücke »zur Ungebühr« nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, dann aber auch aus Hyp. O. II. §§. 282., 285.

(Präj. Samml. S. 119, Centralbl. 1838 S. 103.)

§§. 524—526. 1) Die auf Antrag des Adjudikatars, nach geschehener Einzahlung des Kaufgeldes erfolgte Löschung der Ingrossate ist in Beziehung auf solche Parzellen, welche von dem Grundstücke

[1] Vergl. ob. Zus. 1.

früher ohne abgeschrieben zu sein, veräußert worden, und welche dem Adjudikatar auch nicht mit zugeschlagen worden, für ungehörig zu achten, und befreit diese Parzellen nicht von dem Realrecht der Ingrossatarien.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. April 1837. (Präj. Nr. 202.)[1]).

Nach §. 524. bewirkt nur eine gehörig erfolgte Löschung die Aufhebung des dinglichen Rechtes, selbst bei noch bestehendem Anspruche, und nach der Hyp. O. II. §. 284. geht das mit der Ingrossation verbundene Vorzugsrecht nur durch die unter Beobachtung der voraufgeschickten Vorschriften erfolgte Löschung verloren. Diese Vorschriften sind in dem konkreten Falle nicht beobachtet worden. Die Löschung ist erfolgt auf Grund des von dem Adjudikatar vorgelegten Attestes über die geschehene Eintragung des Kaufgeldes, anscheinend also in Gemäßheit des §. 268. a. a. O. der Hyp. O. Dieses Kaufgeld konnte nur das Surrogat für die damit erkauften Grundstücke sein; mithin konnten nur sie — durch jene Einzahlung — von den auf ihnen haftenden Ingrossaten befreit werden. Der Adjudikatar hat, wie die Hyp. Behörde aus dem ihr vorgelegten Adjukationsbescheide ersehen mußte, nicht den ganzen Güterkomplexus, für welchen das Folium bestimmt war, in der Subhastation erstanden, vielmehr waren die von dem Vorbesitzer veräußerten Parzellen vorbehalten geblieben; für diese nicht mitsubhastirten Ländereien hat somit das Kaufgeld keinesweges als Surrogat gedient, und es durfte sich mithin die Löschung auf diesen Theil der damals dem Hypothekenfolium einverleibten Ländereien nicht mit erstrecken. Hat auch der Adjudikatar nach geschehener Einzahlung mit der Berichtigung seines Besitztitels eine reine Hypothekentabelle zu erwarten; so hat doch die Hypothekenbehörde nach erhaltener Kenntniß von der Veräußerung der Parzellen und von ihrer fortdauernden Trennung von dem Hauptgute, gleichzeitig die Anlegung besonderer Folien für diese Parzellen, und die vorgeschriebene Einleitung eines Regulativs mit den Gläubigern des Hauptgutes, bis dieses aber zu Stande gekommen, die Uebertragung der Ingrossata des Hauptgutes auf das Folium der Parzellen verfügen müssen, um auf solche Weise den noch nicht vollständig befriedigten Hypothekarien ihre Hyp. auf die veräußerten Parzellen zu sichern. Somit ist die Löschung hier in dem Umfange, wie sie geschehen, eine ungehörige; der von dem §. 524. nur an eine gehörig erfolgte Löschung geknüpfte Verlust des Realrechts kann die Gränzen, innerhalb welcher die Löschung bloß hätte erfolgen sollen, nicht überschreiten, und das von der Subhastation unberührt gelassene Grundstück bleibe daher nach §. 526. dem Realrechte der Kläger nach wie vor unterworfen. Zwar hätten nach §§. 527., 529. die Kläger mit ihrem Rechte anderen Gläubigern, welche inzwischen hätten Forderungen eintragen lassen, nachstehen müssen; hier aber handelt es sich nicht um einen Prioritätsstreit unter solchen Gläubigern, sondern um das unmittelbare Recht des Pfandgläubigers gegen den Pfandinhaber, und dieses hat durch die ungebührliche Löschung keine Aenderung erlitten.

(Präj. Samml. S. 68 u. 119, Entsch. Bd. 3. S. 88, Centralbl. 1838 S. 612, 658.)

2) Wenn von einem Grundstücke Parzellen veräußert, und ohne Abschreibung bei dem Hypothekenfolium des Hauptgutes auf besondere Folien ohne gleichzeitige Uebertragung der auf dem Hauptgute haftenden Hypotheken, also schuldenfrei, übertragen worden, so bleiben diese Parzellen für die auf dem Hauptfolium intabulirten Hypotheken deren Inhabern, welche nicht in die Abschreibung eingewilligt haben, so lange verhaftet, als sich die abgeschriebenen Trennstücke noch im Besitze des ersten Erwerbers oder dessen Universalsukcessors befinden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 38 Nr. 7.)

§§. 525. Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 30. Aug. 1849 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 113—114. Zus. 3.

§. 526. 1) Wenn bei Uebertragung eines alten Hypothekenfoliums auf ein neues, namentlich auch bei Gelegenheit des Ueberganges der Realjurisdiktion über das Grundstück an ein anderes Gericht, unterlassen wird, eine auf dem alten Folium eingetragene, noch ungelöschte Post auf das neue Folium zu übertragen, so steht dieser Fall dem einer zur Ungebühr erfolgten Löschung ganz gleich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Jan. 1855.

Von der Zeit an, wo das neue Folium angelegt, und das Grundstück auf dasselbe übertragen ist, kann nur dies letztere maßgebend sein, wenn es darauf ankommt, den Realzustand des Grundstücks, wie er sich nach dem Hypothekenbuche darstellt, darzuthun. Das alte Folium ist mit der Uebertragung geschlossen, und an dessen Stelle das neue getreten, und jenes hat dadurch seine fernere Wirksamkeit für die Zukunft verloren. Sonst würde bei eingetretenen neuen Eintragungen, die doch nur auf das neue Folium geschehen können, da das alte geschlossen ist, stets ein Widerspruch mit dem alten obwalten müssen, und deshalb ist die Annahme unhaltbar, daß eine Post, weil sie nur auf dem neuen Folium und nicht gleichzeitig auch auf dem alten gelöscht ist, noch als eine ungelöschte angesehen werden müssen.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 183 Nr. 48.)

Derselben Ansicht ist ein älteres Präj. des Ob. Trib. (Datum konstirt nicht), welchem die Gesetzrevisoren zustimmen.

(Gesetzrev. Pens. III. S. 187.)

Koch tritt dem gleichfalls bei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 53. zum §. 526. h. t.)

2) R. v. 30. Mai 1825. Die Worte des §. 526. finden nur auf das Verfahren des Hypothekenrichters und nicht auf die Anträge der die Löschung nachsuchenden Interessenten Anwendung.

(Min. Akt. 4805., Gen. H. Nr. 18. Vol. 2. Fol. 45.)

§§. 526—528. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken zu diesen §§.:

Die Fassung der §§. 526—528. erscheint nicht konsequent. Das dingliche Recht der Hyp. besteht darin, daß es gegen jeden Besitzer der Sache und gegen jeden anderen Gläubiger geltend gemacht werden kann. Dies muß offenbar mit der Löschung aufhören, möge sie aus Ungebühr von Seiten der Behörde — was der §. 526 meint — oder durch irgend eine andere Unrichtigkeit, z. B. eine falsche Quittung, eine irrthümliche Erklärung u. s. w. veranlaßt sein, und die §§. 527—529. bestimmen dies auch rücksichtlich anderer Gläubiger, die im guten Glauben eine nachstehende Post erwarben. Es muß aber auch für den Erwerber der Sache selbst gelten, der sich auf den Glauben des Hypothekenbuchs verließ, da sonst die Wirkung der Oeffentlichkeit verletzt wäre. Hiernach ist die Fassung der §§. auch auf die Fälle auszudehnen, wo überhaupt der Löschung ein Irrthum zu Grunde gelegen. Das R. v. 30. Mai 1825[1]) spricht zwar die Ansicht aus, daß das Gesetz für den Fall, wenn der Gläubiger selbst die irrthümliche Löschung veranlaßte, ihm nicht die Einsetzung in den vorigen Stand gegen die übrigen Gläubiger gestatten könne. Wenn jedoch die ganze Theorie des §. 528. lediglich auf den Satz gebaut, daß sich Niemand mit dem Schaden des Anderen bereichere, so weit die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nicht eine Ausnahme nöthig macht, so muß derselbe eben so gut auf jede durch Irrthum veranlaßte Löschung anwendbar sein, als auf den Irrthum der Behörde.

(Gesetzrev. Pens. III. S. 186.)

2) Koch nimmt dagegen an, daß der Grundsatz des §. 526. auf andere Fälle einer irrthümlich veranlaßten Löschung, bei welcher einem Andern der Irrthum zur Last fällt, z. B. dem Gläubiger durch irrthümliche Ausstellung der Quittung oder Löschungsbewilligung, oder dem Extrahenten der Löschung durch Einreichung einer falschen Quittung, keine Anwendung finde. Der Hypothekenrichter solle nur gegen Schaden durch Versehen des Richters möglichst geschützt werden; den sich selbst zugefügten Schaden müsse er selbst tragen, und wegen Beschädigung durch Andere habe er die ordentlichen Rechtsmittel.

(Landr. Bd. 2. Anm. 53. zum §. 526. h. t.)

3) R. v. 24. Aug. 1838. Der Richter, welcher die ungebührliche Löschung entdeckt, ist berechtigt, dieselbe sogleich von Amtswegen ungeschehen zu machen, soweit es möglich ist.

(Jahrb. Bd. 52. S. 217, Gräff Bd. 13. S. 53.)

Dagegen vergl. Schmidt's Pfandr. S. 521.

§. 527. Der §. 527. bezieht sich nicht auf diejenigen, welche erst nach der zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Reallast ihren Besitztitel im Hypothekenbuche haben berichtigen lassen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1852.

Das Erk. v. 1. April 1837 (Entsch. Bd. 3. S. 88[2]) betrifft einen ganz anderen Fall, indem der einschlagende Passus der Gründe desselben besagt: Zwar hätten, da einmal die Löschung zur Ungebühr erfolgt ist, zufolge der jener Vorschrift sich anschließenden §§. 527. u. 529., die Kläger mit ihrem Rechte anderen Gläubiger, welche inzwischen Forderungen hätten eintragen oder inzwischen eingetragene Posten sich hätten cediren lassen, nachstehen müssen; hier aber handelt es sich nicht um einen Prioritätsstreit unter solchen Gläubigern, sondern um das unmittelbare Recht des Pfandgläubigers gegen den Pfandinhaber und dieses hat durch die ungebührliche Löschung keine Aenderung erlitten. — Der Pfandinhaber, von welchem hier die Rede, ist aber derjenige, welcher zur Zeit der ungebührlichen Löschung Besitzer war, und daß dieser dadurch nicht von der Hypothekenforderung frei werden konnte, ist unzweifelhaft.

[1]) Dies Präj. findet sich zweimal unter zwei verschiedenen Nummern in der gedr. Präj. Samml., nämlich einmal unter Nr. 200. zum §. 849. I. 11. (S. 68) und das andere Mal zu §§. 524—526. I. 20. (S. 119).

[1]) Vergl. die Erg. zum §. 526. h. t. Zus. 2.

[2]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 524—526. h. t. Zus. 1.

Allein die Ansicht, daß §. 527. auch von solchen Erwerbern des Grundstücks, welche ihren Besitztitel erst nachher eintragen lassen, handle, ist unrichtig. Die §§. 285., 288. Hyp. O. II. stimmen mit den §§. 526., 530. h. t. überein. Daß jene Vorschriften bloß über die Rechte der eingetragenen Gläubiger unter einander im Falle einer zur Ungebühr erfolgten Löschung handeln, ergiebt namentlich das im §. 286. angeführte Argument, daß die schon Eingetragenen nicht von dem Schaden des zur Ungebühr gelöschten Mitgläubigers profitiren sollen. Aber auch in den alleg. Vorschriften des A. L. R. ist von den Rechten des Besitzers gegenüber dem zur Ungebühr gelöschten Gläubiger nicht die Rede. Die §§. 526—529. bilden nur eine Periode und handeln lediglich von dem Rechte des zur Ungebühr gelöschten Gläubigers gegenüber den Gläubigern, welche schon eingetragen waren, oder sich nachher eintragen lassen. Dies ergiebt der sprachliche Zusammenhang dieser §§. und stellt der §. 530. außer Zweifel, indem er als Schlußsatz hingestellt ist und die letzte Klasse von Gläubigern aufzählt, welche dabei in Frage kommen können. — Ueber den Fall,

daß ein zur Ungebühr gelöschter Gläubiger zum Nachtheile dessen, der nach erfolgter Löschung seinen Besitztitel eintragen läßt, von seinem dinglichen Rechte keinen Gebrauch machen könne,

ist in den alleg. Stellen keine Verfügung getroffen. Es steht vielmehr der, welcher zu der Zeit ein Grundstück erwirbt, wo eine Reallast im Hypothekenbuche, wenn auch zur Ungebühr, sich gelöscht fand, mit demjenigen gleich, der ein Grundstück akquirirt, in dessen Hypothekenbuch sie überhaupt nicht eingetragen gewesen ist. Es kommt also in diesem Falle darauf an, ob dem Erwerber beim Erwerbe bekannt gewesen, daß die Löschung zur Ungebühr erfolgt sei, eben so wie in dem anderen Falle, ob er überhaupt die Existenz der Reallast gekannt habe. Darüber enthält der §. 5. A. L. R. I. 19. die Entscheidungsquelle.

(Entsch. Bd. 26. S. 46, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 91 Nr. 23.)

Denselben Grundsatz, daß die Vorschriften der §§. 527. sqq. sich lediglich auf die Rechte eingetragener Gläubiger untereinander, nicht aber auf diejenigen beziehen, welche erst nach der Zeit der zur Ungebühr erfolgten Löschung einer Reallast das Grundstück in gutem Glauben erworben und ihren Besitztitel haben berichtigen lassen, hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 18. Jan. 1855 ausgesprochen. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 183 Nr. 48.)

§. 533. Anh. **§. 54.** Der §. 54. des Anh. ist aus dem R. v. 27. Nov. 1797 entnommen. (Rabe Bd. 4. S. 350.)

§. 534. 1) R. v. 9. Mai 1840. Der §. 534. bezieht sich auf das dingliche Element der Hypothekenforderungen, und die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners unterliegt den gewöhnlichen Regeln der Verjährung. Nach denselben fängt die Klageverjährung an dem Tage an, an welchem die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. Dies wird in Beziehung auf den bloß persönlichen Schuldner einer Hypothekenforderung in der Regel erst derjenige Zeitpunkt sein, an welchem der spätere Besitzer des verpfändeten Grundstücks mit den Zinsen im Rückstande bleibt, oder das Kapital zu bezahlen außer Stande ist. So lange die Zinsen des Hypothekenkapitals gezahlt werden, kann die Verjährung nach §. 570. A. L. R. I. 9. nicht anfangen. (J. M. Bl. 1840 S. 174.)

2) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 511.

Zweiter Abschnitt.

Vom Zurückbehaltungsrechte.

Faselius, Versuch einer Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. Halle, 1803.

Das Retentionsrecht. Ein Versuch von Fr. L. Hälschner. (Jahrb. Bd. 20. S. 177 ff.)

Bemerkungen über die Wirkungen des Retentionsrechtes im Konkurse. (Siewert Hft. 6. S. 141.)

Ueber die Natur des Zurückbehaltungsrechtes besteht Streit, indem dasselbe von Hälschner (Jahrb. Bd. 20. S. 239 ff.) und dem Verf. des Aufs. in der J. Z. 1834 S. 1074 ff. als dingliches Recht angesehen, dies indeß von Grävell (Kreditges. Bd. 4. Abtheil. 2. S. 377), Thöne (Fundamentallehren Bd. 1. S. 559), Schröter (Civilverf. Bd. 1. S. 1 ff., J. Z. 1832 S. 1087 ff.), Bornemann (System Bd. 1. S. 547, 2. Ausg. Bd. 1. S. 276) und v. Rönne (Klein's System Bd. 1. S. 559) bestritten wird. Auch diejenigen, welche es für ein dingliches Recht erklären, räumen indeß ein, daß ihm die Wirkungen der Dinglichkeit abgehen.

Koch hält das Retentionsrecht für eine Art Selbsthülfe in der Form der Vertheidigung, auf dem Grundsatze beruhend, daß bei wechselseitigen Verbindlichkeiten kein Theil von dem Andern Erfüllung fordern kann, ohne selbst seinerseits zur Leistung bereit zu sein. Dasselbe werde im Wege der Einrede, mittelst der exceptio doli, geltend gemacht und sei nicht durch eine besondere Klage geschützt.

(Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum Abschn. II., Lehrb. des Preuß. Privatr. 1. Ausg. Bd. 1. S. 359.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken hierüber:

Das Zurückbehaltungsrecht wird im A. L. R. unter den Rechten auf die Substanz einer fremden Sache (Thl. I. Tit. 20. Abschn. 2.) abgehandelt. Dies hat wahrscheinlich darin seinen Grund, weil das A. L. R. im §. 537. h. t. voraussetzt, daß derjenige, welcher das Zurückbehaltungsrecht ausüben will, den Besitz der Sache erlangt haben müsse, und ein persönliches Recht zu einer Sache nach §. 135. Tit. 2. Thl. I. des A. L. R. durch den hinzukommenden Besitz ein dingliches Recht auf die Sache wird. Es könnte aber zweifelhaft sein, ob, da in dem §. 536. h. t. das Retentionsrecht jedem Inhaber zugestanden wird, der Ausdruck „Besitz“ im §. 537. h. t. im Sinne des §. 3. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. zu verstehen oder nicht, vielmehr statt des Ausdrucks „Gewahrsam“ unrichtig gebraucht sei? Dies ist jedoch schon nach der Zusammenstellung der §§. 536. u. 537. h. t. nicht wahrscheinlich, und wird außerdem durch die Materialien des A. L. R. widerlegt. Der gedr. Entwurf zum G.-Buche Thl. II. Abthl. 3. Tit. 19. §§. 389. u. 390. lautet nämlich ganz wörtlich, wie das A. L. R. Zu dem ersteren §. wurde monirt: Zu §. 389. Statt „Inhabers“ sollte gesagt werden: „redlichen und wirklichen Besitzers“. Hierzu ist ad marginem bemerkt: „Da vorausgesetzt wird, daß das Recht zum vormaligen Besitze aufgehört habe, so taugt die Verbesserung nichts. Das Uebrige ergeben die folgenden Vorschriften.“ (Vergl. extr. mon. Vol. 79.) Hiernach ist die Sache so gedacht, daß der §. 537. h. t. von dem früheren, der §. 536. h. t. aber von dem gegenwärtigen Zustande des Zurückbehaltenden spricht. Der Besitz, die Absicht, über die Sache für sich selbst zu verfügen, muß aufgehört haben; das Recht, welches diese Verfügung in sich schloß, muß beendet sein, sonst würde der Besitz vermöge desselben, und nicht aus der Retention fortdauern. So wie die Gewahrsam durch die Absicht, für sich zu verfügen, Besitz wird (Tit. 7. §. 3.), so wird der Besitz wieder Gewahrsam, sobald diese Absicht mit dem Rechte dazu aufhört. Das Zurückbehalten einer fremden Sache als solche, schließt von selbst die Absicht, darüber zu verfügen, aus, da es nur ein Mittel zur Befriedigung wird.

Der Satz des §. 537. h. t., daß das Retentionsrecht nur dem zustehe, welcher früher Besitzer war, stimmt jedoch mit den, bei einzelnen Materien getroffenen speziellen Bestimmungen nicht überein. Der Depositar, der Verwalter, der Mandatar, der Kommodatar, der Handwerker, welchem eine Sache zur Reparatur gegeben worden, haben nicht die Absicht, über die Sache für sich selbst zu verfügen, sind daher nicht Besitzer, sondern nur Inhaber, und haben doch an der in ihrer Gewahrsam befindlichen Sache das Retentionsrecht (vergl. A. L. R. I. 14. §§. 76., 165., I. 13. §. 83., I. 21. §. 247., I. 11. §. 974.). Hiernach kann selbst im Systeme des A. L. R. das Retentionsrecht nicht für ein dingliches Recht gehalten werden. Die §§. 546. seq. h. t. geben sogar dem Retentionsrechte gegen den Dritten an und für sich gar keine Wirkung, sondern gestatten dasselbe gegen den Dritten nur in sofern, als der Dritte zugleich aus einer nützlichen Verwendung, also aus einer obligatio, verpflichtet sein würde. Im Konkurse hat ferner das Retentionsrecht nach §. 566. h. t. keine Wirkung, und wenn der Retentions-Berechtigte die Gewahrsam der Sache verloren hat, so hat er nach den §§. 559. seq. h. t. nicht die dingliche Klage auf Rückgabe des Besitzes, sondern nur die possessorischen Rechtsmittel. Alle Eigenschaften eines dinglichen Rechts, wodurch dasselbe sich von einem persönlichen Rechte unterscheidet, fehlen sonach dem Retentionsrechte. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß es unter den Rechten auf die Substanz einer fremden Sache keine Stelle nicht finden kann. Es ist ein aus der Gewahrsam entspringendes Recht, und würde daher am passendsten in dem Titel: „Vom Gewahrsam und Besitz“, in welchem es auch von den meisten Lehrern des gemeinen Rechts abgehandelt wird, seine Stelle finden.

(a. a. O. S. 555.)

§. 536. 1) Erstreckt sich das Retentionsrecht nur auf körperliche Sachen?

Es bejahen:

a) Die Gesetzrevisoren, welche bemerken, daß bei affirmativen und Untersagungsrechten sich eine Zurückbehaltung des Rechts, der Natur desselben nach, gar nicht denken lasse.

(Gesetzrev. Pens. III. S. 142.)

b) Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche:

Das Retentionsrecht ist im rev. Entw. auf körperliche Sachen beschränkt. Rechte und Forderungen sind hierdurch als Gegenstand des Retentionsrechts ausgeschlossen.

Bei affirmativen Rechten (quae in faciendo consistunt. I. 7. §. 80.) und bei Untersagungsrechten (quae in non faciendo consistunt. I. 7. §. 86.) läßt sich eine Zurückbehaltung des Rechts, der Natur desselben nach, gar nicht denken. Anders verhält es sich mit negativen Rechten (quae in patiendo consistunt. I. 7. §. 81.), z. B. einem usus fructus, einer via, einer Dachtraufe, einer Jagdgerechtigkeit. Ist mit einer solchen Gerechtigkeit der Besitz der Sache verbunden, wie beim usus fructus, so erledigt sich hier die Frage über die Statthaftigkeit des Retentionsrechts von selbst, da in diesem Falle von dem Retinenten nicht das Recht, sondern die Sache selbst zurückbehalten wird. Ist aber mit der Gerechtigkeit der Besitz der Sache nicht verbunden, wie bei den übrigen vorher angeführten Rechten, so läßt sich eine Retention nur durch die fernere Ausübung denken; zu einer solchen ist aber der Retinent nicht befugt, da das Recht selbst aufgehört hat. In manchen Fällen würde sich auch nicht einmal festsetzen lassen, daß inzwischen, bis zur Befriedigung des Retinenten, die Ausübung des Rechts ruhen solle, da solche Rechte mitunter aus öffentlichen Rücksichten ausgeübt werden müssen. Aus diesen Gründen rechtfertigt sich die Bestimmung, daß an dergleichen Rechten das Retentionsrecht überhaupt nicht zuzulassen.

Auf Forderungen gestattet der §. 542. h. t. das Retentionsrecht mit dem Zusatze, wenn auch sonst dem Schuldner das Kompensationsrecht nicht zustehen würde. Aus der Vergleichung dieser Vorschrift mit den §§. 343. u. 359. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. ergiebt sich:

1) daß die Forderung, wegen welcher das Retentionsrecht ausgeübt wird, nicht liquide zu sein braucht, sondern nur bescheinigt sein muß (vergl. §. 541. h. t.). Eine liquide Forderung ist diejenige, welche nicht bloß in ihren Hauptbestandtheilen, sondern überall vollständig festgestellt ist, oder wenigstens sofort festgestellt werden kann (A. G. O. I. 27. §. 26., A. L. R. II. 8. §. 917., V. v. 1. Juni 1833 §. 3. G. S. S. 38); bescheinigt ist eine Forderung jedoch schon alsdann, wenn nur der Grund derselben durch Beweismittel sofort dargethan werden kann, wiewohl der Betrag (vergl. §. 351. h. t.), die Münzsorte, die Zinsen, Früchte oder sonstige Nebenpunkte von Beweismitteln entblößt sind (A. G. O. I. 29. §. 49. Nr. 1.). Diese Verschiedenheit der Bestimmungen zwischen dem Retentions- und dem Kompensationsrechte ist jedoch von keiner Erheblichkeit, da nach der Vorschrift der A. G. O. I. 19. §. 5. Gegenforderungen, welche mit der Forderung des Klägers aus demselben Geschäfte entspringen, wenn sie auch nicht sofort liquide gemacht werden können, doch mit der Forderung des Klägers in demselben Prozesse verhandelt werden müssen. Auf debita connexa kommt es bei dem Retentionsrechte überhaupt nur an (§. 539. h. t.), und es ist daher gleichgültig, ob diese Befugniß des Verklagten gegen die Forderung des Klägers seine nicht liquiden konnexen Gegenforderungen geltend zu machen, als ein Kompensations- oder als ein Retentionsrecht bezeichnet wird.

2) Eine fernere Verschiedenheit des im §. 542. gestatteten Retentionsrechts auf Forderungen von der Kompensation besteht darin, daß das Retentionsrecht auch bei ungleichartigen Forderungen ausgeübt werden kann, z. B. wenn aus einem und demselben Geschäfte der A. dem B. eine Handlung zu leisten verpflichtet, der B. dem A. aber eine Geldsumme schuldig ist; hier kann, wenn der A. die Zahlung der schuldigen Summe von dem B. fordert, dieser die Summe bis dahin retiniren, bis der A. die Handlung, zu welcher er verpflichtet ist, geleistet hat. Allein zu einer solchen Retention bedarf der B. nicht des Retentionsrechts, sondern er ist hierzu schon nach der allgemeinen Regel des §. 271. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. berechtigt, wonach Niemand die Erfüllung eines Vertrages fordern kann, welcher nicht seinerseits erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist.

Hiernach hat der §. 542. keine Bedeutung; das Retentionsrecht verliert auch ganz seinen Charakter, wenn es auf nomina ausgedehnt wird. Von Demjenigen, welcher eine Summe schuldig ist, kann man nicht sagen, daß er »Inhaber einer Kapitalssumme«, wie der §. 542. sich ausdrückt; er ist weder possessor, noch detentor, sondern debitor. Nur derjenige ist Inhaber einer Geldsumme, bei welchem eine solche verwahrlich niedergelegt, oder welcher bestimmte, ihm anvertraute species zu restituiren verpflichtet ist; auf einen solchen Inhaber findet der §. 536., wie bei anderen körperlichen Sachen, Anwendung. (a. a. O. S. 557.)

c) Hälschner. (Jahrb. Bd. 20. S. 187 ff.)

d) v. Rönne. (Klein's System Bd. 1. S. 560.)

Dagegen verneinen und nehmen den Ausdruck: »Sache« im §. 536. im weiteren Sinne der §§. 1. u. 2. A. L. R. I. 2.: Faselius (Darstellung der Lehre d. Ret. R. S. 25) und Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 536. h. t., Lehrb. Bd. 1. S. 359).

2) Ueber die Frage: ob zur Ausübung des Retentionsrechtes Besitz oder nur Gewahrsam erforderlich ist, vergl. die oben in der Vorbemerkung zu diesem Abschn. gegebenen Motive zum bürgerl. Gesetzbuche S. 555.

Hälschner (Jahrb. Bd. 20. S. 186) nimmt an, daß das Wort: »Gewahrsam« im §. 536. im weiteren Sinne zu verstehen sei, in welchem es auch den Besitz unter sich begreife.

Bornemann (System Bd. 1. S. 544 Anm., 2. Ausg. Bd. 1. S. 275 Anm. 1.) ist dagegen der Ansicht, daß in mehreren hierher gehörigen Gesetzstellen, namentlich im §. 537. der Ausdruck »Besitz« unrichtig statt »Gewahrsam« gebraucht sei.

Kosmann sucht dies dadurch zu widerlegen, daß das A. L. R., wenn es die Erfordernisse des Retentionsrechtes aufzählt und von demjenigen spricht, der das Recht haben soll, zu retiniren, wenn er will, diesen richtigerweise nur »Inhaber« nennen konnte (§§. 536., 542., 547., 550., 553., 556., 562., 563.), während dasselbe, wenn es die Folgen und Wirkungen dieses Rechts festsetzte, überhaupt an denjenigen dachte, dessen Wille zu retiniren, schon vorhanden, diesen »Besitzer« nennen mußte (§§. 537., 539., 545., 565. h. t.), wie dies sich aus der Terminologie der Lehre vom Besitze von selbst ergebe. A. L. R. I. 7. §. 69. stehe dieser Ansicht nicht entgegen, da der spezielle §. 558. Tit. 20. keine Ausnahme von jener Regel bilde, indem nicht der bloße Wille den Retentor mache, sondern gerade in Bezug auf die zu retinirende Sache eine demselben zustehende Gegenforderung (§§. 536., 539. h. t.) dazu kommen müsse.

(J. Z. 1834 S. 952—954: Zur Lehre vom Retentionsrecht.)

Jakobi entnimmt aus den Worten: »Inhaber einer fremden Sache« und »Gewahrsam«, daß von einem jur. Besitzer derselben nicht die Rede sei. Dazu wäre erforderlich, daß der Inhaber die Absicht habe, über die Sache für sich selbst zu verfügen — Tit. 7. §§. 2., 6. — was aber nach dem Sinne des §. 536. nicht seine Intention sei; er entzieht nur dem Besitzberechtigten oder Eigenthümer die Sache so lange, bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt. Diese Art von Selbsthülfe erleide jedoch beschränkende Bestimmungen, die wichtigste im §. 539. h. t. (J. W. 1837 S. 745.)

3) Ueber die Fragen, was zur Begründung eines Retentionsrechts gehöre, und wie die Forderung einigermaßen zu bescheinigen sei, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 28. April 1840 im Centralbl. 1840 S. 1109 ff.

§§. 537. 539. Das Retentionsrecht kann für sich selbst keinen Entstehungsgrund von Rechten gegen einen bestimmten Verpflichteten abgeben, sondern es können die daraus erwachsenden Rechte stets nur gegen denjenigen verfolgt werden, von dem der sie Beanspruchende seine Gewahrsam der Sache herleitet, und hierbei muß daher auf den Rechtsgrund dieser Gewahrsam zurückgegangen und aus diesem der Anspruch mit derjenigen Klage geltend gemacht werden, welche aus dem Geschäft entspringt, durch welches der Retinirende die Gewahrsam der Sache überkommen hat.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 334 Nr. 81.)

§. 539. Dem früheren Eigenthümer eines Grundstückes, welcher dasselbe in einem und demselben Akte verkauft und von dem Käufer gepachtet hat, steht wegen des rückständigen Kaufpreises das Zurückbehaltungsrecht zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1853, weil hier, wie auch der §. 543. ergebe, allerdings die im §. 539. erforderte Konnexität der Ansprüche anzunehmen sei.
(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 281 Nr. 57.)

§. 541. 1) Das R. v. 15. Sept. 1804 folgert aus der Bestimmung des §. 541., daß das Retentionsrecht nur in den Fällen stattfinden könne, wo die Anlegung des Arrestes überhaupt zulässig ist. Nun finde aber wider diejenigen, welche mit Immobilien angesessen, nach Vorschrift der A. G. O. I. 29. §. 10. die Anlegung eines Arrestes nur in den dort bemerkten Fällen statt.

(R. A. Bd. 3. S. 282, Mathis Bd. 2. S. 13, Rabe Bd. 8. S. 176.)

Koch bemerkt, daß die ganz unlogische Folgerung dieses Reskripts um so weniger Anspruch auf Beachtung habe, als dasselbe weder gesetzmäßig publizirt, noch in die Ed. Samml aufgenommen sei. Der §. 541. fordere eine Bescheinigung von der Art, wie sie ein Arrestschlag voraussetzt, nicht aber das Uebrige, was sonst noch ein Arrestschlag verlangt, namentlich Unsicherheit des Gegners.

(Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 541. h. t.)

Gegen die Richtigkeit des alleg. Reskripts, welches auch die Praxis nie befolgt habe, vergl. auch Bornemann (System Bd. 1. S. 545 ff., 2. Ausg. Bd. 1. S. 275 ff.), desgl. Merckel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 712), v. Rönne (Klein's System Bd. 1. S. 560 ff.)

Für dasselbe: Hälschner in den Jahrb. Bd. 20. S. 227 ff.

Die Gesetzrevisoren, welche sich gegen das R. v. 15. Sept. 1804 erklären, bemerken, daß die Materialien des A. L. R. ergäben, daß der §. 541. den nach gemeinem Rechte bestehenden Streit entscheiden solle, in wiefern die Forderung liquid sein müsse, um das Retentionsrecht zu begründen. Die Fassung des A. L. R., wenn es auf die Lehre von Arresten Bezug nehme, bedeute nur die Angabe der Form, und es könnte eben so gut das Verfahren in Pachtprozessen (A. G. O. I. 44.) allegirt sein. (Gesetzrev. Pens. III. S. 145.)

Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche sind gleichfalls der Ansicht, daß das Retentionsrecht seine Bedeutung verlieren würde, wenn es nur bei einer nachgewiesenen Unsicherheit des Gegners, also gegen diejenigen, welche mit Grundstücken angesessen sind, in der Regel überhaupt nicht stattfinden sollte. Der Zweifel gegen die Richtigkeit der Entscheidung des R. v. 15. Sept. 1804 sei auch dadurch zu erkennen gegeben, daß es in die Ed. Samml. nicht aufgenommen sei.
(a. a. O. S. 566.)

2) Die Frage: ob Eideszuschiebung für eine Bescheinigung im Sinne des §. 541. zu erachten? ist keine Frage des materiellen Rechts.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 100 Nr. 24.)

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 956. v. 12. Dec. 1840 in den Erg. zur A. G. O. I. 29. §§. 63. sqq.

§. 542. 1) Unter: »Kapitalssumme« ist hier, nach der Ansicht der Gesetzrevisoren, nur baares Geld und auf jeden Inhaber lautende Papiere zu verstehen. (Gesetzrev. Pens. III. S. 144.)

Vergl. die Ansicht der Motive des bürgerl. Gesetzbuches in den Erg. zum §. 536. h. t.

Koch nimmt an, daß darunter hier jede Geldschuld verstanden werde. (Landr. Bd. 2. Anm. 7. zum §. 542. h. t.)

Hälschner ist der Meinung, es bedeute der Ausdruck hier nicht bloß ein Darlehn, sondern überhaupt eine Geldzahlung.
(Jahrb. Bd. 20. S. 206.)

2) Vergl. das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 6. Okt. 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 16. §. 313. Zus. 5.

§. 546. 1) Wer ist unter dem »Dritten« zu verstehen?

a) Hälschner versteht darunter nur denjenigen, welcher das Recht auf Herausgabe der Sache schon früher gehabt, ehe sie in des Retinenten Hände gekommen. (Jahrb. Bd. 20. S. 233.)

b) Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche nehmen dagegen an und zeigen aus den Materialien, daß hier Jeder gemeint sei, welcher nicht an die Stelle desjenigen, gegen den das Retentionsrecht ausgeübt werden kann, in eben dasselbe obligatorische Verhältniß eintritt.
(a. a. O. S. 560.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 546. h. t.)

2) Die Vorschrift des §. 546. findet auch in dem Falle Anwendung, wenn derjenige, welcher von dem Retinirenden die Herausgabe der behaltenen Sache fordert, die letztere titulo singulari von demjenigen erworben hat, gegen welchen das Retentionsrecht begründet war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1850. (Präj. Nr. 2222.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 38, Entsch. Bd. 19. S. 488.)

§. 556. Durch die Seitens des Eigenthümers zur Sicherstellung des streitigen Anspruches des Retinenten geschehene gerichtliche Deposition wird das Retentionsrecht des Letzteren beseitigt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 230 Nr. 60.)

§§. 556. 557. Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken:

Diese §§. wollen bestimmen: wenn und in soweit die Forderung klar ist, muß der Rückforderer sogleich bezahlen, in Ansehung des bestrittenen Theils kann er Sicherheit bestellen, wenn er die Herausgabe der Sache verlangt. Dies ergeben die Materialien. Gegen die Bestimmung des gedr. Entw., daß, wenn die Forderung noch streitig, die Sache in allen Fällen herauszugeben sei, war monirt worden, daß in jedem Falle nach bestellter Sicherheit das Retentionsrecht aufhören möge. Hiergegen sagt Suarez in der rev. mon.: »Herr Goßler meint, die Zurückgabe gegen Kaution müsse in allen Fällen ohne Unterschied geschehen. Allein dies scheint mir unrichtig. Wenn die Forderung ganz liquid ist, und z. B. rechtskräftig feststeht, so kann der Kreditor nicht genöthigt werden, sein jus retentionis anders, als gegen wirkliche Befriedigung aufzugeben.«
(a. a. O. S. 564.)

§. 558. Das Erk. des Ob. Trib. v. 25. Sept. 1851 spricht folgende Rechtssätze aus:

a) Wenn ein von beiden Theilen erfüllter Kaufvertrag über ein nutzbares Grundstück als Scheingeschäft rechtskräftig für ungültig erklärt ist, so kann der Käufer den Kaufpreis zurückfordern, ohne den Nachweis führen zu brauchen, daß derselbe nicht durch einen etwaigen Ueberschuß der auf die Zinsen anzurechnenden Nutzungen des Grundstücks theilweise schon getilgt ist.

b) Der Verkäufer kann der desfallsigen Klage des Käufers den Einwand der demselben obliegenden und nicht bewirkten Rechnungslegung nur in soweit entgegensetzen, als er diesen Einwand aus der Natur des statt eines Kaufs vorliegenden anderweitigen Rechtsgeschäfts herleitet und näher begründet.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 289 Nr. 60.)

§. 561. Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken:

Darüber kann kein Zweifel obwalten, daß dem Inhaber die possessorischen Rechtsmittel nicht bloß gegen einen Dritten, welcher die Entsetzung vorgenommen hat, sondern auch gegen den Schuldner selbst, wenn dieser der Entsetzende ist, zustehen. (Vergl. A. L. R. I. 20. §. 120., A. G. O. I. 44. §§. 44. u. 45.) Dagegen ist es zweifelhaft, ob sie auch gegen einen Dritten, welcher nicht selbst die Entsetzung vorgenommen, oder später die Sache mala fide erworben hat, gerichtet werden können. Nach der A. G. O. I. 31. §. 3. findet das possessorium summariissimum nur gegen den Entsetzenden und den Störer, und nach A. L. R. I. 7. §. 148. außerdem nur gegen dessen Theilnehmer und Erben statt. Auf denjenigen, welcher an der Entsetzung nicht selbst Antheil genommen, sondern erst nach der Entsetzung von derselben unterrichtet, die Gewahrsam der Sache erlangt hat, paßt die Bezeichnung: »Theilnehmer« nicht recht. Dessenungeachtet ist es wahrscheinlich, daß unter diesem Ausdrucke auch derjenige hat begriffen werden sollen, welcher später die Sache mala fide an sich gebracht hat, da nach dem kanonischen Rechte die Spolienklage unzweifelhaft auch gegen denjenigen stattfindet, welcher, mit dem Spolium bekannt, die Sache erworben hat, c. 18. de restitutione spoliatorum in VI. (2. 13.) G. L. Boehmer, principia juris canonici §. 688., und nach den Materialien des A. L. R. in dem §. 148. Tit. 7. gerade das kanonische Recht hat wiedergegeben werden sollen. (Vergl. Simon und v. Strampff, Materialien des A. L. R. zu den Lehren:

»Vom Gewahrsam und Besitz« S. 281, Monitum 2. §. 103. S. 285 Nr. 4. (rev. mon.). (Motive a. a. O. S. 568, 569.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 561. h. t.

§. 566. Siewert, Bemerkungen über die Wirkungen des Retentionsrechts im Konkurse. (Materialien Hft. 6. S. 141 ff.)

Pape, Bemerkungen über den §. 566. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. (J.-W. 1845 S. 537 ff.)

Jacobi, das Retentionsrecht im Konkurse. (J. W. 1847 S. 745, 761 ff.)

1) Die Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses hebt, so lange derselbe nicht in einen Konkursprozeß übergegangen ist, die Wirkungen des Retentionsrechtes nicht auf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Nov. 1821.
(Simon's R. Bd. 1. S. 204.)

2) Betreffend das Verhältniß des §. 566. zu den §§. 546—550. h. t.

a) Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken:

Nach den Bemerkungen von Suarez zu dem ersten, vom Assistenzrathe Klein angefertigten Entwurfe der Lehre vom Retentionsrechte, sollte dem Inhaber der Sache im Konkurse des Schuldners das Retentionsrecht in sofern zustehen, als die Forderung in einer nützlichen Verwendung ihren Grund habe, und der Vortheil noch wirklich vorhanden sei. Mit Rücksicht hierauf wurden gerade die §§. 546—550. h. t. entworfen und unter den Dritten, von welchen in diesen §§. die Rede ist, sollten gerade die Gläubiger des Schuldners verstanden werden. Ganz konsequent wurde in dem hiernach abgefaßten Entwurf eine Bestimmung über die Wirkung des Retentionsrechts im Konkurse gar nicht aufgenommen. Bei der Begutachtung dieses Entwurfs durch die Mitglieder der Gesetz-Komm. monirte jedoch der Geh. Rath Scholtz: »Bei dieser Materie (dem Zurückbehaltungsrechte) könnte auch noch bemerkt werden, daß das Zurückbehaltungsrecht, wenn derjenige, gegen welchen solches kompetirt, in Konkurs geräth, alle Wirkung verliere, indem es beim Konkurse keinen Vorzug giebt.«

Hierzu bemerkte Suarez ganz kurz: »welches mir unbedenklich scheint«, und schaltet hierauf den §. 566. h. t. eigenhändig in den Entwurf ein, aus welchem er in den gedr. Entw. zum Gesetzb., und demnächst in das A. L. R.

überging. (Materialien zum A. L. R. Bd. 30. fol. 273., 489., Bd. 31. fol. 5., 46.) Ob nun hiedurch die §§. 546—550. in Betreff der Wirkung des Retentionsrechts gegen die Gläubiger des Schuldners abgeändert worden, oder der §. 565. als eine allgemeine Bestimmung durch die §§. 546—550. h. t. wieder eingeschränkt werde? Darüber läßt sich sowohl für die eine, als für die andere Ansicht Manches anführen. (Motive a. a. O. S. 570, 571.)

b) Jakobi ist der Ansicht, daß §. 547. auch im Konkurse zur Anwendung komme, da der Fall des §. 547. ganz außer der Disposition des §. 566. liege. Nur da, wo der Gemeinschuldner allein für seine Person verpflichtet war, könne im Falle des Konkurses das Retentionsrecht nicht fortdauern, und ein Vorzugsrecht sei dadurch in keinem Falle gegeben; wo aber die Masse dem Inhaber der Sache durch die Uebernahme des Vortheils obligirt wird, bestehe die Wirkung des Retentionsrechtes, und der Gläubiger vertheidige sich dadurch gegen die Masse; er sei Separatist. Der §. 269. A. G. O. I. 50. bestätige dies, der die Regel aufstelle, und es sei gleichgültig, daß der vorliegende Fall unter den dann folgenden Beispielen nicht mit aufgestellt sei. Im Zweifel müsse der §. 547. h. t. als jüngeres Gesetz und sedes materiae den Vorzug haben.

(J. W. 1837 S. 745, 761.)

3) Ueber das Verhältniß des §. 566. zum §. 974. A. L. R. I. 11. vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 974.

Dritter Abschnitt.

Vom Vorkaufs-, Näher- und Wiederkaufsrechte.

§§. 568. sqq. 1) Das G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten rc., bestimmt in den §§. 2. u. 4.:

§. 2. Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, aufgehoben:

6) Die Vorkaufs-, Näher- und Retraktrechte von Immobilien, mit Ausnahme der im §. 4. aufgeführten.

§. 4. „Das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthum besitzen, an deren Antheilen, so wie das Retraktrecht der Miterben nach dem Rheinischen Civilgesetzbuch, bleiben in Kraft.

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht findet ferner wegen aller Theile von Grundstücken statt, welche in Folge des von dem Staate ausgeübten oder verliehenen Expropriationsrechts zu gemeinnützigen Zwecken haben veräußert werden müssen, wenn in der Folge das expropriirte Grundstück ganz oder theilweise zu dem bestimmten Zweck nicht weiter nothwendig ist und veräußert werden soll.

Das Vorkaufsrecht steht dem zeitigen Eigenthümer des durch den ursprünglichen Erwerb verkleinerten Grundstücks zu. Wer das Expropriationsrecht ausgeübt hat, muß die Absicht der Veräußerung und den angebotenen Kaufpreis dem berechtigten Eigenthümer anzeigen, welcher sein Vorkaufsrecht verliert, wenn er sich nicht binnen zwei Monaten darüber erklärt. Wird die Anzeige unterlassen, so kann der Berechtigte seinen Anspruch gegen jeden Besitzer geltend machen. (G. S. 1850 S. 77.)

2) Vergl.: a) über die Frage: ob durch den §. 2. Nr. 6. in Verbindung mit §. 4. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 das den Lehnsagnaten zustehende Vorkaufs- und Retraktsrecht allgemein ohne Entschädigung aufgehoben ist, den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 18. Sept. 1854 (Präj. Nr. 2548.) in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §§. 304—307.;

b) über die Frage: ob die im §. 2. Nr. 6. a. a. O. ausgesprochene Aufhebung der Vorkaufs-, Näher- und Retraktsrechte auch die (nach Pommerschen Lehnrechten stattfindenden) Revokations- und Reluitionsrechte trifft, das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 29. Juni 1857 in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §§. 302. u. 307.;

c) über die Frage: ob nach dem §. 2. Nr. 6. und §. 4. a. a. O. das dem Erbzinsherrn gesetzlich zustehende Vorkaufsrecht noch in Kraft erhalten ist, wenn in dem Erbzinsvertrage der Erbzinsherr sich ganz allgemein das Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten hat, das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Juni 1856 in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §§. 710—713. Zus. 2.;

d) über die Frage: ob die Ausübung des Vorkaufsrechtes nothwendig die Fortsetzung der Gemeinschaft mit den übrigen Interessenten erfordert, oder jedem Theilnehmer an einem Miteigenthume für sich zusteht, die Präj. des Ob. Trib. in den Erg. zum A. L. R. I. 17. §. 61. Zus. 1—3.

3) Das Vorkaufsrecht kann an einem intellektuellen Theile der verkauften Sache nicht ausgeübt werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Febr. 1851. Es lag der Fall vor, daß der Verkäufer die Kossäthennahrung zu gemeinsamem Eigenthume an seine Tochter und deren Bräutigam verkaufte; den Gutsantheil des Bräutigams wollte der Vorkaufsberechtigte kaufen. Es wird nachgewiesen, daß auf diese Weise der Vorkaufsberechtigte nicht die Bedingungen des Kontrakts erfüllt, in welchen er einzutreten verlangt (§§. 602. ff. h. t.). Für den konkreten Fall zeige dies A. L. R. I. 21. §§. 70., 75., II. 1. §. 185.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 273 Nr. 59.)

4) R. des Min. des Inn. v. 11. Mai 1844. Es ist unzulässig, bei Regulirungen von gutsherrl. bäuerl. Verhältnissen ein Vorkaufsrecht für die Gutsherrschaften für den Fall der Veräußerungen der bäuerlichen Höfe festzusetzen. Denn durch das Vorkaufsrecht werden der freien Veräußerlichkeit und Dispositionsbefugniß wesentliche Fesseln angelegt; es wird also dadurch der letzte Zweck der Landeskulturgesetze, — »unbedingte Freiheit des Grundeigenthums möglich zu machen« — vereitelt. Ist auch die Unzulässigkeit nicht ausdrücklich ausgesprochen, so muß sie doch aus §. 43. der V. v. 20. Juni 1817 geschlossen werden, weshalb die Bestätigung solcher Abkommen zu versagen.

(M. Bl. d. i. V. 1844 S. 171.)

§§. 570—574. Dingliches Vorkaufsrecht.

§. 570. Die bei der Eintragung des Vorkaufsrechts erfolgte Allegirung des Vertrages, durch den es bestellt worden, genügt nicht, um die in ersterem stipulirte Befugniß, jenes Recht für einen gewissen Preis auszuüben, für eingetragen, d. i. für dinglich zu halten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Febr. 1841. (Präj. Nr. 991.) (Präj. Samml. S. 119.)

§§. 570—573. Ist das gesetzliche Vorkaufsrecht ein dingliches Recht?

Schröter (Civilverf. Bd. 1. S. 64 ff.) und v. Rönne (Klein's System Bd. 1. S. 562) verneinen.

Dagegen bejahen: Koch (Recht der Ford. Bd. 1. S. 203, Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. S. 526, Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 573. h. t.) und Bornemann (System Bd. 4. S. 411, 2. Ausg. Bd. 4. S. 266), Letzterer jedoch nur in Betreff des Vorkaufsrechtes an beweglichen Sachen.

Vergl. darüber die in der Einl. zum Abschn. II. mitgetheilte Ansicht aus den Motiven zum bürgerl. Gesetzbuche S. 555.

§§. 575—585. Fälle, wo die Ausübung dieses Rechts stattfindet oder nicht.

§. 575. 1) Vergl. Suarez Bemerk. in der rev. mon. über den Grund dieser Disposition. (Jahrb. Bd. 52. S. 37.)

2) Bei einem simulirten Kaufvertrage findet das dingliche Vorkaufsrecht nicht statt. Auch kann dasselbe in dem Falle nicht ausgeübt werden, wenn zwar die Uebereignung des Grundstücks in der Form eines Kaufvertrages, in der That aber als Erfüllung eines Vertrages über geleistete Dienste geschehen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Jan. 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 260 Nr. 63.)

3) Vergl. den Rechtsfall in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 269 ff.

§. 580. Vergl. die auf diesen §. gestützte Entsch. des Ob. Trib. v. 4. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 243 Nr. 113.)

§. 584. 1) Der §. 584. ist nicht auf den Fall zu beschränken, wenn die käufliche Ueberlassung an den einzigen nächsten Erben geschieht; derselbe findet vielmehr auch dann Anwendung, wenn sie an einen der zunächst berufenen gleich nahen Erben geschieht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1850 [1]). (Präj. Nr. 2203.)

Die Ansicht, daß der Fall des §. 584. nicht vorliege, weil der Kläger als halbbürtiger Bruder des Ehemannes der Verklagten eben so viel Recht auf dessen Nachlaß habe, wie die Ehefrau, diese mithin nicht als nächste gesetzliche

[1]) In der Präj. Samml. ist dies Präj. v. 30. April 1850, in Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 113 Nr. 21. dagegen v. 30. April 1851 datirt, in den Entsch. Bd. 19. S. 226 aber das Datum gar nicht angegeben.

Erbin angesehen werden könne (§. 626. A. L. R. II. 1.), hat nur auf den ersten Blick die Worte des Gesetzes für sich, indem darin von dem nächsten Erben, nicht von einem der nächsten die Rede ist. Allein dieselbe ist nicht richtig. Das Vorkaufsrecht findet nur statt bei wirklichen Verkäufen und einigen denselben gleichgesetzten Veräußerungen (§§. 575. u. 576. Tit. 20.). Es trift also nicht ein beim Uebergange der damit belasteten Sache auf die Erben, sei es im Wege des gesetzlichen Erbrechts, oder auf Grund einer letztwilligen Disposition, durch welche insbesondere auch der Besitzer einem seiner Erben die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache zuwenden kann. Der Sinn des §. 584. geht nur dahin: daß es keinen Unterschied machen soll, ob die Ueberlassung der Sache an den nächsten Erben im Wege einer wirklichen letztwilligen Disposition geschieht, oder ob der Besitzer sie demselben noch unter Lebendigen käuflich überläßt. Eine solche Abtretung unter Lebendigen soll (vergl. auch §§. 716. u. 717. Tit. 18.) der Vererbung gleichgesetzt werden, und ebenso, wie es dem Besitzer der belasteten Sache freisteht, sie vermöge einer letztwilligen Disposition einem seiner nächsten Erben zuzuwenden, muß es ihm auch freistehen, sie einem derselben noch unter Lebenden käuflich zu überlassen, ohne daß bei einer solchen Veräußerung das Vorkaufsrecht eintritt. Hiernach ist der §. 584. nicht auf den Fall zu beschränken, daß die käufliche Ueberlassung an den einzigen nächsten Erben geschieht; derselbe findet vielmehr auch dann Anwendung, wenn sie an einen der zunächst berufenen gleich nahen Erben erfolgt. Die überlebende Ehefrau gehört aber nach §. 621. ff. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. unter die gesetzlichen Erben des Ehemannes, sie kommt mit diesen zugleich zur Sukzession.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 38, Entsch. Bd. 19. S. 226, Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 113 Nr. 21.)

2) Die Stipulation des Vorkaufsrechtes in allen Verkaufsfällen berechtigt noch nicht zur Geltendmachung desselben gegen Descendenten.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. (Datum konstirt nicht). (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 7. S. 116.)

§§. 587—593. Verhältnisse mehrerer Vorkaufsberechtigten unter einander.

§. 591. Nicht: »Abschn. 4.«, sondern: »Abschn. 6.« ist gemeint.

§§. 594—596. 608. sqq. Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Mai 1852 (Präj. Nr. 2377.), betr. die Natur des Retraktsrechts in den Erg. zum A. L. R. II. 4. §. 239.

§§. 602—607. Obliegenheiten des Berechtigten.

§. 607. Der Grundsatz des §. 607., nach welchem, wenn die mit dem Vorkaufsrechte belastete Sache zugleich mit einer anderen für einen und denselben ungetrennten Preis verkauft worden ist, der Berechtigte sich auch diese Bedingung gefallen lassen, oder von dem Vorkaufe abstehen muß, — gilt allgemein für die beiden Fälle, sowohl wenn die Uebergabe an den ersten Käufer schon geschehen, als wenn sie noch nicht erfolgt ist.

Der Vorkaufsberechtigte kann alsdann den Eintritt in den ganzen Kauf, und nicht bloß die Ueberlassung der belasteten Sache für einen durch Sachverständige zu ermittelnden Preis fordern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1856.

Der §. 607. hat seine Stellung unter den §§. 602—607., welche nach dem Marginale bei §. 602. von den Obliegenheiten des Berechtigten handeln. Ueber die Frage: gegen wen das Vorkaufsrecht geltend gemacht werden könne, ob allein gegen den Verkäufer oder ob und unter welchen Umständen auch gegen den Käufer, wird hier noch nicht entschieden. Die hierauf bezüglichen Vorschriften folgen erst in den §§. 626. ff., 631. ff. Da sie über eine Beschränkung des Grundsatzes im §. 607. nichts enthalten, gilt dasselbe als ein allgemeiner für beide Fälle, mag die Uebergabe an den ersten Käufer schon geschehen sein oder nicht.

Es ist die Ansicht aufgestellt worden, daß der §. 607. nur eine Pflicht des Vorkaufsberechtigten ausspreche, die mit der belasteten verkauften Sache für den unzertrennten Preis zu übernehmen. Dagegen sei darin zu seinen Gunsten keine Befugniß festgesetzt, die Ueberlassung der vorkaufsfreien Stücke zu verlangen. Gegen den Willen des Verpflichteten finde daher der Vorkauf lediglich hinsichts der ungetheilt gebliebenen Grundstücke statt. Der verhältnißmäßig auf sie kommende Theil des unzertrennten Kaufpreises müsse durch Sachverständige ermittelt werden. — Eine so erhebliche Verschiedenheit in den beiderseitigen Rechten und Pflichten läßt sich nicht als die Absicht des Gesetzes annehmen, liegt auch gar nicht in dem Wortinhalte des §. 607. Derselbe bestimmt weiter nichts, als daß, wenn die belastete Sache mit einer anderen für einen unzertrennten Preis verkauft ist, der Vorkaufsberechtigte sich diese Bedingung gefallen lassen oder von dem Vorkaufe abstehen muß. Der alleinige Nachdruck ist darauf zu legen, daß in dem gedachten Falle der Verkauf und zwar für den unzertrennten Preis anerkannt wird. Zu einer Interpretation, nach welcher die ganze Betonung darauf ruhen soll, daß der Berechtigte verpflichtet sei, die anderen Sachen mit zu übernehmen, nach welchen ihm dagegen bei einem Widerspruche des anderen Theils die Befugniß nicht zustehen soll, seinerseits die Ueberlassung des Ganzen zu fordern, fehlt es an den nothwendigen Gegensätzen. In den §§. 602—607. ist überhaupt nur von den Obliegenheiten des Vorkaufsberechtigten die Rede. Es war hier weder der Ort, noch Veranlassung, über seine Befugnisse eine Bestimmung zu treffen, oder zur Lösung etwaniger Zweifel eine Erläuterung zu geben. — Es wird zwar hiergegen geltend gemacht, daß die Zulässigkeit des Vorkaufs in einem Falle, wie der hier in Rede stehende, gemeinrechtlich kontrovers sei, und deshalb der §. 607. einer strengen Auslegung unterliegen müsse. Das A. L. R. hat indeß die Kontroverse zu Gunsten des Vorkaufsberechtigten ohne weitere Beschränkung entschieden. Eine billige Berücksichtigung des Interesses der Verpflichteten gab auch zu einer Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen keine Veranlassung, da der gemeinschaftliche Verkauf für einen unzertrennten Preis eine freie Handlung der anderen Betheiligten ist, deren Folgen sie selbst herbeigeführt haben, und durch eine andere Vereinbarung vermeiden konnten.

(Entsch. Bd. 34. S. 156, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 26 Nr. 5.)

Koch allegirt ein (nicht veröffentlichtes) Erk. des Ob. Trib. vom Jahre 1848, welches die entgegengesetzte Ansicht, nämlich den Grundsatz ausgesprochen habe, daß der Berechtigte seinerseits kein Recht habe, den Verkauf des Ganzen zu fordern, sondern, wenn der Käufer ihm die dem Vorkaufe nicht unterworfene Sache nicht ablassen will, sein Vorkaufsrecht nur auf die damit belastete Sache ausüben könne, und daß in diesem Falle der Kaufpreis durch Sachverständige getheilt werden müsse, wenn man sich darüber nicht einigt.

(Landr. Bd. 2. Anm. 25. zum §. 607. h. t.)

Unter Bezugnahme hierauf bemerkt indeß das Ob. Trib. in den Gründen des oben mitgetheilten Erk. v. 17. Dec. 1856, daß das Koch'sche Allegat unrichtig sei und das darin erwähnte Urtheil sich in dem angegebenen Sinne keinesweges ausgesprochen habe.

Koch giebt dies nicht zu und sucht die in dem Präj. v. 17. Dec. 1856 aufgestellte Ansicht als unhaltbar und nicht gehörig motivirt zu widerlegen. (Landr. Bd. 4. Nachtr. zum §. 607. h. t. S. 1266—1267.)

§§. 608—625. Obliegenheiten des Verpflichteten.

§§. 608—610. Die §§. 608—610. machen nicht den Eintritt des Vorkaufsrechts und seiner gesetzlichen Wirksamkeit, sondern nur die Dauer der letzteren von der Benachrichtigung des Berechtigten und der Innehaltung der an diese Bekanntmachung geknüpften Fristen zur Abgabe seiner Erklärung abhängig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. und 3. Okt. 1853.

Dies ergiebt schon die Natur der Sache, indem sonst die Ausübung des Vorkaufsrechts lediglich von dem Willen des verkaufenden Miteigenthümers abhängen würde und durch Unterlassung der Bekanntmachung an den Berechtigten ganz illusorisch gemacht werden könnte. Dafür sprechen aber auch die §§. 626. ff. h. t., wonach derjenige, welcher ein gesetzliches oder dingliches Vorkaufsrecht hat, die ohne gehörige Bekanntmachung einem anderen Käufer übergebene Sache von dem Letzteren gerichtlich zurückfordern kann. Und auch derjenige, welcher ein bloß persönliches Vorkaufsrecht hat, kann dasselbe in dem vorgedachten Falle gegen den anderen Käufer geltend machen, wenn dieser überführt werden kann, vor erhaltener Uebergabe von dem Vorkaufsrechte Wissenschaft erhalten zu haben. Diese Bestimmungen setzen daher voraus, daß das Vorkaufsrecht nicht erst mit der Bekanntmachung, sondern schon mit dem Verkauf der Sache wirksam wird. (Entsch. Bd. 26. S. 337.)

§. 610. 1) Ueber die im §. 610. vorgeschriebene Frist vergl. die Rechtfertigung von Suarez in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 61.)

2) R. v. 23. März 1838. Es ist Pflicht des Verkäufers, dem Vorkaufsberechtigten von dem Kaufe Nachricht zu geben. Der Nachweis der Befolgung dieser Vorschrift kann nicht vom Käufer gefordert und bis dahin die Berichtigung seines Besitztitels verweigert werden. Nur darin bestehen für den Erwerber die nachtheiligen Folgen der unterlassenen Beobachtung dieser Vorschrift, daß er sich die Rückforderung der Sache durch den Vorkaufsberechtigten gefallen lassen muß, und setzt es §. 647. außer allem Zweifel, daß die Berichtigung des Besitztitels hiervon nicht abhängig sein soll. Für den Vorkaufs-

berechtigten ist dadurch gesorgt, daß das Vorkaufsrecht eingetragen bleibt. (Jahrb. Bd. 51. S. 171, Gräff Bd. 12. S. 56.)

3) Ueber den Beginn der Frist für den Fiskus zur Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 3. Juli 1840 (Präj. Nr. 884. b.) in den Erg. zum A. L. R. I. 14. §. 177. Zus. 2.

Vergl. das E. R. des Min. des Königl. Hauses v. 20. Febr. 1841. (M. Bl. d. i. V. 1841 S. 146 Nr. 217.)

§§. 610. 631. 646. Es muß eine ausdrückliche Aufforderung zur Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgen, um die im §. 610. bestimmte zweimonatliche Verjährungsfrist zu begründen, und eine gelegentliche Bekanntmachung des erfolgten Verkaufs kann demjenigen, welcher das Vorkaufsrecht ausüben will, nicht entgegen gesetzt werden; vielmehr ist in diesem Falle das Recht nur der gewöhnlichen Verjährung unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Sept. 1838. (Präj. Nr. 605.) (Präj. Samml. S. 120.)

§. 614. Die Bekanntmachung muß durch die Amtsblätter der Provinz erfolgen. (G. v. 21. Dec. 1849, G. S. S. 441.)

§. 615. Bei gerichtlichen Verkäufen unbeweglicher Sachen ist der Vorkaufsberechtigte auf die im §. 9. der Subhast. V. v. 4. März (G. S. S. 39) vorgeschriebene Art von dem Bietungstermine zu benachrichtigen.

§§. 615. 616. Ueber die Berechtigung des Vormundes zur Ausübung des seinem Pflegebefohlenen zustehenden Vorkaufsrechtes bei gerichtlichen Verkäufen ohne Vorlegung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. in den Erg. zum A. L. R. II. 18. §§. 238., 239.

§. 616. 1) R. v. 26. Juni 1820. Der Vorkaufsberechtigte braucht sich erst dann zu erklären, wenn ihm der vollständige Vertrag über die Veräußerung des ihm verpflichteten Grundstücks vorgelegt ist, und kann der Verkäufer demnächst nichts in den Bedingungen des Kontrakts ändern. Der Eigenthümer muß daher mit seiner Erklärung über den Zuschlag vorangegangen sein.

(Jahrb. Bd. 15. S. 274, Gräff Bd. 1. S. 112.)

2) Hat das Vorkaufsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts (§. 570. h. t.), alsdann bezieht sich der im §. 616. angedrohte Verlust desselben nur auf den eben vorliegenden Veräußerungsfall und ist ein gänzliches Erlöschen des Rechts darunter nicht zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1840. (Präj. Nr. 880.) (Präj. Samml. S. 120.)

§§. 618. 626. Die Vorschrift des §. 618., der zufolge der Verkäufer und der erste Käufer, so lange der Vorkaufsberechtigte sich über die Ausübung seines Rechts nicht erklärt hat, mit gegenseitiger Einwilligung von dem Kaufe wieder zurücktreten können, findet keine Anwendung, wenn der Kauf durch die Uebergabe an den Käufer vollzogen worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Sept. und 3. Okt. 1853. (Präj. Nr. 2477.)

Der §. 618., welcher nur von dem Rücktritt vom Kaufe spricht, läßt sich schon nach allgemeinen Grundsätzen auf den Fall der bereits erfolgten Uebergabe nicht beziehen. Dies erhellt aber auch aus den §§. 626. ff., welche dem Vorkaufsberechtigten das Rückforderungsrecht gegen den Käufer, bei einem gesetzlichen oder dinglichen Vorkaufsrechte unbedingt, bei einem persönlichen Vorkaufsrechte wenigstens dann zusprechen, wenn der Käufer in bösem Glauben war. Der Gesetzgeber ist hiernach offenbar davon ausgegangen, daß der Vorkaufsberechtigte vor Konsummation des Kaufvertrages durch die Uebergabe zur Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgefordert und ihm überlassen werden müsse, statt des Käufers in den Kaufvertrag einzutreten. Hierauf bezieht sich der §. 618. und ist eben deswegen, wohin auch die Interpretation seiner Worte führt, von dem Rücktritt von einem durch Uebergabe noch nicht konsummirten Vertrage zu verstehen. Von dem ferneren Fall, wenn der Verkäufer seiner Pflicht, den Vorkaufsberechtigten vor Konsummation des Vertrages von dessen Abschluß in Kenntniß zu setzen, nicht nachgekommen ist, handeln erst die §§. 628. ff. Der Vorkaufsberechtigte kann alsdann nicht mehr das Vorkaufsrecht im eigentlichen Sinne ausüben, d. h. nicht mehr in den geschlossenen Kauf als Käufer eintreten, worüber die vorhergehenden §§. Bestimmungen treffen. Er kann vielmehr nur noch ein Rückforderungsrecht gegen den neuen Miteigenthümer geltend machen und dieses Recht soll ihm, weil der Kauf als solcher gar nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, gegen den Käufer und neuen Miteigenthümer, — bei einem persönlichen Vorkaufsrechte jedoch nur dann, wenn derselbe in bösem Glauben war, — innerhalb der gesetzlichen Fristen unbedingt zustehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 38, Entsch. Bd. 26. S. 335.)

§§. 626—643. Befugnisse des Berechtigten nach erfolgter Uebergabe an einen Dritten.

§. 639. Vergl. die Bemerkungen von Suarez zum §. 639. in der Schlußrevision, woraus hervorgeht, daß der Berechtigte hiernach auf die Früchte, bis zur Rückforderung, keinen Anspruch hat.

(Jahrb. Bd. 41. S. 61.)

§§. 640—643. Schadensersatz wegen verweigerter Anerkennung des Vorkaufsrechts kann der Berechtigte von dem Verpflichteten nur dann und nur in soweit fordern, als er nachzuweisen vermag, daß die Sache, vom Zeitpunkte der geschehenen gerichtlichen Bekanntmachung des Vorrechts an, eine Verschlimmerung ihrer Substanz erlitten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1846.

In Ansehung der Früchte und Nutzungen, vom Ablaufe des Wirthschaftsjahrs, in welchem die Bekanntmachung geschehen ist (§. 643), kann bei streitigem Vorkaufsrechte erst durch rechtskräftiges Urtel die Verpflichtung des Verklagten zur Herausgabe der Substanz eintreten, und der Kläger also erst von diesem Zeitpunkte die Sache mit ihren Früchten verlangen. Denn der §. 643. setzt, da der vorhergehende, mit ihm im genauesten Zusammenhange stehende §. 642. auf den §. 640. zurückweist, einen solchen Käufer voraus, welchem es aus dem Hypothekenb. oder sonst schon beim Abschlusse des Vertrags bekannt war, daß die Sache mit einem Vorkaufsrechte belastet sei.

(Entsch. Bd. 14. S. 378.)

§§. 644—649. Verlust des Rückforderungsrechts.

§§. 644. sqq. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes ist nicht, gleich der Erklärung darüber, an eine Frist gebunden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Aug. 1846.

Hat der Vorkaufsberechtigte von dem Besitzer der dem Vorkauf unterworfenen Sache, nach §. 644. l. c. eine Aufforderung zur Ausübung des Vorkaufs- und Rückforderungsrechts erhalten, und erklärt er sich — seiner Verbindlichkeit gemäß (§. 645.) — dahin, daß er das Recht ausüben will, so entsteht aus der Annahme des Antrages nun auch ein obligatorisches Verhältniß zwischen ihm und dem Besitzer der Sache. Verzögert er die Erfüllung seiner Obliegenheiten, so hat der Besitzer die Wahl, entweder die Uebergabe der Sache zu suspendiren, oder den Vorkaufsberechtigten, welcher durch seine Erklärung es übernommen, in die Rechte und Verbindlichkeiten des ersten Käufers zu treten, und ihn zu entschädigen, auf Erstattung des Gezahlten, gegen Uebernahme der Sache, in Anspruch zu nehmen. Jedenfalls ist in den Gesetzen nicht ausgesprochen, daß diese Erstattung innerhalb derjenigen Frist erfolgen müsse, welche in den §§. 610. u. 645. zur Erklärung resp. über die erste Benachrichtigung vom Kaufe von Seiten des Verkäufers, oder über die Aufforderung von Seiten des dritten Besitzers, zur Ausübung des Rückforderungsrechtes vorgeschrieben ist. Bei dem Ausbleiben der Erklärung über die Ausübung des Rechtes läßt sich ein Verzichten auf dasselbe annehmen, weil das Gesetz eine Verpflichtung zur Erklärung feststellt (§§. 609., 610., 645.); nachdem aber der Wille ausgesprochen worden, von dem Rechte Gebrauch zu machen, könnte nur dann ein Gleiches angenommen werden, wenn über den Zeitraum der Ausübung des Rechtes selbst eine ausdrückliche Bestimmung getroffen wäre, welche jedoch mangelt. Die Disposition des §. 632. l. c., wonach der Berechtigte die Kaufgelder bei der Uebergabe zu erstatten hat, begründet das Recht des Besitzers der Sache, nur gegen diese Zahlung die Uebergabe zu leisten, bestimmt aber nichts über das Präjudizirliche der Nichtleistung bei offerirter Uebergabe.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 31.)

§. 645. Statt: »§. 603.« ist zu setzen: »§. 608.«

(Ziehm's Druckfehlerverzeichniß.)

§§. 650—657. Vorkaufsrecht unter Nachbarn.

§. 650. Auch das nach Provinzialrechten stattfindende Nachbarrecht ist jetzt durch das Ablös. G. v. 2. März 1850 §. 2. Nr. 6. und §. 4. abgeschafft. (Vergl. in den Erg. zu den §§. 568. sqq. h. t.)

§§. 651—656. Diese §§. sind beseitigt durch den §. 2. Nr. 6. und den §. 4. des Ablös. G. v. 2. März 1850.

(Vergl. in den Erg. zu den §§. 568. sqq. h. t.)

Einundzwanzigster Titel.

Von dem Rechte zum Gebrauche oder Nutzung fremden Eigenthums.

Grävell, die Lehre vom Nießbrauch, Miethe und Pacht nach Preuß. Rechte. gr. 8. Halle 1820.

Versuch einer Uebersicht der Lehre von den Rechten auf fremdes Eigenthum in Titel 18—23. des ersten Theils des A. L. R. (in Siewert Hft. 3. S. 9—42).

§. 1. Auch das Recht auf den Gebrauch eines Kirchensitzes kann als vererbliches Recht durch Verjährung erworben werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. März 1856.
(Entsch. Bd. 32. S. 40, Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 291 Nr. 73.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 11. §. 681.

§. 2. Betreffend die Bedeutung der Worte: »so weit«.

Rintelen nimmt an, daß diese Worte so viel bedeuten, als »so lange«, also sich auf die Zeit beziehen, und spricht dem Nutzungsberechtigten eine dingliche Klage, und namentlich dem Nießbraucher die actio confessoria ab. Wenn es nämlich gleich den Anschein gewinne, als habe das A. L. R., ganz gleich dem Röm. Rechte, allen dinglichen Rechten auch eine actio in rem zuschreiben wollen, so sage doch der §. 137. zu viel. Man müsse unterscheiden zwischen dinglichen Rechten auf die Substanz einer fremden Sache, z. B. Pfand-, Retentions- und Wiederkaufsrecht, und zwischen solchen dinglichen Rechten, die bloß auf den Gebrauch und die Nutzung einer fremden Sache gerichtet sind, z. B. Nießbrauch, Erbpacht, Miethe, Zeitpacht, Kommodat und Prekarium. Mit jenen sei eine actio in rem verbunden, womit der Berechtigte die Sache, auch wenn sein Besitz rechtlich aufgehoben und auf einen Dritten übergegangen wäre, eben von diesem Dritten reklamiren könne. Mit den Rechten der letzteren Art sei diese Wirkung nach §§. 2. ff. h. t. nicht verknüpft. (Jahrb. Bd. 30. S. 105 ff.)

Gegen diese Ansicht ist zuerst v. Rönne aufgetreten, indem er bemerkt, daß nach §§. 131. A. L. R. I. 2. nur zur Erwerbung, keineswegs aber zur Erhaltung und Fortdauer des einmal objektiv-dinglichen Rechts der Besitz verlangt werde. Der im §. 2. h. t. gebrauchte Ausdruck: »so weit« werde ganz willkührlich mit »so lange« übersetzt; es habe nur gesagt werden sollen, daß das dingliche Recht nicht weiter gehe, als die Einräumung des Besitzes sich erstreckt habe (A. L. R. I. 9. §. 666.; 20. §. 28.) Dieser §. schärfe nur die früheren Bestimmungen wegen der wesentlichen Abänderungen des Röm. Rechts, die hinsichtlich der Pacht und Miethe dadurch eintreten, nochmals ein. Nur in sofern das dingliche Recht dem dritten Erwerber bei der Besitzergreifung nicht bekannt gewesen, erlösche dasselbe, könne dagegen mit einer actio in rem geltend gemacht werden, wenn der Dritte davon Kenntniß gehabt, welche letztere unbedingt angenommen werden müsse, wenn sich der Berechtigte zur Zeit der von einem Dritten geschehenen Besitzergreifung der Sache noch im Besitze des Rechtes befunden.
(Klein's System 2. Ausg. Bd. 1. S. 77 Anm. 2.)

Schröter dagegen schreibt dem Nutzungsberechtigten eine dingliche Klage zu, weil der den Gebrauchs- und Nutzungsrechten beigelegte dingliche Charakter eine solche mit sich bringe.
(J. Z. 1832 S. 1085, und Civ. Verf. S. 47 ff., 68 ff.)

Thöne tritt der Schröter'schen Ansicht bei, da aus der entgegengesetzten folgen würde, daß die dingliche Wirkung den Berechtigten gerade in dem entscheidenden Momente verlasse, wo sie in Kraft treten solle. Man habe bei Redaktion des A. L. R. keinen Grund gehabt, auch in dieser Hinsicht von dem Röm. Rechte abzuweichen. Durch die in dem §. 123. h. t. und in den §§. 169., 170. Tit. 7. gebrauchten Ausdrücke: »so lange das Recht selbst dauert«, und »so lange sein Besitzrecht dauert«, habe gerade dem Mißverständnisse vorgebeugt werden sollen, daß das alte Recht in Betreff der actio in rem durch die neue Theorie von den dinglichen Rechten aufgehoben, und nicht bloß die Erwerbung, sondern auch die Fortdauer des dinglichen Rechts von dem Fortbestehen seiner ursprünglichen Bedingung — des Besitzes — abhängig gemacht worden sei.
(Fundamentallehren Bd. 1. Abtheil. 1. S. 202 ff.)

Bornemann bemerkt:

a) in Betreff der Ansicht v. Rönne's, wie unter der Voraussetzung, daß ein dingliches Recht gegen dritte Erwerber der Sache bloß dann geltend gemacht werden könne, wenn sich der Berechtigte zur Zeit der Uebergabe an den Dritten in dem Besitze des Rechtes befunden, oder der Dritte von dem Dasein dieses Rechts Kenntniß gehabt habe, auch jedes persönliche Recht gegen dritte Erwerber verfolgt werden könne; jene Ansicht weiche also im Wesentlichen von der Rintelen's (der den Nutzungsrechten die dingliche Klage abspricht) nicht ab, sondern dehne diese Regel auch auf die Rechte, welche die Substanz affiziren, aus.

b) Gegen die Schröter-Thöne'sche Ansicht, wie für dieselbe nur das Hauptargument stehen bleibe, daß das Gesetz den Verlust des Besitzes unter die Aufhebungsarten der dinglichen Rechte überhaupt, und der dinglichen Nutzungsrechte insbesondere nicht aufzähle. — Indessen scheine rücksichtlich der letzteren die Ansicht, daß mit dem Verluste des Besitzes auch der des dinglichen Rechts eintrete, durch §§. 2., 5. h. t. bestätigt zu werden. Denn der §. 2. lasse sich kaum anders verstehen, als daß der Berechtigte den Besitz der in Rede stehenden Sache, zur Zeit der Erwerbung Seitens eines Dritten, noch wirklich haben müsse, indem sonst das Prädikat »befindet« nicht passen würde, sondern die Worte »in den wirklichen Besitz gesetzt worden« hätten gebraucht werden müssen, wenn die actio in rem des Nutzungsberechtigten lediglich von der Einräumung des Besitzes hätte abhängig sein sollen. Auch habe man die Worte: »Nutzungsrechte, die weder mit dem Besitze der Sache verbunden« nicht füglich anwenden können, wenn nicht auf die Verbindung mit dem Besitze, sondern nur auf die einmal stattgefundene Einräumung des Besitzes Gewicht zu legen gewesen wäre. Der Grundsatz, daß die fortdauernde äußere Erkennbarkeit wesentliche Bedingung der dinglichen Nutzungsrechte wie der übrigen Realrechte sei, stimme allein mit dem guten Glauben des Hypothekenbuchs, und sei rücksichtlich der Servituten in den §§. 16—22. I. 22. ausgesprochen.
(System Bd. 4. S. 254—266, 2. Ausg. Bd. 4. S. 163 ff.)

Koch nimmt an, der Ausdruck: »so weit« bedeute: »so ausgedehnt«. Die entgegengesetzte Interpretation habe gegen sich:

a) die ausdrückliche Anerkennung der Natur des dinglichen Rechtes, welches durch den Verlust des Besitzes nicht erlöscht, vielmehr gerade sich jetzt erst wirksam zeigt;

b) den Gedankengang des Gesetzgebers, welcher im §. 1. h. t. zur Erwerbung und in den §§. 2. und 4. die Erwerbungsarten (Besitzeinräumung oder Eintragung) aufzählt;

c) die eigentliche Wortbedeutung des Ausdrucks »so weit«, welcher eine räumliche Ausdehnung bezeichne und von der Zeit in der hier vorkommenden Verbindung nicht gebraucht werde; wogegen das Präsens »befindet« um so gewichtloser sei, als der Gebrauch auch für die Vergangenheit gewöhnlich sei, wenn der Sprechende sich in die Zeit des Ereignisses als dabei gegenwärtig versetze. Der Verfasser habe sich bei dem §. 2. den Zustand zur Zeit der Rechtsverletzung gedacht.

Abgesehen von dieser grammatischen Auslegung sei der wesentliche Rechtsgrundsatz entscheidend, daß der unvollständige Besitz als solcher gegen jeden Dritten verfolgbar ist (§. 170. A. L. R. I. 7.). Damit sei dem Gebrauchs- und Nutzungsberechtigten, welcher als solcher den unvollständigen Besitz der Sache selbst hat, nicht bloß ein Schutzmittel gegen partielle Verletzungen, sondern auch die Rückforderung des entzogenen Besitzes gehende Besitzrechtsklage (actio Publiciana) gegeben (§. 4. A. L. R. I. 15.). Der §. 2. h. t. stehe mit den allgemeinen Grundsätzen des A. L. R. über die Entstehung und Wirkung eines dinglichen Rechtes, insbesondere mit dem §. 170. I. 7. und dem §. 4. I. 15. in vollkommener Uebereinstimmung. (Landr. Bd. 2. Anm. 3. zum §. 2. h. t.)

Vergl. auch Koch's Recens. des Bornemann'schen Systems in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 1838 Bd. 3. S. 728; und Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 317.

§. 6. Wer einen Usum fructum legalem hat, z. E. der Mann, der Vater rc., behält sein Recht auch gegen den dritten Uebernehmer der Sache, sobald dieser das Verhältniß, in welchem der Veräußerer mit dem Nutzungsberechtigten steht, gewußt oder doch wissen können und sollen. (Suarez amtl. Vorträge rc., Jahrb. Bd. 41. S. 58.)

Erster Abschnitt.

Vom Nießbrauche.

§§. 23—46. Rechte des Nießbrauchers.

§. 23. 1) Bei der Fassung dieser Gesetzesstelle hat man den Ausdruck: »in der Regel« getadelt, weil das Gesetz weder einen eingeschränkten Nießbrauch, noch verschiedene Arten persönlicher Servituten kenne; und es sollte dafür, meint man, heißen: »in soweit nicht vertragsmäßige Bestimmungen entgegenstehen«. Allein die Worte: »in der Regel« bilden hier nicht den Gegensatz von dem, worin etwa der Nießbraucher mit andern Berechtigten stehen könnte, sondern sie bilden den Gegensatz des §. 23. zu §§. 25. ff.

(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 52.)

Bornemann bezieht dieselben auf die Ausnahmen in §§. 25. ff., welche den Unterschied zwischen dem nutzbaren Eigenthümer und Nießbraucher begründen.

(System a. a. O. S. 466 Anm.***, 2. Ausg. Bd. 4. S. 269 Anm. 5.)

2) Wenn bei ausgeschlossener Gütergemeinschaft der Ehemann der Ehefrau sein Gut verpachtet, so sind die Gläubiger des Ehemanns befugt, wegen ihrer Forderungen auch an die während der Pachtzeit erwachsenen und ausgesonderten Gutsfrüchte sich zu halten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1849. (Präj. Nr. 2149.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 39, Entsch. Bd. 18. S. 526.)

§. 24. Vergl. Suarez Rechtfertigung dieser Vorschrift in der rev. mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 38.)

§§. 30. 31. 39. 199. 1) Die wirthschaftliche Benutzung einer Wiese zum Torfstechen ist dem Erbpächter[1]) sowohl nach landrechtlichen, als gemeinrechtlichen Vorschriften gestattet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. März 1841. (Präj. Nr. 997.) (Präj. Samml. S. 120.)

Gegen diese Ansicht vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 20. zum §. 32. h. t., wo behauptet wird, das Torfstechen sei eine die Substanz verwüstende Nutzung, weshalb der §. 39. h. t. auf den Fall mit Unrecht angewendet worden sei.

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 3. März 1854 (Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 36 Nr. 9.) in den Erg. zu den §§. 259. u. 271. h. t.

2) Der Erbpächter hat die Berechtigung, Ziegelerde zu graben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1847, weil die Ziegelerde, nach dem ordentlichen Laufe der Natur, binnen einer gewissen Zeit sich von selbst wieder ersetze.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 172 Nr. 81.)

Koch bestreitet die Richtigkeit des Entscheidungsgrundes, indem er meint, der Fall gehöre in die Annalen der Entdeckungen in der Naturgeschichte. (Landr. Bd. 2. Anm. 20. zum §. 32. h. t.)

§§. 32—36. 1) Ueber die Rechtfertigung dieser §§. vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 62.)

2) Vergl. Dr. Pfeil über die Fassung der §§. 32—36. in Gans Beitr. Bd. 1. S. 315 ff., und dagegen die Gesetzrevisoren. (Gesetzrev. a. a. O. S. 52.)

3) Der Nießbraucher eines Bauergutes darf sich das nicht in ordentlich eingetheilten und bewirthschafteten Wäldern stehende Hochholz nicht aneignen; sind die Bäume haubar, so gebühren ihm nur die Zinsen des Erlöses der verkauften Bäume.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Juni 1853, auf Grund der §§. 32—36., in Verbindung mit den §§. 30. u. 31. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 264 Nr. 55.)

§§. 37—39. 1) Durch die Bestimmung dieser §§. ist der Streit der Lehrer des gemeinen Rechts entschieden: in wiefern die Ausbeute von Bergkuxen, oder die Produkte von Stein-, Torf-, Kalk-, Mergelgruben ꝛc. zum Nießbrauch gehören oder nicht? Der in dem A. L. R. gemachte Unterschied zwischen eigentlichen Bergwerksund andern unterirdischen Produkten beruht darauf, daß Metalle und Mineralien nicht allein nicht nachwachsen, sondern auch ein Bergwerk, wenn es einmal erschöpft worden, zu gar nichts mehr nütze ist, wogegen ein Terrain, wo Kalk, Mergel, Torf ꝛc. gegraben worden, wenn auch der Vorrath erschöpft worden, doch immer noch zu etwas gebraucht werden kann.

(Suarez in den Schlußvortr., Jahrb. Bd. 41. S. 62.)

2) R. v. 5. Febr. 1798 und Entsch. der Gesetzkomm. v. 23. Jan. 1798. Nähere Bestimmung darüber: auf welche Weise dem Nießbraucher die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute zu gewähren ist.

Auf Eure unter dem 3. Mai v. J. geschehene Anfrage ertheilen Wir Euch nunmehr, nach eingezogenem Gutachten der Gesetz-Kommission, zur Resolution:

1) daß nach den Grundsätzen des A. L. R. der Pfarrer, wenn auf Pfarrländereien ein Kohlenbau betrieben wird, auf die dem Grundeigenthümer statt des sonstigen Grundkuxes in der dasigen Berg-O. beigelegte Tradde Kohlen keinen Anspruch zu machen hat;

2) daß ihm vielmehr darum nur der Nießbrauch zukommt, und ihm dieser dadurch zu gewähren ist, daß die vor dem jedesmaligen Kohlenverkauf auf die Tradde Kohlen nach Kap. 73. §. 2. der Berg-O. zu berechnenden baaren Gelder von den Kirchenvorstehern unter seiner Zuziehung zinsbar zu belegen, und dem jedesmaligen Pfarrer die Zinsen dieses Kapitals auszuzahlen sind;

3) daß, wenn die Entschädigung, welche die bauenden Gewerke dem Grundeigenthümer für das zum Bau abzutretende Terrain zu geben schuldig sind, bei Pfarrländereien nach den Vorschriften des A. L. R. auf die jährliche Abnutzung bestimmt wird, dieses jährliche Entschädigungsquantum unbedenklich dem jedesmaligen Pfarrer gebührt;

4) daß aber, wenn nach der dasigen Provinzial-Berg-O. die bauenden Gewerke den abgetretenen Grund und Boden nach einer gewissen Taxe ein- für allemal vergüten, dieses Vergütigungsquantum von den Kirchenvorstehern zinsbar untergebracht werden, und der Pfarrer sich mit den Zinsen davon begnügen muß;

5) daß es sich übrigens von selbst versteht, daß die obigen Bedingungen nur dasjenige enthalten, was stattfindet, wenn die Sache bloß nach den Gef. zu entscheiden ist, übrigens aber in jedem vorkommenden Falle zuvörderst auf den Inhalt der Vokation und was nach selbiger der Pfarrer bisher wirklich genossen hat, Rücksicht genommen werden muß.

Gutachten der Gesetzkommission.

Bei der Klevischen Regierungs-Dep. ist die Frage zur richterlichen Entsch. gekommen:

ob die nach der Klev-Märkischen Berg-O. Kap. 30. §. 3., dem Grundeigenthümer bei Kohlenbergwerken statt des Grundkuxes angewiesene Tradde Kohlen, wenn der Bau auf Pfarrländereien betrieben wird, der Kirche als Grundeigenthümerin, oder dem zeitigen Pfarrer als Nießbraucher zukomme?

In erster Instanz ist der Pfarrer mit seinem Anspruche auf die Tradde ganz abgewiesen, und ihm nur eine durch Sachverständige zu bestimmende Entschädigung wegen der entbehrten Nutzung zugesprochen worden.

Der zweite Senat der Regierung, an welchen die Sache durch App. gediehen ist, hält zwar auch dafür, daß der Pfarrer an die Substanz der Kohlen keinen Anspruch zu machen habe, ist aber der Meinung, daß in Gemäßheit dessen, was das A. L. R. I. 21. §. 37. verordnet, demselben als Nießbraucher die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Kohlenausbeute nicht streitig gemacht werden könne, findet jedoch solches in der Anwendung unausführbar und hat statt dessen eine Vertheilung der Ausbeute zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher, nach gewissen annoch zu bestimmenden Verhältnissen in Vorschlag gebracht. Die Regierung hat sich dadurch veranlaßt gefunden, um Belehrung darüber zu bitten:

auf welche Weise dem Nießbraucher nach dem Sinne des A. L. R. I. 21. §. 37. die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute gewährt werden solle?

und Ew. Königl. Maj. haben geruht, sowohl hierüber, als wegen des dahin mit einschlagenden Entschädigungspunktes die Gef. Komm. mit ihrem pflichtmäßigen Gutachten zu vernehmen.

Wir bemerken zuvörderst, daß aus der Anfrage nicht zu ersehen ist, ob der Prediger vor oder nach der Publikation des A. L. R. angenommen sei? ob das Bergwerk schon bei seiner Vokation vorhanden gewesen, oder erst während seines Dienstes neu angelegt sei. Gleichwohl kommt es auf diese Umstände sehr an. Ist der Prediger schon vor Publikation des A. L. R. angenommen, so kann dieses nicht eigentlich auf ihn angewendet, sondern er muß nach den Rechten, welche zur Zeit seiner Vokation galten, beurtheilt werden. Hat das Bergwerk schon bei seiner Vokation existirt, so ist die zu beantwortende Frage eigentlich quaestio facti, und hängt von dem Inhalte der Vokation und von demjenigen ab, was der vorige Prediger genossen hat. Indessen, da die Regierung über die Erklärung des A. L. R. zweifelhaft ist, und da sie von einer erst jetzt zu gebenden Entschädigung redet, muß man annehmen, daß das A. L.

[1]) Dies Präj. betrifft zwar unmittelbar einen Erbpächter und ist in sofern nach §. 2. Nr. 2. und §. 5. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 obsolet; allein die Entscheidung ist auf die §§. 30., 31. u. 39. h. t. gegründet.

R. Anwendung finde, und daß das Bergwerk erst nach der Vokation des Predigers angelegt oder wenigstens bis in den Pfarracker ausgedehnt sei. Dies vorausgesetzt, kann man wohl sagen, die Nutzung des Pfarrackers sei pars salarii, welches dem Prediger in der Vokation versprochen worden. Bei Erklärung eines Versprechens kommt es zuerst darauf an, was die Absicht der Kontrahenten gewesen sei; und da haben die Kontrahenten gewiß bei der Vokation nur die Absicht gehabt, die gewöhnlichen Früchte, welche aus dem Acker gezogen werden können, dem Prediger zu überlassen, aber an die ungewöhnliche ganz unbekannte Nutzung eines Bergwerks nicht gedacht. Diese Nutzung kann also auch der Prediger nicht verlangen, zumal die Berg-O. Kap. 308. die Grundkuxe ausdrücklich dem Grundherrn zueignet. Allein auch hier muß man bei der Anfrage voraussetzen, daß die Vokation so unbestimmt gefaßt sei, daß sich daraus keine Auslegungsgründe hernehmen lassen; alsdann muß man zu demjenigen, was die Ges. festsetzen, seine Zuflucht nehmen, und da sagt das A. L. R. II. 11. §. 778.: der Nießbrauch der Pfarrgüter gebührt dem Pfarrer, und Thl. I. Tit. 21. §. 37.:

> bei solchen unterirdischen Erzeugnissen, welche zu den Regalien gerechnet werden, gebührt dem Nießbraucher bloß die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute.

Nach diesen Ges. ist es klar, daß dem nießbrauchenden Pfarrer nicht die Ausbeute selbst, sondern nur die Nutzung dieser Ausbeute gebührt.

Die Unzulänglichkeiten, welche die Klevische Regierungs-Dep. bei Anwendung der mehrgedachten Gesetzesstelle anzutreffen vermeint, entstehen daher, weil die Referenten von dem Satze ausgehen, daß die Vertheilung der Ausbeute eines Kohlenbergwerks in Natur geschieht, und die Kohlen nur durch den Verbrauch genutzt werden können. Dieses scheint ihnen mit den Begriffen von Nießbrauch, welcher nur salva substantia auszuüben ist, nicht vereinbarlich zu sein, da, wenn auch die Kohlen zu Gelde gemacht würden, solches doch in den mehrsten Fällen für den Nießbraucher von keinem Nutzen sein würde, weil die Kohlentradde öfters nur sehr unbedeutend ausfallen dürfte, und also das aus dem Verkaufe zu lösende Geldquantum als zinsbares Kapital nicht unterzubringen sein würde.

Alle diese Schwierigkeiten fallen aber zugleich mit dem ganz irrig angenommenen Satze der Naturalvertheilung der Ausbeute, welche bei Kohlenbergwerken gar nicht stattfindet; indem vielmehr Kap. 73. §. 2. der Klevischen Berg-O., wo von Berechnung des landesherrlichen Zehnten die Rede ist, das klare Gegentheil verordnet und befohlen wird, daß alle Kohlen, sobald die Interessenten zur Kohlenforderung gelangen, verkauft und sodann von dem summarischen Geldbetrage aller verkauften Kohlen der Zehent an die K. Zehentkasse berechnet werden soll. Die hier in Rede stehende Kohlentradde macht davon keine Ausnahme, sondern ist unter dem ganzen zum Behuf der Zehentrechnung zu verkaufenden Kohlenbestande mitbegriffen, welches daraus folgt, daß nach §. 30. §. 3. der Berg-O. auch von dieser der Zehent gegeben werden muß. Es sind also weder Kohlen, noch zinsbare Kapitalien, welche den Gegenstand dieses Nießbrauchs ausmachen, sondern baares Geld, welches dem Nießbraucher, als die zum Eigenthumsantheile gehörige Ausbeute, zum selbst beliebigen Gebrauche und Nutzung zu überlassen sein würde. Indessen scheint es uns bedenklich zu sein, dem Pfarrer die Ausbeute in die Hände zu geben. Soll dies ohne Kaution geschehen, so wird die Kirche Gefahr laufen, die Ausbeute zu verlieren. Soll der Pfarrer Kaution leisten, welcher Pfarrer wird dazu im Stande sein? Wie will man das Kautionsquantum bestimmen, da man nicht weiß, wie lange der Pfarrer im Dienste bleibt, und die Ausbeute nicht alle Jahre gleich ist? Oder soll alle Jahre eine neue Kaution bestellt werden? rc. Um diese Schwierigkeiten zu heben, scheint es uns am besten zu sein, wenn die Kirchenvorsteher die Ausbeute in Empfang nehmen, solche zinsbar unterbringen, und dem Pfarrer jährlich die Zinsen auszahlen. Den Pfarrer wird der Eigennutz schon antreiben, Gelegenheit zur zinsbaren Unterbringung zu verschaffen; und wenn die Geringfügigkeit der Ausbeute dies verhindert, so muß er bedenken, daß solche eine außerordentliche Einnahme, worauf er nie gewisse Rechnung gemacht hat.

Der zweite Gegenstand des uns zugefertigten Ber. betrifft die Entschädigung, welche die bauenden Gewerke dem Gutsbesitzer und Grundeigenthümer für das zum Betriebe des Werkes abgetretene Terrain, sowohl nach der Klevischen Berg-O. Kap. 1. §. 9., als nach dem A. L. R. II. 16. §§. 112. ff. zu leisten verpflichtet sind, und die Regierung stellt dabei folgende drei Fragen zur Entsch. auf:

1) ob der Nießbraucher auf die nach dem A. L. R. II. 16. §§. 112. ff. von dem Bergbauenden zu leistende Entschädigung Anspruch machen könne, wenn die Veranlassung dazu während der Dauer des Nießbrauchs eingetreten ist?
2) Was der Nießbraucher alsdann zu genießen habe, wenn die Entschädigung ein- für allemal gegeben wird?
3) Ob zu der §. 114. a. a. O. zu treffenden Vereinigung über das Entschädigungsquantum auch der Nießbraucher zugezogen werden müsse?

Ad 1. hält es die Klevische Regierung selbst für unbedenklich, daß die Entschädigung nicht dem Eigenthümer, sondern dem Nießbraucher zukomme, und es liegt auch in der Sache selbst, daß auf Entschädigung, welche für entzogene Nutzung geleistet wird, kein Anderer als derjenige Anspruch zu machen habe, welchem die Nutzung entzogen ist. Unseres Dafürhaltens macht es keinen Unterschied, ob die Veranlassung zur Entschädigung allererst während der Dauer des Nießbrauchs eingetreten ist, oder ob sie schon vorhanden war, und würden wir solche auch in dem letzten Falle dem Nießbraucher zuerkennen, sofern der Konstituent des Nießbrauchs bei Bestellung desselben nicht ein Anderes festgesetzt hat. Und die Entschädigung, welche die bauenden Gewerke dem Eigenthümer leisten, ein Surrogat der Nutzung für den ihnen abgetretenen Theil des Terrains ist, so muß selbige auch bei einem ohne Restriktion konstituirten Nießbrauche demjenigen gelassen werden, welchem die Nutzung des ganzen Terrains verliehen worden ist.

Ad 2. et 3. ist in dem §. 113. der angezogenen Stelle des A. L. R. die Art, wie die Entschädigung zu leisten sei? dahin mit deutlichen Worten vorgeschrieben worden, »daß die auszumittelnde jährliche Nutzung in jedem Jahre so lange vergütet werden soll, bis der Boden wieder in solchen Stand gesetzt ist, daß er gehörig genutzt werden kann«; und wenn diese Entschädigung nicht dem Eigenthümer, sondern dem Nießbraucher zukommt: so folgt von selbst, daß von diesem gesetzmäßigen und der Sache so sehr angemessenen modo indemnisationis ohne Einwilligung des Nießbrauchers nicht abgegangen werden kann. Ist dieser zu einer Abfindung per aversionem geneigt, so kann der Vergleich sich doch nicht über die Dauer seines Nießbrauchs erstrecken, und dabei hat der Grundeigenthümer gar nicht mitzusprechen. Soll die Aversional-Abfindung sich über die Dauer des Nießbrauchs hinaus erstrecken; so würde zu einem solchen Vergleiche nicht nur des Nießbrauchers, sondern auch des Eigenthümers Zustimmung erforderlich sein, und es alsdann bei demjenigen, was der Vergleich mit sich bringt, sein Bewenden haben.

So würde die Sache zu beurtheilen sein, wenn man annehmen könnte, daß die Clev-Märkische Berg-O. durch das A. L. R. abgeschafft sei. Allein diese Berg-O. ist ein Provinzialgesetz, welches durch das A. L. R. nichts von seiner Kraft verliert. Dieselbe verordnet Kap. 1. §. 9.:

Die Gewerke sollen den Ort, wo sie schürfen, einschlagen, eine Halde stürzen und beschütten, und da sie den Ort zum Bergwerk behalten wollen, denselben taxiren lassen, und nach Proportion dessen, was an Nutzung davon einzunehmen gewesen, nach Billigkeit und Erk. der Bergoffiziere dem Eigenthümer zu bezahlen schuldig sein. Auf die Befolgung dieser Vorschrift werden die Gewerke bestehen, sich von dem Pfarrer keinen jährlichen Kanon aufdringen lassen, sondern ein- für allemal die Taxe des Erk. der Bergoffizianten und die Abfindung des Eigenthümers verlangen. Auf die Einwilligung des Pfarrers kann es hierbei gar nicht ankommen, daher wir die aufgeworfenen Fragen dahin beantworten würden:

> daß, so lange die Klev-Märkische Berg-O. durch das Provinzialgesetzbuch nicht aufgehoben worden, der Pfarrer sich der Vorschrift dieser Berg-O. Kap. 1. §. 9. unterwerfen, das ausgemittelte Entschädigungs-Quantum von den Kirchenvorstehern zinsbar untergebracht werden, und der Pfarrer sich mit den Zinsen davon begnügen müsse.

Wir stellen jedoch Ew. Königl. Majestät höherem Ermessen allerunterthänigst anheim, ob die Referenten hiernach, oder wie sonst zu bescheiden sein dürften.

(Stengel's Beitr. Bd. 6. S. 174, Rabe Bd. 5. S. 28.)

3) Dem Nießbraucher eines Bergwerkseigenthums gebührt nur der Zinsgenuß von der verwertheten Ausbeute, nicht die Ausbeute selbst. In der Grafschaft Werden existirt keine dem entgegenstehende Observanz.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Jan. 1846. (Präj. Nr. 1686.)

Die Vorschriften der §§. 30., 37., 38. h. t. sind unter Bezugnahme auf den amtlichen Schlußbericht von Suarez S. 62 dahin gedeutet, daß sie sich nur auf den Fall bezögen, wenn an dem Grund und Boden, auf welchem ein Bergbau betrieben werde, ein Nießbrauch bestellt worden, nicht aber auf den Fall, wenn ein Bergwerksantheil für sich allein Gegenstand des Nießbrauchs sei. Im ersten Falle solle der Nießbraucher bloß die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute haben, in dem zweiten Falle gebühre ihm aber unbedenklich die Ausbeute selbst. Letzteres sollen auch die Vorschriften §§. 29., 37—39. unterstützen. (Bornemann's System 2. Ausg. S. 271, Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 53.) Allein diese Gesetzauslegung kann für richtig nicht gelten. Die ausgehobenen §§. 37., 38. sprechen im Gegensatze von §. 39. mit dürren Worten vom Nießbrauche bei solchen unterirdischen Erzeugnissen, welche zu den Regalien gehören. Das Bergregal besteht nicht in dem Rechte des Staates, gewisse Nutzungen von der Gewinnung der Mineralien zu ziehen oder Abgaben davon zu erheben, sondern in dem vollen und freien Eigenthume der unter der Oberfläche vorkommenden und dem Hoheitsrechte vorbehaltenen Mineralien. (Karsten's Grundriß des Deutschen Bergrechts §. 14.) In Folge der Freierklärung des Bergbaues (A. L. R. II. 16.) kann daran in den vorgeschriebenen Formen durch Verleihung des Staates ein Privateigenthum erworben werden. Dieses besteht in dem Rechte, die in dem verliehenen und zugemessenen Felde befindlichen Mineralien oder unterirdischen Erzeugnisse

zu gewinnen und sich anzueignen. Durch die Ausübung desselben erlangt jedoch der Beliehene erst ein reelles Eigenthum; denn ein nicht im Bau gehaltenes Bergwerk fällt in das landesherrliche Freie zurück. In den so gewonnenen Mineralien besteht die Ausbeute, als alleinigem Produkte der Rechtsausübung, von der das Recht selbst hier abgesondert ohne Gegenstand erscheint, und als ein für sich nutzbares nicht gedacht werden kann. Es ist daher auch nicht an einem solchen Rechte, sondern nur an der Ausbeute, als der wirklichen Substanz des Bergwerkseigenthums, ein Nießbrauch gedenkbar. Der Grund dieses Verhältnisses ist in der Beschaffenheit der Bergwerke und deren Betriebes zu finden. Nach unserer Bergwerksverfassung geht die gemuthete Lagerstätte auf obige Weise in das Eigenthum der Gewerken über, damit die darin vorkommenden Erze gewonnen und zum Gebrauche zubereitet werden. Die Mineralien können nicht für Früchte eines Grundstücks, welche jährlich oder überhaupt jemals wieder nachwachsen, gehalten werden, sondern die Ausbeute ist ein Surrogat der zu Gelde gemachten Substanz, welche dem Nießbraucher nicht zukommt. Da das Recht des Letztern der Regel nach temporär ist, so würde aus der gegentheiligen Meinung auch die Inkonsequenz folgen, daß der Usufructuar, je nachdem es fällt, die ganze Substanz allein beziehen, der Eigenthümer aber den Schaden und Kostenaufwand haben würde, welches sich mit den Grundsätzen des Nießbrauchs nicht zusammenreimen läßt. Der Nießbraucher kann daher die Ausbeute, welche nach Beschaffenheit der Grubengebäude sehr beträchtlich, aber auch unbedeutend sein kann, bloß für ein Kapital ansehen, von welchem ihm die Zinsen zukommen. — Die Herleitungen aus der in §§. 37. u. 38. h. t. vorausgesetzten Regalität der unterirdischen Erzeugnisse und aus der Natur des Bergwerkseigenthums führen allein zum richtigen Verständniß dieser Gesetzstellen. Es wird hiernach klar, daß darin nicht der Grundeigenthümer, sondern der Bergwerkseigenthümer dem Nießbraucher gegenübergestellt ist. Nur über den Gegenstand des Nießbrauchs an einem Bergwerkseigenthum disponirt der §. 37., und bezeichnet die auf das Eigenthumsantheil fallende Ausbeute als die nutzbare Substanz. Dem Grundeigenthümer stehen als solchem an den unterirdischen, der Regalität unterworfenen Erzeugnissen gar keine Rechte zu. Bergwerkseigenthum muß er wie jeder Andere vom Staate mittelst dessen Verleihung, oder als ein schon verliehenes erwerben; und der ihm gebührende Grund- oder Erbkux ist durch die legale Erwerbung eines Grubeneigenthümers vom Staate bedingt. — Gleich klar spricht ferner §. 38. nicht vom Grundeigenthümer, sondern vom »Eigenthümer« des Bergwerks, und legt ihm konsequent die Tragung der Zubuße auf, welche hier nicht eine gewöhnliche Last der dem Nießbrauch unterworfenen Sache ist, sondern diese erst zur Existenz bringt. Auf die Zubuße passen daher auch die Vorschriften des A. L. R. l. c. §§. 37—39. gar nicht. — Mit vorstehender Gesetzauslegung kommt das Gutachten der Gesetz-Komm. v. 23. Jan. 1798 überein.

(Präj. Samml. S. 120, Entsch. Bd. 12. S. 463.)

Abweichend hiervon sind die Gesetzrevisoren der Ansicht, daß der Nießbraucher eines Bergwerksantheils die Ausbeute, und nicht bloß die Nutzung der Ausbeute bekommt.

Der §. 37. spricht offenbar, seiner Fassung nach, nur von dem Nießbrauche an demjenigen Grund und Boden, welcher zum Bergbau in Anspruch genommen wird. Sollte dagegen der Nießbrauch an irgend einem Bergwerksantheile bestellt sein, so würde wohl Niemand bezweifeln, daß dem Nießbraucher die Ausbeute gebühre, gleich wie bei allen andern gemeinschaftlichen Unternehmungen zum Nießbrauch einer Aktie ausgemacht die darauf fallende Dividende gehört. Dieser Auslegung kann man jedoch nicht ohne anscheinenden Grund den §. 38. entgegensetzen. Denn, wozu diese Bestimmung? wird man fragen, wenn sich der §. 37. nur auf den Nießbrauch an Grund und Boden beziehen soll, da vom Erbkux ohnedies niemals Zubuße entrichtet wird? — Der §. 38. ist inzwischen wohl nur durch ein Versehen veranlaßt; der gedr. Entw. hatte statt des §. 37. folgende zwei §§.: §. 25. Unterirdische Erzeugnisse, welche zu den Regalien gehören, werden in der Regel nicht zum Nießbrauch gerechnet. §. 26. Wohl aber gebührt dem Nießbraucher die Nutzung der davon gewonnenen Ausbeute. — Zu demselben bemerkt Suarez in der rev. mon.: Einige Monenten wollen dies zwar nicht gelten lassen, sondern die Ausbeute dem usus fructuario zueignen. Das ist aber wider alle Theorie. Die Erze sind ein Theil der Substanz, die durch ihre Absonderung vermindert wird, und sie wachsen nicht nach. Ibidem: Wenn der Eigenthümer die Ausbeute erhält, so muß er auch den Zuschuß tragen. Doch ist er berechtigt, solchen hauptsächlich aus der Ausbeute zu nehmen, wenngleich der usus fructus des Nießbrauchers dadurch vermindert wird. — Darauf sind die oben angeführten §§. des Entwurfs in dem §. 37. h. t. zusammengezogen und der §. 38. ist beigefügt worden, indem man nicht daran gedacht hat, daß der Grundeigenthümer wohl an der Ausbeute, vermöge des ihm gebührenden Erbkuxes, participire, aber keine Zubuße entrichte. In unserm Vorschlage ist der §. 38. weggeblieben und der §. 37. beinahe in der Weise wiedergegeben, wie ihn der gedr. Entw. zum Gesetzb. gab (§§. 36. u. 38. d. E.). Durch die vorgeschlagene Fassung wird es zugleich klar, daß hier nur von dem Nießbrauche an Grund und Boden, welcher zum Zweck des Bergbaues in Anspruch genommen wird, die Rede sein soll. Von dem Nießbrauch an einem Bergwerksrecht kann alsdann ebensowohl, als von dem Nießbrauch an einer Aktie zu irgend einer gemeinschaftlichen Unternehmung füglich geschwiegen werden. Die richtige Entscheidung wird sich aus dem §. 29., verglichen mit §§. 87—89. h. t., schon von selbst ergeben.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 53.)

Hiermit stimmt auch Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 271) überein.

Sommer ist ebenfalls dieser letztgedachten Ansicht. Er beleuchtet die Frage nach Röm., Deutsch. und Preuß. Rechte, und findet nach letzterem, daß der §. 37. h. t. keine Entscheidung gebe, deshalb also die Frage nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sei. Mit Zugrundelegung der §§. 22., 23., 30., 31. h. t. frage es sich lediglich, ob die Nutzung des verliehenen Bergregalrechts durch Entnahme der Erze und Kohlen aus dem Schooße der Erde die Substanz dieses Rechts verringere. Die Stein- resp. Kohlenmasse im Berge werde dadurch freilich verringert, das Regalrecht, das verliehene Bergwerkseigenthum aber nicht. Wenn nach §. 42. beim Nießbrauche eines ganzen Vermögens auch der volle Ertrag der dazu gehörigen Leibrenten dem Nießbraucher gehört, obgleich in jeder Jahresrente ein Theil der Substanz liegt, hier somit der Begriff der universitas, des dem Nießbrauche unterliegenden Rechtsbegriffs, durchschlägt, so werde man Aehnliches auch wohl bei den Nutzungen des verliehenen Regalrechts annehmen dürfen, zumal da diese Nutzung der jährlichen Ausbeute die nach §. 22. entscheidende Nutzungsart eines guten Hausvaters sei. (Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 82 ff.)

Koch führt aus, daß für beide Fälle, der Gegenstand des Nießbrauches mag ein Bergwerkseigenthum (Fall der Entscheidung des Ob. Trib.), oder das Grundstück, auf welchem Bergbau betrieben wird (Fall der Entscheidung der Gesetzkomm.), sein, die Entscheidung gleichlautend ausfallen müsse; allein nicht aus den Gründen des Ob. Trib., sondern weil für beide Fälle, nach dem A. L. R., gleiche Gründe gelten. Das Ob. Trib. behaupte auch gar nicht, daß zwischen beiden Fällen ein sachlicher Unterschied sei. Mögen die §§. 37. u. 38. lediglich vom Nießbrauche eines Bergwerkes oder nur von dem Nießbrauche des dem Grundeigenthümer gehörigen Freikuxes handeln, so sei die Sache, sogar der Gegenstand, ganz einerlei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 30. h. t.)

4) Der §. 37. setzt den Nießbrauch an dem Grunde und Boden, auf oder unter welchem dergleichen Regalien gefunden werden, voraus, und es ist von dem Antheile die Rede, welcher dem Grundherrn von der Ausbeute gegeben werden muß. Nach dem A. L. R. und einigen Berg-Ordnungen sind dies die sogen. Erbkuxe, nach anderen Provinzial-Berg-Ordnungen besteht er in einem bestimmten Quantum des geförderten Fossils (Tradde).

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 22. zum §. 37.)

In dieser letzteren Beziehung fragt es sich: ob der Pfarrer, als Nutznießer des Pfarrvermögens, wenn auf einem Pfarrgrundstücke Steinkohlen-Bergbau getrieben und hierfür die sogen. Tradde entrichtet wird, einen gesetzlichen Anspruch auf die Traddekohlen oder Traddegelder selbst, oder nur auf die Nutzung derselben hat?

Der I. Sen. des Ob. Trib. nimmt in dem Erk. v. 22. Jan. 1858 Letzteres an.

Die Frage: ob dem Nießbraucher resp. Pfarrer die Traddeberechtigung, welche dem seinem Nießbrauche unterworfenen Grundstücke oder dem Grundherrn eigenthümlich zusteht, durch Vereinnahmung der Traddekohlen oder der Traddegelder als ihm gebührende Nutzung zu benutzen berechtigt sei und also einen gegründeten Anspruch auf diese Traddegelder habe, ist zu verneinen, theils, weil der Ertrag der Tradde die vollständige Grundentschädigung und nicht bloß die Vergütung für den geschmälerten jährlichen Nutzungsertrag in sich begreift, mithin zur Substanz gehört, theils, weil derselbe nach dem §. 37. h. t. selbst wieder nur der Nutzung des Nießbrauchers unterworfen ist. Dadurch wird alsdann die Anwendung des §. 113. A. L. R. II. 16., welcher von der Entschädigung des Grundeigenthümers für die jährliche Abnutzung des zum Bergbau hergegebenen Bodens handelt, so wie die §§. 22. u. 23. h. t., welche den Begriff des Nießbrauchs und die Regel wegen der Berechtigung des Nießbrauchers auf die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Nutzungen ausdrücken, von selbst ausgeschlossen. Es wird zwar eingewandt, der §. 37. h. t. passe nicht hierher, da er, wie in dem Erk. v. 22. Jan. 1846[1]) ausgeführt sei,

[1]) Vergl. ob. Zus. 5. ad h. l.

nur über den Gegenstand des Nießbrauches an einem Bergwerkseigenthum disponire, keinesweges aber von dem Falle rede, wenn Jemandem der Nießbrauch an einem Grundstücke zustehe, welches eine Gewerkschaft im Besitz habe und für welches daher von der Gewerkschaft die s. g. Tradde entrichtet werde. Jene Entscheidung steht indeß dieser Ansicht keinesweges zur Seite. Es ist dort die dem §. 37. vielfach gegebene Deutung, daß er sich gerade nur auf den Fall, wenn an dem Grund und Boden, auf welchem ein Bergbau betrieben werde, ein Nießbrauch bestellt worden, nicht aber auf den Fall beziehe, wenn ein Bergwerksantheil für sich allein Gegenstand des Nießbrauchs sei, als eine unhaltbare Unterscheidung dargestellt und ausgeführt worden, daß die Vorschrift des §. 37. auch im letzteren Falle, und mithin in beiden Fällen anwendbar sei. (Entsch. Bd. 37. S. 159.)

Vergl. über die Frage auch, insbesondere mit Rücksicht auf die Kleve-Märkische Berg-Ordnung v. 29. April 1766 Kap. 30. §. 3., das (die Frage indeß nicht direkt entscheidende) Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 11. Dec. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 86 Nr. 27.)

§. 39. R. der Min. der Fin. und des Inn. v. 14. Nov. 1817. In den Provinzen, wo der Bernstein kein Regal ist, gehört der gefundene Bernstein dem Nießbraucher.

(v. K. Annal. Bd. 1. Hft. 4. S. 64.)

§. 42. 1) Von den zu einem ganzen Vermögen gehörigen unausgeloosten Seehandlungs-Prämienscheinen hat der Nießbraucher bei der nach Beendigung des Nießbrauches stattfindenden Auseinandersetzung nichts zu fordern. Die Differenz zwischen dem Kourse zur Zeit des Anfanges und zur Zeit der Beendigung des Nießbrauches kann nicht als Nutzung in Anspruch genommen werden, weil dergleichen Prämienscheine keine zinstragenden Kapitalien im Sinne des §. 170. h. t. sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 133 ff.)

Koch ist derselben Ansicht; ein solches Aktivum sei ein aus sich selbst wachsendes Kapital, welches keine Nutzungen abwirft.

(Landr. Bd. 2. Anm. 26. zum §. 42. h. t.)

Gegen diese Ansicht vergl. Dr. Sommer in Ulrich's Arch. Bd. 10. S. 133 ff.

2) In wiefern sind Renten aus einer Renten-Versicherungsanstalt den Leibrenten gleich zu achten?

Bornemann bemerkt, daß sich dies hauptsächlich nur nach dem Inhalte der Statuten einer solchen Anstalt beurtheilen lasse.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 271.)

In Bezug auf die Preuß. Renten-Versicherungsanstalt in Berlin führt Jung aus, daß aus dem §. 42. h. t. nicht gefolgert werden könne, daß auch die von dieser Anstalt einer Ehefrau gezahlte Rente dem Nießbrauche des Ehemannes dergestalt unterworfen sei, daß die Rente selbst in sein Eigenthum überginge.

(J. W. 1840 S. 571 ff.)

Ueber die Bedenken gegen diese Ansicht vergl. indeß Bornemann a. a. O. S. 272.

§§. 47—67. Obliegenheiten des Nießbrauchers in Ansehung der Gebäude.

1) Ueber die Rechtfertigung dieser Bestimmungen vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 62.)

2) Ueber die Verbindlichkeit der Staatsbeamten zur Unterhaltung der ihnen zum Nießbrauche eingeräumten Dienstwohnungen sind besondere Reglements ergangen.

1) Regul. v. 18. Okt. 1822 wegen Bestreitung der Unterhaltungskosten in den Dienstwohnungen der Staatsbeamten, mit Ausnahme der Forstbedienten [1]. (v. K. Annal. Bd. 7. S. 2.)

2) Regul. v. 14. Sept. 1842 wegen der den Königl. Forstbeamten obliegenden Reparaturen an den ihnen überwiesenen Dienstgebäuden [1].

(v. Rönne's Domainen-, Forst- und Jagdwesen des Preuß. Staates S. 395 ff.)

§. 47. Der Nießbraucher ist daher nicht verpflichtet, die zu seinem Nießbrauche gehörigen Gebäude bei der Feuersocietät höher versichern zu lassen, als er sie versichert erhalten hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1834.

(Simon's R. Bd. 1. S. 124.)

Vergl. die Erg. zum §. 87. h. t. Zus. 1.

§§. 48. u. **67.** Die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche bemerken über das Verhältniß der §§. 48. u. 67. zu einander, daß der §. 67., wenn man denselben in seiner ganzen Strenge anwenden wolle, mit den §§. 56—65. in Widerspruch stehen, und nach §. 48. nicht bloß eine Vermuthung zu Gunsten des Eigenthümers, sondern eine praesumtio juris et de jure zum Nachtheil des Nießbrauchers eintreten würde. Man müsse daher das Präjudiz des §. 67., um das Ganze in Einklang zu bringen, auf den Beweis beziehen, den der Nießbraucher darüber zu führen hat, daß er die gehörige Aufmerksamkeit angewandt, mithin ein Zufall nach §§. 50., 51. die Nothwendigkeit der Reparatur herbeigeführt habe. (a. a. O. S. 225.)

Bornemann hält indeß die hier versuchte Lösung des anscheinenden Widerspruchs der §§. 48. u. 67. für nicht motivirt.

Die Lösung ist vielmehr aus der den §§. 55. ff. unterliegenden Absicht — die Weiterungen, welche aus den Verwendungsforderungen des Nießbrauchers nach Röm. Recht bei der Rückgewähr entstehen, möglichst abzuschneiden — zu entnehmen. Der §. 48. bezieht sich nur auf die Verbindlichkeit des Nießbrauchers, die Gebäude wirthschaftlich zu unterhalten. Die Vermuthung des §. 48. begründet nur das Recht des Eigenthümers, die Erhaltung in gutem Bauzustande zu verlangen, wogegen jedoch dem Nießbraucher der Gegenbeweis zusteht. Der §. 67. dagegen betrifft den Fall, wenn der Nießbraucher Wiederherstellungen und Reparaturen, zu denen er vom Eigenthümer nicht gezwungen werden kann, vorgenommen hat und die vorgeschossenen Kosten nach beendigtem Nießbrauch erstattet verlangt. Die Vorschrift, daß er bei unterlassener Beschreibung hiermit nicht zu hören, hat in jener Absicht der §§. 55. ff. ihren Grund. Der Unterschied besteht also darin, daß der Nießbraucher gegen den bei unterlassener Beschreibung auf Erhaltung in gutem Stande klagenden Eigenthümer zwar die Einrede, daß er die Gebäude schlecht überkommen, nicht aber eine Gegenklage auf Einwilligung der Wiederherstellung u. s. w. anbringen kann. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 274.)

Koch bemerkt:

Der §. 67. will sagen, daß der Nießbraucher auf Grund des erwähnten Vorgebens mit der Klage gegen den Eigenthümer auf Einwilligung in die Wiederherstellung nicht gehört werden soll. Baut oder reparirt er ohne Einwilligung, so hat er schon aus diesem Grunde nichts zu fordern (§. 56.). Der §. 67. entscheidet einen ganz anderen Fall und eine andere Frage, als der §. 48. Beide Stellen widersprechen sich also durchaus nicht darin, daß die eine nur eine Vermuthung gründet, die andere aber unbedingt das Recht auf Erstattung versagt. (Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 67. h. t.)

§§. 50. u. **60. 87. 88.** R. v. 4. Juni 1808, betr. die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Tragung der Kriegskosten.

Auf Eure Anfrage v. 6. Mai c. ertheilen Wir Euch hiermit zur Resolution, daß die Anwendung der den Lehns- und Fideikommißbesitzern in der V. v. 9. Okt. 1807 §. 8. und in der K. O v. 20. Jan. d. J. erstatteten Befugnisse auf bloße Nießbraucher nicht stattfinden kann, daß aber auch aus den §§. 87., 88. Tit. 21. des A. L. R. keinesweges folgt, daß der Nießbraucher alle Kriegslasten ohne Unterschied und Einschränkungen zu tragen verpflichtet sei. Was die Kriegskontribution betrifft, so kommt es darauf an, ob sie als Vermögenssteuer oder als Einkommensteuer ausgeschrieben ist. Im letztern Falle trägt sie der Nießbraucher ohne Ersatz, im erstern Falle aber leistet er nur den Vorschuß, wie bei andern, die Substanz des Gutes betreffenden Ausgaben, und

---

[1] Dies durch die K. O. v. 3. Nov. 1822 genehmigte Regul. ist durch mehrfache Min. Erl. näher erläutert worden. Eine Abänderung des §. 2. Litt. b. desselben ist durch den Allerh. Erlaß v. 19. Juli 1853 (M. Bl. d. i. V. S. 257 Nr. 214.) erfolgt. — Ueber die Anwendung dieses Regul. auf die Justizbeamten vergl. die R. des Justizmin. v. 12. Jan. 1824 u. 9. Juni 1828 (Jahrb. Bd. 23. S. 72 u. Bd. 31. S. 279, Gräff Bd. 3. S. 149 u. 156); auf die zum Ressort des Min. des Inn. gehörigen Beamten das R. des Min. des Inn. v. 27. Aug. 1829 (v. K. Ann. Bd. 13. S. 470); auf die Steuerbeamten die C. R. des Gen. Steuerdir. v. 19. Dec. 1835 u. 20. Juli 1836 (v. K. Ann. Bd. 19. S. 947 u. Bd. 20. S. 563); auf die zum Ressort des Min. der geistl. 2c. Ang. gehörigen Beamten die C. R. dieses Min. v. 4. Nov. 1825 (v. K. Ann. Bd. 9. S. 1012) u. v. 17. März 1842 (M. Bl. d. i. V. S. 111).

[1] Dies Regul. hat das ältere Regul. v. 20. Dec. 1830 (abgedr. in den Erg. der Preuß. Rechtsb. [2. Ausg.] zum A. L. R. I. 21. §§. 47—67.), welches Koch (Landr. Bd. 2. zu den §§. 47—67. h. t.) als noch geltend mittheilt, ausdrücklich aufgehoben und ist an dessen Stelle getreten.

Wegen der Uebergabe der Dienstwohnungen der Forst- und Domainenbeamten an den Dienstnachfolger vergl. das C. R. des Min. des Königl. Hauses v. 18. Jan. 1836 (v. K. Ann. Bd. 20. S. 39).

ihm oder seinen Erben muß, nach beendigtem Nießbrauche, der Ersatz von dem Eigenthümer geleistet werden. Hieraus folgt von selbst, daß der Nießbraucher befugt ist, darauf zu dringen, daß ihm der Ersatz noch während des Nießbrauches durch ein auf das Gut einzutragendes Kapital, welches der Nießbraucher verzinsen muß, geleistet werde. Was die übrigen Kriegslasten betrifft, so fällt der Verlust des Inventariums nach §. 121. dem Nießbraucher zur Last, der Schaden von den Gebäuden aber wird ihm, wenn er die Wiederherstellung übernimmt, nach beendigtem Nießbrauche den §§. 50. u. 60. gemäß vergütet. Es ist also auch wegen dieses Ersatzes dem Nießbraucher nicht zu verweigern, daß er die Eintragung eines Kapitals verlange, wenn er die Verzinsung desselben übernehmen will. Plünderungen und Einquartierungen treffen den Nießbraucher ohne Ersatz. (Mathis Bd. 10. S. 103, Rabe Bd. 9. S. 213.)

Die Gesetzrevisoren haben Bedenken gegen diese Auslegung erhoben, weil sich fast von allen außerordentlichen Abgaben behaupten lasse, daß sie nicht den Ertrag, sondern die Substanz betreffen, möge man sie Vermögens- oder Einkommensteuer nennen.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 58.)

§§. 50. 55. 57. 58. Der Nießbraucher, welcher die von ihm benutzten Gebäude gegen Feuersgefahr versichert hat, wird nach stattgehabtem Brandschaden Eigenthümer der Brandentschädigungsgelder und ist daher über dieselben ohne Zustimmung des Gebäude-Eigenthümers zu verfügen berechtigt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Dec. 1853 u. 27. Jan. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 67 Nr. 17.)

§. 67. Vergl. die Erg. zu den §§. 48. u. 67. h. t.

§§. 68. u. 69. In Ansehung der übrigen Zubehörungen.

§. 69. Die Verbindlichkeit des Nießbrauchers, an die Stelle des abgestorbenen Weines neue Stöcke anzuziehen, kann nicht weiter ausgedehnt werden, als daß er solches von den Ablegern der in dem Grundstücke befindlichen alten Stöcke, nicht aber von fremden und aus eigenen Mitteln anzuschaffenden zu bewirken habe.

Hat er neue Weinstöcke angeschafft, so kann er nicht mehr als deren Verabfolgung in Natur verlangen.

(Erk. des Kammerger. v. 13. Febr. 1760, Hymmen Bd. 7. S. 89.)

§§. 70—74. Wegen Verzinsung der auf der Sache haftenden Schulden.

§. 70. 1) Unter den »Zinsen« werden die laufenden verstanden.

(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 55.)

2) Der Nießbraucher ist nur dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet, die Zinsen der auf der Sache haftenden Schulden zu berichtigen, nicht aber hat der Gläubiger ein unmittelbares und persönliches Recht gegen den Nießbraucher.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 1. März 1847 [1]). (Präj. Nr. 1841.)

Die Richtigkeit dieser Entscheidung ergiebt sich aus folgenden Gründen:

A. Zuvörderst aus den rechtlichen Beziehungen zwischen einem Hypothekengläubiger und dem ihm Verpflichteten.

1) Der Erwerber eines hypothekarisch belasteten Grundstücks haftet als solcher dem Gläubiger nicht persönlich für Hauptstuhl und Zinsen, selbst dann nicht, wenn der Erwerber die Schulden in partem pretii übernimmt, ja wenn er sogar dem Veräußerer sich außerdem zu deren Tilgung persönlich verpflichtet. Es bedarf vielmehr dazu eines besonderen Vertrages zwischen Erwerber und Gläubiger, oder einer Cession des vom Veräußerer erworbenen persönlichen Anspruchs an den Gläubiger. (A. L. R. 1. 20. §. 54., Dekl. v. 21. März 1835.) Wenn nun Jemand nicht das Eigenthum des belasteten Gutes, sondern nur als Nießbraucher das volle Nutzungsrecht überkommt, so ist kein Motiv für den Gesetzgeber, diesen Nutzungsberechtigten ohne weiteres dem Gläubiger hinsichtlich der Zinsen persönlich verbindlich zu machen.

2) Der Hypothekengläubiger hat neben seinem Realanspruche einen persönlichen Schuldner. Erlangt an dem ihm haftenden Güte Jemand den Nießbrauch, so bleiben dem Gläubiger beide Befugnisse ungeschmälert. Es war also mit Hinsicht auf den Berechtigten kein Grund für den Gesetzgeber, dem Gläubiger einen neuen persönlichen Schuldner zu verschaffen!

Bei dieser Unerfindlichkeit gesetzgeberischer Motive für den Satz: daß der Nießbraucher als solcher dem Hypothekengläubiger persönlich wegen der Zinsen der Schuld hafte, und an dieser für ihn so ungeeigneten Stelle, müßte derselbe den klarsten Buchstaben für sich haben, um anerkannt zu werden. Er ist zu verwerfen, so lange eine leidliche Deutung übrig bleibt. Daß eine andere Deutung sich empfiehlt, ist:

B. aus Zusammenhang und Stellung der fraglichen Anordnung darzulegen. Der §. 70. gehört dem Abschn. des Tit. 21. Thl. I. an, welcher die rechtliche Stellung des Nießbrauchers bestimmt, er steht insbesondere in einer Reihe der §§., welche von §. 47. bis §. 142. die Obliegenheiten des Nießbrauchers, dem Eigenthümer gegenüber, verzeichnen. In den §§. 47 — 69. (von der Pflicht des Nießbrauchers zur Unterhaltung) werden ihm klärlich nur Verpflichtungen gegen den Eigenthümer aufgelegt. Unmittelbar darauf verordnet nun der §. 70.: Die Zinsen der auf der Sache haftenden Schulden muß der Nießbraucher berichtigen, was im Verhältniß des Nießbrauchers zu dem Eigenthümer als sehr natürlich erscheint, da das zu dem Betrage der Lasten in seinem Werthe für den Eigenthümer geschmälerte Grundstück auch nur in dieser seiner Schmälerung dem Nießbrauchsrecht unterliegen soll, mithin der Nießbraucher, der die Nutzungen des ungeschmälerten Ganzen zieht, die Nutzungen des Zwischenbetrages durch das Aequivalent der Zinsen hergeben muß. Nach dem §. 71. soll der Nießbraucher in einem bestimmten Falle auch die persönlichen Schulden des Eigenthümers verzinsen. Weiter beschränken dann die §§. 72 — 74. die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zinsenberichtigung nach der Natur der Sache auf die Zinsen der schon zur Zeit der Einräumung des Objekts vorhandenen Schulden; und wenngleich der nicht vorsichtige Nießbraucher, nach dem Glauben der Hypothekenbücher, auch den Realansprüchen späterer Gläubiger des schuldnerischen Eigenthümers auf Zahlung der Zinsen unterliegt, so haftet er doch nicht dem Eigenthümer dafür, sondern kann von ihm Vergütigung begehren. Durch diesen in den §§. 72 — 74. entwickelten Gegensatz gegen die Fälle der §§. 70., 71. gewinnt wiederum der §. 70. seine Deutung dahin, daß der Nießbraucher dem Eigenthümer für die Zinsenzahlung einstehe, daß er, wenn er aus freien Stücken oder durch den Realanspruch des Gläubigers genöthigt, die Zinsen direkt an diesen bezahlt hat, von dem Eigenthümer keine Vergütigung fordern könne. Nach dem folgenden §. 75. muß der Nießbraucher für die Berichtigung aufgekündigter Kapitalposten soweit sorgen, als ihm deren Verzinsung obliegt. Die entgegengesetzte Meinung mußte der Konsequenz nach auch hier den Nießbraucher dem Gläubiger persönlich verpflichtet halten, für die Berichtigung der Kapitalien zu sorgen.

Auch die ferneren von den Pflichten des Nießbrauchs handelnden §§. geben entweder ausdrücklich zu erkennen, daß von einer Verbindlichkeit desselben gegen den Eigenthümer die Rede sei, oder lassen doch eine Auffassung in diesem Sinne ganz natürlich zu. Und so leitet denn der ganze Zusammenhang, in welchen der §. 76. sich gestellt findet, auf die Annahme hin, daß auch in ihm von einer Verpflichtung des Nießbrauchers dem Eigenthümer gegenüber gehandelt werde.

(Präj. Samml. S. 121, Entsch. Bd. 14. S. 18, J. M. Bl. 1847 S. 275.)

Derselben Meinung sind: Oswald (Simon's Z. Bd. 2. S. 284), Koch (Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 319.), Rintelen (J. W. 1844 S. 794).

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen: Grävell (Lehre vom Nießbrauche rc. S. 46, 47), Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 466), Schmidt (Pfandr. S. 436, 438), Bornemann (System Bd. 4. S. 425, 2. Ausg. Bd. 4. S. 275).

§. 71. Die Verpflichtung des Nießbrauchers, die persönlichen Schulden des Erblassers zu verzinsen, erstreckt sich nicht auf Verzugszinsen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. März 1837. (Präj. Nr. 169.) (Präj. Samml. S. 121.)

§§. 75 — 79. Wegen Berichtigung der Kapitalien.

§§. 75. sqq. 1) Ueber den Grund dieser Bestimmungen vergl. die Bemerkungen von Suarez in der rev. mon.

(Jahrb. Bd. 52. S. 38.)

2) Periodisch fällig werdende unverzinsliche Erbschaftsschulden, z. B. vom Erblasser zu entrichtende Alimente, muß der Nießbraucher des Nachlasses aus der Substanz berichtigen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1854.

Aus den §§. 70., 71., 75., 76. läßt sich nicht folgern, daß der Nießbraucher eines Nachlasses nur die verzinslichen Kapitalien, sofern solche gekündigt werden, aus dem Nachlasse zu berichtigen habe, daß also der Eigenthümer die übrigen Schulden des Erblassers berichtigen müsse, wenn er gleich die Erbschaft,

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte früher in dem Erk. v. 27. Sept. 1832 (Simon's R. Bd. 3. S. 232 ff.) eine bedingte persönliche Verpflichtung des Nießbrauchers dem Gläubiger gegenüber, nämlich soweit die bereits gezogenen Nutzungen reichen, angenommen. Dagegen war dasselbe in einer neueren Sache der Ansicht, daß der Nießbraucher überall nur dem Eigenthümer gegenüber persönlich zur Berichtigung der auf der Sache haftenden Lasten und der Zinsen verpflichtet sei, und dieser Konflikt gab die Veranlassung zur Einholung der Entscheidung des Plenums (vergl. Entsch. Bd. 14. S. 18 ff.).

worauf die Schuld haftet, nicht besitzt, und er darüber wegen des Nießbrauchsrechts des Nießbrauchers nicht verfügen kann; sondern man kann nur annehmen, daß diese Vorschriften keine Bestimmungen über die Berichtigung solcher unverzinslichen Schulden enthalten. Weil aber die Schuld aus der Erbschaft getilgt werden muß, und weil der Eigenthümer der Erbschaft über diese nicht verfügen kann, so muß der Nießbraucher die Schuld berichtigen. Denn es liegt in der Natur der Erbschaft, daß die fälligen Schulden des Erblassers daraus berichtigt werden müssen, und daß daher der Eigenthümer der Erbschaft verlangen kann, daß der Nießbraucher dies bewirke. Hierfür spricht auch die Aeußerung von Suarez in der rev. mon. zu den §§. 75. ff. h. t. (v. Kamptz Jahrb. Bd. 52. S. 38.) (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 75 Nr. 23.)

§. 79. Tritt der Nießbraucher, wenn er Zahlung leistet, ohne Cession in die mit der bezahlten Post verbundenen Vorrechte, oder erlangt er ohne Cession nur das persönliche Recht gegen den Schuldner?

Die Gesetzrevisoren halten die letztere Alternative für die richtige, weil der Nießbraucher füglich nicht mehr Recht haben könne, als der Bürge, und hinsichtlich des Bürgen im §. 338. A. L. R. I. 14. ausdrücklich nur von den Rechten gegen den Hauptschuldner die Rede sei. (Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 55.)

Derselben Ansicht ist Bornemann, indem er den Nießbraucher jedem Dritten, der für den eigentlichen Schuldner freiwillig Zahlung leistet, gleichstellt, und die Regel des A. L. R. I. 16. §. 46. auf ihn anwendet. (System Bd. 4. S. 426, 2. Ausg. Bd. 4. S. 276.)

Dagegen behauptet Koch (Uebergang der Ford. S. 152) gerade auf Grund dieses §. 338. Tit. 14., daß der Bürge ohne Cession auch in die mit der Forderung verbundenen Vorrechte trete, weil bestimmt ist: »der Bürge tritt in »alle« Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner.«

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 52. zum §. 79. h. t.

§§. 82—86. Bei Prozessen.

§. 82. Dieser §. betrifft den Fall, wo der Nießbraucher sich als Beklagter einzulassen hat, nicht, wo er selbst als Kläger auftritt, und bestimmt lediglich das Verhältniß zwischen Nießbraucher und Eigenthümer, nicht aber das zwischen dem Gerichte und dem Nießbraucher. Das Gericht kann sich wegen der Prozeßkosten an die unterliegende Partei, folglich auch unmittelbar an den Eigenthümer als eigentlichen Debenten halten und den zum Vorschuß Verpflichteten übergehen.

Vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 6. April 1848. (Rechtsf. Bd. 3. S. 446 Nr. 218.)

§§. 82. u. 83. Der Interimswirth eines bäuerlichen Grundstückes ist nur Nießbraucher desselben und daher nicht befugt, Prozesse über dasselbe ohne Zuziehung des Eigenthümers zu führen.

Dies gilt auch bei den zu lassitischen Rechten besessenen bäuerlichen Grundstücken.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 87 Nr. 23.)

§. 85. 1) Zu den Prozessen, welche die Rechte des Eigenthümers dergestalt ausschließend betreffen, daß der Nießbraucher gar kein Interesse dabei hat, gehören auch Gemeinheitstheilungen und Grenzregulirungen, welche nicht von dem Nutznießer, sondern lediglich von dem Eigenthümer ausgehen. (Gemeinheits-Th. O. v. 7. Juni 1821 §. 15., A. L. R. I. 17. §. 387.)

2) C. R. des Min. der geistl. Angel. v. 23. Febr. 1843. Die Geistlichen und Schullehrer sind lediglich Nießbraucher ihrer Stellen und daher für ihre Person nicht verpflichtet, die Kosten bei Grenzerneuerungen zu tragen, sondern nur solche vorschußweise zu leisten. Dergleichen Kosten sind nicht zu den »Lasten und Abgaben von der Sache« zu rechnen, von welchen der §. 87. h. t. disponirt, indem derselbe Rechtsverwickelungen mit dritten Personen nicht im Auge hat. Grenzerneuerungen aber, welche gemäß §. 388. A. L. R. I. 17. gerichtlich zu reguliren, gehören in das Gebiet der rechtlichen Ansprüche; es sind also die Vorschriften §§. 82. h. t. über Prozeßkosten analog anzuwenden. (M. Bl. d. i. V. 1843 S. 74 Nr. 98.)

Vergl. dagegen Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 55. zum §. 85. h. t.[1])

[1]) Das C. R. wird hier indeß unrichtig vom 15. Okt. 1843 datirt.

§§. 87—89. In Ansehung anderer Lasten und Abgaben.

§. 87. 1) Muß der Nießbraucher auf den Grund des §. 87. die Feuerversicherungs-Prämien oder Societätsbeiträge leisten?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Diese Frage läßt sich wegen der Mannigfaltigkeit der Feuerversicherungen durch keine generelle Bestimmung entscheiden. Wollte der Eigenthümer, obwohl er rücksichtlich des Nutznießers die zerstörten Gebäude wieder herzustellen nicht verpflichtet wäre, dennoch dieselben versichern lassen, so würde der Nutznießer dadurch nicht verpflichtet werden. Wäre dagegen die Feuerversicherung gesetzlich angeordnet, so würden die Beiträge unter die allgemeinen Lasten und Abgaben fallen. Bei den Wohnungen der Pfründner ist öfter ein Anderer zur baulichen Instandhaltung verpflichtet. Daher kann die Entscheidung nur für jeden Fall aus den Umständen entnommen werden.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 58.)

b) Bornemann nimmt an, es komme darauf an, ob nach der bestehenden Provinzial- oder Lokalverfassung die Versicherung der Gebäude nothwendig erfolgen muß, oder von der Willkühr des Besitzers abhängt. Im ersten Falle sei die Frage aus §. 87. zu bejahen. Im zweiten folge aus §. 47., daß der Nießbraucher nur auf Höhe der Summe, für welche der Besteller die Gebäude bereits versichert hatte, auch fernerhin zu Beiträgen aus den Nutzungen verpflichtet ist.

(System Bd. 4. S. 429, 2. Ausg. Bd. 4. S. 278.)

c) Koch bejahet auf Grund des §. 87., in sofern die Prämien oder Beiträge schon zur Zeit des Anfanges des Nießbrauches geleistet worden. (Landr. Bd. 2. Anm. 56. zum §. 87. h. t.)

Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 5. Jan. 1834 in den Erg. zum §. 47. h. t.

2) Ueber die Frage: in wiefern der Nießbraucher verpflichtet ist, die Kriegslasten zu tragen, vergl. das R. v. 4. Juni 1808 in den Erg. zu den §§. 50. u. 60. h. t.

§. 88. Die Bestimmung des §. 88. entspricht der Meinung einer Anzahl gemeinrechtlicher Juristen (Voët, Comment. III. 1. §. 38., Leyser, spec. 106. m. 3., Walch, Controv. II. 3. §. 7.), aus deren Schriften der Satz schon in den gedr. Entw. aufgenommen war. Hiergegen waren Monita eingekommen. Dagegen berichtet Suarez in der rev. mon.:

Einige Monenten meinen, wenn die Lasten dem usufructuario zu schwer werden, so könne er dem Nießbrauche entsagen. Allein das würde auf die größten Unbilligkeiten führen, wenn z. B. Jemand, der in guten und ruhigen Zeiten durch den usumfructum sich bereichert hat, unter veränderten Umständen bei einem einbrechenden Kriege die Sache dem Eigenthümer zurückgeben wollte. Da in den vorliegenden §§. dafür gesorgt ist, daß der Usufruktuar im Ganzen nichts verlieren könne, so ist dadurch mit hinreichender Billigkeit für ihn gesorgt. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 57.)

Gleichwohl ist das hierdurch bekämpfte Prinzip in den §. 181. aufgenommen worden.

§§. 91—98. Von der Verjährung bei dem Nießbrauche.

§. 91. 1) Gegen den Pfarrer kann zum Nachtheile des Pfarramtes (des Pfarrbeneficii) nicht verjährt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. März 1837. (Präj. Nr. 162.) (Präj. Samml. S. 121.)

Aus diesem Grunde geht wegen der in einem kleineren Maße geschehenen Abführung des Dezem an den Pfarrer das Recht der Pfarre selbst, den Dezem in einem bestimmten größeren Maße zu fordern, durch Verjährung nicht verloren.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. April 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 175. Nr. 32.)

2) Städtische Beamte, welchen Wohnung und Acker statt Besoldung überwiesen worden, sind als Nießbraucher anzusehen, und kann daher während des Nießbrauches eine Verjährung wider den Eigenthümer nicht angefangen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1843. (Präj. Nr. 1314.) (Präj. Samml. S. 121.)

§§. 91—93. 1) Vergl. über die Begründung dieser Vorschriften und deren Abweichungen vom gemeinen Rechte Suarez in der rev mon. (Jahrb. Bd. 52. S. 38) und in den Schlußvorträgen (Jahrb. Bd. 41. S. 64).

2) Ueber die auch in diesem Falle eintretende Restitution vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 17. Febr. 1847 (Präj. Nr. 1843.) in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 531. Zus. 1.

§. 98. Der Nießbraucher des herrschenden Grundstücks kann für dasselbe eine Dienstbarkeit, z. B. eine Weidegerechtigkeit, auf ein anderes Grundstück desselben Eigenthümers durch Verjährung nicht erwerben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 12 Nr. 4.)

§§. 99. 100. Rechte und Pflichten des Eigenthümers während der Dauer des Nießbrauches.

§. 99. R. v. 23. Mai 1791. Durch die Zusicherung eines erst künftigen Nießbrauchs wird der Eigenthümer in seiner Dispositionsbefugniß noch nicht eingeschränkt, selbst wenn der desfallsige Vertrag im Hypothekenbuche vermerkt worden.

Nachdem über den Umfang und die Wirkungen des Juris advitalitatis, welches ein Ehemann seiner Frau in seinen Gütern und Vermögen per modi pacti bestellet, und über den Einfluß, welcher einer solchen Verschreibung auf die Rechte des Ehemannes in Ansehung der Disposition über seine Güter während seiner Lebenszeit beizulegen ist, auch Unsere Ges. Komm. mit ihrem Gutachten vernommen worden; so wird hierdurch festgesetzt:

daß die Disposition des Mannes über sein Vermögen bei seiner Lebenszeit durch das seiner Frau verschriebene Lebetagsrecht keinesweges eingeschränkt wird, daß daher auf den bloßen Grund einer solchen Verschreibung weder zur Eintragung späterer Schulden, noch zur Löschung des Tituli possessionis, noch zu anderen über ein Immobile zu treffenden Verf., noch zur Löschung des Juris advitalitatis selbst, wenngleich dasselbe auf den Antrag des Besitzers im Hypothekenbuche wirklich vermerkt worden, die Zuziehung und Einwilligung der Ehefrau erforderlich ist.

Dahingegen muß auf den Fall, wenn eine solche Ehe, wo der Frau das Lebetagsrecht verschrieben ist, durch richterl. Erk. getrennt und der Mann für den schuldigen Theil erklärt wird, in den wegen Abfindung der Frau durch Vergleich oder Erk. festzusetzenden Bestimmungen auch das Erforderliche wegen des einer solchen Frau schon ex tunc zukommenden Genusses ihres Lebetagsrechts nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften regulirt werden; und es ist alsdann der Frau unbenommen, soweit ihr darnach ein wirklicher Genuß schon während der Lebenszeit ihres Mannes zukommt, das Nöthige deshalb zur Salvirung ihres dinglichen Rechts im Hypothekenbuche vermerken zu lassen. Aber auch in diesem Falle kann die Frau die vor Eintragung dieses Vermerks von ihrem geschiedenen Manne über das Immobile bei dem Hypothekenbuche getroffene Dispositiones in praejudicium tertii keinesweges anfechten.

(N. C. C. Tom. IX. No. 37. de 1791 p. 93, Rabe Bd. 2. S. 86.)

Koch meint, daß die in diesem R. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze durch das A. L. R. abgeändert seien.

(Landr. Bd. 2. Anm. 63. zum §. 99. h. t.)

§§. 101—110. Nießbrauch von Kapitalien.

§§. 106—109. Ueber die Fragen: ob die Kündigung eines zum Nießbrauch eingeräumten Kapitals von dem Eigenthümer oder vom Nießbraucher abhängt, — sowie in welcher Art in diesem Falle, oder wenn der Schuldner kündigt, die Zahlung zu leisten, und wie es mit der Wiederbelegung zu halten ist, bemerken die Motive zum bürgerl. Gesetzbuche:

Da das zum Nießbrauch bestellte Kapital nach wie vor ein Aktivum des Gläubigers und dessen Erben bleibt, so kann die Kündigung nur von diesem ausgehen, das Recht des Nießbrauchers beschränkt sich nur darauf, daß ihm der Zinsengenuß gewährt werde und gesichert bleibe. Daher kann derselbe allerdings sowohl wegen Mangel an Sicherheit, als wegen eines zu niedrigen Zinsfußes auf die Einziehung des Kapitals bestehen; er muß sich aber dieserhalb an den Eigenthümer wenden. Für die Wiederbelegung zu sorgen, ist ferner zunächst Sache des Eigenthümers, und kann nur in sofern Schwierigkeiten herbeiführen, als es darauf ankommt, bei genügender Sicherheit zugleich einen den Anforderungen des Nießbrauchers entsprechenden Zinsengenuß zu gewähren. In §. 704. des Entw. ist daher ferner bestimmt, daß die Widerbelegung des wegen Unsicherheit gekündigten Kapitals Sache des Eigenthümers sei, wobei zugleich der Befugniß desselben, das Kapital bei gehöriger Sicherheit und Gewährung landüblicher Zinsen selbst an sich zu nehmen, so wie der eventuellen, hiermit gleichen Schritt gehenden Befugniß des Nießbrauchers gedacht worden. Nach dem A. L. R. §§. 108. und 109. ist es nicht ganz klar, wer hierbei den Vorzug haben solle; im Entw. ist unbedingt dem Eigenthümer der Vorzug gegeben. Sollte hiernächst der Nießbraucher mit der von dem Eigenthümer beliebten Unterbringung wegen des zu niedrigen Zinsfußes nicht zufrieden sein, so muß ihm der Nachweis einer Gelegenheit zu höherem Zinsertrage bei ebenfalls genügender Sicherheit vorbehalten bleiben; und dies ist in dem folgenden §. 705. des Entw. vorbehalten.

Endlich kann auch der Fall eintreten, daß der Eigenthümer ohne Gefahr der Unsicherheit, oder wenigstens ohne eine solche nachweisen zu können, aus Rücksichten, die in seiner persönlichen Ansicht von der Sache liegen, zu kündigen für gut findet. Dies kann ihm nach der Natur der Sache zwar nicht verwehrt werden, allein zur vollständigen Aufrechthaltung der Rechte des Nießbrauchers muß er in diesem Falle für eine gleichartige Sicherheit, für einen gleich hohen Zinsgenuß und überhaupt für gleichmäßige Bedingungen als die der bisherigen Ueberbringung sorgen. Einem solchen Falle ist im §. 706. des Entw. vorgesehen.

Wenn ferner der Nießbraucher auf die Kündigung besteht, in der Hoffnung, einen höheren Zinsengenuß zu erhalten, so muß es ihm eben so, wie dem Eigenthümer, falls dieser ohne genügenden Grund zu der Kündigung schreiten sollte, zur Pflicht gemacht werden, die Gelegenheit zu einer gleich hohen und gleichartigen Sicherheit nachzuweisen. Sollte schließlich der Schuldner das Kapital kündigen, so ist der Fall in derselben Weise zu erledigen, wie wenn das Kapital wegen Mangels genügender Sicherheit eingezogen werden muß.

Die Rückzahlung eines gekündigten Kapitals selbst kann übrigens nach der Natur der Sache, falls der Eigenthümer und Nießbraucher darüber nicht einverstanden, nur zum gerichtlichen Depositum erfolgen, und die zinsbare Wiederbelegung, wobei die Rechtsverhältnisse beider Theile in den vorhergehenden Bestimmungen auseinander gesetzt sind, muß unter allen Umständen unter Zuziehung des Nießbrauchers erfolgen. (a. a. O. S. 233.)

§. 110. Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 10. Okt. 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §. 22. Zus. 3.

§§. 111—123. Rückgewähr der zum Nießbrauche eingeräumt gewesenen Sache.

§. 113. Die unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauches geschehene Uebertragung des ganzen Vermögens an einen Andern zum Eigenthume begründet nicht die Verbindlichkeit des Uebertragenden zur Legung eines Vermögens-Inventariums.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1856, weil der §. 113. h. t. auf diesen Fall keine Anwendung finde. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 1. Nr. 1.)

§. 117. Statt: »weit« ist zu setzen: »wie«. (R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 5.)

§§. 119—122. 111. sqq. 1) Bei einem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauche ist der Nießbraucher, der die Sache ohne Inventarium ihres Beilasses angenommen hat, dieselbe — wenn er nicht etwa von Aufnahme dieses Inventars durch den Erblasser befreit worden — mit allen, zu ihrer vollständigen Benutzung, im Zeitpunkte der Beendigung des Nießbrauchs, erforderlichen Beilaßstücken zurück zu gewähren verpflichtet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1854. (Präj. Nr. 2601.)

Nach §. 12. h. t. würde zwar der Nießbraucher nur so viel an Beilaß eines Landgutes, als er beim Beginne seines Nießbrauches empfangen hat, zurück zu geben verpflichtet sein; allein das A. L. R. hat sich mit Aufstellung dieses allgemeinen Grundsatzes nicht begnügt, sondern näher eingehende Vorschriften zur Festhaltung dieser Verpflichtung des Nießbrauchers und der entsprechenden Berechtigung des Eigenthümers erlassen. »Es soll«, nach §. 111. h. t. »nach geendigtem Nießbrauche die Sache mit allen dazu gehörigen Beilaßstücken zurückgegeben werden«, der §. 112. fügt aber hinzu, »daß, wenn bei der Einräumung des Nießbrauchs ein Verzeichniß über den Beilaß aufgenommen worden, dieses bei der Rückgabe lediglich zum Grunde gelegt wird«, und die §§. 113—123. enthalten hierüber die näheren Bestimmungen, durch welche den Streitigkeiten über Zahl und Beschaffenheit der Beilaßstücke vorgebeugt werden soll. Dies Verzeichniß soll deshalb bei der Rückgewähr »lediglich«, also mit Ausschluß anderer Beweismittel, zum Grunde gelegt werden (§. 112.). Bei dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Nießbrauche hat das Gesetz weitere Bestimmungen nicht für erforderlich erachtet, da jedem von beiden Theilen in §. 113. das nöthige Schutzmittel gewährt war. Dagegen hat es den durch letztwillige Verfügungen begründeten Nießbrauch näher ins Auge gefaßt, und zuerst für den Fall, daß der Testator die Aufnahme eines Inventars oder selbst eines Privatverzeichnisses untersagt haben sollte, es nicht dabei bewenden lassen, daß der frühere Zustand irgendwie nachgewiesen werden möge, und daß, wenn dieser dem Eigenthümer der Sache zur Last fallende Beweis nicht gelingen sollte, derselbe ein Landgut allenfalls ohne allen Beilaß zurückzunehmen genöthigt werden könnte; es ist vielmehr dem Letzteren durch den Grundsatz des §. 117. zu Hülfe gekommen, daß in jenem Falle der Nieß-

braucher die Sache, so wie sie steht und liegt, und mit allen, zu einer ordentlichen gewöhnlichen Wirthschaft nothdürftig erforderlichen Beilaßstücken zurückgeben solle, und es läßt im §. 118. dem Nießbraucher nur den Nachweis offen, daß auch diese Stücke nicht vorhanden gewesen seien. Noch weiter geht das Gesetz dann, wenn ein Verbot des Testators der Anfertigung, wenigstens eines Privatverzeichnisses nicht entgegen stand, sondern der Nießbraucher allein dessen Nichtanfertigung verschuldet hatte, indem in diesem Falle nach §. 119. die Vermuthung gelten soll, daß er Alles, was zur vollständigen Benutzung der Sache (also nicht bloß zur Nothdurft, wie §. 117. bestimmt) erforderlich ist, erhalten habe. Die Unterlassung des Nießbrauchers wird hier geahndet durch Aufstellung einer, dem Eigenthümer günstigsten Vermuthung, und es ist in diesem Falle dem Nießbraucher nicht einmal, wie im §. 118. geschehen, der Nachweis, daß er nicht so viel an Beilaß erhalten habe, vorbehalten, vielmehr soll nach §. 120. das Ermessen vereidigter Sachverständigen darüber entscheiden, was für Stücke zu einer solchen vollständigen Benutzung der Sache erforderlich sind, und nach §. 123. sollen fernere Stücke von mittlerer Art und Güte zurückgewährt werden. Das Gesetz hat den schwierigen Nachweis eines rückwärts liegenden Zustandes vermeiden wollen, indem es die Anfertigung von Inventarien über die Beilaßstücke sogleich beim Anfange des Nießbrauches, wenn auch nicht absolut geboten, doch dadurch sehr begünstigt hat, daß es dieselben zur alleinigen Grundlage der Rückgewähr für ausreichend erklärte, und andererseits an die Unterlassung der Aufnahme solcher Inventarien Nachtheile knüpfte. Will man daher nicht annehmen, daß das A. L. R. etwas ganz Nutzloses und sich selbst Widersprechendes verordnet habe, so darf §. 119. ff. nur dahin verstanden werden, daß der Nießbraucher den zur Zeit der Beendigung seines Nießbrauches für die vollständige Benutzung der Sache, nach dem Gutachten von Sachverständigen, nothwendigen Beilaß gewähren muß. Damit stimmt auch die Wortfassung des Gesetzes überein, das sich überall in der Gegenwart (tempus praesens) bewegt, indem es »erforderlich« im §. 117., »erforderlich ist« im §. 119. und »erforderlich sind« in §§. 120., 122. sagt, während es sonst von »erforderlich gewesen«, »erforderlich war« und »erforderlich waren« hätte sprechen müssen. Der Wortlaut dieser Vorschriften enthält auch nichts von einer zwiefachen Beweisführung noch neben der aufgestellten Vermuthung, sondern nur von dem einen Beweisverfahren durch Sachverständige. Es streitet für die Auslegung des Gesetzes ferner der Umstand, daß nach §. 117. die Sache, wie sie steht und liegt, also in dem Zustande bei Beendigung des Nießbrauches, zurückgegeben werden soll, und wenn zugleich hinzugefügt wird, daß die Rückgabe mit allen zu einer ordentlichen gewöhnlichen Bewirthschaftung nothdürftig erforderlichen Beilaßstücken geschehen müsse, hierbei doch auch nur an das Erforderniß der Gegenwart gedacht werden kann, zumal im §. 118. dem Nießbraucher der Nachweis eines geringeren früheren Zustandes vorbehalten ist, wessen es nicht bedurft hätte, wenn dem Eigenthümer vorweg der Beweis über die frühere Beschaffenheit der Sache und den daraus abzuleitenden Umfang des jenem früheren Zustande entstehenden Beilasses obliegen sollte. Was aber nach §. 117. Rechtens ist, muß um so mehr in dem nach §. 119. zu beurtheilenden Falle eintreten, da hier vom Nießbraucher noch mehr verlangt wird, als in jener Vorschrift.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 39, Entsch. Bd. 30. S. 84, Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 279 Nr. 67.)

2) Bei einem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauche ist dem Nießbraucher, welcher unterlassen hat, die beim Anfange seines Nießbrauches vorhandenen Beilaßstücke der Sache zu verzeichnen, der Beweis nachgelassen, daß er davon weniger empfangen habe, als zu ihrer vollständigen Benutzung im Zeitpunkte der Rückgewähr erforderlich ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Sept. 1857.

Das Präj. Nr. 2601. v. 22. Sept. 1854[1]) hat keinesweges entschieden, daß in dem §. 119. h. t. eine s. g. praesumtio juris et de jure zu finden sei. Die Frage über die Zuläſſigkeit eines Gegenbeweises Seitens eines Nießbrauchers darüber, daß er beim Antritte des Nießbrauches einen geringeren Beilaß empfangen habe, lag dabei nicht vor, und es genügte, ihrer andeutend zu erwähnen. Dieser Gegenbeweis ist vielmehr in dem alleg. Erk. ausdrücklich offen gelassen und für zulässig zu erachten. (Entsch. Bd. 36. S. 198.)

§§. 124—131. Verbesserungen.

1) Ueber die Rechtfertigung dieser Vorschriften vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 97.)

2) Die Grundsätze vom Nießbrauche, also auch die §§. 124. sqq., finden auf das Dienstverhältniß von Beamten, namentlich von Privatbeamten, welchen eine Wohnung als Theil des Lohnes angewiesen worden, keine Anwendung. Diese Wohnung muß der Dienstherr im Stande erhalten, und wenn er es nicht thut, den Beamten (Hausoffizianten) für die aus eigenen Mitteln zur Erhaltung oder Herstellung des bewohnbaren Zustandes gemachten Verwendungen, nach den Grundsätzen des negotiorum gestio, entschädigen.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum konstirt nicht).

(J. Z. 1836 S. 559.)

§. 124. Die Gesetzrevisoren bemerken über die Form der Einwilligung des Eigenthümers in Meliorationen:

Der §. 124. macht in Beziehung auf die Verbesserungen die Verpflichtung des Eigenthümers zur Vergütigung von der vorher ertheilten ausdrücklichen schriftlichen Genehmigung abhängig. In Betreff der Hauptreparaturen an Gebäuden wird dagegen im §. 49. ein gültiger Vertrag und im §. 56. schlechthin nur die Einwilligung des Eigenthümers erfordert. Dies hat die Frage veranlaßt: in wiefern in den Fällen der §§. 49. und 56. eine schriftl. Genehmigung erforderlich sei? Diese Frage ist mit Hinweisung auf die allgemeinen Vorschriften des fünften Titels zu beantworten. Wenn in Betreff der Hauptreparaturen von einem gültigen Vertrage oder von der Einwilligung des Eigenthümers, ohne nähere Bestimmung der Form, die Rede ist, so versteht es sich von selbst, daß nur die Höhe des Objektes entscheiden kann: ob es einer schriftl. Erklärung von Seiten des Eigenthümers bedarf. Dagegen ist in dem Falle des §. 124. allemal, ohne Unterschied des Gegenstandes, auch bei einem Gegenstande von 50 Thlr. oder darunter eine schriftl. Genehmigung erforderlich, weil das Rechtsverhältniß in Beziehung auf Verbesserungen ein anderes ist, indem die durch die Reparatur bezweckte Erhaltung des Gegenstandes (§§. 49. und 56.) von selbst mehr für sich hat, als eine auf Verbesserung abzweckende Anlage. (§. 124.)

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 63.)

Bornemann bemerkt, aus dem §. 124. könne nicht gefolgert werden, daß unter allen Umständen eine schriftliche Einwilligung des Eigenthümers erforderlich, weil hier von Wiederherstellung der Substanz in den §§. 49., 56. von Meliorationen die Rede, und daher auch Suarez (Jahrb. Bd. 41. S. 63) im Irrthume sei, wenn er den Wiederaufbau und die Reparatur nicht nothwendiger Gebäude zu den Meliorationen rechnet. Dagegen müsse der §. 56. aus dem §. 49. ergänzt werden, da in beiden Gesetzesstellen von demselben Falle die Rede sei, und dann ergebe sich, daß, je nachdem der Bau mehr oder weniger als fünfzig Thlr. kosten solle, eine schriftliche Einwilligung erforderlich sei, oder ein mündlicher Konsens genüge.

(System Bd. 4. S. 422, 2. Ausg. Bd. 4. S. 273.)

§§. 132—142. Verringerungen.

§. 136. Vergl. die Rechtfertigung dieser Bestimmung in Suarez Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 99.)

§§. 143—175. Auseinandersetzung wegen der Nutzungen.

§§. 143. 144. Ueber die Begründung und Rechtfertigung der hier aufgestellten neuen Theorie vergl. Suarez Erläut. in der Schlußrevision. (Jahrb. Bd. 41. S. 100.)

§. 149. Die Gesetzrevisoren bemerken hierzu:

In Erwägung, daß nach §. 145. beim Holze der Umstand entscheidend sein soll: ob es nach einer Ablage gebracht worden, hat man an und für sich die Bezugnahme auf die Bestimmungen wegen des Holzes, bei Mauersteinen, Ziegelsteinen und anderen Erzeugnissen nicht passend gefunden, weil es hier, wo die mehrere oder mindere Produktion von dem Fleiße des Besitzers abhängt, nicht auf das, was in früheren Jahren produzirt worden, ankommen kann. Es muß Alles, was hervorgebracht worden, dem Nießbraucher gehören, als hervorgebracht aber dasjenige angesehen werden, was nicht mehr in der Arbeit begriffen, sondern zum Gebrauche geschickt gemacht ist, und also zum Verkaufe bereit liegt (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 66.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 87. zum §. 149. h. t.

§§. 150. sqq. Betreffend den Begriff eines »Landgutes« im Sinne dieser Bestimmungen.

a) Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Es findet sich nirgend eine genügende Erklärung, was das Gesetz unter dem Ausdrucke: »Landgute« verstehe. Dadurch ist die Sache veranlaßt worden: ob einzelne im ständischen Bezirke gelegene Aecker, Wiesen, Gärten u. s. w., oder städtische Grundstücke, bei denen die Landwirthschaft die Hauptsache ist, oder einzelne Gebäude auf dem Lande zu den städtischen oder ländlichen Grundstücken gehören. Es scheint daher das Bedürfniß vorhanden zu sein, daß sich die Gesetzgebung darüber bestimmt ausspreche, was in den verschiedenen Gesetzstellen darunter zu verstehen. Allein eine durchgreifende Begriffsbestimmung kann nicht gegeben werden, weil sich nirgends mehr ein scharf sonderndes Kriterium und eine bestimmte Gränze für den einen oder den anderen Begriff auffinden

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

läßt, nachdem der im Röm. Rechte sich findende Gegensatz von aedificium und locus aedificiis vacuus (§. 1. J. de servit. praed.) nicht mehr strenge festgehalten werden kann. Es muß daher in den einzelnen Stellen jedesmal auf den Gegensatz gesehen werden.

(Gesetzrev. Pens. XIII. Mot. zum Entw. Tit. 2. Thl. I. S. 19 und Pens. XIII. und XIV. Motive zu Tit. 21. S. 67.)

b) Bornemann versteht darunter solche Grundstücke, welche ihrer Hauptbestimmung nach durch Bewirthschaftung der Oberfläche, im Gegensatze der städtischen Grundstücke, die hauptsächlich durch Bewohnung der darauf gebauten Grundstücke benutzt werden (A. L. R. I. 21. §. 151. in Vergleichung mit §. 170. u. §. 400.).

(System Bd. 4. S. 506, Bd. 1. S. 433 Anm., 2. Ausg. Bd. 4. S. 284, Bd. 1. S. 202 Anm. 2. und Bd. 2. S. 346 Nr. 2., Rechtsgeschäfte S. 375.)

c) Koch versteht unter einem »Landgute« eben das, was im §. 48. A. L. R. I. 2., nämlich einen Inbegriff von unbeweglichen und beweglichen Sachen, welche zum Zwecke des Ackerbaues und der Viehzucht zu einem Ganzen vereinigt sind, so daß einzelne in städtischen Fluren belegene Ackerstücke, Wiesen, Gärten 2c., so wie einzelne Gebäude auf dem Lande nicht unter diesen Begriff fallen.

(Recht der Ford. Bd. 2. S. 409, Lehrbuch §. 325. Anm. 1., Landr. Bd. 2. Anm. 89. zum §. 150. h. t.)

d) Thöne führt aus, daß Landgüter solche Grundstücke sind, bei denen die Feldwirthschaft, städtische, bei denen die Häuser den Hauptnutzen gewähren. (Privatr. Bd. 2. S. 75—80.)

e) Cappell, über den Begriff eines Landguts im Sinne des A. L. R. nebst Rechtsfall.

In dem Rechtsfalle hat das Untergericht das Kriterium eines Landguts darin gesetzt, daß mehr Ackerland vorhanden sein müsse, als zum persönlichen Bedürfnisse der Bewohner desselben erforderlich sei. Der Appellationsrichter (das O. L. G. zu Arnsberg) dagegen sah Ackerbau und Viehzucht überhaupt, gleichviel in welchem Umfange, als Kriterien an, und erklärte den Betrieb der Viehzucht schon dann für konstatirt, wenn nur Vieh gehalten würde. Der Verfasser aber hält nur solche Besitzungen im Sinne des A. L. R. für Landgüter, deren Bewohner den Ackerbau und die Viehzucht als ihr Hauptgeschäft treiben. (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 73.)

§. 163. Die Gesetzrevisoren meinen, daß es statt: »Geldeinnahme« heißen müsse: »Ausgabe«.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 67.)

Dagegen vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 93. zum §. 163. h. t.

§§. 169. 170. Die Fassung dieser §§. hat die Frage veranlaßt: in welche der beiden hier gemachten Kategorieen einzelne Ackerstücke, Wiesen, Gartengrundstücke 2c. gehören?

Die Gesetzrevisoren bemerken hierüber:

Nach der Wortfassung müssen dieselben wohl ausgemacht zu den Immobilien der zweiten Gattung gewählt werden, weil das Kriterium des §. 169., daß mit dem Grundstücke Ackerbau und Viehzucht verbunden, hier nicht zutrifft. Man hat diesen Punkt bei der Redaktion des A. L. R. anscheinend übersehen. Auch kann in dem früheren Rechtszustande für die Entscheidung kein Anhaltpunkt gefunden werden, weil das A. L. R., ganz abweichend von den gemeinrechtlichen Grundsätzen, ohne Unterschied des Gegenstandes von einer Theilung pro rata temporis ausgegangen ist, und nur den Unterschied gemacht hat, daß bei gewissen Gegenständen die Zeit mit dem Augenblicke, wo der Nießbrauch aufhört, — bei anderen mit dem Ablaufe des Vierteljahrs abschneidet. Es ist jedoch vorzuziehen, einzelne Aecker, Wiesen, Gärten u. s. w. den Landgütern zuzuzählen, weil sie, wenn auch keine Viehzucht und Ackerbau damit verbunden ist, dennoch hinsichtlich des Fruchtgenusses mit den Landgütern die meiste Aehnlichkeit haben. (Gesetzrev. Pens. XIII. S. 66.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 96. zum §. 170. h. t.

§. 170. Besitzveränderungsabgaben und resp. Rückstände davon gehören nicht in das Quartal, in welchem sie durch Eintragung des Besitztitels einforderungsfähig (fällig) geworden, sondern in dasjenige, in welchem sich die Veränderung zugetragen hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Aug. 1833 (Simon's R. Bd. 4. S. 273), in Verbindung mit dem Präj. Nr. 1854. v. 24. März 1857 [1]).

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 97. zum §. 170. h. t.

---

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 18. §. 731. Zus. 2.

§. 171. Die abweichende Bestimmung dieses §. von der Bestimmung in dem §. 199. A. L. R. I. 7. ist keineswegs, wie Grävell in der Lehre vom Besitze 2c. S. 88, und in der Lehre vom Nießbrauche 2c. S. 81 gemeint hat, ein Druckfehler, sondern eine beabsichtigte Ausnahme von der Regel (dem Kalenderjahre).

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 69.)

Diese Bemerkung wiederholt Koch, Domainenrecht S. 47 Anm.

§§. 176—184. Endigung des Nießbrauchs.

§. 176. Die Frage: ob die Löschung eines Nießbrauchsrechtes im Hypothekenbuche auf Grund des Todtenscheines des Nießbrauchers erfolgen könne, oder ob nicht vielmehr auch den Rückständen von Nutzungen ein Realrecht zuzuschreiben, und wegen möglicher Rückstände eine Quittung oder Löschungseinwilligung der Erben beizubringen sei, ist zweifelhaft gefunden worden [1]), nunmehr aber durch den §. 34. des G. v. 24. Mai 1853, betr. einige Abänderungen der Hyp. O. (G. S. S. 521), dahin entschieden, daß die Löschung ohne Quittung der Erben und ohne Beibringung des Instrumentes erfolgen kann, wenn der Tod des Berechtigten nachgewiesen wird und seit dem Todestage fünf Jahre abgelaufen sind.

§. 179. Ueber den Widerstreit der beiden Stellen des §. 179. h. t. und des §. 423. A. L. R. I. 12. bemerkt Suarez ln den Schlußvorträgen:

Zwischen dem §. 179. h. t. und dem §. 423. Tit. 12., nach welchem der ususfructus legatus in diesem Falle nur 50 Jahre dauert, ist eine kleine Antinomie vorhanden, die durch den §. 180., jedoch nur zum Theil, gehoben wird. Will man beide Stellen konciliiren, so muß man den §. 179. von dem Falle erklären, wenn nach dem deutlich erklärten Willen des Verleihers der Usufruktus länger oder wohl gar in perpetuum fortdauern soll.

Suarez schlug eine dem §. 423. Tit. 12. entsprechende Fassung vor; es blieb jedoch bei dem Texte. (Jahrb. Bd. 41. S. 64.)

Grävell will diese Bestimmungen so vereinigen, daß der §. 179. die Regel, der §. 423. Tit. 12. aber die Ausnahme enthalten soll.

(Lehre vom Nießbr. S. 85.)

Derselben Ansicht sind Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 486) und Bornemann (System Bd. 4. S. 432, 2. Ausg. Bd. 4. S. 280—281).

Die Gesetzrevisoren dagegen halten dafür, daß hierdurch die Ausnahme zur Regel werde, weil bei einem durch Vertrag bestellten Nießbrauche der Fall selten vorkommen dürfte, daß die Dauer desselben für die moralische Person nicht bestimmt wäre. Sie wollen den §. 179., um ihn mit §. 423. Tit. 12. in Einklang zu bringen, auf den Fall der Bestellung eines Nießbrauchs durch Vertrag beschränken, in sofern die Abrede der Parteien keine andere Auslegung zuläßt, und bemerken, daß die Materialien des A. L. R. über das Verhältniß der Bestimmungen zu einander keine Auskunft geben.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 70.)

Zweiter Abschnitt.

Von der Erbpacht.

§§. 187. sqq. I. Das G. v. 2. März 1850, betr. die Ablösung der Reallasten 2c., bestimmt in §. 2. Nr. 2. u. 5. und §. 5.:

§. 2. Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

2) das — Eigenthumsrecht des Erbverpächters; der Erbpächter erlangt mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes, und lediglich auf Grund desselben das volle Eigenthum;

5) die Berechtigung des Erbverpächters oder des Zinsberechtigten, den ihm zustehenden Kanon oder Zins willkührlich zu erhöhen.

§. 5. Die im §. 2. Nr. 2. bestimmte Aufhebung des — Eigenthums des Erbverpächters hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben und Leistungen oder ausdrücklich

---

[1]) Vergl. darüber das R. v. 25. Juni 1836 (Jahrb. Bd. 47. S. 599), welches die Löschung lediglich auf Grund des Todtenscheins für zulässig erklärt, wogegen das R. v. 23. Jan. 1835 (Erg. ad h. l., 2. Ausg. Bd. 2. S. 641) Quittung der Erben über die Rückstände erforderte, welche auch Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 281) für nöthig erachtete. Koch hält den Todtenschein für genügend, ohne indeß hierbei des §. 34. des Ges. v. 24. Mai 1853 zu gedenken. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 176. h. t.)

vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehend, und zwar mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen des Verpflichteten, welche sie bisher darin hatten.
(G. S. 1850 S. 77.)

Hiernach sind nur noch diejenigen Bestimmungen dieses Abschn., welche die Nutzungen des Erbverpächters betreffen, in Gültigkeit geblieben, während alle Bestimmungen, die sich auf das Obereigenthum des Erbverpächters beziehen, antiquirt sind.

II. Zu den (obigen) Bestimmungen der §§. 2. u. 5. des Ablös. G. v. 2. März 1850.

1) Zum §. 2. Nr. 2. a) Grundstücke und Gerechtigkeiten in den ehemals Französisch-Hanseatischen Landestheilen, welche auf höchstens drei Vererbungsfälle, oder auf eine Zeit von weniger als 100 Jahren verliehen oder verpachtet sind, unterliegen den Bestimmungen des §. 2. Nr. 2. des G. v. 2. März 1850 nicht und werden daher nicht volles Eigenthum der Besitzer.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1852[1]). (Präj. Nr. 2374.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 130, Entsch. Bd. 23. S. 126, Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 1, Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 5. S. 270.)

b) Die Bestimmung des §. 2. Nr. 2. des G. v. 2. März 1850, nach welcher das Eigenthum des Erbverpächters ohne Entschädigung aufgehoben und dem Erbpächter sofort ein volles Eigenthum übertragen wird, findet außerhalb des Bereiches der G. v. 21. April 1825 (Nr. 938., 939., 940.) auch auf solche Erbpachten Anwendung, welche nur auf gewisse Grade oder Generationen abgeschlossen sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Okt. 1853. (Präj. Nr. 2484.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 172, Entsch. Bd. 27. S. 181, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 250.)

Koch sucht zu zeigen, daß die beiden vorstehenden Präj. in ihrer Begründung nicht harmoniren. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. ad h. t.)

c) Die Vorschrift des §. 2. Nr. 2. des G. v. 2. März 1850, betr. die Verleihung des Eigenthums an Erbpächter, findet auf ein bedingtes Erbpachtsverhältniß, so lange die Bedingung nicht eingetreten ist, keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Dec. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 187 Nr. 46.)

d) Die Verabredung in einem Erbpachtskontrakte, daß der Erbverpächter berechtigt sein solle, nach Ablauf einer bestimmten Zeit das volle Eigenthum des Erbpachtstückes wieder an sich zu bringen, ist eben so, wie das dem Erbverpächter im Vertrage aufgelegte Verbot der Verschuldung und Belastung, durch die Aufhebung des Eigenthumsrechtes des Erbverpächters und die Verleihung des vollen Eigenthums an den Erbverpächter außer Wirkung gesetzt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1854. (Präj. Nr. 2523.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 172, Entsch. Bd. 28. S. 282.)

e) Die Vererbpachtung eines mit gutsherrlichen Rechten versehenen Gutes an die demselben dienst- und abgabenpflichtigen Laßwirthe unter alleiniger Mitvererbpachtung der von ihnen diesem Gute zu leistenden Dienste und Schuldigkeiten schließt nicht ohne Weiteres auch die erbpachtsweise Ueberlassung der dem Erbverpächter an den Laßnahrungen der Erbpächter zugestandenen gutsherrlichen Rechte, noch weniger aber ein Erbpachtsrecht an den Laßnahrungen selbst in sich. Derartige Erbpächter haben daher in Folge des §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 nicht das volle Eigenthum an ihren Laßnahrungen erworben, sind vielmehr zur Erlangung desselben schuldig, sich mit dem Erbverpächter nach den Vorschriften des Abschn. III. dieses Gesetzes auseinanderzusetzen und der Erbverpächter ist befugt, diese Auseinandersetzung zu beantragen.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 14. Nov. 1856 und von dem Ob. Trib. unterm 27. Juni 1857.
(Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 387 u. Bd. 10. S. 219.)

[1]) Das Rev. Kolleg. für L. K. S. hat in dem (durch ob. Erk. des Ob. Trib. vernichteten) Erk. v. 16. Sept. 1851 (Zeitschr. des Rev. Koll. Bd. 4. S. 357 ff., Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 439) das Gegentheil angenommen.

2) Zum §. 2. Nr. 2. u. 5.

a) Die Berechtigung des Erbverpächters zur Erhöhung oder anderweitigen Regulirung des Erbpachts-Kanons nach periodischen Nutzungsanschlägen des Erbpachtsgrundstücks, oder nach anderen Voraussetzungen ist durch die Bestimmung des §. 2. Nr. 5. des Ablös. G. v. 2. März 1850 für unentgeltlich aufgehoben nicht zu erachten. Dieselbe ist jedoch ablösbar und deren Werth nach dem Umfange des Erbpachts-Kanons zur Zeit der beantragten Ablösung desselben, event. durch Sachverständige, zu bemessen.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 17. Okt. 1856. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 377 ff.)

b) Das Recht des Erbverpächters zur Erhöhung des Erbpachts-Kanons nach der jedesmaligen Kammertaxe ist zwar durch den §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 nicht unentgeltlich aufgehoben; der Erbverpächter kann jedoch bei eintretender Ablösung des Erbpachts-Kanons für dieses Recht nur in soweit eine Entschädigung verlangen, als zur Zeit der eintretenden Ablösung eine Erhöhung der Kammertaxe stattgefunden hat und eine derselben entsprechende Erhöhung des Erbpachts-Kanons noch nicht erfolgt ist; entgegengesetzten Falles findet aber für die in Zukunft etwa noch mögliche Erhöhung der Kammertaxe und resp. des Erbpachts-Kanons eine besondere Entschädigung nicht statt.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 6. Febr. 1857. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 10. S. 101.)

3) Zu §. 2. Nr. 2. und §. 5.

a) Das in einem Erbpachtvertrage dem Erbverpächter vorbehaltene Jagdrecht ist mit dem nach §. 2. Nr. 2. des G. v. 2. März 1850 von dem Erbpächter erlangten vollen Eigenthum auf denselben übergegangen, und keine solche vorbehaltene Nutzung, welche nach §. 5. des gedachten Gesetzes als fortbestehende Berechtigung von dem bisherigen Erbverpächter noch ferner ausgeübt werden darf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Dec. 1851. (Präj. Nr. 2336.)

Daß im §. 5. des Ges. v. 2. März 1850 an ein ganz singulaires Verhältniß eines Vorbehalts des Jagdrechts für den Erbverpächter habe gedacht werden können, und in dieser Beziehung die Aufhebung des über die Unzulässigkeit der Trennung des Jagdrechts von Grund und Boden ergangenen Ges. v. 31. Okt. 1848 habe verordnet werden sollen, würde schon deshalb nicht anzunehmen sein, weil in einem Gesetze, betreff. die Ablös. der Reallasten und die Regulir. der gutsherrl. und bäuerl. Verh., keine Veranlassung liegen konnte, über das Jagdrecht Bestimmungen zu treffen, das als ein das Eigenthum belastendes Recht gar nicht mehr bestand. Die vorbehaltene Nutzung des Jagdregals schließt für den Erbverpächter überdies gar kein Recht auf fremdes Eigenthum in sich, da der Erbverpächter Eigenthümer des Grund und Bodens blieb. (A. L. R. I. 21. §§. 187., 199.) Durch §. 2. des Ges. v. 2. März 1850 ist unbedingt ausgesprochen, daß alle Rechte des Eigenthums auf den Erbpächter übergehen, dieser nun alleiniger Eigenthümer sei. Will der Erbverpächter nun bei diesem Uebergange des Eigenthums das Jagdrecht vom Grund und Boden trennen, so würde jetzt erst aus dieser Prätension eine Servitut, eine Befugniß, den Eigenthümer in der freien Ausübung seiner Eigenthumsrechte zu beschränken, konstituirt werden. Dies ist nach §§. 2. und 3. des Ges. v. 31. Okt. 1848 unmöglich. Daß diese Bestimmungen durch §. 5. des Ges. v. 2. März 1850 nicht im Mindesten haben beschränkt werden sollen, ergiebt das später ergangene und publizirte Jagdpolizei-Gesetz v. 7. März 1850 §. 1. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 173, Entsch. Bd. 22. S. 1.)

b) Wird von einem vererbpachteten Lande nach der Rechtskraft des G. v. 2. März 1850 durch die Strömung des Flusses ein Stück abgerissen, so ist der Erbverpächter trotz der ihn dazu verpflichtenden Bestimmung des Erbpachtvertrages zur Wertherstattung des abgerissenen Landes nicht verbunden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Jan. 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 223 Nr. 55.)

c) Das in dem Erbpachtsvertrage dem Erbverpächter vorbehaltene eventuelle Revokationsrecht ist durch §. 2. Nr. 2. und §. 5. des G. v. 2. März 1850 aufgehoben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juni 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 152 Nr. 37.)

d) Das Recht des Erbverpächters auf Wiedereinziehung des Grundstückes wegen eines vor der Verkündigung des Sistirungsgesetzes

v. 9. Okt. 1848 eingetretenen zweijährigen Kanonrückstandes ist durch das Ablös. G. v. 2. März 1850 nicht aufgehoben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 222 Nr. 48.)

e) Durch die Verwandlung der Erbpacht in volles Eigenthum des Erbpächters in Folge des §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 ist auch ein etwa dem Erbverpächter unter gewissen Voraussetzungen vorbehaltenes Kündigungsrecht unentgeltlich in Wegfall gekommen.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 2. Juli 1852. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 249.)

f) Mit der durch §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 erfolgten Uebertragung des vollen Eigenthums auf die bisherigen Erbpächter sind die den letzteren Seitens der Erbverpächter auferlegt gewesenen Beschränkungen in der Dispositionsbefugniß über die Erbpachtsgrundstücke, welche nur in dem Erbpachtsverhältnisse ihren Grund haben, und an deren Aufrechterhaltung der frühere Erbverpächter kein weiteres rechtliches Interesse hat, für erloschen zu erachten.

Zu diesen aufgehobenen Dispositionsbeschränkungen sind jedoch nicht solche Verpflichtungen zu rechnen, welche auch bei der Veräußerung des vollen Eigenthums dem Käufer auferlegt werden können.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 51 Nr. 10., Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 10. S. 267, vergl. Bd. 9. S. 272.)

g) Die Verpflichtung eines Erbpächters, bei Verlust des Erbpachtsrechtes keine Veräußerung ohne vorgängigen Konsens des Erbverpächters vorzunehmen, war eine selbstständige, von dem etwanigen Vorkaufsrechte unabhängige Verbindlichkeit, und ist durch §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 auch in dem Falle ohne Entschädigung aufgehoben, wenn das Vorkaufsrecht des Erbverpächters nach §. 4. ebendas. bestehen geblieben ist.

Erkannt von dem Revis. Kolleg für L. K. S. unterm 1. Juni 1855. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 9. S. 129.)

4) Zum **§. 5.**

a) Das dem Erbverpächter zustehende Benutzungsrecht an der ihm vom Erbpächter, unter der ausdrücklichen Entbindung von der Verzinsung, baar eingezahlten Kaution ist für eine vorbehaltene Nutzung im Sinne des §. 5. des Ablös. G. v. 2. März 1850 zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Mai 1855. (Präj. Nr. 2630.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 173, Entsch. Bd. 31. S. 141.)

b) Mit der gesetzlichen Verleihung des Eigenthums an dem Erbpachtsgute sind auch die bisher von dem Erbverpächter getragenen Dominiallasten auf den neuen Eigenthümer übergegangen [1]).

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juni 1857. (Entsch. Bd. 36. S. 149.)

III. Betreffend die Erbpachtsverhältnisse in den Landestheilen, welche vormals zum Königreiche Westphalen, zum Großherzogthume Berg oder zu den Französisch-Hanseatischen Departements gehört haben, nach den Gesetzen v. 21. April 1825.

1) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 12. April 1848 nimmt an:

Das Kaiserl. Dekret v. 12. Dec. 1808 für das ehemalige Herzogthum Berg über die Aufhebung der Leibeigenschaft und Verwandlung des erblichen Besitzrechtes der Eigenbehörigen an ihren Grundstücken in volles Eigenthum ist als ein Prohibitivgesetz anzusehen, dergestalt, daß auch spätere, unter der Herrschaft dieses Gesetzes geschlossene Erbpachts- und Erbzinsverträge für ungültig zu erachten, und die Verjährung dadurch von selbst ausgeschlossen wird. (Entsch. Bd. 17. S. 452.)

[1]) Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 31. Okt. 1842 (Präj. Nr. 1206.) hat dagegen folgenden Grundsatz ausgesprochen: „Die vertragsmäßige Verpflichtung des Erbverpächters zur Entrichtung der auf der Sache haftenden Abgaben, ist auch nach der Verkündigung des Ges. v. 21. April 1825 über die den Grundbesitz betr. Rechtsverhältnisse rc. in den Landestheilen, welche zu dem Großherzogthum Berg gehört haben, ohne Rücksicht auf die durch dieses Gesetz zum Besten des Erbpächters stattgefundene Verwandlung der Erbpachts-Gerechtigkeit in volles Eigenthum an dem Grundstück, für fortbestehend zu achten.“

(Präj. Samml. S. 355, Entsch. Bd. 8. S. 180, J. M. Bl. 1843 S. 64.)

Das Präj. desselben Sen. v. 15. Juli 1854 (Präj. Nr. 2540.) spricht dagegen aus:

Das Kaiserl. Dekret v. 12. Dec. 1808 über die Aufhebung der Leibeigenschaft ist als ein Prohibitivgesetz bezüglich der Errichtung von Erbpachtsverträgen im Allgemeinen nicht anzusehen, trifft vielmehr nur früher eigenbehörig gewesene (freigelassene) beziehungsweise in Erbpacht verwandelte Kolonate.

Die Gründe dieses letzteren Präj. bemerken, daß dasselbe mit dem früheren nicht im Widerspruche stehe; denn in jenem Falle sei die Frage: ob das Dekret v. 12. Dec. 1808 auf nicht eigenbehörig gewesene Grundstücke Anwendung gefunden habe? nicht zur Sprache gekommen. Es wird dann ausgeführt, daß durch das Französisch-Hanseatische Dekret v. 9. Dec. 1811, das G. v. 21. April 1825 (Nr. 940.) und das Ablös. G. v. 2. März 1850 eine bestehende Erbpacht nicht aufgehoben, sondern zum vollen Eigenthum erhoben worden sei.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 120, Entsch. Bd. 29. S. 123, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 90 ff.)

2) Erbpächter auf 100 Jahre haben nach dem §. 15. der G. v. 21. April 1825 Eigenthum erworben, auch wenn bedungen war, daß nach Ablauf dieser Zeit die verliehenen Grundstücke in demjenigen Zustande, in welchem sie sich alsdann befinden werden, wieder abgetreten werden sollen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 226.)

3) Das Ob. Trib. führt ferner aus (Datum des Urtels konstirt nicht), daß das Fortbestehen der in Erbpachtsverträgen enthaltenen auflösenden Bestimmung, betreffend den Rückfall des Erbpachtsrechtes, falls der Erbpachts-Kanon nicht gehörig berichtigt wird, mit dem nach §. 15. der G. v. 21. April 1825 den Erbpächtern erworbenen Eigenthumsrechte unvereinbar und daher für wegfallend zu erachten sei. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 27.)

§§. 187—189. Begriff der Erbpacht.

§. 187. 1) Dem Erbverpächter, welcher sich an gewissen Theilen der vererbpachteten Sache auf ewige Zeiten das Nutzungsrecht vorbehalten hat, ist an diesen Theilen das volle Eigenthumsrecht verblieben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Nov. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 150 Nr. 29.)

2) Das A. L. R. kennt Erbpachten auf bestimmte Jahre nicht, sondern nur immerwährende oder auf bestimmte Grade oder Generationen.

Ein unter seiner Herrschaft auf 100 Jahre abgeschlossener und auf die Erben des Pächters übergehender Pachtvertrag kann deshalb für einen Erbpachtskontrakt nicht erachtet werden, wenngleich der Pachtzins mit dem Nutzungsertrage des verpachteten Grundstücks im Verhältniß steht.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 16. Sept. 1853. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 7. S. 127.)

3) Die dem Erbpächter und dessen Erben im Erbpachtsvertrage eingeräumte Befugniß zum einseitigen Rücktritte vom Vertrage widerstreitet nicht dem gesetzlichen Begriffe der Erbpacht. Das gegen eine bestimmte jährliche Geldabgabe erblich verliehene Recht zum Lehmgraben ist ein Erbpachtsrecht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 92 Nr. 26.)

4) Ueber die Merkmale eines bäuerlichen Erbpachtsgutes in Beziehung auf die G. v. 21. April 1825 vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 3. Febr. 1849. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 4. S. 101—124.)

§§. 187. 190. 193. Das Eigenthum des Rechts zur Beziehung des Erbpachtszinses kann auf dritte Personen ohne gleichzeitige legale Erwerbung des dem Erbverpächter an dem Erbpachtsgrundstücke zustehenden Eigenthums nicht durch bloße Cession übergehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. April 1843. (Präj. Nr. 1288.) (Präj. Samml. S. 121.)

Nachdem indeß das Eigenthum des Erbverpächters an dem Grundstücke aufgehoben worden, ist die Zulässigkeit der gedachten Cession anzunehmen.

§. 195. R. v. 17. April 1805. In der letzten Zeile ist statt: »Erbpächter« zu lesen: »Erbverpächter«.
(N. C. C. Tom. XII. p. 779, Rabe Bd. 8. S. 270.)
Dasselbe bemerkt das R. v. 29. Dec. 1837.
(Jahrb. Bd. 50. S. 469, Gräff Bd. 12. S. 1.)

§§. 199—226. Die Rechte und Pflichten des Erbpächters sind fortan nicht mehr die des Nießbrauchers, sondern die des Eigenthümers; hiernach sind alle diese Bestimmungen modifizirt und beziehungsweise antiquirt. Dasselbe gilt von den Rechten des Erbverpächters; doch ist dabei der §. 5. des G. v. 2. März 1850 maßgebend, daß die Berechtigungen des Erbverpächters mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen des Verpflichteten fortdauern, welche sie bisher darin hatten, und es ist Letzteres namentlich auf die §§. 204—206. zu beziehen.

§§. 199. 201. Während des noch bestehenden Erbpachtsverhältnisses konnten Grundgerechtigkeiten, unbeschadet der Rechte des Erbverpächters, gegen den Erbpächter durch Verjährung erworben werden, in sofern damit nur keine Veränderung der Substanz oder einzelner Theile derselben in einer von der vorigen ganz verschiedenen Form verbunden war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. April 1851, auf Grund des A. L. R. I. 21. §§. 25., 91., 199., 201.
(Entsch. Bd. 21. S. 371.)

Die Herausgeber der Entscheidungen bemerken hierzu:

Dieser Rechtssatz wird künftig, nachdem den Erbpächtern das volle Eigenthum verliehen worden (G. v. 2. März 1850 §. 2. Nr. 2., §. 91.), seine Bedeutung verlieren, dieselbe aber noch für lange Zeit, und namentlich bei Beurtheilung der Frage behalten: ob bei der behaupteten Verjährung einer Servitut gegen ein vormaliges Erbpachtsgrundstück die Verjährung erst seit dem Tage der Publikation des G. v. 2. März 1850 oder schon während des Erbpachtsverhältnisses beginnen konnte. (Entsch. Bd. 21. S. 371 Anm.*)

§. 201. 1) Die in den über Domainenbauerhöfe ertheilten Erbpachtverschreibungen enthaltenen vertragsmäßig begründeten Bestimmungen über Sukcessionsordnung und Annahmepreis sind bis zum Erscheinen des Ablös. G. v. 2. März 1850 in rechtlicher Kraft verblieben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1852, unter Bezugnahme auf den §. 201. h. t. (Entsch. Bd. 24. S. 283.)

2) Der Erbpächter einer dem Krugverlagsrechte unterworfenen Schankstätte, die er in Zeitpacht ausgethan, kann wegen der von seinem Pächter ausgehenden Verletzungen des Krugverlagsrechts, insbesondere auf die im Erbpachtskontrakte festgesetzte Konventionalstrafe, vom Erbverpächter ebenso in Anspruch genommen werden, wie der Pächter nach Tit. 21. § 316. bei der Zeitpacht vom Verpächter für den Unterpächter.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juli 1839. (Präj. Nr. 707.) (Präj. Samml. S. 122.)

§. 207. 1) Ist durch die Bestimmungen des §. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 das gesetzliche oder vertragsmäßige Recht des Erbpächters auf Remission aufgehoben?

a) Es bejahet das C. R. des Finanzmin. v. 14. Dec. 1850, da der Erbpächter nach §. 2. Nr. 2. Eigenthümer geworden, wodurch alle in diesem Gesetze nicht ausdrücklich als fortbestehend bezeichneten Rechte und Verbindlichkeiten der früheren Erbverpächter und Erbpächter, die aus A. L. R. I. 21. Abschn. 2. herzuleiten, erloschen; das Remissionsrecht sei aber im §. 5. nicht erwähnt.
(M. Bl. d. i. V. 1850 S. 407.)

b) Es verneint ein Erk. des Revis. Kolleg. für L. K. S. von 1852, welches die Sätze aufstellt:

α) Durch das G. v. 2. März 1850, insbesondere durch §. 2. Nr. 2., hat der Erbpächter das gesetzliche oder vertragsmäßige Recht auf Remission nicht verloren.

β) Die in einem Erbpachtsvertrage von dem Erbpächter allgemein erklärte Verzichtleistung auf Remission ist auch auf das Jagdrecht auszudehnen, in soweit solches durch das G. v. 31. Okt. 1848 aufgehoben und dem Erbpächter entzogen ist.

Nach §. 201. h. t. ist die Erbpachtsgerechtigkeit das volle Eigenthum des Pächters. Hieraus folgt: 1) daß der Kanon das Aequivalent für das Nutzungsrecht ist; 2) daß derselbe nur in soweit aufgebracht werden darf, als die Nutzung des vererbpachteten Grundstücks reicht; 3) daß der Erbverpächter nicht sowohl als Eigenthümer (Proprietar) des Grundstücks als wegen seines Rechtes auf den Kanon zu der Remission verpflichtet ist.

Jedes dieser beiden letzten Rechte ist als ein besonderes, von einander unabhängiges Recht anzusehen, und in beiden zusammen besteht das, vor der Vererbpachtung bei dem Erbverpächter vereinigte, die Proprietät und das Nutzungsrecht umfassende volle Eigenthum. — Dem vom Erbverpächter veräußerten Nutzungsrechte korrespondirt die Verpflichtung zur Remission der dafür vorbedungenen Abgabe, im Fall sie aus der Nutzung nicht erzielt werden kann, und dieser Theil des Verhältnisses zwischen Erbpächter und Erbverpächter ist durch das Ablösungsgesetz v. 2. März 1850 unberührt geblieben. Nur das Eigenthumsrecht des Verpächters ist durch §. 2. Nr. 2. a. a. O., und zwar unentgeltlich, aufgehoben worden. Eine solche unentgeltliche Aufhebung würde aber nicht stattfinden, wenn der Erbpächter dadurch das Recht auf Remission des unverändert gebliebenen Kanons verlieren sollte; der Erbverpächter würde im Gegentheil einen offenbaren Gewinn haben, da das Proprietätsrecht, welches er verliert, werthlos war. Das A. L. R. I. 18. §§. 815—817. kennt schon ein, dem gegenwärtigen ganz analoges Rechtsverhältniß (§§. 759. ff. a. a. O.). Ist das aus dem Erbpachtsverhältnisse entspringende gesetzliche Recht auf Remissionen nicht aufgehoben, so ist dies von dem kontraktlich festgesetzten noch weniger anzunehmen. Dagegen ist die Verzicht auf jede Remission auch auf das Jagdrecht zu beziehen, wenn dies einen Gegenstand der Vererbpachtung mit ausgemacht hat, und es kommt dabei nicht in Betracht, daß zur Zeit der Kontraktserrichtung an eine gesetzliche Aufhebung dieses Rechts auf fremden Grundstücken nicht gedacht werden konnte. Dasselbe gilt von jedem unvermeidlichen Zufall. Der §. 1. des G. v. 31. Okt. 1848, daß die bisherigen Abgaben und Gegenleistungen des Berechtigten wegfallen, bezieht sich nur auf das Verhältniß des Jagdberechtigten zu dem Eigenthümer des mit dem Jagdrecht belastet gewesenen Grundstücks.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 5. S. 410 ff.)

2) Zu den »fortwährenden Verringerungen« des §. 207. sind solche nicht zu zählen, welche nicht Folge einer durch Zufall verminderten Ertragsfähigkeit des Erbpachtsgrundstückes sind, sondern von industriellen und kommerziellen Verhältnissen abhängen, als bei nicht exklusiver Erbpachtgerechtigkeit, dem Entstehen ähnlicher Anlagen, und dem Sinken der Preise.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1841. (Präj. Nr. 1017.) (Präj. Samml. S. 122.)

§§. 207. sqq. Der Anspruch des Erbpächters an den Erbverpächter auf Vergütung des Minderwerths des Erbpachtsrechts wegen einer fehlenden, ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaft kann nur auf Minderung oder Erlaß des Erbpachtzinses gerichtet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1839. (Präj. Nr. 629.) (Präj. Samml. S. 122.)

§. 212. 1) Das Recht des Erbverpächters auf Zahlung des Erbpachtzinses wird erst durch die Intabulation dieses Zinses dinglich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1839. (Präj. Nr. 674.) (Präj. Samml. S. 123.)

2) Das dem Erbverpächter wegen des rückständigen Kanons im Konkurs- oder Kaufgelderverteilungs-Verfahren zustehende Vorrecht ist, den Hypothekengläubigern gegenüber, sobald nur die Eigenschaft des ihnen verpfändeten Grundstücks als Erbpachtsgut aus dem Hypothekenbuche erhellet, durch die erfolgte Eintragung des Kanons nicht bedingt und es erstreckt sich, wenn der Kanon nach dessen im minderen Betrage wirklich erfolgter Eintragung erhöht worden ist, auch auf den nicht eingetragenen Betrag, um den erhöht worden, sobald die gedachte Erhöhung auf einer bereits in dem ursprünglichen Erbpachtsvertrage getroffenen Vereinbarung beruht.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1852. (Präj. Nr. 2394.)

Aus dem A. L. R. I. 21. §§. 212., 214., 215., A. G. O. I. 50. §. 386. b. folgt unzweifelhaft, daß der Erbverpächter wegen seines Kanons, so wie wegen seiner sonstigen, aus dem Erbpachtsverhältnisse herzuleitenden Forderungen an den Erbverpächter, auch wenn dieselben nicht eingetragen sind, vor allen selbst den eingetragenen Gläubigern des Letzteren, aus den Kaufgeldern des Erbpachtsgrundstücks befriedigt werden muß. Denn hätte seine Priorität überhaupt durch die Eintragung des Kanons oder der sonstigen von ihm geltend zu machenden Forderungen bedingt sein sollen, so würde er bei erfolgter Eintragung in Gemäßheit des §. 387. Tit. 50. nur die Ansetzung in der dritten Klasse haben verlangen und er hätte von der Einlassung auf den Konkurs, die den Realgläubigern erst durch das G. v. 28. Dec. 1840 erlassen worden ist,

nicht schon durch den §. 382. b. der Konk. O. entbunden werden können. Auch wäre bei seiner Locirung in jener Klasse die Bestimmung seiner Priorität im Verhältnisse zu den übrigen Hypothekengläubigern von der Zeit der geschehenen Eintragung abhängig geblieben, und es hätte mithin von einem ihm unbedingt vor allen Kreditoren zustehenden Vorrecht, wie es ihm durch die obigen Vorschriften beigelegt worden ist, nicht die Rede sein können. — Das A. L. R. I. 20. §. 411. kann bei dem klaren Inhalte obiger Vorschriften nicht entscheiden, und eben so wenig steht §. 431. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. entgegen, vielmehr geht gerade aus dieser in Bezug auf den Erbzinsherrn getroffenen Bestimmung im Gegensatze mit den erwähnten auf den Erbverpächter sich beziehenden Vorschriften noch gewisser hervor, daß das Vorrecht des Letzteren von der Eintragung keinesweges abhängig ist. Das A. L. R. I. 21. §. 193. erklärt den Erbpachts-Kanon der Regel nach für unabänderlich; die Zulässigkeit einer Erhöhung unterliegt jedoch nach §. 194. keinem Bedenken, und wenn der ursprüngliche Erbpachtkontrakt selbst ergiebt, daß und unter welchen Bedingungen die Kontrahenten sich von Anfang an schon über eine solche Veränderung geeinigt haben, so können sich die Hypothekengläubiger der Wirksamkeit einer derartigen Vertragsbestimmung nicht entziehen und es kann dem Erbverpächter die unterlassene, nachträgliche Eintragung der Summe, um welche der ursprüngliche Kanon jener Abrede gemäß wirklich erhöht worden, eben so wenig zum Nachtheile gereichen, als ihm der unterbliebene Vermerk der Abgabe, wie sie zuerst verabredet worden, im Hypothekenbuche bei der Ausübung seines Vorrechts vor den Hypothekengläubigern hinderlich gewesen wäre. Das Präj. Nr. 674.[1]) steht dieser Entscheidung nicht entgegen, weil es sich nur auf die Frage bezieht: in wiefern der spätere Erwerber eines Erbpachtgrundstückes den nicht eingetragenen Kanon aus demselben zu zahlen verpflichtet sei, während hier die Priorität des Kanons dem Hypothekengläubiger gegenüber zu beurtheilen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 39, Entsch. Bd. 23. S. 445, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 239 Nr. 57.)

Auch das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 2. Mai 1854 nimmt an, daß die Vorrechte des Erbverpächters wegen des Erbpachtskanons nicht von der hypothekarischen Eintragung abhängig und durch das G. v. 2. März 1850 nicht aufgehoben worden sind.

(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 71 Nr. 16.)

§§. 216—220. Das von Zeitemphyteuten gezahlte oder resp. zu zahlende Einkaufsgeld hat nicht die Natur einer Besitzveränderungsabgabe, sondern ist als eine im Voraus gezahlte oder zu zahlende Pacht anzusehen.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 22. Sept. 1854. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 8. S. 240.)

Dritter Abschnitt.

Von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen.

Ueber die systematische Anordnung dieses Abschn. vergl. Dr. v. d. Hagen in Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 34—35.

§§. 231—233. Prekarium.

§. 231. Die vorlandrechtliche Praxis forderte zur Begründung des Prekariums die ausdrückliche Verabredung der Befugniß zum willkührlichen Widerruf.

(Erk. des Ob. Trib. v. 1789, Klein's Annal. Bd. 6. S. 179.)

Jetzt genügen die negativen Erfordernisse des §. 231., um die Sache zu allen Zeiten zurückfordern zu dürfen.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 231. h. t.)

§§. 231—233. Der Prekarist hat an und für sich eine justa possessio; sie wird eine vitiosa, wenn er dem Verleiher gegenüber die Rückgabe der Sache verweigert. Diese Verweigerung hat dieselbe Wirkung, als die Gewalt bei der violenta possessio. Auch dann haftet der Prekarist, wenn er sich der Sache entäußert hat. Für das Prekarium ist charakteristisch, daß der Geber sich durch die Hergabe zu obligiren nicht beabsichtigt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Juni 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 351 Nr. 68.)

§. 233. 1) Die Vorschrift des §. 233. bezieht sich nicht auf Verträge über eigenthümliche Ueberlassungen von Grundstücken, und der Mangel der schriftlichen Form eines solchen Vertrages hindert nicht die Erwerbung des Eigenthums eines Grundstückes durch dreißigjährigen Besitz.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Juli 1840. (Präj. Nr. 891.) (Präj. Samml. S. 123.)

Hiermit steht das nachstehende neuere Präj. v. 6. Febr. 1849 im Einklange.

2) Die Vorschrift, daß, wenn eine unbewegliche Sache oder ein Recht der Gegenstand des Kontrakts, und dieser nicht schriftlich abgefaßt ist, der Empfänger die Sache auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden zu allen Zeiten zurückzugeben schuldig ist, bezieht sich nicht auf lästige Verträge und auf Eigenthumsübertragungen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Febr. 1849.

Der §. 233. bezieht sich nicht auf alle Arten von Verträgen, vielmehr nur auf den bestimmten Vertrag über die unentgeltliche Uebertragung eines eingeschränkten Gebrauchsrechts (Leihvertrag). Denn die Bestimmung befindet sich weder in dem allgemeinen Titel 5., noch im zehnten Titel, sondern an einem, für eine auf alle Arten von Verträgen zu treffende allgemeine Bestimmung ganz unpassenden Orte, im Titel 21., und zwar in dessen drittem Abschnitt »von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte fremder Sachen« unter der Rubrik »von dem Leihvertrage«, und schon diese Stellung deutet darauf hin, daß dadurch eine besondere Vorschrift für den Leihvertrag hat gegeben werden sollen. Der Zusammenhang mit den unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden Bestimmungen macht dies noch unzweifelhafter. Das A. L. R. unterscheidet in den §§. 229. ff. a. a. O. zwischen einem bindenden Leihkontrakt und zwischen einer durch die Willkühr des Leihenden bedingten Leihe, nach dem Marginale mit »Prekarium« bezeichnet. Von jenem handeln die §§. 229., 230., 234. ff. In Beziehung auf diesen bestimmen die §§. 231. u. 232. Hieran schließt sich die Bestimmung des §. 233. — Der hier gebrauchte bestimmte Artikel »des« ist nicht der unbestimmte Artikel »eines«, mithin ein bestimmter Kontrakt gemeint. Unmittelbar vorher und nachher (§. 234.) ist nur vom Leihkontrakte die Rede; bei den Worten des §. 233.: »wenn eine unbewegliche Sache der Gegenstand des Kontrakts ist«, kann daher nur an denjenigen Kontrakt gedacht worden sein, der unmittelbar vorher und nachher behandelt wird, also an den Leihkontrakt. Das Wort »des« ist gleichbedeutend mit dem im §. 230. gebrauchten Worte »dieses«. — Auch die Uebereinstimmung des Gesetzes nach dieser Auslegung mit andern Rechtsgrundsätzen, so wie die unauflöslichen Widersprüche, in welche eine allgemeinere Deutung des §. 233. die Bestimmung mit andern Grundsätzen bringt, stehen der Beschränkung auf den Leihkontrakt zur Seite. Selbst bei einer Anwendung auf den in demselben Abschnitte behandelten Pacht- und Miethsvertrag würden ihm die Bestimmungen der §§. 267—269., 402., 406. entgegenstehen. Ebenso unvereinbar würde der §. 233., auf eigenthümliche Ueberlassung von Rechten angewendet, mit den §§. 393., 394. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. sein. Wollte man den §. 233. auch auf solche Verträge beziehen, welche auf Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken gerichtet sind, so würde nach §. 233. in Verbindung mit §. 231. derjenige, welcher auf Grund eines mündlichen Vertrages ein Grundstück als sein eigen übernommen hat und besitzt, für einen bloßen Inhaber zu achten sein; ungeachtet er dann, nach §. 7. Thl. I. Tit. 7. a. a. O. doch vollständiger Besitzer sein und ihm die bei dem bloßen Inhaber, nach §. 2. daselbst, nothwendige Absicht: über die Sache für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, fehlen würde. Ebenso offenbar würde der Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatze des §. 163. Thl. I. Tit. 5. a. a. O. sein (§§. 536., 539., 558. Thl. I. Tit. 20.). — Auf Leihverträge beschränkt findet die Vorschrift des §. 233., in Verbindung mit den §§. 15—17. Thl. I. Tit. 10. und §§. 1064. ff. Thl. I. Tit. 11., ihre natürliche Erklärung schon darin, daß ein solcher Vertrag immer eine reine Gefälligkeit für die Zukunft enthält, an welche der Einräumende nur durch die Form gebunden werden kann. Dann verschwinden Widersprüche mit andern Rechtsgrundsätzen, und namentlich kann derjenige, dem eine fremde Sache nur zum Gebrauche und zur Benutzung auf Zeit oder Widerruf eingeräumt ist, nicht vollständiger Besitzer der Sache sein. A. L. R. I. 7. §§. 2—7.

(Entsch. Bd. 17. S. 276.)

3) Der in dem vorstehenden Präj. ausgesprochene Rechtssatz ist unter den Rechtslehrern streitig. Es wird nämlich darüber gestritten: ob der §. 233. ganz allgemein auf Verträge über Immobilien, oder nur über gewisse Verträge in Beziehung auf Immobilien, oder nur speziell auf den Kommodatskontrakt zu beziehen sei. Es haben sich drei verschiedene Meinungen kundbar gemacht:

I. Die Bestimmung soll von allen Verträgen in Beziehung auf Immobilien verstanden werden.

In diesem Sinne soll er beweisen, daß bei Immobilien der bloß mündlich geschlossene Vertrag nicht nur keinen an sich gültigen Titel

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

verleihe, sondern auch die darauf erfolgte Tradition dem Empfänger eine bloß prekäre Detention verleihe.

A. Dies nehmen an:

α) Bornemann.

(System Bd. 2. S. 182, 508, 2. Ausg. Bd. 2. S. 290.)

β) Boele, bemerkend, daß Leihverträge über Immobilien höchst selten vorkommen und sich nicht einsehen lasse, warum dabei stets schriftliche Form erfordert werde, da doch Miethsverträge unter 50 Thlr. ohne alle Form zulässig seien, daß die Jurisprudenz einen Leihvertrag als genus und das precarium als dessen species nicht kenne, und die Worte im §. 233. »Gegenstand des Kontrakts«, so viel bedeuteten als: »Gegenstand eines Kontrakts«.

(Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 319 u. Bd. 3. S. 637.)

γ) Grävell, indem er die im §. 233. gebrauchten Worte: »des Kontrakts« in »eines Vertrages« verändert.

(Lehre vom Nießbrauche rc. S. 113.)

B. Es bemerken jedoch hiergegen:

α) Koch, daß mündliche Mieth- und Pachtverträge nicht als ein Prekarium behandelt werden.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 352 u. Bd. 2. S. 159 Anm. 60.)

β) v. d. Hagen: die Stellung des §. 233. zwischen den §§. 231., 232., welche den Begriff und die Wirkungen des bloßen precarii angeben, und dem §. 234., in welchem der Gesetzgeber wieder zu dem den Gegensatz bildenden Kommodat übergehe, lasse nicht zu, die Worte: »Gegenstand des Kontrakts«, anders zu verstehen, als: »Gegenstand des Kontrakts, von dem die Rede ist, oder des Leihvertrages«.

(Ulrich's Arch. Bd. 7. S. 31 ff.)

II. Die Bestimmung soll sich nur auf lukrative Verträge über Immobilien beziehen. Dies behauptet Schröter in dem Aufsatze über die Folgen der Unterlassung der schriftlichen Abfassung der Verträge (J. Z. 1835 S. 328) und in der Erwiederung auf die Bemerkung über A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §. 233 (ebend. S. 642). Auch in den civilist. Vers. im Gebiete des Pr. Rechts, 2. Ausg. S. 203.

III. Nach der dritten Meinung, welche auch von dem Ob. Trib. vertreten wird, bezieht sich die Bestimmung lediglich auf den Leihvertrag, und die §§. 231—233. haben den Sinn: das Kommodat oder der Leihvertrag in specie erfordere, daß die Zeit des Gebrauches irgendwie bestimmt sei; diese Bestimmung könne aber bei unbeweglichen Sachen und Rechten nur schriftlich geschehen. Sei die Uebergabe der Sache ohne eine solche gültige Bestimmung geschehen, so sei kein Kommodat, sondern ein bloßes precarium vorhanden.

Diese Ansicht vertheidigen: der Verf. des Aufs. in der J. Z. 1835 S. 539, Sommer in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 2. S. 599, Arndts in den Abhandl. ebendas. Bd. 3. S. 177 ff. u. S. 617 ff., v. d. Hagen in der Abhandl. ebendas. Bd. 7. S. 31 ff., Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 352 und Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 233. h. t.).

Auch das O. L. G. zu Ratibor hat sich in dem Erk. v. 14. Mai 1841 für diese Ansicht ausgesprochen. (Koch's Arch. Bd. 5. S. 434.)

4) Derjenige, welcher auf Grund eines mündlichen Vertrages ein Grundstück als sein eigenes übernommen hat und besitzt, ist nicht als bloßer Inhaber zu betrachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Nov. 1851, da der §. 233. sich nicht auf lästige Verträge und Eigenthumsübertragungen beziehe, und unter Bezugnahme auf das frühere Erk. v. 6. Febr. 1849 [1]). (Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 173 Nr. 36.)

5) Der §. 233. ist nur auf Leihverträge zu beziehen. Hat Jemand ein Grundstück durch mündlichen Vertrag zum Nießbrauch eingeräumt erhalten, so stehen ihm auch die Rechtsmittel auf possessorischen Schutz zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1851 mit Beziehung auf §. 269. h. t.

(Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 132 Nr. 28.)

§§. 238—256. Rechte und Pflichten des Leihers.

§. 248. Der Werth der im Besitze des Leihers verloren gegangenen Sache kann von dem Verleiher nur dann eingeklagt werden, wenn er Eigenthümer der Sache war.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1843. (Präj. Nr. 1359.)

Niemand kann Ersatz für einen Schaden fordern, den er nicht erlitten hat. Es kommt somit wesentlich darauf an, ob der Verleiher der Sache auch der Eigenthümer war; ist er dies nicht, so ist er zur Forderung des Sachwerths nur in sofern legitimirt, als er den Eigenthümer dieserhalb befriedigt hat, oder mit dessen Zustimmung. Die entgegengesetzte Ansicht beruht auf einer Verwechselung des dem Verleiher nach §. 246., allerdings auch dann, wenn er nicht Eigenthümer, vertragsmäßig zustehenden Rückforderungsrechtes mit dem Rechte, sich den Werth der Substanz zuzueignen, wenn die Sache im Besitze des Leihers verloren gegangen. Dies letztere Recht steht nur dem Eigenthümer zu. (Präj. Samml. S. 123, J. W. 1844 S. 535.)

Entgegengesetzter Ansicht sind Kämpfert und Arndts, welche auch demjenigen Verleiher, der nicht Eigenthümer der verloren gegangenen Sache war, die Klage auf Erstattung des Werthes derselben gegen den Leiher zusprechen.

Die Erstattung des Sachwerths zu fordern, ist ein vertragsmäßiges Recht des Verleihers. Wie der, welcher eine Sache unter der Bedingung der Rückgabe empfängt, diese zu leisten verpflichtet ist, ebenso unzweifelhaft erscheint seine Verpflichtung, den Sachwerth zu ersetzen, wenn er sich deren Rückgabe durch ein vertretbares Versehen unmöglich gemacht. Unerheblich hierbei ist das Verhältniß, in welchem der Geber zur Sache steht (§. 39. Tit. 3., §. 285. Tit. 5.). Denn, wenn der Empfänger, dem Geber gegenüber, die Rückgabe der Sache in dem empfangenen Zustande nicht verweigern kann, Ersterm also das Reche zusteht, das frühere Verhältniß, in dem er zur Sache bei der Uebergabe derselben an den Empfänger stand, zu reproduciren, so ergiebt sich daraus als nothwendige Folge die Verpflichtung des Empfängers, dem Geber den Werth der Sache zu erstatten, wenn er jene Reproduktion unmöglich gemacht. Somit würde selbst nach der Auffassung des Ob. Trib., nach welcher die Forderung des Werths als eine Schadensforderung erscheint, der Verleiher zur Erstattung des Sachwerths verpflichtet sein, indem der Begriff des Schadensersatzes landrechtlich eben auf der Wiederherstellung des früheren Zustandes beruhet. Ob der Verleiher demnächst den erhaltenen Sachwerth sich zu eigen machen darf, oder dem Eigenthümer der Sache herausgeben muß, ist lediglich zwischen diesen beiden zu verhandeln, und erscheint der daraus von dem Leiher etwa entnommene Einwand als eine exceptio de jure tertii.

(J. W. 1844 S. 538 u. 540 Anm.)

Gegen die Ansicht des Ob. Trib. vergl. auch Koch.

(Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 248. h. t.)

§. 250. Der Grund, warum bei dem Deposito Tit. 14. §. 20. das Gegentheil angenommen worden, ist der, weil bei dem Deposito der Deponent, bei dem Kommodato aber der Kommodatarius allein den Vortheil hat. (Suarez amtl. Vorträge [Jahrb. Bd. 41. S. 65].)

§§. 258—625. Vom Mieth- und Pachtvertrage.

O. Plathner, die Ansprüche aus dinglichen Rechtsverhältnissen, namentlich aus dem Mieth- und Pachtverhältnisse. (J. M. Schr. Bd. 1. S. 584 ff., 641 ff., 705 ff.)

1) R. v. 5. Jan. 1795, und Entscheidung der Gesetzkomm. v. 15. Dec. 1794. Die Pacht ist zwar ein jus reale, jedoch kann die Eintragung nur auf ausdrückliche Einwilligung des Besitzers geschehen.

Ihr erhaltet hierneben das Konklusum der Gesetz-Komm. auf Eure Anfrage v. 12. Sept. v. J., wegen Eintragung eines Pachtkontrakts auf das verpachtete Gut, zur Nachachtung in dem vorliegenden und künftigen gleichen Fällen, und mit der Anweisung, wegen Einziehung und Einsendung der Gebühren das Erforderliche zu verfügen, wobei Euch zugleich zur Vermeidung alles Mißverständnisses eröffnet wird, daß die Eintragung nicht um deswillen, als ob es des Pächtern an einem jure reale mangele (welches nach der Vorschrift des A. L. R. nicht mehr für zweifelhaft angesehen werden kann), sondern bloß um deswillen für unstatthaft erklärt worden, weil sowohl nach der Hyp. O., als nach dem A. L. R. die bloße Existenz eines juris realis zur Eintragung nicht hinreichend, sondern dazu außer den hypothecis tacitis et legalibus die ausdrückliche Einwilligung des Schuldners und Besitzers erforderlich ist.

Entscheidung der Gesetz-Komm.

Auf die Anfrage der Klevischen Reg. v. 12. Sept. c., wegen der Anwendung des §. 104. Tit. 2. der Hyp. O. auf bloße Pachtkontrakte, hat die Gesetz-Komm. dahin konkludirt: daß ein Gutspächter die Eintragung des Pachtkontrakts, wenn die Eintragung nicht ausdrücklich bewilligt worden, auf dem verpachteten Gute zu fordern nicht befugt.

(N. C. C. Tom. X. No. 5. des Nachtr. von 1798 S. 1857, Klein Bd. 13. S. 339, Rabe Bd. 3. S. 1.)

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

2) V. v. 24. Nov. 1812. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Hausvermiether und Miether in der Residenz **Berlin** sollen lediglich nach den Bestimmungen des A. L. R. beurtheilt werden.
(G. S. 1812 S. 196.)

§. 258. Es gehört zu den Essentialien eines durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Pacht- oder Miethsvertrages, daß die Nutzungsperiode auf irgend eine Weise in dem Vertrage selbst bestimmt sei.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Sept. 1848. (Präj. Nr. 2061.) (Präj. Samml. S. 123, Entsch. Bd. 16. S. 520.)

§§. 259—261. Der Vertrag ist als Miethe und nicht als Pacht zu beurtheilen, wenn dem Uebernehmer Lokalitäten an Gebäuden und Gärten, die zum öffentlichen Vergnügen eingerichtet sind, zum Betriebe eines Restaurationsgeschäftes gegen einen bestimmten Zins überlassen worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Mai 1855.

Der Unterschied zwischen Miethe und Pacht geht aus den §§. 258., 259. hervor. Bei der Miethe wird die Sache zum Gebrauch, bei der Pachtung zum Gebrauch und zur Nutzung überlassen. Welche von beiden Voraussetzungen vorhanden sei, hängt hauptsächlich von der Beschaffenheit der Sache und ihrer Bestimmung ab. Die regelmäßige Art der Nutzung besteht in der Gewinnung der natürlichen Früchte, die die Sache hervorbringt. Der Gegenstand eines Vertrages der hier in Rede stehenden Art gehört nicht zu den fruchttragenden Sachen in diesem Sinne. Derselbe trägt keine natürliche Früchte. Unter den Nutzungen sind zwar außer den natürlichen auch die sogenannten civilen Früchte begriffen; allein ein Lokal der gedachten Art hat seine Hauptbestimmung zum Bewohnen und zu einem Restaurationsgeschäft. Der Vortheil für den Besitzer liegt außer in der Wohnung in den Erträgnissen seines Gewerbebetriebes. Diese fallen nicht unter den Begriff der civilen Früchte des Lokals, in dem das Gewerbe ausgeübt wird. Die Ausübung des Gewerbes ist der vertragsmäßige Gebrauch, den der Besitzer von dem Lokal macht, der dadurch erlangte Gewinn ein ihm durch diesen Gebrauch, durch seine persönliche Thätigkeit und durch seine Betriebsamkeit entstandener Vortheil. Es ist dem Begriffe einer Miethe keineswegs entgegen, daß der Miether einen der Bestimmung der Sache entsprechenden Gebrauch anderen Personen für ein gewisses Entgelt gestattet. Denn es gehört nicht zum Wesen derselben, daß der Gebrauch sein und seiner Angehörigen persönliches Bedürfniß nicht überschreitet, noch daß er auf die eigene und unmittelbare Ausübung des Miethers beschränkt ist. Dem Miether kann gestattet sein, den ganzen Gebrauch der Sache oder eines Theils derselben durch Veraftermiethung an Dritte zu überlassen. Ungeachtet er in solchen Fällen statt des unmittelbaren Gebrauchs die für denselben von der Sache aufkommenden Aftermiethsgelder als Nutzung zieht, besteht das Verhältniß als Miethe und geht nicht in eine Pacht über. Eben so wenig geschieht dies dadurch, daß der Miether kraft des Miethsvertrages befugt ist, von anderen Personen für den Besuch des Lokals und die Benutzung der in demselben gemachten Anstalt ein Eintrittsgeld zu nehmen. Könnte es wegen derartiger Nebeneinnahmen, die das Lokal dem Besitzer gewähren kann, zweifelhaft erscheinen, ob das Geschäft als Pacht oder als Miethe zu beurtheilen sei, so würde nach Analogie des § 260. h. t. die Hauptbestimmung der Sache den Ausschlag geben müssen.
(Entsch. Bd. 31. S. 414, Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 179 Nr. 42.)

§§. 259. 271. 1) Ein Vertrag über die Einräumung des Rechts zur Austorfung einer Wiese unterliegt nicht den Regeln des Pachtvertrages.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. März 1854.

Die Wiedererzeugung des Torfs, wenn sie überhaupt stattfindet, erfordert einen über ein Menschenalter hinausgehenden Zeitraum, und daher gehört der Torf nicht unter den Begriff von Früchten der Wiesen, sondern zur Substanz des Grundstückes. Mit Rücksicht auf §. 110. A. L. R. I. 2., §. 220. A. L. R. I. 9. u. §. 259. h. t. fehlen daher einem Austorfungsvertrage die Kriterien des Pachtvertrages (§§. 259., 271. h. t.). Ein solches Geschäft ist nach den Regeln von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum (A. L. R. I. 19. u. Einl. zum A. L. R. I. 21.) zu beurtheilen.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 36 Nr. 9.)

Vergl. das Präj. des Kammerger. v. 19. Sept. 1853 in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 1. sqq.

2) Die gegen einen bestimmten Preis geschehene Ueberlassung der Ausbeute bestimmter Kuxe an bestimmten und vorhandenen Flötzen enthält weder einen Pachtvertrag, noch auch ein gewagtes Geschäft (eine emtio spei oder emtio rei speratae), sondern einen Kaufvertrag.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 149 Nr. 27.)

§. 260. Ist gegen einen bestimmten Zins eine fruchttragende Sache mit einer andern, die nur durch den Gebrauch der Substanz genutzt werden kann, zugleich und in einem Kontrakte dergestalt überlassen worden, daß es nur zweifelhaft ist, ob das Geschäft nach den Regeln des Pacht- oder des Miethskontrakts zu beurtheilen sei, so giebt, bei der Bestimmung hierüber, die Beschaffenheit der Hauptsache auch selbst in dem Falle den Ausschlag, daß die überlassenen Sachen zu einander nicht im Verhältnisse einer res principalis zu ihrem accessorium stehen.

Erkannt von dem O. L. G. zu Naumburg unterm 15. Nov. 1827. (Simon's R. Bd. 3. S. 357.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 2. §§. 42—47. Zus. 3.

§§. 262—266. Mieth- oder Pachtzins.

§. 263. 1) Dem Pächter steht der Einwand der Verletzung über die Hälfte nicht zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Juni 1850. (Präj. Nr. 2227.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 40, Entsch. Bd. 19. S. 489.)

Derselben Ansicht sind: Grattenauer in Mathis Bd. 7. S. 539 Anm. 59. und Bielitz. (Komm. Bd. 4. S. 508.)

Dagegen erachten den Einwand der Verletzung über die Hälfte auch bei Pacht- und Miethkontrakten für zulässig:

a) Grävell. (Lehre vom Nießbrauche ꝛc. S. 129.)

b) Koch. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 769.)

c) Die Gesetzrevisoren.

Für die Bejahung wird angeführt, daß das gemeine Recht die Läsionsklage auf alle onerose Geschäfte ausgedehnt habe, und daß der §. 263. h. t. ohne Beschränkung die §§. 46. ff. des 11. Tit. allegire. Mehr noch spricht hierfür eine Vergleichung des Textes mit dem Entwurfe; es waren daselbst im §. 134. d. Tit., dem der §. 263. d. Tit. entspricht, die §§. 43—59. Tit. 8. allegirt, und zu demselben gehören auch diejenigen, welche die Verletzung über die Hälfte beim Kaufkontrakte betreffen. Der §. 134. des Entwurfs ist, ohne daß dazu irgend etwas bemerkt worden, im §. 263. d. Tit. wörtlich wiedergegeben, nur das Allegat ist in soweit verändert, daß statt einer bestimmten Reihenfolge von §§. der Tit. 11. §§. 46. ff. allegirt worden. Man muß hieraus schließen, daß in der Sache selbst nichts hat geändert werden sollen. Hiergegen läßt sich auch nicht anführen (wie in Mathis Monatsschr. Bd. 7. S. 539 in der Anm. geschieht), daß die Tendenz des A. L. R. dahin zu gehen scheine, die Klage wegen enormer Verletzung nur bei Kaufgeschäften; denn der Schluß aus dieser dem Ganzen zum Grunde liegenden Richtung ist zu gewagt. Anderntheils aber ist es gewiß ein seltener Fall, daß die Läsionsklage bei einem Miethskontrakte, und vollends, daß sie bei einem Pachtkontrakte, wo der Fruchtgenuß mit den ungewissen Erwartungen Verwandtschaft hat, sollte fundirt werden können. Auch bedürfen der Miether und Pächter, da die Sache jedenfalls in brauchbarem Stande überliefert werden muß (§. 272. d. Tit.) und dem Pächter unter Umständen überdies Remissionsansprüche zur Seite stehen, der Läsionsklage weniger.
(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 76.)

d) Bornemann. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 298—299.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §§. 58—69. Zus. 1.

2) Ueber den Ort der Zahlung des Pachtzinses vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Okt. 1854 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §. 248. Zus. 1.

§§. 267—269. Form des Vertrages.

§. 267. Der gedr. Entw. hatte im §. 259. die Bestimmung, daß bei Miethungen beweglicher Sachen ein schriftlicher Vertrag nicht nothwendig sei. Suarez hielt dieselbe auch gegen die dagegen erhobenen Erinnerungen in der rev. mon. aufrecht. Es wurde jedoch konkludirt: »der §. bleibt weg«. (Jahrb. Bd. 52. S. 39.)

§. 268. Bei Anwendung des §. 268. macht es keinen Unterschied, ob die Dauer des Kontrakts in sich durch eine gewisse Zahl von Jahren, oder mit Beziehung auf ein gewiß eintretendes Ereigniß, z. B. auf die Lebenszeit eines Betheiligten, verabredet worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. April 1849 in Sachen Priebe wider Mampe. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm 15. zum §. 268. h. t.)

§§. 269. 328. 402. 1) Bei einem bloß mündlich geschlossenen, und deshalb nach §. 269. nur auf ein Jahr gültigen, oder nach §. 328. stillschweigend auf ein Jahr verlängerten Pachtvertrage, bedarf es, da das Gesetz die Dauer der Gültigkeit bestimmt, keiner Kündigung, um den Pächter nach Ablauf der Frist zur Räu-

mung zu verpflichten; dasselbe gilt auch von Pachtung der Landgüter, wenn darüber nach §. 402. ein schriftlicher Vertrag nicht errichtet worden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juli 1838. (Präj. Nr. 493.) (Präj. Samml. S. 123.)

2) Die hiernach von dem Ob. Trib. vertretene Ansicht, daß im Falle des §. 269. der Miethsvertrag von selbst seine Endschaft erreiche, ohne daß es einer besonderen Kündigung innerhalb der gesetzmäßigen Kündigungsfrist bedarf, haben ferner angenommen:

a) Grävell (Lehre vom Nießbrauche rc. S. 146).

b) Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 510).

c) Die Gesetzrevisoren, weil der §. 324. auch auf den Fall angewandt werden könne, wenn die Zeitbestimmung in Ermangelung schriftlicher Abfassung durch das Gesetz gegeben ist, und weil der §. 406. keine Ausdehnung auf andere Fälle, als den darin gedachten, zulasse. (Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 77.)

d) Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. (Datum des Erk. konstirt nicht), annehmend, daß die Worte in den §§. 324., 340.: »im Vertrage bestimmt« und »im Kontrakte gar nicht bestimmt« nichts anders ausdrücken, als daß die Dauer der Miethszeit auf rechtsgültige Weise bestimmt oder nicht bestimmt sein sollten, und daß der §. 406. nicht nur eine ganz besondere, für den speziellen Fall anwendbare Disposition enthalte, sondern auch für die ganz abweichende Voraussetzung gegeben sei, daß ein schriftlicher, also ein im Allgemeinen ausreichender Vertrag vorhanden sei, der nur gerichtlich oder notariell hätte geschlossen werden sollen. (Centralbl. 1839 S. 1209 ff.)

e) Das Ob. Appell. Ger. zu Posen in dem Erk. v. 6. Febr. 1843; denn der §. 324. gelte auch für den Fall, wo das Gesetz die Dauer des Vertrages bestimmt; die §§. 269., 328. gedächten der Kündigung nicht; der Gesetzgeber würde in den angeführten Gesetzen einer solchen erwähnt haben, wenn er sie für nothwendig gehalten; der Pächter, welcher auf Grund einer mündlichen Verabredung pachtet, und wissen kann, daß mit Jahresfrist sein Kontrakt ein Ende habe, dürfe nicht besser gestellt werden, als der, welcher durch schriftlichen Vertrag das Ende vorher bestimmt hat; der §. 340. setze überhaupt einen rechtsgültigen Vertrag der Form nach voraus, nicht aber einen an sich ungültigen und nur durch die Uebergabe seinem Bestehen nach anerkannten. Gerade weil der §. 406. der Nothwendigkeit der Kündigung erwähnt, sei anzunehmen, daß diese im Falle des §. 324. nicht stattfindet. Uebrigens setze §. 406. einen schriftlichen Vertrag voraus, was aus §. 405. hervorgehe. (J. W. 1843 S. 832.)

f) Bornemann, welcher bemerkt:

Der §. 269. spricht ganz kategorisch den Satz aus, der Vertrag solle nur auf ein Jahr gültig sein, ohne die Nothwendigkeit einer Kündigung vor Ablauf dieser Frist zu erwähnen. Die Vorschrift des §. 324. ferner muß ihrer klaren Absicht nach überall eintreten, wenn die Pacht- oder Miethzeit auf rechtsgültige Weise bestimmt ist, mithin auch da, wo das Gesetz diese bestimmt. Der §. 406. aber, auf die besonderen Nutzungsverhältnisse bei Landgütern rücksichtigend, kann als lex specialis auf einen anderen, als den darin gedachten Fall nicht ausgedehnt werden.

(System Bd. 4. S. 456, 2. Ausg. Bd. 4. S. 297.)

Die entgegengesetzte Meinung, nämlich die, daß es einer besonderen Kündigung bedürfe, vertheidigen: Merckel (Komm. zum A. L. R. Bd. 1. S. 739) und Koch (Recht der Ford. Bd. 3. S. 756).

Diese Ansicht wird auch in dem Erk. des Stadtger. zu Berlin im Centralbl. 1838 S. 1099 und in dem Erk. eines nicht genannten Gerichts in der J. W. 1843 S. 830 vertheidigt.

3) Die Vorschrift des §. 269. schließt die stillschweigende Verlängerung des Pachtverhältnisses nach dem mündlichen Vertrage nicht aus.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1843. (Präj. Nr. 1259.) (Präj. Samml. S. 123.)

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1843 erkannt.

Im §. 269. ist dem mündlichen Vertrage eine Wirksamkeit beigelegt, die er nach der allgemeinen Regel im §. 109. A. L. R. I. 5. nicht haben würde, und theils auf die Uebergabe ein besonderes Gewicht gelegt, theils berücksichtigt, daß wohl bei den meisten Pachtgegenständen ein Jahr den mindest erforderlichen, resp. entsprechenden Zeitabschnitt zur vollständigen Nutzung bildet, daß es nun aber zu vielen Streitigkeiten über die Konstatirung der wirklich gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen, über die Repartition der Abgaben u. s. w. hervorrufen werde, wenn man dem Pächter oder Verpächter gestatten wollte, noch nach der Uebergabe zu jeder beliebigen Zeit im Laufe des Jahres das Verhältniß zu brechen.

Dieselben Rücksichten und Verhältnisse, wie im ersten Jahre nach dem Pachtkontrakte, finden auch beim zweiten und dritten statt. Ganz eben so, wie für das erste Jahr, sind die Parteien auch im Stande, für das folgende Jahr durch die einfache Willensmeinung dasselbe Verhältniß eintreten oder fortbestehen zu lassen. In dieser Beziehung, sofern nämlich dem bloßen Konsense überhaupt einmal eine bestimmte, wiewohl jedesmal nur auf ein Jahr beschränkte rechtliche Wirksamkeit beigelegt worden, hat nun aber die stillschweigende Einwilligung zur Pachtverlängerung gleiche Kraft, wie die wörtlich erklärte, — denn nicht gegen die Art der Willenserklärung ist der §. 269. gerichtet, sondern überhaupt gegen nicht schriftliche Pachverträge (§§. 59., 60., 94. Tit. 4.). Hiernach hat der §. 269. nur den Sinn, daß die Kontrahenten, wenn die Sache schon gegeben und angenommen worden, immer, auch wenn der Vertrag auf eine längere Periode geschlossen worden, nur auf ein Jahr daran gebunden sein sollen, d. h. für diese Zeit auf Erfüllung ihrer vereinbarten Verbindlichkeiten gegen einander klagen können; daß aber nach Verlauf dieser Frist das Pachtverhältniß auch ohne Aufkündigung zu Ende geht und für die verabredete fernere Zeit keine rechtsgültige Verbindlichkeit, vermöge deren der eine Kontrahent zur Fortsetzung der Pacht wider seinen Willen von dem anderen belangt werden könne, mehr vorhanden ist. Dieser Fall steht nicht der relocatio tacita der §§. 325. sqq. h. t. gleich, da der vormalige Pächter eine fremde Sache ohne alles Recht besitzt und der §. 332., welcher für diesen Fall verordnet, ist eine dem Rechte des Eigenthümers oder des sonst zur Nutzung eigentlich berechtigten Verpächters ganz entsprechende Bestimmung. Im vorliegenden Falle besitzt und benutzt aber der Pächter die Sache mit dem Willen des Verpächters für einen bestimmten im Voraus bedungenen Zins. Diese Auslegung steht im Einklange mit den Vorschriften des A. L. R. I. 5. über die Erfüllung der statt schriftlich nur mündlich geschlossenen Verträge (§§. 155—157., 159., 165.). Zwar passen die Vorschriften in sofern nicht auf das Rechtsverhältniß, als der Pachtvertrag kein Vertrag über Handlungen ist und der Pächter auch die ihm tradirte Sache der Substanz nach zurückgeben kann. Allein nicht die Sache selbst, nach ihrer Substanz und Proprietät, wird das Objekt, welches ihm übertragen und abgetreten worden wäre, sondern nur das Besitz- und Nutzungsrecht auf bestimmte Jahre, und dieses kann er für diejenigen Jahre, in denen er es dem Vertrage gemäß ausgeübt hat, nicht zurückgeben. (Ulrich's Arch. Bd. 9. S. 125.)

4) Der §. 269. bestimmt nicht, daß aus einem unförmlichen Miethsvertrage der Miether ein einjähriges Gebrauchsrecht erlange, und diese Fristbestimmung in die Stelle jeder andern von den Kontrahenten etwa verabredeten trete, sondern der Kontrakt sei so lange gültig, d. h. es solle so lange nach den Verabredungen der Kontrahenten gehen. Die Partikel »nur« setzt dieses außer Zweifel. Nach Ablauf des einjährigen Zeitraumes ist anzunehmen, daß eine Miethsverabredung nicht vorhanden sei, woraus folgt, daß eben dies schon innerhalb des Jahres eintritt, wenn der Vertrag auf eine kürzere Zeit verabredet wäre, oder vermöge der Bedingungen, unter welchen er eingegangen worden, durch irgend ein hinzutretendes Ereigniß in kürzerer als Jahresfrist seine Endschaft und Erledigung erhalten hätte.

Erkannt von dem Kammerger. (Datum konstirt nicht).

(Centralbl. 1838 S. 1189.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Recht der Ford. Bd. 3. S. 735, 739.)

§§. 269. 325. 328. Wenn ein Miethsvertrag, welcher gesetzlich schriftlich zu errichten war, bloß mündlich abgeschlossen ist, so bedarf es nach Ablauf des ersten Jahres zu einer weiteren Verlängerung des Miethsvertrages, außer dem fortgesetzten Besitze des Miethers auch einer neuen, dem Miether gegenüber geäußerten Einwilligung des Vermiethers in die Verlängerung des Verhältnisses.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Mai 1852.

Die mündliche Form des schriftlich zu errichtenden Miethsvertrages (§. 269.) schließt zwar an sich eine stillschweigende Verlängerung des Kontrakts nicht aus (Präj. des Ob. Trib. Nr. 1259. v. 10. Jan. 1843[1]), Präj. Samml. S. 123) und diese Prolongation erstreckt sich je auf ein folgendes Jahr (§. 328.); allein die Miethsverlängerung trägt den Charakter eines neuen Vertrages an sich, und damit sie zu Stande kommt, bedarf es, wie bei jedem Vertrage, daß die Parteien ihre übereinstimmende Einwilligung wechselseitig erklären. In Bezug auf den Vermiether spricht dies der §. 325. ausdrücklich aus. Daraus ergiebt sich, daß dem fortgesetzten Besitze des Miethers eine neue ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärte Einwilligung des Vermiethers hinzutreten muß. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 143 Nr. 37.)

---

1) Vergl. die Erg. zu den §§. 269., 328., 402. h. t. Zus. 3.

§§. 270—277. Rechte und Pflichten des Miethers und Pächters.

§. 270. 1) Der Pächter ist befugt, die dem verpachteten Gute zustehenden Grundgerechtigkeiten ohne Zuziehung des Eigenthümers gegen das verpflichtete Grundstück klagend zu verfolgen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Dec. 1839.

Zur Ausübung einer dem verpachteten Gute anklebenden Grundgerechtigkeit wird der Pächter schon durch die bloße Pachtung berechtigt, wenn der Pachtvertrag entweder sie davon nicht ausdrücklich ausschloß oder desselben nicht erwähnte. Denn ein Pächter ist vollständiger, aber wirklicher Besitzer des gepachteten Gegenstandes, welcher eine Sache oder ein Recht sein kann. Er besitzt zwar den Pachtgegenstand selbst nicht als sein eigen, erkennt vielmehr die Qualität desselben als eines fremden an, allein er ist Besitzer des ihm eingeräumten dinglichen Nutzungsrechtes daran, besitzt dasselbe proprio nomine cum animo rem habendi und hat die possessorischen Rechtsmittel (Koch's Lehre vom Besitze S. 30). Nach der Natur seines Rechts ist er daher nicht bloß bezüglich des Verpächters, sondern auch gegen jeden Dritten zur Ausübung desselben befugt; hierzu bedarf es keiner besonderen Cession oder Eigenthums-Uebertragung des verpachteten Rechts oder Gegenstandes, da nicht Ueberlassung eines Eigenthums, sondern bloß die Ausübung des gewöhnlichen Nutzungsrechts davon Vorwurf einer Pacht ist. (J. W. 1841 S. 571 ff., 585 ff.)

2) Der Pächter, welcher Erbzinse mit erpachtet hat, die während der Dauer der Pacht abgelöst worden, kann von dem Ablösungskapitale, welches wegen Schulden, die auf dem Gute eingetragen sind, zum gerichtlichen Depositorium gezahlt ist, nicht bloß die im Depositorium wirklich erwachsenen, sondern landübliche Zinsen fordern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1856. (Entsch. Bd. 35. S. 429 ff.)

§§. 270. 271. 1) Der gemeingewöhnliche Gebrauch oder Nutzen, den der Verpächter dem Pächter vertragsmäßig zu gewähren hat (§. 270.), ist nicht als Gewinn im Sinne des §. 287. A. L. R. I. 5. und der §§. 5. u. 6. A. L. R. I. 6., und seine Beeinträchtigung daher nicht als entzogener Gewinn aufzufassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 232 Nr. 54.)

2) Wenn dem Miether vertragsmäßig untersagt worden ist, ohne Bewilligung des Vermiethers Veränderungen in der gemietheten Lokalität vorzunehmen, so ist doch die Tapezirung der Zimmer hierdurch für verboten nicht zu erachten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. März 1855. (Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 1 Nr. 1.)

§§. 272. 273. Bei der Frage, ob die Sache im brauchbaren Zustande überliefert worden oder nicht, und ob also der Miether die Annahme verweigern und von dem Vertrage abgehen kann, ist auf den im Kontrakte ausbedungenen Zustand der vermietheten Sache zu sehen, und es kommt nicht darauf an, ob nach der Meinung Sachverständiger, ungeachtet der Zustand der Sache nicht überall dem Kontrakte entspricht, derselbe im Allgemeinen ein brauchbarer sei.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1178.) (Präj. Samml. S. 124.)

§. 273. 1) In Zeile 2. ist statt: »dem« zu setzen: »den«. (R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 470, Gräff Bd. 12. S. 6.)

2) Der §. 273. ist nicht dahin zu verstehen, daß, wenn die verpachtete oder vermiethete Sache unvollständig überliefert wird, der Pächter oder Miether aber von dem Rechte des Rücktritts nicht Gebrauch machen will, er sodann, um den Verpächter oder Vermiether zum Ersatze des aus der kontraktwidrigen Beschaffenheit der Sache entstandenen Nachtheils zu nöthigen, denselben zugleich zur Instandsetzung gerichtlich anhalten müsse. Vielmehr kann auch ohne solche Klage und ohne Rücktrittserklärung jener Schade gegen den Verpächter oder Vermiether besonders eingeklagt werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1845. (Präj. Nr. 1614.) (Präj. Samml. S. 124.)

3) Der §. 273. setzt nicht die völlige Unbrauchbarkeit der Sache voraus; die Brauchbarkeit oder Unbrauchbarkeit derselben ist vielmehr in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe des Vertrages und der dabei obwaltenden Umstände zu beurtheilen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. März 1852.

Der §. 273. deutet dies in den Worten an, indem er von der kontraktwidrigen Beschaffenheit der Sache redet; es folgt auch aus der Natur der Sache. Eine Wohnung braucht nicht absolut unbrauchbar zum Wohnen zu sein, um annehmen zu können, daß sie nach den Verhältnissen des Miethers und nach dessen Willensmeinung beim Vertragsschluß für denselben unbrauchbar sei. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 81. Nr. 17.)

§§. 273. 274. Der Miether ist, wenn die Wohnung untüchtig ist, zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Reparatur der Mängel durch Klage gegen den Vermiether oder auf eigene Kosten selbst zu erwirken. Es steht ihm vielmehr nach §. 383. auch die Befugniß zum Rücktritte zu.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Mai 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 259 Nr. 48.)

§. 274. Statt: »Tit. 14. §§. 114. 115.« muß es heißen: »Tit. 13. §§. 234—237.« (R. v. 5. Mai 1834 und 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd 50. S. 470, Gräff Bd. 8. S. 47 u. Bd. 12. S. 6.)

§§. 280—286. Verbesserungen.

§§. 282—285. Die Gesetzrevisoren bemerken:

Der Eigenthümer kann nicht unbedingt zur Vergütung derartiger, ohne seine Einwilligung gemachter Verbesserungen verpflichtet werden, sondern nur dann, wenn sie nicht zurückzunehmen sind, und ihm der daraus entstehende Vortheil zufließt. An diese Bedingungen hat man bei Abfassung der §§. 284. und 285. gedacht, ohne sie auszusprechen. Geht man hiervon aus, so kann die Bestimmung des §. 283. auch auf Miethen erstreckt werden. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 81.)

Koch sucht diese Ansicht als unrichtig zu widerlegen. (Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 285. h. t.)

§§. 288—296. Lasten und Abgaben.

§§. 288. 292. 295. 1) Ueber die in diesen §§. angenommenen Grundsätze vergl. die Rechtfertigung von Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 65.)

2) R. v. 18. Juni 1798. Der Pächter darf die Zahlung außerordentlicher Abgaben unter dem Vorwande vorausbezahlter Pacht nicht ablehnen, indem jeder Pächter voraus wissen kann, daß Ausgaben vorfallen, wegen welcher man sich nicht an den auswärtigen Besitzer halten kann. (Rabe Bd. 5. S. 103.)

§§. 289. 290. I. Nach den Grundsätzen des A. L. R. wird die Einquartierungslast als eine Grundlast betrachtet. In den Jahren 1806 ff. zeigte es sich indeß, daß dieser Grundsatz in Kriegszeiten, in welchen die Einquartierung in der Regel nach anderen Prinzipien, als die übrigen Reallasten, vertheilt wird, ganz unanwendbar sei. Es wurde daher zunächst für die Stadt Berlin durch das Regul. v. 15. Febr. 1807 (Mathis Bd. 4. S. 509, 585), demnächst aber durch das R. v. 2. Juli 1808 (ebend. Bd. 7. S. 93, Rabe Bd. 9. S. 223), auf den Grund einer darin erwähnten, jedoch nicht weiter publizirten K. O. v. 24. Juni 1808, interimistisch ganz allgemein festgesetzt, daß die §§. 289. u. 290. bei feindlichen, mit Verpflegung verbundenen Einquartierungen nicht Anwendung finden, die Verpflegungskosten vielmehr von dem Vermiether und Miether zu gleichen Theilen zu tragen seien, dergestalt, daß wenn der Vermiether zugleich selbst einen Theil des Hauses bewohne, er auch zu der Hälfte des Miethers verhältnißmäßig beitragen solle. In der Folge erklärte der Königl. Befehl v. 20. Mai 1812 (G. S. S. 47), daß auf die gegenwärtige Art der Einquartierung und Verpflegung ausländischer Truppen weder die §§. 289. u. 290. h. t. Anwendung finden können, noch auch die Regulirung dieser Last in den Städten als bloße Kommunalsache, welches sie nicht sei, nach den Vorschriften der St. O. den Magistraten und Stadtverordneten überlassen werden dürfe. Dem damaligen Staatskanzler wurde daher überlassen, die Einleitung zur Einrichtung besonderer, mit dieser Angelegenheit zu beschäftigenden Kommissionen, so wie zur Entwerfung eines zweckmäßigen Regulativs über das Marsch-, Einquartierungs- und Verpflegungswesen zu treffen. Ein solches Regulativ des Staatskanzlers erschien demnächst auch unterm 6. Mai 1814 (G. S. S. 30 ff.), aber bloß für die Stadt Berlin.

Hiernach steht im Allgemeinen nur fest, daß die §§. 289., 290. auf ausländische Truppen nicht mehr anwendbar sind. Hinsichtlich der an ihre Stelle zu setzenden Grundsätze aber kommt es zuvörderst dar-

auf an, ob dem R. v. 2. Juli 1808 und der darin erwähnten K. O. v. 24. Juli ej. a. Gesetzeskraft beizulegen ist oder nicht?

Koch hat dies bejahet. (Recht der Forder. Bd. 3. S. 744.)

Hiergegen bemerkt indeß Bornemann:

Da es an einer vorschriftsmäßigen Publikation der K. O. v. 24. Juni 1808 fehlt, so kann man nur annehmen, daß die Frage wegen Vertheilung der Einquartierungslast ausländischer Truppen zwischen dem Vermiether und Miether gegenwärtig dem richterlichen Ermessen überlassen ist, auf welches schon das R. v. 18. Mai 1810 (Rabe Bd. 10. S. 337) hinweist. Hierbei muß man den allgemeinen Grundsatz, daß die von der Sache zu entrichtenden Lasten den Eigenthümer treffen, festhalten, und daher zwischen dem Gewähren des Raumes zum Obdach (dem Quartiergeben) und dem sonstigen Aufwande (der Verpflegungslast) unterscheiden. Jenes ist offenbar eine Reallast, die mit Rücksicht auf den §. 300. den Eigenthümer um so mehr trifft, als dadurch anderenfalls dem Miether der ihm zu gewährende Gebrauch der Wohnung entzogen werden würde. Die Verpflegung der einquartierten Truppen wird dagegen aus dem Vermögen des Miethers gefordert, und ist sonach, streng genommen, als eine denselben allein treffende persönliche Last zu betrachten. Da jedoch die Vertheilung der einzuquartierenden Truppen mit Rücksicht auf die Größe der Wohnungen erfolgt, und diese mit dem Vermögen des Bewohners nicht immer im Verhältnisse steht, so ist es theils aus diesem Grunde, theils aber auch deshalb, weil der Miether nur für eine längere Entbehrung der Wohnung einen Erlaß des Miethszinses fordern kann, der Billigkeit gemäß, daß die Verpflegungskosten zwischen dem Miether und Vermiether vertheilt werden. Das Prinzip der Vertheilung hängt, wenn nicht etwa ein Regulativ das Nähere bestimmt, von dem Ermessen des Richters ab, der dabei auf die obwaltenden Umstände, insbesondere auf die Art der Truppenvertheilung, das Vermögen beider Theile und die Größe des Kostenaufwandes Rücksicht zu nehmen haben wird. (System Bd. 4. S. 464, 2. Ausg. Bd. 4. S. 302 ff.)

II. Die zur Regulirung des Verhältnisses zwischen Miether und Vermiether ergangenen allgemeinen Bestimmungen sind:

1) K. O. v. 24. Juni 1808, enthalten in dem R. v. 2. Juli 1808.

Nachdem durch die K. O. v. 24. Juni d. J. die Grundsätze wegen Ausgleichung der Kriegsschäden, Behufs eines deshalb zu publizirenden Reglements, bestimmt und zugleich verordnet worden ist, daß interimistisch, und bis auf künftige finale Festsetzung über die Vertheilung der Einquartierungskosten zwischen den Vermiethern und Miethern folgende Vorschriften gelten sollen, nämlich:

1) wo bereits Vertheilungsgrundsätze in den einzelnen Städten mit Zustimmung der Corporationen festgestellt sind, ist es dabei zu belassen; in sofern diese Grundsätze unzureichend und wo dergleichen gar nicht festgesetzt sind, treten nachstehende Bestimmungen ein:

2) das A. L. R. I. 21. §§. 289., 290. geht nicht auf solche feindliche, mit Verpflegung verbundene Einquartierungen, als jetzt stattgefunden haben;

3) die Verpflegungskosten, die der Miether auf die feindliche Einquartierung, womit seine Wohnung belegt gewesen ist, verwendet hat, sind ohne Rücksicht ihrer Dauer, zwischen dem Miether und Vermiether zu gleichen Theilen zu vertheilen;

4) hat der Vermiether selbst einen Theil des Hauses bewohnt, so ist derselbe auch zu der anderen Hälfte nach der Größe seiner Wohnung oder im Verhältniß derselben gegen die Wohnung des Miethers beizutragen verbunden;

5) es können jedoch nicht mehr Verpflichtungskosten zur Liquidation gebracht werden, als die feindliche Einquartierung nach ihrem Reglement zu fordern berechtigt gewesen ist, indem dagegen diejenigen Verwendungen, welche über die Sache hinausgehen, als Erpressung und zufälliges Ereigniß, ausschließlich dem davon betroffenen Theil zur Last verbleiben;

6) in Absicht der Wohnung selbst bleibt es bei dem §. 300. am angeführten Orte;

7) bei der durch den Krieg veranlaßten nicht feindlichen Eiquartierung verbleibt es in den Städten, wo Nr. 1. nicht eintritt, bei den Vorschriften des A. L. R. (§§. 289., 290., 300.) unter der Einschränkung, daß der Miether nur den Ersatz der einen Hälfte der reglementsmäßigen Kosten von dem Vermiether fordern kann, alle übrigen Verpflegungskosten aber tragen muß;

so habt Ihr Euch selbst nicht nur in Euren Entscheidungen hiernach zu achten, sondern auch die Gerichte in den Städten Eures Depart. anzuweisen.

(Mathis Bd. 7. S. 93, Rabe Bd. 9. S. 223.)

2) Königl. Befehl v. 20. Mai 1812 wegen nicht fernerer Anwendung der §§. 289., 290. A. L. R. I. 21. auf die gegenwärtige Art der Einquartierung und Verpflegung ausländischer Truppen.

Ich überzeuge Mich aus den eingehenden Beschwerden über Prägravationen durch die Einquartierung, daß auf die gegenwärtige Art der Einquartierung und Verpflegung ausländischer Truppen weder die Gesetzstelle des A. L. R. I. 21. §§. 289. und 290. Anwendung finden kann, noch daß die Regulirung dieser Last in den Städten als bloße Kommunalsache, welche sie nicht ist, nach der Vorschrift der Städte-O. den Magisträten und Stadtverordneten überlassen werden darf. Ich will daher die Vorschriften der Städte-O. für das gegenwärtige Einquartierungs- und Verpflegungswesen[1]) suspendiren, und überlasse Ihnen die Einleitung zur Einrichtung besonderer mit dieser Angelegenheit zu beschäftigenden Komm., so wie zur Entwerfung eines zweckmäßigen Regulativs über das Marsch-, Einquartierungs- und Verpflegungswesen förderſamst zu treffen. (G. S. 1812 S. 47.)

3) R. des Min. d. J. v. 18. Juli 1824. Die Miether als solche können, so lange der Friedenszustand dauert, nicht mit Einquartierung belegt, folglich auch bei Zusammenziehungen einzelner Armeekorps nicht zur Einquartierungslast herangezogen werden.

Da durch die an die Königl. Reg. ergangene Verfügung des Min. des Inn. v. 27. Okt. 1815, in Gemäßheit deren die, das Einquartierungswesen betr. Vorschriften des A. L. R., welche für die Dauer des Krieges suspendirt worden waren, wieder in Kraft gesetzt werden sollten, das außergewöhnliche Verhältniß der Konkurrenz der Miether nur noch für den Marsch mobiler Truppen vorbehalten worden ist, so können die Miether als solche, so lange der Friedenszustand dauert, nicht mit Einquartierung belegt, folglich auch bei der bevorstehenden Zusammenziehung des fünften Armeekorps nicht zur Einquartierungslast herangezogen werden. — Es versteht sich jedoch von selbst, daß die etwa bestehenden Real-Befreiungen, da solche nur für den gewöhnlichen Stand der Dinge bewilligt worden, bei außerordentlichen Veranlassungen, z. B. in den Fällen, wo große Truppenmassen marschiren oder kantonniren, mithin namentlich auch bei dem bevorstehenden Marsche und Kantonnement des fünften Armeekorps nicht zu berücksichtigen sind.

(v. Kamptz Ann. Bd. 8. S. 469.)

III. Ueber die Frage: ob und in wiefern der Rechtsweg gegen die von der Kommunalbehörde, der Vorschrift des §. 289. zuwider, getroffene Anordnung der Heranziehung der Hausmiether zur Kommunallast der Einquartierung zulässig ist? vergl. das Erk. des Kompetenz-Gerichtshofes v. 24. Juni 1851 (J. M. Bl. 1851 S. 253) in den Erg. zur A. G. O. Einl. §. 1.

§. 291. Bei Miethsverträgen unterliegen der kürzeren Verjährung nur diejenigen Ansprüche, welche außerhalb der von der Anstellung der gerichtlichen Klage zurückzurechnenden Frist fallen[2]). Eine Entschädigung gegen den Vermiether, weil er die vermiethete Sache nicht in brauchbarem Stande erhalten, läßt sich nur durch die erweislich geschehene, aber ohne Erfolg gebliebene Aufforderung des Miethers, den kundgewordenen Mängeln abzuhelfen, begründen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Nov. 1846.

Beim Miethsvertrag tritt, wenn bei den meisten Verträgen die wechselseitigen Rechte und Pflichten in den wesentlichsten Beziehungen sofort ausgeglichen werden, abweichend hervor, daß die Dauer der Erfüllung und insbesondere der im §. 291. A. L. R. I. 21. festgesetzten Unterhaltungspflicht des Vermiethers, auch eine stete Erneuerung des dem Miether zustehenden Rechts auf Gewährleistung zur Folge haben muß. Eben die Pflicht des Vermiethers, die Sache in brauchbarem Stande zu unterhalten, die auch in den Bereich der Gewährleistung gehört, erzeugt für den Miether das Recht, nicht nur die Uebergabe in kontraktmäßigem Zustande zu fordern, sondern auch jederzeit während der Kontraktdauer auf die Ausführung etwa erforderlicher Restaurationen zu dringen, und die Dauer dieses Rechts, die der steten Erneuerung gleichsteht, läßt ein Eintreten der Verjährung nur in sofern zu, als die Geltendmachung des Anspruchs über die Verjährungsfrist hinaus versäumt ist. Der Appellationsrichter nimmt dem entgegen an, daß das Eintreten des Mangels den Anspruch auf Herstellung, resp. Entschädigung begründe, und daß die zutretende Verjährung den ganzen Anspruch und in allen seinen Folgen beseitigen müsse, allein, wenn im Allgemeinen gegen diese Ansicht von den Wirkungen der Verjährung nichts zu erinnern sein möchte, so gestaltet sich beim Miethsverhältniß die Sache dadurch anders, daß es sich hier um einen stets sich erneuernden Anspruch handelt, welcher für jeden Moment der Miethsdauer selbstständig aus §. 291. l. c. entspringt, in Folge dessen aber auch unabhängig von der Vergangenheit Beurtheilung finden muß. Es sind hiernach aus der Verjährung diejenigen Entschädigungsansprüche nicht beseitigt, seit deren Entstehung bis zur Einlegung der Klage die erforderliche Frist noch nicht abgelaufen sein würde. Es ist jedoch Sache des Miethers, dem Mitkontrahenten die Nothwendigkeit der Reparaturen anzuzeigen, und diesen dadurch in Stand zu setzen, seinen kontraktlichen Verbindlichkeiten nachzukommen. Im Allgemeinen werden diese vom Vermiether durch Uebergabe der gemietheten Sache erfüllt; verlangt der Miether

---

[1]) Dasselbe besteht noch, mithin dauert die hier ausgesprochene Suspension fort. — Für Berlin gilt das besondere Regul. v. 6. Mai 1814. (G. S. S. 30.)

[2]) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 343. u. 344. Zus. 10. sub b. ob. S. 142.

aber mehr, verlangt er insbesondere Herstellung eines im Laufe der Miethszeit eingetretenen Gebrechens, so liegt es in der Natur des Rechtsverhältnisses, daß er seinen Mitkontrahenten interpellirt, um so mehr, als der Vermiether, aus dem Naturalbesitz der Sache gesetzt, gar nicht im Stande ist, fortdauernde Kenntniß von der Beschaffenheit des Miethsobjekts zu nehmen. Ein aus §. 291. l. c. hergeleiteter Entschädigungsanspruch würde demnach als nothwendiges Fundament die fruchtlose Aufforderung zur Reparatur erheischen, und erst von Zeit dieser Interpellation würde er möglicherweise zu begründen sein.

(Entsch. Bd. 14. S. 282.)

§. 292. 1) Eine Pacht in Pausch und Bogen ist, wenn dies auch nicht ausdrücklich bestimmt worden, stets dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Pachtung nicht ein Anschlag zum Grunde gelegt ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juli 1837. (Präj. Nr. 310.)

Die Entscheidungsgründe nehmen nur zwei Arten von Pachtungen an: in Pausch und Bogen, und solche, bei welchen ein Anschlag zu Grunde liegt. Daraus, und insbesondere noch aus §. 409., wird nun der Satz, daß jede Pachtung ohne Anschlag in Pausch und Bogen geschlossen sei, mit dem Bemerken gefolgert, daß die in der Lehre von Käufen enthaltenen Grundsätze sich nicht auf Pachtungen anwenden lassen. Der §. 432. nehme zwar auf I. 11. §§. 212., 213. Bezug, aber sie dienen zur Norm der Entsch. der Pachtungen nur dann, wenn eine bestimmte Quantität der verpachteten Sache in ihren einzelnen Rubriken angegeben, oder ein Anschlag beigefügt, aber dem Pachtgeschäfte nicht zu Grunde gelegt ist.

(Präj. Samml. S. 124, Entsch. Bd. 2. S. 329.)

2) Zu den dem Pächter bei Pachtungen in Pausch und Bogen obliegenden Lasten gehören auch die Kosten für die Anschaffung der Gesetzsammlung und des Amtsblattes.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Posen (Datum konstirt nicht). (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 85.)

§§. 292. 294. 413. 414. 1) Bei der Verpachtung in Pausch und Bogen muß der Pächter auch die der Gutsherrschaft obliegende Armenpflege als Reallast nach §. 292. mit übernehmen. Wenn jedoch die Absicht im Pachtkontrakte war, ein vollständiges Verzeichniß der von dem Pächter zu übernehmenden Lasten und Abgaben aufzustellen, so liegt der Fall des §. 413. vor, wonach, wenn der Pächter die Lasten und Abgaben nach einem Anschlage oder Verzeichnisse übernommen hat, die darin verschwiegenen Prästationen, sofern sie nicht zum gewöhnlichen wirthschaftlichen Betriebe gehören, noch von den Früchten allein zu entrichten sind, dem Verpächter zur Last fallen. Die Behauptung, daß, wie der §. 294. ergebe, der §. 413. voraussetze, daß der Pachtung ein Anschlag zum Grunde liege, und daß die in dem Verzeichnisse aufgeführten Lasten und Abgaben von dem Ertrage des Pachtgrundstückes abgezogen seien, ist in der Folgerung unrichtig. Denn der §. 413. enthält in sofern eine Modifikation des §. 294., als bei Pachtungen von Landgütern die im §. 413. bestimmte Folge nicht nur eintreten soll, wenn nach einem Anschlage gepachtet ist, sondern auch schon dann, wenn der Pächter die zu entrichtenden Lasten und Abgaben nach einem Verzeichnisse übernommen hat. Da nun die Last der Armenpflege auch nicht als eine solche angesehen werden kann, die zum gewöhnlichen wirthschaftlichen Betriebe gehört, oder von den Früchten allein zu entrichten ist, so kann der Pächter allerdings aus dem §. 413. seine Befreiung von der fraglichen Last herleiten. Auch soll der Pächter nur in Ermangelung eines Vertrages alle öffentlichen Lasten und Abgaben tragen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 124 Nr. 59.)

2) Ob der Pächter, welcher in dem Pachtvertrage »alle Abgaben« übernommen hat, lediglich die in dem öffentlichen Rechte begründeten und durch die Staatsverfassung und Provinzialgesetzgebung bestimmten, oder auch die auf Vertrag, Testament, oder auf in anderer Art begründeten Privatverhältnissen beruhenden Leistungen tragen muß, hängt in jedem einzelnen Falle von dem Sinne ab, in welchem das Wort »Abgaben« in der diesfälligen Vertragsbestimmung gebraucht ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Dec. 1853, weil die Gesetze keine bestimmte Definition von Lasten und Abgaben enthalten. (Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 45. Nr. 12.)

§. 293. Der, wegen der laufenden Zinsen, vom Pächter befriedigte, eingetragene Gläubiger, welcher noch ältere rückständige Zinsen zu fordern hat, ist nicht berechtiget, auf Annullirung des abgeschlossenen Pachtvertrages aus dem Grunde anzutragen, weil das Lokarium den wahren Erbpachtswerth nicht erreicht.

Erkannt von dem Ob. Appell. Ger. zu Posen unterm 2. April 1825. (Simon's R. Bd. 1. S. 408.)

§§. 297—308. Bestimmungen wegen Entrichtung und Erlassung des Pacht- und Miethzinses.

§. 298. 1) Ist in einem abgeschlossenen Miethsvertrage stipulirt worden, daß wenn die Entrichtung der Miethe zur bestimmten Zeit nicht prompt erfolge, der Miethsvertrag seine Kraft verliere und der Miether die Wohnung sofort räumen müsse, so liegt in dem eintretenden Falle dem Vermiether, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ob, solches dem Miether sofort zu erkennen zu geben. Nimmt er die Abschlagszahlungen ohne Vorbehalt an, und läßt er nach Annahme derselben den Miether den Vertrag noch wochenlang fortsetzen, so ist dies als eine Verzichtleistung auf die Ausübung des stipulirten Rechtes anzusehen, und die Exmissionsklage findet späterhin aus diesem Grunde nicht mehr statt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 27. Juli u. 3. Aug. 1844. (Präj. Nr. 1472.) (Präj. Samml. S. 124.)

Die Gesetzrevisoren werfen gleichfalls die Frage auf: ob die später erfolgte Annahme der Zahlung, oder auch nur eine Abschlagszahlung, das entstandene Kündigungsrecht des Vermiethers oder Verpächters wieder aufhebe, und ob der Miether oder Pächter durch das Anerbieten der Zahlung jene Folgen der Zögerung abwenden könne? Sie bejahen die erste Frage nach Analogie des §. 777. A. L. R. I. 18., weil die Bedingung, Rückstand zweier Termine, nicht mehr vorhanden, sobald der Vermiether oder Verpächter die Zahlung ganz oder theilweise angenommen hat. Bedenklicher scheint es ihnen, eine purgatio morae durch das Anerbieten der Zahlung zu gestatten. In der ersten Umarbeitung des gedruckten Entwurfs sei die Bestimmung, nach welcher ein solches Anerbieten noch bis zum Instruktions-Termine berücksichtigt werden sollte, durchstrichen. Die Gesetzrevisoren finden es billig, so lange als die Kündigung nicht wirklich erfolgt ist, durch baare Zahlung die Folgen der Zögerung abwenden zu lassen. (Gesetzrev. Pens. XIV. S. 86.)

Bornemann nimmt an, daß nach erfolgter Kündigung die Annahme von Abschlagszahlungen wirkungslos sei. Denn da der Miether nun nicht bloß das rückständige Miethsgeld zahlen, sondern auch die Wohnung räumen müsse, und der Vermiether auf beides ein wohlerworbenes Recht habe, so könne die Erfüllung der einen Verbindlichkeit nicht zugleich die Aufhebung des der andern Verbindlichkeit entgegenstehenden Rechts nach sich ziehen. Des Exmissionsrechts werde der Vermiether aber dadurch verlustig, daß er das Miethsverhältniß stillschweigend fortsetze.

(System Bd. 4. S. 469, 2. Ausg. Bd. 4. S. 306.)

2) Wenn nicht in dem Vertrage entgegenstehende Verabredungen anzutreffen sind, kann ein Verzicht des Verpächters auf die gesetzlichen Bestimmungen des §. 298. durch anderweitige Verabredungen über die Kündigung, welche neben den gesetzlichen bestehen können, nicht angenommen werden. Die Erklärung des Pachtkontraktes, daß das dem Pächter zugestandene Recht, in gewissen Jahren der Pachtdauer willkührlich zu kündigen, dem Verpächter nicht zustehen solle, übt auf das dem Verpächter zustehende gesetzliche Kündigungsrecht gar keinen Einfluß.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 155 Nr. 73.)

3) Welche rechtliche Bedeutung und Wirkung hat die Bestimmung des Miethsvertrages, daß derselbe aufgehoben sein solle, wenn der Miether seine Verpflichtung zur Zahlung der Miethe und der von ihm übernommenen, auf dem Hause ruhenden Lasten und Abgaben, nicht rechtzeitig erfülle?

Der III. Sen. des Ob. Trib. spricht sich hierüber in dem Erk. v. 16. Mai 1856 aus:

Die Vertragsbestimmung ist als eine auflösende Bedingung und als eine solche aufzufassen, welche zum Vortheil des Vermiethers gereicht. Hieraus folgt daher, daß es lediglich von dem Willen des Letzteren abhängen muß, ob er bei dem Eintritt jener Bedingung von dem ihm dadurch erwachsenen Rechte, das Miethsverhältniß sofort aufzuheben, Gebrauch machen, oder ob er es bei dem vertragsmäßig festgestellten Miethsverhältnisse bewenden lassen will. Beides neben einander kann nicht bestehen. Hat sich daher der Vermiether, wiewohl mit dem Eintritte der Bedingung bekannt, ausdrücklich, oder durch konkludente Thatsachen für die Aufrechthaltung und Fortsetzung des Miethsverhältnisses entschieden, so kann ihm im Widerspruche hiermit nicht mehr gestattet sein, demnächst die Aufhebung des Miethsverhältnisses zu fordern. Es handelt sich um eine alternative Befugniß, und es wird eben deshalb durch die Wahl der einen Befugniß die andere von selbst ausgeschlossen. Hat nun der Vermiether, wiewohl damit bekannt, daß der Miether sich der Verzögerung in der Erfüllung der Verbindlichkeit hinsichts der Zahlung der auf dem gemietheten Hause ruhenden Abgaben schuldig gemacht, nichts desto weniger die Miethe angenommen, so ist dies eine solche Handlung, aus welcher mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, daß er die Fortsetzung des Miethsverhältnisses gewollt habe. Eben deshalb kann ihm nicht gestattet sein, nach Ablauf des halben Jahres, für welches er die Miethe vorauszahlungsweise angenommen hat, die Aufhebung des Miethsvertrages zu fordern. Auch einem von dem Vermiether in der ausgestellten Quittung gemachten Vorbehalte seiner Rechte wegen Nichterfüllung des Kontrakts kann keine rechtliche Wirkung beigelegt werden. Es sind nur zwei Alternativen denkbar; entweder er hob den Vertrag auf, oder er setzte das Miethsverhältniß fort. Hat er durch konkludente Handlung sich für die Fortsetzung des Miethsverhältnisses entschieden, so fiel damit die Befugniß wegen Aufhebung des Vertrages von selbst fort, und eben deshalb stand ihm auch nicht zu, sich einen Vorbehalt zu machen. Es läßt sich indeß allerdings der Fall denken, daß ein solcher Vorbehalt von Wirkung sein könnte. Dies würde beispielsweise geschehen, wenn in den Miethsvertrag eine Bestimmung aufgenommen wäre, daß ungeachtet des Eintritts der auflösenden Bedingung der Vertrag noch bis zu einem gewissen Zeitraume fortdauern solle und dieser Zeitpunkt bei Entgegennahme der Miethe noch nicht eingetreten ist. (Entsch. Bd. 32. S. 365.)

Auch das Erk. desselben Sen. v. 30. April 1856 geht von gleichen Prinzipien aus, indem es annimmt, daß der Vermiether, wenn er von der Befugniß der Fortsetzung des Miethsverhältnisses einmal Gebrauch gemacht habe, sein Recht, die Aufhebung der Miethe zu verlangen, nicht weiter ausüben könne. Zugleich wird ausgeführt, daß für die Frage, ob eine stillschweigende Willenserklärung für die Fortsetzung des Miethsvertrages vorliegt, eine passende Analogie in dem §. 326. h. t. dargeboten werde.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 164 Nr. 45.)

4) Wenn der Pächter sich für den Fall der Nichtzahlung des Pachtzinses zur Räumung verpflichtet hat, so ist das Recht des Verpächters zur Exmission des Pächters nur alsdann durch die Erfüllung der dem Verpächter obliegenden Verpflichtungen bedingt, wenn die Verpflichtung zur Räumung kontraktlich von der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verpächters abhängig gemacht worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 337 Nr. 79.)

5) Die Anwendbarkeit des §. 298. ist dadurch bedingt, daß dem Pächter bei der Nichtentrichtung des Pachtzinses ein von ihm zu vertretendes Versehen zur Last fällt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1851, da der §. das vertragswidrige Verhalten des Mitkontrahenten, seine mora, also Schuld seinerseits voraussetze.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 312 Nr. 65.)

6) Der Vermiether kann wegen unterbliebener Zahlung der nach dem Kontrakte bei Vermeidung sofortiger Räumung der Wohnung am ersten Tage jeden Quartals voraus zu zahlen gewesenen Miethe nicht die Miethe und die Räumung zugleich fordern.

Erkannt von einem nicht genannten Gerichtshofe.

(Centralbl. 1837 S. 403.)

§§. 298. 342. sqq. Wenn der Vermiether wegen rückständig gebliebener zweier Termine von dem gesetzlichen Kündigungsrechte Gebrauch macht, so ist derselbe auch nur an die gesetzliche Kündigungsfrist (§§. 342. ff.), nicht aber an die etwa davon abweichende, im Vertrage stipulirte Frist gebunden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1845, (Präj. Nr. 1574.) (Präj. Samml. S. 124.)

Desgleichen von dem III. Sen des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1846.

(Entsch. Bd. 34. S. 161, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 18 Nr. 4.)

Anderer Meinung ist das Justizmin. in dem R. v. 30. Aug. 1806.

Ihr seid in Eurem Ber. v. 9. Mai c., worin Ihr die bei Anwendung des §. 298. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. wegen Entrichtung des Pacht- und Miethzinses bei Euch entstandenen Bedenken vortragt, und darüber belehrt zu werden wünscht, der Meinung:

daß es dem Vermiether wegen des Rückstandes zweier Zahlungstermine freistehe, dem Miether nunmehr eine von ihm (dem Vermiether) selbst zu bestimmende Frist, binnen welcher er die Wohnung zu verlassen habe, zu setzen, oder gegen ihn gerichtlich auf Räumung zu klagen.

Nach Eingang des hierüber von dem K. Ger. erforderten gutachtlichen Ber. wollen Wir Euch zur Resolution hierdurch nicht verhalten, daß dieser dem Wort Aufkündigung von Euch untergelegte, in dem A. L. R. gar nicht gemeinte Sinn eben so wenig ist, als Eure Anwendung des A. L. R. und des Mieths-Ed. de 1754 in einem und dem nämlichen Fall, wenn von den Folgen des nicht bezahlten Miethszinses die Rede ist, wovon das Ed. nichts enthält. Eure bisherige willkührliche Verfahrungsart, wonach Ihr eine Frist von ein und mehreren Tagen zur Räumung bestimmt habt, darf daher nicht ferner stattfinden, vielmehr ist künftig nach Vorschrift des A. L. R. zu verfahren und dem Vermiether, welcher auf Grund des §. 298. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. vom Miethsvertrage vor der bedungenen Zeit abgehen will, die kontraktmäßige oder in deren Ermangelung die gesetzliche Kündigungsfrist nach §. 344. zu bestimmen, wenn aber im Vertrag zwar keine Dauer der Miethszeit, wohl aber gewisse Miethszins-Zahlungstermine bestimmt worden, solche nach §. 341. festzusetzen.

(N. C. C. Tom. XII. p. 741, Mathis Bd. 3. S. 473, Rabe Bd. 8. S. 661.)

§§. 299. 301. 302. Wenn die Feststellung des Preises eines zum Zwecke der Anlegung einer Eisenbahn abzutretenden Grundstücks im Wege der freien Vereinbarung zwischen dem Eigenthümer des Grundstücks und der Eisenbahnverwaltung erfolgt ist, so ist dies ein Akt der Expropriation, der als unabwendbare Gewalt anzusehen ist, und in diesem Falle ist der Pächter des Grundstücks nur berechtigt, wegen des seiner Benutzung entzogenen Theils desselben einen solchen Abzug vom Pachtgelde zu machen, als sich aus dem Verhältnisse des Ertrages der abgetretenen Parzelle zu dem Ertrage des ganzen verpachteten Grundstücks berechnet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Sept. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 240 Nr. 59.)

§. 300. Bei dieser Bestimmung muß man voraussetzen, der Gesetzgeber habe den Fall vor Augen gehabt, daß der Miether ohne Rücksicht auf den §. 289. von der Behörde oder den Truppen gezwungen worden sei, die Einquartierung aufzunehmen; nur muß der Fall so gedacht werden, daß der Miether nicht, wie es gewöhnlich zu geschehen pflegt, die Einquartierung nur bei sich aufzunehmen gehabt; sondern, daß er die Wohnung ganz oder zum Theil zu räumen gezwungen worden. In diesem Falle muß er ohne Unterschied der Friedens- oder Kriegszeit von der Zinszahlung befreit sein.

(Gesetzrev. Pens. XIV. S. 88.)

§. 302. In den Ausgaben des A. L. R. von 1804, 1806, 1817 u. 1821 ist in der zweiten Zeile statt: »ein Landgut« zu lesen: »kein Landgut«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§§. 309—323. Von Sublokationen.

Der gedr. Entw. bestimmte, in Uebereinstimmung mit dem Röm. Rechte, daß der Pächter oder Miether, auch ohne Einwilligung des Vermiethers oder Verpächters, befugt sei, sein Recht einem Andern abzutreten, wenn nur daraus für den Letzteren kein Nachtheil entstehen könne. Suarez hob dagegen in der rev. mon. hervor, daß der Mieth- und Pachtvertrag unter diejenigen gehöre, wo es auf persönliches Vertrauen mit ankomme, und daher auch kein Grund vorhanden sei, von dem locator allemal den Nachweis zu fordern, daß ihm durch die Aftermiethe ein Nachtheil erwachsen sei. Er ließ nur den Fall der weiteren Verpachtung einzelner Rubriken oder Vermerke als Ausnahme zu, erachtete dagegen aber die Aufnahme von Mitbewohnern gegen Geld als eine species sublocationis. Hierauf beruht nun der Grundsatz der Incessibilität des Mieth- und Pachtrechts in den §§. 309. ff.

(Bornemann's System Bd. 4. S. 473, 474, 2. Ausg. Bd. 4. S. 308 bis 309.)

§. 309. 1) Die Einwilligung des Vermiethers darin, daß der Miether den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem Andern überlasse, bedarf nicht der schriftlichen Form.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Juni 1848. (Präj. Nr. 2029.) (Präj. Samml. S. 125.)

Dazu:

Das Präj. Nr. 2029. setzt den Fall voraus, daß nach abgeschlossenem Vertrage die Einwilligung des Vermiethers in die Ueberlassung der gemietheten Sache an einen Andern in Beziehung auf eine bestimmte Person gefordert und ertheilt worden. Der aufgestellte Grundsatz ist aber nicht anzuwenden, wenn nach abgeschlossenem schriftlichen Vertrage mündlich die Abrede getroffen ist, daß dem Miether die Befugniß zustehen soll, die gemiethete Wohnung beliebig einem Andern zu überlassen. Eine solche Abrede bedarf vielmehr zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1853. (Präj. Nr. 2447.)

Gesetzlich ist der Miether nicht befugt, einem Andern das Miethsrecht abzutreten (§. 309.), oder Jemand für Geld in die gemiethete Wohnung aufzunehmen (§. 310.), hierzu bedarf es vielmehr des Konsenses des Vermiethers. Die ohne diesen Konsens, also eigenmächtig und unbefugt erfolgte Annahme eines Untermiethers ist daher wirkungslos und der Vermiether berechtigt, zu allen Zeiten auf die Entsetzung des Aftermiethers anzutragen (§. 315.). Hierin wird auch durch die §§. 311. u. 312. nichts geändert. In diesen Vorschriften ist zwar unterschieden, ob der Vermiether seinen Konsens deshalb versagt, weil der einzunehmende Untermiether ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt. Allein auch dann, wenn der Vermiether einen solchen Grund seiner Weigerung nicht nachweisen kann, wird die ohne Konsens des Vermiethers erfolgte Annahme des Untermiethers nicht rechtsbeständig; der Miether erhält in solchem Falle vielmehr nur die Befugniß, die Miethe aufzukündigen, auch wenn die kontraktmäßige Zeit noch nicht verlaufen ist (§§. 312. ff.).

Diese gesetzlichen Bestimmungen gehören sonach zu den Naturalien jedes Miethsvertrages und müssen zur Anwendung kommen, in sofern solche nicht durch entgegengesetzte Abreden der Kontrahenten ausgeschlossen worden. Ist daher der Vertrag schriftlich geschlossen, so müssen diese abändernden Bestimmungen nothwendig Bestandtheile des schriftlichen Vertrages bilden, da bei dem schriftlichen Vertrage alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, nur nach dem schriftlichen Vertrage beurtheilt (§. 127. A. L. R. I. 5.), auf mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen wird, vielmehr Nebenbestimmungen, soweit sie im Vertrage nicht festgesetzt worden, lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden (§§. 128. u. 129.). Dieser Grundsatz muß also auch dann gelten, wenn nach abgeschlossenem schriftlichen Vertrage mündlich die Abrede getroffen worden, daß der Miether des Konsenses des Vermiethers zur Annahme von Untermiethern nicht bedürfen solle. Diese Abrede enthält eine Abänderung der gesetzlichen Vorschriften, und muß eben deshalb, wenn sie rechtsgültig sein soll, Bestandtheil des schriftlichen Vertrages sein, ist aber als mündliche Nebenabrede ohne rechtliche Wirkung. — Die Sache verhält sich anders, wenn nach abgeschlossenem Vertrage der Konsens in Beziehung auf eine bestimmte Person des Untermiethers gefordert und ertheilt wird. In diesem Falle wird dem Vermiether die Gelegenheit nicht entzogen, von dem ihm gesetzlich zustehenden Widerspruchsrechte Gebrauch zu machen, den Konsens nach seinem Belieben zu ertheilen oder zu versagen. Hat aber der Miether seine Einwilligung in die Abtretung des Miethsrechts an eine bestimmte Person, wenn auch nur mündlich ertheilt, so kann nicht behauptet werden, daß der Miether eigenmächtig gehandelt habe; seine Handlungsweise steht vielmehr mit dem Willen des Vermiethers im Einklange und es würde nicht gerechtfertigt sein, wenn dem Vermiether bloß deshalb, weil seine Einwilligung nur mündlich ertheilt worden, die Befugniß zur Exmission des Aftermiethers zugestanden werden sollte. Dieser Grund trifft aber nicht zu, wenn es sich nicht um die Einwilligung in die Uebertragung des Miethsrechts an eine bestimmte Person handelt, der Vermiether vielmehr des ihm gesetzlich zustehenden Rechts des Widerspruchs ganz und gar verlustig sein soll. In diesem Falle solle das gesetzlich normirte Verhältniß durch Autonomie umgestaltet werden und dies kann bei dem Vorhandensein eines schriftlichen Vertrages mit rechtlicher Wirkung nur in schriftlicher Form geschehen.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 40, Entsch. Bd. 25. S. 388.)

Koch bestreitet die Sachlichkeit der in dem letztgedachten Präj. Nr. 2447. gemachten Unterscheidung, indem er bemerkt:

Das Ob. Trib. hat die Gegensätze nicht richtig ausgedrückt. Es können zwei Fälle eintreten. Entweder soll der Vermiether (oder Verpächter) nur die Aufnahme eines Untermiethers ꝛc. erlauben: dann ist keine Form des Willensausdruckes erforderlich, weil es lediglich auf die Thatsache, daß der Miether ꝛc. nicht »eigenmächtiger Weise« einen Untermiether annehme, ankommt; alsdann kommt es auch nicht darauf an, daß die Person des Untermiethers bestimmt sei. Oder es ist eine Abtretung des Miethsrechtes ꝛc. oder doch ein solches Verhältniß, daß der Vermiether in kontraktliche (obligatorische) Beziehung zu dem Untermiether ꝛc. trete: alsdann muß die Form der Willenserklärung des Vermiethers ꝛc. angewendet werden, welche für den vorliegenden Kontrakt, vermöge des Gegenstandes, vorgeschrieben ist, und außerdem muß, sachlich, der Vermiether oder Verpächter seine Willenserklärung unmittelbar dem Untermiether oder Unterpächter gegenüber geben, dergestalt, daß sie Beide als vertragsschließende Theile erscheinen. Hierdurch unterscheidet sich im Wesentlichen die Erklärung des Vermiethers ꝛc. in dem ersten Falle, wo dieselbe nichts weiter, als eine Erlaubniß oder Ermächtigung, welche der Vermiether ꝛc. seinem Miether ꝛc. giebt, ist; dieselbe ist für den Machtgeber ohne Rücksicht auf die Form deshalb bindend, weil ihn sein Dolus hindern würde, gegen die Ausführung seine Ermächtigung anzustreben.

(Landr. Bd. 1. Anm. 14. zum A. L. R. 1. 5. §. 133.)

2) Die Einwilligung des Verpächters in die Afterverpachtung bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit nicht der schriftlichen Form; sie ist vielmehr für den Verpächter verpflichtend, wenn sie auch nur mündlich ertheilt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1854.

Wenn nichts weiter geschehen ist, als daß der Verpächter seine Einwilligung in die Annahme des Unterpächters giebt, so wird durch diese Einwilligung das zwischen dem Verpächter und dem Pächter bestehende Vertragsverhältniß nicht berührt. Der von dem Pächter angenommene Unterpächter ist vielmehr, dem Verpächter gegenüber, als eine dritte Person zu betrachten, mit welcher der Verpächter in ein besonderes Rechtsverhältniß nicht tritt. Dies folgt aus §§. 316., 318. u. 319. h. t. und auch der §. 317. steht dem nicht entgegen. Die Ansicht, daß der Verpächter lediglich durch die von ihm in die Afterverpachtung ertheilte Einwilligung dem zwischen dem Pächter und dem Unterpächter abgeschlossenen besonderen Vertrage beitrete, zum Theilnehmer an den durch diesen Vertrag begründeten Rechten und Verbindlichkeiten werde, ist sonach eine irrige; der §. 153. A. L. R. I. 5. ist auf ein Verhältniß dieser Art nicht anwendbar. Wenn das Gesetz dem Miether, so wie dem Pächter es versagt, eigenmächtig das ihm übertragene Gebrauchs- und Nutzungsrecht einem Anderen zu übertragen, so liegt der Grund darin, daß der Mieths- und Pachtvertrag zu denjenigen Verträgen gehört, wobei es auf persönliches Vertrauen ankommt, und daß es dem Vermiether und Verpächter nicht gleichgültig sein kann, von wem seine Sache gebraucht und genutzt wird. Deshalb erfordert das Gesetz die Einwilligung des Vermiethers und des Verpächters, und giebt diesem, wenn die Uebertragung eigenmächtig oder unbefugt erfolgt ist, die Befugniß, auf die Entsetzung des Untermiethers oder Unterpächters anzutragen (§§. 309. ff.). Die von dem Vermiether oder Verpächter zu ertheilende Einwilligung kann keinen anderen Zweck haben, als den möglichen Widerspruch des Vermiethers oder Verpächters gegen die Person des Untermiethers oder Unterpächters zu beseitigen; der Zweck des Gesetzes wird somit erfüllt, wenn der Vermiether oder Verpächter durch die Ertheilung seiner Einwilligung sich mit der Person des Untermiethers oder Unterpächters einverstanden erklärt. Aus dem Gesichtspunkte eines sich dadurch bildenden Vertragsverhältnisses läßt sich die in dem Gesetze vorgeschriebene Einwilligung nicht auffassen, es liegt vielmehr eine einseitige Willenserklärung vor, deren rechtliche Folgen nach §§. 94. u. 95. A. L. R. I. 4. zu beurtheilen sind. Danach ist aber jede Willensäußerung gültig, bei welcher die Erfordernisse der §§. 2., 3. u. 4. a. a. O. anzutreffen sind, in sofern nicht die Gesetze eine bestimmte Form vorgeschrieben haben. Eine solche Form, namentlich daß die Einwilligung des Verpächters schriftlich ertheilt werden müsse, ist aber nirgends vorgeschrieben. Das Gegentheil, und daß es der schriftlichen Form nicht bedarf, folgt vielmehr aus §. 315. h. t., indem von einer Eigenmächtigkeit nicht die Rede sein kann, wenn der Verpächter seine Einwilligung, obschon nur mündlich, ertheilt hat. Unter solcher Voraussetzung handelt der Pächter, indem er sein Pachtrecht an einen dem Verpächter vorgestellten Dritten abtritt, im guten Glauben, und dem Verpächter, welcher einen Widerspruch nicht nur nicht geltend gemacht, sondern seine Einwilligung ausdrücklich erklärt hat, kann nicht gestattet sein, sich auf eine ermangelnde, im dem Gesetze nicht vorgeschriebene Form zu berufen.

(Entsch. Bd. 28. S. 102, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 341 Nr. 77.)

3) Siewert (Materialien Hft. 5. S. 149) und Grävell (Lehre vom Nießbrauche ꝛc. S. 173) führen aus, daß der §. 309. voraussetze, daß die Vermiethung an eine bestimmte Person geschehen sei. Sei dieselbe dagegen zu einem bestimmten Geschäfte oder Zwecke, z. E. zur Betreibung einer Fabrik, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person, geschehen, so dürfe zwar das Geschäft nicht geändert, wohl aber könnten die Personen, welche dasselbe betreiben, gewechselt werden.

§§. 309. sqq. 1) Was ist Rechtens für den Vermiether, wenn doch ohne seine Einwilligung ein Aftermiether aufgenommen ist?

Das Justizmin. hat sich hierüber in folgenden Reskripten ausgesprochen:

a) R. v. 3. März 1834.

S. hat an R. eine Wohnung vermiethet und deren Räumung verlangt. R. ist hierzu verurtheilt; bei der wider ihn zu vollstreckenden Exmission findet sich aber, daß ein Dritter, der Schänker Sa. im Besitze der Wohnung ist, indem er solche von R. in Aftermiethe erhalten hat. Es entsteht nun die Frage: ob S. auf Grund des gegen R. erstrittenen Erk. die Exmission des Sa. verlangen könne? Geht man von der Voraussetzung aus, daß R. den Untermiether Sa. eigenmächtiger und unbefugter Weise angenommen, so muß diese Frage unbedingt bejaht werden.

Der Aftermiether, welcher ohne des Vermiethers Einwilligung gemiethet hat, steht mit diesem, wie aus den §§. 309—319. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. hervorgeht, in gar keinem kontraktl. Verhältnisse. Er ist jenem gegenüber ein unredlicher und unvollständiger Besitzer. Als solcher muß er den Besitz räumen, sobald der Hauptmiether, von welchem er sein Recht herleitet, desselben verlustig erklärt wird. (§§. 171. u. 245. Tit. 7. a. a. O.)

Dazu bedarf es auch keines besonderen, wider ihn anzustellenden Prozesses. In sofern er nämlich nicht behaupten kann, daß er mit dem Vermiether in einem Rechtsverhältnisse stehe, läßt sich durchaus kein Einwand absehen, den er diesem entgegensetzen sollte. Rechtliche Beziehungen, welche eine gerichtliche Erörterung veranlassen könnten, sind nur zwischen dem Aftermiether und Hauptmiether denkbar. Der Vermiether aber wird dadurch ganz und gar nicht berührt.

Anders stellt sich jedoch die Lage der Sache, wenn R. zur Annahme eines Untermiethers berechtigt war. Hier muß man zwei Fälle unterscheiden.

1) Ist vor Insinuation der von S. wider R. angestellten Klage die Wohnung dem Sa. eingeräumt worden, so hat Letzterer, in Kraft der an ihn erfolgten Cession des Miethsrechtes, alle Befugnisse des R. erlangt. Eine unmittelbare Folge davon ist, daß ihm diese wohlerworbenen Befugnisse nur im Wege eines mit dem S. geführten Rechtsstreites entzogen werden können, und daß er die Wirksamkeit des zwischen S. und R. ergangenen Judikats nicht anzuerkennen braucht, weil Letzterer nicht autorisirt gewesen, seine, des Sa., Gerechtsame wahrzunehmen.

2) Ist hingegen nach Insinuation der von S. angestellten Klage das Wohnungsrecht an R. abgetreten worden, so haben Beide über einen litigiösen Gegenstand kontrahirt, und in diesem Falle muß Sa. sich demjenigen unterwerfen, was darüber gegen R. entschieden ist, wenn er auch bei dem Prozesse nicht zugezogen worden. (§. 48. Tit. 7., §. 9. Tit. 24. Thl. I. der A. G. O.)

Aus den hierher gelangten Berichten des (Tit.) und des L. und St. Ger. zu C. ist darüber, ob Sa. unbefugter oder befugter Weise in den Besitz der fraglichen Wohnung gelangt sei, nichts zu entnehmen. Eben so wenig geht daraus mit Bestimmtheit hervor, ob dies vor oder nach Insinuation der von S. wider R. angestellten Klage geschehen sei 2c. 2c.

b) R. v. 8. April 1834.

Wenn auch das Sachverhältniß in der Prozeßsache des S. wider den R. zu B. sich anders gestaltet, als bei Erlaß der Verf. v. 3. März d. J. vorausgesetzt worden ist, so kann der Justizmin. doch der von dem (Tit.) ausgesprochenen Ansicht nicht unbedingt beipflichten. Es kommt vielmehr wesentlich darauf an, ob die Einräumung der streitigen Wohnung an Sa. vor oder nach Insinuation der von S. wider R. angestellten Klage erfolgt ist. Im erstern Falle ist das persönliche Recht des Sa. durch die Besitzeinräumung in ein dingliches übergegangen, und diesem muß das zwar früher entstandene, jedoch nur persönliche Recht des S. weichen, wenn Letzterer nicht nachweisen kann, daß dem Sa. sein früheres Recht bei der Besitzergreifung bekannt gewesen sei. Wer hiernach der ist, welcher dem Andern weichen muß, kann nur durch Prozeß entschieden werden. (§§. 4—6. Tit. 19. Thl. I. A. L. R.)

Im letztern Falle dagegen ist Sa. in den Besitz einer litigiösen Sache gesetzt worden, und dies kann um so weniger einen Nachtheil für den darauf berechtigten S. herbeiführen, als einerseits R. zur Disposition über den streitigen Gegenstand nicht befugt war, andererseits der Sa. durch Uebernahme desselben sich demjenigen unterwarf, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden werden mochte. (§. 48. Tit. 7., §. 9. Tit 24. der A. G. O.)

(Gen. E. 25. Vol. 2. Fol. 96. u. 99.)

Gegen diese Min.-Erlasse vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 44. zum §. 309. h. t.

2) Ist die Sublokation einer Servitut zuläßig?

Zwei (nicht genannte) Gerichte erster und zweiter Instanz entschieden sich für die Affirmative.

Reinhard, welcher den Fall mittheilt, findet für die Sublokation folgende Resultate:

In Bezug auf die eigentliche Miethe ist die freie Sublokation, ohne Konsens des Vermiethers, regelmäßig gestattet (Tit. 19. §. 23.), und nur dann nicht statthaft:

1) wenn das Recht nur zu Gunsten oder zur Nothdurft einer bestimmten Person eingeräumt ist (§§. 22. u. 309. cit.);

2) abgesehen hiervon, wenn die Untermiethe eine größere Belastung oder gar Schaden mit sich führt (§. 23. cit. in fine und arg. §. 311. cit.) — endlich überall,

3) wenn es sich um eine Wohnung handelt, wo aber auch der Konsens ertheilt werden muß, wenn der Miether keinen Nachtheil erweisen kann.

Dem Pächter ist die Sublokation ohne Konsens in §. 313. generell untersagt. Wäre hierbei nothwendig, anzunehmen, daß das parallelisirende »Auch« zu Anfang jenes §. auf den §. 309. zurückgezogen werden müsse, so würde es freilich um die hier gegebene Auslegung dieses letztern sehr mißlich bestellt sein. Nichts nöthigt aber, jenes »Auch« weiter als auf den dazwischen liegenden §. 310. zurückzuziehen. Daß übrigens der Pächter strenger als der Miether gestellt ist, darf nicht befremden, da ja auch sein Schaltungsrecht über die Sache eine bei Weitem größere Ausdehnung hat (§§. 258. u. 259. Thl. I. Tit. 21. (Ulrich's Arch. Bd. 12. S. 15 ff.)

Derselbe führt indeß seine spätere Ansicht dahin aus, daß die Sublokation ohne Konsens keineswegs so schlechthin verboten sei, als man dieses des §. 309. wegen gewöhnlich annimmt. Nur für Wohnungen sei jenes generelle Verbot der Aftermiethe zuzugeben, im Uebrigen aber nur so viel, daß sie, wenn auch nichts weniger als regelmäßig erlaubt, doch nur de regula verboten sei. Der §. 309. spreche nur das aus, was „plerumque" maßgebend ist. Nur für Wohnungen gelte jene Regel schlechthin nach §. 310. Dieses zeige aber gerade, daß neben dem §. 309. Ausnahmen anerkannt werden müßten. Wie nach §. 23. Thl. I. Tit. 19. die Uebertragbarkeit die Regel bilde, so bilde sie hier die Ausnahme. Von dieser bis zum völligen Verbot sei aber noch ein Unterschied. (a. a. O. S. 28 ff.)

§§. 309. u. 310. Ueber die Frage: was Rechtens ist, wenn der Miether die Wohnung Jemandem ganz oder theilweise unentgeltlich überläßt, bemerken die Gesetzrevisoren:

Da der §. 310. nur von der Aufnahme Anderer gegen Geld spricht, so ist die Frage aufgeworfen, was Rechtens sei, wenn der Miether die Wohnung Jemandem ganz oder theilweise unentgeltlich überlasse. Es wird bezweifelt, daß dieser Fall unter den §. 309. gehöre, indem daraus weiter folgen würde, daß der Miether nicht einmal einen Freund oder ein Familienglied auf kürzere oder längere Zeit bei sich aufnehmen dürfe. Als Veranlassung zu diesem Zweifel ist ein zur Entscheidung gekommener Fall angeführt, wo die Verkäuferin eines Hauses eine Etage desselben gegen einen bestimmten Miethszins auf Lebenszeit sich vorbehalten hatte, der Eigenthümer aber später auf ihre Entsetzung antrug, weil sie ihren Sohn nebst dessen Frau bei sich aufgenommen, und diesen die halbe Etage unentgeltlich überlassen habe. In Verbindung gesetzt ist hiermit die fernere Frage: was Rechtens sei, wenn der Miether nicht gegen Geld, wie der §. 310. sich ausdrückt, sondern gegen eine andere Vergütung Jemand bei sich aufnehme. Nach dieser Ansicht sind die aufgeworfenen Bedenken nicht von Erheblichkeit. Die §§. 309. u. 310. berühren zwei Fälle, welche wesentlich verschieden sind, und nebeneinander, nicht einander gegenüberstehen, nämlich das Abtreten des Miethsrechts an einen Andern (§. 309.) und die Aufnahme Fremder gegen Vergeltung (§. 310.). Der Miether kann unentgeltlich auf kürzere oder längere Zeit Jemand in seine Wohnung aufnehmen, ohne daß dies den Vermiether etwas angeht; der Eigenthümer des Hauses, deren Verkäuferin sich eine Etage gegen einen bestimmten Miethszins vorbehalten hatte, klagte mithin ohne Grund auf Entsetzung, weil die frühere Besitzerin ihren Sohn bei sich aufgenommen. Diese Auslegung der §§. 309. u. 310. ergiebt schon die jetzige Fassung, und sie wird über allen Zweifel erhoben durch eine Vergleichung des Textes mit dem gedr. Entw. In demselben hieß es nämlich:

§. 164. Der Pächter oder Miether ist sein Recht einem Andern abzutreten nur soweit befugt, als daraus für den Verpächter oder Vermiether kein Nachtheil entstehen kann.

Aus dieser Bestimmung ist, als man zu dem entgegengesetzten Prinzipe überging, der §. 309. h. t. geworden. Außerdem war die Frage aufgeworfen, ob der Miether Fremde bei sich aufnehmen dürfe, und Suarez bemerkt darüber in der rev. mon.:

Es wird gefragt, in wiefern ein Miether andere Mitbewohner ohne besondern Konsens des Vermiethers bei sich aufnehmen könne. Geschieht solches für Geld, so ist es species sublocationis, und es gilt davon alles Obige.

Aus dieser Bemerkung ist der §. 310. hervorgegangen.

(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 89.)

§. 312. 1) Die Vorschrift des §. 312. findet nicht statt, wenn im Miethskontrakte ausgemacht ist, daß das Miethsrecht an keinen Andern abgetreten werden darf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Jan. 1849 in Sachen Louis w. Löff. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 312. h. t.)

Das Gegentheil spricht das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Nov. 1856 aus.

(Entsch. Bd. 34. S. 165, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 18 Nr. 4.)

Koch hält die ältere Meinung für die richtige.

(Landr. Bd. 4. S. 1267.)

2) Der Vermiether muß sich, wenn er den Konsens zur Untervermiethung aus einem nicht gesetzlichen Grunde verweigert, die Kündigung vor Ablauf der kontraktsmäßigen Zeit sowohl im Falle der eigentlichen Untervermiethung (§. 309.), als im Falle der Aufnahme eines Fremden für Geld (§. 310.) gefallen lassen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1856.

Daß das Gesetz beide gedachte Fälle einander gleich stellt, ergiebt das Eingangswort: »Insbesondere« des §. 310., durch welches die §§. 309. u. 310. in Verbindung gebracht sind, und welches zeigt, daß der §. 310. keinen Gegensatz zum §. 309. enthalten, keine Ausnahme von der im §. 309. gegebenen Regel einführen soll. Die §§. 311. u. 312. bestimmen sodann ganz allgemein, und nicht speziell für den zweiten Fall des §. 310., aus welchen Gründen der Vermiether seine Einwilligung versagen dürfe, und welche Folgen für ihn ein nicht so motivirter Widerspruch habe. Der im §. 311. gebrauchte Ausdruck: »der einzunehmende Untermiether« weiset auf den Fall der eigentlichen Untermiethung (§. 309.) hin, und würde sinnentstellend sein, wenn damit nicht jener Fall, sondern unter Ausschließung desselben der abweichend zu behandelnde zweite, die Aufnahme Fremder für Geld (§. 310.), gemeint wäre. — Ein innerer Grund, der auf eine Absicht des Gesetzes schließen ließe, beide Fälle zu trennen und für den zweiten eigenthümliche Grundsätze aufzustellen, ist nicht vorhanden. Auch die Materialien[1]) stehen dieser Ansicht nicht entgegen, sondern bestätigen dieselbe, indem die Bemerkungen von Suarez in der rev. mon. ergeben, daß die Aufnahme Fremder für Geld als Sublokation anzusehen, und daß die Grundsätze der §§. 311. u. 312. nicht für den Fall des §. 310. allein, sondern für die Sublokation überhaupt bestimmt sind.

(Entsch. Bd. 34. S. 161, Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 18. Nr. 4.)

Derselben Ansicht ist Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 46. zum §. 312. h. t.)

§§. 313. 315. Die Rechtsgültigkeit des Afterpachtvertrages unter den Kontrahenten ist von der Genehmigung des Hauptverpächters nicht abhängig.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juni 1857.

So lange der Eigenthümer der Ausübung der Unterpacht nicht widerspricht, der Afterpächter also sein Recht ausüben kann, ist er an den Vertrag gebunden, und muß seinerseits den Kontrakt erfüllen. Das Interesse des Hauptverpächters ist für ihn ohne Bedeutung, so lange er das versprochene Recht ausüben kann. Wird ihm dies Recht entzogen, so kann er Gewährs- und Entschädigungsansprüche verfolgen. Bis dahin hat er den Vertrag zu erfüllen.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 227 Nr. 47.)

§. 315. Muß der Vermiether oder Verpächter, welcher den ohne seine Zustimmung aufgenommenen Aftermiether entsetzt wissen will, die Exmissionsklage gegen den Haupt- oder Aftermiether oder Pächter anstellen, und ist ein bloß gegen den Hauptmiether oder Pächter ergangenes Exmissionsurtel ohne Weiteres auch gegen den Aftermiether oder Pächter vollstreckbar?

a) Das Stadtger. zu Berlin ist in dem Berichte v. 6. Dec. 1839 der Ansicht, daß die Exmission des Aftermiethers (oder Pächters) auf den Antrag des Hauptvermiethers (oder Verpächters) nur erfolgen könne, wenn dieser gegen ihn geklagt und ein exekutorisches Urtel erhalten hat. (J. M. Bl. 1840 S. 74.)

b) Das Kammerger. hat dagegen in dem Berichte v. 29. Dec. 1839 ausgeführt, daß ein bloß gegen den Hauptmiether (oder Pächter) ergangenes Exmissionsurtel ohne Weiteres gegen den Aftermiether (oder Pächter) vollstreckt werden kann, und diesem bloß zu überlassen ist, sich bei Vollstreckung der Exekution als Intervenient zu melden und sein Widerspruchsrecht geltend zu machen. (a. a. O. S. 79.)

c) Das Justizmin. tritt in dem R. v. 31. Jan. 1840 der Ansicht des Stadtgerichts, jedoch mit Ausnahme des Falles bei, wenn der Aftermiether die ihm zur Aftermiethe überlassene Sache erst nach Zustellung der Exmissionsklage an den Hauptmiether überkommen hat, in welchem Falle das gegen den Hauptmiether oder Hauptpächter ergangene Urtel auch gegen den Aftermiether und Afterpächter exekutorisch sei; denn der Aftermiether sei unvollständiger Besitzer der ihm zur Aftermiethe überlassenen Sache. Die Frage sei rein prozessualisch und aus A. G. O. I. 24. §§. 5., 7., 9., 58., 60. zu entscheiden. Die angegebene Ausnahme aber sei dieselbe, die in Beziehung auf das Verhältniß des hypothekarischen Gläubigers zum Besitzer der zur Hypothek bestellten Sache durch das R. v. 15. April 1836 ausgesprochen ist. Von einer Intervention könne nicht die Rede sein. Der Besitzer, auch der unvollständige, habe nicht nöthig, in dem Prozesse, den der Vindikant gegen einen andern angestellt hat, zu interveniren, und könne abwarten, daß er selbst belangt werde.

(a. a. O. S. 80.)

d) Bornemann bemerkt:

Der Vermiether kann gegen jeden von Beiden klagen, gegen den Hauptmiether aus dem Kontrakte, gegen den Aftermiether aus A. L. R. I. 7. §. 171.; es ist jedoch nach den Grundsätzen über die Litigiosität zu unterscheiden, ob der Aftermiether sein Recht vor oder nach Insinuation der Exmissionsklage an den Hauptmiether erworben hat. Im ersteren Falle muß nach §. 5. A. G. O. I. 24. gegen den Aftermiether noch besonders geklagt, im zweiten kann nach §. 9. ibid. und §. 48. A. G. O. I. 7. das gegen den Hauptmiether ergangene Erkenntniß auch gegen den Aftermiether vollstreckt werden, und zwar ohne daß es auf seine bona oder mala fides ankommt.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 309.)

e) Koch führt aus:

Wenn der Verpächter oder Vermiether in die Sublokation gewilligt hat, so kommt in Beziehung auf ihn der §. 321. h. t. wegen Austreibung des Unterpächters oder Untermiethers zur Anwendung. In keinem Falle aber kann das gegen den Hauptmiether oder Pächter ergangene Exmissionsurtel gegen den von dem Verpächter oder Vermiether konsentirten Untermiether oder Unterpächter vollstreckt werden, ohne Unterschied, ob die Aufnahme des Letzteren vor oder nach Insinuation der Klage gegen den Hauptmiether geschehen ist; diese Unterscheidung hat nur statt, wenn die Sublokation ohne Einwilligung des Verpächters oder Vermiethers geschehen ist. Denn wenn der Vermiether nach insinuirter Klage gegen den Miether ohne Vorbehalt ausdrücklich in die Sublokation willigt, so wird dadurch ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen dem Vermiether und dem Untermiether hergestellt, auf welchen Fall der §. 9. A. G. O. I. 24. keine Anwendung findet. Der Vermiether muß dann gegen den Untermiether besonders auf Räumung klagen. Daß der Vermiether, im Falle konsentirter Aftervermiethung, alle Mal gegen beide Miether auf Räumung zu klagen genöthigt wäre, läßt sich nicht behaupten.

(Landr. Bd. 2. Anm. 47. zum §. 315. h. t.)

f) Vergl. auch den Aufs. im Centralbl. 1840 S. 261 ff., den Aufs. in der J. Z. 1832 S. 470, 613, 837 u. 1189, desgl. die Aufs. ebendas. S. 713 u. 1046, ferner J. Z. 1835 S. 1232.

§. 318. Der Vermiether hat wegen seines Zinses und anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse kein Pfandrecht auf die Sachen des Aftermiethers.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Juni 1836.

(Entsch. Bd. I. S. 151.)

Koch nimmt das Gegentheil an; denn die Meinung des Ob. Trib. trete mit dem Prinzip des §. 74. A. L. R. I. 20. in Widerspruch und habe auch die Dekl. v. 21. Juli 1846[1]) gegen sich.

(Landr. Bd. 2. Anm. 51. zum §. 318. h. t.)

§. 323. Ein Verpächter, der vermöge einer Bestimmung des Pachtvertrages sich dem Pächter auf einen gewissen Fall zur Leistung einer Entschädigung (Remission) verpflichtet hat, ist nicht berechtigt, dem Pächter wegen des Anspruchs aus dieser Vertragsbestimmung den Einwand entgegenzustellen, daß er die verpachtete Sache in After-Unterpacht ausgethan, und daher nicht selbst den Schaden erlitten habe.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1838. (Präj. Nr. 420.) (Präj. Samml. S. 125.)

§§. 324—394. Endigung der Pacht oder Miethe.

§§. 324—339. Mit dem Ablauf der bestimmten Zeit.

§. 325. Ist der Pächter oder Miether, wenn er einmal im Besitze geblieben ist, und dadurch seinen Willen, das Kontraktsverhältniß fortzusetzen, zu erkennen gegeben hat, überhaupt noch befugt, gegen den Willen des Verpächters oder Vermiethers vor Ablauf der Prolongationszeit wieder abzugehen?

---

[1]) Vergl. die Mittheilung der Gesetzrevisoren hierüber in den Erg. zu den §§. 309. u. 310. h. t.

[1]) Vergl. in den Erg. zum §. 395. h. t.

Bornemann, welcher früher verneint hatte (System Bd. 4. S. 480), bejahet; denn die stillschweigende Prolongation sei ein neuer Vertrag; es könnten daher nur die allgemeinen Vorschriften über die Akceptation eines Antrages zum Vertrage und über die Rechte des Antragenden zum Rücktritte zur Anwendung kommen. Hier liege der Fall vor, daß über die Zeit der Annahme nichts bestimmt sei; nach §. 94. A. L. R. I. 5. könne also der Miether oder Pächter, da auf seinen durch die Fortsetzung des Besitzes manifestirten Antrag der Vermiether oder Verpächter nicht sogleich sich erklärt hat, bis zu der manifestirten Akceptation zurücktreten. Weder durch die Worte des §. 325. h. t., noch durch die §§. 332—335. sei dieser allgemeine Rechtssatz hier für aufgehoben zu erachten.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 312—313.)

Dieser Ansicht ist auch Koch. (Landr. Bd. 2. Anm. 55. zum §. 325. h. t.)

§§. 325. sqq. Die Vorschriften der §§. 325. sqq. von der stillschweigenden Verlängerung eines Miethskontrakts finden auf die durch Kündigung aufgehobenen Miethskontrakte keine Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Febr. 1836. (Präj. Nr. 104.) (Präj. Samml. S. 125.)

Denselben Grundsatz spricht der III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 2. Mai 1851 aus.

Ueber stillschweigende Verlängerung einer durch Kündigung erlöschenden Miethe fehlt in den Gesetzen jede Bestimmung. Der §. 328. h. t. bildet keine richtige Analogie, um danach die verlängerte Dauer des Miethsverhältnisses vom Ablauf der Kündigungsfrist ab zu bestimmen. Er setzt voraus, daß die Kontrahenten mit Beendigung der bestimmten Miethzeit sich über die Aufhebung der Miethe gar nicht erklärt und durch konkludente Handlungen in deren Fortsetzung gewilligt haben. Alsdann konnte der Gesetzgeber wiederum eine gewisse Dauer als Regel, die Fortsetzung auf ein Jahr als ihrer Absicht entsprechend, ansehen. Durch die Kündigung ist dagegen ausdrücklich der Wille ausgesprochen, den Kontrakt aufzulösen. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 118 Nr. 23.)

Auch in dem Erk. v. 15. Sept. 1856 führt der III. Sen. des Ob. Trib. aus, daß die §§. 325. sqq. voraussetzen, daß kein Theil dem anderen seinen entgegengesetzten Willen, die Pacht oder Miethe nicht fortdauern zu lassen, ausdrücklich zu erkennen gegeben hat.

(Entsch. Bd. 34. S. 167, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 182 Nr. 38.)

§. 326. 1) Findet die Bestimmung des §. 326. auch auf Miethsverträge Anwendung?

a) Bornemann bemerkt:

Die Materialien geben darüber keine genügende Auskunft. Die Bestimmungen wegen der relocatio tacita sind, auf Grund eines in der rev. mon. in Bezug genommenen Beschlusses, erst bei der Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden, und lauteten ursprünglich dahin:

§. Bleibt aber der Miether alsdann (nach Eintritt des §. 324. gedachten Termins) noch länger im Besitze der gemietheten Sache, und wird von dem Vermiether innerhalb 8 Tagen, nach Verlauf des Termins, zu deren Räumung nicht aufgefordert, so ist die Miethe für stillschweigend verlängert anzusehen.

§. Hingegen folgt aus diesem fortgesetzten Besitz noch nicht die Verlängerung einer Pacht, so lange der Verpächter seinen Konsens dazu nicht ausdrücklich oder durch Handlungen, die eine stillschweigende Einwilligung nach den Gesetzen begründen können (Tit. IV. §. . .), erklärt hat.

§. Einer solchen stillschweigenden Einwilligung ist es gleich zu achten, wenn der Pächter seine Absicht, die Pacht fortzusetzen, dem Verpächter ausdrücklich erklärt, und dieser binnen 14 Tagen, nachdem solche Erklärung ihm zugekommen, seinen Widerspruch dagegen nicht geäußert hat.

In der Folge ist der erste Paragraph durchstrichen, dem zweiten seine jetzige Fassung gegeben, und der dritte unverändert beibehalten worden. Hiernach hat man zu der relocatio tacita bei Miethen anfänglich weniger, als bei Pachtungen erfordern wollen, woraus zu folgen scheint, daß, nachdem beide im Allgemeinen gleichgestellt worden, auch der §. 326. auf Miethen Anwendung finden, und die Auslassung der Worte: »Miether, Miethe und Vermiether« einer bloßen Ungenauigkeit bei der Redaktion zugeschrieben werden müsse. Dagegen erregt aber doch wiederum der Umstand Bedenken, daß jene Worte auch erst bei der Umarbeitung des Entw. in den §. 327. hineingesetzt worden sind, und daß eben deswegen eine unabsichtliche Omission bei dem §. 326. kaum denkbar ist. Jedenfalls enthält der §. 326. eine Abweichung von den, bei stillschweigenden Willenserklärungen sonst zur Anwendung kommenden Grundsätzen. Derselbe muß daher strikte interpretirt werden, zumal die anscheinend vorhandene ratio legis, daß der Pächter nämlich wegen der künftigen Bewirthschaftung des Pachtstückes in der Regel alsbald Einrichtungen treffen wird, auf Miethen keine Anwendung findet.

(System Bd. 4. S. 477, 2. Ausg. Bd. 4. S. 341.)

b) Die Gesetzrevisoren verneinen, indem sie bemerken:

Es beruht auf keiner Ungenauigkeit in der Fassung, sondern auf der Absicht des Gesetzgebers, daß nur bei der Pacht und nicht auch bei der Miethe das Stillschweigen des Verpächters für Einwilligung in die Relokation genommen wird; weil nämlich der Pächter zum Zweck des künftigen Fruchtgenusses Einrichtungen treffen muß, was beim Miether nicht der Fall ist.

(Gesetzrev. Pens. XIII. S. 92.)

c) Koch tritt der verneinenden Ansicht bei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 56. zum §. 326. h. t.)

2) Die aus dem vierzehntägigen Stillschweigen des Verpächters von dem Gesetze gefolgerte stillschweigende Pachtverlängerung tritt nur dann ein, wenn der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit seine Absicht erklärt, die Pacht fortzusetzen, nicht aber, wenn solches vor Ablauf der Pachtzeit geschieht.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1844. (Präj. Nr. 1438.) (Präj. Samml. S. 125.)

§. 327. 1) Das einem Vermiether kontraktmäßig zustehende Recht, die sofortige Räumung der Wohnung zu verlangen, sobald die Miethe nicht am ersten Tage jedes Quartals pränumerando berichtiget wird, geht verloren, wenn der Vermiether die Pränumerando-Miethe an einem späteren Tage, obgleich mit Vorbehalt, annimmt.

Erkannt von dem Ob. App. Sen. des Kammerger. unterm 25. April 1838.

Der Vermiether ist nur befugt, entweder die Miethe anzunehmen, und dadurch den Vertrag nach §. 327. stillschweigend zu verlängern, oder die Annahme des Miethzinses zu verweigern, und darnach die Aufhebung des Vertrages zu verlangen. Durch die Wahl der einen Alternative wird stillschweigend auf die andere verzichtet. Der Zusatz in der Quittung: »mit Vorbehalt meiner Rechte«, ist ohne Wirkung, indem es unzulässig ist, aus der Analogie des A. L. R. I. 16. §. 160. in Betreff des Vorbehaltes bei Zahlungen Seitens des Zahlenden auf einen Vorbehalt Seitens der Empfängers zu schließen.

(J. W. 1840 S. 281 ff.)

2) In einem anderen Falle, der von dem sub 1. erwähnten insofern verschieden war, daß die nicht zur rechten Zeit geschehene Pränumerandozahlung der Miethe ohne Vorbehalt angenommen worden, hat ein ungenannter Appell. Ger.-Hof diese Annahme ohne Vorbehalt als eine Thatsache erkannt, welche mit der andern Alternative, den Kontrakt aufzuheben, in direktem Widerspruch stehe, so daß, da Vermiether einmal von diesem seinen Rechte keinen Gebrauch gemacht, die Fortsetzung des Miethsverhältnisses vielmehr vorgezogen habe, mithin nicht mehr res integra gewesen, die Aufhebung des Vertrages weder sofort, noch nach Ablauf des Quartals verlangt werden könne, und zwar aus den sub 1. gedachten Gründen, ohne daß dabei auf den Mangel des Vorbehaltes ein besonderes Gewicht gelegt worden wäre.

(Bornemann's System a. a. O. S. 481, 482.)

Bornemann wendet gegen das die Bejahung deducirende Urtel des Ob. App. Sen. des Kammerger. ein:

Wenn auch an sich das Recht der Exmission neben der durch die Annahme des Miethzinses stillschweigend eingegangenen Verlängerung des Vertrages nicht bestehen kann, so wird doch dadurch nicht die Befugniß der Parteien ausgeschlossen, sich darüber zu einigen, daß zwar vorläufig der Vertrag verlängert worden, die weitere Fortsetzung desselben aber lediglich von der Willkühr des Lokators abhängen solle. Eine solche Uebereinkunft muß man sowohl nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien, als auch nach den beschränkenden Regeln des stillschweigenden Verzichts darin finden, daß der Konduktor des Vorbehalts ungeachtet Zahlung leistet, da nur an das hier in Frage stehende Recht bei diesem Vorbehalt gedacht sein kann. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 314.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 59. zum §. 327. h. t.

§. 328. 1) Vergl. die Entsch. der Gesetz-Komm. v. 2. März 1782.

(Samml. der Entsch. der Gesetz-Komm. Bd. 1. S. 16, Rabe Bd. 1. Abthl. 7. S. 26.)

2) Die Gesetzrevisoren bemerken:

In Beziehung auf Miethungen sind die Worte: »in der Regel« so zu deuten, daß nur hat bestimmt werden sollen, was in Ermangelung eines anderen Anhaltpunktes Rechtens sei; sonst würde, besonders bei beweglichen Sachen, das Resultat unrichtig sein. Ist die Verlängerung des Vertrages durch Annahme des Mieth- oder Pachtzinses erfolgt, so ist anzunehmen, daß die Miethe oder Pacht nur um denjenigen Zeitraum verlängert worden, wofür der Zins gezahlt ist. Ist die stillschweigende Relokation aus anderen Umständen geschlossen worden, so ist nach den in den §§. 334., 335. und 344. gegebenen

Anhaltspunkten anzunehmen, die stillschweigende Relokation erstrecke sich in der Regel nur auf ein Vierteljahr; ausgenommen, wenn für längere Zeit der Miethzins angenommen oder die ursprüngliche Miethzeit auf noch kürzere Dauer verabredet worden. (Gesetzrev. a. a. O. S. 93.)

3) Koch meint, daß die in den §§. 329—331. gemachten Ausnahmen von dem Prinzip des §. 328. nicht die einzigen sein könnten, sondern daß unter zweierlei Umständen Ausnahmen von der Regel stattfinden, nämlich:

a) wenn die einfache Miethsperiode länger (§. 329.) oder kürzer (K. O. v. 9. Jan. 1812) als ein Jahr ist;

b) wenn bei verpachteten Aeckern die Nutzungsperiode nach landüblichem Wirthschaftsgebrauche länger als ein Jahr ist (§§. 330., 331.).

(Landr. Bd. 2. Anm. 60. zum §. 328. h. t.)

4) Koch will die Vorschrift nicht auch auf Miethungen beweglicher Sachen beziehen und eben so wenig auf Fälle, wo der Kontrakt ursprünglich auf kürzere Zeit geschlossen war.

(Recht der Forder. Bd. 3. S. 737.)

Bornemann ist entgegengesetzter Ansicht.

(System, 2. Ausg., Bd. 4. S. 312.)

§§. 340—349. Nach vorhergegangener Aufkündigung.

§. 340. Mehrere gemeinschaftlich Berechtigte müssen auch gemeinschaftlich kündigen (§. 52. A. L. R. I. 17.); soll Einer von ihnen auf Grund der vermutheten Vollmacht zur Kündigung berechtigt sein, so muß er für sich und zugleich als Bevollmächtigter der Uebrigen auftreten und der Fall muß keinen Aufschub leiden (§. 120. A. L. R. I. 13.).

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Mai 1847.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 193 Nr. 90.)

§. 342. 1) Wenn vertragsmäßig bestimmt ist, daß die Kündigung eine bestimmte Zeit, z. B. sechs Monate, vor Ablauf des Kontrakts erfolgen soll, so kann nicht mehr an dem ersten Tage der letzten sechs Monate (den 1. Juni, den 1. Dec.) mit Erfolg gekündigt werden.

Erkannt von den beiden Sen. des Kammerger. unterm 29. Nov. 1803 und 6. Febr. 1804. (Mathis Bd. 1. S. 433.)

2) Die Wirkung der Kündigung im Falle des §. 342. ist nicht dadurch bedingt, daß dieselbe gerade sechs Monate vor der Räumung erfolgt, sondern auch eine früher geschehene Kündigung ist wirksam.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1856.

(Entsch. Bd. 34. S. 170.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 298., 342. ff. h. t.

§. 343. 1) Das »Wirthschaftsjahr« ist das im Pachtkontrakte bestimmte; der §. 199. A. L. R. I. 7. ist für das Pachtverhältniß nicht maßgebend.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Nov. 1855.

(Entsch. Bd. 31. S. 420.)

Vergl. die Erg. zum §. 199. A. L. R. I. 7.

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 8. Okt. 1856 erkannt.

(Entsch. Bd. 34. S. 170 ff.)

2) Der §. 343. findet auch bei der Verpachtung einzelner Ackerstücke Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Okt. 1856.

(Entsch. Bd. 34. S. 170.)

§. 344. 1) V. v. 9. Jan. 1812, betr. die Aufkündigungsfrist bei monatsweise gemietheten Wohnungen.

Wir ꝛc. verordnen, zur Ergänzung der Vorschriften des A. L. R. I. 21. §§ 341—344. hiermit Folgendes: Bei monatweise gemietheten Wohnungen soll, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, die Aufkündigung in der ersten Hälfte und spätestens am funfzehnten Tage des laufenden Monats, für dessen Dauer der Betrag des monatlichen Miethzinses bestimmt ist, geschehen und jedem Theile freistehen, eine spätere Kündigung aber, wider den Willen des anderen Theils, nicht stattfinden, sondern der Miethvertrag alsdann für stillschweigend, jedoch nur wieder auf Einen Monat, verlängert angenommen werden. (G. S. 1812 S. 4.)

2) G. v. 30. Juni 1834 über die Termine bei Wohnungs-Miethsverträgen.

Wir ꝛc. finden Uns bewogen, zur Beseitigung einiger bei Verträgen über Wohnungsmiethen vorgekommenen Zweifel auf den Antrag Unseres Staats-Ministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes für den ganzen Umfang Unserer Monarchie Folgendes zu bestimmen:

§. 1. Wenn künftig der Anfang eines Wohnungs-Miethvertrages auf Ostern, Johannis, Michaelis oder Weihnachten bestimmt wird, so soll unter diesen Ausdrücken jederzeit der Anfang eines Kalender-Quartals, also der 1. April, 1. Juli, 1. Okt., 1. Jan. verstanden werden, wenn nicht der Vertrag ausdrücklich ein Anderes bedingt.

§. 2. Wo es nöthig gefunden werden sollte, bei größeren Wohnungen die gesetzliche Räumungsfrist zu verlängern, kann solches unter Berücksichtigung der bestehenden örtlichen Gewohnheiten durch eine von der Ortspolizei-Behörde zu erlassende V. mit verbindlicher Kraft für alle Einwohner des betreffenden Orts angeordnet werden; solche V. bedürfen jedoch der Bestätigung der vorgesetzten Regierungen. Die Regierungen werden hierüber von dem Min. des Inn. u. der Pol. mit Instruktion versehen werden.

§. 3. Fallen Sonntage oder Feiertage in die bestimmte Umzugszeit, so soll an solchen Tagen die außerdem vorhandene Verbindlichkeit des Miethers ruhen. (G. S. 1834 S. 92.)

Dazu:

R. v. 8. u. 9. Sept. 1834. Durch das G. v. 30 Juni 1834 sind alle entgegenstehenden provinziellen und Lokalstatuten und Observanzen aufgehoben. Dagegen kann dasselbe auf die Miethsverträge über Speicher, Keller, Ställe, Holzhöfe, Gärten, so weit sie nicht Pertinenzien von Wohnungen sind, nicht bezogen werden.

(Jahrb. Bd. 44. S. 148, Gräff Bd. 8. S. 47.)

§. 348. R. v. 13. April 1816. Wenn die Kündigung gerichtlich geschehen soll, so haben die Gerichte bei ihnen eingehende Kündigungen der Miethkontrakte, ohne sich auf eine Prüfung der gesetzlichen Zuläßigkeit und Wirkung derselben einzulassen, dem gekündigten Theile, mit Beseitigung jeder präjudiziellen Kommination, insinuiren, und dem Extrahenten auf dessen Kosten das Insinuations-Dokument zugehen zu lassen.

(Jahrb. Bd. 7. S. 179, Gräff Bd. 1. S. 116.)

§. 349. Die Worte: »gehörig geschehenen« haben Meinungsstreit veranlaßt, indem dieselben von Einigen auf die Form und Frist, von Anderen auf die rechtliche Zuläßigkeit der Kündigung bezogen worden sind.

1) Die Materialien zum A. L. R. ergeben hierüber Folgendes:

In dem ungedr. Entw. war vorgeschrieben:

§. 71. In sofern die Pacht- oder Miethzeit in dem Kontrakte bestimmt ist, geht solche mit dem festgesetzten Termine zu Ende und bedarf es keiner besonderen Aufkündigung.

§. 72. Außer diesem Falle muß die Aufkündigung einer unbeweglichen Sache sechs Monate vor Ablauf der Miethzeit bewirkt werden.

§. 73. Widerspricht der Pächter oder Miether der ihm geschehenen Aufkündigung nicht, so wird angenommen, daß er sich solche habe gefallen lassen, und findet dagegen kein fernerer Einwand statt.

Dazu bemerkt Suarez:

Hier wird bestimmt werden müssen, wie lange der Pächter oder Miether seinen Widerspruch cum effectu äußern könne. Ich stimme auf 8 oder 14 Tage a die der ihm bekannt gewordenen Aufkündigung.

Demgemäß wurde im gedr. Entw. der §. 71. nur etwas anders gefaßt; statt der §§. 72., 73. aber festgesetzt:

§. 170. (II. 20.) Außer diesem Falle muß derjenige, welcher von dem Kontrakte wieder abgehen will, solchen dem Anderen bei unbeweglichen Sachen sechs Monat, bei beweglichen aber drei Monat vorher aufkündigen.

§. 171. Widerspricht der Andere einer solchen Aufkündigung nicht innerhalb 8 Tagen, nachdem ihm solche bekannt geworden, so wird angenommen, daß er sich dieselbe habe gefallen lassen, und es findet dagegen keine fernere Einwendung statt.

Bei der Umarbeitung des Entwurfs wurden die Kündigungsfristen spezieller bestimmt, und demnächst nachstehende Festsetzungen getroffen:

§. —. Nur bei Pachtungen von Landgütern ist eine schriftliche Aufkündigung nothwendig, in allen anderen Fällen aber ist es hinreichend, wenn nur nachgewiesen werden kann, daß die mündliche Aufkündigung zur Wissenschaft des anderen Theils gelangt sei.

§. —. Widerspricht der Andere einer gehörig geschehenen Aufkündigung nicht innerhalb acht Tagen, nachdem ihm solche bekannt geworden, so wird angenommen, daß er sich dieselbe habe gefallen lassen, und es findet dagegen keine fernere Einwendung statt.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 97, Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 4. S. 315—316.)

In Bezug auf diese Entstehungsgeschichten der §§. 348. u. 349. bemerken:

a) die **Gesetzrevisoren** (a. a. O.) und **Bornemann** (System Bd. 4. S. 484, 2. Ausg. Bd. 4. S. 316):

Der erste §., der in Folge auf Grund eines schon bei der rev. mon. gefaßten und von Suarez wahrscheinlich nur übersehenen Konklusi wieder durchstrichen worden ist, giebt darüber Aufschluß, weshalb Suarez statt der im §. 171. des Entw. gebrauchten Worte »einer solchen Kündigung« bei der Umarbeitung die Worte »einer gehörig geschehenen Kündigung« wählte, indem bei Pachtungen von Landgütern seiner Ansicht nach der Einwand, daß die Kündigung nicht schriftlich geschehen sei, auch nach Ablauf von acht Tagen noch zuläßig sein sollte. In der Hauptsache aber haben die Redaktoren von der im §. 171. des Entw. enthaltenen Bestimmung offenbar niemals abgehen wollen. Nun könnte es nach dem Zusammenhange zwar scheinen, als ob der §. 171. des Entw. sich nur auf den §. 170., mithin auf den Fall beziehe, daß in dem Vertrage die Dauer der Pacht- oder Miethzeit gar nicht bestimmt war. Die Redaktoren würden indessen, wenn man dies annehmen wollte, etwas ganz Ueberflüssiges festgesetzt haben, da in dem vorausgesetzten Falle gegen e ne innerhalb der gesetzmäßigen Zeit erfolgte Kündigung gar keine Einreden denkbar sind. Soll daher der §. 171. einen Sinn behalten, so muß derselbe gerade umgekehrt auf den im §. 169. des Entw. (§. 324. h. t.) enthaltenen Fall bezogen und demgemäß angenommen werden, daß nach der Absicht der Redaktoren einer Kündigung, welche innerhalb der gesetzlichen Fristen geschehen, und dem anderen Theile wirklich zugekommen ist, bei Verlust der dagegen zustehenden Einreden, auch dann binnen acht Tagen widersprochen werden muß, wenn die Dauer des Pacht- oder Miethvertrages im Kontrakte bestimmt war. Die Worte: »einer solchen Kündigung« oder »einer gehörig geschehenen Kündigung, beziehen sich demnach nur auf die vorhergehenden Vorschriften wegen der Kündigungsfristen, nicht aber auf die materielle Gültigkeit der Kündigung selbst; und die ratio legis dürfte darin liegen, daß man hier wie bei der Relokation schon das Stillschweigen als Einwilligung gelten lassen wollte, um alle späteren Verwickelungen abzuschneiden.

b) **Koch**:

Aus der Entstehungsgeschichte der §§. 348. und 349. wird es wahrscheinlich, daß die Verfasser bei der »gehörig geschehenen« Kündigung nur an die äußere Form gedacht haben. Bei den Bestimmungen der §§. 170., 171. des gedr. Entw. ist es klar, daß Aufkündigung einerseits und stillschweigende Annahme andererseits für eine vereinbarte Aufhebung des Verhältnisses gelten sollte, wobei denn darauf nichts ankommen konnte, ob der Kündigende ein Recht zum Rücktritte hatte oder nicht, wenn nur die Voraussetzung »außer diesem Falle« vorhanden war. Die Umarbeitung aber machte die Sache durch Einführung einer schriftlichen Form unklar. In dem zweiten §. des umgearbeiteten Entw. beziehen sich die hinzugekommenen Worte: »gehörig geschehenen« augenscheinlich auf die neu eingeführte schriftliche Form. Diese ist dann später wieder gestrichen und die entsprechenden Worte: »gehörig geschehenen« sind stehen geblieben, obwohl sie besser gleichfalls hätten wegfallen sollen. Gewiß geht man nicht fehl, wenn man sie als nicht vorhanden betrachtet, oder doch lediglich auf die erweislich zu machende Thatsache der Kündigung und auf die Fristen bezieht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 70. zum §. 349. h. t.)

Vergl. auch **Koch**'s Recht der Forder. Bd. 3. S. 758.

2) Durch unterlassenen Widerspruch innerhalb acht Tagen gehen die Einwendungen gegen die Aufkündigung einer Pacht oder Miethe nur dann verloren, wenn dem Kündigenden ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Recht jener Kündigung zur Seite stand.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 6. Mai 1848[1]). (Präj. Nr. 1988.)

Es ist zunächst die Stellung ins Auge zu fassen, welche der §. 349. einnimmt. Die §§. 324—394. sprechen überhaupt von der Endigung der Pacht und Miethe. An der Spitze steht der Grundsatz des §. 324. Nachdem sodann

---

[1]) a) Das Datum dieses Präj. ist in den Entsch. Bd. 16. S. 44 v. 6. Mai 1848, in der gedr. Präj. Samml. S. 125 dagegen v. 6. März 1848 angegeben.

b) Das Ob. Trib. hatte in einem Präj. aus dem J. 1837 angenommen: »Einwendungen, die gegen die materielle Zuläßigkeit der Kündigung gemacht werden können, — mithin auch der Einwand, daß die gesetzliche Frist nicht innegehalten worden, — gehen durch das Stillschweigen des Miethers nicht verloren.« Eben so hatte das Ob. Trib. auch im J. 1840 erkannt (vergl. das Erk. im Centralbl. 1842 S. 5 ff., 19 ff.); desgl. unterm 14. Juli 1847 (Rechtsf. Bd. 2. S. 32 Nr. 15.). Als später der III. Sen. hiervon abweichen wollte, gelangte die Frage zur Entscheidung des Plenums: ob der Ausdruck »gehörig geschehene Aufkündigung« im §. 349. das Dasein eines gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rechts zur Kündigung voraussetze, oder ob zur Anwendung dieses §. das bloße Vorhandensein der formellen Erfordernisse einer Kündigung genüge? Das Plenum faßte hierauf im Sinne der älteren Meinung den obigen Pl. Beschl.

Vergl. über die Frage auch den Auff. in der Themis 1837 S. 687.

in den §§. 325—339. die Fälle stillschweigender Verlängerung abgehandelt worden, geht der §. 340. auf die Fälle über, wo die Dauer der Pacht- oder Miethzeit im Kontrakte nicht bestimmt ist, und stellt für sie den Grundsatz auf: daß derjenige, welcher vom Kontrakte wieder abgehen wolle, dem Anderen davon zu gehöriger Zeit Anzeige machen müsse. Die §§. 341—347. geben sodann für die verschiedenen Fälle die »gehörige Zeit« näher an; der §. 348. bespricht die Form der Kündigung, und es folgt dann der in seiner Bedeutung zweifelhaft gewordene §. 349. Vom §. 350. an kehrt das Landrecht zu dem ersten Hauptfalle des vertragsmäßig bestimmten Endtermins zurück, um besondere Umstände hervorzuheben, bei deren Eintritt eine einseitige Verkürzung eintreten dürfe, und zu deren Bedingung dann wiederum nochmals (§§. 351., 367. u. s. f.) Aufkündigung gehört. — Nach diesem Zusammenhange ist es nun eine sehr natürliche Annahme, daß sich der §. 349. nur auf die Fälle beziehe, wo eine Aufkündigung überhaupt zuläßig ist, also nicht auf die Fälle §§. 324—339., wenn schon der Vertrag den Endtermin bestimmt hat, ein besonderer gesetzlicher Verkürzungsgrund nicht vorliegt, und nun dennoch ein Kontrahent vor der Zeit kündigt; — daß mithin diejenigen Einwendungen, welche dem Anderen wider solche unstatthafte Kündigung zustehen, im §. 349. nicht gemeint sein können. — Dennoch wird solcher natürlichen Annahme das Bedenken entgegengestellt, was denn unter der im §. 349. erwähnten »gehörig geschehenen Kündigung« verstanden werden solle? Doch nicht eine, in gehöriger Form geschehene, so daß bei achttägigem Stillschweigen der Andere den Einwand einbüße, es sei die Kündigung nicht in gehöriger Form erfolgt? Denn der §. 348. erkläre ja jede Form für die Kündigung für ausreichend, und verlange nur Gewißheit, daß diese dem Anderen bekannt geworden sei, und ein solches Bekanntwerden setze ja auch der §. 349. voraus. Auch wohl nicht: die Kündigung sei unter Beobachtung der im Gesetz vorgeschriebenen Frist erfolgt? Denn wäre solches geschehen, so stände ja dem Anderen kein Einwand weiter zu, und doch nehme der §. 349. ausdrücklich an, daß dem Anderen ein Widerspruchsrecht wirklich zustehe, daß er aber dessen verlustig werden solle, weil er der Kündigung innerhalb acht Tagen nicht widersprochen habe. Man will in diesen Erwägungen dahin zurückkommen, daß doch der §. 349. den Fall im Auge gehabt haben müsse, wo schon der Vertrag den Endtermin bestimmte (§. 324. ff.), und er somit dahin zu verstehen sei: »daß einer Kündigung, welche innerhalb der gesetzlichen Fristen geschehen, und dem anderen Theile wirklich zugekommen ist, bei Verlust der dagegen zustehenden Einreden, auch dann binnen acht Tagen widersprochen werden müsse, wenn die Dauer des Pacht- oder Miethvertrages in dem Kontrakte bestimmt war.« (Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 4. S. 316.) Dieser Ansicht läßt sich jedoch nicht beipflichten. Es widerstrebt, eine Kündigung, welche die vertragsmäßig bedungene Zeit kürzen will, ohne daß ein gesetzlicher Grund zu einem vorzeitigen Abgehen gegeben ist, eine gehörig geschehene zu nennen. Es widerstrebt, den §. 349. nicht auf den Fall des §. 340. zu beziehen, mit dem er nach seiner Stellung und dem Marginale verbunden ist, sondern auf den davon entfernt stehenden Fall des §. 324. Und die Unzuläßigkeit solcher Beziehungen tritt noch mehr hervor, wenn man auf die bei Bornemann a. a. O. S. 315—316 mitgetheilten früheren Fassungen der Redaktoren des A. L. R.[1]) zurückgeht, in denen die Hauptsätze noch näher an einander gerückt gefunden werden. — Daß der jetzige §. 349. nicht, wie die beiden Entwürfe, von einer Aufkündigung schlechthin, sondern von einer »gehörig geschehenen« spricht, darf doch darin, in welchen Fällen der §. zur Anwendung zu bringen sei, keine Aenderung erwirken. Nachdem die jetzt zwischengeschobenen §§. die Fristen und die Form der Kündigung (soweit letztere überhaupt für nöthig erachtet wurde) näher bestimmt hatten, läßt der »gehörigen« Kündigung des §. 349. ein anderer Sinn sich nicht beilegen, als: daß eben Frist und Form eingehalten sei. — Zu diesen aus der Stellung des §. entnommenen Argumenten treten folgende materielle Erwägungen hinzu. In Uebereinstimmung mit den allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und Verträge würde, wenn der Kontrakt auf bestimmte Jahre geschlossen wäre, und der eine Theil, ohne gesetzliche Gründe für sich zu haben, vor der Zeit wieder abgehen wollte, er dem anderen Theile solches antragen müssen. Dieser Andere würde, selbst wenn der Antragende unbefugt eine Frist zur Erklärung gestellt hätte, nicht genöthigt sein, sich über den Antrag zu erklären; sein Schweigen würde nach dem A. L. R. I. 5. §. 103. nur bewirken, daß der Antragende seinerseits nicht mehr an den Antrag gebunden bleibe; als eine Einwilligung in den Antrag könnte das Schweigen nicht gelten, da die Voraussetzung einer solchen Deutung — die gesetzliche Verpflichtung, sich zu erklären — A. L. R. I. 4. §. 61. fehlt. Wie ließe sich nun wohl denken, daß, im Widerspruch mit diesen allgemeinen Vorschriften, bei Miethen und Pachten derjenige, welcher den Vertrag aufheben möchte, und dazu in dem Wahn einer Berechtigung die Form einer Kündigung wählt, durch diese Anmaßung den Anderen nöthigen könnte, ihm binnen acht Tagen, bei Strafe des Verlustes seiner vertragsmäßigen Rechte, zu antworten? Aus einem solchen Grundsatze würden unleidliche Härten erwachsen. Wer auf zwölf Jahre ein Landgut gepachtet hat, und schon nach einem halben Jahre die Aufforderung erhält, nach

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 1. ad h. l.

Ablauf des ersten Wirthschaftsjahres auszuziehen, der sollte seine eilf Pachtjahre verlieren, wenn er die, etwa ohne allen Grund vorgebrachte Kündigung im Bewußtsein seines Vertragsrechts gar nicht beachtete? oder wenn ein gesetzlicher Grund zum früheren Rücktritt vorgewendet worden, und er diesen noch zu untersuchen beflissen ist, erst nach Ablauf von acht Tagen sich erklärte? Schwerlich kann der Wunsch, spätere Verwickelungen abzuschneiden, den Gesetzgeber zu einer solchen Gefährdung vertragsmäßiger Rechte geführt haben. Dem Bedürfnisse des Lebens nach einer Verkürzung der Vertragsdauer ist durch die acht umfassenden Fälle der §§. 350—394. hinlänglich genügt. Eine weitere Erleichterung vorzeitigen Rücktritts that nicht Noth, am wenigsten durch so schneidende Mittel. Man hat behaupten wollen, daß, wenn der §. 349. sich auf den Fall beziehe, daß in dem Vertrage die Dauer der Pacht- oder Miethzeit gar nicht bestimmt war (§. 340.), die Redaktoren in dem §. 349. etwas ganz Ueberflüssiges festgesetzt hätten, weil in dem vorausgesetzten Falle, wenn die Kündigung innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgt und auch dem Anderen zugekommen ist, Einreden gar nicht weiter denkbar wären. Dies ist aber keinesweges einzuräumen. Auch bei »gehörig geschehenen« Aufkündigungen, also innerhalb der Fälle des §. 340. oder des §. 350., bei vorausgesetzter Einhaltung der in den Gesetzen bestimmten Frist, und daß die Kündigung dem Anderen bekannt geworden, — lassen sich doch immer noch Einwendungen denken, welche von dem Anderen aufgestellt werden könnten. Nur als Beispiel möge dienen, daß behauptet würde: es sei die Kündigung wieder zurückgenommen — sie sei von Jemand erfolgt, der nicht dazu berechtigt gewesen, etwa von einem nicht legitimirten Stellvertreter des Verpächters oder Vermiethers — es sei in die Stelle des ursprünglichen Kontrakts eine neuere Abrede getreten, welche der gegenwärtigen Kündigung widerstrebe, und dergleichen mehr. In allen solchen Fällen verliert der, welchem gekündigt worden, bei achttägigem Schweigen, seine vielleicht sehr erhebliche Einrede, und die Vorschrift des §. 349. äußert hiernach einen sehr wichtigen und entscheidenden Einfluß. Ihr ist vornehmlich auch ein prozessualischer Einfluß beizulegen. Wenn selbst einzuräumen wäre, daß bei feststehendem Recht zur Kündigung und eingehaltener Frist vorkommende Einreden wohl nicht von rechtlicher Bedeutung sein werden, so kann es doch nicht fehlen, daß der, welchem gekündigt worden, auch wohl ungehörige Einreden vorbringen werde; der §. sorgt nun dafür, daß, wofern der Kündigung nicht binnen acht Tagen widersprochen worden, durch dergleichen Einreden die Instruktion nicht weiter aufgehalten werden dürfe.

(Präj. Samml. S. 125, Entsch. Bd. 16. S. 43, J. M. Bl. 1848 S. 145.)

§§. 350—394. Fälle, wo die Aufkündigung auch innerhalb der kontraktmäßigen Zeit stattfindet.

§§. 350—362. Bei nothwendiger Veräußerung.

§. 350. 1) Die V. v. 4. März 1834 §. 2. Nr. 3. gestattet die nothwendige Subhastation auch auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zwecke der Auseinandersetzung. Darnach konnten sich zwei Miteigenthümer, welche eine Verpachtung hinterher unvortheilhaft fanden, willkührlich von ihrem Kontrakte frei machen. Die V. v. 11. Aug. 1843 hat indeß im §. 1. bestimmt [1]):

Die nach §. 2. Nr. 3. der V. v. 4. März 1834 auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zweck der Auseinandersetzung eingeleitete Subhastation hat die Wirkungen einer nothwendigen Subhastation nur gegen die Miteigenthümer, nicht aber gegen Pächter, Miether, eingetragene Gläubiger und andere Realberechtigte, deren Zuziehung bei dem Verfahren es daher nicht bedarf.

(G. S. 1843 S. 323.)

2) Der §. 350. verlangt nicht, daß der kündigende Subhastationsrichter dem gekündigten Pächter davon Kenntniß gebe, daß die Kündigung auf Antrag der Hypothekengläubiger erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 257 Nr. 56.)

§§. 350. 353. Die Räumungsklage steht nicht allein dem Adjudikatar, sondern auch dessen Rechtsnachfolger zu, indem der §. 353. den Adjudikatar nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, dem Miether sogleich nach Ablauf des Quartals zu kündigen, und eine vorläufige Nachsicht nach allgemeinen Grundsätzen den Adjudikatar nicht seines Rechtes verlustig macht.

Erkannt von dem Ob. Appell. Sen. des Kammerger. unterm 9. Jan. 1836. (Centralbl. 1839 S. 1160.)

Koch ist dagegen der Ansicht, daß in dem Falle, wenn die Gläubiger nicht gekündigt haben, zwar dem Adjudikatar, nicht aber dessen Nachfolger, wenn der Adjudikatar das Pacht- oder Miethsverhältniß fortgesetzt, und dadurch stillschweigend erneuert hat, die Kündigung zustehe; denn er sei im Falle des §. 358.

(Landr. Bd. 2. Anm. 74. zum §. 351. h. t.)

§§. 350. 351. Der Konkurskurator ist zwar befugt, dem Pächter eines zum öffentlichen Verkauf zu stellenden Grundstückes die Pachtung zu kündigen; der Antrag auf Räumung der Pacht ist aber erst nach erfolgter Adjudikation zuläßig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1839. (Präj. Nr. 648.)

Nach §§. 255. ff. A. G. O. I 50. steht die Kündigung zwar den Gläubigern zu; die Räumungsklage selbst aber wird durch den §. 360. h. t. nur dem Käufer gegeben, weil der Verkauf die alleinige Ursache der Aufhebung des Pachtverhältnisses innerhalb der kontraktmäßigen Zeit ist. Die abweichende Bestimmung im §. 353. in Betreff der Räumung bei Vermiethungen hat einen selbstständigen Grund darin, daß der gesetzliche Endpunkt des eingeschränkten Nutzungsrechtes von Landgütern an den Ablauf des Wirthschaftsjahres geknüpft ist, wie denn solches überhaupt bei Räumung des Besitzes solcher Güter und Berechnung der Nutzungen nach §§. 195. ff. Tit. 7. maßgebend ist.

(Präj. Samml. S. 125, Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 575 ff.)

§. 351. Das Wirthschaftsjahr des §. 351. ist dasjenige, welches als solches im Pachtvertrage bestimmt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 257 Nr. 56.)

§§. 350—354. 357. 358. Die Gläubiger, welche ein verpachtetes Grundstück zur Subhastation gestellt haben, dürfen zwar die Pachtung kündigen, die Räumung des Grundstücks kann aber von dem Käufer erst nach dessen wirklich erfolgtem Verkaufe, und selbst dann, wenn die Kündigung länger als sechs Monate vor dem Zuschlage erfolgt ist, erst mit Ablauf desjenigen Wirthschaftsjahres, in welchem der Zuschlag stattgefunden hat, verlangt werden.

Erkannt von dem III. Sen des Ob. Trib. unterm 18. Juni 1851 und unterm 29. März 1852.

Nach dem A. L. R. I. 21. §§. 350—354., 357., 358. ist das Recht und die Pflicht des Pächters oder Miethers zur Räumung innerhalb der vertragsmäßigen Zeit zunächst von einer Seitens der Gläubiger oder des Käufers erfolgten Kündigung abhängig gemacht (§. 357.). In Beziehung auf eigentliche Miethungen folgt sodann aus dem §. 353., daß die Kündigung erst mit dem Zuschlage wirksam wird, und der Miether soll erst nach Ablauf eines Vierteljahres vom Ausgange desjenigen Quartals, in welchem der Verkauf geschehen ist, zur Räumung verpflichtet sein. Aus dieser Bestimmung in ihrem Gegensatze zu den §§. 351., 352. folgt nicht die Unrichtigkeit obiger Auslegung. Dem Gesetzgeber lag bei Abfassung des A. L. R. die Frage vor, ob der Röm. Grundsatz: »Kauf bricht Miethe« anzunehmen sei. Diese Frage ist in Bezug auf freiwillige Verkäufe verneint, in Bezug auf nothwendige Veräußerungen bejaht. Schon aus dem Gegensatze, der hiernach zwischen freiwilligen Verkäufen und nothwendigen Veräußerungen gemacht worden, ergiebt sich, daß auch bei

[1]) Vor Erlaß der V. v. 11. Aug. 1843 hatte der I. Sen. des Ob. Trib. durch das Präj. Nr. 682. v. 7. Juni 1839 folgenden Rechtsgrundsatz ausgesprochen: »Die V. v. 4. März 1834 hat zufolge ihres Einganges nur die Vorschriften der A. G. O. über den Subh.- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß einer Abänderung unterwerfen wollen. Die Bestimmung derselben im §. 2. Nr. 3. ist daher auch nur auf die zum §. 16. angeführten Vorschriften der §§. 62—64. Tit. 52. der Proz. O. und des §. 408. des Anh. bezüglich. Die Bestimmung des §. 350. A. L. R. I. 21. wird davon nicht betroffen; das Recht, einen Pachtvertrag innerhalb der Dauer desselben im Falle einer nothwendigen Subhastation zu kündigen, bleibt also auf die Fälle beschränkt, wo eine solche im Wege des Konkurses oder der Rechtshülfe ausgebracht worden ist.« (Präj. Samml. S. 390.) — Der Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 7. Juni 1841 (Präj. Nr. 1014.) entschied jedoch: »Die Wirkungen einer nothwendigen Subhastation, welche gesetzlich eintreten sollen, wenn der Verkauf auf den Antrag eines Miteigenthümers zum Zweck der Auseinandersetzung erfolgt, beschränken sich in diesem Falle nicht auf diejenigen Verhältnisse, von denen die §§. 62—64. Tit. 52. der Proz. O. und der §. 408. des Anh. zur A. G. O. handeln.« (Präj. Samml. S. 390, Entsch. Bd. 7. S. 102.) — Die durch diese letztere Entscheidung wieder herbeigeführte Unsicherheit der kontraktlichen Rechte des Pächters und Miethers wurde durch den §. 1. der V. v. 11. Aug. 1843 beseitigt. — Vergl. über die bis dahin bestandenen Kontroverse auch: die Aufsätze von Bielitz in der J. W. 1838 S. 339, Temme a. a. O. 1843 S. 153, und Schadenberg a. a. O. 1843 S. 633; desgl. den Rechtsfall in Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 569 ff. und Bornemann's System Bd. 4. S. 488, 2. Ausg. Bd. 4. S. 317—318.

den Letzteren der wirkliche Verkauf die wesentliche und nothwendige Bedingung der Anwendbarkeit der §§. 351 — 355. ist. Die Worte der angezogenen Gesetzesstellen und der Grund derselben lassen keinen Zweifel. Nach §. 350., welcher den allgemeinen Grundsatz aufstellt, muß sich der Pächter und Miether die Kündigung dann, aber auch nur dann gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache eintritt. Für beide — den Pächter und Miether — gilt daher dasselbe Prinzip, und es müssen schon deshalb die Worte: »wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung eintritt«, für beide denselben Sinn und dieselbe Bedeutung haben. Die ausdrückliche Bestimmung im §. 353., wonach der wirkliche Verkauf der Sache conditio sine qua non der Räumung ist, muß für den Sinn des §. 350. als maßgebend betrachtet, und das im §. 351. gebrauchte Wort: »alsdann« auf die Schlußworte des §. 350. bezogen werden. — Diese Auffassung wird durch den §. 357. bestätigt. Die Auffassung entspricht dem Grunde des Gesetzes. Dasselbe ist lediglich im Interesse der Realgläubiger gegeben, zu dem Ende, daß die kontraktliche Dauer der Pacht oder Miethe kein Hinderniß eines möglichst günstigen Verkaufs werde. Die den Gläubigern nachgelassene Kündigung darf daher kein Mittel werden, die Auflösung des Pacht- oder Miethverhältnisses zu Gunsten des Subhastaten herbeizuführen, oder auch den Gläubigern andere Vortheile, als die einer möglichst günstigen Veräußerung zu verschaffen. Ist dies aber der Fall, dann muß die wirkliche Veräußerung des Grundstückes als conditio sine qua non der Wirksamkeit der stattgefundenen Kündigung angesehen werden. Es kann sich alsdann nur fragen: wenn der Pächter oder Miether nach erfolgtem Zuschlage des Grundstücks räumen muß, und die §§. 351—354. haben lediglich den Zweck, in Folge des in dem §. 350. festgestellten Prinzips, die Fristen zu bestimmen, nach deren Ablauf bei stattgefundener Kündigung und wirklich erfolgtem Zuschlage die Pacht oder Miethe geräumt werden muß. Dabei ist die Verschiedenheit des einen und anderen Verhältnisses leitend gewesen. Insbesondere ist bei Pachtungen das Wirthschaftsjahr, A. L. R. I. 7. §§. 129. ff.; 21. §§. 343., 366., 557., als Räumungstermin festgestellt worden. Die dem Pächter hierbei gegebene günstige Maßgabe könnte den Gläubigern sehr präjudiziren, wenn lediglich dem Käufer das Kündigungsrecht eingeräumt wäre, indem derselbe, wenn der Zuschlag in die letzte Hälfte eines Wirthschaftsjahres fallen sollte, noch mindestens ein Jahr und nach Umständen anderthalb Jahr auf die Räumung warten müßte. Das Gesetz hat daher auch den Gläubigern das Kündigungsrecht eingeräumt.

(Entsch. Bd. 22. S. 340, Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 138 Nr. 27.)

§. 354. Statt: »gewährt« ist zu setzen: »gewehrt«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 356. Ein im Hypothekenbuche eines verpachteten Grundstücks eingetragener Vermerk: »daß das Gut unter den im Kontrakte näher stipulirten Bedingungen verpachtet worden«, gewährt dem Pächter für die in dem Kontrakte unter Verpfändung des Guts von dem Verpächter übernommenen besonderen Geldverpflichtungen und die dem Pächter eingeräumten Berechtigungen kein Realrecht; vielmehr müssen, wenn dies geschehen soll, die einzelnen Verpflichtungen des Besitzers und die dem Pächter eingeräumten Rechte speziell im Hypothekenbuche vermerkt werden.

Es kann daher auch dem Pächter, wenn in dem Kontrakte für den Fall einer während der Dauer der Pachtzeit auf den Grund des nothwendigen Verkaufs des Guts eintretenden Aufhebung des Pachtkontrakts ein bestimmtes Geldquantum als Abfindung stipulirt worden, diese Abfindungssumme auf den Grund einer solchen allgemeinen Eintragung des Pachtkontrakts nicht in der dritten Klasse gefordert werden, und findet der §. 356. auf solche kontraktlich im Voraus festgesetzte Entschädigungen des Pächters keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Sept. 1842. (Präj. Nr. 1191.) (Präj. Samml. S. 126.)

§. 358. 1) Vergl. Suarez Bemerkungen in den Schlußvorträgen zur Rechtfertigung des §. 358. (Jahrb. Bd. 41. S. 67.)

2) Der Käufer eines verpachteten oder vermietheten Grundstücks tritt für die Dauer des Pacht- oder Miethsvertrages in die Rechte und Pflichten des Verkäufers, welcher dasselbe verpachtet oder vermiethet hatte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1853.

Nach §. 2. u. 3. h. t. sollen der Miether und Pächter durch den Besitz ein dingliches Recht erlangen. Damit ist der Grundsatz ausgesprochen, daß Kauf nicht Miethe bricht. Aber dabei ist der Gesetzgeber nicht stehen geblieben. Derselbe hat nicht bloß sanktionirt, daß der Käufer die Räumung vor Ablauf des Miethe- oder Pachtskontrakts nicht solle verlangen dürfen, sondern er hat auf diesen auch die Verbindlichkeit des Verkäufers als Vermiethers, resp. Verpächters mit der Sache passiv übergehen lassen. Es folgt dies einestheils aus der erwähnten Dinglichkeit, welche sich auf das Mißverhältniß als Ganzes und nicht bloß auf das darin einbegriffene Recht zur Innehabung der Sache bezieht; anderen Theils ergiebt es sich aus §. 358. h. t., wodurch nicht bloß auf das Verhältniß des Miethers oder Pächters zum Verkäufer hingewiesen werden soll, sondern welche Vorschrift vielmehr das Rechtsverhältniß des Pächters oder Miethers und des Käufers zu einander betrifft. Dieses wird nämlich dahin geregelt, daß keine Aenderung in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters dem freiwilligen Käufer gegenüber eintreten solle. So wie erstere also unverändert dem Käufer das bisherige Miethe- oder Pachtgeld zu entrichten haben, eben so können sie von diesem unveränderte Gewährung der gemietheten oder gepachteten Sache fordern. Es ist damit das Rechtsverhältniß in der Weise geordnet, wie ältere Deutsche Statuten durch Aufnahme der Parömie: »Kauf bricht nicht Miethe« die Sache aufgefaßt haben, und wie dies insbesondere für Berlin durch das R. v. 15. April 1765 (N. C. C. Tom. III. p. 673) unter IV. geschehen ist.

(Entsch. Bd. 25. S. 427, Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 349 Nr. 70.)

3) Da nach §. 358. der Kauf die Miethe nicht bricht, mithin der Miether gar kein Interesse hat, den Wechsel des Eigenthums des vermietheten Grundstücks zu bestreiten, so ist der Miether nicht berechtigt, dem auf Räumung klagenden Käufer, welcher einen die Uebergabe begründenden Kaufvertrag in beglaubigter Form beigebracht hat, die Sachlegitimation aus dem Grunde, weil die Uebergabe an denselben nicht erfolgt sei, zu bestreiten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Mai 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 198 Nr. 52.)

4) Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe verpachtet oder vermiethet, die Forderung auf künftig fällig werdende Pacht- oder Miethzinsen einem Dritten cedirt und hiernächst das Grundstück freiwillig veräußert, so ist der neue Eigenthümer auch hinsichts der während seiner Besitzzeit fällig werdenden Zinsen den Cessionsvertrag gegen den Cessionar anzufechten auch dann nicht berechtigt, wenn er erst nach Abschluß des Kaufvertrages von der Cession Kenntniß erlangt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Okt. 1849.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 187 Nr. 40.)

5) Der Käufer eines nothwendig subhastirten, verpachteten oder vermietheten Grundstücks ist gesetzlich schon auf den Grund des Zuschlagsurtheils berechtigt, die während der Zeit seines Besitzes aus Verträgen seines Vorbesitzers fällig gewordenen Pacht- oder Miethzinse für sich zu erheben und resp. einzuklagen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Juli 1850.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 193 Nr. 41.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 11. §. 342. Zus. 7.
(s. oben S. 329.)

6) Nach geschehenem Verkaufe der vermietheten Sache ist der Vermiether zur Aufkündigung der Miethe nicht mehr befugt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. März 1857, unter Bezugnahme auf die Gründe der Entscheidung v. 3. Juni 1853 [1]).
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 28 Nr. 6.)

§§. 363—365. Wegen nothwendiger Reparaturen.

§. 363. Wenn an einem Hause ein Hauptbau nothwendig wird, welcher nicht geführt werden kann, so lange ein im Hause wohnender Miether die gemiethete Wohnung in Besitz hat, so ist der Miether nicht bloß zur Räumung der Wohnung während des Baues verpflichtet, vielmehr ist sowohl der Vermiether, als der Miether berechtigt, den Miethsvertrag aufzuheben, und keiner kann den andern nach Vollendung des Baues zur Fortsetzung des Kontrakts anhalten. Hat in einem solchen Falle, wegen plötzlich eingetretener Gefahr, die Räumung von Seiten des Miethers geschehen müssen, so ist die Aufhebung des Miethsvertrages nicht von einer besonderen Kündigung abhängig.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Juli 1837.

Die dem §. 363. vorhergehenden und folgenden §§. sprechen sämmtlich von Fällen, in denen der Miethsvertrag vor Ablauf der Kontraktszeit geendigt wird. Der Zusammenhang läßt es daher nicht zweifelhaft, daß das Gesetz auch bei dem Falle eines nothwendigen Hauptbaues nicht eine zeitige, sondern eine definitive Aufhebung des Miethsverhältnisses hat festsetzen wollen. Eben

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2. ad h. l.

dafür spricht die Natur des letzteren; denn das Wesentliche des Vertrages, das Benutzen der Wohnung, kann unter den vom Gesetze aufgestellten Voraussetzungen nicht gewährt werden. Es tritt insofern eine Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, ein, da derselbe dahin gerichtet ist, daß gerade für die bestimmte Zeit der ununterbrochene Gebrauch der Wohnung gewährt werde. Deshalb steht der §. 363. h. t. ganz mit der allgemeinen Vorschrift des §. 364. A. L. R. I. 5. im Einklange. Auch der §. 383. h. t. beruht auf gleichem Grundsatze. — In dem im §. 363. vorausgesetzten Falle soll aber auch der Vermiether nicht durch den Miether genöthigt werden dürfen, einen nothwendigen Hauptbau auszusetzen, sondern seinerseits gleichfalls befugt sein, vom Vertrage zurückzutreten oder, wie es im Gesetze heißt, »die Räumung zu verlangen«. Daß hierunter nicht eine Räumung während der Zeit des Baues verstanden werden kann, ist klar, da nicht abzusehen wäre, wie der Miether, wenn er doch einmal sein Wohnungsrecht für vielleicht unbestimmte Zeit aufgeben muß, sollte genöthigt werden können, nach vollendetem Bau den Kontrakt wieder fortzusetzen, oder der Vermiether, gegen seinen Willen, dem Miether, unter den früheren Bedingungen, eine Wohnung wieder einzuräumen, die durch den Bau vielleicht eine ganz andere geworden ist. Auch ist der Ausdruck: »Räumung«, »räumen« in den §§. 342., 344., 351., 352., 353. h. t. gebraucht, und in allen diesen Stellen wird darunter die Beendigung des Miethes- oder Pachtverhältnisses verstanden. — Es würde auch überflüssig gewesen sein, festzusetzen, daß bei vorfallendem nothwendigen, während des Besitzes des Miethers nicht ausführbaren Hauptbaue, der Miether zu einer interimistischen Räumung verpflichtet sei; denn eine solche führte die vorausgesetzte Nothwendigkeit des Baues von selbst mit sich. Wohl aber war die Bestimmung der definitiven Aufhebung des Miethskontraktes für diejenigen Fälle nothwendig, wo entweder die Ausführung des Hauptbaues während der Kontraktszeit als unerläßlich sich darstellt, oder wo wegen plötzlich eintretender Gefahr die Aufhebung des Kontrakts de facto erfolgen muß, und nun vielleicht, nach später gehobenem Hindernisse, über die Fortdauer des Verhältnisses Streit entstehen kann, besonders wenn nicht eine ausdrückliche Kündigung stattgefunden hat. Eine solche ist aber in Fällen der letzteren Art nicht nothwendig, weil die Erfüllung des Kontrakts von selbst unmöglich geworden ist. Daß der Gesetzgeber von dieser Ansicht ausgegangen ist, und den Eintritt der Nothwendigkeit eines Hauptbaues für ein den Miethskontrakt aufhebendes Ereigniß angesehen wissen will, ergiebt sich auch aus der Erwägung, daß ein Hauptbau in den meisten Fällen eine wesentliche Veränderung des vermietheten Gegenstandes herbeiführt. Dagegen sorgen die §§. 364., 365. dafür, daß der Miether in den dort bezeichneten Fällen entschädigt werde. Ohne solche Umstände wird die eintretende Nothwendigkeit des Hauptbaues als ein Zufall betrachtet, der den Miethsvertrag aufhebt. (Entsch. Bd. 3. S. 15, J. W. 1837 S. 793 ff.)

Bornemann (System Bd. 4. S. 48, 2. Ausg. Bd. 4. S. 319) und Scholtz (J. W. 1837 S. 798 ff.) erklären sich mit dieser Entscheidung einverstanden.

§§. 366—375. Durch den Tod des Pächters oder Miethers.

Vergl. Suarez Rechtfertigung dieser Bestimmungen in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 67.)

§§. 366. 369. Das dem Verpächter gesetzlich zustehende Recht, den Erben des Pächters zu kündigen, setzt voraus, daß der Vertrag nicht auf diese ausdrücklich mit gerichtet worden ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 24. Juli 1810.
(Simon's R. Bd. 1. S. 198.)

§§. 369. 373. Das beim Tode des Pächters oder Miethers dem Verpächter oder Vermiether gestattete Rücktritts- und Kündigungsrecht ist an die in den §§. 366—368., 371. h. t. bestimmten Fristen dergestalt gebunden, daß es in späterer Zeit nicht mehr ausgeübt werden darf.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. Juni 1847 [1]). (Präj. Nr. 1888.)

Die allgemeine Regel ist, daß Rechte und Pflichten aus Verträgen durch den Tod eines der Kontrahenten nicht geändert werden. Das Gesetz macht hinsichtlich der Pacht- und Miethsverträge eine Ausnahme. Die ratio dieser Ausnahme liegt, wie Suarez amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. 41. S. 67 ergeben, in der clausula rebus sic stantibus, indem angenommen wird, daß der Tod des Pächters oder Miethers eine wesentliche Aenderung in den bestehenden Verhältnissen hervorbringt. Dieser ratio ist es entsprechend, wenn demjenigen, welcher in Folge des Pächters oder Miethers Anlaß zum Rücktritt vom Vertrage nehmen will, eine Frist bestimmt wird, binnen welcher er von seiner Befugniß Gebrauch machen muß. Der Tod des Pächters oder Miethers ist der gesetzliche Grund des gestatteten Rücktritts; dessen Einfluß auf die bestehenden Verhältnisse macht sich in der nächsten Zeit geltend, und es kann demselben nicht eine in infinitum gehende Wirkung beigelegt, es kann unmöglich angenommen werden, daß die vertragsmäßige Bestimmung über die Dauer des Vertrages ganz wegfallen solle. Hiermit stehen auch die sonstigen gesetzlichen Vorschriften in Einklang. Der §. 367. h. t. ist so zu verstehen, daß das Rücktritts- und Kündigungsrecht an die im vorhergehenden §. bestimmte einjährige Frist gebunden ist. Nach Ablauf dieser Frist wird in dem Vertrage nichts geändert. Sollte dies aber auch zweifelhaft erscheinen, so muß doch jedenfalls derjenigen Auslegung der Vorzug gegeben werden, welche der oben entwickelten ratio legis entspricht.

(Präj. Samml. S. 126, Entsch. Bd. 15. S. 35, J. M. Bl. 1847 S. 242, Rechtsf. Bd. 1. S. 289.)

§. 371. 1) Die nach dem Tode ihres Ehemannes die Wohnung benutzende Wittwe ist, in sofern sie den Miethskontrakt nicht mit abgeschlossen hat und des Mannes Erbin nicht geworden ist, zur Fortzahlung der Miethe nicht verpflichtet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Aug. 1837. (Präj. Nr. 184.) (Präj. Samml. S. 126.)

2) Die Erben des Miethers müssen aber gleichfalls in der im §. 374. bestimmten Frist den Kontrakt aufkündigen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 7. April 1837.
(Entsch. Bd. 1. S. 353 ff.)

Nach Ablauf der im §. 371. bestimmten Frist steht den Erben das Kündigungsrecht nicht mehr zu.

Vergl. den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 14. Juni 1847 (Präj. Nr. 1888.) in den Erg. zu den §§. 369. u. 373. h. t.

§. 372. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Bestimmung des §. 372. harmonirt nicht mit dem §. 232. A. L. R. I. 14. und den §§. 341. sqq. A. L. R. II. 1., und es läßt sich über die Entstehung nichts Näheres nachweisen. Der §. ist in der Abschrift des umgearb. Entw., nach welcher der Abdruck geschehen ist, ad marginem einer anderen durchstrichenen Bestimmung substituirt, welche dahin lautete: »Dies findet auch alsdann statt, wenn die Frau des Miethers den Kontrakt mitunterschrieben hat«; und welche mithin der Unterschrift keine besondere Wirkung beilegte. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 103.)

Bornemann bemerkt, daß die Vorschrift des §. 372. eine ganz singuläre sei, und daß aus derselben keinenfalls gefolgert werden könne, daß eine Ehefrau durch ihre bloße Unterschrift auch verpflichtet werde, während des Lebens ihres Ehemannes den Miethzins als correa oder in subsidium zu bezahlen, oder nach dem Tode desselben den Kontrakt fortzusetzen.

(System Bd. 4. S. 492, 2. Ausg. Bd. 4. S. 321—322.)

Koch meint, es müsse angenommen werden, daß die Beobachtung der Formen bei Intercessionen der Frauenspersonen hier vorausgesetzt sei, und daß alsdann, wenn sich die Frau förmlich verbindlich gemacht habe, ihr doch noch materiell die exceptio rebus sic stantibus zur Seite stehen solle. (Landr. Bd. 2. Anm. 87. zum §. 372. h. t.).

2) Das R. v. 8. April 1807 bestimmt, daß die Klage gegen die mitunterschriebene Ehefrau nicht per decretum abgewiesen werden solle. (Rabe Bd. 9. S. 29.)

3) Der §. 372. setzt voraus, daß die Ehefrau Erbin ihres Ehemannes geworden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1853.
(Entsch. Bd. 26. S. 273, Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 337 Nr. 72.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. §. 232. Zus. 8.
(s. oben S. 511—512.)

§. 373. Vergl. die Erg. zu den §§. 369. u. 373. h. t.

§. 374. Statt: »verpachtet« ist zu setzen: »gepachtet«.
(R. v. 5. Mai 1834 und v. 14. Juli u. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 43. S. 445 u. Bd. 50. S. 464, Gräff Bd. 8. S. 49 u. Bd. 12. S. 6.)

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 12. März 1846 und früher (Entsch. Bd. 1. S. 360) angenommen, daß das nach §§. 366—373. h. t. durch den Tod des Miethers oder Pächters gesetzlich begründete Recht der Kündigung des Miethes- oder Pachtvertrages an keine Zeit gebunden, und nur in dem Maße beschränkt sei, daß dabei die gesetzliche Kündigungsfrist nach §. 344. beachtet werden müsse, das Kündigungsrecht selbst aber nicht durch den Ablauf der in den §§. 366—368. und 371. h. t. erwähnten Fristen verloren gehe. Von dieser Ansicht wollte demnächst der III. Sen. abweichen, weshalb die Entscheidung des Plenums eingeholt wurde, welche die ältere Meinung für unrichtig erklärte. (Entsch. Bd. 15. S. 35.) — Vergl. über die Frage auch Bornemann's System 1. Ausg. Bd. 4. S. 490 ff. und 2. Ausg. Bd. 4. S. 320 ff.

§§. 376 — 382. Durch eine Veränderung in der Person oder den Umständen des Miethers.

§. 376. 1) Statt: »vor« ist zu setzen: »von«.

(R. v. 13. Okt. u. 27. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 718, Jahrb. Bd. 50. S. 464, Gräff Bd. 12. S. 6.)

2) Suarez bemerkt in den Schlußvorträgen:

Die §§. 376. ff. sind nur äußerst billige Anwendungen der clausulae rebus sic stantibus. (Jahrb. Bd. 41. S. 68.)

3) Siewert theilt einen Fall mit, da einem Miether ein Haus unter der Bedingung vermacht worden war, daß er dasselbe sofort beziehe. (Siewert Hft. 6. S. 82 ff.)

Grävell (Lehre vom Nießbrauche rc. S. 204) und Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 551) nehmen an, daß in solchem Falle der §. 376. Anwendung finde, weil dem Miether weder zugemuthet werden könne, die Erbschaft auszuschlagen, noch auch zwei Wohnungen zu behalten.

Bornemann findet hier den §. 376. nicht anwendbar, weil der Erbschaftsantritt nicht als eine unfreiwillige Veränderung in der Person des Miethers anzusehen, und die entgegengesetzte Meinung dahin führen würde, den Miether zum Rücktritte vom Vertrage auch in dem Falle zu berechtigen, wenn ihm statt der gemietheten Wohnung, besonderer Verhältnisse wegen, eine andere, zu einem bedeutend geringeren Miethspreise offerirt werde.

(System Bd. 4. S. 494, 495, 2. Ausg. Bd. 4. S. 323.)

Koch hält gleichfalls die Meinung von Grävell und Bielitz für unrichtig, da kein Rechtsgrund findbar sei, dem Miether die Befugniß zu geben, sich von seiner Verbindlichkeit freizusprechen.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 769, Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 376. h. t.)

4) Ist der §. 376. auf den Fall anzuwenden, wenn ein Beamter auf sein Ansuchen oder doch mit seiner Zustimmung versetzt wird?

Die Gesetzrevisoren bemerken, daß die Billigkeit für die Bejahung spreche. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 105.)

Bielitz (Komm. Bd. 4. S. 551) und Bornemann (System Bd. 4. S. 495, 2. Ausg. Bd. 4. S. 323) bejahen ebenfalls, weil die Versetzung eines Beamten immer von der vorgesetzten Behörde abhänge, und als eine freie Handlung des Ersteren nicht angesehen werden könne.

Koch meint, der zuletzt gedachte Grund treffe nicht zu; denn außer dem Falle einer Disciplinarstrafe, oder organischer Veränderungen in den Stellen, könne kein Beamter ohne seinen Willen versetzt werden. (Landr. Bd. 2. Anm. 91. zum §. 376. h. t.)

§. 378. In dem Falle des §. 378. ist das Recht des Miethers, die Miethe innerhalb der kontraktmäßigen Zeit zu kündigen, nicht nothwendig dadurch bedingt, daß der Krieg wirklich erklärt oder zum Ausbruch gekommen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Mai 1852. Schon der Gebrauch des Präsens: »bei eintretendem Kriege« schließe einen noch entstehenden Krieg nicht aus. Das Ausrücken der Truppen in Veranlassung und zum Zwecke eines Krieges genüge.

(Entsch. Bd. 23. S. 165.)

§§. 383—386. Wegen Veränderungen in der Sache.

§. 383. Wenn die gemiethete Wohnung gesundheitsgefährlich ist, so ist der Miether berechtigt, von der Befugniß des §. 383. Gebrauch zu machen.

Erkannt von dem III. Sen des Ob. Trib. unterm 4. Mai 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 259 Nr. 48.)

§. 385. Wenn die vermiethete Sache durch ein grobes oder mäßiges Versehen des Vermiethers unbrauchbar wird, so fällt nicht nur die Verbindlichkeit des Miethers zur Entrichtung des Miethzinses weg, sondern er ist auch außerdem berechtigt, Schadloshaltung von dem Vermiether zu fordern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 232 Nr. 53.)

§. 387. Wegen Mißbrauchs der Sache.

1) Die Verwendung einer gepachteten oder gemietheten Sache zu einem anderen als dem im Vertrage ausdrücklich bestimmten Gebrauche begründet die Entsetzung des Pächters oder Miethers während der kontraktmäßigen Zeit, wenn auch eine Beschädigung der Substanz nicht zu besorgen ist.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Aug. 1841. (Präj. Nr. 1039.)

In dem Begriffe des »Mißbrauches einer Sache« ist nicht nothwendig die Schädlichkeit des Gebrauches für die Sache oder für einen Dritten enthalten; vielmehr ist Mißbrauch im Allgemeinen nur der einem gewissen Zwecke nicht entsprechende Gebrauch. Dieser Zweck kann aus der Natur und der Bestimmung einer Sache oder aus dem Wesen des unter gewissen Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes sich ergeben; er kann aber auch durch Vertrag ausdrücklich bestimmt, und die Art des Gebrauches der Sache genau vorgeschrieben werden. Wo letzteres nicht geschehen ist, mag es oft zweifelhaft erscheinen, ob eine gewisse Art des Gebrauches der Sache für einen Mißbrauch anzusehen sei, und bei der Beurtheilung dieser Frage wird der Umstand, daß der Gebrauch einen Schaden hervorgebracht hat, nicht ohne Einfluß bleiben. Wo aber ein bestimmter Gebrauch vertragsmäßig vorgeschrieben ist, da darf die Rücksicht auf die Schädlichkeit des Gebrauches nicht Platz greifen. Denn theils können die Kontrahenten möglicherweise darüber einverstanden gewesen sein, daß der im Kontrakt ausbedungene Gebrauch einen Schaden für die Sache herbeiführen werde, und dann ist, ungeachtet dieses schädlichen Erfolges, ein Mißbrauch der Sache nicht anzunehmen; theils kann unter Umständen eine Benutzung der Sache, welche den ausdrücklichen Bedingungen des Pachtvertrages widerspricht, wenn sie auch noch so unschädlich ist, die Interessen des Verpächters mehr verletzen, als die im Kontrakte gestattete, vielleicht mit einiger Beschädigung der Sache verbundene Nutzungsart. Der Vertrag muß daher allein entscheiden, und wo derselbe über den Sinn der Abrede keinen Zweifel übrig läßt, darf nach dem schädlichen Erfolge nicht gefragt, mithin ein Mißbrauch auch nicht deshalb abgeleugnet werden, weil kein Schade entstanden ist.

(Präj. Samml. S. 126, Entsch. Bd. 7. S. 147.)

Derselben Ansicht sind Temme (J. W. 1843 S. 160) und Bornemann (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 324).

Dagegen wird die Richtigkeit des Präj. bestritten von Dieterici, welcher zu zeigen sucht, daß zwei Fälle zu unterscheiden, in welchen der Miether oder Pächter wegen Mißbrauchs exmittirt werden kann, nämlich:

a) Wenn er die Sache kontraktwidrig gebraucht, wenn er im Gebrauche derselben dem Vertrage zuwider handelt, so berechtige jede Deterioration derselben, welche daraus entstehen kann, sie sei so gering, als sie wolle, zur Exmission.

b) Gebraucht er sie aber auf eine im Vertrage festgesetzte Weise, oder ist im Vertrage über die Art des Gebrauchs nichts bestimmt, so solle die Entsetzung nur stattfinden, wenn der Gebrauch der Art ist, daß er eine erhebliche Beschädigung der Substanz zur Folge hat.

(J. W. 1841 S. 681 ff., 1843 S. 497 ff.)

2) Wenn in einem Miethsvertrage zur Erhaltung der guten Ordnung im Hause festgesetzt ist: »Holz oder Kiehn dürfen nie in der Wohnung oder Küche klein gemacht werden«, und wenn nach einer weiteren Bedingung, »sollte Miether diesem Kontrakt entgegen handeln, oder denselben nicht erfüllen, dem Vermiether freistehen soll, die sofortige Räumung zu verlangen«, so berechtigt der Umstand allein, daß in der gemietheten Wohnung oder Küche ohne Willen und Wissen des Vermiethers Holz oder Kiehn klein gemacht worden, den Vermiether noch nicht, die sofortige Räumung der Wohnung zu verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Nov. 1847. (Präj. Nr. 1941.) [1])

(Entsch. Bd. 15. S. 498, Rechtsf. Bd. 3. S. 138 Nr. 71.)

3) Die Bestimmung des §. 387. findet auch in dem Falle des Mißbrauchs durch den ohne Einwilligung des Verpächters von dem Pächter angenommenen Unterpächter Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Sept. und 24. Okt. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 28 Nr. 6.)

§§. 388—390. Wegen Erlöschung des Rechts des Vermiethers oder Verpächters.

§. 388. 1) Der §. 388. bestimmt auch den Fall, daß ein von dem Ehemanne über ein eingebrachtes Grundstück der Ehefrau geschlossener Vermiethungskontrakt nach getrennter Ehe die Ehefrau nicht verpflichtet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Dec. 1839. (Präj. Nr. 770.)

---

[1]) In der gedr. Präj. Samml. fehlt dies Präj.

Das ehemännliche Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs ist auf die Dauer der Ehe beschränkt, und es läßt sich aus demselben nicht folgern, daß Miethsverträge, welche der Mann in Ansehung der zum Eingebrachten der Frau gehörigen Grundstücke geschlossen hat, die Ehefrau als Eigenthümerin, auch nach beendigtem ehemännlichen Nießbrauch dergestalt verpflichteten, als ob sie solche selbst geschlossen hätte. Die Bestimmungen vom Verwaltungs-Vertrage — §§. 129. ff. A. L. R. I. 14. — rechtfertigen dies nicht, sondern der Zusammenhang dieser Vorschriften ergiebt, daß solche auf das Verwaltungs-Verhältniß des Ehemannes nicht Anwendung finden, vielmehr dabei eine solche Verwaltung vorausgesetzt wird, welche auf den Grund eines Vertrages für Rechnung der Prinzipals geführt wird, wogegen der Ehemann nicht für Rechnung der Frau, sondern für sich selbst als Nießbraucher verwaltet, und derselben keine Rechenschaft abzulegen hat. Als gesetzlicher Verwalter des Eingebrachten seiner Frau vereinigt er mit seiner Person noch das größere und überwiegende Recht des Nießbrauchers, und mit den gesetzlichen bestimmten Grenzen des Nießbrauches hören auch die Wirkungen seiner Verwaltung auf, die daher nicht über die Zeit nach Beendigung des Nießbrauches fortdauern können. Derselbe Sinn liegt dem §. 388. h. t. zum Grunde, welcher ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des §. 33. A. L. R. I. 19. ist, und welchem alle Fälle der Art, wo das Recht des Vermiethers mit Beendigung seines Nießbrauchs an der Sache erlischt, untergeordnet sind. Der Ehemann ist als Usufruktuar der Güter seiner Ehefrau nur temporair darüber zu verfügen berechtigt; ein von ihm geschlossener Miethsvertrag dauert nur so lange, als sein Benutzungsrecht besteht. Mit dem Erlöschen seines Rechts als resp. ehelichen Nießbrauchers und Vermiethers tritt der nachfolgende Berechtigte — der Nachfolger — an seinen Platz. Dies ist nach erfolgter Ehetrennung die separirte Ehefrau, als Eigenthümerin des Grundstücks, und sie ist daher durch den von dem Ehemanne geschlossenen Miethsvertrag nicht gebunden, sondern nach §. 389. h. t. nur verpflichtet, dem Miether den gesetzlichen Aufkündigungstermin zu gewähren.

(Präj. Samml. S. 127, Entsch. Bd. 25. S. 139.)

Denselben Rechtssatz hat der I. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. März 1853, unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 770., dahin angenommen, daß der von einem Ehemanne über ein eingebrachtes Grundstück seiner Frau geschlossene Pacht- oder Miethsvertrag seine Gültigkeit mit dem Ende des ehemännlichen Nießbrauchrechtes, dergestalt verliert, daß die Ehefrau alsdann zur Aufkündigung berechtigt wird.

(Entsch. Bd. 25. S. 145, Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 351 Nr. 73.)

Ganz entgegengesetzt führt das Erk. des Ob. Trib. v. 1. Okt. 1846 aus, daß die einmal erfolgte Verpachtung des Grundstücks der Ehefrau nicht durch die Entziehung des maritalischen Nießbrauches, wenn darauf erkannt worden, ungültig werde, sondern daß ein solches Erkenntniß nur in Beziehung auf Erhebung des Pachtzinses seine Wirkung äußere. (Koch's Arch. Bd. 6. S. 509—511.)

Diesen Widerspruch sucht das Erk. des III. Sen. v. 11. März 1853 durch die Bemerkung zu beseitigen:

Es sei in dem Präj. v. 1. Okt. 1846 nur ausgeführt, daß zum Verpachten eines der Ehefrau gehörigen fundi der Konsens des Mannes nicht erfordert wird, wobei von dem Falle des Aufhörens des maritalischen Nießbrauchs nicht die Rede sei, und die beiläufige Bemerkung in den Gründen dieses Urtels, daß die einmal geschehene Verpachtung nicht ungültig werde, wenn dem Manne der Nießbrauch aberkannt würde, lasse sich nur darauf beziehen, daß eine solche Ungültigkeit nicht eo ipso eintrete, sondern die im §. 389. h. t. geordnete Kündigung geschehen müsse.

Allein dies ist keinesweges der Sinn der gemachten Bemerkung in dem Präj. v. 1. Okt. 1846, sondern ein Widerspruch in der That vorhanden.

Koch führt aus, daß die Ansicht des Präj. v. 1. Okt. 1846 die richtige sei, indem er bemerkt:

Die Verpachtung fällt unter den Begriff der Veräußerung und die Frage ist daher: ob der Mann, vermöge seines Verwaltungsrechtes, ohne Einwilligung der Frau zur Verpachtung ermächtigt sei. Diese Frage ist zu bejahen. Müssen die Erben eines Pflegebefohlenen die von der Vormundschaft geschlossenen Verträge, namentlich die Pachtungen, doch auch gelten lassen und aushalten, wenngleich unstreitig nur sie und nicht mehr die Vormundschaft zur Verwaltung befugt sind? Auf diese Frage hat der Nießbrauch keinen Einfluß.

(Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 388. h. t.)

2) Nach der Entscheidung der Gesetzkomm. v. 24. März 1795 muß nach gemeinen Lehnrechten ein in das Lehn sukcedirender Agnat, wenn er im Allodium Benefizialerbe geworden, das Allodium auch hinreichend ist, den von seinem Erblasser wegen des Lehngutes geschlossenen Pachtkontrakt halten, ohne Unterschied, ob er Alleinerbe im Allodium sei, oder mehrere Miterben habe.

Durch das Hof-R. v. 7. April 1795 ist dies Gutachten zur Befolgung in künftigen Fällen, wo der Erbanfall sich vor dem 1. Juli 1794 ereignet hat, bestätigt.

(Stengel Bd. 1. S. 368, Klein Bd. 14. S. 390, Rabe Bd. 3. S. 46, 47.)

§§. 388. 389. 1) Der Ablauf der Zeit, sei es die Lebenszeit oder irgend eine andere bestimmte, für welche der Verpächter oder der Vermiether über die verpachtete oder vermiethete Sache zu verfügen berechtigt war, hebt den Pacht- und Miethsvertrag nicht von Rechtswegen auf, sondern der Nachfolger im Besitz der Sache hat die Wahl, den Vertrag aufzurufen, oder denselben fortzusetzen, und in jedem Falle tritt der Nachfolger in die kontraktlichen Rechte des Verpächters oder Vermiethers hinsichtlich der Rückgewähr der Sache ein.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1856.

(Entsch. Bd. 33. S. 383.)

2) Wenn ein Pfarrer Pfarräcker verpachtet hat, und während der Dauer des Pachtverhältnisses stirbt, so ist sein Amtsnachfolger, welcher den Pachtvertrag nicht fortsetzen will, verpflichtet, dem Pächter den gesetzmäßigen Aufkündigungstermin zu gestatten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1857.

(Entsch. Bd. 35. S. 74.)

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. II. 11. §§. 800—803.

3) Ueber die Frage: in wiefern der Fideikommißkurator zur Kündigung des von dem verstorbenen Fideikommißbesitzer über dessen Lebenszeit hinaus geschlossenen Pachtvertrages berechtigt ist, vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 9. Sept. 1857 in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 473., 474.

§. 389. Die Gesetzrevisoren nehmen an, daß der Vertrag für stillschweigend verlängert gilt, wenn der Nachfolger im Besitze, statt von seinem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen, sich stillschweigend so verhält, daß nach den Grundsätzen des §. 325. auf eine stillschweigende Einwilligung zu schließen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 107.)

Koch ist derselben Meinung. (Landr. Bd. 2. Anm. 2. zum §. 389. h. t.)

Vergl. auch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 14. Juni 1847 (Präj. Nr. 1888.) in den Erg. zu den §§. 369. u. 373. h. t.

§§. 391—394. Wegen der von dem anderen Theile verweigerten Erfüllung.

§§. 391. 392. Das dem Verpächter eines Grundstücks vertragsmäßig vorbehaltene Recht, den Pachtvertrag sofort aufheben zu können, wenn der Pachtzins nicht in der vertragsmäßig bestimmten Zeit abgeführt ist, ist kein selbstständiges, von der Berechtigung zur Empfangnahme des Pachtgeldes zu trennendes Recht, sondern akcessorischer Natur, und kann daher von dem Verpächter nicht mehr ausgeübt werden, wenn derselbe den Pachtzins cedirt hat.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1852.

(Entsch. Bd. 24. S. 106, Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 174 Nr. 35.)

Koch erklärt dies für unrichtig, weil nicht ein zur fällig gewordenen Geldforderung gehöriges akcessorisches Recht, sondern eine Bedingung durch jene Vertragsklausel verabredet sei.

(Landr. Bd. 2. Anm. 3. a. zum §. 392. h. t.)

§§. 395—397. Rechte im Konkurse.

Lenz, über das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters nach den Grundsätzen des Röm. und Preuß. Rechts (in dessen Studien und Kritiken im Gebiete des Preuß. 2c. Rechts. Greifswalde 1847) S. 115—164.

§. 395. 1) Dekl. v. 21. Juli 1846 über die Anwendung des §. 395. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. [1]).

Wir Friedrich Wilhelm 2c. erklären auf den Antrag Unseres Staatsmin., nach Anhörung Unserer getreuen Stände und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsrathes:

daß die dem Vermiether und Verpächter im §. 395. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. beigelegten Rechte eines Pfandgläubigers sich nur auf solche Sachen

---

[1]) Durch diese Dekl. ist ein Meinungsstreit entschieden, welchen schon ein Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 12. März 1838 (Präj. Nr. 426.) in demselben Sinne zum Austrage gebracht hatte.

(Präj. Samml. S. 127, Entsch. Bd. 4. S. 1.)

und Effekten erstrecken, welche dem Miether oder Pächter selbst gehören, oder welche derselbe ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist.
(G. S. 1846 S. 326.)

Dazu:

a) Bezüglich auf das Rechtsverhältniß des Ehemannes zur Frau hinsichtlich der in die Ehe gebrachten Mobilien hat der III. Sen. des Ob. Trib. schon vor Erlaß der Dekl. v. 21. Juli 1846 in dem Erk. v. 4. April 1846 (Präj. Nr. 1734.) folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Das im §. 395. dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht erstreckt sich auch auf die in die gemiethete Wohnung von dem Ehemanne eingebrachten, der Ehefrau gehörigen Mobilien, soweit dem Ehemanne das Dispositionsrecht darüber zusteht. (Präj. Samml. S. 128.)

Dieser Rechtssatz wird wiederholt angewendet, und jetzt auf den zweiten Satz der Dekl. v. 21. Juli 1846 gestützt, von dem III. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Aug. 1847.
(Rechtsf. Bd. 2. S. 125 Nr. 60.)

b) Die Ehefrau des Miethers hat hinsichtlich der zu ihrem durch Vertrag vorbehaltenen Vermögen gehörigen, jenem in die gemiethete Wohnung eingebrachten und von dem Vermiether Behufs seiner Befriedigung wegen des Miethszinses in Beschlag genommenen Mobilien kein Interventionsrecht, weil ihr der §. 250. A. L. R. II. 1. entgegensteht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Nov. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 93 Nr. 22.)

Die Redaktion des Archivs bezweifelt die Richtigkeit dieser Entscheidung, da es nach der Dekl. v. 21. Juli 1846 nur darauf ankomme, ob der Mann befugt war, die Mobilien der Frau zu verpfänden, und diese Befugniß aus dem §. 250. A. L. R. II. 1. keinesweges folge. (a. a. O. S. 94 Anm. **)

c) Betreffs der Sachen des Aftermiethers hatte das Ob. Trib. in dem Erk. v. 13. Juni 1836 den Satz ausgesprochen, daß der Vermiether das gesetzliche Pfandrecht auf die Sachen des Aftermiethers nicht habe. (Entsch. Bd. 1. S. 160.)

Dies erklärt Koch schon nach der vor dem Erlaß der Dekl. v. 21. Juli 1846 bestandenen Gesetzgebung für unrichtig.
(Landr. Bd. 2. Anm. 12. zur Dekl. v. 21. Juli 1846.)

2) Auch der Afterverpächter erwirbt an den Illaten des Afterpächters in gleicher Art ein gesetzliches Pfandrecht, wie der Hauptverpächter an den eingebrachten Effekten des Hauptpächters.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Okt. 1842. (Präj. Nr. 1216.)

Der §. 395. legt dem Afterverpächter dies Recht zu. Der §. 323. steht nicht entgegen, da er nur den Zweck hat, festzusetzen, daß der Afterpächter auf Rechte, die dem Afterverpächter im Hauptvertrage eingeräumt, dem Afterpächter aber im Afterpachtskontrakte nicht mit übertragen sind, niemals Anspruch machen dürfe. Keinesweges aber schließt sie eine Anwendung der gesetzlichen Vorschriften aus, die im Miethss- und Pachtverhältnisse für den Vermiether und Verpächter, so wie für den Miether und Pächter gelten. — Auch nach Röm. Rechte hatte unbestritten wenigstens der Aftervermiether gegen den Aftermiether ein gesetzliches Pfandrecht. Die Fassung des §. 395. berechtigt, nicht anzunehmen, der Afterverpächter erwerbe jene Rechte erst durch eine besondere Besitzergreifung der inferirten Effekten. Allerdings ist zur Entstehung eines jeden dinglichen Rechts ein Titel und eine Erwerbungsart erforderlich; allein der Titel ist hier in Gemäßheit des §. 132. Tit. 2. Thl. I. des A. L. R. die gesetzliche Vorschrift, vermöge welcher bei einem bestehenden Pacht- oder Miethsverhältnisse das Faktum der Illation der dem Pächter oder Miether gehörigen Effekten dem Verpächter oder Vermiether das Recht eines Pfandgläubigers verleihet. Die Illation der Effekten in das verpachtete Grundstück, woraus für den Verpächter die faktische Möglichkeit entsteht, sein Recht an diesen Effekten durch Retention derselben geltend zu machen, ist zufolge §. 131. Tit. 2. l. c. diejenige Handlung oder Begebenheit, mit deren Eintritt der Verpächter jenes gesetzliche Recht auf die Sachen erlangt. War nun auch der Afterverpächter nur unvollständiger Besitzer des Gutes selbst, so war er doch, nach §. 9. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. vollständiger Besitzer der ihm daran zustehenden Besitz- und Nutzungsrechte, hatte in Beziehung auf solche nach §. 176. ibid. gegen jeden Anderen als den Eigenthümer alle Rechte des Eigenthümers und konnte nach §. 169. l. c. sein Besitzrecht, so lange solches dauerte, selbst gegen Letzteren geltend machen. Sein Verhältniß zu diesem wurde durch die Afterverpachtung in keiner Art geändert, vielmehr erlosch das ihm übertragene Recht auf den Besitz und die Benutzung des Guts erst mit Ablauf seines Kontrakts. (Präj. Samml. S. 128, Entsch. Bd. 8. S. 292.)

Bornemann ist derselben Ansicht.
(System, 2. Ausg. Bd. 4. S. 339.)

Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen: Korte (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 97 ff., insbes. S. 114) und Lenz (Studien S. 152 ff.).

3) Entsteht das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters schon mit dem Augenblicke der Einbringung, oder erst mit der körperlichen Besitznehmung der einzelnen Stücke?

Das Ob. Trib. hat für die erstere Ansicht entschieden.

a) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers erstreckt sich auf die eingebrachten Effekten des Miethers auch schon dann, wenn ihm auch an Letzteren noch keine fällige Forderung aus dem Miethsvertrage zusteht.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Okt. 1839. (Präj. Nr. 740.) (Präj. Samml. S. 127.)

b) Dieselbe Ansicht entwickelt das Ob. Trib. in dem Erk. v. 23. Nov. 1835. Hier wird die Ausführung, daß das Pfandrecht schon mit der Illation beginne, unter Erinnerung an das gleichlautende Dogma des Röm. Rechts, aus der Wortfassung des §. 395. und dem Inhalt des §. 382. mit dem Bemerken dargethan, daß die Worte: »die zur Zeit der Beendigung des Kontrakts im Hause noch vorhandenen Sachen« nur das Wiedererlöschen des Pfandrechts andeuten sollen. Daß aber der Vermiether seines Pfandrechts durch die bloße, von der Fortschaffung aus dem gemietheten Lokale nicht begleitete Veräußerung der invecta, selbst dann nicht verlustig gehe, wenn er die Veräußerung erfahren und ihr nicht widersprochen hat, wird aus A. L. R. I. 16. §. 381., 5. §§. 133., 134. abgeleitet.
(Entsch. Bd. 1. S. 28.)

c) Ebenso hat der IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1852 erkannt. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 253 Nr. 53.)

Dieser Meinung sind auch Bornemann (System Bd. 4. S. 501, 2. Ausg. Bd. 4. S. 328 ff.), Koch (Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 395. h. t.) und Schmidt (Grunds. des Pfandr. S. 164).

Dagegen vertheidigen die letztere Alternative: Jakobi (J. W. 1836 S. 239 ff., 1840 S. 344, 1843 S. 152), Korte (Ulrich's Arch. Bd. 5. S. 104 ff.), Gärtner (Gans Beitr. Bd. 1. S. 485 ff.) und Lenz (Studien S. 133 ff.).

4) Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich auch auf die im Pachtgrundstücke erzeugten, noch auf dem Halme stehenden oder schon eingeernteten Früchte.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1840. (Präj. Nr. 885. a.) (Präj. Samml. S. 127, Entsch. Bd. 6. S. 92.)

Derselben Ansicht sind: die Gesetzrevisoren (Pens. XIII. und XIV. S. 113), Dr. Sommer (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 217), Korte (a. a. O. Bd. 5. S. 112), Bornemann (System Bd. 4. S. 509, 2. Ausg. Bd. 4. S. 363), Schmidt (Pfandr. S. 164), Stute (Ulrich's Arch. Bd. 3. S. 650) und der Civil-Sen. des O. L. G. zu Arnsberg (Ulrich's Arch. Bd. 6. S. 598).

Vergl. über die Frage auch Lenz Studien S. 144.

Das Erk. des IV. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Dec. 1854 erklärt den Grundsatz des Präj. Nr. 885. a. auch auf den Fall der Verpachtung eines einzelnen Grundstückes für anwendbar.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 303 Nr. 65.)

Die Konkurs-O. v. 8. Mai 1855 §. 33. Nr. 4. (am Ende) hat jetzt die Ansicht des Ob. Trib. sanktionirt.

5) Der Verpächter ist sein gesetzliches Pfandrecht schon vor Beendigung des Pachtvertrages wegen seiner fälligen Forderungen geltend zu machen befugt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. April 1840. (Präj. Nr. 885. b.)

Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich zwar allerdings bis zur Endigung der Pacht und auf alle zu dieser Zeit in dem Gute noch vorhandenen Sachen und Effekten des Verpächters; daraus folgt aber nicht, daß der Verpächter, wenn der Pächter im Laufe der Pacht mit dem Zinse im Rückstande bleibt, mit der Geltendmachung seines Pfandrechts bis zur Beendigung der Pacht warten müsse. Wäre dies die Absicht des Gesetzes, so würde dasselbe dem Interesse des Verpächters nicht zureichend vorgesehen haben. Offenbar hat das Gesetz das Ende der Pacht als Endtermin der Dauer des Pfandrechts nur in der Rücksicht bezeichnet, weil sich die übrigen Forderungen des Verpächters, außer dem kurrenten Pachtzinse, erst bei der Rückgewähr des

Pachtgutes übersehen lassen. Keinesweges hat das Gesetz das Pfandrecht im Laufe der Pacht ausschließen wollen, denn das Pfandrecht entsteht a momento illationis. Ueberdies würde es sich auf keine Weise rechtfertigen lassen, wenn bei der Konkurrenz des Verpächters mit anderen Gläubigern, wo die in Rede stehende Frage hauptsächlich Bedeutung gewinnt, die Forderung des Verpächters wegen des rückständigen Pachtzinses für eine während der Dauer des Pachtverhältnisses ganz unbevorzugte Forderung angesehen werden, nach Beendigung des Kontraktes aber das Vorzugsrecht der zweiten Klasse haben sollte.

(Präj. Samml. S. 127, Entsch. Bd. 6. S. 92.)

Derselben Ansicht sind die Gesetzrevisoren, welche bemerken:

Der Verpächter und Vermiether kann sein Pfandrecht durch Besitzergreifung auch noch vor Beendigung des Kontrakts geltend machen, wenn der Pächter oder Miether die eingebrachten Effekten hinwegschaffen will, und er muß in dieser Art der erlaubten Selbsthülfe gegen die Gewalt des andern Theils, so wie gegen jede andere Eigenmacht durch die Polizeibehörde geschützt werden, wenn er es nicht vorzieht, gerichtliche Hülfe nachzusuchen.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 112.)

Bornemann ist gleichfalls dieser Ansicht.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 337.)

6) Alle zur Zeit der Ausübung des Pfandrechts vorhandenen Sachen und Effekten sind dem Pfandrechte des Vermiethers oder Verpächters unterworfen, wenn sie auch von dem Miether oder Pächter veräußert, jedoch noch nicht fortgeschafft sind.

Dieser Grundsatz ist von dem Ob. Trib. in mehrfachen Entscheidungen anerkannt worden.

a) Von Verpächtern und Vermiethern können auf den Grund des §. 395. die Rechte eines Pfandgläubigers auf Effekten geltend gemacht werden, welche von dem Pächter oder Miether in das Pacht- oder Miethsgrundstück eingebracht, während der Pacht- oder Miethszeit aber unter dem im §. 72. A. L. R. I. 7. enthaltenen Vorbehalte veräußert, und in Folge dieses Nießbrauchsvorbehaltes bei Endigung des Pachts- oder Miethsverhältnisses im Pacht- und Miethsgrundstücke vorgefunden worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. März 1833. (Präj. Nr. 22.) (Präj. Samml. S. 127, Simon's R. Bd. 3. S. 285.)

b) Ein Dritter kann Eigenthumsrechte an den in eine Miethswohnung von dem Miether eingebrachten, und dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfenen Sachen, während der Dauer des Miethsvertrages nur unbeschadet jenes Pfandrechts, und mit demselben behaftet, sofern nämlich die Sachen ihm nicht wirklich übergeben, und aus dem Miethslokal fortgeschafft worden, sondern im Besitze des Miethers verblieben sind, durch Kauf erwerben. — Dieses speziellen Pfandrechts wird der Vermiether in Beziehung zu dem Dritten nicht dadurch verlustig, daß er die Veräußerung gewußt, erfahren und ihr nicht widersprochen hat, sondern nur dadurch, daß er diesem Pfandrechte entsagt, sei es ausdrücklich urkundlich, oder durch die That, indem er dem Käufer die Fortnahme der Sachen aus der Miethswohnung gestattet. (A. L. R. I. 16. §. 381. u. I. 5. §§. 133, 134.)

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Nov. 1835.

(Entsch. Bd. 1. S. 30.)

c) Auch wenn von einem Inbegriff von Sachen, z. B. einer Heerde, einzelne Stücke ohne Einwilligung des Verpächters veräußert worden sind (A. L. R. I. 2. §. 37.), geht das Pfandrecht des Letzteren erst dann verloren, wenn diese Stücke vom Gute wirklich fortgebracht worden sind.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1838. (Präj. Nr. 401.) (Präj. Samml. S. 127.)

7) Wenn Sachen, die dem Pfandrechte unterworfen sind, heimlich weggebracht werden, so kann der Verpächter oder Vermiether — gleich jedem anderen Pfandgläubiger, der wider Willen aus dem Pfandbesitze kommt (§. 118. A. L. R. I. 20.), — dieselben zurückfordern. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 8. zum §. 395. h. t.)

Der Miether aber macht sich der unerlaubten Selbsthülfe schuldig, wenn er die von dem Vermiether als Gegenstand seiner Sicherheit in Anspruch genommenen Effekten und Mobilien gewaltsam aus dem Hause fortschafft.

Erkannt von dem V. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Mai 1850.

(Entsch. Bd. 19. S. 288.)

8) Nach Röm. Rechte sind nur diejenigen Sachen, quae, ut ibi sint, illata fuerint, dem Pfandrechte des Verpächters und Vermiethers unterworfen; in den Preuß. Gesetzen ist dagegen bald von den eingebrachten Sachen und Effekten, bald nur von den letzteren, bald von den Habseligkeiten, bald von den Mobilien und Effekten die Rede (vergl. §. 35. h. t., A. G. O. I. 44. §§. 46., 56., 57., 60., Anh. §. 302., A. G. O. I. 50. §. 350. a.), und hieraus wird gefolgert, daß in dieser Beziehung eine Abweichung des Preuß. Rechts von dem Röm. bestehe, indem jenes alle inferirte und bei Beendigung des Kontrakts in dem Grundstücke noch vorhandene Effekten dem Pfandrechte des Verpächters oder Vermiethers unterwerfe.

Vergl. hierüber: Jakobi in der J. W. 1836 S. 246 ff., Gärtner in Gans Beitr. Bd. 1. S. 485 ff., Lenz Studien S. 140 ff., Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 4. S. 335 ff.

Es fragt sich indeß:

a) Sind diejenigen Sachen von dem Pfandrechte des Verpächters oder Vermiethers ausgeschlossen, welche gar kein Gegenstand der Exekution sein sollen?

Es verneinen:

α) die Gesetzrevisoren, welche bemerken:

Das O. L. G. zu Königsberg hat die Frage in Beziehung auf das Mobiliare dienstthuender Offiziere (Anh. zur A. G. O. §. 155.) aufgeworfen, und aus dem Grunde, weil derartige Gegenstände von dem Eigenthümer zum handhabenden Pfande allerdings versetzt werden könnten, sich dahin entschieden, daß auch das Pfandrecht des Vermiethers oder Verpächters anerkannt werden müsse. Wir halten diese Meinung für die richtige und glauben, daß das Pfandrecht, in sofern der Pächter oder Miether zur Verpfändung befugt war, keiner Beschränkung unterliegen könne. Für diese Meinung läßt sich auch das in den §. 302. des Anh. zur A. G. O. übergegangene R. v. 28. Aug. 1806 (Mathis Bd. 10. S. 23) anführen, welches die Beschlagnahme des Handwerkszeuges der Professionisten und Künstler zur Deckung des Miethszinses nur in sofern untersagt, »als noch anderes Mobiliar vorhanden ist«, während der §. 95. Tit. 24. Thl. I. der A. G. O. das Handwerkszeug von der Exekution ausnimmt, in sofern die Erhaltung des Schuldners im Nahrungszustande durch Gestattung von Abschlagszahlungen zu erwarten ist. Zugleich ist am Schlusse gesagt, die Gerichte sollen bemüht sein, den Vermiether in Güte zu disponiren, daß dem Professionisten das unentbehrliche Handwerkszeug belassen werde; dadurch aber ist wohl offenbar anerkannt, daß diese Nachsicht im Wege des Rechts nicht in Anspruch genommen werden könne.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 111.)

β) Bornemann; denn es sei nicht abzusehen, warum das, was zum Faustpfande gegeben werden kann, nicht auch als dem, von dem Gesetze an die Illation geknüpften Pfandrechte des Verpächters und Vermiethers unterworfen betrachtet werden sollte. Diese in der Praxis rezipirte Meinung sei auch in dem, in den §. 302. des Anh. zur A. G. O. aufgenommenen R. v. 28. Aug. 1806 anerkannt worden.

(System Bd. 4. S. 507, 2. Ausg. Bd. 4. S. 335.)

γ) Koch; denn was ausdrücklich verpfändet werden kann, könne es auch stillschweigend. (Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 395. h. t.)

δ) Lenz (Studien S. 141).

Entgegengesetzter Ansicht ist Bielitz.

(Komm. Bd. 4. S. 562.)

b) Erstreckt sich das Pfandrecht des Vermiethers auch auf Schulddokumente, Geld und gemünzte Papiere?

Es bejahen:

α) Bielitz in Absicht auf Schulddokumente.

(Komm. Bd. 4. S. 564, 565.)

β) Gräbell in Beziehung auf Geld und gemünztes Papier.

(Komm. zur A. G. O. Bd. 4. S. 555.)

γ) Lenz in Betreff aller genannten Gegenstände.

(Studien S. 141.)

Dagegen verneint Bornemann, weil Schulddokumente nur zum Beweise von Forderungen und Sachen dienen, die sich außerhalb des Gutes oder Hauses befinden, das im §. 395. gebrauchte Wort »Sachen« durch den Zusatz »Effekten« näher bestimmt wird, und jeder Vermiether und Verpächter bei Eingehung des Vertrages voraussetzen muß, daß das in die Wohnung oder das Gut gebrachte Geld wieder zum Ausgeben bestimmt sei.

(System Bd. 4. S. 507, 2. Ausg. Bd. 4. S. 336.)

9) R. v. 9. Juli 1839. Dem Vermiether gebührt zwar nach §. 395. A. L. R. I. 21. wegen seiner Miethsforderung ein Pfandrecht an den eingebrachten Mobilien des Miethers, und deshalb nach

§. 116. A. L. R. I. 20. auch die Befugniß, das Pfand so lange im Besitz und Gewahrsam zu behalten, bis seine Forderung getilgt ist; wenn aber noch andere Gläubiger aus demselben Vermögensobjekte ihre Befriedigung im Wege der Exekution verlangen, so muß sich der Vermiether den gerichtlichen Verkauf gefallen lassen; nur ist, sobald derselbe ein rechtskräftiges Urtel gegen seinen Schuldner erstritten hat, von Amtswegen ein Prioritätsstreit über den Erlös der Sachen zwischen ihm und den andern Gläubigern einzuleiten. Eine Interventionsklage würde, abgesehen davon, ob die §§. 75. ff. A. G. O. I. 24. dieselbe dem Pfandgläubiger geben, nach §. 5. A. G. O. I. 18. den Verkauf der Sachen nicht hindern.

(J. M. Bl. 1839 S. 264.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieser Ansicht, indem er bemerkt:

Ein Pfandgläubiger braucht einem Personalgläubiger des Verpfänders das Pfand nicht herauszugeben. Will aber der Personalgläubiger das Pfandstück als Gegenstand eines noch erst zu erwerbenden richterlichen Pfandrechtes (pignoris praetorii) behandeln, so hat erstens ein solcher Exekutionssucher nicht mehr Recht, als sein Schuldner, indem er eben nur dieses Recht seines Schuldners zu seiner Befriedigung zu verwenden berechtigt ist; und zweitens geht ein pignus praetorium dem civilrechtlichen Pfandrechte weder vor, noch steht es ihm gleich; es kann mithin von einem Prioritätsstreite über den Erlös zwischen dem Pfandgläubiger und dem Exekutionssucher gar keine Rede sein. Der Fall einer Kollision ist also nicht vorhanden. Weil also der Exekutionssucher nur das Recht des Schuldners ausüben kann, so darf er dem Verpächter oder Vermiether nicht ohne Weiteres die Pfandstücke durch den Exekutor abholen lassen. Widerspricht der Vermiether der Wegschaffung, so kann der Exekutionssucher einen Superarrest auf dasjenige, was nach Befriedigung des Vermiethers ꝛc. übrig bleiben wird, ausbringen und Sicherheitsmaßregeln gegen Wegbringung der Sachen treffen. Auch die Zumuthung, daß der Vermiether ꝛc. seine Forderung angeben und nachweisen solle, ist rechtswidrig; denn derselbe hat ein Pfandrecht wegen alter Ansprüche aus dem Miethe- oder Pachtverhältnisse, welche er bei dessen Beendigung zu machen berechtigt sein wird, und deren Betrag er nicht voraus wissen kann.

(Landr. Bd. 4. Anm. 10. zum §. 395. h. t.)

Bornemann ist der Ansicht, daß das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers bei Kollision mit den Rechten anderer Gläubiger des Miethers und Pächters ganz wie das Recht des Faustpfandgläubigers zu beurtheilen, verwirft jedoch die in dem R. v. 19. Juli 1839 ausgesprochene Behauptung, daß der Richter sofort auf das von dem Gläubiger gegen den Miether angebrachte Exekutionsgesuch die Exekution verfügen und das Prioritätsverfahren von Amtswegen einleiten müßte. Vielmehr müsse der Gläubiger jedesmal gegen den retinirenden Vermiether auf Herausgabe des Pfandes zum Zweck des Verkaufs und des über den Erlös zu eröffnenden Prioritätsverfahrens klagen. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 339—340.)

Jakobi bemerkt, daß sich in Betreff der Frage: ob der Vermiether schuldig sei, die im Wege der Exekution mit Beschlag belegten, von ihm aber als Pfand zurückbehaltenen Sachen seines Miethers mit Vorbehalt seiner Rechte herauszugeben und seine Forderung dem Richter nachzuweisen, drei Ansichten gegenüberstellen lassen:

a) Dem Vermiether kann nach §. 116. A. L. R. I. 20. der Pfandbesitz nicht entzogen werden, vielmehr ist es Sache des Exekutionssuchers, die Hindernisse wegzuräumen, die seinem Anspruche entgegenstehen; er müsse also den Vermiether befriedigen, oder ihn zur Klage nöthigen, oder selbst die Negatorienklage erheben. Bis dahin könne der richterl. Verkauf der Sache nicht stattfinden, oder doch die Lösung im Depositorio verbleiben.

b) Richterliche Abpfändung und Verkauf ist sofort zuzulassen und der Vermiether, gleich jedem fremden Eigenthümer zum Interventionsprozesse zu verweisen (A. G. O. I. 24. §. 75.).

c) Es kollidiren dingliche Rechte zweier Gläubiger in demselben Gegenstande. Der Exekutionssucher hat ein richterliches Pfand, der Vermiether, der sein gesetzliches geltend machen wolle, muß also dem Richter seine Forderung nachweisen, damit eventuell der Streit über das Vorrecht nach dem vierten Abschnitte der Konk. O. entschieden werde. (A. L. R. I. 17. §§. 74. ff., Tit. 7. u. 5. §. 453. in Verbindung mit I. 20. §. 197. und A. G. O. I. 51. §. 51.)

Diese letztere Ansicht sucht Jakobi als die richtige zu begründen. (J. W. 1843 S. 146 ff., 161 ff.)

10) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters an den invectis et illatis des Miethers und Pächters wird dadurch, daß diese Effekten im Wege der von einem Dritten ausgebrachten Exekution abgepfändet und in das gerichtliche Gewahrsam abgeholt werden, nicht aufgehoben, selbst wenn der Vermiether oder Verpächter sich bei dieser Abholung ihre Rechte nicht ausdrücklich vorbehalten haben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1852 und 29. Nov. 1853.

Durch die Einbringung der Sachen des Miethers in die gemiethete Wohnung bekommt der Vermiether dieselben mittelbar in seinen Besitz; es darf ihm daher sein gesetzliches Pfandrecht daran durch ihre ohne sein Zuthun vorgenommene Entfernung nach §§. 116—118. h. t. nicht verkümmert werden. Selbst beim bloßen Retentionsrechte bleibt dem dazu Berechtigten sein Recht, wenn die Sache dem Inhaber vor den Gerichten abgefordert wird, nach §. 562. h. t. so lange vorbehalten, als dieselbe oder ihr Werth sich in gerichtlicher Gewahrsam befindet. Um so viel mehr muß dies von dem Pfandrechte gelten.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 43 Nr. 12. u. Bd. 11. S. 81 Nr. 19.)

11) Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters wird durch die in Folge der Sequestration des Grundstücks erfolgte Veräußerung der gewonnenen Früchte nicht aufgehoben.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1854, weil hier ein freiwilliges Aufgeben des Besitzes (§§. 116., 118. A. L. R. I. 20.) nicht anzunehmen, sondern der §. 562. A. L. R. I. 20. maßgebend sei. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 303 Nr. 65.)

12) Auch dem Fiskus stehen, als Verpächter, wegen seiner Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, gegen seinen Pächter auf die, von dem Letztern eingebrachten, und zur Zeit der Endigung des Kontrakts in dem Gute noch vorhandenen Sachen und Effekten die Rechte eines Pfandgläubigers zu, und er ist durch die Bestimmung des A. L. R. Thl. II. Tit. 14. §§. 45., 47., 65., 66. und der A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 399. u. 400. nicht bloß auf sein fiskalisches Vorrecht beschränkt.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. März 1833.

(Simon's R. Bd. 3. S. 274.)

§. 396. 1) Erstreckt sich das Zurückhaltungsrecht des Pächters und Miethers bloß auf die Ausübung des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts, oder auch auf die bei dieser Gelegenheit entstandenen Forderungen an den Pächter und Vermiether?

Die Gesetzrevisoren nehmen Ersteres an.

Nicht bloß der Vermiether, sondern auch der Verpächter — welcher nach Röm. Rechte wohl an den Früchten, nicht aber an den invectis et illatis ein pignus legale hatte — soll nach §. 395. d. Tit. auf die von dem Miether oder Pächter eingebrachten und zur Zeit der Beendigung des Kontrakts in dem Hause oder Gute noch vorhandenen Effekten die Rechte eines Pfandgläubigers haben. Dem Miether und Pächter ist dagegen wegen der Ansprüche an den andern Theil bloß ein Zurückbehaltungsrecht gegeben. Dieses letztere ist, wie gesagt, kein Vorrecht; sondern nur eine Art von Privatrechtshülfe, und bringt daher dem Berechtigten in der Konkurrenz mit andern Gläubigern des Verpächters oder Vermiethers keinen Vortheil. Der Pächter oder Miether hat mithin keinen bevorzugten Anspruch an andere Kontrahenten; und hier eben zeigt sich die Grenze des demselben gegebenen dinglichen Rechts. Dies erstreckt sich nicht weiter, als auf die Ausübung des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts, und keinesweges auf die bei dieser Gelegenheit entstandenen Forderungen an den Verpächter, oder Vermiether. Allerdings kann es vorkommen, daß auch das Zurückbehaltungsrecht gegen einen Dritten geltend zu machen ist, weil die demselben zum Grunde liegende Forderung aus einer nützlichen Verwendung hervorgegangen ist (§§. 546—550. Tit. 20. Thl. 1. des A. L. R.). Ob wegen anderer Forderungen das Zurückbehaltungsrecht auch gegen denjenigen ausgeübt werden könne, der sein Recht von dem anderen Theile, das ist von demjenigen, welcher sich die Ausübung des Retentionsrechts müßte gefallen lassen, herleitet, ist nicht zweifellos. Gegen die bejahende Beantwortung dieser Frage spricht der bereits erwähnte Umstand, daß das Retentionsrecht erlischt, wenn Konkurs eröffnet wird (§. 566. Tit. 20.), — und daß, um zu dieser Auslegung zu gelangen, die Bestimmung des §. 547. Tit. 20., als Ausnahme für den Fall einer nützlichen Verwendung, auf solche dritte Berechtigte bezogen werden müßte, die ihr Recht nicht von dem Schuldner ableiten. Wollte man nämlich das Retentionsrecht allgemein gegen denjenigen gestatten, der sein Recht von dem Schuldner herleitet, so würde in sofern der Inhaber des §. 547. Tit. 20. keine Ausnahme mehr sein. Dessenungeachtet hat Grävell (Nießbrauch, Pacht und Miethe S. 229) kein Bedenken getragen, die Behauptung aufzustellen, daß das Zurückbehaltungsrecht auch gegen den Nachfolger, der sein Recht von dem Schuldner herleitet, geltend gemacht werden könne. Er nimmt davon in nicht ganz passender Weise Veranlassung, das Recht des Pächters wegen der eingezahlten Kaution ein dingliches zu nennen. Wir können die Streitfrage hier nicht entscheiden, bemerken aber, daß sie von der höchsten Wichtigkeit ist, indem die Gestattung des Retentionsrechts gegen solche, die ihr Recht von dem

Schuldner ableiten, in Widerspruch mit dem Grundsatze, daß es im Konkurse nicht geltend gemacht werden könne, dasselbe zu einem durchaus eigenthümlichen Mittelding zwischen dinglichem und persönlichem Rechte erheben würde.

(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 109.)

2) Kann der Pächter das Zurückbehaltungsrecht auch gegen den Singular-Sukcessor des Verpächters ausüben?

Bornemann bejahet[1]), weil der Kauf die Miethe nicht bricht, der Ankäufer daher auch in die aus dem Miethskontrakte entspringenden Obligationen getreten, dem Konduktor persönlich verpflichtet sei, und sich deshalb die in dem Retentionsrechte liegende exceptio doli entgegensetzen lassen müsse. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 340.)

Derselben Ansicht ist Grävell.

(Lehre vom Nießbrauche 2c. S. 229.)

Koch bemerkt:

Es müssen die persönlichen Forderungen des Pächters vor und nach dem Sukcessionsfalle unterschieden werden. Hinsichtlich der ersteren kann dem Sukcessor die Sache nicht vorenthalten werden, es sei denn, daß es sich um Verwendungen in die Sache handle, für welche auch der redliche Besitzer von dem Eigenthümer Ersatz zu fordern berechtigt sein würde. Wegen der Forderungen des Pächters nach der Besitzveränderung muß der neue Erwerber ganz den Verpächter vertreten, wenn er dessen Rechte aus dem Kontrakte genießen will.

(Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 396. h. t.)

§§. 399—625. Von Pachtungen der Landgüter.

§. 399. Schr. des Min. des Inn. v. 8. April 1831. Landräthe werden von Aufsichtswegen zur Pachtung von Kommunalgütern nicht zugelassen. (v. K. Annal. Bd. 15. S. 343.)

§. 400. 1) Ueber den Begriff eines Landgutes vergl. die Erg. zu den §§. 150. sqq. h. t.

2) Die Gesetzrevisoren meinen, daß Mühlen unter dem Ausdrucke: »Landgüter« mit begriffen werden.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 114.)

Koch bestreitet dies; denn bei den auf Mühlen sich beziehenden §§. 448. u. 533. ff. h. t. sei daran gedacht, daß Mühlen als Pertinenzien zu einem verpachteten Landgute gehören (§. 440.). Wenn also eine Mühle für sich allein Gegenstand einer Pacht ist, so kämen die Vorschriften über die Form der Pachtkontrakte über Landgüter nicht zur Anwendung (§. 407.).

(Landr. Bd. 2. Anm. 16. zum §. 400. h. t.)

§§. 401—407. Form.

§. 401. u. Anh. **§. 56.** Der §. 56. des Anh. ist aus dem Konkl. der Gesetzkomm. v. 15. Dec. 1794 entnommen.

Vergl. die Erg. zu den §§. 258—625. h. t. Zus. 1.

§. 402. Vergl. die Präj. des Ob. Trib. Nr. 493. u. 1259. in den Erg. zum §. 269. h. t. Zus. 1. u. 3.

§§. 403. sqq. u. Anh. **§. 57.** 1) Der §. 57. des Anh. ist aus dem R. v. 13. Febr. 1797 entnommen.

(N. C. C. Tom. X. p. 931, Rabe Bd. 4. S. 26.)

Vergl. über die Bedenken gegen diese Bestimmung Siewert's Material. Hft. 7. S. 87 ff.

2) Ueber die im §. 403. vorgeschriebene Form vergl. die Rechtfertigung von Suarez in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 68.)

3) Dem gerichtlich abgeschlossenen Pachtkontrakte steht der außergerichtlich aufgesetzte und hiernächst seinem Inhalte nach vor Gericht oder Notario anerkannte Vertrag gleich (§. 125. A. G. O. I. 10.), wenn ihn auch der instrumentirende Beamte deutlich und dem Willen der Parteien entsprechend gefaßt findet.

Vergl. das Erk. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 5. April 1845 (Präj. Nr. 1558.) (Präj. Samml. S. 270, Entsch. Bd. 11. S. 185) in den Erg. zur A. G. O. II. 2. §. 43. Litt. b.

Bornemann nimmt gleichfalls an, daß ein seinem Inhalte nach gerichtlich anerkannter Pachtvertrag einem gerichtlich aufgenommenen gleich zu achten sei; denn zwischen diesen beiden Formen der gerichtlichen Vollziehung sei gar kein wesentlicher Unterschied; die Bestimmung des §. 404. könne auch bei einer bloßen Verlautbarung zur Anwendung gebracht werden, und in dem §. 57. des Anh. habe der Gesetzgeber die Zulässigkeit und Hinlänglichkeit einer Verlautbarung vor Gericht oder einem Notario offenbar vorausgesetzt.

(System Bd. 4. S. 515, 2. Ausg. Bd. 4. S. 341.)

Dieselbe Ansicht ist auch von den Gesetzrevisoren entwickelt worden. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 115.)

4) Ist die Bestimmung des §. 57. des Anh. auch auf Pachtkontrakte zu beziehen, welche von einem Magistrate über Landgüter der Stadtkommune geschlossen werden?

Der Ob. Appell. Sen. des Kammerger. (Datum des Erk. konstirt nicht) hat verneint, weil der Magistrat keine, einer Kreditdirektion ähnliche öffentliche Anstalt, der Kontrakt auch nicht vor dem Magistrat, sondern von demselben, als Verpächter, errichtet worden ist. Wollte man die Vorschrift des gedachten §. 57. in dem vorausgesetzten Falle gelten lassen, so könne dies nur in Beziehung auf den Magistrat, nämlich dahin geschehen, daß es Seitens dessen keiner Vollziehung des Kontrakts vor Gericht oder vor einem Justizkommissarius bedarf, solche aber Seitens des Pächters nothwendig ist.

(J. W. 1840 S. 504, Centralbl. 1840 S. 759.)

Bornemann dagegen unterscheidet, ob der Magistrat mit einem rechtsverständigen Syndikus, Justitiarius oder Konsulenten versehen, und dieser bei der Errichtung des Vertrags zugezogen worden, oder ob dies nicht der Fall. In ersterm Falle sei die gerichtliche oder notarielle Aufnahme unnöthig, da das R. v. 13. Febr. 1797, aus welcher der §. 57. entnommen, als Grund der Ausnahme angiebt, daß die Verlautbarung vor Gericht oder Notar eine leere Förmlichkeit sein würde, wenn jene Voraussetzungen vorhanden sind.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 342.)

Koch bejahet, weil der Zweck der Bestimmung hierfür spreche. Die Magisträte ständen in dieser Beziehung hinsichtlich der Kämmereigüter mit den Regierungsabtheilungen für Domainen und Forsten in gleichem Verhältnisse. Der Zweifelsgrund, daß der Kontrakt nicht vor dem Magistrat, sondern von dem Magistrat als Verpächter geschlossen werde, sei gewichtlos, weil er auch bei den Kreditanstalten zutreffe.

(Landr. Bd. 4. Anm. 21. zum §. 57. des Anh., Recht der Ford. Bd. 3. S. 771.)

§. 406. 1) Aus einer Privatpachtpunktation über ein Landgut, mit Verabredung eines 200 Thlr. übersteigenden Pachtgeldes und einer mehrjährigen Pachtzeit, kann weder auf gerichtliche Vollziehung, noch auf Erfüllung geklagt werden, selbst nicht für ein Jahr.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. im J. 1834. (Präj. Nr. 48.) (Präj. Samml. S. 128).

2) Wenn über ein Landgut ein Pachtvertrag, in welchem ein jährlicher Pachtzins von 200 Rthlr. oder mehr vorbedungen ist, nicht gerichtlich oder notariell, sondern nur schriftlich errichtet worden, so gilt die Pacht auch auf ein Jahr nur dann, wenn die Uebergabe des verpachteten Landgutes an den Pächter erfolgt ist.

Ohne diese Uebergabe kann weder die Erfüllung auf ein Jahr, noch Entschädigung gefordert werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Okt. 1838. (Präj. Nr. 527.)

Aus der Vergleichung der Vorschriften der §§. 269., 401., 402. ergiebt sich, daß beim Mangel der im §. 403. vorgeschriebenen Form der Pachtvertrag, sofern der Pachtzins 200 Thlr. oder mehr beträgt, nicht zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen, folglich auch dessen Erfüllung nicht gefordert werden kann, so daß ein wider die Vorschrift des §. 403. bloß schriftlich abgefaßter Pachtvertrag nicht einmal als Punktation zu betrachten ist. Hieraus folgt, daß der §. 406., wonach in diesem Falle die Pacht nur auf ein Jahr gilt, und mit Ablauf jeden Jahres wieder aufgehoben werden kann, die bereits erfolgte Uebergabe voraussetzt, weil alsdann schon mit der theilweisen Erfüllung freiwillig der Anfang gemacht ist. Es steht dem Verpächter zwar frei, das Gut zurückzufordern; um den Pächter aber vor unerwarteten Nachtheilen aus der Sinnesänderung des Verpächters zu bewahren, ist bestimmt, das er ihm das freiwillig eingeräumte Gut ein Jahr lassen müsse. In gleichem Sinne wird im §. 406. von einer Pacht, und nicht von einem Pachtvertrage, und von einer Aufhebung und Kündigung derselben, die ohne vorhergegangene Einräumung des Pachtbesitzes nicht denkbar sei, gesprochen.

(Präj. Samm. S. 128, Entsch. Bd. 4. S. 117.)

[1]) In der 1. Ausg. des Systems Bd. 4. S. 513. hatte derselbe verneint.

Bornemann theilt die Ansicht des Ob. Trib., daß die §§. 405., 406. von einem durch die Uebergabe vollzogenen Pachtvertrage zu verstehen, und aus einem bloß schriftlich errichteten Pachtvertrage der vorliegenden Art eben so wenig wie aus einem mündlichen Miethvertrage, der schriftlich hätte errichtet werden müssen, auf Erfüllung geklagt werden kann.

(System Bd. 4. S. 514, 515, 2. Ausg. Bd. 4. S. 341.)

Das Justizmin. hat sich über die Frage in dem R. v. 28. März 1821 in demselben Sinne ausgesprochen.

In dem A. L. R. I. 5. §. 121. ist zwar die Regel aufgestellt, daß aus vollständigen Punktationen auf Erfüllung geklagt werden kann; diese Regel ist aber bei Pachtkontrakten beschränkt, indem nach der Thl. I. Tit. 21. §§. 403. sqq. vorgeschriebenen Form dieser Gattung von Verträgen, derjenige Pachtkontrakt, dessen Pachtzins die Summe von 200 Thlr. erreicht, gerichtlich oder vor einem Justizkommissarius geschlossen werden muß, widrigenfalls er mit dem Ablaufe eines jeden Jahres gekündigt werden kann. Was hier von der Wirksamkeit eines förmlichen schriftlich geschlossenen Kontrakts disponirt ist, muß auch um so mehr da gelten, wo, wie im vorliegenden Falle, nur von einer Punktation die Rede ist.

Nach Ihrem eigenen Anführen weigert sich nicht allein der Verpächter, die Punktation zu einem bindenden Kontrakte zu erheben, sondern hat sogar von dem ihm zustehenden Rechte der Kündigung bereits Gebrauch gemacht, und dadurch deutlich zu erkennen gegeben, daß er rechtlich nicht länger gebunden sein will, als die Punktation in ihrer gegenwärtigen Gestalt es mit sich bringt. Es kommt also nur darauf an, ob die Kündigung zur gehörigen Zeit erfolgt ist oder nicht, und nur in dem letzteren Falle werden Sie auf die Fortsetzung der Pacht das zweite Jahr hindurch Anspruch machen können, niemals aber auf die ganzen stipulirten sechs Pachtjahre. Da Sie dies in der angebrachten Klage beabsichtigen, so sind Sie mit Recht abgewiesen worden.

(Min. Akt. Bd. 1459., Gen. P. 17. Vol. 1. Fol. 61.)

§. 407. Im Centralbl. 1839 S. 1213 (Meditation Nr. 63.) wird bemerkt, die Ausnahme in diesem §. 407. könne nicht eintreten, wenn die Hälfte eines schriftsässigen Freigutes (neben der Hälfte eines kontribualen Ackergutes) verpachtet wird.

§§. 413. 414. Pflichten des Pächters in Ansehung der Lasten und Abgaben.

1) Zu den Kreis-Kommunalbedürfnissen und zu der Klassensteuer müssen alle Pächter beitragen, ohne daß deren Entrichtung auf das Verhältniß zu ihren Verpächtern Einfluß hat.

(R. des Min. des Jun. u. d. P. v. 22. Okt. 1830 u. v. 19. Aug. 1831, v. K. Annal. Bd. 14. S. 783 u. Bd. 15. S. 568.)

2) Der Verpächter eines Gutes ist zur Entschädigung des Pächters wegen einer auf dem Gute haftenden Hutungsgerechtigkeit gesetzlich nicht verpflichtet.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1853, auf Grund der §§. 409., 413., 414. h. t. in Verbindung mit §. 295. h. t. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 333 Nr. 71.)

3) Vergl. die Erg. zu den §§. 292., 294. 413., 414. h. t. (s. oben S. 731.)

§§. 418—432. Gewähr, die der Verpächter zu leisten hat.

§. 418. Der Anspruch des Pächters auf Vergütung wegen Gewährleistung kann nur auf Minderung oder Ersatz des Pachtzinses gerichtet werden, weil die Verbindlichkeit zur Gewährleistung keinen anderen Inhalt hat, als Erlaß oder Erstattung der Gegenleistung.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 418. h. t.)

Dies hat auch der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 16. März 1839 (Präj. Nr. 629.) in Anwendung auf die Erbpacht anerkannt. (Präj. Samml. S. 122.)

§§. 418. u. 419. Der Verpächter ist verpflichtet, den Pächter wegen der demselben von einem dritten Eigenthumsprätendenten entzogenen Nutzungen auch dann zu entschädigen, wenn dieser Dritte zwar mit der gegen den Pächter angestellten Besitzstörungsklage obgesiegt hat, hiernächst aber auf die von dem Verpächter gegen ihn erhobene Negatorienklage mit seinen Ansprüchen zurückgewiesen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. März 1852, auf Grund der §§. 418., 419. h. t. in Verbindung mit §§. 324., 322., 325. A. L. R. I. 5. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 81 Nr. 21.)

§. 420. Der Eigenthümer eines mit der Prästation des Deputats belasteten und zur Zeit der Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit nach einem Anschlage verpachtet gewesenen Grundstücks ist berechtigt, die Fortentrichtung dieser Prästation an ihn selbst von dem Pächter zu verlangen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1851.

Bei einem nach einem Anschlage geschlossenen Pachtvertrage (A. L. R. I. 21. §. 432.) hat der Verpächter das periculum zu tragen (§. 420. h. t.), es muß ihm also auch das commodum werden.

(Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 149 Nr. 32.)

§§. 420. 421. 1) Oeffentliche Abgaben, welche einem Pachtgrundstücke nach abgeschlossenem Pachtvertrage auferlegt worden, sind als Schmälerungen des Nutzungsrechtes anzusehen, die dem Pächter einen Anspruch auf Vergütigung geben.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Juli 1837. (Präj. Nr. 311.) (Präj. Samml. S. 126, Entsch. Bd. 2. S. 326.)

2) Wegen der erfolgten Aufhebung des Mühlen-, Brau- und Branntweinzwanges und der Banngerechtigkeiten, ist der Verpächter so wenig, als der bisherige Zwangspflichtige, zu irgend einer Entschädigung des Pächters verpflichtet.

(G. v. 28. Okt. 1810 §. 2., G. S. 1810 S. 95.)

3) Wenn bei einer in Pausch und Bogen geschlossenen Pacht, nach errichtetem Vertrage, das Nutzungsrecht in einer Rubrik durch Zufall oder gesetzliche Anordnungen geschmälert wird, so muß dem Pächter der dadurch entstandene Ausfall nach Verhältniß der Gesammtnutzungen im Durchschnitte der nächst vorhergehenden drei Jahre gegen das Pachtquantum vergütet werden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Juni 1855.

Im §. 420. h. t. sind drei Größen zur Berechnung gegeben: der Ausfall, die Gesammtnutzung, für welche beide der Anschlag den Maßstab abgiebt, und der Pachtzins. Aus diesen drei Größen wird die vierte berechnet. In demselben Verhältnisse, in welchem der Ausfall zur Gesammtnutzung steht, in demselben Verhältniß muß auch die Vergütung zum Pachtzinse stehen. Im §. 421. soll der bei einer Rubrik entstandene Ausfall nach Verhältniß der ehemaligen Nutzungen im Durchschnitte der nächstvorhergehenden drei Jahre vergütet werden. Aus dem §. 420. ergiebt sich, daß die Größe, zu welcher die erwähnten Nutzungen in ein Verhältniß gebracht werden sollen, der Pachtzins ist. Die Berechnung ist hier ganz dieselbe, wie im §. 420., nur daß, anstatt des Anschlages, hier der Durchschnittsertrag aus den letzten drei Jahren den Maßstab für die Gesammtnutzung und den Ausfall bildet. (Entsch. Bd. 30. S. 446.)

§§. 421. u. 432. Ueber die Frage: wann eine Pacht in Pausch und Bogen anzunehmen, vergl. das Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 24. Juni 1837 (Präj. Nr. 310.) in den Erg. zum §. 292. h. t. Zus. I.

§§. 433—476. Pflichten des Pächters bei der Konservation und Bewirthschaftung des Guts.

§. 438. R. v. 30. Juli 1829, betr. die Auslegung des §. 438.

Der Graf v. S. hat als Pächter v. W. sich für die Pachtzeit und bis zur erfolgenden Regulirung der bäuerlichen Verhältnisse mit den Bauern zu P. dahin geeinigt, daß sie ihm statt Leistung der Schaarwerksdienste ein Geldquantum bezahlen sollen. Gegen die Gesetzlichkeit eines solchen Vertrags ist überall nichts zu erinnern, er ist unter dispositionsfähigen Personen und über einen Gegenstand errichtet, welcher nirgends in den G. der Disposition der Kontrahenten entzogen ist. Es ist möglich, daß das Aequivalent aufzubringen, den Dienstpflichtigen schwerer wird, als die Dienste zu leisten, und daß ihnen in sofern der Vertrag sehr nachtheilig ist, ja in seinen Folgen den Verlust ihrer Nahrungen herbeiführen kann; es ist aber nicht Sache des Richters, die nachtheiligen Folgen unüberlegt geschlossener Verträge von einem der Kontrahenten abzuwenden, wenn dadurch zugleich die erworbenen Rechte des andern verletzt werden. Der §. 438. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. läßt sich eben so wenig auf vertragsmäßige Leistungen beziehen, als angenommen werden kann, daß dem geschlossenen Vertrage §§. 46., 47. Tit. 5. Thl. I.. A. L. R. entgegenstehe, da hier gar nicht über fremde Rechte, sondern nur über diejenigen Dienste, welche der Pächter während der Pachtzeit zu fordern hatte, kontrahirt worden. Daß ein solcher Vertrag zwischen dem Pächter und den Dienstpflichtigen der Bestätigung der Gen. Komm. bedürfe, ist nirgends vorgeschrieben, da diese Bestätigung nur in Betreff solcher Verträge über gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse, Dienstablösungen u. s. w. vorgeschrieben ist, durch welche bleibende Verhältnisse festgestellt werden, ein Fall, der hier, wo nur von den Diensten einiger Jahre die Rede, gar nicht vorhanden ist.

(Min. Akt. Bd. 4203., Rev. P. 14. Fol. 25.)

§§. 440. sqq. Soweit der Pachtvertrag nichts Anderes bestimmt, tritt auch in Ansehung der Wirthschaftsgebäude die Ver-

pflichtung des Pächters, solche allein zu übernehmen, nur alsdann ein, wenn die Reparaturen entweder durch sein Versehen veranlaßt sind, oder bloß von der Bedeutung erscheinen, daß sie mit den Materialien des verpachteten Gutes und durch die Arbeit des Gesindes und der Dienstleute desselben bestritten werden können.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Mai 1854.

Die Reparaturen, deren in den §§. 441. ff. gedacht wird, beziehen sich auf die im §. 440. erwähnten Objekte des Landgutes. Dies ergiebt sich aus dem Marginale zu §. 440., welches die §§. 440.—448. unter Einen Gesichtspunkt zusammenfaßt, so wie daraus, daß sich, außer den im §. 440. aufgeführten Gegenständen, andere in den §§. 440—448. nicht erwähnt finden, während der §§. 449. sofort, unter einem neuen Marginale, auf einen neuen Gegenstand übergeht und hierbei im §. 450. die Vorschriften der §§. 441—444. als ebenfalls maßgebend wiederholt werden. Ueber die Reparaturen an jenen Objekten bestimmt der §. 441. Der §. 443. geht dann auf »andere Reparaturen«, die nicht durch Verschulden des Pächters entstanden sind, über und scheidet diese wieder, je nachdem sie durch die Kräfte des Pachtgutes selbst bestritten werden können, — diese soll der Pächter allein tragen, — oder darüber hinausgehen. Im letzteren Falle sind sie dem Verpächter auferlegt, wobei indessen der Pächter wieder mit den Kräften des Gutes nach Maßgabe des §. 447. Hülfe leisten muß. — Hiernach ist für alle Reparaturen als Haupt-Eintheilungsgrund das Verschulden des Pächters, und für die vom Pächter nicht verschuldeten als anderer und engerer Eintheilungsgrund die Kraft des Gutes aufgestellt. — Unrichtig ist dagegen die Ansicht, daß im §. 440. gewisse Reparaturen dem Pächter vorweg auferlegt seien, und daß die Eingangsworte des §. 443. »andere Reparaturen« nicht nur den Gegensatz zu den in den §§. 441. und 442. erwähnten, sondern auch zu den im §. 440. gedachten Reparaturen aussprechen, sich also nur auf die Reparaturen beziehen, welche außerhalb des Bereiches der §§. 440—442. liegen. Aus den Worten des §. 440.: »besonders ist der Pächter, die Wirthschaftsgebäude in Dach und Fach zu erhalten, schuldig«, folgt dies nicht. Der Ausdruck: »in Dach und Fach erhalten«, entspricht vielmehr dem in den weiteren Worten des §. 440. rücksichtlich der Dämme, Wege, Teiche und einiger anderer Gutsrubriken enthaltenen Ausdrucke: »in gutem Stande erhalten«. — Der sprachlich nur auf Gebäude anwendbare Ausdruck: »in Dach und Fach erhalten«, konnte bei den Dämmen, Wegen, Teichen u. s. w. nicht beibehalten werden; man vertauschte ihn also mit dem Ausdrucke: »in gutem Stande erhalten«, und man erklärte durch diesen Umtausch gleichzeitig den Sinn der Worte: »in Dach und Fach erhalten«, welcher sich hiernach eben als: »das in gutem Stande Erhalten« der Wirthschaftsgebäude ergiebt. Diese Bedeutung entspricht auch dem gemeinüblichen Sprachgebrauche. (Vergl. Adelung's Wörterbuch beim Worte: »Dach«.)

Nach §. 440. ist mithin die Pflicht des Pächters keine andere, als die daselbst genannten Gegenstände in gutem Stande zu erhalten. Wollte man darunter schon die Pflicht zur Reparaturleistung mit einbegriffen halten, so würde bereits durch §. 440. dem Pächter ein- für allemal die Reparaturlast an den darin genannten Gegenständen auferlegt sein, und es würde der in den §§. 441. ff. getroffenen Vertheilung der Reparaturen entweder an einem Gegenstande fehlen, oder der Gesetzgeber würde sich durch diese Vertheilung in einen logischen Widerspruch gegen seine im §. 440. gegebenen Dispositionen gesetzt haben, da es nicht möglich ist, daß an denselben Objekten die Reparaturpflicht einmal dem Pächter allein und alsdann wieder dem Pächter theilweise in Gemeinschaft mit dem Verpächter obliegen sollte. Die durch den §. 440. dem Pächter auferlegten Verbindlichkeiten beschränken sich demnach auf die Sorgfalt für die Erhaltung im engsten Sinne des Wortes, worunter namentlich auch die Pflicht der Anzeige solcher Reparaturen, die dem Verpächter obliegen, begriffen wird (§. 445.), so daß die Vornahme von Reparaturen selbst schon außerhalb jenes Begriffes liegt und lediglich den besonderen Bestimmungen der §§. 441. ff. unterworfen ist. — Bei dieser Auffassung findet der im §. 446. gebrauchte Ausdruck: »kleine Reparaturen«, deren Besorgung als Obliegenheit des Pächters bezeichnet wird, seine volle Bedeutung. Diese allein, in den im §. 443. näher bezeichneten Umfange, hat der Gesetzgeber dem Pächter auferlegen wollen. Er hat damit ein Prinzip zur Geltung gebracht, welches den praktischen Verhältnissen der Landgüterpachtungen vollständig entspricht; das Pachtgut soll sich, soweit dies ohne erheblichen Nachtheil des Pächters möglich ist, durch sich selbst ergänzen und erhalten. (Entsch. Bd. 28. S. 106.)

§. 441. Der §. 441. bildet eine Ausnahme von der Regel des §. 278.

Vergl. Suarez Rechtfertigung dieser Bestimmung in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 68.)

§. 444. Im §. 444. muß es statt: »Dienstboten« heißen: »Dienstleute«. (Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 42. zum §. 444. h. t.)

§. 446. Statt des allegirten §. 444. ist der §. 443. gemeint. (a. a. O. Anm. 43. zum §. 446. h. t.)

§. 451. 1) Der gesetzwidrige Verkauf von Stroh und Dünger von Seiten des Pächters berechtigt nicht den Verpächter, den Werth des Strohes und Düngers zu fordern; der Verpächter ist vielmehr nur befugt, Ersatz des hierdurch am Kultur- und Dungszustande entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1855.

Stroh und Dünger gehören zu den Früchten des Gutes und sind deshalb Eigenthum des Pächters (§. 270. h. t., §§. 220. und 221. A. L. R. I. 9.). In der Benutzung und Verwendung dieses Eigenthums ist nun zwar der Pächter allerdings beschränkt, denn er darf nach §. 451. h. t. Stroh und anderes zur Vermehrung des Dungs dienliches Material nicht verkaufen und von dem Gute wegnehmen, es muß ferner nach §. 603. a. a. O. das bei Beendigung der Pacht vorhandene Stroh und der vorräthige Dünger auf dem Gute ohne Vergütigung zurückgelassen werden. Er verletzt daher seine vertragsmäßigen Pflichten, wenn er Stroh und Dünger aus dem Pachtgute verkauft und ist deshalb zur Entschädigung verpflichtet. Es ist jedoch nicht zulässig, die hiernach dem Verpächter gebührende Entschädigung nach dem Werthe des fortgeschafften Strohes und Düngers zu berechnen. Dies würde im Widerspruche damit stehen, daß der Pächter Eigenthümer derartiger Gutserzeugnisse ist. Der rechtliche Grund, aus welchem der Pächter in einem solchen Falle zur Entschädigung verpflichtet ist, beruht vielmehr darauf, daß der Pächter die Grenzen überschritten hat, welche ihm in der Benutzung und Verwendung dieses Eigenthums durch das Gesetz angewiesen sind. Hieraus folgt aber, daß der Schaden, auf dessen Vergütigung der Verpächter Anspruch macht, hiermit in Beziehung stehen, aus der Nichtbeachtung der für die Benutzung und Verwendung solcher Gutserzeugnisse gesetzlich gegebenen Bestimmungen hervorgegangen sein muß. Hiervon ausgegangen, lassen nun aber die §§. 433., 451. und 603., in Verbindung mit §. 614. h. t., nicht zweifelhaft, daß, wenn dem Pächter untersagt ist, Stroh und Dünger von dem Gute fortzuschaffen, dies seinen Grund darin hat, daß der Pächter verpflichtet ist, das gepachtete Gut in nutzbarem Stande, also auch in einem entsprechenden Kultur- und Düngungszustande zu erhalten, und er deshalb nichts vornehmen darf, was der Erfüllung dieser Obliegenheit hindernd entgegentritt. Das letztere geschieht aber, wenn der Pächter Stroh und Dünger, statt diese Gegenstände in das Grundstück zu verwenden und dadurch dessen Kultur- und Düngungsstand zu erhalten und zu verbessern, von dem Gute fortbringt. Hat sich daher der Pächter solche Vertragsverletzung gestattet, so macht er sich dadurch zwar dem Verpächter wegen des diesem entstandenen Schadens verantwortlich. Der hierdurch dem Verpächter erwachsene Schaden kann sich aber nach der Natur der Sache nur darin äußern, daß der Kulturzustand des verpachteten Gutes sich verschlechtert hat. Hieraus folgt daher von selbst, daß der Entschädigungs-Anspruch des Verpächters nur hierauf gerichtet werden kann, mag nun der Schade in dem Ausfall in der Erndte, oder in der Beschädigung der Substanz gefunden oder behauptet werden, daß der Verpächter in die Lage versetzt worden sei, zur Abwendung des vernachlässigten Düngungszustandes Aufwendungen zu machen und deren Erstattung gefordert werden.

(Entsch. Bd. 30. S. 93, Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 346 Nr. 73.)

Gegen diese Ansicht vergl. die Bemerkungen der Redaktion des Striethorstschen Archivs, a. a. O. S. 349—350.

2) Die Bestimmung des §. 451. findet auf den Altentheilsberechtigten keine Anwendung.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Nov. 1854.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 40 Nr. 14.)

§. 452. Ed. zur Beförderung der Landeskultur v. 14. Sept. 1811 §. 9.

Da die Bestimmung des §. 452. zu weitläuftigen Prozessen Anlaß geben kann, so wird verordnet, daß in dieser Hinsicht nicht auf die Anzahl des Viehes gesehen werden soll, sondern darauf, daß nach dem Gutachten der Sachverständigen eine wenigstens eben so starke Quantität selbst gewonnenen Futters, als vorher, durch das vorhandene Vieh wirthschaftlich konsumirt wird.

(G. S. 1811 S. 300.)

§§. 478—596. Remissionsforderung.

Burchardi, die Lehre von den Remissionen bei Pachtverträgen. (J. Z. 1835 Nr. 36. u. 37.)

Ueber die dem A. L. R. eigenthümliche Lehre von Remissionen vergl. Suarez Erörter. in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41. S. 69.)

§§. 480. 481. 590. Die sofortige Anzeige des erlittenen Unglücksfalls an den Verpächter oder die Gerichte von Seiten des Pächters ist auch bei den Remissionsforderungen nöthig, welche sich auf Vorschüsse, Auslagen und nützliche Verwendungen zu Gunsten der Substanz gründen.

(Bruchstück aus einer Relation, J. Z. 1833 S. 223.)

§. 482. Was unter dem Ausdrucke: Provinz zu verstehen sei, bestimmt der §. 622. A. L. R. I. 9.
(Gesetzrev. Pens. XIII., XIV. S. 129.)

§. 510. Daraus, daß ein Pächter die volle Pacht ohne Vorbehalt bezahlt hat, folgt nicht, daß er sich der Remissionsforderung begeben habe.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Okt. 1783.
(Stengel Bd. 11. S. 299.)
Koch nimmt das Gegentheil an.
(Landr. Bd. 2. Anm. 70. zum §. 510. h. t.)

§. 514. Statt: »§§. 457. sqq.« ist zu lesen: »§§. 455. sqq.«
(R. v. 5. Mai u. 29. Dec. 1834, Jahrb. Bd. 43. S. 445, Gräff Bd. 8. S. 49.)

§. 518. 1) Ueber die vorlandrechtliche Praxis des Ob. Trib. vergl. Hymmen's Beitr. Samml. VI. S. 90.
2) R. des Finanzmin. v. 31. Jan. 1823. Kein Domainenpächter soll Remission wegen Brandschäden zu gewärtigen haben, wenn ihm solche nicht versprochen worden ist. (v. K. Ann. Bd. 7. S. 126.)
Koch bemerkt, daß dies R. vor dem Richter keine Beachtung verdiene. (Landr. Bd. 2. Anm. 73. zum §. 518. h. t.)

§. 538. Statt: »§. 524.« ist zu setzen: »§. 534.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 540. 1) Das Ed. v. 28. Okt. 1810 §. 2. schließt den Remissionsanspruch des Pächters an den Verpächter wegen aufgehobenen Mahlzwanges aus. (G. S. 1810 S. 95.)
2) Der Umstand, daß der Verpächter die im §. 3. Litt. a. des gedachten Ed. erforderten, zehnjährigen Bücher nicht geführt hat, berechtigt den Mühlenpächter nicht, unter dem Vorwande, daß ihm dadurch die Möglichkeit, vom Staate die Entschädigung in Anspruch zu nehmen, entzogen, eine Entschädigung von dem Verpächter zu fordern.
(Erk. des Ob. App. Sen. des K. Ger. v. 14. Aug. 1811, Mathis Bd. 11. S. 124.)

§. 543. Statt: »§. 531.« muß es heißen: »§. 541.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 547. Ueber die Art, wie die im §. 547. angeordnete Berechnung anzulegen, besteht Meinungsverschiedenheit.
1) Grävell will die Mühlenpacht von den übrigen Rubriken trennen, und zerlegt den im Ganzen bedungenen Pachtzins nach Maßgabe des Anschlags, oder wenn ohne Anschlag gepachtet worden, nach dem Gutachten von Sachverständigen, in die auf die Mühle und auf die mitverpachteten Grundstücke fallenden Antheile. Der erstere Antheil soll dann diejenige Rate sein, von welcher so viel erlassen werden muß, als das Verhältniß der Zeit des Stillstandes zum ganzen Jahre ergiebt. (Lehre vom Nießbrauch rc. S. 287.)
2) Die Gesetzrevisoren bemerken, daß diese Berechnungsart zwar die natürlichere sei; allein es komme dabei nicht, wie im §. 547. gesagt ist, eine Anrechnung der aus anderen Rubriken gezogenen Nutzungen auf das zu erlassende Quantum vor.
(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 133.)
3) Bornemann versteht unter der in diesem §. gemeinten Berechnung eine solche, bei welcher das zu erlassende Quantum von dem ganzen Pachtzins berechnet, davon aber demnächst die aus den anderen Rubriken gezogene Nutzung, nach Verhältniß derselben zu dem ganzen Pachtzinse, abgezogen werden solle; es würde also auf den wirklichen Ertrag des betreffenden Jahres, und das Verhältniß derselben zu dem ganzen Pachtzinse im Vergleich mit der Mühlennutzung, zu sehen sein, und am Ende doch über den Ertrag jener Rubriken eine Administrationsrechnung gelegt werden müssen. Indessen sei die Grävell'sche Berechnung einfacher, und verdiene in sofern den Vorzug.
(System a. a. O. S. 531, 532, 2. Ausg. Bd. 4. S. 351.)
4) Koch hält keine dieser Rechnungsarten für richtig, sondern meint, daß das für Landgüter überhaupt in den §§. 485. u. 486. vorgeschriebene Prinzip sowohl hier im Falle des §. 547., wie in dem folgenden Falle des §. 549. zur Anwendung komme.
(Landr. Bd. 4. Anm. 86. zum §. 547. h. t.)

§§. 553—596. Vergl. die Rechtfertigung dieser Bestimmungen in den Schlußvorträgen von Suarez.
(Jahrb. Bd. 41. S. 71.)

§§. 559. sqq. 1) K. O. v. 28. April 1813, daß in Hinsicht der Streitigkeiten zwischen den Pächtern und Verpächtern nicht der Tag des Friedenstraktats, sondern die Evakuation des Landes als der Zeitpunkt des beendigten Kriegszustandes anzunehmen ist.
Auf Ihren gemeinschaftlichen Bericht v. 11. und 19. d. M. bin Ich mit Ihnen einverstanden, daß in Hinsicht der Streitigkeiten zwischen den Pächtern und Verpächtern nicht der Tag des Tilsiter Friedenstraktats, sondern die Evakuation des Landes als der Zeitpunkt des beendigten Kriegszustandes anzunehmen ist. Für die Evakuation aber kann nicht durchgehend ein und derselbe Tag (1. Nov. 1808) angenommen werden, weil sie nicht überall gleichzeitig erfolgt ist, sondern es kann nur die an diesem oder jenem Tage wirklich erfolgte Räumung entscheiden, welche in jedem vorkommenden Falle für den Theil des Landes oder Kreises, in welchem das Pachtstück belegen ist, sehr leicht ausgemittelt werden kann. (G. S. 1813 S. 64.)
2) R. v. 25. Mai 1832. Eine Klage des Pächters wegen Entschädigung von Kriegslasten ist eine persönliche und kann daher nur gegen den Verpächter, nicht aber gegen die Gläubiger des Guts geführt werden.
(Min. Akt. Bd. 3192., Gen. P. 17. Vol. 1. Fol. 91.)

§. 563. Eine auf ein verpachtetes Gut ausgeschriebene, nicht ausdrücklich auf die Person geschlagene Naturallieferung an den Feind trifft den Verpächter als Eigenthümer, selbst wenn das Gutsinventarium dem Pächter nach einer Taxe als Eigenthum übergeben worden ist.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 18. März 1811.
(Simon's R. Bd. 1. S. 134.)
Bornemann bemerkt dagegen, daß der §. 560. die Regel voraussetze, daß das Gutsinventarium dem Verpächter gehöre, weil der Grundsatz: casum sentit dominus, auch in Bezug auf das Inventarium im §. 474. anerkannt sei.
(System a. a. O. S. 535, 2. Ausg. Bd. 4. S. 353.)

§. 568. Die Gesetzrevisoren bemerken hierzu:
In den letzten Kriegen, bei der faktischen Wiedereroberung und Besitznahme älterer Provinzen, ist es zweifelhaft geworden, ob der ältere Landesherr oder der vertriebene Fremdherrscher derjenige sei, auf dessen Truppen der §. 568. Anwendung finde. Die Entscheidung dieser Frage wird indeß keinem Bedenken unterliegen, in sofern einzelne Provinzen durch einen förmlichen Friedensschluß abgetreten waren. Nur der Umstand, daß in den letzten Kriegen jede der verbündeten Mächte einstweilen, bis zur endlichen Ausgleichung, die früher verlorenen Provinzen wieder in Besitz nahm, hat zu dem angeregten Bedenken Anlaß geben können. Dieser Umstand ist aber zufällig und kann über die Person des Landesherrn nichts entscheiden.
(Gesetzrev. Pens. XIII. und XIV. S. 186.)

§. 570. Soll die landesherrliche Vergütigung durch Schuldscheine als erfolgt gelten, so muß dies ein besonderes Gesetz vorschreiben. Für die Kriege von 1806—1814 hat die K. O. v. 21. Febr. 1823 (G. S. S. 23) und das Ed. v. 13. Juni 1814 (G. S. S. 49) solche Vorschriften ertheilt.

§. 571. 1) Alle Lieferungen, welche zur Unterhaltung der eigenen Einquartierung erfordert werden, an Brod, Fleisch, Fourage, gehören zu den Einquartierungskosten und nicht zu den Naturallieferungen. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 138.)
2) Die Kosten, welche der Bequartierte durch Besuche, welche die Einquartierten erhalten, gehabt hat, werden zu den Einquartierungskosten gerechnet.
3) Ausgeschriebene Fleischgelder gehören zu den Einquartierungskosten.
(Erk. des Ob. App. Sen. des K. Ger. v. 28. Sept. 1811, Mathis Bd. 11. S. 136.)

§. 572. 1) Sollen die ersten drei Tage abgerechnet werden, so daß dem Pächter, in sofern die Einquartierung länger bleibt, nur für die folgenden Tage die Hälfte seiner Auslagen als Vergütung gebührt; oder sind die drei Tage, wenn nur überhaupt die Einquartierung länger bleibt, einzurechnen?
a) Der Ob. App. Sen. des Kammerger. hat unterm 28. Sept. 1811 erkannt, daß, wenn die Einquartierung länger als drei Tage gedauert hat, die ersten drei Tage nicht in Abrechnung gebracht werden.
(Mathis Bd. 11. S. 136.)
b) Das O. L. G. zu Magdeburg nimmt dasselbe an.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 138.)

c) Grävell will ebenfalls auch für die ersten drei Tage die Hälfte der Kosten vergüten lassen. (Lehre vom Nießbrauch ꝛc. S. 295.)

d) Bornemann meint, daß der ganze Zeitraum mit Einschluß der ersten drei Tage in computum zu bringen sei, da das Gesetz bei dergleichen Einquartierungen den Verpächter ohne Einschränkung zum Ersatz der Hälfte der verwendeten Ausgaben verpflichte.
(System Bd. 4. S. 538, 2. Ausg. Bd. 4. S. 354.)

2) Wird bei wechselnder Einquartierung jedesmal ein ununterbrochener Zeitraum von drei Tagen erfordert, oder sind die mehreren Einquartierungsfälle zusammen zu rechnen?

a) Ersteres nehmen an:

aa) Der Ob. App. Sen. des Kammerger. in dem Erk. v. 5. Mai 1808, daß die Dauer der einzelnen Einquartierungen nicht zusammen gerechnet werden könne. (Mathis Bd. 8. S. 231.)

bb) Das O. L. G. zu Magdeburg.
(Gesetzrev. a. a. O. S. 138.)

cc) Der Verfasser der Schrift über Kriegsschäden und deren Vertheilung im Preuß. Staate. (Mathis Bd. 5. S. 304.)

Mathis folgert daraus, daß der Ersatz nur »bei Einquartierungen, welche über drei Tage dauern«, stattfinden solle, die Unzulässigkeit des Zusammenrechnens getrennter Einquartierungen; andernfalls würde der Gesetzgeber den Zeitraum näher bestimmt haben.
(Mathis Bd. 5. S. 305.)

dd) Bornemann meint, der Buchstabe des Gesetzes spreche für diese, die ratio legis für jene Auslegung des §. 572., weil der Gesetzgeber sich jedenfalls nur eine unbedeutende Belastung gedacht habe, und es hier, wo der Pächter baare Auslagen gehabt, ganz einerlei zu sein scheine, ob dieselben an mehr als drei Tagen hinter einander oder an mehr als drei Tagen überhaupt haben gemacht werden müssen. (System Bd. 4. S. 539, 2. Ausg. Bd. 4. S. 355.)

b) Letzteres nehmen an:

aa) Das Ob. Trib. in dem Erk. v. 26. Okt. 1808, welches ausführt, daß keineswegs jede einzelne Einquartierung über drei Tage gedauert haben müsse, sondern sämmtliche Einquartierungskosten zwischen dem Pächter und Verpächter getheilt werden müssen, wenn der Pächter überhaupt länger als drei Tage feindliche Einquartierung gehabt hat. Nur eine Einquartierungslast, die im Ganzen zusammen gerechnet, nicht drei Tage daure, bleibe ihrer Unbedeutendheit wegen unbeachtet.
(Mathis Bd. 8. S. 233.)

bb) Eben diese Auslegung hält Grävell für die richtige, weil im Gesetze von »Einquartierungen« die Rede sei, auch die Analogie des §. 539. für die Zusammenrechnung spreche; doch dürfe diese nicht für die ganze Dauer des Krieges, sondern müsse für jedes einzelne Wirthschaftsjahr abgesondert erfolgen.
(Lehre vom Nießbrauch ꝛc. S. 296.)

3) Müssen für jedes Wirthschaftsjahr besonders oder von dem ganzen Zeitraum, während dessen der Krieg gedauert hat, die einzelnen Einquartierungen zusammengezählt werden?

Das Ob. Trib. versteht die Zusammenrechnung von dem ganzen Zeitraume. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 139.)

Das O. L. G. zu Magdeburg nimmt auf den Wechsel des Wirthschaftsjahrs keine Rücksicht. (Ebend. S. 138.)

Grävell hält dies ebenfalls für richtig.
(Lehre vom Nießbrauch ꝛc. a. a. O.)

Dagegen finden die Gesetzrevisoren das Zusammenrechnen der verschiedenen Zeitabschnitte zwar billig, aber nach einer wörtlichen Auslegung des Gesetzes nicht richtig. (Gesetzrev. a. a. O. S. 139.)

4) Die Gesetzrevisoren bemerken über die Interpretation dieses §.:

Im §. 572. kommt der Text auf die Einquartierungen, und dieser Punkt ist um so wichtiger, als gerade die Einquartierungslast in den letzten Kriegen wegen des veränderten Verpflegungssystems besonders drückend geworden ist. Zunächst muß hierbei bemerkt werden, daß der gedr. Entw. dem Pächter, wenn er zur Verpflegung und Beköstigung der Einquartierung beträchtliche Kosten sollte haben verwenden müssen, die Hälfte seiner Auslagen als Vergütung zubilligte. Bei der Umarbeitung des Entwurfs wollte Suarez hiervon abgehen; er sagt in der rev. mon.:

ad §§. 322. und 323. (des Entwurfs). Für Einquartierungskosten kann der Pächter in der Regel gar keine Partialremission fordern. Sie sind ein casus, der unmittelbar und allein sein Nutzungsrecht trifft. Die hohen Preise aller Rubriken ersetzen ihm gewöhnlich seinen Schaden schon hinreichend, und ihm bleibt, wenn er nachweisen kann, daß er dadurch einen erheblichen Verlust erlitten habe, noch immer die Alternative einer vorzulegenden Administrationsrechnung übrig.

Es war demnach eine Bestimmung entworfen worden, des Inhalts:

§. Für die Einquartierung und die zu deren Verpflegung und Beköstigung verwendeten Ausgaben kann der Pächter keine Remission verlangen.

Diese Bestimmung ist aber durch eine ad marginem beigefügte Korrektur in den §. 572. d. Tit. umgeändert worden. Obwohl nun die Verpflegung und Beköstigung der Einquartierung in den letzten Kriegsjahren viel drückender geworden, als man vielleicht bei der Redaktion des A. L. R. vorausgesetzt hat, so darf dennoch zuvörderst als zweifellos angenommen werden, daß alle Lieferungen, welche zur Unterhaltung der eigenen Einquartierung erfordert werden, an Brod, Fleisch, Fourage u. s. w. zu den Einquartierungskosten, und nicht zu den Natural-Lieferungen, deren der §. 563. d. Tit. gedenkt, zu zählen seien. (Gesetzrev. Pens. XIII. und XIV. S. 137.)

5) Koch bemerkt in Betreff jener obigen drei Fragen:

Aus der Bestimmung selbst läßt sich nicht beweisen, wie diese Fragen entschieden werden müssen; die Vorschrift ist, selbst in Beziehung auf die drei Tage, durch welche der Pächter allein die Einquartierung tragen soll, nicht vollständig, denn es wird doch wohl ein Unterschied sein, ob auf einem kleinen Pachthofe ein ganzes Regiment oder ein Mann einquartiert wird. Die Einquartierung kann in Gegenden, wo sich große Massen von Truppen zusammenziehen, in solchen Haufen kommen, daß der Pächter schon in 24 Stunden ruinirt wird; und es ist ungeräumt, daß derjenige, der Einen Mann 100 Tage verpflegt, dafür bezahlt werden soll, während derjenige, der 100 Mann Einen Tag verpflegt, nichts soll fordern können. Jeder Fall muß besonders beurtheilt und nach richterlichem Ermessen entschieden werden, wobei der Satz leitend ist, daß der Pächter nicht für jede verhältnißmäßig unbedeutende Verpflegung soll Ersatz fordern können. (Recht d. Ford. Bd. 3. S. 744 ff.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum §. 572. h. t.

§. 574. Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 574.:

Bei diesem §. hat man es zweifelhaft gefunden: ob der Pächter das bedungene Fuhrlohn unbedingt, oder nur in sofern in Abzug zu bringen befugt ist, als er ohne diese Verwendung die Wirthschaft nicht würde haben fortsetzen können. (Mathis Bd. 5. S. 306.) Allein, da das Gesetz diese Einschränkung nicht kennt, vielmehr auf einen anderen Umstand, nämlich das Beispiel der übrigen Landwirthe in der Gegend verweist, so ist die Entsch. nicht bedenklich.
(Gesetzrev. Pens. XIII. und XIV. S. 140.)

§. 576. Durch einen im Manuskript des Gesetzbuches eingeschlichenen Schreibfehler ist in der Zeile 6. der §. 454. statt des §. 455. allegirt. (Ebendas. S. 141.)

§. 579. Die §§. 577—579. setzen den Fall einer nützlichen Verwendung für den Verpächter voraus, und daher fällt die Bestimmung des §. 579., wegen Wiedererstattung der Exekutionskosten, auf, zu deren Rechtfertigung Suarez in der rev. mon. Folgendes bemerkt:

Dieser Satz ist sehr zweifelhaft. Der Pächter soll mit Lieferungen an den Feind nicht zu willfährig sein, sondern es aufs Aeußerste ankommen lassen. Das erfordert schon seine Unterthanenpflicht. Demnach scheint es, daß ihm die Exekutionskosten bonifizirt werden müßten. Auf der anderen Seite könnte dadurch mancher Pächter veranlaßt werden, wider alle Regeln der Vernunft und Klugheit sich den feindlichen Ausschreibungen zu widersetzen, und dadurch dem Gute den größten Ruin zuzuziehen. Inzwischen würde ich es doch bei dem Texte lassen, sobald die Ausschreibung, wegen welcher die Exekution veranlaßt wurde, eine solche war, die den Verpächter traf. (Gesetzrev. a. a. O.)

§. 585. Statt: »§. 564.« ist zu setzen: »§. 565.«
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 592. Statt: »§. 595.« ist zu lesen: »§. 565.«
(R. v. 29. Dec. 1837 a. a. O.)

§. 596. 1) Vergl. A. G. O. I. 44. §§. 15—35.

2) Geht die Befugniß des Pächters, seine Gegenforderungen geltend zu machen, durch die Zahlung des Pachtzinses ohne Vorbehalt verloren?

a) Die Gesetzrevisoren bemerken:

Die Entsch. hängt von der verschiedenen Natur der Ansprüche des Pächters ab. Die eigentliche Remissionsforderung ist nichts Anderes, als ein Anspruch auf Erlaß am Pachtzinse, und mithin eine Einrede, welche durch Zahlung ohne Vorbehalt verloren geht. Der Pächter kann zwar dieselbe auch im Wege der Klage geltend machen (A. G. O. I. 32. §. 2.), indeß nur zum Zweck der Abrechnung, nicht um vom Gegentheil eine Zahlung zu erlangen. Er hat also keine Forderung, sondern nur eine Einrede, und diese geht durch Zahlung der Forderung verloren. Anders verhält es sich mit den Ansprüchen, die der

Pächter wegen Gewährleistung oder aus einer nützlichen Verwendung zu machen hat. Die ersteren sind häufig, die letzteren immer Gegenforderungen; sie können geltend gemacht werden, auch wenn der Pachtzins bezahlt ist.

(Gesetzrev. Pens XIII. und XIV. S. 143.)

b) Bielitz verneint auf Grund des §. 595.

(Komm. Bd. 4. S. 529 ff.)

c) Bornemann bejaht, weil die Remissionsforderungen nur einen Erlaß des Pachtgeldes, mithin eine bloße Einrede begründen. Die Verweisung des §. 595. auf die Regeln von der Kompensation besage nicht, daß Alles, was von kompensationsfähigen Gegenforderungen gilt, namentlich die Vorschrift A. L. R. I. 16. §. 376., auch auf Remissionsforderungen anzuwenden, sei vielmehr so zu verstehen, daß der Abzug von fälligen Pachtgeldern nur dann begründet sein soll, wenn der Anspruch auf Remission nach den Regeln der Kompensation liquide ist. Man könne nicht einwenden, daß der Pächter wegen seiner Remissionsansprüche als Kläger auftreten kann; denn dies geschähe nur, um das Remissionsquantum zum Zweck der künftigen Abrechnung oder Rückforderung des indebite Gezahlten liquide zu machen, nicht aber um von dem Gegentheile die Erfüllung einer Obligation zu verlangen.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 357.)

§§. 597—625. Von der Rückgewähr nach geendigter Pacht.

§. 597. Nach dem Grundsatze des §. 597. muß auch die Zurückgabe eines Karpfenbesatzes erfolgen, und es findet darauf die Vorschrift des §. 610. h. t. keine Anwendung.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1837. (Präj. Nr. 238.) (Präj. Samml. S. 128.)

§. 599. Wenn in einem Pachtvertrage bedungen ist, daß bei ausbleibender Pachtzahlung innerhalb einer gewissen Zeit nach dem Fälligkeitstermine die Pacht für beendigt angesehen werden soll, demnächst dieser Fall eintritt, der Pächter aber dessenungeachtet das gepachtete Gut nicht zurückgiebt, sondern bis zum Ablaufe des Wirthschaftsjahres darin verbleibt, so kann der Verpächter den Pachtzins aus dem Pachtkontrakte nicht für die Dauer der Besitzzeit des Pächters, sondern nur bis zu dem Tage fordern, an welchem wegen des Verzuges des Pächters in Zahlung des Pachtzinses der Pachtvertrag für aufgehoben anzusehen ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Juni 1852.

Der §. 599. kommt nur in dem Falle einer wirklichen Entsetzung des Pächters im Laufe des Wirthschaftsjahres aus einem gesetzlichen Exmissionsgrunde zur Anwendung, und die wegen verzögerter Pachtzahlung, der Kontraktsbedingungen gemäß, mit einem bestimmten Termin beendigte Pacht kann, des fortgesetzten Besitzes des Pächters ungeachtet, nicht für stillschweigend prolongirt angesehen werden. In dem hier gedachten Falle kommt vielmehr der §. 332. h. t. zur Anwendung. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 22 Nr. 4.)

Vergl. dazu die Erörterung der Redaktion des Arch., a. a. O. S. 26—30.

§. 601. 1) Statt: »Seite« muß es heißen: »Sorte«.

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

2) Ist die Bestimmung des §. 601. durch den §. 9. des Landes-Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811[1]) für modifizirt zu erachten?

a) Grävell meint, daß dies aus dem Grunde anzunehmen, weil es in Betreff des Viehstandes, den der Pächter während der Pachtzeit nicht vermindern dürfe, nur noch darauf ankomme, daß eine ebenso starke Quantität Futter, als vorher, durch das vorhandene Vieh wirthschaftlich konsumirt werde. (Lehre vom Nießbrauche rc. S. 307.)

b) Die Gesetzrevisoren nehmen das Gegentheil an, weil es jedenfalls bedenklich sei, dem Pächter zu gestatten, daß er dem Verpächter beliebig werthvollere Stücke in geringerer Anzahl aufdringe.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 145.)

c) Bornemann verneint, weil der §. 9. des Ed. v. 14. Sept. 1811 nur den §. 452. h. t. aufhebe, und auf den §. 601. auch der Grund des Gesetzes, welches bloß während der Dauer des Pachtverhältnisses eine weniger gebundene Bewirthschaftung des Gutes möglich machen wolle, nicht passe.

(System Bd. 4. S. 544, 2. Ausg. Bd. 4. S. 359.)

1) Vergl. in den Erg. zum §. 452. h. t.

d) Koch ist ebenfalls der verneinenden Ansicht.

(Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 601. h. t.)

§§. 601—609. Zur Entstehungsgeschichte dieser §§. bemerkt Bornemann Folgendes:

Im gedr. Entw. (II. 20. §. 334.) war statt des §. 601. bestimmt:

Bei der Rückgewähr soll in Ansehung jeder Sorte von Inventarienstücken, nicht sowohl auf die Anzahl derselben, als vielmehr auf den Werth der gesammten Inventarienstücke von dieser Sorte gesehen werden.

Suarez vertheidigt diese Vorschrift in der rev. mon., indem in der Regel nisi aliter conventum gar nicht auf die Stücke, sondern bloß auf den Werth gesehen werde; seine Ansicht fand jedoch keine Billigung, vielmehr wurde konkludirt:

daß princip. auf die Anzahl zu sehen, und der Verpächter nicht schuldig sei, Stücke von schlechter oder besserer Qualität anzunehmen.

Dessenungeachtet heißt es noch im umgearb. Entw.:

Ist das Inventarium nach einer Taxe übergeben worden, so soll bei der Rückgewähr, in Ansehung jeder Sorte von Inventarienstücken, nicht auf die Anzahl derselben, sondern auf den Werth der gesammten Inventarienstücke von dieser Sorte gesehen werden.

Ist aber ausdrücklich verabredet, daß von dieser Sorte eben so viele Stücke zurückgeliefert und der mehrere oder mindere Werth der Taxe vergütet werden soll, so hat es dabei sein Bewenden.

Der erste §. ist aber demnächst in die Form des §. 601. gebracht; und dem zweiten §. der §. 602. substituirt worden. Hieraus erklärt sich die etwas schwerfällige Fassung des §. 601., die Trennung der beiden Fälle, — wenn das Inventarium mit oder ohne Taxe übergeben worden, — obgleich immer die Stückzahl zurückgewährt werden muß, und die Nichtbeachtung die obigen Konklusi, wonach der Verpächter nicht verpflichtet sein sollte, die taxirt übergebenen Inventarienstücke in besserer oder geringerer Qualität anzunehmen. Auch ist in dieser Entstehungsgeschichte der §§. 601—609. der Grund zu suchen, weshalb in dem §. 609. nur auf den §. 605. und nicht, wie doch hätte geschehen sollen, zugleich auf den §. 601. Bezug genommen worden ist.

(System Bd. 4. S. 542, 2. Ausg. Bd. 4. S. 358.)

§. 606. Von welchem Zeitpunkte ab darf der Pächter Inventarienstücke nicht wegschaffen?

a) Grävell nimmt an, daß der Anfang des letzten Wirthschaftsjahres als der terminus a quo anzusehen sei.

(Lehre vom Nießbrauche rc. S. 309.)

b) Bornemann meint dagegen, daß aus dem Pfandrechte des Verpächters folge, daß der Pächter, ohne Konsens des Verpächters, vom Beginne der Pachtung an keine Inventarienstücke fortbringen dürfe. Hierfür spreche auch der §. 56. A. G. O. I. 44.

(System Bd. 4. S. 546, 2. Ausg. Bd. 4. S. 359.)

c) Koch meint, daß, da jedes einzelne Stück dem Pfandrechte des Verpächters unterworfen ist, der Verpächter während der ganzen Dauer der Pacht das »Wegschaffen« solcher Stücke, welche nicht als Junge oder Bracken nach wirthschaftlichen Grundsätzen in die Nutzung fallen, hindern könne. (Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 606. h. t.)

Vergl. Recht der Ford. Bd. 3. S. 787.

§. 613. Statt: »§. 610.« ist zu setzen: »§. 609.«

(R. v. 23. Sept. 1837 u. v. 29. Dec. 1837, J. W. 1837 S. 681, Jahrb. Bd. 50. S. 468 u. Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 615. Statt: »§. 610.« muß es heißen: »§. 510.«

(a. a. O.)

§. 617. Statt: »§. 615.« ist zu setzen: »§. 611.« (a. a. O.)

§. 616. Bornemann bemerkt zur Entstehungsgeschichte dieses §.:

Gegen diesen §. wurde monirt, daß er eine Bedrückung des Pächters enthalte. Suarez erwiderte aber in der rev. mon.: Es ist seine *Schuld*, daß er beim Antritt der Pacht kein Verzeichniß hat aufnehmen lassen, und man muß annehmen, daß er die Felder in eben einem solchen vorzüglichen Bestellungsstande erhalten habe.

(System Bd. 4. S. 545, 546, 2. Ausg. Bd. 4. S. 360.)

§. 619. Auch dann, wenn der Kompensationsanspruch des Verpächters an den Pächter wegen von demselben unterlassener Düngung des zurückgewährten Grundstückes in Form der Einrede geltend gemacht wird, unterliegt derselbe den Bedingungen des §. 619. *h. t.* und ist daher unstatthaft, wenn nicht sofort auf gerichtliche Untersuchung des Bestellungszustandes angetragen worden ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Mai 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 219 Nr. 57.)

§§. 623—625. 1) Zur Entstehungsgeschichte dieser §§. bemerkt Bornemann:

Diese §§. finden sich noch nicht in dem gedr. Entw., sind vielmehr erst in das Konzept des Gesetzb. eingeschoben worden, nachdem ein Mitglied der Gesetz-Komm. (Heidenreich) Folgendes bemerkt hatte:

Ich stelle anheim, ob man in diesem Titel nicht loco congruo bestimmen wolle, ob und wie weit ein Pächter noch wegen Eviktionsmängel Forderungen machen könne, wenn er die Pacht gleichwohl zahlt, ohne deshalb etwas zu erinnern. In praxi kommt es nur zu oft vor, daß erst beim Abgange von der Pacht, wo Verpächter und Pächter uneinig werden, nunmehr der Pächter mit seinen Eviktionsforderungen vorkommt.

Mehr ist in den Materialien nicht enthalten.

(System Bd. 4. S. 545, 2. Ausg. Bd. 4. S. 360, 361.)

2) Wenn der Pächter eines Landgutes die gebotene Anzeige an den Verpächter von den wahrgenommenen Gewährsmängeln, vor Ablauf desjenigen Pachtjahres, in welchem diese Mängel sich hervorgethan haben, nicht leistet, so hat solches nicht den gänzlichen Verlust des Rechts auf Entschädigung für den Pächter zur unmittelbaren Folge.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844[1]). (Präj. Nr. 1440.)

Die §§. 623—625. sind unzweifelhaft dunkel. Es ist jedoch möglich, sie unter sich und mit den übrigen Gesetzen in Einklang zu bringen, ohne mit den Gesetzrevisoren anzunehmen, daß Suarez bei der Redaktion die schon getroffenen Verjährungsbestimmungen A. L. R. I. 5. §§. 343., 344. übersehen habe. Der erweisliche Zweck der §§. 623—625. war nach den Materialien der, die Weiterungen abzuschneiden, welche entstehen mußten, wenn der Pächter erst bei der Rückgewähr mit Gewährsansprüchen hervortrat, die bis dahin noch nicht zur Sprache gekommen waren. Man durfte aber von der andern Seite nicht aus dem Auge verlieren, daß der Pächter, welcher die Leistung der Gewähr, und vorkommenden Falls Vertretung und Schadloshaltung von dem Verpächter fordert, sich nach §§. 414. ff. h. t. in seinem Rechte befindet, und es sich somit nicht mit der Gerechtigkeit vertrug, ihm die Geltendmachung dieses Rechts erschweren oder verkümmern zu wollen. Man ist daher zu dem Auskunftsmittel gelangt, dem Pächter im Interesse des Verpächters eine möglichst baldige Anzeige von dem wahrgenommenen Gewährungsmangel zur Pflicht zu machen; andererseits dagegen, wofern diese Anzeige geleistet, ihn von der Innehaltung der in den §§. 343. u. 344. A. L. R. I. 5. zur Geltendmachung der Gewähr für alle lästigen Verträge, und somit auch für das Pachtgeschäft gebotenen Frist zu entbinden. Bei Festhaltung dieser Gesichtspunkte erscheinen die §§. 623—625. in einem ganz natürlichen Zusammenhange. In dem §. 623. wird dem Pächter geboten:

noch vor Ablauf des Jahres, in welchem sich Gewährsmangel hervorgethan haben, dem Verpächter davon Anzeige zu machen.

Alsdann, also wenn er diese Anzeige rechtzeitig geleistet hat, soll es von dem Pächter abhängen, ob er

die ihm zukommende Vergütung sofort, oder nach einem Zeitverlaufe, also ohne Rücksicht auf die im Allgemeinen bei Landgütern gebotene drei- oder einjährige Frist, einklagen wolle (§. 624.);

so wie nicht minder dem Verpächter Gelegenheit gegeben wird, auf die ihm gemachte Anzeige, dem Mangel abzuhelfen, oder den Pächter von dem Ungrunde seiner Behauptung zu überführen, und wenn er sein Monitum nicht zurücknimmt, dennoch aber mit Anstellung der Klage zögert, ihn zu solcher Anstellung gerichtlich auffordern zu lassen. Wenn aber (§. 625.)

der Pächter die Anzeige solcher Gewährungsmängel bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr verschoben hat, so soll er bei dieser damit nicht weiter gehört werden;

er soll also weder auf die fällige oder rückständig gebliebene Pacht mit solchen Gewährsansprüchen abrechnen, noch auch deshalb ein Retentionsrecht ausüben dürfen.

Die Wirkung der Anzeige anlangend, so sind die Worte »nach einem Zeitverlaufe« allerdings unbestimmt. In Erwägung aller Umstände kann aber damit nur die Entbindung von der in den §§. 342., 354. Tit. 5. bei Landgütern vorgeschriebenen drei- oder einjährigen Verjährungsfrist verstanden worden sein; die rechtzeitige Anzeige an den Verpächter sollte die nothwendig innerhalb jener Fristen sonst anzustellende Klage vertreten. Dem Interesse des Verpächters war durch die Bestimmung des §. 625. hinreichend vorgesehen; die Rückgewähr durfte ihm nun nicht weiter durch Gewährsansprüche des Pächters verkümmert werden, die ihm bis dahin ganz unbekannt geblieben waren. War aber hierdurch zum Nachtheile des Pächters von der gewöhnlichen Regel abgewichen worden, da doch nunmehr die Zeit der Rückgewähr herangekommen sein konnte, während die Frist, die dem Pächter sonst nach §§. 343., 344. Tit. 5. zu Gebote stand, noch lief; — so war es nicht mehr als billig, andrerseits denjenigen Pächter, welcher rechtzeitig Anzeige geleistet hatte, von der sonst für Gewährungsansprüche bestehenden kürzeren Verjährungsfrist zu entbinden.

Wenn aber dies die Wirkungen der Anzeige sind, so kann das Präj. der Unterlassung nur in dem Nichteintreten jener Wirkungen, also in der Unterordnung des nachlässigen Pächters unter die gewöhnliche, kürzere Verjährungsfrist bestehen. Man kann nicht einwenden, daß, da die Anzeige im §. 623. geboten ist, die Unterlassung, wenn dies Gebot nicht zwecklos sein soll, den Verlust des Anspruchs nach sich ziehen müsse; weil, wie gezeigt, der §. 623. vornehmlich im Interesse des Pächters, und nur sekundär in demjenigen des Verpächters gegeben ist. Eben so wenig ist eine analoge Anwendung des für Remissionsforderungen disponirenden §. 483. zulässig, da dieser §. eine lex specialis enthält.

Nach vorstehender Ausführung muß auch die Kompensation für zulässig erachtet werden. Auch abgesehen davon rechtfertigt sich dies. Heidenreich scheint von vorn herein eine Bestimmung für diesen Fall für unnöthig gehalten zu haben, da er nur den Fall beantwortete, »wenn der Pächter das Pachtgeld ohne Vorbehalt bezahlt hatte.« Nach der jetzigen Gesetzgebung erledigt sich die Frage einfach dadurch, daß der Gewährsmangel selbst, und nicht die Anzeige davon, den Verpächter zur Entschädigung verpflichtet, und wenn somit eine solche Verpflichtung bestand, der eigene Anspruch des Verpächters auf Bezahlung des Pachtgeldes in tantum in dem Augenblicke erlosch, wo der Gewährsmangel kundbar wurde.

(Präj. Samml. S. 128, Entsch. Bd. 10. S. 33, J. M. Bl. 1844 S. 187.)

Grävell bekennt sich zu der Ansicht, welche jetzt der Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844 angenommen hat. (Lehre vom Nießbrauche rc. S. 314 ff.)

Koch hat dasjenige, was durch den negativen Satz des Pl. Beschl. anerkannt wird, schon vorher positiv festzustellen gesucht, daß nämlich in dem vorausgesetzten Falle der Anspruch auch noch nach der Rückgewähr geltend gemacht werden könne, daß aber der Pächter die Folge der verspäteten Anzeige (Entziehung der Mittel und Gelegenheit, dem Mangel abzuhelfen oder den Gegenbeweis zu führen) sich als Einwand (exceptio doli) entgegensetzen lassen müsse.

(Recht der Ford. Bd. 3. S. 778, Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 625. h. t.)

Bornemann hat in seiner Ansicht gewechselt, sich indeß zuletzt für die Ansicht Grävell's erklärt.

(System Bd. 4. S. 549, 550, 2. Ausg. Bd. 4. S. 361, 364.)

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte durch Erk. v. 11. Nov. 1831 die konformen Urtel der beiden Sen. des O. L. G. zu Magdeburg, welche den dem Pächter entgegengesetzten Präjudizialeinwand: »daß er weder innerhalb des Jahres, in welchem er überzeugende Kenntniß von den Gewährsmängeln erhalten, dem Verpächter davon Anzeige gemacht, noch auch innerhalb dreier Jahre von der erlangten Kenntniß den Anspruch durch Anstellung der Klage geltend gemacht habe«, für durchgreifend erachtet hatten, — geändert, und jenen Präjudizialeinwand verworfen, weil immer doch noch vor dem Zeitpunkte der Rückgewähr der Pächter sich gemeldet habe. — Abweichend hiervon hatte das Ob. Trib. in dem Erk. v. 11. Juli 1834 den Pächter abgewiesen, weil er zwar rechtzeitige Anzeige geleistet, nicht aber binnen drei Jahren nach erlangter überzeugender Kenntniß von dem Bestehen des Mangels Klage erhoben hatte. — In einer dritten Sache hatte das Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1837 folgendes Präj. eintragen lassen: »Bei der unterlassenen Anzeige kann die Gewährsforderung nicht bloß bei der Rückgewähr, sondern auch nachher nicht mehr geltend gemacht werden, auch dann nicht, wenn sie bloß ad effectum compensationis aufgestellt wird.« Es wurden demnächst, in Folge dieser widersprechenden Ansichten, folgende Rechtsfragen an das Pl. gebracht.:

a) Besteht der Nachtheil, welcher den Pächter trifft, wenn er die im §. 623. vorgeschriebene Anzeige eines entdeckten Gewährsmangels dem Verpächter nicht innerhalb des Wirthschaftsjahres macht, bloß darin, daß er den Anspruch auf Entschädigung nur vor Eintritt des Zeitpunkts der Rückgewähr, §. 625., noch geltend machen kann?

oder ist mit der Unterlassung dieser Anzeige unmittelbar der Verlust des Klagerechts für den Pächter dergestalt verbunden, daß er seinen Entschädigungsanspruch auf dem Wege der Klage nicht mehr verfolgen kann?

b) Bleibt demselben in diesem Falle die Geltendmachung desselben vermittelst des Einwandes der Kompensation in sofern vorbehalten, als er die Anzeige der Gewährsmängel noch vor dem Zeitpunkte der Rückgewähr der Pacht dem Verpächter leistet (§. 625.), und erfolgt der gänzliche Rechtsverlust, auch der Kompensationsbefugniß für den Pächter erst dann, wenn er die Anzeige an den Pächter bis zur Rückgewähr verschoben hat?

oder hat die Unterlassung der Anzeige die Folge, daß sie sofort den gänzlichen Rechtsverlust nach sich zieht, und die Kompensation ausschließt?

Das Pl. faßte hierauf den Beschl. v. 28. Mai 1844, wodurch die zweite Frage, wegen der Zulässigkeit des Kompensationsanspruches, sich von selbst erledigt.

(Entsch. Bd. 10. S. 34—39.)

3) Der Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844 hat bereits anerkannt, daß die Gewährsansprüche des Pächters an den Verpächter bloß deshalb, weil derselbe deren rechtzeitige Anzeige nach §. 623. unterlassen, nicht verloren gehen, und daß insbesondere die Rechte des Pächters, sich im Wege der Kompensation mit der ihm zustehenden Vergütung wegen Gewährsmängel gegen Ansprüche des Verpächters zu schützen, durch die Bestimmungen der §§. 623—625. nicht betroffen werden, sondern daß der Sinn derselben überhaupt nur dahin geht, daß, wenn der Pächter mit der Anzeige der von ihm zu rügenden Gewährsmängel bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr gezögert hat, er bei dieser damit nicht weiter gehört werden könne.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Jan. 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 232 Nr. 54.)

4) Der Pächter eines Landgutes kann die Gewährung einer ihm von dem Verpächter im Pachtvertrage ausdrücklich versprochenen Eigenschaft des Guts, falls er dem Verpächter nicht vor Ablauf des Pachtjahres, in welchem der Mangel dieser Eigenschaft sich hervorgethan, davon Anzeige gemacht hat, nicht während der ganzen Dauer des Pachtverhältnisses, sondern nur während der in den §§. 343. u. 344. A. L. R. I. 5. gedachten Fristen fordern.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. März 1857.

Am Schlusse der Motive des Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844 sind die in Bezug auf die §§. 623—625. h. t. zur Sprache gebrachten Grundsätze dahin zusammengestellt:

a) Wenn der Pächter eines Landgutes Gewährsmängel an den ihm verpachteten Rubriken zu bemerken glaubt, so liegt ihm ob, dem Verpächter noch vor Ablauf desjenigen Pachtjahres, in welchem diese Mängel sich hervorgethan haben, davon Anzeige zu machen.

b) Hat er diese Anzeige rechtzeitig geleistet, so hängt es von ihm ab, nach welchem Zeitverlaufe er seine Entschädigungsansprüche gegen den Verpächter geltend machen wolle, und stehen solchenfalls die in den §§. 343., 344. A. L. R. I. 5. bestimmten Verjährungsfristen ihm nicht entgegen.

c) Hat dagegen der Pächter die Anzeige rechtzeitig nicht geleistet, so unterliegt die Geltendmachung seiner Entschädigungsansprüche im Wege der Klage der drei- und resp. einjährigen Verjährungsfrist, und hat er mit der Anzeige bis zu dem Zeitpunkte der Rückgewähr gezögert, so kann er bei dieser damit nicht weiter gehört werden.

d) Die Rechte des Pächters, sich im Wege der Kompensation mit der ihm zustehenden Vergütung für Gewährsmängel gegen Ansprüche des Verpächters zu schützen, bleiben durch vorstehende Bestimmungen ungekränkt.

Hiernach ist bereits anerkannt, daß, wenn der Pächter die Anzeige von den, von ihm an den verpachteten Rubriken bemerkten Gewährsmängeln nicht vor Ablauf des Pachtjahres, in welchem die betreff. Mängel sich hervorgethan haben, dem Verpächter erstattet, die Geltendmachung seiner Ansprüche im Wege der Klage der drei- resp. einjährigen Verjährung unterliegt. Obschon nun bei der Erbpacht und bei der Miethe die Regel angenommen worden ist[1]), daß die Gewährleistung ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften so lange dauert, als der Vertrag selbst, und daß daher der Erbpächter und der Miether die ganze Vertragszeit hindurch die Gewährung solcher Eigenschaften zu fordern berechtigt ist, und die Verjährung nur in soweit eintritt, als die Geltendmachung des Anspruches auf Entschädigung für das Nichtvorhandensein der versprochenen Eigenschaft über die in den §§. 343. u. 344. A. L. R. I. 5. angeordnete Verjährungsfrist hinaus versäumt ist, so kann doch diese Regel auf Pachtverträge von Landgütern keine Anwendung finden, da bei diesen, wie aus dem §. 623. h. t. und aus der obengedachten Begründung des Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844 hervorgeht, die spezielle Vorschrift gilt, daß der Pächter, wenn er Gewährsmängel an den ihm verpachteten Rubriken zu bemerken glaubt, dem Verpächter noch vor Ablauf des Pachtjahres, in welchem die Mängel sich hervorgethan haben, davon Anzeige machen, und er, wenn er diese Anzeige unterlassen, die desfallsige Klage gegen den Verpächter, bei Verlust seines Klagerechtes sowohl in Bezug auf Entschädigung für die Vergangenheit, als auch in Bezug auf die Gewährung der versprochenen Eigenschaft für die Gegenwart und Zukunft, und die eventuelle Entschädigung dafür innerhalb der in den §§. 343. u. 344. A. L. R. I. 5. vorgeschriebenen Fristen gerichtlich anmelden muß.
(Entsch. Bd. 35. S. 429.)

5) Die Vorschriften der §§. 623—625. sind nicht auf alle Pachtverträge ohne Unterschied des Gegenstandes, sondern nur auf Pachtverträge über Landgüter anzuwenden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Juni 1856.

Die §§. 623—625. stehen in dem mit dem §. 399. beginnenden Abschn., welcher von den Pachtungen der Landgüter handelt, also von solchen Grundstücken, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist (§. 400.). Abgesehen von dieser Stellung der §§. 623—625., führt aber auch deren Fassung darauf hin, daß es sich darin lediglich von Landgütern handelt, da sie nur darüber bestimmen, wie es gehalten werden soll, »wenn der Pächter eines Landgutes Gewährsmängel an den ihm verpachteten Rubriken zu bemerken glaubt.« Nach §. 46. Einl. zum A. L. R. können daher jene Vorschriften nicht angewendet werden, wenn ein Landgut nicht verpachtet ist.
(Entsch. Bd. 33. S. 77.)

6) Vergl. das Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. Nr. 345. v. 18. Sept. 1837 in den Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 343. u. 344. Zus. 10. sub a. (s. oben S. 142.)

§. 623. Ist hier das Pachtjahr, oder das Wirthschaftsjahr, oder das Kalenderjahr, oder das bewegliche Jahr nach Wahrnehmung des Mangels (§. 344. A. L. R. I. 5.) gemeint?

a) Das Ob. Trib. versteht darunter in den Gründen des Pl. Beschl. v. 28. Mai 1844[1]) das Pachtjahr; denn diese Annahme sei die einfachste und natürlichste, da die Abrechnung zwischen Pächter und Verpächter mit Ablauf jedes Pachtjahres erfolge.
(Entsch. Bd. 10. S. 42.)

b) Koch meint, daß nur das bewegliche Jahr nach Wahrnehmung des Mangels den Rechtsgesetzen entspreche. Dazu paßten zwar die Worte: »vor Ablauf des Jahres, in welchem 2c.« nicht; allein es komme darauf an, eine willkührliche Bestimmung praktisch anwendbar zu machen.
(Landr. Bd. 2. Anm. 28. zum §. 623. h. t., Recht der Ford. Bd. 3. S. 777 ff.)

c) Bornemann entscheidet sich mit der gewöhnlichen Praxis für das Wirthschaftsjahr auf Grund der ratio legis, nach welcher der ganze Komplex der in einem Wirthschaftsjahre entstandenen Forderungen und Gegenforderungen auch jedesmal beim Abschluß desselben festgestellt und berechnet werden solle. Die Rechtsverletzung, welche Koch für diese Auslegung annehme, sei nicht zu besorgen; denn nach §. 623. und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sei die Frage über die Rechtszeitigkeit des Abgangs nicht danach zu entscheiden, ob die Anzeige vor dem Ablaufe des Jahres zum Verpächter hingeschafft, sondern danach, ob sie bis dahin abgegangen.
(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 364.)

Vierter Abschnitt.

Von den zur Kultur ausgesetzten Gütern und Grundstücken.

Klein, über die Laßgüter und ähnliche in Kultur gegebene bäuerliche Grundstücke. (Ann. Bd. 25. S. 13.)

Dieser Abschnitt ist in soweit gegenstandslos geworden, als nach dem §. 91. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850 (G. S. S. 77) künftig bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig ist.

§. 626. Der §. 626. ist auf Rustikalstellen, welche schon vor Emanation des A. L. R. bestanden haben, nicht anwendbar; und es ist daher die Wiederbesetzung einer solchen nicht erblichen, an die Gutsherrschaft zurückgefallenen Stelle nicht als ein Austhun im Sinne des §. 626. anzusehen. Auch dann, wenn ein Gutsherr eine nicht erbliche Robotgärtnerstelle, die schon vor Emanation des A. L. R. bestanden hat, und deren Besitz nach Publikation der Dekl. v. 29. Mai 1816 erledigt wird (Art. 101.), bloß wieder besetzt, sind hierauf die §§. 626., 627. anzuwenden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Juni 1845. (Präj. Nr. 1585.) (Präj. Samml. S. 129.)

§. 628. 1) Was ist unter dem Ausdruck: »in vorigen Zeiten« zu verstehen?

Das Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 11. Juli 1834 aus, daß, wenngleich nach diesem §. auch mündliche, vor der Publikation des A. L. R. geschlossene Verträge über die Benutzung und Kultur eines

---

[1]) Nämlich in Betreff der Erbpacht in dem Präj. des I. Sen. des Ob. Trib. Nr. 26. v. 15. Juli 1833 (s. die Erg. zum A. L. R. I. 5. §§. 318., 345. ob. S. 137, vergl. die Erg. zu den §§. 343. u. 344. a. a. O. Zus. 10. sub b. ob. S. 142), und in Betreff der Miethe in dem Erk. v. 5. Nov. 1846 (s. die Erg. zum §. 291. h. t.).

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 623—625. h. t. Zus. 4.

Grundstücks gültig sein können, doch dabei vorausgesetzt werde, daß die Abschließung des mündlichen Vertrages zu einer Zeit geschehen, wo noch nicht durch ein besonderes Gesetz die schriftliche Errichtung eines solchen Vertrages bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben gewesen, was schon durch die Ed. v. 13. Mai 1766 und 8. Febr. 1770 geschehen, wenn die auf das betreffende Bauergut eingeräumten Rechte unwiderruflich sein sollen. (J. W. 1840 S. 379.)

2) Die sogenannten »nicht erblichen« Rustikalstellen in Schlesien können deren Besitzern nicht willkührlich gekündigt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Jan. 1840. (Präj. Nr. 790.) (Präj. Samml. S. 129.)

§§. 628—630. Die dem Besitzer eines unter der Herrschaft des A. L. R. zur Kultur ausgesetzten Grundstückes ertheilte Erlaubniß, auf dem Grundstücke ein Haus zu erbauen, sowie die ihm auferlegte Verpflichtung zur Entrichtung von Grundzins und Robotdiensten sind für sich allein keine Merkmale eines verliehenen erblichen Besitzes.

Daher kann die Leistung des übernommenen wöchentlichen Dienstes während der Dauer des Vertrages nicht verweigert werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 24. S. 111 Nr. 25.)

§. 629. Verträge der bäuerlichen Wirthe über die ihnen zur Kultur und Nutzung eingeräumten Stellen in den Landestheilen, auf welche sich die K. O. v. 6. Mai 1819 bezieht, erfordern zu ihrer Gültigkeit, auch vor dem Zeitpunkte der bewirkten Auseinandersetzung, die Beobachtung der für Verträge über Immobilien vorgeschriebenen Form.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1390.) (Präj. Samml. S. 335.)

§. 630. Der erbliche Lassit kann ohne Auftrag und Genehmigung des Eigenthümers für das lassitische Grundstück eine Grundgerechtigkeit in Besitz nehmen und durch Verjährung erwerben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Nov. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 213 Nr. 45.)

§§. 634—646. 1) Diese Vorschriften sind aus dem Ed. v. 25. März 1790, wegen Vererbung der Bauergüter in den Domainenämtern (N. C. C. Tom. VIII. p. 2907, Rabe Bd. 2. S. 29), genommen. Durch den Zweck derselben, auch da, wo noch kein wirkliches Eigenthum eingeführt werden kann oder will, dennoch den Fleiß und die Industrie des Besitzers durch die Aussicht der Erblichkeit zu ermuntern und zu unterstützen, ist die allgemeine Aufnahme dieser Vorschriften gerechtfertigt gefunden worden. (Suarez amtliche Vorträge rc., Jahrb. Bd. 41. S. 72.)

2) Ein Bauergut, dessen Besitzer vor ausgeführter Auseinandersetzung mit der Gutsherrschaft stirbt, und Erben seines Nachlasses hinterläßt, die jedoch nach den Provinzial-G., oder, wo diese nichts bestimmen, nach den §§. 634. ff. zur Erbfolge in den Hof nicht berechtigt sind, fällt an jene Erben, und nicht, als erledigt, an den Gutsherrn.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Okt. 1834. (Simon's R. Bd. 4. S. 380.)

Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Aug. 1843. (Präj. Nr. 948.) (Präj. Samml. S. 322, Entsch. Bd. 9. S. 317.)

§. 634. Der bäuerliche Besitzer in Landestheilen, welche ehedem zum Großherzogthum Berg gehört haben, muß im Streite mit dem Gutsherrn, von dem er sein Besitzrecht herleitet, die Vererblichkeit des Letzteren erweisen.

Wenn die Besitzung kein Leib- oder Zeitgewinnsgut gewesen ist, so kommt es auf den Nachweis der im §. 22. des G. v. 22. April 1825 für die erwähnten Landestheile aufgestellten Kriterien nicht an; vielmehr ist die Frage, ob ein Zeitpachtsverhältniß oder ein erbliches Besitzrecht anzunehmen sei, lediglich der richterlichen Beurtheilung überlassen.

Die Bestimmung der §§. 634. I. 21. und 305. II. 7. A. L. R., nach welchen im zweifelhaften Falle die Vermuthung für die Erblichkeit des Besitzrechts streitet, gilt indessen auch in jenen Landestheilen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1851, auf Grund des A. L. R. I. 7. §§. 179—182.; 15. §. 33.; 21. §. 634.; II. 7. §. 305. und des G. v. 21. April 1825 für die Landestheile, welche zu dem ehemaligen Großherzogthume Berg eine Zeitlang gehört haben, §§. 15. 21. 22. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 170 Nr. 35.)

§. 635. Nach Verkündigung des G. v. 9. Okt. 1848 (G. S. S. 276) stand dem Grundherrn das Recht zur Auswahl unter mehreren zur Nachfolge im Besitze des Hofes lassitischer Qualität gleichberechtigten Erben des, vor der Verkündigung jenes Gesetzes verstorbenen Besitzers nicht mehr zu.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852. (Präj. Nr. 2498.) (Präj. Samml. Bd. 2. S. 40, Entsch. Bd. 27. S. 221.)

Vergl. über die Frage auch die Erk. des Revis. Kolleg. für L. K. S. v. 20. Juni 1851 und v. 27. Juli 1853 (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 393—406); desgl. die Erörter. in Lette und v. Rönne, Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. 2. Abtheil. 1. S. 649—650.

§§. 637. 638. Der Interimswirth hat bis zur Volljährigkeit des Anerben den Nießbrauch, die temporäre Ausübung des Kolonatrechtes. Das von dem Interimswirth in das Gut inferirte Vermögen kann von demselben nach Ablauf der Jahre der Interimswirthschaft nicht zurückgefordert werden.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 124 Nr. 33.)

§. 646. R. v. 8. Sept. 1791, Schreiben des General-Direktorii v. 28. Juni 1791, und Rückschreiben des Großkanzlers v. 31. Aug. 1791. Auch den Wittwen der Bauern und deren zweiten Männern gebührt ein Ausgedinge aus solchen Grundstücken. (Stengel Bd. 1. S. 429, Rabe Bd. 2. S. 158.)

§. 648. Zur Einziehung und Rückgabe eines Kultur-Bauerhofes an den Guts- und Grundherrn bedarf es eines schriftlichen Vertrages; es ist daher die bloße gutsherrliche Kündigung und Rückgabe des Hofes zur Aufhebung der Rechte des Hofinhabers nicht genügend, und zwar in Pommern selbst dann nicht, wenn der nicht auf kürzere Zeitperiode, mithin präsumtiv lebenslänglich eingesetzte Wirth keine Regulirungsansprüche am Hofe haben sollte.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. April 1853. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 6. S. 406 ff., vergl. Bd. 4. S. 389 ff.)

Vergl. Lette und v. Rönne, Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. 2. Abtheil. I. S. 617.

Zweiundzwanzigster Titel.

Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander.

Korte, über Grundgerechtigkeiten im Allgemeinen, so wie deren Erwerbung und Aufhebung insbesondere. (Ullrich's Arch. Bd. 11. S. 382—440.)

O. Plathner, über Grundeigenthum. (J. W. 1847 S. 351 ff., 365 ff., 369 ff.)

Versuch einer Uebersicht der Lehre von den Rechten auf fremdes Eigenthum in Titel 18—23. des ersten Theils des A. L. R. (Siewert Hft. 3. S. 9.)

§§. 1—10. Gesetzliche und andere nothwendige Einschränkungen des Eigenthums.

§§. 1. 2. Zu den Einschränkungen und Belastungen dieser Art, wofür keine Entschädigung, die nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist, gefordert werden kann, gehören auch:

1) der sogen. Leinpfad, welcher auf dem Grundeigenthume an dem Ufer eines öffentlichen Flusses eingerichtet und gestattet werden muß. (A. L. R. II. 15. §§. 57. sqq. und Erk. des Ob. Trib. v. 9. März 1849, Entsch. Bd. 17. S. 374);

2) die Festungs-Rayons-Veränderung. (Erk. des I. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Nov. 1850, Entsch. Bd. 20. S. 101 ff.)

§§. 3—10.

Böle, die sogen. nothwendige Servitut in ihren verschiedenen praktischen Beziehungen. (Ullrich's Arch. Bd. 1. S. 25 ff.)

Koch, die gesetzliche Verbindlichkeit zur Bestellung einer Servitut nach gem. und Preuß. Rechte. (Koch's Arch. Bd. 4. S. 200 ff.)

1) Die Beurtheilung der Nothwendigkeit der Beschränkung des Eigenthums steht nicht der Verwaltungsbehörde, sondern dem Richter zu.

Dies nehmen an:

a) Die Gesetzrevisoren; denn die Natur der Dinge ergebe, daß im Allgemeinen die Konstituirung einer nothwendigen Servitut, als ein schlechthin zwischen zwei Privatpersonen sich bildendes Rechtsverhältniß, zur richterlichen Kognition und Entscheidung gehöre.

(Gesetzrev., Motive zum Tit. 22. Thl. I. S. 152.)

b) Die Motive zum bürgerl. Gesetzb., welche die hierüber ergangene K. O. v. 22. Aug. 1833 mittheilen.

Diese Frage kam auf die Beschwerde des Kolonen Elbing zur näheren Erörterung. In der von des Königs Maj. an die Min. des Jnn. und der Just. unterm 9. Jan. 1833 erlassenen O. ward geäußert, »daß der §. 29. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. nicht allein angewendet werden könne, weil er nur den allgemeinen Grundsatz enthält, daß der Staat das Privateigenthum seiner Mitbürger einschränken darf, wenn dadurch ein erheblicher Schaden verhindert, oder vom Staate selbst und den Bürgern desselben abgewendet oder ihnen ohne Nachtheil des Eigenthümers ein beträchtlicher Vortheil verschafft werden könne, wogegen im §. 32. bestimmt wird, daß in allen Fällen Einschränkungen des Eigenthums, welche nicht aus besondern wohlerworbenen Rechten eines Andern entspringen, nur durch Gesetze begründet werden können, und unter den in den §§. 33—189. namhaft gemachten speziellen gesetzlichen Einschränkungen der Fall zwischen den Kolonen Elbing und Kippelt nicht enthalten sei, daß derselbe aber unter den in den §§. 3—10. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. angeführten nothwendigen Einschränkungen, denen sich jeder Grundbesitzer unterwerfen muß, sich befinde. Daß in solchen Fällen, in welchen der Grundeigenthümer eine nothwendige Einschränkung sich gefallen zu lassen gesetzlich verpflichtet ist, richterl. Erörterung und Entscheidung erfolge, scheine nicht in den Bestimmungen des Gesetzes zu liegen, vielmehr nach dem im §. 29. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. ausgesprochenen Grundsatze der bei der Abwendung des Schadens oder der Verschaffung des Vortheils interessirenden Verwaltungsbehörde die Autorität, die faktischen Verhältnisse zu untersuchen und über die Anwendung des Gesetzes zu entscheiden, beigelegt zu sein, wogegen die Ermittelung der nach §. 31. erforderlichen Entschädigung der richterlichen Kognition und Festsetzung vorbehalten bleibe. Hiermit scheinen auch die Vorschriften der §§. 3—7. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. übereinzustimmen, nach welchen die Ermittelung der Vergütung durch Sachverständige geschehen soll, denen der Richter den Obmann beizugeben hat. Se. Maj. der König wollten indeß darüber noch nicht entscheiden, sondern verwiesen den Gegenstand zur näheren Prüfung des Staatsmin.« Auf das Gutachten des Staatsmin., daß die Kognition den Gerichtsbehörden zustehe und es rathsam sei, es bei der bisherigen Gesetzgebung zu belassen, erging unterm 22. Aug. 1833 die K. O., in welcher des Königs Maj. den Min. des Jnn. und der Just. eröffnen: »Ich kann zwar der Meinung, von welcher das Staatsmin. ausgeht, nicht dahin beistimmen, daß nur von Seiten der ordentlichen Gerichtshöfe nach den Grundsätzen des strengen Rechts entschieden werde, das Eigenthum also größeren Schutz bei dem gerichtl., als bei demjenigen Verfahren fände, welches die G. in besonders bestimmten Fällen der Kognition administrativer Behörden überwiesen habe, indem auch die letzteren die zu ihrer Erörterung und Entscheidung gestellten Rechtsverhältnisse nicht nach Billigkeit, sondern, ganz wie die Gerichtshöfe, nach Recht zu entscheiden verpflichtet sind, und das G. gewisse Gegenstände nur dann, und nur deshalb den ordentlichen Ger. entzieht, wo und weil die Feststellung des rechtlichen Gesichtspunkts wesentlich von der richtigen Beurtheilung solcher Momente abhängt, die in ihren Motiven und in allen ihren Details den Verwaltungsbehörden gründlicher und vollständiger bekannt sind, als den Gerichten. Inzwischen bin Ich damit einverstanden, daß, worauf es für jetzt nur ankommt, die Rechtsstreitigkeiten über nothwendige Einschränkungen des Privateigenthums, bei welchen die Vorschriften Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. in Anwendung kommen, besser dem gerichtlichen Verfahren überlassen bleiben.« (Motive S. 86.)

Vergl. über die Frage: Koch im Schles. Arch. Bd. 4. S. 226 und Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 250; desgl. Landr. Bd. 2. Anm. 4. zum §. 3. h. t.

2) Eine servitus necessaria kann nur alsdann verlangt werden, wenn dem Eigenthümer kein anderes Mittel übrig bleibt, sein Grundstück zu nutzen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 2. Febr. 1804.

(Simon's R. Bd. 1. S. 53.)

Bornemann bemerkt hierzu, daß dieser Satz nur mit der Maßgabe zu verstehen sei, daß der Fall einer nothwendigen Servitut dessenungeachtet vorliege, sobald der Kostenaufwand, den die Verschaffung der anderen Mittel verursachen würde, den dadurch möglicherweise zu erzielenden Nutzen übersteigt, oder nur absorbirt. Denn alsdann bleibe das Grundstück ohne die Vergünstigung in der That eben so völlig unbrauchbar, als wenn kein anderes Mittel da sei.

(System Bd. 4. S. 555, 2. Ausg. Bd. 4. S. 367.)

Im Centralbl. 1838 S. 36 wird bemerkt, daß die §§. 3. sqq. h. t. nicht eintreten, wenn von der Veränderung eines Grundstücks in seiner Hauptbestimmung und Nutzungsart oder von solchen unter eine allgemeine Kategorie gehörenden Einschränkungen des Eigenthums, wie sie im A. L. R. II. 8. §§. 29. ff. erwähnt sind, die Rede ist.

3) Solche Einschränkungen, welche sich der Eigenthümer nach §§. 3. sqq. h. t. gefallen lassen muß, dürfen aber nicht eigenmächtig ausgeübt werden, sonst begeht der, welcher dies thut, und z. B. den Grund und Boden eines Andern eigenmächtig betritt, um Baumaterialien auf sein Grundstück zu bringen, eine Besitzstörung, wenngleich er keinen anderen Zugang hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Juli 1850 u. 30. April 1852. (J. M. Bl. 1854 S. 108 u. 109.)

4) Unter »nothwendigen Servituten«, welche nach §. 170. der V. v. 20. Juni 1817 fortdauern, wenngleich sie in dem von der Generalkommission bestätigten Auseinandersetzungsrezesse nicht ausdrücklich erwähnt oder vorbehalten worden, sind nur solche zu verstehen, die auf dem in den §§. 3. ff. h. t. vorgezeichneten Wege erworben sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juni 1852. (Präj. Nr. 2381.)

Alle übrigen vormaligen Grundgerechtigkeiten bedürfen eines besonderen Vorbehaltes für den neu regulirten Zustand; ohne einen solchen fallen sie weg, und macht es dabei keinen Unterschied, ob sie für die wirthschaftlichen Bedürfnisse der betreffenden Grundstücke durch Verjährung erworben waren, oder anderweitig bestanden. Dieser Untergang früherer Grundgerechtigkeiten schließt nicht aus, eine erst später hervortretende Unentbehrlichkeit derselben zur nachträglichen Erörterung zu bringen. Darauf weiset §. 171. der V. v. 20. Juni 1817 hin. — Für eine derartige Nachregulirung würden alsdann die Vorschriften der Gemeinheitsth. O. v. 7. Juni 1821 §§. 95. u. 96. maßgebend sein; — diese besonderen Vortheile der zeitigen Geltendmachung des Wegebedürfnisses gehen dagegen verloren, wenn dasselbe erst später zur Sprache gebracht wird, und statt der Auseinandersetzungsbehörde tritt dann das Ressort des gewöhnlichen Gerichts zur Regulirung der Angelegenheiten ein, welches nun lediglich nach A. L. R. I. 22. §§. 3. ff. zu verfahren hat.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 41, Entsch. Bd. 23. S. 167.)

§§. 3. 4. Derjenige, welcher von seinem Nachbar die Bestellung einer nothwendigen Wegeservitut, gemäß §§. 3., 4. h. t., fordern kann, ist nicht berechtigt, den Weg willkührlich zu wählen, sondern muß sich in der Regel mit demjenigen Wege begnügen, den ihm der Nachbar, als den seinem Grundstücke am wenigsten lästigen, anweist. Auch hat, wenn die nothwendige Servitut von mehreren Nachbarn gewährt werden kann, der Servitutberechtigte nicht die Wahl, welchen derselben er auf Bestellung der Servitut in Anspruch nehmen wolle; dem in Anspruch genommenen Grundeigenthümer steht vielmehr der Einwand zu, daß ein anderer Nachbar durch die Bestellung der Servitut weniger belästigt, und die Ausübung der Servitut selbst dadurch nicht erschwert werde.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 31. Juli 1841. (Präj. Nr. 1027.) (Präj. Samml. S. 129.)

§§. 3. 55—79. Durch die Beanspruchung einer der in den §§. 55—79. h. t. bezeichneten Servituten auf Grund des §. 3. h. t. erhält der Gegenstand des Rechtsstreites keinen anderen Werth und prozessualischen Charakter; die Revision ist daher auch in solchem Prozesse ausgeschlossen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. Dec. 1846. (Präj. Nr. 1811.) (Präj. Samml. S. 373.)

§§. 3—7. 1) Die Vergütung verhält sich zur Einräumung der Last wie die Zahlung des Kaufgeldes zur Uebergabe der Sache; der zu Belastende ist nicht schuldig, vorzuleisten, d. h. sich erst die Einräumung der Servitut gefallen zu lassen und hiernächst die Vergütung wie eine nach der Vorleistung fällig werdende Gegenleistung einzuklagen. Deshalb muß die Bestimmung der Vergütung, als ein zweites, neben der nachzuweisenden Nothwendigkeit stehendes Erforderniß, gleichzeitig in einem und demselben Verfahren erfolgen. Es ist

unzuläſſig und rechtsverletzend, den zu Belaſtenden ſchon auf den Nachweis der Nothwendigkeit allein zur Beſtellung der Servitut zu verurtheilen und mit ſeiner Gegenforderung auf Vergütung ad separatum zu verweiſen. Servituteinräumung und Vergütung muß Zug um Zug geſchehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 21. Jan. 1851.
(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 5. h. t.)

2) Zur Subſtantiirung der Klage auf Verſtattung einer nothwendigen Servitut iſt das Anbieten eines beſtimmten Betrages der Entſchädigung nicht erforderlich, ſondern die erklärte Bereitwilligkeit zur Uebernahme einer im beſonderen Verfahren zu ermittelnden Vergütigung genügend.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. März 1855. (Präj. Nr. 2611.)

Der §. 5. beſtimmt zwar den Geſichtspunkt, von welchem aus die im §. 4. gedachte Vergütigung zu bemeſſen ſei, und die §§. 6., 7. geben die Art der Vergütigung und das Verfahren Behufs deren Feſtſtellung im Allgemeinen an. Es wird aber nirgends verlangt, daß der Antrag auf Gewährung einer nothwendigen Servitut noch in etwas Weiterem, als durch den Nachweis des Bedürfniſſes an ſich und die Bereitwilligkeit zur Gewährung einer angemeſſenen Entſchädigung ſubſtantiirt werden müſſe. Insbeſondere wird die Vorfrage: ob der Fall einer ſolchen Einſchränkung des Eigenthums, wie ihn §. 3. im Auge hat, eingetreten ſei und faktiſch obwalte, nicht davon abhängig gemacht, daß der Prätendent gleichzeitig auf Ermittelung und Feſtſetzung der billigen Vergütigung des Eigenthümers des belaſteten Grundſtücks antrage, oder ſofort einen gewiſſen Betrag angebe, den er für die Einräumung der Servitut zu zahlen bereit ſei, ſo daß es hiernach keineswegs unzuläſſig erſcheint, die Ermittelung der dem zu belaſtenden Grundeigenthümer zuſtändigen Entſchädigung einem beſonderen Verfahren, nach Entſcheidung des Hauptanſpruches, vorzubehalten. Im Gegentheil wird ein ſolches anderweites Verfahren, der Regel nach, ebenſo zweckmäßig, als durch die Umſtände geboten ſein. So ſind insbeſondere bei dem Falle einer nothwendigen Wege- reſp. Triftſervitut die wirthſchaftlichen Verhältniſſe ſowohl des bedürfenden als des zu belaſtenden Grundſtücks zu berückſichtigen, es laſſen ſich für ſolche verſchiedene Anordnungen nicht bloß der Zeit, ſondern auch der Oertlichkeit nach, denken; die Beläſtigung des gewährenden Grundſtücks kann demgemäß bald größer, bald geringer ſein, und wenn ſich nach dieſen mehrfachen Eventualitäten auch der Umfang des Schadens erſt bemeſſen läßt, welcher dem betreffenden Grundeigenthümer erwächſt, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß die jährliche Abgabe, welche der Servitusprätendent zu entrichten hat, mit genügender Sicherheit nicht vereinbart oder ſchiedsrichterlich feſtgeſtellt werden kann, bevor nicht auf die angegebene Weiſe eine ausreichende Unterlage ſowohl für die Parteien, als für die Schiedsrichter gegeben iſt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 41, Entſch. Bd. 30. S. 96, Striethorſt's Arch. Bd. 15. S. 356 Nr. 76.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 5. zum §. 5. h. t., gegen die Richtigkeit dieſes Präj.

3) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Nov. 1852 nimmt Betreffs der Klage auf Einräumung einer nothwendigen Servitut folgende Grundſätze an:

a) Zur Führung des zur Begründung des Anſpruches auf Beſtellung der nothwendigen Servitut eines Fahrweges erforderlichen Beweiſes der gänzlichen oder theilweiſen Unbrauchbarkeit eines Grundſtückes reicht der Umſtand hin, daß der Eigenthümer deſſelben keinen Weg hat, um zu demſelben zu gelangen.

b) Be idem Prozeſſe über die Beſtellung einer nothwendigen Servitut iſt die Zuziehung ſämmtlicher möglicherweiſe betheiligten Grundbeſitzer Behufs der Ermittelung desjenigen, welcher dadurch am wenigſten beläſtigt wird, nicht erforderlich. (Striethorſt's Arch. Bd. 8. S. 61 Nr. 15.)

§. 10. Koch führt, unter Zurücknahme ſeiner früheren entgegengeſetzten Anſicht (vergl. Schleſ. Arch. Bd. 4. S. 237), aus, daß im Falle des §. 10. auch das Kaufgeld zurückgezahlt werden muß, und daß die nach §. 6. dem herrſchenden Grundſtücke aufgelegte jährliche Abgabe, nach den Grundſätzen des Miethsverhältniſſes, von ſelbſt wegfällt.

(Landr. Bd. 2. Anm. 9. zum §. 10. h. t., Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 2. S. 250.)

Dieſer Anſicht iſt auch Böle. (Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 25.)

§§. 11. sqq. Grundgerechtigkeiten.

1) Ueber das Verhältniß der Grundgerechtigkeiten zu den Grundrechten (Reallaſten) vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 1—7.; desgl. die Abhandl. in der Zeitſchr. des Reviſ. Kolleg. für L. K. S. Bd. 3. S. 141 ff. und die Erk. deſſelben a. a. O. Bd. 3. S. 243 ff., 250 ff., 261 ff., desgl. Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 22. Okt. 1857. (Striethorſt's Arch. Bd. 26. S. 302 Nr. 50.)

2) Ueber die Frage der Uebertragbarkeit von Grundgerechtigkeiten auf ein anderes Grundſtück, und über die Theilbarkeit ſolcher Rechte vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 22. u. 23.

§§. 11. 12. 1) Unter der nach dem Röm. Rechte bei Prädialſervituten erforderlichen Vicinität des herrſchenden und dienenden Grundſtückes iſt nur ein örtliches Verhältniß der beiden Grundſtücke zu einander zu verſtehen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht.

Ein ſolches örtliches Verhältniß iſt auch bei Grundgerechtigkeiten nach dem A. L. R. erforderlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1856.
(Striethorſt's Arch. Bd. 22. S. 215 Nr. 46.)

2) Die Abhandl. in Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 275 ff. führt aus, daß es auch nach Preuß. Rechte zum Weſen der Grundgerechtigkeit gehöre, daß ſie auf den Vortheil des berechtigten Grundſtückes beſchränkt ſei.

§. 12. Eine Holzungsgerechtigkeit, welche der Erbverpächter eines Grundſtücks dem Erbpächter in des Erbverpächters Walde verſchreibt, iſt als Grundgerechtigkeit nach §. 12. h. t. zu betrachten. Der Erbpächter iſt daher auch, wenn der belaſtete Wald an einen Dritten gelangt, ſein Recht gegen den Dritten als Grundgerechtigkeit zu verfolgen befugt, keineswegs aber auf einen bloßen Anſpruch auf Gewähr an ſeinen Erbverpächter beſchränkt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Sept. 1843. (Präj. Nr. 1329.) (Präj. Samml. S. 130.)

§§. 12. 25. Zum Weſen einer Grundgerechtigkeit iſt es nicht erforderlich, daß ſie dem berechtigten Grundſtück einen wirklichen Vortheil gewähre; vielmehr iſt ſie auch dann begründet und durch Verjährung zu erwerben, wenn ſie nur zur Annehmlichkeit und Bequemlichkeit des Beſitzes des berechtigten Grundſtücks dient.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Dec. 1844.

Nach Röm. Recht war es zum Weſen einer Realſervitut keineswegs erforderlich, daß ſie zur Bewirthſchaftung des berechtigten Grundſtücks gereichte, oder daß ſie deſſen Ertrag beförderte. Es war nicht minder eine Realſervitut vorhanden, wenn das Gebrauchsrecht zur Annehmlichkeit oder Bequemlichkeit des Beſitzers diente. Der nachbarliche Verkehr allein konnte als Nutzen gelten.
(Hellfeld in ſeiner jurisprudentia forensis §. 662.)

Nach Röm. Recht war ſomit ein Bedürfniß im allgemeinſten Sinne des Wortes genügend, und es waltet kein Grund vor, anzunehmen, daß das A. L. R. ſolches habe ändern wollen. Als ſolches Bedürfniß iſt aber auch der nachbarliche Verkehr, die Erleichterung und die Bequemlichkeit des Beſitzers ausreichend. Wirkliche, reelle Vortheile oder Nothwendigkeiten für das praedium dominans ſind nicht nöthig. Im §. 12. Tit. 22. wird ſchon eine Grundgerechtigkeit als exiſtent angenommen, wenn die Befugniß, den Eigenthümer eines Grundſtücks in freier Ausübung ſeiner Eigenthumsrechte zu beſchränken, dem einen Grundſtück gegen das andere zukommt. Im §. 25. heißt es zwar, daß aus den verſchiedenen Arten und Beziehungen, wie ein Grundbeſitzer in Ausübung ſeiner Eigenthumsrechte zum Vortheil eines anderen Grundſtücks eingeſchränkt werden könne, die verſchiedenen Arten der Grundgerechtigkeiten entſtänden; hier iſt aber in dem Begriff des §. 12. nichts geändert, und die Worte »zum Vortheil« haben keinen beſonderen Werth. Sie zielen nur auf den relativen Werth, welcher ebenſowohl durch die Intereſſen der Bequemlichkeit und Annehmlichkeit, als durch den wahren Nutzen oder Ertrag geregelt werden kann.
(Entſch. Bd. 12. S. 284.)

§§. 13—17. Erwerbung der Grundgerechtigkeiten.

§. 13. 1) Nur dann kann aus dem Vertrage, mittelſt deſſen der Eigenthümer eines Grundſtücks einen Theil deſſelben veräußert, der Erwerber dieſes Theils zu deſſen Gunſten eine Grundgerechtigkeit auf das dem Veräußerer verbliebene Grundſtück herleiten oder der Veräußerer für das nicht veräußerte Grundſtück auf das veräußerte, wenn die Grundgerechtigkeit im Vertrage ausdrücklich vorbedungen iſt, und iſt es nicht ausreichend, wenn eine auf beabſichtigte Einräumung einer Grundgerechtigkeit deutende Anlage vorhanden, deren Fortnahme nicht ausdrücklich ſtipulirt iſt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Jan. 1855. (Präj. Nr. 2608.)

Der §. 13. setzt, wie sich auch aus §. 135. A. L. R. I. 5. ergiebt, eine ausdrückliche schriftliche Willenserklärung voraus, weshalb nach §. 60. A. L. R. I. 4. eine stillschweigende Willenserklärung nicht ausreicht. Der §. 15. h. t. bezieht sich, wie bereits im Präj. 1400.[1]) nachgewiesen worden, nicht auf die Erwerbungsart der Servituten durch Willenserklärungen, und enthält also nicht die Bestimmung, daß eine Servitut auch durch eine stillschweigende Willenserklärung erworben werden könne. — Eine Grundgerechtigkeit ist ein Recht auf eine fremde Sache (§§. 12., 25., 26. h. t.). Es folgt hieraus, daß dadurch, daß Jemand als Besitzer zweier Grundstücke in dem einen Anlagen macht, die zum Vortheile des andern gereichen, eine Servitut nicht konstituirt wird, weil diese Handlung nicht in der Absicht sich gegen sich selbst zu verpflichten vorgenommen worden sein kann, vielmehr ein Ausfluß des Eigenthumsrechts ist, dem beide Grundstücke gleichmäßig unterworfen sind. Es kann somit aus der Thatsache, daß der frühere Eigenthümer der beiden Grundstücke in dem einen derselben Anlagen machte, die auf eine Grundgerechtigkeit deuten, nicht ohne Weiteres auf die Konstituirung einer Servitut geschlossen werden. Hierzu bedarf es vielmehr einer besonderen Willenserklärung, und zwar einer ausdrücklichen schriftlichen (§. 13. h. t., §. 135. A. L. R. I. 5.).
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 41, Entsch. Bd. 30. S. 100.)

Ebenso hat derselbe Sen. unterm 21. Okt. 1856 erkannt und zugleich angenommen, daß dieser Grundsatz in soweit, als es sich um die Begründung eines Traufanspruches für das veräußerte Grundstück handelt, auch in der Stadt Berlin zur Anwendung kommt.
(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 23 Nr. 5.)

Derselbe Sen. nimmt in dem Erk. v. 23. Juni 1857, unter Berücksichtigung des Präj. Nr. 2608., an, daß es, wenn bei der Parzellirung eines Grundstückes der Verkäufer sich die Wegegerechtigkeit über eine Parzelle vorbehalten hat, einer besonderen Besitzübertragung derselben nicht bedarf. (Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 276 Nr. 52.)

Gegen das Präj. Nr. 2608. vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 11a. zum §. 13. h. t.

2) Wenn zwischen benachbarten Grundstücken desselben Eigenthümers Benutzungen nach Art der Servituten stattgehabt haben, und das ausübende Grundstück mit der Klausel »wie es besessen und benutzt worden« verkauft wird, so sind jene Benutzungsarten als Grundgerechtigkeiten für neu bestellt zu erachten, in sofern die Lage der Sache den Schluß auf eine solche Absicht der Kontrahenten unzweideutig rechtfertigt.

Erkannt von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 6. Jan. 1850.

Im Allgemeinen haben die Ausdrücke: »wie ein Grundstück besessen und benutzt worden u. s. w.« keineswegs ohne Weiteres den Sinn, daß alle seither faktisch zwischen zwei benachbarten Grundstücken Eines Eigenthümers vorgekommenen, objektiv als Servituten anzusehenden Benutzungsarten nun bleibend als Grundgerechtigkeiten konstituirt worden. Dergleichen Benutzungsarten stellen sich, wenn nicht besondere Umstände obwalten, nur als Ausfluß des Eigenthums dar, welches dem Verkäufer an dem davon betroffenen nicht verkauften Grundstück zustand; von dem Rechtsbegriff einer Pertinenz oder Gerechtigkeit, die besessen oder benutzt worden, kann nicht die Rede sein. Soll also auf die Fortdauer solcher Benutzungsarten, auch nachdem die Grundstücke verschiedene Herren erhalten, aus jenen Klauseln geschlossen werden, so muß jedenfalls die Lage der Sache den Schluß auf eine solche Absicht der Kontrahenten unzweideutig rechtfertigen. (Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 159 Nr. 32.)

3) Wenn mittelst besonderer Anlage von der auf dem einen Grundstücke befindlichen Quelle einem anderen Grundstücke desselben Eigenthümers Wasser zugeführt, und hiernächst jenes Grundstück in Pausch und Bogen, mit allen damit verbundenen Rechten und Gerechtigkeiten an einen Dritten veräußert wird, so ist dem letzteren Grundstücke eine Grundgerechtigkeit in Betreff der Wasserleitung für stillschweigend bestellt zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Sept. 1852.
(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 228 Nr. 45.)

4) Zur Bestellung einer Grundgerechtigkeit durch Willenserklärung ist es nicht erforderlich, daß dieselbe mit bestimmten Worten eingeräumt werde; es genügt vielmehr, wenn aus dem Inhalte des schriftlichen Vertrages der ernste und gewisse Wille des einen Kontrahenten zur Einräumung der Grundgerechtigkeit für den anderen Kontrahenten entnommen werden kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juli 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 100 Nr. 17.)

[1]) Vergl. in den Erg. zu den §§. 13—15. h. t.

5) Zur Errichtung einer Servitut genügt die bloße Willenserklärung in schriftlicher Form; eine Quasitradition braucht nicht hinzuzukommen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1853.

Nach §§. 16—23. h. t. sollte die Willenserklärung nur als Titel gelten, und die Eintragung als Erwerbungsart (A. L. R. I. 20. §. 8. und I. 21. §. 4.) nothwendig dazu kommen müssen, wenn nicht die Grundgerechtigkeit mit einer dauernden Anstalt verbunden war, oder wenn sie den Nutzungsertrag des dienenden Grundstücks nicht schmälerte. Durch §. 58. des Anh. ist die Eintragung freigestellt und bestimmt worden, daß deren Unterlassung in keinem Falle den Verlust des wirklich bestehenden Realrechts begründen könne. Hiernach ist die bloße Willenserklärung in schriftlicher Form zur Errichtung der Grundgerechtigkeit hinreichend (A. L. R. I. 5. §. 135., I. 9. §. 4., I. 22. §. 13.); eine davon verschiedene Erwerbungsart durch Besitzübertragung giebt es nicht, und der §. 135. A. L. R. I. 2. paßt darauf nicht.
(Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 44 Nr. 13.)

§§. 13. 14. 28. 29. 43—45. Die auf dem dienenden Grundstücke stattgefundene Verlegung einer einzelnen Strecke eines Weges, auf welchem ein Anderer den Besitz der Wegegerechtigkeit erlangt hat, unterbricht den Verjährungsbesitz nicht, wenn durch jene Verlegung Zweck, Anfang und Zielpunkte der Servitut keine Veränderung erleiden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Sept. 1854. (Präj. Nr. 2562.)

Die Wegestrecke überhaupt bildet den Gegenstand des Besitzes des Wegeberechtigten. Hat dieser Besitz im Allgemeinen fortgedauert, so kann eine unerhebliche Modifikation der Wegestrecke, die der Berechtigte nach §. 20. A. L. R. I. 19. und §. 29. h. t. nicht einmal abzuwenden vermag, weder als eine faktische Unterbrechung der Ausübung des Rechts angesehen werden, noch liegt darin ein gesetzlich wirksamer Widerspruch wider dasselbe, sondern vielmehr in der neuen Anlage an Stelle der älteren, und zwar auf dem mit der Servitut belasteten Grundstücke, eine Anerkennung des Besitzrechts des Servitutberechtigten. Zur Aufhebung des Besitzes ist ein demselben entgegenstehendes Handeln erforderlich (L. 153. D. de reg. jur., A. L. R. I. 7. §§. 127., 86.); es muß der, welcher den vollständigen Besitz eines negativen Rechts aufheben will, den Besitz des entgegenstehenden Untersagungsrechts erworben haben. Dazu genügt aber nicht die Verlegung eines kleinen Stückes der Wegestrecke. Dadurch wird vielmehr das Wesen der Servitut nicht verändert, sondern sogar das Prinzip des Röm. Rechts: servitutibus civiliter utendum est, und durch die Vorschriften des A. L. R. I. 19. §. 20. und §. 29. h. t. eine solche Verlegung als eine aus der grundsätzlichen Rechtsstellung der Grundgerechtigkeiten zum Eigenthum fließende Befugniß anerkannt. Auch bestimmt der §. 570. A. L. R. I. 9., daß der, welcher einen Theil seines Rechts ausübt, dadurch das ganze Recht erhält.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 41, Entsch. Bd. 29. S. 59.)

§§. 13. 14. Der §. 164. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 bestimmt, daß neue Gemeinheiten, deren Aufhebung die Gemeinheitstheil. O. bezweckt[1]), nur auf eine bestimmte Zeit und nur durch schriftlichen Vertrag errichtet werden können.

In Bezug hierauf bestimmen:

1) das G. v. 31. März 1841, enthaltend die Dekl. des §. 164. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821[2]).

Wir ꝛc. haben Uns vortragen lassen, daß die Bestimmung des §. 164. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821,

wonach die im §. 2. daselbst bezeichneten Gemeinheiten und Grundgerechtigkeiten in Zukunft nur unter der Beschränkung des §. 27. und nur durch schriftlichen Vertrag sollen errichtet werden können,

hinsichtlich der darin liegenden Ausschließung jeder anderen Art der Erwerbung, insbesondere durch Verjährung, bisher vielfältig entweder ganz übersehen oder unrichtig aufgefaßt und angewendet worden ist.

Um ferneren Zweifeln über den Sinn und Umfang jener Bestimmung zu begegnen, zugleich aber von den Betheiligten, welche zur Begründung ihrer Gerechtsame nur auf die Verjährung sich zu berufen vermögen, die aus der Verzögerung des Nachweises derselben zu besorgenden Nachtheile nach Möglichkeit abzuwenden, verordnen Wir auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsrathes, für sämmtliche Landestheile, in welchen die Gem. Th. O. gesetzliche Kraft hat, was folgt:

[1]) Also die im §. 2. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 und im Art. I. des Zusatzgesetzes dazu v. 2. März 1850 aufgeführten Arten der Gemeinheiten.
[2]) Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Dekl. vergl. Dr. Löwenberg's Beitr. zur Kenntniß der Preuß. Gesetzgeb. Bd. 1. S. 166., desgl. Lette und v. Rönne Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. II. Abth. 2. S. 180. ff.

§. 1. In Gemäßheit des §. 164. der Gem. Th. O. können die im §. 2. das. bezeichneten Gemeinheiten und Grundgerechtigkeiten, welche zur Zeit der Publikation jener Ordnung noch nicht rechtsgültig bestanden haben, durch Verjährung nicht mehr begründet werden.

§. 2. Jeder erst nach Publikation der Gem. Th. O. angefangene Besitz ist daher in Beziehung auf die Verjährung ohne rechtliche Wirkung.

§. 3. Auch ein bereits früher angefangener, aber noch nicht bis zur Vollendung der Verjährung fortgesetzter Besitz ist mit jenem Zeitpunkte für unterbrochen und wirkungslos zu achten[1]).

§. 4. Wenn jedoch in dem im §. 3. vorausgesetzten Falle der Besitz auch nach Publikation der Gem. Th. O. noch so lange ununterbrochen fortgedauert hat, daß die gesetzliche Verjährungsfrist, von dem erweislichen Anfange des Besitzes an gerechnet, vor Publikation des gegenwärtigen Gesetzes abgelaufen ist, so soll unter Vorbehalt des Gegenbeweises die gesetzliche Vermuthung eintreten, daß die Verjährung schon bei Publikation der Gem. Th. O. vollendet gewesen sei.

Auf Besitzhandlungen, die erst nach Publikation des gegenwärtigen Gesetzes vorgenommen worden, ist keine Rücksicht zu nehmen.

§. 5. Die für einzelne Landestheile bestehenden Vorschriften, wodurch in Hinsicht gewisser Arten von Grundgerechtigkeiten die Verjährung schon früher ausgeschlossen und unterbrochen worden, bleiben auch ferner in Kraft; alle andere, den obigen Vorschriften entgegenstehende provinzialrechtliche oder statutarische Bestimmungen aber werden hiermit aufgehoben[2]).

(G. S. 1841 S. 75.)

2) G. v. 2. März 1850, betr. die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 Art. 12.

Der §. 164. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821, nach welchem neue Gemeinheiten, deren Aufhebung diese Ordnung bezweckt, nur unter gewissen Beschränkungen und nur durch schriftlichen Vertrag errichtet werden können, wird auf die nach Art. I. des gegenwärtigen Gesetzes aufzuhebenden Gemeinheiten ausgedehnt. In Ansehung dieser Gemeinheiten wird daher der Lauf der erwerbenden Verjährung, wenn eine solche noch stattfinden könnte, mit dem Tage, in welchem dieses Gesetz in Kraft tritt, unterbrochen.

(G. S. S. 139.)

3) In Betreff der Anwendung und Auslegung des §. 164. der Gemeinheitstheil. O. ist noch folgender Streitfragen zu gedenken:

a) Auch Erweiterungen von Grundgerechtigkeiten der im §. 164. der Gemeinheitstheil. O. gedachten Art können durch Verjährung seit der Publikation der Gemeinheitstheil. O. nicht mehr erworben werden. Eine solche Erweiterung ist es nicht bloß, wenn z. B. ein Hütungsberechtigter der klaren Bestimmung der Grenzen seines Rechtes zuwider mehr Vieh derselben Art, sondern auch, wenn er Vieh anderer, als der bei Konstituirung der Servitut bestimmten Art auftreibt.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1845.

(Koch's Arch. Bd. 6. S. 299 ff.)

b) Findet der §. 164. der Gemeinheitstheil. O. im Herzogthum Westphalen Anwendung?

Das Ob. Trib. verneint in dem Erk. v. 29. Dec. 1845 (Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 28), wogegen das Revisions-Kolleg. für L. K. S. (Zeitschr. desselb. Bd. 2. S. 440) bejahet hat.

---

[1]) Dieser Satz war früher zweifelhaft; das Ob. Trib. hatte denselben indeß bereits durch den Plen. Beschl. v. 9. Dec. 1839 (Präj. Nr. 757.) angenommen: »Die vor Publikation der Gem. Th. O. angefangene, jedoch nicht vollendete Verjährung von Weideberechtigungen auf Aeckern, Wiesen, Angern, Forsten und sonstigen Weideplätzen, von Forstberechtigungen zur Mast, zum Mitgenusse des Holzes und zum Streuholen, so wie von Berechtigungen zum Plaggen-, Heide- und Bültenhieb, ist durch die Verkündung der gedachten Ordnung unterbrochen worden, und ihre Fortsetzung deshalb nicht zulässig.« (Präj. Samml. S. 340, Entsch. Bd. 5. S. 153, J. M. Bl. 1839 S. 432.) — Das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 31. Juli 1840 Nr. 894. spricht hierzu aus: »Der §. 164. der Gem. Th. O. findet in der Auslegung, welchen derselbe durch den Pl. Beschl. v. 9. Dec. 1839 erhalten hat, auch unter den Voraussetzungen des §. 660. A. L. R. I. 9. Anwendung.« (Präj. Samml. S. 340.)

[2]) Der §. 5. der Dekl. v. 31. März 1841 bestimmt die Grenzen der Wirksamkeit der Verordnung sowohl in Beziehung auf die Gesetze, wodurch schon früher der Erwerb einzelner Arten von Servituten durch Verjährung ausgeschlossen worden, als in Beziehung auf die provinziellen und statutarischen Vorschriften über Verjährung. Mit Rücksicht hierauf kommen folgende Bestimmungen in Betracht:

a) Bezüglich der vom Königreiche Sachsen an Preußen abgetretenen Landestheile der §. 6. des Königl. Sächsischen Mandats v. 30. Juli 1813, betr. die Waldnebennutzungen rc., welcher vorschreibt, »daß die Gerechtsame der Waldhütung und Trift, des Streurechens, Laubstreifens, Grasens und Harzens in den Waldungen von der Zeit der Publik. dieses Mandats an weder durch Verjährung, noch durch solche Verträge erlangt werden sollen, welche ohne Vorwissen und Genehmigung der Behörde geschlossen worden sind, und daß die Verjährung nur berücksichtigt werden kann, wenn solche zur Zeit der Publik. dieses Mandats bereits vollendet war.« (Codex Aug. Cont. III. Abth. 2. p. 161.) In Bezug hierauf spricht das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 28. Okt. 1845 (Präj. Nr. 1635.) aus: »Dies Mandat ist als ein allgemeines Sächsisches Gesetz, nicht als Provinzialgesetz anzusehen, und hat in den mit Preußen vereinigten ehemals Königl. Sächsischen Landestheilen mit der Einführung des A. L. R. seine Gültigkeit verloren. Die Bestimmung im §. 6. des Mandats ist auf die daselbst nicht genannten Holzbefugnisse nicht zu beziehen.« (Präj. Samml. S. 325.)

b) In den Landestheilen, in welchen vormals eine Zeit lang der Code Napoléon gegolten hat, später aber das A. L. R. eingeführt oder wieder eingeführt ist, sind die Vorschriften des Art. 691. des Code hinsichtlich der Erwerbung von Dienstbarkeiten durch Verjährung zu berücksichtigen, welcher bestimmt:

„Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière."

In Bezug hierauf ist die Streitfrage entstanden: ob durch den Art. 691. eine Unterbrechung der Verjährung der darin bezeichneten Servituten bewirkt worden ist, dergestalt, daß, wenn die Verjährung nicht etwa schon vor der Einführung des Franz. Gesetzbuches vollendet gewesen war, der Lauf derselben nur von der Wiedereinführung des A. L. R. an gerechnet werden kann; oder ob während der Gültigkeit des Franz. Gesetzbuches die Verjährung nur geruht hat, so daß die Zeit vor und nach der Gültigkeit des Franz. Gesetzbuches zusammengerechnet werden darf?

Der II. Sen. des Ob. Trib. hat indeß in dem Präj. Nr. 769. v. 13. Dec. 1839 ausgesprochen:

»Die Einführung des Code Napoléon unterbrach die Verjährung der hier erwähnten Servituten so, daß, wenn hiernächst durch Wiedereinführung des Landrechts der Erwerb solcher Servituten mittelst Verjährung wieder möglich wurde, dieselbe nur von Neuem beginnen konnte.«

(Präj. Samml. S. 282.)

Diese Ansicht ist in der K. O. v. 1. April 1841 (J. M. Bl. S. 160) gebilligt worden. — Vergl. über die Frage auch: Scheller in der Abhandl. in den Jahrb. Bd. 27. S. 151, das Erk. des Rev. Kolleg. zu Posen v. 8. Dec. 1830 (Centralbl. 1837 S. 462), und die Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 1. S. 616 ff.)

Das Ob. Trib. hat in dieser Beziehung ferner folgende Grundsätze ausgesprochen:

α) Der Art. 691. hat die Verjährung bei Fischereien in Flüssen nicht unterbrochen. (Präj. des II. Sen. v. 9. Okt. 1840 Nr. 927., Präj. Samml. S. 282.)

β) Auch bei Holzberechtigungen ist der Lauf der Verjährung durch Art. 691. unterbrochen worden, und stehen dem in den Ländern, welche vormals zum Königreiche Westphalen gehört haben, die Art. 96. und 183. des Dekrets v. 29. März 1808 nicht entgegen.

(Präj. des II. Sen. v. 13. Mai 1842 Nr. 1139., Präj. Samml. S. 282.)

γ) Der Art. 691. ist zunächst nur als zu Gunsten des Grundeigenthümers ergangen zu betrachten, und derjenige, welcher selbst nur eine Servitut auf fremdem Grund und Boden auszuüben hat, kann einem anderen Servitutberechtigten den Einwand nicht entgegensetzen, daß der bloße Besitz zur Erwerbung der Servitut nicht hinreiche.

(Präj. des II. Sen. v. 10. Nov. 1838 Nr. 575., Präj. Samml. S. 282.)

δ) Der Beweis der Akquisitivverjährung der nach der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 ablöslichen Grundgerechtigkeiten in denjenigen Landestheilen, in welchen der Code Napoléon und vor dessen Einführung das gemeine Recht gegolten hat, kann nur durch den Nachweis einer dreißigjährigen nicht titulirten Ausübung oder einer zehn- resp. zwanzigjährigen Ausübung bei dem Vorhandensein eines zur Erwerbung geeigneten Titels, von der Einführung des Code Napoléon zurückgerechnet, geführt werden. Der Nachweis einer Immemorial-Präskription, namentlich unter Berücksichtigung der Zeit nach Einführung des Franz. Civilgesetzbuches, ist dabei nicht statthaft.

(Erk. v. 18. Juli 1853, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 180.)

c) Erlöschen Gemeinheiten, welche erst nach Emanation der Gemeinheitstheil. O. durch Vertrag errichtet worden sind, nach Ablauf bestimmter Zeitfristen von selbst (ipso jure), oder unterliegen dieselben vielmehr einem besonders zu beantragenden Auseinandersetzungsverfahren?

Es verneinen die erstere Alternative unter Bejahung der zweiten:

α) Der Min. des Inn. in dem R. v. 21. Febr. 1843.
(M. Bl. d. i. V. 1843 S. 39 Nr. 66.)

β) Das Revisions-Kolleg. für L. K. S. (Datum des Erk. konstirt nicht). (Zeitschr. des Revisions-Kolleg. Bd. 2. S. 424—440.)

γ) Das Ob. Trib. in dem Präj. v. 30. Jan. 1849 Nr. 2105.

Die durch schriftlichen Vertrag errichteten neuen Gemeinheiten sind nach Ablauf der im §. 27. der Gem. Th. O. bestimmten Zeitfristen auflöslich und theilbar. Der ohne Bestimmung hinsichts der Zeitdauer geschlossene Vertrag behält seine rechtsverbindliche Kraft und nach Ablauf der gesetzlichen Frist steht nur dem Kontrahenten frei, auf Gemeinheitstheilung anzutragen.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 126, Entsch. Bd. 17. S. 511.)

§. 14. 1) Die Vorschrift des §. 14., daß bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung nachgewiesen sein muß, daß der Besitzer des berechtigten Grundstückes die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe, enthält keine Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten, und findet daher auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 27. Aug. 1838 [1]). (Präj. Nr. 506.)

Dies ergiebt sich daraus, daß die, die allgemeinen Grundsätze der Fehlerfreiheit des Besitzes enthaltenden §§. 106., 107. 7. I. A. L. R. im §. 14. allegirt sind. Zum Nachweis der Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechtes genügt, daß der Verjährende dieselbe ohne Widerspruch des Andern ausgeübt, und diese Ausübung binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt hat, indem aus den Umständen der Ausübung schon von selbst folgt, daß der Verjährende in der Meinung eines ihm zustehenden fortdauernden Rechtes gehandelt hat, indem der Andere die ihm nachtheilige Handlung duldete. Der Titel ist nicht gemeint, weil die Worte des §. nur von Besitznahme und Ausübung der streitigen Befugniß reden, auch nicht der Nachweis einer ununterbrochenen Ausübung, indem die Vermuthung im A. L. R. I. 9. §. 599. auch hier besteht. Der Verjährende hat genug gethan, wenn von ihm der Beweis der, frei und öffentlich, ohne Widerspruch und Störung Seitens des Verpflichteten, erfolgten Ausübung der streitigen Befugniß geführt worden. (Präj. Samml. S. 130, Entsch. Bd. 4. S. 169.)

In demselben Sinne hatte das Ob. Trib. sich demnächst in den Erk. v. 21. Dec. 1838 u. 5. April 1839 ausgesprochen.
(Centralbl. 1839 S. 733 u. 1840 S. 630 ff.)

Auch in dem Erk. des II. Sen. v. 30. Sept. 1856 wird, unter Berufung auf den Pl. Beschl. v. 27. Aug. 1838, ausgeführt, daß es bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung zum Nachweise der Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechtes genügt, daß der Verjährende dieselbe ohne Widerspruch des Andern ausgeübt und diese Ausübung binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt habe. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 215. Nr. 46.)

2) Zur Erwerbung des Besitzes von Rechten, insbesondere auch einer Grundgerechtigkeit, ist die Kundgebung des animus juris erforderlich. Daher ist in jedem einzelnen Falle die Erörterung und Entscheidung der Frage nicht ausgeschlossen, ob aus den Umständen, welche die der Besitzergreifung und Verjährung zum Grunde gelegten Handlungen begleiten, oder aus der Natur dieser Handlungen selbst, der Mangel des animus juris erhelle.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Dec. 1857, mit dem Bemerken, daß der Pl. Beschl. v. 27. Aug. 1838 [1]) dem nicht entgegenstehe.
(Entsch. Bd. 37. S. 170, Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 179 Nr. 33.)

3) Demjenigen, welcher das Eigenthum des im Besitze eines Dritten befindlichen Grundstücks erfolglos in Anspruch genommen hat, kann — wenn er hiernächst gegen eben dasselbe eine Servitut auf Grund der Verjährung geltend macht — der Einwand nicht entgegengesetzt werden, daß er die betreffenden Besitzhandlungen in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthums vorgenommen habe.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. und 13. Juni 1854. (Präj. Nr. 2529.)

Der Satz, »daß kein Grundstück sich selber dienen könne«, ist unabhängig von der Frage: ob unter der Voraussetzung eines herrschenden und eines dienenden Gutes — also zweier in den Händen verschiedener Besitzer sich befindender selbstständiger Grundstücke — und unter Hinzutritt der übrigen zur Erlangung eines dinglichen Rechtes durch Verjährung nothwendigen Erfordernisse, der Erwerb eines solchen bloß deshalb unstatthaft bleibe, weil es nicht mit der bestimmt auf die Einschränkung eines fremden Eigenthums gerichteten Absicht, sondern irrthümlich als Ausfluß des selbstständigen Eigenthumsrechts ausgeübt worden ist? — Diese muß verneint werden. Denn es können die rechtlichen Beziehungen, in welchen Jemand zu dem, von einem Dritten besessenen Grundstücke, ohne weitere haltbare Unterlagen, zu stehen nur glaubt und seine über die Rechte dieses Dritten nur gehegte Meinung an und für sich Rechte weder geben noch nehmen. Mag er sich daher immerhin für den Eigenthümer halten, so ist er es darum noch nicht, und andererseits wird der Eigenthumsbesitz des Dritten mit seinen Folgen dadurch noch keineswegs erschüttert oder beseitigt, daß solcher von irgend einer Seite bezweifelt oder gar direkt bestritten und angefochten ist. — Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, welche verböte, den in einem früheren Prozesse thatsächlich ermittelten Befund, wenngleich derselbe die damals daraus gezogenen Folgerungen nicht rechtfertigen mochte, zu einem anderen, minder umfangreichen und von jenem beseitigten verschiedenen Anspruche zu benutzen; insbesondere kann demjenigen, welcher einen Eigenthums-Anspruch auf das, von einem Dritten besessene Grundstück erfolglos geltend gemacht hat, bloß deshalb, weil er mit diesem zurückgewiesen worden, nimmermehr versagt sein, gegen dasselbe Grundstück anderweit noch eine Servitut zu beanspruchen und dies durch rechtsverjährten Besitz zu begründen.
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 41, Entsch. Bd. 28. S. 116, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 8. S. 409.)

4) Der Eigenthümer einer belasteten Sache kann kein Prekarium daraus herleiten, daß zwischen dem Berechtigten und einem andern Berechtigten ein Verhältniß obwaltete, zufolge dessen dem Letzteren eine vorzugsweise Berechtigung zusteht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Jan. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 8. S. 181 Nr. 40.)

5) Der Erwerbung einer Wegegerechtigkeit durch dreißigjährige Verjährung steht nicht entgegen, daß dieselbe auf Grund eines nur mündlich geschlossenen und daher nicht bindenden Abkommens eingeräumt worden ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Aug. 1849.

---

[1]) Es war früher insbesondere die Frage streitig: ob das im §. 14. aufstellte Erforderniß von dem Titel des Besitzes zu verstehen, mithin die Vorschrift dieses §. nur auf die ordentliche, nicht aber auch auf die Ersitzung von 30 Jahren anwendbar sei? Dies hatte namentlich das Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Mai 1826 (Simon's R. Bd. 1. S. 64 ff.) ausgesprochen, und dieselbe Ansicht ist in der Abhandl. von v. u. z. Mühlen in Simon's Z. Bd. 2. S. 242 ff. vertheidigt worden. Allein die Mehrzahl der Gerichte und Schriftsteller hat sich stets gegen diese Ansicht erklärt, und das Ob. Trib. selbst hat sie durch den Pl. Beschl. v. 27. Aug. 1838 zurückgenommen. Es bestand indeß auch Meinungsverschiedenheit darüber, ob der §. 14. eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften über Besitz und Verjährung von Rechten enthalte, oder ob dies nicht der Fall sei. Die letztere Alternative hat jetzt das Ob. Trib. durch den gedachten Pl. Beschl. angenommen. Die erstere Alternative ist besonders dahin aufgestellt worden (Simon's Z. Bd. 2. S. 229 ff., Centralbl. 1838 S. 134 u. 1840 S. 372), daß der Verjährende noch den besonderen Nachweis der Abwesenheit eines Prekariums führen müsse. — Aus den Materialien des A. L. R. läßt sich keine direkte Auskunft über das Verständniß des §. 14. schöpfen. Dieselben sind mitgetheilt in der Abhandl. in Simon's Z. Bd. 2. S. 242 ff. und von Bornemann in dessen System Bd. 4. S. 562 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 370 ff., desgl. von den Gesetzrevisoren (Motive S. 155 ff.). — Vergl. über die streitige Frage auch: Abhandl. in der J. Z. 1832 S. 830 ff., 854 ff., 896 ff., Schröter, civil. Vers. 2. Ausg. Bd. 1. S. 126 ff. und System Bd. 1. §. 47. S. 68 und §. 52. S. 74, Draßdo in der J. Z. 1833 S. 1064 ff., ferner J. Z. 1835 S. 132 ff., König in der J. W. 1841 S. 209 ff., 226 ff., v. Seckendorf im Arch. für civil. Praxis von Gensler rc. Bd. 4. S. 95, Koch im Schles. Arch. Bd. 1. S. 525 ff., Bornemann's System Bd. 4. S. 566 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 373 ff., Korte in Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 398 ff., desgl. die Präj. des Kammerger. und der O. L. G. zu Frankfurt und Breslau in Koch's Arch. Bd. 1. S. 522 ff. und Bd. 2. S. 341 ff.

[1]) Vergl. Zus. 1. ad h. l.

Zur Erwerbung einer Grundgerechtigkeit genügt nach dem A. L. R. I. 5. §. 135. die mündliche Form eines Vertrages nicht; allein diese mangelhafte Form hat nicht die Folge, daß der betreffende Paciscent gar nicht in den Besitz der Grundgerechtigkeit gelangt, sondern nur, daß der Besitz kein vollständig titulirter wird. Die gewöhnliche Verjährung ist daher nicht zulässig, da diese nach §. 579. l. c. einen an sich zur Erlangung des Eigenthums resp. Rechts materiell und formell geschickten Titel verlangt; bei der dreißigjährigen Verjährung schadet dagegen der Nachweis, daß die Besitznehmung ursprünglich auf den Grund eines zur Erlangung des Rechts nicht geschickten Titels geschehen ist, nach §. 628. l. c. der Verjährung nur dann, wenn dadurch zugleich die Unredlichkeit des Besitzers dargethan wird. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Konstituirung der Grundgerechtigkeit von dem Eigenthümer des Grundstücks durch Vertrag geschehen, dann liegt an sich ein materiell genügender Titel vor, der die Unredlichkeit des Besitzers schon um deswillen ausschließt; nur formell ist der Titel mangelhaft, der Besitz aber, der auf Grund dessen ergriffen, kein unredlicher, da nur der ein unredlicher Besitzer ist, der weiß, daß er aus keinem gültigen, d. h. materiell gültigen Titel besitzt. (§. 11. A. L. R. 1. 7.)
(Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 561.)

6) Bei Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung kommt es auf Veränderungen, welche an dem dienenden Grundstücke bezüglich des Eigenthümers vorgehen, nicht an, also auch darauf nicht, daß das Grundstück während der Verjährungsfrist zuerst eine ungetheilte Mark gewesen, dann aber getheilt worden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1855.
(Jur. Mon. Schr. Bd. 1. S. 619.)

7) Das Verhältniß der Büdner, nach welchem sie die Hütung gegen ein veränderliches Weidegeld ausüben, ist als ein Miethsverhältniß anzusehen und zur Verjährung des Hütungsrechtes nicht geeignet.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. April 1833. (Präj. Nr. 19.) (Präj. Samml. S. 130.)

Koch bemerkt, daß dies Präj. nach der Dekl. des §. 164. der Gemeinheitstheil. O. v. 31. März 1841[1]) keine praktische Bedeutung mehr habe, da schon seit Publikation der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 keine Verjährung eines Hütungsrechtes überhaupt mehr hat anfangen können. (Landr. Bd. 2. Anm. 13. zum §. 14. h. t.)

8) Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 613. Zus. 3.

§§. 15. 13. 14. 1) Die Vorschrift des §. 15. bezieht sich nicht auf die erstere im §. 13. gedachte Erwerbungsart der Grundgerechtigkeiten (durch rechtsgültige Willenserklärungen), enthält also nicht die Bestimmung, daß eine Servitut auch durch eine stillschweigende Willenserklärung (durch eine im belasteten Grundstücke gemachte Anlage der im §. 15. gedachten Art) erworben werden könne. Der §. 15. steht vielmehr mit dem von dem Erwerbe der Servitut durch Verjährung disponirenden §. 14. in Verbindung. Der im §. 14. erforderte Beweis, daß die streitige Befugniß nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, sondern als ein wirkliches Recht in Besitz genommen sei, soll bei dem Vorhandensein einer Anlage der im §. 15. gedachten Art nicht erforderlich sein, in diesem Falle vielmehr nur die Vermuthung eintreten, daß dem Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit habe eingeräumt werden sollen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Jan. 1844. (Präj. Nr. 1400.) (Präj. Samml. S. 130.)

Derselbe Sen. hat in dem Erk. v. 5. Jan. 1854 diesen Grundsatz aufrecht erhalten und angenommen, daß der §. 15. sich nicht auf den §. 13., sondern nur auf den §. 14. beziehe, also nur bestimme, daß bei dem Vorhandensein einer Anlage der im §. 15. gedachten Art die Vermuthung für die geschehene Einräumung einer wirklichen Grundgerechtigkeit eintrete. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 188 Nr. 41.)

Die Gesetzrevisoren bemerken über die Frage: ob der §. 15. auf die Bestellung der Servitut, oder auf den von dem angeblich Berechtigten bei behaupteter Erwerbung durch Verjährung zu führenden Beweis (auf den §. 13. oder auf den §. 14.) zu beziehen sei, Folgendes:

Die ursprüngliche Stellung der aus dem Entwurf wörtlich in den Text übergegangenen Bestimmung ergiebt, daß sich diese Stelle auf die Willens-Erklärung (§. 13.), und nicht auf den Besitz (§. 14.) bezieht; denn sowohl im gedr. Entw. §. 18., als in der von Suarez entworfenen Umarbeitung §. 17., bezog sich die Bestimmung auf die Auslegung einer vorangegangenen Willenserklärung, in sofern diese es zweifelhaft ließ: ob eine wirkliche zur Eintragung geeignete Grundgerechtigkeit bestellt worden. In dem jetzigen Texte findet sich die Ordnung umgekehrt, von der Eintragung ist erst späterhin die Rede (§§. 18. sqq.) und zwischen die §§. 13. und 15. ist diejenige Bestimmung eingeschoben, welche den beim Erwerb der Verjährung erforderlichen Beweis betrifft. (Gesetzrev. Pens. XIII. und XIV. S. 162.)

Koch bezieht den §. 15. auf beide Fälle der Erwerbung, durch Willenserklärung und Verjährung. Für den erstern Fall enthalte der §. 15. eine Auslegungsregel. Wenn ferner zwar eine Willenserklärung vorhanden, aber eine formlose, so müsse der Begünstigte sich mit der Verjährung zur Erwerbung der ihm eingeräumten Befugniß helfen; kann er auch nicht einmal eine Erklärung (Einräumung) beweisen, so komme ihm die Anlage als Vermuthung zum Beweise, daß er den Rechtsbesitz animo ergriffen habe, zu Hülfe.
(Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 339. S. 535.)

Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 15. zum §. 15. h. t.

Ueber die verschiedenartige Auslegung des §. 15. vergl. auch Korte in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 409 ff.

2) Der §. 15. bezieht sich nur auf Anlagen, die der Berechtigte gemacht hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juli 1851.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 39 Nr. 8.)

§§. 18–24. u. Anh. **§. 58.** 1) Die §§. 18–24. beziehen sich auf solche Grundgerechtigkeiten, welche den Nutzungsertrag des belasteten Grundstückes schmälern, und gleichwohl durch keine in die Augen fallende Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden. Diese sollten eingetragen werden müssen. Der §. 58. des Anh., welcher aus der C. V. v. 30. Dec. 1798 Abschn. 2. (N. C. C. Tom. X. p. 1851, Rabe Bd. 5. S. 261) entnommen ist, hebt diese Vorschrift auf. In Folge dessen fallen die §§. 18–24. weg, und auch die §§. 16. u. 17. sind nun bedeutungslos.

2) Ob auch der §. 24. durch den §. 58. des Anh. mit aufgehoben sei, wurde zweifelhaft.

Das Ob. Trib. hat bejahet.

a) Der §. 58. des Anh. bezieht sich auch auf den §. 24. h. t. und hebt diese Vorschrift auf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Aug. 1840. (Präj. Nr. 904.) (Präj. Samml. S. 131.)

b) Denselben Grundsatz hat das Ob. Trib. in den Erk. v. 15. Febr. 1834 (Simon's R. Bd. 4. S. 119) und v. 20. Nov. 1840 (J. W. 1842 S. 111) angenommen, welche bemerken:

Der §. 24. bildet mit den §§. 18. ff. ein zusammenhängendes, auf demselben Grundprinzip beruhendes Ganze, wie auch aus Suarez Vorträgen bei der Schlußrevision erhellt, nämlich auf dem Prinzipe, daß der dritte Besitzer, beziehungsweise der Hypothekengläubiger gegen dergl. durch keine äußere Erscheinung kenntliche Belastungen des Grundeigenthums geschützt werden sollen. Von diesem Prinzipe ist der §. 24. offenbar nur ein Ausfluß; denn ist selbst ein vollständig erworbenes Recht ohne Eintragung gegen den neuen Besitzer nicht wirksam, so kann demselben noch weniger eine bloß angefangene Verjährung entgegengesetzt werden. Es ist daher der §. 24. durch den §. 58. des Anh. mit aufgehoben. Diese Aufhebung erfolgte durch die C. V. v. 30. Dec. 1798, also zu einer Zeit, wo die mit dem 1. Juni 1797 beginnende zweijährige Frist noch nicht abgelaufen war, und es ist also das Prinzip des §. 24. niemals ins Leben getreten.

Derselben Ansicht sind die Gesetzrevisoren (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 170), Koch (Lehrb. des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 339. S. 535) und Bornemann (System Bd. 4. S. 570, 2. Ausg. Bd. 4. S. 377).

Entgegengesetzter Meinung sind: das Revisions-Kolleg. zu Posen in dem Erk. v. 8. Dec. 1830 (Centralbl. 1837 S. 462) und Lange in der Abhandlung über die Erwerbung und Erlöschung der Grundgerechtigkeiten durch Verjährung (Breslau 1841) S. 22.

3) Die durch einen gültigen Vertrag bestellte und hiernächst ausgeübte Hütungsgerechtigkeit ist binglicher Natur und kann daher gegen jeden Besitzer des belasteten Grundstückes ferner ausgeübt werden, auch wenn die Eintragung dieser Gerechtigkeit in das Hypothekenbuch des verpflichteten Grundstückes nicht erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1853, auf Grund des §. 58. des Anh. u. des §. 137. A. L. R. I. 2.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 333 Nr. 71.)

[1]) Vergl. die Erg. zu den §§. 13. und 14. h. t. Zus. 1.

Vergl. auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 19. Juni 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 250 Nr. 116.)

4) Seitdem durch den §. 58. des Anh. bestimmt ist, daß es der Eintragung der Grundgerechtigkeiten nicht mehr bedarf, und deren Unterlassung den Verlust des Realrechtes nicht weiter zur Folge hat, erstreckt sich das Aufgebot der unbekannten Realprätendenten eines Grundstückes nicht mehr auf solche Grundgerechtigkeiten, die den Nutzungsertrag des aufgebotenen Grundstückes schmälern, und durch keine in die Sinne fallende Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden.

Ebendasselbe gilt von Aufgeboten, welche schon nach den Vorschriften der §§. 86. sqq. Tit. 27. Thl. II. des Corpus jur. Frideric. ergangen sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Mai 1847. (Präj. Nr. 1866.)

(Präj. Samml. S. 268, Entsch. Bd. 15. S. 277.)

Vergl. die Erg. zur A. G. O. I. 51. §. 103a.

Dergleichen Grundgerechtigkeiten bedürfen in den Landestheilen, in welchen das Hypotheken-Patent v. 22. Mai 1815 Gesetzeskraft hat, keiner Anmeldung bei der Hypothekenbehörde.

(Gutachten des Ob. Trib. v. 16. Dec. 1839, J. M. Bl. 1840 S. 35.)

§§. 26—29. Umfang und Schranken der Grundgerechtigkeiten überhaupt.

1) Es ist allgemein gesetzlicher Grundsatz, daß die Ausübung der Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern darf. (Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 27.)

2) Jeder Eigenthümer mit Dienstbarkeiten belasteter Grundstücke kann verlangen, daß die Theilnehmungsrechte des Berechtigten auf ein bestimmtes Maß festgesetzt werden.

(Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §. 166.)

§§. 28. u. 78. Bei einer durch Verjährung erworbenen Wegegerechtigkeit ist der Berechtigte auf die in den §§. 78. sqq. h. t. vorgeschriebene Breite des Weges nur in soweit Anspruch zu machen berechtigt, als der Weg diese Breite während der Verjährungsperiode gehabt hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1851. (Präj. Nr. 2319.)

Nach der genauen Verbindung der §§. 78., 79 mit §. 77. sind diese Vorschriften nur für den Fall gegeben, daß die Wegegerechtigkeit durch ausdrückliche Willenserklärung bestellt ist; sie dürfen deshalb auf andere Fälle und namentlich auf den Fall, wo die Wegegerechtigkeit durch Verjährung erworben ist, nicht angewendet werden, da die Verhältnisse nicht gleicher Art sind. Im ersteren Falle liegt ein Vertrag oder doch eine ausdrückliche Willenserklärung vor, durch welche nicht allein die Gerechtigkeit selbst konstituirt ist, sondern auch deren Grenzen bestimmt sind, und die auch hinsichtlich der Breite des Weges maßgebend sein muß, da selbst für den Fall, daß dieserhalb eine ausdrückliche Verabredung nicht getroffen ist, anzunehmen ist, daß, nach der Absicht der Betheiligten, die gesetzliche Breite eintreten soll. Im letzteren Falle dagegen, wo die Wegegerechtigkeit durch Verjährung erworben ist, kann allein der Besitz entscheidend sein, und zwar nicht allein hinsichtlich des Rechts selbst, sondern auch hinsichtlich der Ausdehnung und des Umfanges desselben. Denn der rechtsverjährte Zeit hindurch fortgesetzte, ruhige und fehlerfreie Besitz allein erzeugt hier erst das Recht. Das auf diese Art erworbene Recht kann sich deshalb, wie auch A. L. R. I. 9. §. 666. ausdrücklich ausspricht, nicht weiter erstrecken, als der Besitz selbst gegangen ist, und hiermit übereinstimmend bestimmt denn auch A. L. R. I. 22. §. 28. Jene gesetzliche Bestimmung wegen der Breite der Wege kann auch dann nicht zur Norm dienen, wenn während der Verjährungszeit hinsichtlich der Breite des Weges kein gleichmäßiger Besitzstand stattgefunden, denn nur soweit sich der Besitz die ganze Verjährungs-Periode hindurch erstreckt hat, ist das korrespondirende Recht durch Verjährung ersessen, ein nicht-konstanter Besitz mithin nicht zur Ersitzung geeignet.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 21. S. 374.)

Vergl. die Erg. zu den §§. 78. u. 79. h. t.

§. 29. 1) Der §. 29. ist als eine nähere Entwickelung des §. 20. Tit. 19. bei der Umarbeitung des gedr. Entw. eingeschaltet.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 172.)

2) Der Grundsatz des §. 29. findet auf alle Arten von ländlichen Grundgerechtigkeiten Anwendung.

(Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §. 174.)

3) Die Bestimmung des §. 29. bezieht sich nicht bloß auf indeterminirte, sondern auch auf Rechte, deren ursprüngliche Verleihung eine das ganze Grundstück umfassende, bereits thatsächlich gewordene Ausübung in sich schließt, mithin auch auf die Modifikation von bereits in anerkannter Wirksamkeit bestehenden Rechten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1848.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 166 Nr. 82.)

4) Der §. 29. berechtigt den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht, eine ihm vortheilhafte Verlegung einer Wegegerechtigkeit von dem belasteten Grundstücke auf ein anderes, ihm gehöriges, aber der Servitut bisher nicht unterworfenes Grundstück wider den Willen des Eigenthümers des berechtigten Grundstücks zu fordern, wenn auch dem Letzteren diese Verlegung unschädlich ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. April 1854. (Präj. Nr. 2514.)

Die Grundsätze der §§. 14—20. A. L. R. I. 19. u. des §. 29. h. t., auch schon im §. 37. A. L. R. I. 6. in einer anderen Rechtsbeziehung, ferner in der Gem. Thl. O. v. 7. Juni 1821 §. 174. zur Geltung gebracht, — sind dem Röm. Rechte entnommen. (L. 9. 10. D. de serv., L. 20. §. 1. de serv. Praed. Urb., L. 14. D. de serv. Praed. Rust.). Darin sowohl als in den daraus entnommenen landrechtlichen Bestimmungen ist nur die Rede von der Art und Weise, wie das vorhandene Recht auf eine fremde Sache, beziehungsweise wie die auf einem fremden Grundstück erworbene Servitut, ohne das Eigenthumsrecht des Herrn des belasteten Grundstücks mehr als es der zweckmäßige Gebrauch der Grundgerechtigkeit erfordert, zu beschränken, auf die dienende Sache (civili modo) zu üben. Ein ganz anderer Anspruch ist es indeß, wenn nicht die Beschränkung der Wegegerechtigkeit, sondern die Befreiung des dienenden Grundstücks von der Wegegerechtigkeit und die Verlegung derselben auf ein anderes Grundstück, also eine novatio privativa und zwar necessaria verlangt wird. Ein solcher Anspruch entbehrt aller gesetzlichen Begründung. Die in den Rechtsf. Bd. 4. S. 168. enthaltene Entscheidung des Ob. Trib. bezieht sich auf Verlegung eines Weges neben einen anderen Theil des belasteten Grundstücks, ist also mit den angeführten Rechtsnormen in Einklang. Aus dem §. 29. h. t. und dem Prinzip der Unverletzlichkeit des Eigenthums folgt aber, daß dem Servitutberechtigten wider seinen Willen die Verlegung der Servitut auf einen Acker, welchem bisher eine Dienstbarkeit, dem herrschenden Grundstücke gegenüber, gar nicht oblag, nicht zugemuthet werden kann.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 27. S. 357.)

5) Erfordert die im §. 29. dem Servitutverpflichteten gestattete Einschränkung der Grundgerechtigkeit auf einen bestimmten Theil des belasteten Grundstücks eine Klage des Verpflichteten?

Verneint vom O. L. G. zu Arnsberg in II. Inst. durch Erk. v. 19. Mai 1847.

Wenn der §. 29. zunächst davon spricht, daß eine Servitut bloß auf Antrag des Verpflichteten beschränkt werden könne, so ist dies ganz natürlich, da ein derartiger Antrag nicht im Interesse des Berechtigten liegen kann. Braucht aber die Gesetzesstelle den Ausdruck »Antrag«, so ist nirgends gesagt, daß dieser Antrag gerade in Form einer Klage gemacht werden solle, wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß derselbe in dieser Weise gemacht werden kann.

(Ulrich's Arch. Bd. 13. S. 242.)

6) Korte, Unterschied zwischen der Temperation und Determination, so wie der kommutativen Einschränkung einer Grundgerechtigkeit.

(Gruchot's Beitr. Bd. 1. S. 397 ff.)

§§. 30—42. Pflichten des Besitzers des belasteten Grundstücks, besonders wegen Unterhaltung und Wiederherstellung der belasteten Sache.

§. 30. Das O. L. G. zu Bromberg hat in dem Erk. v. 7. Febr. 1838, auf Grund des §. 30., angenommen, daß der Gutsbesitzer nicht verpflichtet sei, Bäume abstehen zu lassen, um im Interesse des Servitutberechtigten Lagerholz zu erzielen; die Gerechtigkeit auf Lagerholz ruhe, wenn ein Mangel daran eingetreten ist, und der Besitzer sei nur dann zu einer Entschädigung verpflichtet, wenn sich der Berechtigte bei Konstituirung der Gerechtigkeit auf Lagerholz ein Entgelt dafür ausbedungen habe. (Centralbl. 1838 S. 1022, 1069.)

§. 31. 1) Die servitus oneris ferendi begründet die Verpflichtung des Eigenthümers der belasteten Mauer, sich einseitiger Verfügungen über letztere zu enthalten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Mai 1843.

(Entsch. Bd. 9. S. 200.)

2) Dem Besitzer eines mit einer Fuhrgerechtigkeit belasteten Hofes steht frei, den Hof mit einem Schlagbaume, den der Servitutberechtigte öffnen kann, zu verschließen.

Erkannt von dem Appell. Ger. zu Arnsberg unterm 18. März 1851. (Ulrich's Arch. Bd. 15. S. 331.)

3) Der §. 31. regelt lediglich Privatrechtsverhältnisse, findet also auf ein Expropriationsverfahren keine Anwendung.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 28. Dec. 1850. (J. M. Bl. 1851 S. 67.)

§. 32. Dem Wegeberechtigten kann im Falle des Bedürfnisses nicht versagt werden, eine Brücke auf dem mit der Wegegerechtigkeit belasteten Grundstücke anzulegen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Nov. 1855, auf Grund des §. 32. u. des §. 89. Einl. zum A. L. R.

(Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 264 Nr. 64.)

§§. 32—34. Die Befugniß des Servitutberechtigten, die Reparatur der auf dem dienenden Grundstück zur Ausübung der Gerechtigkeit nöthigen Anstalten vorzunehmen, entbindet ihn nicht von der Verpflichtung zur Wiederherstellung des unvermeidlich durch die Reparatur gestörten Zustandes des gedachten Grundstücks und Erstattung des durch diese Störung veranlaßten Schadens.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Sept. 1851. (Präj. Nr. 2307.)

Aus den §§. 32—34. folgt, daß der Besitzer des belasteten Grundstücks nur solchen Nachtheilen sich unterwerfen muß, die keine Vorkehrungen abzuwenden vermögen, und daß die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, der durch die Reparatur gestört worden, nicht zu seinen Verpflichtungen gehört. Es würde hierzu ein Handeln und Thun gehören, wozu der Besitzer des dienenden Grundstücks, dessen Verpflichtung der Regel nach nur im Dulden besteht (A. L. R. I. 19. §. 16.), nicht verbunden ist. Es sind ihm nur die Vorkehrungen zur Abwendung eines zu besorgenden, nicht aber das Erleiden eines dennoch eintretenden Schadens zur Pflicht gemacht.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 21. S. 81.)

§§. 43—54. Wie Grundgerechtigkeiten aufhören.

Wenn einem Gute eine Reallast als Entgelt für den einem einzelnen Theile des verpflichteten Guts vom berechtigten Gute durch Benutzung einer Anstalt desselben gewährten Vortheils obliegt, so kann diese der Verpflichtete nicht auf diesen einzelnen Theil des Guts radiziren, sondern das ganze Gut haftet vor wie nach solidarisch. Es steht dem Verpflichteten nicht zu, durch freiwilligen Verzicht auf die Benutzung einer solchen Anstalt sich der seit rechtsverjährter Zeit hergebrachten Gegenleistung zu entziehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Febr. 1844.

(Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 128—138.)

§. 43. 1) Um abzuwenden, daß die im §. 43. gedachte stillschweigende Einwilligung angenommen werden könne, muß der Berechtigte sofort widersprechen, nachdem er von dem Eingriffe in seine Rechte Kenntniß erhalten hat.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1840.

(J. W. 1840 S. 683.)

Die Gesetzrevisoren sprechen sich über die Frage, binnen welcher Frist der Berechtigte widersprechen muß, um die Annahme der stillschweigenden Einwilligung auszuschließen, dahin aus:

Es ist anzunehmen, daß das Gesetz diese Frage absichtlich unbeantwortet gelassen hat, indem sich nicht durch eine allgemeine Bestimmung festsetzen läßt, in welchem Zeitpunkte der Berechtigte widersprechen müsse, da die Anstalten und Einrichtungen zu verschiedenartig sind, welche die fernere Ausübung einer Servitut unmöglich machen können; sie können in einem Tage ausführbar sein, oder auch Jahre erfordern, und dennoch vor vollendeter Ausführung zu erkennen geben, daß dadurch die fernere Ausübung der Servitut unmöglich werde. Es muß also die Frage, wenn der Fall des §. 43. vorhanden, dem Richter überlassen bleiben. (Gesetzrev. Pens. XIII. und XIV. S. 171.)

Bornemann hielt (System 1. Ausg. Bd. 4. S. 575) den Widerspruch so lange für zulässig, als res integra vorhanden, hat sich jedoch gegenwärtig (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 381) der Ansicht der Gesetzrevisoren angeschlossen.

Vergl. auch Korte in der Abhandl. in Ulrich's Arch. Bd. 11. S. 434 ff.

2) Die Frage, ob eine Anlage im verpflichteten Grundstücke die Ausübung einer Grundgerechtigkeit geradezu unmöglich mache, ist nach §. 45. h. t. dahin zu entscheiden, daß schon eine Anstalt, welche die Ausübung hindert oder erschwert (z. B. ein Zaun vor der Durchfahrt), zu denjenigen Einrichtungen zu zählen sei, welche dem Berechtigten die Ausübung geradezu unmöglich machen, und also die allegirten Gesetze nicht bloß auf ein absolutes Hinderniß zu beziehen seien.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1837 (Präj. Nr. 173.), indem ausgeführt wird, daß diese Bedeutung der Worte: »geradezu unmöglich« sich durch den Gegensatz der bloßen Hinderung oder Erschwerung im §. 45. ergebe.

(Präj. Samml. S. 131, Koch's Arch. Bd. 1. S. 353 ff.)

Bornemann ist dagegen der Meinung, daß es richtiger sei, die Worte: »geradezu unmöglich« durch den Gegensatz des §. 44. auszulegen, so daß die neue Anlage so beschaffen sein müsse, daß daraus die Unmöglichkeit einer ferneren Ausübung der Grundgerechtigkeit auf eine sofort in die Augen fallende Weise nothwendig folgt, und sich nicht erst in der Folge herausstellt. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 381.)

Koch nimmt an, daß das »geradezu« die totale Hinderung andeute, im Gegensatze zur partiellen, wovon der §. 45. handle.

(Landr. Bd. 2. Anm. 29. zum §. 43. h. t., Schles. Arch. Bd. 1. S. 355 Anm. 15.)

In dem Erk. v. 17. Juni 1828 spricht der II. Sen. des Ob. Trib. sich über die Bedeutung des Ausdrucks: »geradezu unmöglich« in folgender Art aus:

Nach §. 43. gehen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung unter, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen getroffen werden, welche die Aufhebung seines Rechts geradezu unmöglich machen. Dieser Fall liegt aber dann nicht vor, wenn ein früher bestandener Weg, des Vergrabens ungeachtet, noch späterhin gebraucht worden ist. Ein bloßes Verbot macht nichts »geradezu« unmöglich, sondern ist nach §. 86. Thl. I. Tit. 7. und §. 612. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. nur geeignet, den Besitz aufzuheben, und den Besitz eines Untersagungsrechts herbeizuführen. Der §. 43. setzt auch neue »Anlagen« voraus, also positive, die Ausübung des Rechts verdrängende Einrichtungen, welches bei einer zweiten Wegeslinie nicht eintritt, wie die §§. 50., 51. bestätigen, wonach Grundgerechtigkeiten mittelst Verjährung durch Nichtgebrauch, also nicht im Wege bloßer Remission erlöschen, wenn die ihr Dasein bezeichnende Anlage weggeschafft worden. Das Vergraben des alten Weges, welches nicht einmal den fernern Gebrauch unmöglich machte, hat also bloß in einer Operation zur Wegschaffung einer Wegesstrecke bestanden. (Rechtsf. Bd. 4. S. 167 Nr. 82.)

3) In den §§. 43—45. ist der Grundsatz ausgesprochen, daß es zur Aufhebung oder Beschränkung einer Grundgerechtigkeit nicht einer ausdrücklichen Einwilligung bedarf, sondern daß auch schon eine stillschweigende hinreicht, und daß eine solche anzunehmen ist, wenn der Berechtigte wissentlich eine Einrichtung in der verpflichteten Sache geschehen läßt, welche die Ausübung seiner Grundgerechtigkeit unmöglich macht oder beschränkt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1382.) (Präj. Samml. S. 131.)

Koch meint, es sei in diesem Präj. das punctum controversum nicht getroffen, welches auch gar nicht in einer Rechtsfrage bestehe, sondern in der quaestio facti: ob eine gewisse Einrichtung für eine solche zu erachten, daß das Stillschweigen des Berechtigten dazu für ein stillschweigendes Aufgeben zu erachten sei. Hierüber müsse in jedem einzelnen Falle das richterliche Ermessen befinden.

(Landr. Bd. 2. Anm. 30. zum §. 43. h. t.)

4) Der Rechtsgrundsatz des §. 43. h. t. findet bei Berücksichtigung des §. 191. A. L. R. I. 8. auch in dem Falle Anwendung, wenn der Bauende die im §. 140. ebendas. vorgeschriebene Baugrenze überschritten hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1480.) (Präj. Samml. S. 28.)

5) Die Vorschrift, daß Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung erlöschen, wenn der Berechtigte geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich machen, getroffen werden, ist auf subjektiv-persönliche Gebrauchsrechte nicht anwendbar.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Sept. 1851. (Präj. Nr. 2306.)

Denn wenn solche Rechte auch dem Gegenstande nach (objektiv) dinglich sind, so ist doch eine analogische Anwendung der vorgedachten Vorschrift, wonach sie durch stillschweigende Einwilligung erlöschen würden, nicht zuläßig, weil der Regel nach Erlaß und Verzichtleistungen eine ausdrückliche Willens-Erklärung erfordern (A. L. R. I. 16. §. 381.). Nur die gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums, welche zum Besten gewisser Personen festgestellt sind (A. L. R. I. 8. §§. 102. ff.), sind, soweit sie durch verbindliche Willens-Erklärung dieser Personen aufhören, durch die im §. 191. daselbst enthaltene Verweisung auf Tit. 22. den Grundgerechtigkeiten gleichgestellt.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 21. S. 87.)

6) Der §. 43. findet auf den Fall, wenn der zum Widerspruche gegen die Anlegung eines neuen Fensters im Hause seines Nachbarn Berechtigte diese Anlage wissentlich geschehen läßt, nicht nur an Orten, wo Lübisches Recht gilt, sondern überhaupt keine Anwendung.

Angenommen von dem Plenum des Ob. Trib. unterm 3. März 1851 [1]). (Präj. Nr. 2280.)

Das A. L. R. hat die im gemeinen Rechte streitige Frage, ob Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, d. h. durch unterlassenen Widerspruch, erlöschen, bejahend entschieden durch §. 43. h. t., welcher die §§. 44. u. 45. durch Modifikationen des Prinzips sich anschließen. Demgemäß sind auch schon die Präjudizien des Ob. Trib. Nr. 173. u. 1382. [2]) dahin ergangen: daß nicht gerade eine absolute Unmöglichkeit der Ausübung der Grundgerechtigkeit zur Anwendung des §. 43. erforderlich ist, die letztere vielmehr schon dann eintreten kann, wenn der Berechtigte wissentlich in der verpflichteten Sache eine solche Einrichtung geschehen läßt, welche die Ausübung seines Rechts hindert, oder beschränkt. — Das Recht, der Anlage eines neuen Fensters zu widersprechen, kann nach der Natur desselben erst dann verletzt sein, wenn der Nachbar das neue Fenster in seinem Hause bereits wirklich eröffnet hat, und es läßt sich in dieser Eröffnung eine Anstalt oder Einrichtung, durch welche die Ausübung des Widerspruchsrechts unmöglich gemacht (gemäß §. 43.) oder auch nur erschwert wird, nicht erkennen, vielmehr wird jene dadurch erst möglich. Man kann nicht das Eröffnen eines Fensters in einer Mauer, in welcher bisher ein solches nicht vorhanden war, als die Thatsache betrachten, durch welche das Recht, diesem Oeffnen zu widersprechen, zugleich verloren geht. Die entgegengesetzte ältere Ansicht hat anscheinend nur darauf Gewicht gelegt, daß der Berechtigte der neuen Anlage nicht sofort, als sie ihm bekannt geworden, widersprochen, und mag den Grundsatz der Nothwendigkeit eines solchen augenblicklichen Widersprechens in dem §. 43. gefunden haben. Allein dies würde nur ein sehr unsicheres Prinzip ergeben, da unvermeidlich ein gewisser Zeitverlauf eintreten muß, ehe ein solcher Widerspruch geltend gemacht werden kann, und hierüber das Gesetz selbst eine Bestimmung enthalten müßte, wenn nicht Alles einem schwankenden Ermessen überlassen werden sollte. Unter den besonderen Voraussetzungen des §. 43. war dagegen eine solche Fristbestimmung nicht nöthig, da die darin ausgesprochene Thatsache allein entscheiden soll, und für die Fälle, wo das Faktische nicht sofort klar sein möchte, der §. 44. bereits auf eine Verjährungsfrist hinweist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 21. S. 401, Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 277 Nr. 60, J. M. Bl. 1851 S. 186.)

Gegen diesen Pl. Beschl. vergl. den Auffatz in der J. M. Schr. Bd. 1. S. 470 ff.

7) Der §. 43. setzt neue Anlagen, also positive, die Ausübung des Rechts verdrängende Einrichtungen voraus. Als eine solche Anlage ist daher hinsichtlich einer Wegegerechtigkeit die Herstellung einer anderen Wegelinie niemals, und die Kassirung des alten Wegekörpers nur alsdann anzusehen, wenn diese Kassirung nicht in einer bloßen Wegschaffung der das Dasein der Grundgerechtigkeit bezeichnenden Anlage besteht, sondern auf eine deren Ausübung unmöglich machende Art ausgeführt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1856.
(Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 320 Nr. 74.)

Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 26. Sept. 1854 (Präj. Nr. 2562.) in den Erg. zu §§. 13., 14., 28., 29., 43—45. h. t.

8) Zur Anwendbarkeit des §. 43., betr. die Erlöschung von Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, ist guter Glaube des Handelnden im Sinne des A. L. R. I. 7. nicht erforderlich; vielmehr ist der §. 43. h. t. lediglich aus den Vorschriften der §§. 58. u. 59. A. L. R. I. 4. zu erklären und zu ergänzen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Febr. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 101 Nr. 23.)

9) Eine Wegegerechtigkeit, welche bei der Gemeinheitstheilung von einem Interessenten nicht geltend gemacht und demselben in dem Rezesse nicht ausdrücklich vorbehalten worden, ist für erloschen zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Juli 1854, auf Grund der §§. 170., 171. der V. v. 20. Juni 1817 und der §§. 141., 142., 146. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821.
(Entsch. Bd. 28. S. 414.)

10) Die Theilung des herrschenden Grundstückes, für welches im Ganzen die Grundgerechtigkeit bestellt worden ist, hat weder deren gänzlichen Untergang, noch ihre Einschränkung zur Folge.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 276 Nr. 52.)

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 1362. v. 17. Nov. 1843 in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 22., 23. Zus. I. 1.

§§. 46. 47. Auch zum Vortheile des Eigenthümers des dienstbaren Grundstückes muß der Berechtigte sich die Aufhebung der Grundgerechtigkeit gegen Entschädigung gefallen lassen, und zwar schon dann, wenn die Aufhebung zur bestimmungsmäßigen Benutzung des Grundstückes erforderlich ist. (Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 27.)

§§. 49. 50. Ueber die Frage: ob eine Schäfereigerechtigkeit durch Nichtgebrauch erlösche, vergl. die Erg. zum §. 146. h. t. Zus. 2.

§. 51. In der Z. 3. ist statt: »da« zu setzen: »daß«.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§. 52. 1) Die Säkularisation eines Klosters, welches dem Domainenfiskus zugewiesen wird, begründet kein Erlöschen der dem ersteren auf dem Grundstücke einer andern fiskalischen Station (in c. des Militairfiskus) zuständig gewesenen Servitut modo confusionis, und letztere kann daher ferner von dem Domainenfiskus ausgeübt und an einen Dritten rechtsgültig verkauft werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Aug. 1838. (Präj. Nr. 514.) (Präj. Samml. S. 131.)

Koch bemerkt, daß dies Präj. sich auf die Meinung gründe, daß die verschiedenen fiskalischen Stationen eben so viele verschiedene Rechtssubjekte vorstellen, welche Meinung indeß durch den Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 20. Okt. 1850 (Präj. Nr. 2242.) [1]) verworfen worden sei, womit auch das Präj. Nr. 514. falle.
(Landr. Bd. 2. Anm. 37. zum §. 52. h. t.)

Vergl. auch das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 13. Okt. 1853.
(Entsch. Bd. 27. S. 165, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 219 Nr. 50.)

2) Die Ersitzung einer Grundgerechtigkeit wird unterbrochen, wenn während der Verjährungsperiode das herrschende und das dienende Grundstück einen und denselben Eigenthümer erhalten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Juni 1852, mit Rücksicht auf §. 52. A. L. R. I. 22. und §§. 476—478., 482. A. L. R. I. 16. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 344 Nr. 65.)

§§. 52—54. 1) Grundgerechtigkeiten erlöschen durch Konfusion ipso jure schon dann, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache oder der Berechtigte das Eigenthum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde überkommt, und nur dann, wenn der Eigenthümer der berechtigten und verpflichteten Sache die auf letztere eingetragene Grundgerechtigkeit nicht hat löschen lassen, oder die das Dasein derselben bezeichnende Anlage nicht fortgeschafft hat, tritt, wenn die verpflichtete Sache demnächst wieder an einen besonderen Besitzer gelangt, die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung.

Erkannt von dem Revis. Kolleg. für L. K. S. unterm 28. Okt. 1853, unter Bezugnahme auf §§. 482., 485. A. L. R. I. 16. u. §§. 52—54. h. t. (Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 7. S. 224.)

---

[1]) Das Erk. des Ob. Trib. v. 4. Juli 1848 (Rechtsf. Bd. 4. S. 209 Nr. 101.) hatte die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen. Als von dieser Ansicht demnächst abgewichen werden sollte, gelangte die Streitfrage zur Entscheidung des Plenums.

[2]) Vergl. die Zus. 2. u. 3. ad h. l.

[1]) Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 629. Zus. 1.

2) Die Gesetzrevisoren bemerken:

In Beziehung auf die Fälle einer Vereinigung beider Grundstücke in einer Hand kann die Wirkung der Konsolidation nur eintreten, sofern der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks in der Befugniß, seinem Rechte zu entsagen, nicht durch die Ansprüche der eingetragenen Gläubiger oder anderer Berechtigten beschränkt ist; und wenn derselbe unbefugter Weise die Grundgerechtigkeit löschen läßt oder die Anlage fortschafft, so müssen die Rechte und Verbindlichkeiten eines dritten Erwerbers den Gläubigern gegenüber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 180.)

Koch bemerkt indeß hierzu:

Es widerspricht den allgemeinen Grundsätzen und ist unjuristisch, anzunehmen, daß die durch Konsolidation untergegangene Grundgerechtigkeit, den Gläubigern des ehemals herrschenden Grundstücks gegenüber, fortdauere. Man denkt sich dabei die Grundgerechtigkeit als eine selbstständige, subjektiv-persönliche Berechtigung, welche als absolutes Vermögensrecht in Verkehr gebracht werden könne. Allein für das berechtigte Grundstück geht die Grundrechtigkeit durch Konsolidation unbestreitbar verloren. Deshalb aber können die Hypothekengläubiger des ehemals herrschenden Grundstückes die nicht mehr bei diesem befindliche, untergegangene ehemalige Grundgerechtigkeit nicht zu Gelde machen. Dadurch würde ein subjektiv-persönliches Gebrauchsrecht aus der Grundgerechtigkeit gemacht, was nicht geht. (Landr. Bd. 2. Anm. 38. zum §. 54. h. t.)

3) Ueber die Anwendung der Grundsätze der §§. 53. u. 54. auf Reallasten, insbesondere Laudemien, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 16. §§. 482—484.

4) Eine Abgabe, welche ihren Ursprung in Diensten oder Leistungen zur Jagd hat, ist auf Grund des §. 3. Nr. 6. des Ablös. G. v. 2. März 1850 für unentgeltlich aufgehoben in dem Falle nicht zu erachten, wenn der Berechtigte das Eigenthum des verpflichteten Guts einmal erworben gehabt und dasselbe hiernächst mit dieser Abgabe wieder veräußert hat; vielmehr ist die ursprüngliche Verpflichtung durch Konfusion erloschen und die von dem neuen Käufer übernommene Abgabe als ein Theil des Kaufgeldes anzusehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Okt. 1853.
(Entsch. Bd. 27. S. 165, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 219 Nr. 50.)

§. 54. Der §. 54. bezieht sich nur auf eingetragene und solche Grundgerechtigkeiten, deren Dasein durch Anlagen bezeichnet ist. Im Uebrigen erlöschen auch Grundgerechtigkeiten durch Konfusion ohne Weiteres.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Dec. 1857.
(Striethorst's Arch. Bd. 27. S. 221 Nr. 39.)

§§. 55—62. Grundgerechtigkeiten auf Gebäude.

§§. 59—61. Das Traufrecht schließt nicht das Recht in sich, zu verlangen, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstückes den Ablauf des herabfallenden Regenwassers nicht hindere; vielmehr ist hierzu die besondere Erwerbung eines Untersagungsrechtes erforderlich.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Jan. 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 232 Nr. 51.)

§. 61. 1) Die Gesetzrevisoren bemerken zum §. 61.:

Es ist ein offenbarer Schreibfehler, wenn am Schlusse des §. 61. gesagt ist: es genüge, daß der Nachbar unter der Traufe bleibe und letztere unter sein Dach nehme. Wer unter der Traufe bleibt, kann dieselbe nur auf sein Dach nehmen. Auch heißt es in der Lateinischen Uebersetzung des A. L. R.: si modo struat infra stillicidium et tecto suo stillicidium recipiat.

Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 182.)

Koch erklärt diese Ansicht der Gesetzrevisoren für ein Mißverständniß, indem er bemerkt:

Der §. 61. will anordnen, daß der Belastete den Tropfenfall durch den Bau an der Grenze von seinem Grundstücke nicht abwenden dürfe. Deshalb muß er so bauen, daß das von dem Dache des Traufberechtigten ablaufende Wasser nach wie vor auf sein Grundstück fällt und — wenn er so nahe baut — unter seine eigene Dachtraufe des neuen Gebäudes kommt.

(Landr. Bd. 1. Anm. 41. zum §. 61. h. t.)

In dem Lehrbuche des Preuß. Privatr. Bd. 1. §. 342. Anm. 31. bemerkt derselbe:

»Unter der Traufe bleiben« bedeutet nicht, das Gebäude solle nicht höher gebaut werden, als bis an die Dachtraufe; sondern das Grundstück des bauenden Nachbars müsse dem Tropffalle (unter der Traufe) ausgesetzt bleiben, und der Bau müsse so eingerichtet sein, daß die Dachtraufe unter das Dach (nicht auf das Dach), d. h. unter die eigene Dachtraufe des neuen Gebäudes falle, wenn es so nahe kommt.

2) Der Bau unter der Traufe des Nachbars hebt den Besitz des Traufrechts desselben nicht auf.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Dec. 1854.

Nach §. 61. muß der Bau so eingerichtet werden, daß der Bauende unter der Traufe bleibe und dieselbe auf sein Dach nehme. Im §. 61. steht zwar nicht »auf«, sondern »unter«; daß dies aber ein Druckfehler ist, leuchtet aus dem vorhergehenden Satze von selbst ein, und findet auch seine Bestätigung in der offiziellen Lateinischen Uebersetzung des A. L. R., in welcher es heißt: si modo struat infra stillicidium, et tecto suo stillicidium recipiat. Auch nach den Berliner Bauobservanzen Tit. 3. §. 2. ist eine Erhöhung des Gebäudes nur insoweit zulässig, als des Nachbars Traufe auch noch ferner unmittelbar und ohne Nachtheil und Hindernisse übernommen wird.

(Striethorst's Arch. Bd. 16. S. 81 Nr. 25.)

§. 62. Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 8. §. 138.

§§. 63—79. Bei Wegen und Fußsteigen, Viehtrieben, Durchfahrten u. s. w.

§. 63. 1) Ueber die Erfordernisse des verjährungsfähigen Besitzes zur Erwerbung einer Fußwegsgerechtigkeit vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §§. 81. u. 82.

2) Ueber die Nichtberechtigung einer Gemeinde zur Klage auf Gestattung einer Fußpfadsgerechtigkeit vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 1. §. 1.

§§. 63. 64. 1) Betreffend die polizeiliche Sperrung von Fußsteigen und Privatwegen.

a) R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 31. Juli 1840.

— — Es liegt allerdings zwar in der Befugniß der Polizeibehörden, im Wege des Interimistikums die Sperrung eines Weges zu verhüten, wenn sie solchen als einen öffentlichen ansehen zu müssen glaubt, und diese Befugniß ist auch bei Fußwegen geltend zu machen, sofern sie als öffentliche Wege erscheinen. Es fehlt jedoch an bestimmten Kriterien für die Oeffentlichkeit eines Weges, und insbesondere gewährt bei Fußsteigen das A. L. R. für die Entscheidung hierüber keinen sichern Anhalt. Denn da nach §§. 63., 64. Thl. I. Tit. 22. der Grundbesitzer berechtigt ist, den gemeinen Gebrauch der über seinen Grund und Boden führenden Fußsteige, wenn solche auch früher Jedem offen standen, zu untersagen, so kann selbst die seit langer Zeit stattfindende allgemeine Benutzung noch nicht für die Behauptung der Oeffentlichkeit eines Fußsteiges entscheidend sein, und muß die Einwirkung der Polizeibehörde sich auf diejenigen Fälle beschränken, in denen nach den vorliegenden Verhältnissen die bisherige Benutzung des Fußsteiges nicht bloß als eine Folge der im §. 62. ibid. begründeten allgemeinen Befugniß eines Jeden, zu seiner Bequemlichkeit sich der vorhandenen offenen Fußsteige zu bedienen, sich darstellt, sondern der Fußsteig als ein für den Verkehr der Gegend nothwendiges und eigends dazu bestimmtes Kommunikationsmittel anzusehen ist. (M. Bl. d. i. V. 1840 S. 323.)

b) C. R. des Min. des Inn. und der Pol. v. 30. Sept. 1840.

Die schon öfter angeregte Frage: ob auf den Antrag des Grundeigenthümers das Betreten eines über dessen Grundstück führenden Privatwegs durch eine Polizeistrafe verboten werden könne? ist einer nochmaligen sorgfältigen Erwägung unterworfen worden.

Der Regel nach muß es zwar dem Grundeigenthümer überlassen bleiben, sich gegen Verletzungen seines Rechts nöthigenfalls durch Pfändung zu schützen, und nach Befinden die richterliche Hülfe gegen den Störer desselben anzurufen. Strafbefehle des Richters, welche den Schutz gegen künftige Beeinträchtigungen bezwecken (sogenannte mandata sine clausula), können aber nur gegen die Person eines bestimmten, bereits zur Verantwortung gezogenen Uebertreters gerichtet werden und sind gegen jeden Dritten unwirksam. Ebenso unzureichend ist die richterliche Hülfe hinsichts des Entschädigungspunkts, wenn der Grundeigenthümer zwar durch häufig wiederkehrende Beeinträchtigungen seines Eigenthums Schaden leidet, denselben aber im einzelnen Falle nicht erweislich machen kann. Ein Gleiches gilt in beiden Beziehungen auch von der Pfändung. Wo es also darauf ankommt, das Privateigenthum nicht gegen bestimmte Personen, sondern gegen das ganze Publikum vor Eingriffen zu sichern, sind privatrechtliche Schutzmittel ungenügend und es ist in solchen Fällen das Einschreiten der Polizeigewalt, welche nicht bloß dem Publikum selbst, sondern nöthigenfalls auch den einzelnen Mitgliedern desselben Schutz vor drohenden Beeinträchtigungen gewähren soll (§. 10. Tit. 17. Thl. II. A. L. R.), vollkommen begründet.

Ich halte es daher, in Uebereinstimmung mit der an vielen Orten hergebrachten Observanz, für unbedenklich, wenn ein Grundeigenthümer einen über sein Grundstück führenden Privatweg der Benutzung des Publikums zu entziehen wünscht, und es die obwaltenden örtlichen Verhältnisse räthlich oder nothwendig erscheinen lassen, ihm hierunter polizeilichen Schutz zu gewähren, diesen letzteren in der Art eintreten zu lassen, daß auf seinen Antrag und auf seine Kosten der zu sperrende Weg an den Punkten, wo derselbe mit anderen Wegen in Ver-

bindung steht, von der Polizei-Obrigkeit des Orts vermittelst aufzustellender Warnungstafeln als ein dem Publikum verschlossener bezeichnet und dessen Benutzung bei einer angemessenen, innerhalb der Grenzen des §. 62. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. zu bestimmenden Polizeistrafe untersagt werde. Es versteht sich indessen von selbst, daß die Polizei-Obrigkeit diese Maßregel nur bei solchen Wegen oder Fußsteigen treffen darf, welche nach der deshalb von ihr vorzunehmenden Ermittelung ganz unzweifelhaft die Eigenschaft eines Privatwegs haben, und daß sie also Anträge dieser Art, abgesehen von sonstigen Gründen, schon dann zurückweisen muß, wenn irgend Bedenken darüber entstehen können, ob der zu sperrende Weg oder Fußsteig nicht als ein öffentlicher Weg, d. h. als ein für den Verkehr der Gegend bestimmtes Kommunikationsmittel, in Anspruch zu nehmen sei, so wie es andererseits keiner weiteren Ausführung bedarf:

1) daß ein solches Polizeiverbot denjenigen nicht entgegensteht, welche etwa ein besonderes Recht auf die Benutzung des gesperrten Privatwegs (als Servitut ꝛc.) erworben haben möchten;
2) daß die polizeiliche Bestrafung der Uebertreter die Verfolgung der etwaigen Schäden- oder sonstigen Privat-Ansprüche des Grundeigenthümers gegen die Ersteren nicht ausschließt.

Unter den vorstehenden Voraussetzungen bedürfen die Orts-Obrigkeiten zur Aufstellung solcher Warnungstafeln keiner besonderen Genehmigung der vorgesetzten Regierung, da der darauf befindliche Strafbefehl nicht als eine allgemeine Lokal-Polizeiverordnung, sondern, wie bemerkt, lediglich als eine zu Gunsten eines bestimmten Privateigenthums getroffene Schutzmaßregel anzusehen ist.

Nach diesen Grundsätzen, durch welche sich meine an die K. Reg. erlassene Verf. v. 14. Juni v. J. modifizirt, hat dieselbe in künftigen Fällen zu verfahren. (M. Bl. d. i. V. 1840 S. 403.)

2) Hat die Landespolizeibehörde einen Fußsteig für einen öffentlichen erklärt, so ist der Rechtsweg über diese Frage unzulässig und die Negatorienklage des Eigenthümers gegen die Passanten ausgeschlossen.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 14. Jan. 1854. (J. M. Bl. 1854 S. 180.)

Das Gleiche gilt auch von Wegen.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 6. Okt. 1855. (J. M. Bl. 1855 S. 419.)

Ueber die Unzulässigkeit der Possessorienklage gegen straßen- und wegepolizeiliche Anordnungen vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 7. §. 146. Zus. I. Litt. d. (s. oben S. 181.)

4) Das Publikum eines Orts ist unfähig, ein öffentliches Durchgangsrecht durch Verjährung zu erwerben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 22. Sept. 1831. (Simon's R. Bd. 4. S. 289.)

§. 66. 1) Das Reiten, das Karrenschieben, das Viehführen an Stricken sind hiernach verschiedene Arten der Fahrwegegerechtigkeiten. Wem daher nur die eine Art ausdrücklich eingeräumt ist, kann nicht auch die andere Art als darin enthalten in Anspruch nehmen. Wer Vieh führen darf, ist nicht berechtigt, mit der Karre zu fahren, unter dem Vorwande, daß das Karrenschieben als das Geringere im Pferdeführen enthalten sei. Denn nur bei gleichartigen Rechten berechtigt das Größere zum Geringeren (§. 91. Einl. zum A. L. R.).

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Mai 1847. (Rechtsf. Bd. 1. S. 109 Nr. 52.)

2) Das Appell. Ger. zu Hamm führt in dem Erk. v. 18. Jan. 1855 aus:

Der §. 66., in Verbindung mit dem §. 67., hat nur den Zweck, den Umfang des servitus viae, im Gegensatze zu dem der servitus actus, festzustellen, und ist in seiner Anwendbarkeit auf Grundgerechtigkeiten beschränkt, stellt mithin nur fest, welche Befugnisse in dem Rechte, über ein fremdes Grundstück zu fahren, enthalten sind. Deshalb kann jene Bestimmung da nicht zur Anwendung kommen, wo es sich um die Befugnisse der Wege-Eigenthümer selbst handelt, sondern für diesen Fall sind die allgemeinen Grundsätze über das Eigenthum und insbesondere über das gemeinschaftliche Eigenthum maßgebend. Nach diesen Grundsätzen (A. L. R. I. 8. §§. 9., 11., 12., 23., 25., 26. und I. 17. §§. 2., 4., 10—12.) ist das Benutzungsrecht eines jeden Eigenthümers eines Weges präsumtiv ein unbeschränktes, und wenn einem der Miteigenthümer gegenüber eine Beschränkung dieses Rechts behauptet wird, so muß solche besonders nachgewiesen werden, in welcher Hinsicht der §. 504. A. L. R. I. 9. zur Anwendung kommt, wonach durch bloße Unterlassung des Gebrauchs die Rechte des Eigenthums nicht erlöschen (vergl. §§. 506., 507. ebendas.).

(J. M. Schr. Bd. 1. S. 601 ff.)

§§. 68. 69. 75. 79. Eine Viehtriebsgerechtigkeit gehört in die Kategorie der Wegegerechtigkeiten; sie besteht mithin nicht in dem Rechte, jeden beliebigen Theil des mit dieser Servitut belasteten fremden Grundstücks zu deren Ausübung zu gebrauchen, sondern der Natur des Rechtes nach ist dessen Gebrauch auf einen bestimmten Wegeszug beschränkt; der Wechsel im Orte der Handlungen entzieht denselben daher den Charakter der Einheit, welche die Fortsetzung des Besitzes erheischt, um zur Ersitzung zu führen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juli 1855, unter Bezugnahme auf §. 666. A. L. R. I. 9., in Verbindung mit §§. 48. u. 46. I. 7. und §. 596. I. 9. und mit dem Bemerken, daß dies Prinzip auch die Grundlage des Präj. Nr. 2319. [1]) bilde. (Striethorst's Arch. Bd. 18. S. 94 Nr. 21.)

§. 71. 1) Ein bisher nur zu Ackerfuhren benutzter Weg darf nicht ohne Einwilligung der übrigen Betheiligten zur Abfuhr von Steinen gebraucht werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Juni 1848, auf Grund des §. 71. (Rechtsf. Bd. 4. S. 164 Nr. 80.)

2) Die Einrichtung eines Gebäudes zur Schankwirthschaft ist nicht für eine »neue Anlage« im Sinne des §. 71. zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 35 Nr. 9.)

3) Die Bestimmung des §. 71., nach welcher der Wege-Servitutberechtigte sich des Weges zu ganz neuen Anlagen nicht bedienen darf, findet auch auf die bei einer Weideseparation ausgewiesenen Wege Anwendung. Daher darf der ausgewiesene Kulturweg nicht zum Zwecke eines auf dem bisher als Acker oder Wiese benutzten Abfindungsgrundstücke eingerichteten Lagerplatzes benutzt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 14. S. 23 Nr. 8.)

4) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Juni 1857 spricht in Bezug auf den §. 71. folgende Grundsätze aus:

a) Die einem Grundstücke zustehende uneingeschränkte Wegegerechtigkeit kann nach Parzellirung dieses Grundstücks von jedem Parzellenbesitzer zu den nicht aus einer neuen Anlage hervorgehenden Bedürfnissen der Parzelle ausgeübt werden.

b) Auch für die aus der Steigerung des Betriebes einer Fabrik sich ergebenden größeren Bedürfnisse kann die dem Grundstücke zustehende Wegegerechtigkeit ausgeübt werden.

c) Die zum gewerbmäßigen Betriebe einer Fabrik bestellte Wegegerechtigkeit ist auch auf den Gebrauch des Weges von Jedermann, den der gewerbliche Verkehr zur Fabrikationsstätte führt, auszudehnen.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 276 Nr. 52.)

§§. 78. 79. Die §§. 78., 79. sind unanwendbar auf solche Servituten, welche durch Verjährung erworben sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 13. Mai 1842.

Der §. 79. setzt, wie aus den §§. 77. u. 78. klar hervorgeht, den Fall voraus, daß Jemand durch Willenserklärung eine Wegegerechtigkeit eingeräumt, der Umfang dieser Gerechtigkeit aber nicht bestimmt worden ist, und gestattet dem Servitutsberechtigten auch keineswegs, wenn das dienende Grundstück selbst die im §. 79. vorgeschriebene Breite nicht hat, die Servitut über die Grenzen dieses Grundstücks hinaus auszuüben.

Bei Wegegerechtigkeiten, welche durch Verjährung erworben sind, wird dagegen §. 28. a. a. O. der Umfang des Rechts lediglich durch den während der Verjährungsfrist wirklich ausgeübten Besitz bestimmt.

(Ulrich's Arch. Bd. 8. S. 481.)

Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. Nr. 2319. v. 28. Okt. 1851 in den Erg. zu den §§. 28. u. 78. h. t.

§§. 80—132. Hütungsgerechtigkeiten.

§§. 80. u. 81. Ist bei einem sich über die ganze Feldmark erstreckenden Hütungsrecht die Zeit der Ausübung desselben nach Verschiedenheit der Kultur- und Benutzungsart der belasteten Grundstücke (namentlich bei Ackerländern und Wiesen) durch Gesetz oder Herkommen verschieden bestimmt, so treten bei der Umwandlung eines Ackerlands in eine Wiese und umgekehrt — in Ermangelung einer anderen bindenden Regulirung, hinsichtlich der Zeit der Ausübung der Hütung auf dem umgewandelten Grundstück — diejenigen Bestimmungen ein, welche für die demselben gegebene veränderte Kulturart nach Gesetz

[1]) Vergl. dasselbe in den Erg. zu den §§. 28. u. 78. h. t.

oder Herkommen geltend sind. Die aus solchem Grunde entspringende Veränderung in der Zeit der Ausübung des Rechts affizirt weder die Natur desselben, noch die rechtlichen Folgen des Besitzes.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1854. (Präj. Nr. 2512.)

Die §§. 80. u. 81. finden hier Anwendung. Der Rechtsgrund, weshalb ein sonst unbestrittenes Hütungsrecht auf den Ackerländereien zu anderen Jahreszeiten ausgeübt worden, als auf Wiesen und Weidekämpen, liegt unzweideutig in der Verpflichtung des Berechtigten, diejenige Art seines Rechts zu wählen, welche den Besitzer des belasteten Grundstücks an der gewöhnlichen Kulturart und Benutzung nicht hindert, um so mehr alsdann, wenn jene verschiedenen Zeiträume für die Ausübung desselben auf diejenigen Anforderungen hinweisen, welchen durch Gesetz oder Herkommen gerade nach Maßgabe des Bedürfnisses der Landwirthschaft und des derselben zu gewährenden Schutzes entsprochen worden ist. Dies Verhältniß ist nicht als ein solches zu bezeichnen, aus dem nur für den Besitzer des belasteten Grundstücks Rechte, — und für den Besitzer des berechtigten Grundstücks nur Verbindlichkeiten entstehen können. Es würden sich aus solcher Auffassung schwere Rechtskränkungen ergeben, indem es dadurch in die Willkühr der Besitzer der belasteten Grundstücke gestellt wäre, ein wohlerworbenes und unbestrittenes Hütungsrecht durch Veränderung der Kulturart zu vernichten; sie hätten, um zu diesem Ziele zu gelangen, nur die Wiesen in Ackerländer, und diese in Wiesen zu verwandeln. — Wenn dem Hütungsberechtigten die Verbindlichkeit obliegt, die Ausübung seines Hütungsrechts auf diejenigen Zeiträume zu beschränken, welche, je nach der verschiedenen Kulturart des belasteten Grundstücks, die Benutzung nicht hindert, so fließt alsdann für ihn aus den §§. 80. u. 81. auch die Befugniß, sein Hütungsrecht in den Grenzen auszuüben, in welchen es nach gesetzlichen oder herkömmlichen Satzungen jene landwirthschaftlichen Zwecke nicht beeinträchtigt. Muß nach Gesetz und Herkommen die Ausübung eines Hütungsrechts je nach der verschiedenen Kulturart der belasteten Grundstücke in verschiedenen Zeiträumen stattfinden, so liegt es gerade in den Vorschriften der angeführten §§., daß mit dem Wechsel der Kulturart nur ein Wechsel der Modalitäten der Benutzung, also der Zeiträume, nicht aber des Rechts selbst eintritt, dessen Ausübung dem Berechtigten mithin innerhalb der der Kulturart entsprechenden Zeiträume nicht versagt werden kann. Die gedachten §§. stehen also nicht bloß den Verpflichteten, sondern auch dem Hütungsberechtigten zur Seite.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 42, Entsch. Bd. 27. S. 362, Jur. Monatsschr. Bd. 1. S. 40.)

Das durch diese Entsch. vernichtete Erk. des Appell. Ger. zu Arnsberg v. 21. Mai 1853, welches die §§. 80. u. 81. auf den Fall nicht anwendbar findet, ist mitgetheilt in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 407—411.

§§. 80. sqq. u. Anh. **§. 59.** 1) Der §. 59. des Anh. ist aus der K. O. v. 14. Juli 1800 (N. C. C. Tom. X. p. 2999, Rabe Bd. 6. S. 222) entnommen.

2) Der Eigenthümer eines Waldes ist befugt, den Nutzungsberechtigten einzelne Theile zu entziehen, sofern nur deren Bedarf nicht geschmälert wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1846.

(Rechtsf. Bd. 4. Nr. 89., Zeitschr. des Revis. Kolleg. Bd. 3. S. 224.)

3) Die Umwandlung des mit der Hütungsgerechtigkeit belasteten Wildlandes in Ackerland Seitens dessen Eigenthümers enthält keine unmittelbar in den Besitz des Hütungsberechtigten eingreifende Verfügung und berechtigt daher den Letzteren nicht zur Besitzstörungsklage.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Okt. 1856.

(Striethorst's Arch. Bd. 23. S. 31 Nr. 7.)

§. 82. 1) Der Fiskus ist berechtigt, einen Theil der Forst zur Benutzung des Forstaufsichtsbeamten in Kultur zu legen, ohne daß hiergegen den Servitutberechtigten ein Widerspruch zusteht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Juni 1848, auf Grund des §. 82. in Verbindung mit §. 81., und da der §. 166. der Gemeinheitstheil. O. nicht entgegenstehe.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 183 Nr. 89.)

2) Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. April 1852 spricht folgende Rechtssätze aus:

a) Der im §. 82. enthaltene Ausdruck »bebauen« ist nicht auf die Errichtung von Gebäuden zu beschränken, er ist vielmehr nur bildlich aufzufassen und mit: »bearbeiten«, oder: »einen veränderten und verbesserten Zustand herstellen«, für gleichbedeutend zu erachten.

b) Der Eigenthümer eines mit der Hütungsgerechtigkeit belasteten Forstes darf nicht bloß Gebäude für den Forstbeamten zur Ausübung der Forstaufsicht errichten; er ist auch berechtigt, demselben die zur Befriedigung seiner nothwendigen Bedürfnisse erforderlichen Grundstücke des Forstes, namentlich Dienstland und Dienstwiese, zu überweisen. (Striethorst's Arch. Bd. 5. S. 180 Nr. 33.)

§§. 83—85. Vergl. A. L. R. I. 6. §. 73. und Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §§. 3. ff. u. 17. in den Erg. zum A. L. R. I. 14. Abschn. 4. (s. ob. S. 520 ff.)

§. 89. 1) Der Eigenthümer des mit einer Hütungsgerechtigkeit belasteten Grundstücks ist nicht nur sein eigenes Vieh mit aufzuhüten, sondern auch dritten Personen die Mitaufhütung ihres Viehes zu gestatten berechtigt, in sofern der zuerst Berechtigte weder ein entgegenstehendes Untersagungsrecht besonders erworben hat, noch auch durch die anderweitige Mitbehütung Nachtheil erleidet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. April 1855.

Der §. 89. würde zwar, als das speziellere Gesetz, dem §. 19. A. L. R. I. 19. derogiren; allein er enthält keine Begrenzung des letzteren, und es kann aus dem §. 89. h. t. nicht gefolgert werden, daß, weil niemals vermuthet werden soll, daß Jemand dem Anderen die Hütungsgerechtigkeit mit Ausschluß seines eigenen Viehes habe einräumen wollen, sich das Recht des Eigenthümers des servitutpflichtigen Hütungsterrains nicht weiter erstrecken soll, ihm also durch den §. 89. h. t. das im §. 19. A. L. R. I. 19. anerkannte, nur durch die Unversehrtheit des zuerst Berechtigten bedingte Recht des Grundeigenthümers abgesprochen sei. Denn unter der im §. 19. normirten Beschränkung können beide Rechte in vollständiger Integrität neben einander bestehen, und es fehlt an jedem Rechtsgrunde, eines derselben dem Eigenthümer des Hütungsgrundes zu entziehen. (Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 115 Nr. 29.)

2) Gilt die im §. 89. gegebene Regel auch bei anderen Rechten auf fremdes Eigenthum, als bei der Hütungsgerechtigkeit?

Verneint von dem II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 9. Sept. 1856.

Die spezielle Bestimmung des §. 89. in Ansehung der Präsumtion, welche bei der Einräumung einer Hütungsgerechtigkeit für die Mithütung des Eigenthümers gelten soll, läßt sich als eine allgemeine Regel bei allen Rechten auf fremdes Eigenthum gar nicht ausführen, da sie nur in solchen Fällen nach der Natur der Sache analoge Anwendung finden könnte, wo nicht durch die Ausübung der Handlung von Seiten des Verpflichteten gerade der Zweck und der Gegenstand seines Rechts genommen würde. (Entsch. Bd. 33. S. 388.)

§. 90. 1) Der einseitige Hütungs-Servitutberechtigte ist nicht befugt, auf Fixation des der Zahl nach unbestimmt zur Weide berechtigten Viehes anzutragen; eine solche Provokation steht vielmehr nur dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes zu.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1854. (Präj. Nr. 2515.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 27. S. 372, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 66 Nr. 14.)

2) Das Durchwinterungsprinzip ist jetzt nur ein Hülfsmaßstab; zunächst und als Regel kommen die Vorschriften der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §§. 31. ff. zur Anwendung.

3) Die Vorschrift des §. 90. bezieht sich nur auf eine verliehene, d. i. vertragsmäßige Weidegerechtigkeit, und kann daher nicht auf die durch Ersitzung zu erwerbenden Weideberechtigungen angewendet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. April 1857.

(Striethorst's Arch. Bd. 25. S. 64 Nr. 17.)

§§. 90. sqq. 1) Bei der Auseinandersetzung gemeinschaftlicher Hütungsinteressenten ist es zulässig, die Theilnehmungsrechte Einiger nach den letzten, der Einleitung der Theilung vorhergegangenen zehn Jahren, die Theilnehmungsrechte Anderer dahingegen nach der Durchwinterung festzustellen, und mithin beide Berechnungsarten neben einander zum Grunde zu legen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 23. Nov. 1840. (Präj. Nr. 936.)

(Präj. Samml. S. 339, Entsch. Bd. 6. S. 375.)

2) Wenn der Besitzer von Grundstücken, welche mit dem Hütungsrechte eines Dritten belastet sind, in Gemäßheit des §. 167. der Gemeinheitstheil. O. darauf angetragen hat, daß die Art und Zahl des Viehes, womit die Hütung ausgeübt werden kann, und die Zeit, wann die Ausübung stattfindet, ausgemittelt und festgesetzt werde, so sind bei Leitung und Ausführung dieser Regulirung die Vorschriften der §§. 31. ff. der Gemeinheitstheil. O. maßgebend; dergestalt, daß das Maß und das Verhältniß der Theilnahme des Berechtigten nicht bloß gemäß §. 90. Tit. 22. Thl. I. A. L. R. nach dem Durchwinterungs-

fuße, sondern zunächst und als Regel nach dem Besitzstande in den letzten, der Einleitung des Verfahrens vorhergegangenen zehn Jahren, und nur eventuell unter den Voraussetzungen des §. 34. der Gemeinheitstheil. O. nach dem Durchwinterungsfuße zu bestimmen sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Dec. 1843. (Präj. Nr. 1389.) (Präj. Samml. S. 338.)

§§. 90—92. Jedes einzelne zur Gemeinweide berechtigte Mitglied einer Gemeinde ist gesetzlich berechtigt, dasjenige Vieh auf die Gemeinweide zu bringen, welches mit dem Futter von dessen eigenen berechtigten, so wie von erpachteten berechtigten Grundstücken anderer Mitglieder durchwintert werden kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Sept. 1853. (Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 152 Nr. 36.)

§§. 94. 95. Diese §§. sind näher bestimmt durch den §. 36. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821.

§. 96. In Z. 4. u. 5. ist statt: »seiner eigenen Bedürfniß« zu setzen: »seinem ꝛc.«

(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

§§. 103. 105. 106. Ein einseitiger Hütungsberechtigter kann eine Verminderung des von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes vorzutreibenden Viehstandes nur dann verlangen, wenn er nachweist, entweder, daß sich die Beschaffenheit des mit der Hütung belasteten Grundstückes durch Zufall oder höhere Gewalt dergestalt vermindert hat, daß die bisherige Anzahl des Viehes nicht mehr darauf erhalten werden kann, oder daß die Unzulänglichkeit der Hütung für die bisherige Anzahl des Viehes durch neue Wirthschaftsanstalten und Einrichtungen Seitens des Grundeigenthümers veranlaßt worden ist.

Erkannt von dem Revisions-Kolleg. für L. K. S. unterm 4. Sept. 1857. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 10. S. 311 ff.)

§§. 105. u. 106. 1) Die Grundsätze der §§. 105. u. 106. sind durch den §. 51. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 nicht abgeändert.

2) Bei Theilung der Viehweiden muß der Eigenthümer, wenn dem Servitutberechtigten eine bestimmte Viehzahl zugesichert ist, diesem nachstehen und ihm Abfindung für volle Weide gewähren.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1847.

Die Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 hat den Grundsatz des §. 105. Tit. 22. Thl. I. A. L. R. keineswegs aufgehoben. Zunächst kommt es bei Gemeinweiden auf die Berechnung nach dem Besitzstande (§§. 32. ff.) nicht an, wenn das Maß und Verhältniß der Theilnahme eines Interessenten anderweit feststeht; eben so wenig kommt die Berechnung nach der Durchwinterung in Frage (§§. 34. ff.). Von der Anrechnung der besonderen Weiden (§§. 44. ff.) für den Fall, daß die Berechtigung des abgefundenen Theilnehmers auf einem Dienstbarkeitsrecht beruht, ist im §. 51. die Rede.

»Beruht die Berechtigung des abzufindenden Theilnehmers auf einem Dienstbarkeitsrecht, und ergiebt sich, daß die nach §§. 48. ff. berechnete Vergütung, mit Inbegriff der besonderen Weide des Berechtigten, für seinen berechneten Viehstand unzureichend sein würde, so ist sein Theilnehmungsrecht bis zur Zulänglichkeit des Bedürfnisses zu erhöhen.«

Dieses findet unter den, in den §§. 105. und 106. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. bestimmten Voraussetzungen auch dann Anwendung, wenn die Weide für den Eigenthümer unzulänglich sein sollte; außerdem aber muß der Berechtigte eine Verminderung seines Viehstandes nach dem Verhältnisse, wie der Eigenthümer, sich gefallen lassen.

Es ist hiernach anerkannt, daß in den Fällen der §§. 105. und 106. der Servitutberechtigte Erhöhung seines Theilnehmungsrechts bis zur Zulänglichkeit seines Bedürfnisses zu fordern hat, wenn dasselbe mit Inbegriff der besonderen Weide nicht zulänglich gedeckt wird. Auf das Bedürfniß des Verpflichteten kommt es hierbei nicht an. Der Berechtigte darf sich eine Verminderung des Viehstandes nach eben dem Verhältnisse, wie der Eigenthümer, nicht gefallen lassen.

Der erste Satz des §. 51. spricht allgemein von dem Servitutberechtigten; der zweite bezieht sich auf die Ausnahmsfälle der §§. 105. und 106. des A. L. R.; in dem ersten Satze ist von der Unzulänglichkeit der Weide für den Eigenthümer nicht die Rede, in dem zweiten ist die Unzulänglichkeit für den Servitutberechtigten und den Eigenthümer berücksichtigt. (Vergl. auch das R. des Min. des Inn. v. 18. Mai 1822.)

(Entsch. Bd. 14. S. 290, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 1. S. 188 ff.)

Entgegengesetzter Ansicht, und zwar nicht bloß für den Fall der Verjährung, sondern für alle Fälle, ist die Abhandl. in der Zeitschr. des Rev. Kolleg. für L. K. S. Bd. 3. S. 419 ff.

3) Bei Theilung der Viehweiden muß der Eigenthümer auch in dem Falle, wenn dem Servitutberechtigten eine bestimmte Viehzahl auf Grund der Verjährung zusteht, diesem nachstehen und ihm Abfindung für volle Weide gewähren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juli 1852. (Präj. Nr. 2302.)

Das Vorzugsrecht des Weideberechtigten auf eine bestimmte Viehzahl bei einer für den gesammten Viehstand unzureichenden Weide vor dem Eigenthümer ist nach dem §. 51. der Separations-Ordnung und A. L. R. I. 22. §. 105. begründet, sobald bei einer Separation ein derartiger Konflikt entsteht. Der etwaige Zweifel, daß der §. 105. a. a. O., wie die vorhergehenden §§. 103. und 104. ergeben, sich eigentlich auf den Fall bezieht, wenn durch Zufall oder höhere Gewalt die Beschaffenheit des mit der Hütung belasteten Grundstücks dergestalt verändert wird, daß die bisherige Anzahl des Viehes nicht mehr darauf erhalten werden kann, erledigt sich dadurch, daß der §. 51. der Gem. Th. O. die in §§. 105. und 106. a. a. O. des A. L. R. enthaltenen Bestimmungen dann für anwendbar erklärt, wenn die Weide für den Eigenthümer unzulänglich sein sollte. Es ist dies mit unwiderlegten Gründen in dem Erk. des Ob. Trib. v. 10. Febr. 1847[1]) ausgeführt. Dieser Grundsatz muß auch auf verjährungsmäßig erworbene Weideberechtigungen bezogen werden; zunächst spricht §. 105. a. a. O. ganz allgemein. Nach allgemeinen Grundsätzen ist auch keine Veranlassung, einen Unterschied anzunehmen, da durch Verjährung erworbene Rechte einen gleichen obligatorischen Ursprung haben, als die konventionellen. A. L. R. I. 9. §§. 579., 625., 628. Der Unterschied, den A. L. R. I. 22. §. 35. macht, ist nicht hierher gehörig. Der Umstand, daß dieser Ausnahmefall ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist, ergiebt, daß übrigens ein Unterschied zwischen der durch lästigen Vertrag oder auf andere Art erworbenen Dienstbarkeit nicht gemacht wird.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 23. S. 321, Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 64 Nr. 11.)

4) Die in den beiden vorstehend (Zus. 2. u. 3.) angegebenen Präj. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Febr. 1856 gegen die entgegengesetzte Entscheidung des Revisions-Kolleg. für L. K. S. v. 8. Juni 1855 aufrecht erhalten.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 8. S. 424 ff. u. Bd. 9. S. 144 ff., Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 123 Nr. 32.)

5) Vergl. Lette und v. Rönne, die Landeskultur-Gesetzgebung Bd. 2. Abtheil. 2. (zum §. 51. der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821) S. 84—89.

§§. 109. sqq. Für das Einstellen der Hütung auf nassen, durchbrüchigen Wiesen kann eine besondere Entschädigung im Wege der Gemeinheitstheilung nicht begehrt werden. Das sonst wohlerworbene Recht zur Behütung der betreffenden Fläche an sich geht damit aber noch nicht verloren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1856. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 10. S. 161 ff.)

§. 110. u. Anh. **§. 60.** 1) Gesetzliche Bestimmung v. 31. Aug. 1800, mittelst welcher die durch Verträge oder Gewohnheiten nach dem Julianischen Kalender angeordnete Hütungs- und Hebungstermine auf die Jahrestage des verbesserten und Gregorianischen Kalenders verlegt werden.

Wir ꝛc. thun kund und fügen hiermit zu wissen: Es ist schon immer ein Grundsatz der Gesetzgebung älterer und neuerer Zeit gewesen, Verträgen und Gewohnheiten, in sofern sie auf Rechnungsirrthümern beruhen, keine gültige Kraft beizulegen, und das Eigenthum eingeführten Mißbräuchen nicht Preis zu geben, sondern durch angemessene V. sicher zu stellen. Uns ist indessen nicht unbekannt geblieben, daß vielfältig die Hütungs- und Hebungstermine nach dem alten Julianischen Kalender berechnet werden, ungeachtet längst ausgemacht ist, daß in diesem das Jahr um einige Minuten länger berechnet wird, als dessen Dauer in der Natur währet, wovon die Folge gewesen ist, daß schon im Jahre 1852 zehn Tage, als so viel zu der Zeit der Unterschied betrug, haben weggelassen werden müssen, auch meistentheils alle Jahrhunderte ein Schalttag, den der Julianische Kalender zu viel beibehalten, ebenfalls ausfallen muß.

Der Unterschied, der hiervon zwischen der Berechnung des alten Julianischen und der des Gregorianischen und verbesserten Kalenders entsteht, betrug bis zu dem in dem gegenwärtigen Jahre, nur in jenem, nicht aber in diesen Kalendern vorkommenden Schalttage, elf Tage, ist aber jetzt auf zwölf Tage angewachsen, und wird sich auch in der Folgezeit in der Art vermehren, daß in einem gewissen künftigen, obgleich noch entfernten Zeitpunkt die Hütungs-

---

[1]) Vergl. ob. Zus. 2.

und Hebungstermine, welche jetzt im Frühjahr eintreten, in der Ernte zu stehen kommen werden. Wir wären nun zwar wohl befugt, landesherrlich zu verordnen, daß alle durch Verträge und Gewohnheiten, deren Ursprung auf ältere Zeiten, als die des mit dem jetzigen Jahre ablaufenden achtzehnten Jahrhunderts zurückgehet, nach dem alten Julianischen Kalender bestimmten Hütungs- und Hebungstermine auf diejenigen Zeiten zurückgebracht werden müßten, auf welche selbige in dem Gregorianischen und verbesserten Kalender fallen, und es würde sich dawider rechtlich um so weniger Jemand beschweren können, da ein Jeder diesem Ereignisse, welches in Ansehung des Frühjahrs- und der Herbstbehütung sumpfiger Wiesen schon in dem R. v. 19. Mai 1770 vorbehalten worden, durch die daselbst verordnete Auseinandersetzung vorlängst hätte zuvor kommen können. In Erwägung der Verlegenheit, welche daraus dennoch für die Berechtigten erwachsen dürfte, haben Wir Uns aber entschlossen, Uns vorjetzt nur auf folgende gesetzliche Anordnung einzuschränken:

1) Für alle Hütungs- und Hebungstermine, welche in verwichenem Jahre und bis zum 7. März des gegenwärtigen Jahres nach dem alten Julianischen Kalender berechnet worden sind, sollen nunmehr diejenigen Jahrestage gelten, auf welche jene bis zum 7. März des jetzt laufenden Jahres nach dem Gregorianischen und verbesserten Kalender einfallen.

2) Da, wo also alte Lichtmessen, alte Mariä-Verkündigung, Alt-Georgi, alte Walpurgis, Alt-Bartholomäi, Alt-Martini als Hebungs- und Hütungstermine bestimmt sind, soll an deren Stelle der 13. Febr., der 5. April, der 4. Mai, der 12. Mai, der 4. Sept. und der 22. Nov. zur Richtschnur angenommen werden, wonach die Frühjahrshütung, in so fern solche bisher bis alte Walpurgis gedauert hat, mit dem Ablauf des 11. Mai des Gregorianischen und neu verbesserten Kalenders für die Folge ihr Ende erreichen wird, und es soll

3) die Zeit der Entstehung jener Termine, bis Wir ein anderes beschließen werden, keinen Unterschied machen, so daß also, wenn selbige sich auch aus älteren Jahrhunderten herschreiben, dennoch bis dahin nur die im 2. §. enthaltene Anordnung entscheiden soll.

(N. C. C. Tom. X. p. 3094 No. 51. de 1800, Paalzow Bd. 1. S. 521, Rabe Bd. 6. S. 235.)

2) Der §. 110., nach welchem die hergebrachte Gewohnheit jedes Ortes bestimmt, wann die geschlossene Zeit bei der Wiesenhütung anfängt und wie lange sie dauert, setzt ein bereits bestehendes Recht voraus.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 25. Sept. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 33 Nr. 9.)

§. 111. Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 23.

Die Verwandlung ein- und zweischüriger Wiesen in mehrschürige steht jedem Besitzer, unter Vorbehalt einer billigen Entschädigung für die Weideberechtigten, frei. (G. S. 1811 S. 300.)

§. 112. 1) Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §§. 21. u. 22.

§. 21. In Ansehung der Wiesenbehütung wird auf das A. L. R. I. 22., besonders auf die Vorschrift des §. 112. verwiesen, nach welcher nasse durchbrüchige Wiesen auch im Herbste und folglich noch viel mehr im Frühjahr mit der Hütung verschont werden müssen.

§. 22. Die Frühjahrsbehütung der Wiesen ist, wenn sie nicht mit gewisser Vorsicht nur von dem Eigenthümer allein geschieht, in der Regel überall schädlich. Ihre Aufhebung soll daher gegen billige Entschädigung von jedem Besitzer gefordert werden können, und solche nach den verschiedenen Gegenden und Lokalitäten, nach den Vorschriften der Gem. Th. O. regulirt werden.

(G. S. 1811 S. 300.)

2) Das im §. 112. h. t. und §. 21. des Kultur-Ed. enthaltene Verbot, daß durchbrüchige Wiesen nicht behütet werden dürfen, findet mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 118. h. t. mit Einführung dieser Gesetze sofort und selbst alsdann Anwendung, wenn die Behütung durchbrüchiger Wiesen während rechtsverjährter Zeit vor deren Einführung statt gehabt hat, und eine Berufung auf den §. 8. des Publik.-Patents v. 5. Febr. 1794 und resp. den §. 5. des Patents v. 15. Nov. 1816 gegen deren Anwendbarkeit ist nicht zulässig.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1183.) (Präj. Samml. S. 132.)

3) Das hier in Rede stehende Verbot ist wiederholt in der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 §. 36.

Vergl. in den Erg. zum A. L. R. I. 14. Abschn. 4.
(s. ob. S. 520 ff.)

4) Die Bestimmung des §. 112. ist nur dahin zu verstehen, daß die Verschonung nasser, durchbrüchiger Wiesen auch im Herbste mit der Hütung gegen Entschädigung des Hütungsberechtigten gefordert werden kann.

Erkannt von dem Ob. Trib. im Jahre 1827 oder 1828, auf Grund der §§. 46. u. 47., mit welchen die Bestimmung des §. 112. zusammenhange. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 193.)

5) Durch Verjährung kann die Servitut der Behütung einer nassen und durchbrüchigen Wiese nicht erworben werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1854, weil der §. 112. h. t. und der §. 21. des Kultur-Ed. ein Verbotsgesetz (A. L. R. I. 9. §. 664.) enthalten.
(Striethorst's Arch. Bd. 12. S. 254 Nr. 57.)

§§. 119—124. 1) Suarez berichtet in den Schlußvorträgen zu den §§. 119—124, daß diese Bestimmungen sich auf das Ed. v. 21. Febr. 1791, betr. die Begünstigung des Anbaues der Futterkräuter (N. C. C. Tom. IX. p. 26, Rabe Bd. 2. S. 69), gründen. (Jahrb. Bd. 41. S. 74.)

2) Das Ed. v. 21. Febr. 1791, welches für die Kurmark Brandenburg und das Herzogthum Magdeburg, mit Ausschluß der Grafschaft Mansfeld, ergangen, ist in dem zum vormaligen Königreiche Westphalen gehörig gewesenen Theile des Herzogthums Magdeburg mit Einführung des Franz. Civil-Gesetzb. außer Anwendung gekommen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Aug. 1842. (Präj. Nr. 1171.) (Präj. Samml. S. 304.)

§. 121. Die zunächst auf die Feld- und Wiesenhütung sich beziehende Vorschrift des §. 121. findet auch auf die Hütung in den Forsten in Betreff der Schonungen analoge Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1854, weil der §. 121. ein Ausfluß der allgemeinen Regel der §§. 17. u. 18. A. L. R. I. 19. sei.
(Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 197 Nr. 43.)

§§. 125—127. Ueber die Veranstaltung der Hegeweiden enthält die Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 in den §§. 171—173. nähere Bestimmungen. (G. S. 1821 S. 23.)

§. 130. R. v. 24. Nov. 1794, betr. das Hüten der Ziegen in Waldungen.

Es ist der Zweifel entstanden, wie das verbotene Ziegenhüten in Privat-Waldungen zu bestrafen sei? Nachdem nun die Depart. des Staatsmin. sich deshalb dahin geeinigt:

1) daß nach den in dem R. v. 11. Jan. 1790 bereits angenommenen Grundsätzen, die in der Ostpr. Forst-O. auf dergl. Kontravention in K. Waldungen verordnete Strafe der Konfiskation auch bei Privatforsten, und zwar ohne Unterschied der Holzarten stattfinden soll;
2) daß der Werth des Konfiskati, so wie er bei K. Forsten der Forstkasse zufällt also bei Privatwaldungen dem Eigenthümer des Waldes zur Entschädigung überlassen werden soll;

so wird Euch solches zur Nachricht und Achtung und weiterer gehöriger Publikation in Eurem Depart. hiermit bekannt gemacht.
(N. C. C. Tom. IX. p. 2451, Rabe Bd. 2. S. 730.)

§§. 133—137. Von der Koppelhütung.

§§. 133. 134. Die Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §§. 31—34., 40—42. bestimmt das Verhältniß näher.

§§. 135. u. 136. 1) Zur Erwerbung der Koppelhütung durch dreißigjährige Verjährung genügt der innerhalb des gesetzlichen Zeitraums ausgeübte, den Erfordernissen der §§. 135. u. 136. h. t. entsprechende vollständige Besitz derselben, wenn nicht die Gegenpartei den Mangel jener Erfordernisse, oder solche Thatsachen, welche nach §§ 106. ff. A. L. R. I. 7. die Erwerbung eines Besitzrechts ausschließen, behauptet und, sofern sie bestritten sind, erwiesen hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1854. (Präj. Nr. 2533.)

Die gesetzlichen Kriterien der Koppelhütung im eigentlichen Sinne sind nur aus den Bestimmungen der §§. 135. und 136. h. t. zu entnehmen. Denn die im §. 133. definirte gemeinschaftliche Hütung auf dem Grundstücke eines Dritten, so wie die Hütung als gemeinsame Nutzung eines gemeinschaftlichen Eigenthums (§. 134.) gehört nicht zu der Koppelhütung im engeren Sinne, — dem eigentlichen jus Compasculationis reciprocum, wie solches Brunnemann Consil. academ. Cons. 103. No. 19. p. 406. nennt, und welches der §. 135. h. t. definirt. Nach dieser Definition besteht die Koppelhütung in der gemeinschaftlichen, regelmäßigen, beständigen und wechselseitigen Hütung auf angrenzenden Grundstücken, deren jedes sich im ausschließenden Eigenthume der die Hütung ausübenden Besitzer befindet. Die wechselseitige

Ausübung der Besitzhandlungen durch einen jeden Besitzer giebt die Wechselseitigkeit des Rechts kund. In jedem wechselseitigen Rechte ist ein gegenseitig bedingendes Element erkennbar; dieses tritt auch in der Koppelhütung als charakteristisches Merkmal hervor. Eine solche Gegenseitigkeit berechtigt nicht zu der Annahme eines Prekariums. Der §. 135. h. t. entscheidet eine Kontroverse des gemeinen Rechts, nämlich dahin, daß die Koppelhütung im engeren Sinne in der Regel als eine wechselseitige Grundgerechtigkeit anzusehen sei. Hierfür streitet also eine Rechtsvermuthung, welche durch Gegenbeweis, namentlich durch den Beweis der im §. 136. h. t. angeführten Momente, entkräftet werden kann.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 28. S. 134, Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 266 Nr. 61.)

2) Wechselseitige Hütungsrechte in einer Gemeindeflur können nicht durch Gewohnheit oder Herkommen, sondern nur durch Verjährung erworben werden.

In den früher zum Großherzogthum Berg gehörig gewesenen Landestheilen sind die Observanzen über Hütungsrechte durch Art. 3. des Einführungsdekrets v. 12. Nov. 1809. aufgehoben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Mai 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 9. Nr. 2., Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 266.)

§§. 138—145. Aufhebung der Hütungsgerechtigkeiten.

§§. 138—140. An die Stelle dieser §§. treten die Vorschriften der Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §§. 4—19. u. 86., 94.

§. 141. Vergl. Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 §§. 22—24.

§. 144. Vergl. a. a. O. §. 176.

§§. 146—169. Schäfereigerechtigkeit.

I. Vergl. Suarez Rechtfertigung dieser Bestimmungen in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 75.)

II. Die Schäfereigerechtigkeit und die sich darauf beziehenden Rechtsverhältnisse sind hauptsächlich Gegenstand der provinzialrechtlichen Gesetzgebung in den Gesinde-, Polizei-, Dorf- und Schäferei-Ordnungen. Die betreff. Bestimmungen sind meist bloße Polizeiverordnungen. Zu den Verordnungen dieser Art, welche zugleich privatrechtliche Verhältnisse normiren, gehören die Gesetze über die Abschaffung des Schafvorviehes, nämlich:

1) Ed. für Schlesien v. 16. Aug. 1797, wegen Abschaffung des Schafvorviehes. (Neue Samml. Schl. V. Bd. 5. S. 588.)

2) V. v. 3. Febr. 1800, für die Provinzen Kur- und Neumark, mit Ausschluß des Kottbus'schen Kreises, imgleichen für das Herzogthum Pommern, gegen das Vorvieh der Schäfer und Schäferknechte und die Versetzung des Schäfereiantheils, auch der Schäfereigeräthschaften der Schäfer und Schäferknechte, bei ihrem Umzuge von einer Schäferei zur andern.

(N. C. C. Tom. X. No. 5. de 1800, Rabe Bd. 6. S. 14.)

Dazu:

a) R. v. 28. Jan. 1801, dem Inhalte nach in dem Schreiben der Kurmärk. Kriegs- und Domainenkammer, v. 26. Febr. 1801, wegen des Aufkündigungstermins für die Schäfer.

(N. C. C. Tom. XI. p. 115 No. 12., Stengel Bd. 14. S. 77, Rabe Bd. 6. S. 459.)

b) Ed. v. 16. Jan. 1802, wegen Befolgung der Vorschriften der V. v. 3. Febr. 1800.

(N. C. C. Tom. XI. No. 6. 1802, Rabe Bd. 7. S. 10.)

c) R. v. 6. Aug 1806. Die Ed. v. 3. Febr. 1800 u. 16. Jan. 1802, über den Umzugstermin der Schäfer, sind auf die Verhältnisse der abziehenden Gutspächter nicht anwendbar.

(N. C. C. Tom. XII. p. 711 No. 106. 1806, Rabe Bd. 8. S. 646.)

3) Ed. v. 26. April 1806, gegen das Vorvieh der Schäfer und Schäferknechte und die Versetzung des Schäferantheils, so wie der Schäfereigeräthschaften der Schäfer und Schäferknechte, bei ihrem Umzuge von einer Schäferei zur andern; für die Provinzen Ost- und Westpreußen mit Einschluß von Litthauen und dem Netzdistrikte.

(N. C. C. Tom. XII. p. 119 No. 4. 1806, Rabe Bd. 13. S. 708.)

4) G. v. 1. Juni 1850, wegen der Löhnung und des Umzugs der Schäfer und Schäferknechte in Neu-Vorpommern und Rügen, im Großherzogthume Posen und in den mit Westpreußen vereinigten Distrikten des ehemaligen Herzogthums Warschau. (G. S. 1820 S. 109.)

Dazu:

R. des Min. des Inn. v. 30. Nov. 1844, betr. die Löhnung eines gemeinschaftlich angenommenen Schäfers durch Vorviehhalten.

(M. Bl. d. i. V. 1845 S. 43 Nr. 53.)

5) G. v. 13. Mai 1822, wegen der Löhnung und des Umzugs der Schäfer und Schäferknechte in den Provinzen Sachsen und Westphalen, in dem Kottbusser Kreise und in den zu den Reg.-Bezirken Potsdam, Frankfurt und Liegnitz geschlagenen, vormals Sächsischen Landestheilen, desgleichen wegen Bestimmung des Umzugstermins in der Provinz Schlesien. (G. S. 1822 S. 147.)

Dazu:

a) R. des Min. des Inn. v. 31. Mai 1835. Die K. Reg. werden ermächtigt, für Kontraventionen gegen die Bestimmungen hinsichtlich des Umzugstermins eine Geldstrafe von 2—5 Thlrn. festzusetzen.

b) K. O. v. 28. Aug. 1835, betr. den Umzugstermin der Schäfer im Kreise Hoyerswerda. (G. S. 1835 S. 196.)

III. Betreffend die rechtliche Natur des Verhältnisses der sogen. Antheilsschäfer.

1) Ein Antheilsschäfer hat ein Miteigenthum an der Heerde und kann sein Recht auch gegen den Singularsukcessor des Herrn geltend machen.

Bei einer nothwendigen Subhastation des Guts ist der Antheil des Schäfers an der Schafheerde, als fremdes Eigenthum, von dem Verkaufe stillschweigend ausgeschlossen, mithin muß der Adjudikatar den Schäfer abfinden, wenn ihm solches auch nicht zur Bedingung gemacht ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Sept. 1837.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 575.)

2) Die (im §. 3. des G. v. 1. Juni 1820, wegen Löhnung rc. der Schäfer in Neu-Vorpommern rc.) an Lohnes statt zugelassene Ueberlassung einer Quote an der einem Schäfer anvertrauten Heerde schließt in der Regel, wenn auch der Schäfer ein sogenanntes Einkaufsgeld gezahlt hat, welches ihm bei seinem künftigen Abzuge in gleichem Betrage oder nach andern Bestimmungen zurück zu erstatten ist, nur die Ueberlassung einer Quote an den Nutzungen, nicht auch am Eigenthume der Heerde in sich. Letzteres muß besonders dargethan werden.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. Mai 1848. (Präj. Nr. 2026.) (Präj. Samml. S. 337, Entsch. Bd. 17. S. 434.)

3) Nach den Grundsätzen der V. v. 3. Febr. 1800[1]) kann ein kontraktmäßiger Antheilsschäfer, wenn der neue Erwerber des Guts den früheren Kontrakt mit ihm nicht fortsetzt, von dem früheren Besitzer des Guts auf Grund des mit diesem bestehenden Kontrakts den Taxwerth seines (des Schäfers) Antheils an der Herrde verlangen, auch in dem Falle, wenn er im Gefolge anderweitigen Abkommens in Diensten des neuen Erwerbers als Schäfer geblieben ist.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 1. Juli 1852.

(Entsch. Bd. 24. S. 220, Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 215 Nr. 52.)

4) Der sogen. Menge- oder Antheilsschäfer ist weder Miteigenthümer, noch Verwalter der Heerde, und braucht keine Rechnung zu legen.

Erkannt von dem IV. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juni 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 17. S. 158 Nr. 52.)

5) Das R. des Min. des Inn. v. 13. Aug. 1840 verweist auf die von dem Ob. Trib. angenommene Ansicht, daß Schäfer, welchen statt des sogen. Vorviehes gegen eine eingezahlte Geldsumme ein Antheil an der Heerde und deren Nutzungen (im Sinne der ob. Zus. I. angeführten Prov. G.) zusteht, ein Miteigenthum an der Heerde haben, wie dies in Betreff Ost- und Westpreußens der §. 5. des G. v. 1. Juni 1820 anerkenne. (M. Bl. d. i. V. 1840 S. 392 Nr. 689.)

§. 146. 1) Betreffend den Begriff der Schäfereigerechtigkeit.

[1]) Vergl. ob. Zus. II. sub 1. ad h. l.

a) Koch bemerkt, daß die Schäfereigerechtigkeit geschichtlich unter zwei Formen erscheine, nämlich in solchen Gegenden, wo die bäuerlichen Grundbesitzer volles Eigenthum haben, als reine ländliche Servitut im Sinne des Röm. Rechts, in anderen hingegen als Deutsches Grundrecht, welches als eine Art der Ausübung des freien Eigenthums dem Herrn und Eigenthümer der ganzen Feldmark, in welcher den bäuerlichen Einsassen nur ein Nutzungsrecht von einzelnen Grundstücken zusteht, vorbehalten ist. Zur Zeit der Abfassung des A. L. R. sei die zweite Form die vorherrschende gewesen, und da die Verfasser das, was in den meisten Provinzen galt, zum Gesetze erhoben, so sei die Schäfereigerechtigkeit hier als ein besonderes Vorrecht der Gutsherrschaften hingestellt. Diese Schäfereigerechtigkeit sei nach ihrer Entstehung und Natur der Gegensatz der Servitut.

(Landr. Bd. 2. Anm. 85. zum §. 146. h. t.)

Vergl. die Abhandl. von Koch im Schles. Arch. Bd 2. S. 162 ff.

b) Die Abhandl. über die Schäfereigerechtigkeit, insbesondere nach der Schlesischen Verfassung, in der Zeitschr. des Revisions-Kolleg. für L. K. S. Bd. I. S. 111 ff. führt aus, daß die Schäfereigerechtigkeit im Sinne des §. 146. h. t., d. h. das Vorrecht der Gutsherrschaften zur Schafhutung auf der ganzen Feldmark, für ein ablösbares Realrecht zu erachten sei.

Dagegen hat das a. a. O. S. 125—130 mitgetheilte Erk. des Ob. Trib.[1]) diese Auffassung der Natur der Schäfereigerechtigkeit reprobirt und ausgeführt, daß diese Gerechtigkeit zu den Grundgerechtigkeiten gehöre und lediglich eine besondere Art der Weideservituten sei.

2) Betreffend die Frage: ob die Schäfereigerechtigkeit durch bloßen Nichtgebrauch erlischt?

a) Die Schäfereigerechtigkeit ist eine Grundgerechtigkeit, und kann als solche durch den bloßen Nichtgebrauch verloren gehen. Davon findet auch in Schlesien keine Ausnahme statt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Nov. 1846. (Präj. Nr. 1810.) (Präj. Samml. S. 132.)

b) Wenn die Schäfereigerechtigkeit als ein Vorrecht der Gutsherrschaft angesehen werden muß, kann sie durch Nichtgebrauch auch in Ansehung einzelner Grundstücke nur dann erlöschen, wenn die Gutsherrschaft rechtsverjährte Zeit hindurch die Schafhutung überhaupt auf der Feldmark nicht ausgeübt hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Okt. 1841. (Präj. Nr. 1059.) (Präj. Samml. S. 40.)

c) Die Gen. Komm. und das Revisions-Koll. zu Breslau haben in dem Bescheide v. 15. Nov. 1836 und dem Erk. v. 11. Nov. 1837 angenommen, daß die Schafhutungsgerechtigkeit (in Schlesien), als Regale der Gutsherrschaft, zu den Rechten des Eigenthums gehöre, und daher nicht durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen könne.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 162 ff.)

d) Koch bemerkt, daß das A. L. R. die Schäfereigerechtigkeit als Grundgerechtigkeit behandle, und als solche sei sie dem Verlust durch Nichtgebrauch nach §§. 49., 50. h. t. unterworfen. Durch das hinzugekommene Merkmal der Ausschließlichkeit erhalte das Recht der Schafhutung auf fremden Grundstücken den Charakter einer selbstständigen Gerechtigkeit, welche dem bisherigen Besitzer nur dadurch verloren gehen könne, daß sie ein Anderer von ihm erwirbt. Darin liege der Grund, daß die Schäfereigerechtigkeit nicht wie eine bloße Servitut, durch non usus erlösche, sondern wie ein anderes Eigenthum erst durch einen Andern usukapirt werden müsse.

(Koch's Arch. Bd. 2. S. 166 Anm. 1., S. 170 Anm. 4.)

In dem Komm. zum A. L. R. bemerkt derselbe über diese Frage: Es hängt die Frage davon ab, ob das Schaaftriftrecht nach dem Provinzialrechte den Charakter einer bloßen Servitut, oder den eines Deutschen Grundrechtes habe. Letzteren Falls können sie, als Grund- und Eigenthumsrecht des Grundherrn, nicht durch non usus untergehen. Nach dem A. L. R. wird sie für eine bloße Servitut gehalten. Daher ist das Präj. Nr. 1810 v. 26. Nov. 1846[2]) in seiner Allgemeinheit nicht richtig. Seitdem indeß das Ablös. Ges. v. 2. März 1850 das getheilte Eigenthum aufgehoben und das Obereigenthum auf den Nutzungseigenthümer übertragen hat, ist auch das den bisherigen Obereigenthümern und Schäfereiherren zustehende Schaftriftsrecht nur noch als eine Grundgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden anzusehen.

(Landr. Bd. 2. Anm. 85. zum §. 146. h. t.)

e) In der Abhandlung in der Zeitschr. des Rev. Kolleg. für L. K. S. Bd. I. S. 111 ff. wird, gegen die in dem dort mitgetheilten Erk. des Ob. Trib.[1]) ausgeführte Ansicht, welche das Erlöschen durch Nichtgebrauch annimmt, ausgeführt, daß die gutsherrliche Schäfereigerechtigkeit, im Sinne des §. 146., keine Grundgerechtigkeit, sondern ein Vorbehalt aus dem gutsherrlichen Obereigenthume an den bäuerlichen Grundstücken sei, und daher nicht durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen könne.

3) Der §. 146. steht der Erwerbung der Schäfereigerechtigkeit in einer ganzen Feldflur Seitens eines Grundbesitzers wider Besitzer angeblich belasteter Grundstücke durch Verjährung nicht entgegen. Derselbe kommt nur dann zur Anwendung, wenn das im §. 146. bezeichnete Vorrecht der Gutsherrschaft geltend gemacht werden kann.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1854. (Präj. Nr. 2512.)

Die Schäfereigerechtigkeit ist zwar nach der durch §. 146. begründeten Rechtsvermuthung ein Vorrecht der Gutsherrschaften. Der Sinn des §. 146. geht aber dahin, daß, wenn einer Gutsherrschaft, welche dieses Vorrecht geltend macht, dasselbe streitig gemacht wird, dem Bestreitenden der Beweis der anderweiten Normirung des Rechts obliegt. Wo es indeß an der, die Anwendung des §. 146. bedingenden Voraussetzung, nämlich der Existenz eines gutsherrlichen Vorrechts, beziehungsweise einer, ein solches Vorrecht in Anspruch nehmenden Gutsherrschaft mangelt, kann der §. 146. keine Anwendung finden, und in den Fällen, in welchen, ohne Feststellung eines solchen gutsherrlichen Vorrechts, von anderen Hütungsberechtigten die Schäfereigerechtigkeit in einer Feldmark in Anspruch genommen wird, steht diesen die exceptionelle Bestimmung des §. 146. nicht entgegen, sondern es kann die Schäfereigerechtigkeit durch Verjährung erworben werden.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 27. S. 362, Arnsberger Monatsschr. Bd. 1. S. 40.)

Das durch dies Erk. vernichtete Erk. des Appell. Ger. zu Arnsberg v. 21. Mai 1853 ist abgedruckt in Ulrich's Arch. Bd. 16. S. 407 ff.

4) Die Schäfereigerechtigkeit kann auch in der Mark Brandenburg durch Verjährung nicht gegen eine Dorfgemeinde allein, sondern nur gegen sie und die Gutsherrschaft erworben werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 124 Nr. 32.)

5) Der §. 146., nach welchem die Schäfereigerechtigkeit in der Regel ein Vorrecht der Gutsherrschaft ist, setzt voraus, daß der Gutsherrschaft in der Gemeinde, zu welcher die Feldmark gehört, gutsherrliche Rechte zustehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Juli 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 103 Nr. 18.)

6) Im Herzogthum Sachsen steht den Gutsherrschaften die Schäfereigerechtigkeit nur in sofern zu, als sie dieselbe durch Vertrag oder Verjährung erworben haben.

Erkannt von einem nicht genannten Appell. Ger. unter Bestätigung des Ob. Trib. (Datum konstirt nicht). (J. Z. 1836 S. 934.)

7) Bornemann zeigt aus den Materialien des A. L. R., daß der §. 146. dahin zu verstehen sei, daß nicht das Recht, Schafe zu halten, sondern die Befugniß, solche auf der aus den Grundstücken der Unterthanen und der Herrschaft gebildeten Feldmark zu weiden, als ein Vorrecht der Gutsherrschaft hat erklärt werden sollen, sofern nicht Provinzialgesetze oder Ortsverfassungen ein Anderes bestimmen.

(System Bd. 4. S. 584, 2. Ausg. Bd. 4. S. 388.)

8) Wenn außer der Schafhutungsgerechtigkeit selbst zugleich das Recht zur Wäsche der Schafe auf dem belasteten Grundstücke außerhalb der Hütungszeit ausgeübt ist, so steht dies letztgedachte Recht zu der Schafhutungsgerechtigkeit dergestalt in Beziehung, daß der Pächter der letzteren auch zur Ausübung des Rechts zur Wäsche für ermächtigt und berechtigt zu erachten ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Juli 1857. (Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 117 Nr. 21.)

---

[1]) Das Datum konstirt nicht; wahrscheinlich ist es das Präj. Nr. 1810. v. 26. Nov. 1846 (s. unten Zus. 2. sub a. ad b. 1.).

[2]) Vergl. ob. sub a.

[1]) Das Datum dieses Erk. konstirt nicht; es scheint indeß das Präj. Nr. 1810. v. 26. Nov. 1846 (s. ob. sub b.) zu sein.

§§. 149. 150. In diesen Vorschriften hat der §. 39. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 nichts geändert. Nur wenn es zur Auseinandersetzung kommt, ist die Vorschrift maßgebend.
(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 208.)

§. 152. Die jungen Lämmer werden nach Michaelis als Jährlinge angesehen, und dürfen daher, wo eine festgesetzte Zahl von Schafen gehalten wird, nicht mit auf die Weide gebracht werden.
(Erkannt im Jahre 1780, Stengel Bd. 2. S. 416.)

§§. 154. 155. Nur derjenige, welcher mit einer eigenen Schäfereigerechtigkeit beliehen ist, darf seine Schafe durch einen besonderen Hirten hüten lassen.
(Erk. des Ob. Trib. v. 11. Okt. 1780, Hymmen Bd. 8. S. 17.)

§. 155. Die gesetzliche Vorschrift, daß die Schafe der Dorfbewohner in einer gemeinschaftlichen Heerde geführt werden müssen, findet keine Anwendung, wenn der Gemeinde eine wahre Schäfereigerechtigkeit zusteht.

Für andere Fälle ist die angeführte Vorschrift dahin auszulegen, daß, abgesehen von den durch Grundsätze der Landwirthschaft gebotenen Modifikationen, die Schafe der Dorfbewohner nur in einer Heerde und nicht in mehreren Heerden oder Haufen gehütet werden dürfen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. März 1842[1]). (Präj. Nr. 1110.)
(Präj. Samml. S. 132, Entsch. Bd. 7. S. 287, J. M. Bl. 1842 S. 230.)

§§. 155. 157. Entsch. der G. Komm. v. 25. Okt. 1794. Wenn in einem Hinterpommerschen Dorfe mehrere Gutsantheile sind, so kann der Besitzer des mit einem Vorwerk versehenen Antheils verlangen, daß die Bauern des andern Antheils ihre Schafe vor einem gemeinschaftlichen Hirten treiben, er ist aber nicht befugt, sich das Hürdenlager allein zuzueignen.

Auf die Anfrage der Pommerschen Reg. v. 23. Juli 1794, ob sämmtliche Bauern in einem Hinterpommerschen Dorfe, wenn mehrere Gutsantheile sind, ihre Schaafe in die Heerde und das Hürdelager des Besitzers eines einzelnen mit einem Vorwerk versehenen Gutsantheils zu treiben die Verbindlichkeit haben, hat die Ges. Komm. konkludirt: daß in einem Hinterpommerschen Dorfe, wenn mehrere Gutsantheile sind, der Besitzer des mit einem Vorwerk versehenen Antheils zwar verlangen könne, daß die Bauern des anderen Gutsantheils ihre Schafe in einer Heerde von einem gemeinschaftlichen Hirten treiben, aber nicht befugt sei, sich das Hürdelager allein zuzueignen, sondern wenn die besondere Qualität des Ortes nicht eine andere Einrichtung erfordert, nach Verhältniß des Schafviehes mit dem Hürdelager bald auf dem Vorwerke, bald auf dem Baueracker in bestimmten Jahren abzuwechseln sei. Bei welcher Entsch. vorausgesetzt worden, daß zwischen beiden Theilen ein Jus compascui stattfinde, welches aus der Anfrage nicht deutlich ersehen werden könne.
(Klein Bd. 13. S. 334, Rabe Bd. 2. S. 719.)

§. 157. 1) Ueber die Entschädigung für den Hordenschlag bei Gemeinheitstheilungen vergl. die §§. 144. u. 145. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 (G. S. S. 71).

2) G. v. 22. Juni 1830, betr. die Aufhebung des in der Magdeburger Polizei-O. enthaltenen Verbots des bäuerlichen Hordenschlags.
(G. S. 1830 S. 109.)

§§. 159. 160. Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 §. 39.

Will der mit der Schäfereigerechtigkeit versehene Gutsbesitzer bei einer Gemeinheitstheilung den Schafstand nicht nach der Durchwinterung berechnen lassen; so kann er nur für den seit den letzten zehn Jahren vor der Einleitung der Auseinandersetzung durchschnittlich gehaltenen Schafstand Entschädigung verlangen. Wählt er aber diesen letzteren Maßstab, so kann sein Theilnehmungsrecht in Rücksicht des übrigen Viehes an Pferden, Ochsen, Kühen, Jungvieh nur so hoch bestimmt werden, daß es überhaupt die Durchwinterung nicht überschreitet. Dahin werden die §§. 159. u. 160. Tit. 22. Thl. I. des A. L. R. abgeändert und ergänzt. (G. S. 1821 S. 58.)

§. 165. Die Schafhutung wird bei gefrorner Saat nur bis Alt-Lichtmessen gestattet, und wenn Mast ist, nur von Johannis bis Michaelis, welchemnächst sie erst nach vollbrachter Mast wieder anfängt.
(Erkannt im Jahre 1778 in Sachen des Stettinschen Magistrats und der Bürger zu Pankau gegen den Grafen v. Haak, Stengel Bd. 4. S. 80.)

[1]) Ueber diese beiden Fragen hatte der II. Sen. des Ob. Trib. abweichend erkannt.

§§. 170—186. Von Schonungen bei der Waldhütung.

§§. 171—178. Diese Bestimmungen sind modifizirt worden durch die §§. 27—32. des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811.

§. 27. In Absicht der Waldweide ist Unser Wille:
daß dabei die allgemeine gesetzliche Vorschrift, nach welcher die Ausübung von Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern darf, zur vollen Anwendung kommen soll.

§. 28. Dem gemäß wird die mit diesem Grundprinzip im Widerspruch stehende Bestimmung, welche die Schonungsbefugniß der Waldeigenthümer auf einen gewissen Theil des Waldes einschränkt, hiermit aufgehoben und festgesetzt: daß die Schonungsfläche hauptsächlich durch das Bedürfniß der Wiederkultur bestimmt werde[1]).

§. 29. Sollte durch unbeschränkte Anwendung des eben erwähnten Grundsatzes eine wirklich unentbehrliche Weide zu sehr leiden, so soll eine billige Einschränkung desselben nach dem Urtheil der Schiedsrichter[2]) stattfinden[3]).

§. 30. Da für die Laubholz-Waldungen die Weide beinahe immer verderblich — der Boden derselben aber gewöhnlich von der Art ist, daß er mit Nutzen zu Ackerland oder Wiesen aptirt werden kann; so soll dies durch Abfindung der Weideberechtigung mittelst Abtretung eines Theils dieser Holzdistrikte möglichst befördert werden.

Bei der Abfindung muß zwar die Nutzung, welche die Weide gewährte, nach der Billigkeit in Anschlag kommen. Entstand sie aber hauptsächlich durch große Räumden und Blößen, so wird nicht die wirkliche Nutzung der letzten Zeit, sondern diejenige berücksichtigt, welche bei einem mittelmäßigen Bestande der Forst stattgefunden haben würde.

§. 31. Eben dies gilt von den Nadelholz-Waldungen.

§. 32. In sofern die Berechtigten größere Waldstriche beweiden, als sie zur Hülfe für ihre Heerden bedürfen oder zu beziehen berechtigt sind, so müssen sie sich die Einschränkung auf kleinere Distrikte gefallen lassen.

Auch ist der Waldeigenthümer befugt, bei mehreren nicht zu einer Gemeinde gehörigen Berechtigten Jedem einen besonderen Weidedistrikt anzuweisen, wenn dies konvenabel für die Forstnutzung sein sollte. (G. S. 1811 S. 307.)

[1]) a) In Betreff des Maßstabes für die Einschränkung der Schonungsfläche hat das R. des Min. des Inn. u. d. Pol. v. 18. Sept. 1838 den Grundsatz ausgesprochen, daß nicht das volle Weidebedürfniß der Hütungsberechtigten dabei zur Norm dienen dürfe, sondern darauf nur billige Rücksicht genommen, übrigens auch das Weidebedürfniß der Berechtigten mit billiger Berücksichtigung der Zeit und der Umstände, zu welcher und unter denen das Hütungsrecht zuerst entstanden ist, beurtheilt werden soll.
(v. K. Ann. Bd. 22. S. 615.)

b) In Betreff der Verhältnisse der Domainen-Einsassen in dieser Beziehung hat das R. des Min. des Königl. Hauses v. 17. Mai 1837 den Grundsatz ausgesprochen, daß Fiskus Beschwerden der Weideberechtigten im voraus, und ohne es auf das, im §. 29. des Kultur-Ed. beregte schiedsrichterliche Urtheil ankommen zu lassen, durch einen angemessenen, sowohl den Bedarf der Forstverwaltung, als auch das Weidebedürfniß der Servitutberechtigten in gleichem Maße berücksichtigenden Kulturplan um so mehr vorbeugen müsse, als gegen die Befugniß des Waldbesitzers, früher mit Laubholz bestanden gewesene Flächen in Nadelholzbestände umzuwandeln, erhebliche Zweifel erhoben worden sind. (v. K. Ann. Bd. 21. S. 335.)

[2]) a) Unter den »Schiedsrichtern« ist hier die schiedsrichterliche Instanz verstanden, deren Errichtung der §. 42. des Kultur-Ed. ankündigt. Diese Anstalt ist jedoch nicht eingerichtet, vielmehr ist die Gemeinheitstheilungs-Behörde selbst als entscheidende Instanz eingesetzt worden. Daraus folgt, daß Streitigkeiten zwischen einem Weideberechtigten und dem servitutpflichtigen Waldeigenthümer darüber, in welchem Umfange das Hütungsrecht des Ersteren durch die Ausübung der Schonungsbefugniß des Letzteren eingeschränkt werden darf, zur Kompetenz der Auseinandersetzungs-Behörden gehören, auch wenn mit dem Antrage auf Schlichtung dieser Streitigkeiten nicht zugleich eine Provokation auf Ablösung des Hütungsrechts verbunden ist. (Erk. des Kompetenz-Gerichtshofes v. 4. Okt. 1856, J. M. Bl. 1857 S. 12, Min. Bl. d. i. V. 1857 S. 59.)

b) Die Frage über die Einschränkung der Waldweide ist auch in den westlichen Provinzen nach dem Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 zu beurtheilen und gehört, durch einen schiedsrichterlichen Spruch zu entscheiden, mit Ausschluß der Gerichte vor die Gen.-Kommissionen. (Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 14. Mai 1850, Ulrich's Arch. Bd. 14. S. 601.)

[3]) Die Vorschriften der §§. 27—29. des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 finden auch auf Blößen in der Forst, welche bisher nicht zur Holzgewinnung benutzt worden sind, Anwendung. (Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 1. Dec. 1857, Entsch. Bd. 37. S. 183, Striethorst's Arch. Bd. 28. S. 118 Nr. 28.)

§§. 179—186. 1) Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 33.[1]).

Es soll mit Strenge und Nachdruck auf Respektirung der Schonungen gehalten, und Alles entfernt werden, wodurch sie verletzt werden können.

Wir verordnen deshalb die genaue Befolgung der polizeilichen Vorschriften:

a) daß da, wo ganze Kommunen das Weiderecht haben, nicht einzelne Mitglieder ihr Vieh in die Forst schicken dürfen, sondern solches von gemeinschaftlichen Hirten eingetrieben und gehütet werden muß[2]);

b) daß noch viel weniger das Vieh einzeln ohne Hirten in die Wälder gejagt werden darf[3]);

c) daß es da, wo es über Nacht bleibt, in Buchten oder eingehägte Koppeln getrieben werden muß. (G. S. 1811 S. 308.)

2) Ueber die Frage: in wiefern die bei Publikation des A. L. R. bestandenen Provinzialgesetze über Pfändungen noch in Kraft stehen, vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 14. Abschn. IV. Zus. IV.
(s. oben S. 526.)

3) Die Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847 findet zum Schutze der Forsten keine Anwendung (§. 1. derselben); das Pfandgeld kann mithin nach derselben in keinem Falle bestimmt werden.

§. 186. Im §. 186. ist auf den Abschn. 15. des A. L. R. II. 20. verwiesen, womit der Abschn. 16. gemeint ist.
(R. v. 29. Dec. 1837, Jahrb. Bd. 50. S. 468, Gräff Bd. 12. S. 6.)

Den Strafbestimmungen des Abschn. 16. entspricht der §. 281. des Strafgesetzb. v. 14. April 1851. Daneben steht noch der §. 347. Nr. 10. a. a. O., welcher indeß nicht Weidefrevel ahndet, sondern dieserhalb auf die Feldpol. O. verweist. Da eine allgemeine Forstpol. O. noch fehlt, so kommen die Provinzial-Forst-Ordnungen zur Anwendung, und wo solche nicht vorhanden sind, oder keine Strafbestimmungen wegen Hütung in Schonungen enthalten, sind dergleichen Weidefrevel aus Fahrlässigkeit oder Eigennutz nicht strafbar.

Vergl. §. 14. der Feldpol. O. v. 1. Nov. 1847. (s. ob. S. 521.)

§§. 187—196. Mastungsrecht.

1) Diese Bestimmungen sind bei Umarbeitung des gedr. Entw. entstanden, und, nach Suarez Aeußerung, zum größten Theile aus Stryck und Leyser entnommen.
(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. Motive zum Tit. 22. S. 215.)

2) Provinzialrechtliche Gewohnheiten und Bestimmungen für die Ausübung der Mastungs- und Holzungsgerechtigkeit in der Mark Brandenburg, welche von den im A. L. R. darüber ertheilten Vorschriften abweichen, vergl. in »Riedels Magazin des Prov. und statut. Rechts der Mark Brandenburg und Pommern Bd. 3. Abtheil. 1. S. 118—143.«

§§. 191. sqq. Der Mastungsberechtigte kann, wenn er den Wald, ohne Zuziehung der Hütungsberechtigten und ohne die im §. 191. h. t. vorgeschriebene Ermittelung und Feststellung zu veranlassen, einseitig verhängt (schließt), und die Hütungsberechtigten ohne Beachtung der angebrachten Verhängungszeichen darin hüten, wegen der dadurch verlornen Mast von demselben keinen Schadensersatz fordern.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 7. Juli 1837. (Präj. Nr. 306.) (Präj. Samml. S. 132.)

§. 193. Die Ausdrücke: »wenn der liebe Gott Mast bescheert« — »wenn Mast vorhanden«, sind von voller Mast zu verstehen, so daß, wenn nur halbe Mast vorhanden ist, auch nur die halbe Anzahl Schweine einzutreiben gestattet wird.
(Erkannt im Jahre 1729, Stengel Bd. 6. S. 69.)

§. 196. 1) Durch die Mastgerechtigkeit eines Dritten wird der Waldeigenthümer nicht gehindert, das nöthige Brennholz zu seinen Bedürfnissen aus dem Walde zu nehmen; jedoch müssen zuvörderst die abgestandenen und zopftrockenen Eichen, und erst in deren Ermangelung können gesunde, masttragende Bäume genommen werden.
(Erkannt im Jahre 1780, Stengel Bd. 6. S. 70.)

2) Vergl. die Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 §§. 116., 117.

§§. 197—239. Holzungsgerechtigkeit.

§. 197. u. Anh. **§. 61.** 1) Der §. 61. des Anh. ist aus der K. O. v. 18. Juli 1799 (N. C. C. Tom. X. p. 2591, Rabe Bd. 5. S. 499) und der K. O. v. 24. Sept. 1802 (N. C. C. Tom. XI. p. 1213, Rabe Bd. 7. S. 259) entnommen.

2) Cirk. des Gen. Dir. v. 3. Okt. 1801. Die Vorschrift der K. O. v. 18. Juli 1799 ist eine bloße, wegen des allgemeinen Holzmangels für nothwendig erachtete Polizeianordnung, über deren Anwendung auf einen bestimmten Fall niemals ein Prozeß gestattet sein soll. (N. C. C. Tom. XI. p. 535, Rabe Bd. 6. S. 601.)

3) Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 27. Jan. 1848 in den Erg. zum A. L. R. I. 19. §§. 15. u. 20. (s. oben S. 642.)

§§. 197. sqq. 1) Streitigkeiten über eine Holzberechtigung sind dem Rechtswege unterworfen, wenn der Klageantrag nur auf die Feststellung des Umfanges und des Gegenstandes derselben, nicht aber auf eine Anfechtung polizeilicher Anordnungen gerichtet ist.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 3. Jan. 1857. (J. M. Bl. 1857 S. 287.)

2) Streitigkeiten, welche die Feststellung des Umfanges einer auf Grund der Verjährung in Anspruch genommenen Holzberechtigung, sowie die Art der Ausübung derselben zum Gegenstande haben, sind von dem Rechtswege im Allgemeinen um deshalb nicht ausgeschlossen, weil nach der Behauptung der Verpflichteten die Modalitäten der Ausübung der Holzberechtigung in Konflikt mit neueren forstpolizeilichen Vorschriften würden treten können.

Erkannt von dem Kompetenz-Gerichtshofe unterm 24. Jan. 1857. (J. M. Bl. 1857 S. 290.)

§§. 197—199. Die §§. 197—199. sind auf solche mit Holz bestandene Grundstücke nicht zu beziehen, die weder im gemeinen Leben ein Wald genannt, noch auch technisch dafür gehalten werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Febr. 1858.
(Striethorst's Arch. Bd. 29. S. 92 Nr. 21.)

§. 201. 1) Es ist zweifelhaft gefunden: ob der Berechtigte auch Schirr- und Nutzholz fordern könne, wenn er das »benöthigte« Holz zu entnehmen berechtigt ist.
(Merckel's Komm. zum A. L. R. ad h. l.)

Eine allgemeine Entscheidung darüber findet sich nicht; auch ist der Begriff des Schirrholzes durch kein allgemeines Landesgesetz bestimmt; es sind indeß darüber, was unter Geschirrholz zu verstehen, provinzielle Bestimmungen ergangen:

a) Für Mühlen bestimmt die Instr. für die Landbaumeister in der Neumark v. 3. Juni 1804 im Art. VIII.:

Hierbei dient noch zur Nachricht, daß nach einem von dem Königl. Ober-Bau-Departement unterm 7. Nov. 1802 wegen der Hundskopffschen Mühle abgegebenen Gutachten dasjenige Holz, welches zu Wasser- und Windmühlen, und zwar im einzelnen zu Rädern, Dreilingen, Getrieben, Wellen, Beutelkasten, Rumpfen, Rumpfleitern, Angewegen, Stergen, Trageböcken, Rückscheeren, Windmühlenruthen und Pressen gebraucht wird, zum Nutz- und Schirrholz, das sonst erforderliche aber zum Bauholz gerechnet wird.
(Hoffmann's Rep. Thl. II. S. 142, Rabe Bd. 13. S. 577.)

---

[1]) Die Bestimmungen des §. 33. des Kultur-Ed. sind als allgemein in Ausübung zu bringende Vorschriften für alle Landestheile, wo das A. L. R. gilt, anzusehen, und die Regierungen ermächtigt, die demnach erforderlichen Strafbestimmungen bekannt zu machen.
(R. des Min. des Inn. u. der Fin. v. 29. Febr. 1832, v. K. Ann. Bd. 16. S. 383.)

[2]) a) Diese Vorschrift findet jedoch nur auf diejenigen Anwendung, welche ihr Recht aus der Hütungsberechtigung einer Gemeinde herleiten, wogegen demjenigen, welcher sein Recht durch einen besonderen Titel erworben hat, die Einzelhütung nicht verwehrt werden kann. (Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Nov. 1855, Entsch. Bd. 32. S. 79.)

b) Das in der Forst- und Jagd-O. für Westpreußen und den Netzdistrikt v. 8. Okt. 1805 Tit. IV. §§. 6. und 37. (Rabe Bd. 8. S. 354) enthaltene (im §. 33. Litt. a. des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 wiederholte) Verbot der Einzelhütung der zur Waldhütung berechtigten Gemeinden, welche in geschlossenen Dörfern wohnen, beschränkt sich nicht auf die Gemeinden als solche, als Korporationen, sondern ist auch dann anwendbar, wenn die sämmtlichen Grundbesitzer, welche in einem geschlossenen Dorfe wohnen, zur Waldhütung berechtigt sind.
(Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Sept. 1857, Entsch. Bd. 37. S. 177.)

[3]) Ueber die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die in Folge der Separation abgebauten Hofwirthe vergl. C. R. des Min. des Königl. Hauses v. 5. Jan. 1838 (v. K. Ann. Bd. 22. S. 50.)

b) Für Landgüter die Pommersche Forst-Ordnung v. 24. Dec. 1777 Tit. 6. §. 13., übereinstimmend mit der Forst-Ordnung für Ostpreußen und Litthauen v. 3. Dec. 1775 Tit. 6. §. 14.

Diejenigen Unterthanen, welche zu ihren Ackergeräthschaften das freie Holz erhalten, müssen solches in keinem anderen Bedarf anwenden und, wenn sie Fuhrwerk für Geld treiben, das Holz zu den Wagen oder Schlitten und Geschirre, nach der Holztaxe, für voll bezahlen.

(N. C. C. Tom. VI. p. 1057 No. 55. 1777, Rabe Bd. 1. Abthl. 6. S. 271.)

2) Die Forst-Ordnung für Westpreußen und den Netzdistrikt v. 8. Okt. 1805 enthält im Titel II. über die Berechtigung zum benöthigten Bauholz das A. L. R. zum Theil deklarirende Bestimmungen in den §§. 28—34.

(N. C. C. Tom. XI. p. 3152 des 2. Nachtr. 1805 u. Tit. 12. S. 783 Nr. 6. des Nachtr. 1806, Rabe Bd. 8. S. 354.)

3) Die durch einen Vertrag konstituirten Grundgerechtigkeiten auf Bauholz, Brennholz und Zaunstrauch sind nicht Theile einer Holzungsgerechtigkeit, sondern selbstständige Befugnisse. Die Ausübung der einen Gerechtigkeit erhält daher nicht die anderen; vielmehr kann die eine durch Nichtgebrauch erlöschen, während die andere durch den fortgesetzten Gebrauch erhalten wird.

Erkannt von dem Ob. Trib. (Datum des Erk. konstirt nicht).

(Entsch. Bd. 17. S. 283.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §§. 570. u. 571. Zus. 5. (s. oben S. 281.)

§. 203. 1) Wenn der Eigenthümer eines Waldes verpflichtet ist, den Besitzern von bäuerlichen Grundstücken ihren Brennbedarf zu gewähren, so ist er auch verbunden, das Brennmaterial für die besonderen Haushaltungen der Ausgedinger verabfolgen zu lassen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1847. (Präj. Nr. 1914.) (Präj. Samml. S. 133, Entsch. Bd. 15. S. 491.)

2) Die unbestimmte Bauholzgerechtigkeit ländlicher Stellen erstreckt sich auch auf die zu den Stellen gehörigen Auszugshäuser und die an die Wohnhäuser der Stellen angebauten Auszugsstuben.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 23. Nov. 1855 und von dem Ob. Trib. unterm 7. Okt. 1856.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 395.)

3) Die einem Kretscham zustehende Brennholzberechtigung kann für die auf demselben betriebene Branntweinbrennerei, Gastwirthschaft und sonstigen Gewerbe nur dann ausgeübt werden, wenn nachgewiesen wird, daß diese Gewerbebefugnisse bereits bei der ursprünglichen Verleihung des Kretschams oder nachher der Stelle beigelegt sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. März. 1848.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 2. S. 451 Nr. 14. u. Bd. 3. S. 229.)

Dagegen gebührt dem Besitzer einer Stelle, mit welcher Back- und Branntweinbrennereigerechtigkeit, ingleichen eine Gastwirthschaft pertinentialiter verbunden sind, das für diese Gewerbe erforderliche Holz.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. und bestätigt von dem Ob. Trib. unterm 9. Febr. 1849.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 229 Anm.)

4) Die einem Gute zustehende unbestimmte Brennholzgerechtigkeit kann nicht ohne Weiteres auch zur Deckung des Bedürfnisses der auf demselben vorhandenen gewerblichen Anlagen ausgeübt werden. Es kommt vielmehr auf die faktischen Verhältnisse zur Zeit der Erwerbung des Rechts an.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. März 1847.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 226, Grunds. Nr. 291. in Bd. 11. S. 81.)

§. 204. Darf der Holzungsberechtigte den Bedarf für vergangene Jahre nachfordern, wenn er es verabsäumt hat, denselben zu entnehmen?

1) Die Gesetzrevisoren verneinen; denn es liege in der Natur einer auf das Bedürfniß eingeschränkten Servitut, daß keine Nachforderungen stattfinden, wenn der Berechtigte den Bedarf zu nehmen versäumt hat, so wenig wie das Bedürfniß auf mehrere Jahre voraus genommen werden dürfe.

(Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 217.)

2) Bornemann ist derselben Ansicht und theilt mit, daß auch der Instr. Sen. des Kammerger. die Frage in dem Falle verneint habe, wenn der Berechtigte nicht zum Verkaufe, sondern zu einem bestimmten Zwecke das Bauholz zu fordern hat, wo er es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn gegenwärtig die Ausübung seiner Befugniß unmöglich sei. Nur wenn der Berechtigte das Holz aus dem verpflichteten Walde angekauft, oder die Lieferung verweigert worden wäre, würde der Verpflichtete das Kaufgeld restituiren, und die gehabten Ausgaben dem Berechtigten ersetzen müssen.

(System Bd. 4. S. 590, 2. Ausg. Bd. 4. S. 390.)

3) Koch verneint gleichfalls; denn die Nachforderung sei, wenn dem Bedürfnisse des vergangenen Jahres nicht Genüge geleistet worden, in dem vergrößerten Bedürfnisse des laufenden Jahres von selbst enthalten; wenn aber dem Bedürfnisse sonstwie abgeholfen worden, so laufe die Nachforderung auf einen Gelderwerb hinaus, nämlich als Ersatz für die Aufwendungen der Vergangenheit, und es verstehe sich, daß bloße Versäumniß des Berechtigten, nicht etwa Verweigerung des Bedarfs Seitens des Belasteten der Grund sein müsse, daß das Bedürfniß unbefriedigt geblieben ist.

(Landr. Bd. 2. Anm. 10. zum §. 204. h. t.)

§§. 205—207. Das R. v. 4. April 1776 bestimmt zur Dekl. der Forst-Ordnung für Ostpreußen und Litthauen v. 3. Dec. 1775 Tit. VI. §. 10. Litt. b.:

Wenn aus einem Privilegium nicht ausdrücklich erhellet, daß das verliehene Holzungsrecht oder auch anderes Recht auf die Person oder die Familie des Beliehenen allein restringirt und nicht zugleich auf das Gut gegeben sei, so ist ein solches Privilegium allemal pro reali zu halten, wenn auch nur die bloßen Worte: für sich und seine Erben, gebraucht sind.

(N. C. C. Tom. IX. p. 275, Rabe Bd. 2. S. 224.)

§. 208. 1) Zum Bauholz im rechtlichen Sinne wird nicht bloß das Holz gerechnet, welches der Zimmermann braucht, um ein Gerippe herzustellen, sondern nach §. 208. auch alles dasjenige Holz, welches zum Bau, zur Unterhaltung und Wiederherstellung eines Gebäudes, sowohl in seinen Hauptbestandtheilen, als zum innern, seiner Bestimmung entsprechenden Ausbau, z. B. Treppen, Dielungen ꝛc. erforderlich ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 17. Juli 1840.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 150.)

2) Die einem Gute zustehende unbestimmte Bauholzgerechtigkeit bezieht sich auf alles zum Bau, zur Unterhaltung und zur Wiederherstellung der vorhandenen Gebäude, sowohl in ihren Hauptbestandtheilen, als zum inneren, ihrer Bestimmung entsprechenden Ausbau erforderliche Holz, und es ist hierbei gleichgültig, ob dieses Holz von dem Zimmermann oder vom Tischler zu bearbeiten ist.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 19. Sept. 1854.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 8. S. 471 u. Bd. 11. S. 81, Grunds. Nr. 293.)

Denselben Grundsatz hat das Rev. Kolleg. für L. K. S. in mehreren Entscheidungen, und insbesondere angenommen, daß dem Berechtigten auch das nöthige Holz zu den Stubendielen, Fensterrahmen, Fensterläden, Treppenverkleidungen, Thüren, Dachstücken, Brunnen, Thoren und Hofzäunen, Krippen und Raufen in den Ställen, Brücken in oder an dem Gehöfte, Tränketrögen, Dach- und Feuerleitern und Feuerhaken gewährt werden müsse; wogegen das Holz zu den Verbindungen der Gehöfte Behufs Herstellung eines geschlossenen Hofraumes, namentlich zu Pforten, Thorwegen und Zäunen, nicht dahin gehöre, und ebenso wenig das Holz zu den sogen. Anbauen, bestehend aus Schuppen, Kammern, Kellern und Ställchen, in sofern nicht eine speziell erworbene Berechtigung auch zu solchen Ansprüchen nachgewiesen werden kann.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 235 ff.)

3) Der §. 58. Tit. II. der Forst-Ordnung für Westpreußen und den Netzdistrikt v. 8. Okt. 1805 verpflichtet den Bauholzberechtigten zwar, sich die Veranschlagung des Werthes der Berechtigung nach der örtlich zweckmäßigsten und holzersparendsten Bauart gefallen lassen zu müssen; gestattet aber, wenn der Werth der bisherigen Ausübung des Rechtes ein höherer ist, bis auf Höhe dieses Mehrwerthes die Anrechnung der Mehrkosten, welche der Berechtigte zur Ausführung der veranschlagten Bauart aufwenden muß.

Die §§. 30. u. 31. Tit. II. der gedachten Forst-Ordnung befreien den Belasteten von der Hergabe des Bauholzes zu Bodentreppen,

Unterzügen in Ställen, zu Krippen, zur Bedielung der Dachböden und zum Ausbohlen der Pferdeställe, nicht, wenn dasselbe nach sachverständigem Gutachten wirthschaftlich erforderlich, resp. in den Verleihungsurkunden oder sonst zugesichert worden ist.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 16. Dec. 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 190.)

4) In dem Kolonatsverhältnisse ist an und für sich die Verpflichtung des Gutsherrn nicht enthalten, Bau- und Schirrholz aus seinen Forsten zu gewähren; — ein derartiges Recht kann aber von dem Kolonatsbesitzer durch Verjährung erworben werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Aug. 1848 in einem Westphälischen Falle.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 230 ff.)

5) Die Bauholzgerechtigkeit einer Wassermühle erstreckt sich auch auf die Abschlagsschleuse des zur Mühle gehörigen Mühlenteiches.

Bei Bestimmung des Umfanges einer solchen Gerechtigkeit entscheidet rücksichtlich der vorhandenen Anlagen das gegenwärtige Bedürfniß.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 4. Mai 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 137 Nr. 5.)

6) Kann das Bauholz auch zu solchen Theilen eines Gebäudes gefordert werden, deren Konstruktion aus Holz verboten ist, wie z. B. Schornsteine?

a) Pfeil bejahet, weil das Polizeigesetz nicht den Belasteten habe befreien wollen, sondern nur Schaden verhüten wolle; der Berechtigte könne nun sein Holz anderweitig benutzen, um dafür mit Steinen zu bauen. (Gans Beitr. Bd. 1. S. 321.)

b) Koch verneint, weil der Belastete nur verpflichtet sei, das herzugeben, was der Berechtigte in Natur zum Bedürfniß seines Grundstückes verbrauchen könne. Dürfe der Letztere das Holz nicht mehr verwenden, so brauche er keins und könne mithin zum Verbrauche nichts nehmen wollen. (Landr. Bd. 2. Anm. 12. zum §. 208. h. t.)

7) Durch den Massivumbau eines, zur Zeit der Verleihung der Bauholzgerechtsame in Fachwerk errichtet gewesenen Gebäudes geht der Berechtigte zwar des Rechts auf freie Verabreichung des zum Fachwerksbau erforderlichen Bau- und Reparaturholzes ohne Weiteres nicht verlustig; bei der Ablösung der Bauholzgerechtigkeit aber ist der Werth derselben nur nach dem Holzbedürfnisse für den zur Zeit der Auseinandersetzung noch bestehenden Massivbau zu ermitteln.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 9. Sept. 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 216.)

8) Der zur Gewährung von Bauholz Verpflichtete wird auch in dem Falle seiner Verpflichtung nicht entledigt, wenn der Berechtigte seine Gebäude versichert und die Versicherungssumme erhalten hat.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 30. Juni 1854. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 120.)

§§. 208—210. 1) Bei Entscheidung der Frage, was zum nothwendigen Bauholze gehört, ist auf die Zeit des jedesmaligen Bedürfnisses zu sehen, nicht auf die Verhältnisse zur Zeit der Konstituirung der Berechtigung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juli 1840. (Präj. Nr. 902.)

Aus der Fassung des §. 210. erhellet mit Gewißheit, daß der Gesetzgeber beabsichtigt hat, durch dasselbe den nachtheiligen Einfluß zu beseitigen, den die unbedingte Beschränkung des Berechtigten auf das Bedürfniß, wie es sich zur Zeit der Konstituirung des Rechts herausstellte, auf das Fortschreiten der Kultur gehabt haben würde. Man verstattete ihm zu diesem Zwecke, wenn veränderte Umstände und vermehrte Bedürfnisse es nothwendig machen sollten, selbst die Erweiterung der Gebäude und stellte dadurch das Prinzip auf, daß in Betreff der ursprünglich vorhanden gewesenen Gebäude das Bedürfniß des Berechtigten nach dem gegenwärtigen Zustande entscheide. Durch veränderte Umstände oder vermehrte Bedürfnisse kann also der Bedarf des Berechtigten gesteigert werden, vorausgesetzt, daß die Verwendung des größeren Quanti nothwendig ist zur gewöhnlichen Bewirthschaftung des berechtigten Grundstücks. Wird durch das Fortschreiten der Kultur in Bezug auf innere Einrichtung der Gebäude das Bedürfniß gesteigert, so tritt derselbe Grund ein, welcher, wie oben gesagt, den Anspruch auf das hierzu erforderliche Bauholz bedingt, sobald das Bedürfniß für nothwendig erachtet wird. Es kann daher auch bei Entscheidung der Frage, was zum nothwendigen Bauholze zu rechnen, und der gegenwärtige Zustand des Gebäudes berücksichtigt werden, wobei es jedoch dem Verpflichteten überlassen bleiben muß, nachzuweisen, daß ein oder der andere Theil des Gebäudes nicht nothwendig, und deshalb auch das dazu erforderliche Holz nicht als nothwendig zu betrachten sei.

(Präj. Samml. S. 133, Koch's Arch. Bd. 4. S. 150.)

2) Der Grundsatz des Präj. Nr. 902. v. 17. Juli 1840 [1]) findet auf die durch neue Kulturarten und wesentliche Umgestaltungen der Wirthschaftsführung hervorgerufenen erweiterten Anforderungen keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Juni 1857.

Die im §. 210. gedachte »Vermehrung des Bedürfnisses« darf nicht in einer solchen Veränderung beruhen, welche bloß durch die Willkühr des Berechtigten bestimmt wird; der letztere darf den Verpflichteten nicht beliebig belasten. Das Präj. Nr. 209. darf nicht in solchem Sinne aufgefaßt werden, in welchem es dem Gesetze geradezu widersprechen würde. Aus den Motiven desselben ergiebt sich, daß dasselbe sich nur auf Bauart und Einrichtung der Gebäude bezieht. Der Verpflichtete soll das als Bedürfniß im Sinne des §. 210. anerkennen, was im Verlaufe der Zeit gebräuchlich geworden; die hierbei in Frage kommende Grenze zwischen materiellem Kulturfortschritt und einer Luxuserforderniß ist der thatsächlichen Feststellung für den einzelnen Fall angehörig. In keiner Weise aber ist gesagt, daß den erweiterten Anforderungen, welche durch neue Kulturarten und wesentliche Umgestaltungen der Wirthschaftsführung hervorgerufen werden, der Verpflichtete sich ohne Weiteres zu unterwerfen habe.

(Entsch. Bd. 36. S. 221, Striethorst's Arch. Bd 25. S. 257 Nr. 51.)

3) Zu den Baulichkeiten, welche zur Bewirthschaftung der bei Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse zu dem bauholzberechtigten Gute abgetretenen Bauerländereien nothwendig werden, darf der belastete Wald das Bauholz nicht hergeben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Sept. 1847. (Präj. Nr. 1915.)

In Gemäßheit des Grundsatzes, daß Servituten stricte zu interpretiren sind, ist im §. 208. die Regel aufgestellt, daß die Befugniß, Bauholz aus einem Walde zu nehmen, sich, in soweit sie eine Grundgerechtigkeit ist, nur auf dasjenige erstrecke, was zur Unterhaltung oder Wiederherstellung der zur Zeit der Verleihung des Rechts vorhanden gewesenen Wohn- und Wirthschaftsgebäude erforderlich ist. Es ist nur die Folge dieses Grundsatzes, wenn es im §. 209. weiter heißt: »Zu neuen Anlagen also darf der belastete Wald das Bauholz nicht hergeben.« Zu solchen neuen Anlagen werden aber nach §. 210. nicht gerechnet: 1) die in Folge veränderter Umstände nothwendig gewordene Verlegung der anfänglich vorhanden gewesenen Gebäude, und 2) deren Erweiterung wegen vermehrter Bedürfnisse des berechtigten Guts. Denn in beiden Fällen darf das zu diesem Zwecke erforderliche Bauholz aus dem belasteten Walde entnommen werden. Es ist daher im §. 210. eine Ausnahme jener Regel des §. 208. enthalten, welche als solche nicht ausdehnend zu erklären ist. Von einer Verlegung von Gebäuden ist hier nicht die Rede, sondern von der Errichtung neuer Gebäude, welche aus dem Grunde nothwendig geworden sind, weil die Bedürfnisse des berechtigten Gutes durch die Erweiterung seines Areals sich vermehrt haben. Wenn man dem Appellationsrichter auch darin beitreten wollte, daß die Erweiterung der Gebäude im Sinne des §. 210. auch eine Vermehrung derselben in sich schließe, so lange es nur darauf ankommt, die durch die vermehrten Bedürfnisse des berechtigten Guts, für welche die vorhandenen Gebäude nicht ausreichen, nothwendig gewordenen Räume in neuen Wirthschaftsgebäuden zu beschaffen, so kann die Bestimmung des §. 210. doch nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn das Areal des berechtigten Guts durch eine Handlung seines Besitzers erweitert worden ist, und aus diesem Grunde die vorhandenen Gebäude nicht mehr zureichen, sondern die Wirthschaftsgebäude vermehrt werden müssen. Denn unter dem berechtigten Gute ist im Sinne der §§. 208. ff. das Gut, dem die Holzungsgerechtigkeit verliehen ist, und zwar in seinen Bestandtheilen und in seinem Umfange zur Zeit der Verleihung zu verstehen; hiervon und von den zur Zeit der Verleihung vorhanden gewesenen Gebäuden ist der Umfang der verliehenen Gerechtigkeit abhängig gemacht. Aus der Fassung des §. 210. erhellet aber unzweifelhaft nur, daß der Gesetzgeber beabsichtigt hat, durch dessen Bestimmung den nachtheiligen Einfluß zu beseitigen, den die unbedingte Beschränkung des Berechtigten auf das Bedürfniß, wie es sich zur Zeit der Konstituirung des Rechts herausstellte, auf das Fortschreiten der Kultur gehabt haben würde. Zu diesem Zwecke ist, wenn eine erhöhte Bodenkultur und verbesserte Wirthschaftseinrichtungen den Ertrag des berechtigten Guts erhöhen, und durch diesen, so wie durch die veränderten Einrichtungen die vorhandenen Wohn- und Wirthschaftsgebäude unzulänglich werden, eine Erweiterung derselben verstattet und hierfür der Bauholzbedarf bewilligt. Das Recht muß aber immer auf das berechtigte Gut in seinem Umfange zur Zeit der Verleihung beschränkt bleiben; für Grundstücke, welche nach der Verleihung mit demselben verbunden sind, kann die Holzungsgerechtigkeit nicht geltend gemacht werden, weil sie in der Verleihung

[1]) Vergl. ob. Zus. 1.

nicht begriffen sind; und wenn der Holzungsberechtigte wegen solcher Grundstücke überhaupt zur Errichtung der, zu deren Bewirthschaftung erforderlichen Gebäude keinen Anspruch auf Verabreichung von Bauholz aus dem Verleihungsvertrage herleiten kann, so kann derselbe noch viel weniger auf den Grund des §. 210. einen solchen Anspruch geltend machen, welcher das Bestehen eines vertragsmäßig konstituirten Rechts, und nur dessen Ausdehnung, soweit das Gesetz dieselbe verstattet, voraussetzt. Eine solche Handlung des Holzungsberechtigten, nämlich die Erweiterung des Areals des berechtigten Guts, kann das bevorstehende Vertragsverhältniß zu dem Eigenthümer des belasteten Waldes nicht verändern; des Letzteren Verpflichtungen würden durch ein ihm ganz fremdes Geschäft auf eine unzulässige Weise erschwert werden. Die Errichtung von Wirthschaftsgebäuden für ein nach der Verleihung der Holzungsgerechtigkeit mit dem berechtigten Gut vereinigtes Grundstück ist einer neuen in dem Verleihungsvertrage nicht vorgesehenen Anlage gleichzusetzen, für welche schon der §. 209. das Bauholz versagt.

(Präj. Samml. S. 133, Entsch. Bd. 16. S. 219, Rechtsf. Bd. 2. S. 242 Nr. 122.)

4) Die einem Gute zustehende Bauholzgerechtigkeit kann für die Anlegung neuer Gebäude niemals und für die Erweiterung oder Verlegung schon vorhandener Gebäude nur in soweit in Anspruch genommen werden, als veränderte Umstände oder vermehrtes Bedürfniß des berechtigten Guts dieselben nothwendig machen. Insbesondere kann diese Gerechtigkeit für die, wegen des größeren, dem Gute bei einer Separation zugefallenen Areals zu errichtenden neuen Gebäude nicht ausgeübt werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. März 1851, unter Bezugnahme auf das Präj. Nr. 1915. v. 18. Sept. 1847[1]).

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 307 Nr. 68.)

5) Die Grundgerechtigkeit, Bauholz aus einem Walde zu entnehmen, erstreckt sich nicht auf Gebäude, die nach der Zeit der Verleihung bloß der besseren Bewirthschaftung halber errichtet worden sind, oder errichtet werden sollen.

Dieser Grundsatz gilt auch für Westpreußen und den Netzdistrikt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. März 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 65 Nr. 18.)

§. 211. 1) Wenn der Gutsherr das Holz zur Instandhaltung der Gebäude hergeben muß, so ist selbst dann, wenn eine aus Laßbauern bestehende Gemeinde eine eigene Heide hat, sie das Bauholz zur Wiederherstellung der Unterthanengebäude daraus zu liefern nicht schuldig, sondern der Gutsherr hat solches herzugeben.

(Erkannt i. J. 1780, Stengel Bd. 1. S. 83.)

2) Die Ueberlassung der sogenannten Waldnebennutzungen an die Forstbedienten in den ehemaligen Sächsischen Landestheilen ist nicht als auf allgemeiner, bis zum Jahre 1813 bestandener Landesverfassung beruhend anzusehen; — sie muß vielmehr in jedem einzelnen Falle bewiesen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juni 1842. (Präj. Nr. 1164.) (Präj. Samml. S. 133.)

3) Das Königl. Sächsische Mandat v. 30. Juli 1813, die Waldnebennutzungen und die in den Waldungen auszuübenden Befugnisse betreffend (Cod. Aug. Cont. III. Tom. II. p. 161, auch abgedruckt in Neumann's Prov. Recht der Niederlausitz S. 486), ist als ein allgemeines Sächsisches Gesetz, nicht als Prov. Gesetz anzusehen, und hat in den mit Preußen vereinigten ehemals Königl. Sächsischen Landestheilen mit der Einführung des A. L. R. seine Gültigkeit verloren. Die Bestimmung dieses Mandats im §. 6. wegen Unzulässigkeit der Verjährung des Rechtes auf die dort bezeichneten Waldnebennutzungen ist auf die daselbst nicht genannten Holzungsbefugnisse nicht zu beziehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1845. (Präj. Nr. 1635.) (Präj. Samml. S. 325.)

Vergl. die Erg. zum §. 2. des Publ. Pat. v. 15. Nov. 1816.

(s. ob. S. 17.)

§§. 211. 212. Nach gemeinem Rechte erstreckt sich ein auf Verleihung beruhendes Holzungsrecht einer Gemeine nur auf so viel Stellen, als zur Zeit der Verleihung vorhanden waren, nicht aber auf Stellen, welche erst späterhin gegründet sind.

---

1) Vergl. ob. Zus. 2.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 11. Okt. 1849. (Präj. Nr. 2147.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 18. S. 274.)

2) Die §§. 211. u. 212. beschränken sich auf den Fall der Verleihung, welcher zufolge seiner privilegienartigen Natur die strikteste Auslegung erfordert, und auch vermöge der Analogie keine Anwendung auf den Fall gestattet, wenn durch Verjährung einer ganzen Gemeinde das Holzungsrecht oder eine ähnliche Gerechtsame erworben ist.

Angenommen von dem Ob. Trib. in den Gründen des Pl. Beschl. v. 31. Jan. 1848. (Präj. Nr. 1982.) (Entsch. Bd. 16. S. 30.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 666. Zus. 2.

(s. ob. S. 299.)

3) Unter: »allen Einwohnern und Leuten« eines Gutsherrn, denen Bau- und Brennholz-Gerechtsame verliehen worden, ist die Dorfsgemeinde zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Jan. 1848.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 261 Nr. 129.)

§. 213. 1) Derjenige, dem als Grundgerechtigkeit ein Anspruch auf Brennholz ohne weitere Modifikation zusteht, ist nicht verbunden, sich seinen Bedarf auf Raff- und Leseholz vorzugsweise anweisen zu lassen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 22. Jan. 1844[1]). (Präj. Nr. 1393.)

Wenn auch das Raff- und Leseholz eine Art des Brennmaterials sei, welches unter den Gattungsbegriff des Brennholzes gehöre, so seien doch die Rechte dadurch auseinander gehalten, daß das unbedingte Recht zum Brennholz sich zu dem Rechte auf Raff- und Leseholz wie das Größere zum Mindern verhalte; derjenige, der das Recht zum Brennholz ohne Einschränkung besitzt, sei daher zwar befugt, auch schuldig, nebenbei zu seinem Holzbedürfniß das herumliegende trockene Holz, also Raff- und Leseholz, zu verwenden und solches auf seine Holzberechtigung einzurechnen, weil es ebenfalls zum Brennen taugliches Holz ist; er könne aber nicht genöthigt und verpflichtet werden, sich darauf vorzugsweise verweisen zu lassen. Diese verschiedene Natur der beiden Rechte, und daß namentlich das freie Brennholz Gegenstand eines besonderen größeren Rechts ist, erhelle aus §§. 213—219., 224. und argumento e contrario §. 231. Seien auch Grundgerechtigkeiten im zweifelhaften Falle (§. 26. h. t. und Tit. 19. Thl. I. A. L. R.) der strengen Auslegung unterworfen, so dürfe doch diese nicht das Wesentliche der gesetzlich unterschiedenen Berechtigungen aufheben. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, verlören die §§. 15., 17., 18., 20., 24. Tit. 19. a. a. O., auf welche die entgegengesetzte Ansicht sich stütze, den davon erwarteten Einfluß.

(Präj. Samml. S. 133, Entsch. Bd. 9. S. 36, J. M. Bl. 1844 S. 109.)

Das Min. des Königl. Hauses bemerkt in dem C. R. v. 12. Okt. 1844:

Der Pl. Beschl. v. 22. Jan. 1844 bezieht sich, wie aus dessen Gründen ersichtlich ist, nicht auf Brennholzservituten im Allgemeinen, sondern nur auf die durch Vertrag konstituirten. Bei den durch Verjährung erworbenen wird nach dem Rechtssatze quantum possessum, tantum praescriptum in jedem einzelnen Falle zu entscheiden sein, ob der Berechtigte sich vorzugsweise auf Raff- und Leseholz anweisen lassen müsse. In allen übrigen Fällen aber ist er dazu auf Grund der §§. 15. sqq. Tit. 19. verpflichtet, und erst wenn Raff- und Leseholz nicht mehr ausreichend vorhanden, kann er auf bessere Sorten Anspruch machen. (Min. Bl. d. i. V. 1844 S. 316.)

Diese Ansicht ist indeß durch den Pl. Beschl. gerade für unrichtig erklärt, in dessen Gründen es ausdrücklich heißt:

Was nach hergebrachter Gewohnheit oder nach dem Sinne eines Vertrages gelten möchte, darauf kommt es hier nicht an, sondern allein, was nach richtiger Auslegung der einschlagenden Gesetze Rechtens sei.

(Entsch. Bd. 9. S. 39, 40.)

2) Wenn einem Holzberechtigten sein Bedarf an Holz nicht ohne Nachtheil für die Forstkultur gewährt werden kann, so muß er sich

---

1) Dies hatte auch der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 17. Sept. 1841 (Präj. Nr. 1048 b.) angenommen, welches dahin lautet: »Der Eigenthümer des Waldes ist nicht befugt, solche Personen, denen eine ausgedehntere Holzungsgerechtigkeit, als das Recht zum Raff- und Leseholze, zusteht, auf das Sammeln von Raff- und Leseholz zu beschränken, auch wenn solches in hinlänglicher Quantität im Walde vorhanden ist.« (Präj. Samml. S. 302 bis 303.) Derselbe Sen. hatte indeß in einem Präj. v. 3. März 1834 die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen, und deshalb wurde die Frage zur Entsch. des Plenums gebracht.

die Einschränkung seines Rechts in soweit gefallen lassen, als dessen Ausübung mit der Forstkultur unvereinbar ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1847. (Präj. Nr. 1836.)

Es ist ein allgemeiner gesetzlicher Grundsatz, daß die Ausübung von Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern darf. Derselbe ist zwar in seiner Allgemeinheit im A. L. R. nicht klar ausgesprochen; er äußert sich jedoch in verschiedenen Bestimmungen desselben, namentlich im §. 80. Tit. 22. Thl. I., wonach das Hütungsrecht so ausgeübt werden muß, daß der Eigenthümer dadurch an der Substanz der Sache keinen Schaden leide; — im §. 171. daselbst, wonach der Eigenthümer einen bisher unordentlich beholzten Wald in Schläge eintheilen, und von dem Holzberechtigten verlangen kann, daß sie dieselben so lange schonen, als es zur Konservation des Waldes nothwendig ist; — und im §. 213. daselbst, wonach die Holzberechtigten sich nach den vorgeschriebenen Forst-Ordnungen richten müssen. Dagegen ist in dem §. 27. des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 ausdrücklich verordnet:

„In Absicht der Waldweide ist Unser Wille, daß dabei die allgemeine Vorschrift, nach welcher die Ausübung von Servituten die eigentliche Bestimmung des damit belasteten Grundstücks nicht hindern darf, zur vollen Anwendung kommen soll",

und dadurch vom Gesetzgeber der als allgemeine Grundsatz anerkannt. In Anwendung desselben müssen also die Waldnutzungsberechtigten der Forstkultur nachstehen; sie können ihren Bedarf nur verlangen, in soweit dies die Forstkultur gestattet.

Schon hieraus folgt, daß der Nutzungsberechtigte sich den forstpolizeilichen Vorschriften unbedingt und ohne Einschränkung unterwerfen muß, und nicht bloß in soweit, als er dadurch in seinen Rechten, d. h. auf den vollen Bedarf, nicht beeinträchtigt wird.

(Präj. Samml. S. 133, Entsch. Bd. 15. S. 283.)

3) Der Forstservitutberechtigte muß sich eine durch Forstpolizeigesetze gebotene Beschränkung seiner Rechte gefallen lassen, wenn auch das Forstpolizeigesetz erst nach Erwerb seines Rechts, resp. nach vollendeter Verjährung erlassen ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. Febr. 1847.

Bei den forstpolizeilichen Vorschriften muß deren Zweckmäßigkeit und Unerläßlichkeit vorausgesetzt werden, und ihnen muß sich selbst der Privateigenthümer einer Forst unterwerfen. Deshalb muß auch der Servitutberechtigte sich denselben zu Gunsten des Eigenthümers unterwerfen und auf dergleichen Einschränkungen ist auch der §. 17. A. L. R. I. 19. zu beziehen.

(Entsch. Bd. 15. S. 283.)

Denselben Grundsatz hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 5. Juni 1847 angenommen.

Den vorgeschriebenen Forst-Ordn. muß nach §. 213. h. t. jeder Holzberechtigte sich unterwerfen. Bei Waldgerechtsamen ist es, gleichwie nach §. 80. bei der Hütung, Grundsatz: daß durch die Nutzung einer fremden Sache der Eigenthümer derselben weder an deren Substanz Schaden leide, noch an der landesgewöhnlichen Kultur und Benutzung gehindert werde. In den §§. 26., 28. des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 ist die Pflege der Wälder für eine Nothwendigkeit erklärt, auch die Streunutzung im Ges. v. 5. März 1843 besonders bedacht. Möge das Recht der Waldstreu auch im ausgedehntesten Umfange ersessen sein, so ist neben der Verjährung doch nicht das Recht der Forstkultur und Forstpolizei verloren gegangen, vielmehr als Ausfluß des Gesetzes wohlerhalten. Der Grundsatz „quantum possessum, tantum praescriptum" findet nur auf privatrechtliche, nicht aber auf Verhältnisse Anwendung, welchen die Rücksicht auf Konservation der Wälder als Gegenstand des allgemeinen Wohls zum Grunde liegt. Die forstpolizeilichen Befugnisse sind nicht dem Bedarf des Streuberechtigten nachstehend, vielmehr demselben vorgehend. Ihnen muß der Servitutberechtigte sich also auch unbedingt unterwerfen; und wenn sie vom Waldeigenthümer überschritten werden, so mag es nach §§. 225., 229. A. L. R. I. 22. ihm freistehen, Abhülfe zu suchen oder Entschädigung zu fordern, nicht aber kann das Recht der Forstkultur und Polizei durch Erfüllung des Bedarfs vereitelt werden. (Rechtsf. Bd. 1 S. 222 Nr. 104.)

Ebenso in dem Erk. v. 9. Okt. 1847.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 33 Nr. 17.)

Vergl. auch das Erk. desselben Sen. v. 24. Febr. 1848 (Präj. Nr. 2015.) in den Erg. zu den §§. 2. sqq. der V. v. 5. März 1843 über die Ausübung der Waldstreuberechtigung.

(s. unten zum §. 221. h. t.)

4) Die Vorschriften der Forst-Ordnung für Pommern v. 24. Dec. 1777 (Rabe I. 6. S. 271) im §. 17. Tit. 5. und §. 17. Tit. 6., nach welchen den Einmiethern, und denen nur zu Lager-, Raff- und Leseholz privilegirten Personen untersagt ist, außer den geordneten Holztagen und außer der festgesetzten Zeit v. 1. Okt. bis zum 1. März zum Holzsammeln in die Heide zu kommen, finden auf Personen, denen eine ausgedehntere Holzungsgerechtigkeit zusteht, keine Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Sept. 1841. (Präj. Nr. 1048 a.) (Präj. Samml. S. 302.)

5) Der Forstnutzungsberechtigte ist nicht befugt, das zusammengebrachte Material an Raff- und Leseholz, Streu u. s. w. über Nacht im Walde liegen zu lassen und am Tage darauf oder später erst abzufahren.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 15. Sept. 1847.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 219 ff.)

6) Die im §. 26. Tit. 2. der Forst- und Jagd-Ordnung für Westpreußen und den Netzedistrikt v. 8. Okt. 1805 angedrohte poena dupli wird schon dadurch verwirkt, daß das angewiesene Bauholz nicht zu dem bestimmten Behufe verwendet ist. Diese vorschriftswidrige Verwendung hat indeß nicht den Verlust der Bauholzgerechtigkeit für dasjenige Gebäude, zu dessen Reparatur das Bauholz angewiesen gewesen ist, sondern nur zur Folge, daß zu derjenigen Reparatur, zu welcher das vorschriftswidrig verwendete Bauholz assignirt gewesen ist, nicht noch einmal freies Bauholz bewilligt wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Nov. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 19. S. 75 Nr. 20.)

7) Aus dem §. 213. wird auch die Verbindlichkeit des Holzberechtigten zur Entrichtung des in den Forstordnungen bestimmmten Stammgeldes hergeleitet.

Hierüber sind folgende Entscheidungen ergangen:

a) Der Verbindlichkeit zur Entrichtung des Stammgeldes, welches nach §. 3. Tit. 12. der Schlesischen Holz-, Mast- und Jagd-Ordnung v. 19. April 1756 von allem Freiholze zu bezahlen ist, sind auch die Servitutberechtigten unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Jan. 1852 (Präj. Nr. 2431.), unter Bezugnahme auf den §. 213. h. t., weil die rechtliche Eigenschaft des Stammgeldes, als das einer Abgabe für die theilweise Deckung der Forstverwaltungskosten, solches mit sich bringe. Diese rechtliche Eigenschaft der Abgabe, als einer Steuer, und nicht als einer Art oder eines Theils des Kaufgeldes, ergebe sich daraus, daß das Gesetz dessen Entrichtung auf eine Weise anordne, die dieser Geldерlegung jedes andere charakteristische Merkmal, bis auf das einer Steuer, entziehe.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 114, Entsch. Bd. 25. S. 77.)

Auch das Erk. desselben Sen. v. 5. Jan. 1854 führt aus, daß das nach der Schlesischen Holz- rc. Ordnung v. 19. April 1756 von allem Freiholze zu entrichtende Stamm- und Pflanzgeld auch von dem Servitutberechtigten entrichtet werden muß, und daß die erfolgte Verurtheilung zur unentgeltlichen Verabfolgung von Bauholz die Berechtigung zu einer gesetzlichen Abgabe für diese Verabfolgung nicht ausschließe. (Striethorst's Arch. Bd. 11. S. 193 Nr. 42.)

Gegen diese Auffassung führt Koch aus, daß das Stammgeld lediglich ein Theil des Holzpreises sei, welchen der Holzproduzent stellt.

(Landr. Bd. 2. Anm. 19. zum §. 213. h. t.)

b) Zur Entrichtung des Stammgeldes sind nach der Holz-, Mast- und Jagd-Ordnung v. 20. Mai 1720 für die Mittel-, Alt-, Neu- und Uckermark (§. 1. Tit. 10.) auch diejenigen Berechtigten verpflichtet, welche Holz ganz frei aus Königl. Haide zu empfangen haben.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 9. Sept. 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 217.)

c) Nach der Westpreuß. Forst- und Jagd-Ordnung v. 8. Okt. 1805 sind die zu freiem Bau- und Nutzholz aus fiskalischen Forsten Berechtigten zur Erlegung von Stammgeld auch dann verpflichtet, wenn sich die Berechtigung auf einem vor Erlaß jener Ordnung verliehenen Privilegium gründet, in sofern sie keine ausdrückliche Befreiung vom Stammgelde nachzuweisen vermögen.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 27. Sept. 1850. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 277 ff.)

d) Der Bauholzberechtigte ist verbunden, dem belasteten Waldeigenthümer das Schlägerlohn für das zu erhaltende Bauholz zu erstatten.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 9. Sept. 1853, weil das Schlägerlohn nur zur Ausübung der Bauholzgerecht-

same aufgewendet wird und in der Berechtigung zum unentgeltlichen Empfange des benöthigten Bauholzes nicht die Befreiung von der Entrichtung des Schlägerlohns enthalten sei.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 217.)

e) Unter dem »gewöhnlichen Holzgelde«, gegen dessen Entrichtung der Fiskus den angesetzten Kolonisten das Recht auf Raff-, Lager- und Leseholz verliehen hatte, ist das zur Zeit der ursprünglichen Verleihung gewöhnliche Holzgeld zu verstehen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Dec. 1845.

(J. W. 1847 S. 260.)

8) In Betreff der Art und Weise der Ausübung der Holzgerechtigkeiten auf Königl. Forsten vergl.:

a) das Ed. v. 11. März 1772.

(N. C. C. Tom. V. d. p. 119 No. 17., Rabe Bd. 1. Abthl. 4. S. 248.)

b) das Regulativ v. 15. Sept 1798.

(N. C. C. Tom. X. p. 1738.)

In Betreff dieses Regulativs hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 10. Sept. 1857 folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Die Strafbestimmungen des §. 2. Nr. 4. des Regul. v. 15. Sept. 1798 gehen den betr. Vorschriften des A. L. R. vor und haben noch jetzt gesetzliche Kraft.

b) Das gedachte Reglement betrifft auch die zu dem Kronfideikommisse gehörigen Forsten.

c) Bei Abmessung der Strafe des vierfachen Holzwerthes nach §. 2. Nr. 4. a. a. O. ist der wirkliche Holzwerth, mit Einschluß des von dem Berechtigten entrichteten Stammgeldes, maßgebend.

d) Diese Strafe ist in allen Fällen verwirkt, in welchen nicht nach dem Anschlage gebaut ist. (Striethorst's Arch. Bd. 26. S. 170 Nr. 29.)

§. 214. Dürfen die zu Stockholz Berechtigten solches in den Schonungen roden, oder müssen sie dasselbe vorher auf Verlangen und nach Anweisung des Waldbesitzers wegnehmen?

a) Pfeil bemerkt hierüber:

Der §. 214. bezieht sich nur auf zu fällendes Holz. Soll die Rodung gefordert werden können, so lange die Stöcke grün sind, so wird das Recht des Berechtigten erschwert; soll dieser aber in der Schonung roden dürfen, so entsteht dem Waldeigenthümer unvermeidlicher Schaden, und soll die Einschonung so lange ausgesetzt bleiben, bis die Stöcke abgefault sind, so kann kein Wald durch Besaamungsschläge verjüngt werden. Ein (nicht näher bezeichnetes) Urtel nahm den Ausweg, daß der Berechtigte das Stockholz (aus der Schonung) nehmen, aber kein Instrument anwenden dürfe, es zu gewinnen.

(Gans Beitr. rc. S. 323.)

b) Bornemann leitet aus dem §. 33. des Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 ab, daß auch das Stockholz in den Schonungen nicht gerodet werden darf, und daher eine Einrichtung getroffen werden muß, bei welcher, nach dem Gutachten der Sachverständigen, die Ausübung des fraglichen Rechts und die Respektirung der Schonung möglich bleibt. (System Bd. 4. S. 593, 2. Ausg. Bd 4. S. 392—393.)

§. 215. 1) Kultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 §. 26.

Hinsichtlich des Raff- und Leseholzes verordnen Wir:

1) daß jeder Waldeigenthümer befugt sein soll, das Sammeln der Berechtigten auf das Bedürfniß einzuschränken;

2) daß es nur an bestimmten Tagen unter der Aufsicht eines Forstbedienten nach dessen Vorschrift geschehen darf, wenn der Eigenthümer gut findet, diese Einrichtung zu treffen. (G. S. 1811 S. 308.)

2) Die Berechtigung zum Raffholz ist die nämliche, wie die zum Leseholz.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1834.

(Simon's R. Bd. 4. S. 359.)

3) In der Bestimmung des §. 215. liegt nicht die Verpflichtung für den Waldeigenthümer, Theile der eingeschlagenen Bäume als Abraum in den abgeholzten Schlägen für die zum Raff- und Leseholz-Berechtigten zurückzulassen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Nov. 1854. (Präj. Nr. 2567.)

Das Wort »Abraum« bezeichnet einen relativen Begriff und dessen Erläuterung in dem den Begriff der Raff- und Leseholz-Gerechtigkeit definirenden §. 215. h. t. konnte nur deshalb unterbleiben, weil der Gesetzgeber nicht allgemein den Abraum als eine Spezies des Raff- und Leseholzes aufführte, sondern nur dazu das Holz rechnete, welches in den abgeholzten Schlägen an Abraum, d. h. als Abraum oder von der Beschaffenheit des Abraums, zurückgelassen worden ist, also den Abraum, soweit er als Gegenstand der Raff- und Leseholz-Gerechtigkeit in Betracht kommen sollte, mit einem ausreichend charakterisirenden Merkmale versah, aus dem zugleich deutlich erhellt, daß damit nur eine Bestimmung über den vorhandenen Abraum getroffen, nicht aber für dessen Hervorbringung eine Maßregel angeordnet werden sollte. (Präj. Samml. Bd. 2. S. 43, Entsch. Bd. 29. S. 132.)

4) Die Raff- und Leseholz-Berechtigten sind nicht befugt, von dem Forsteigenthümer zu verlangen, daß er Aeste und Wipfel als Abraum zurücklasse, welche sich noch zum Einklaftern eignen, in sofern sie diese Befugniß nicht durch ein Untersagungsrecht erworben haben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. März und 10. Aug. 1848.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 216—219.)

5) Ueber den Begriff von »Abraum« und »Afterschlag« bemerkt Pfeil:

Was als Abraum oder Afterschlag anzusehen, ist nicht gesetzlich bestimmt. Es sind aber Abraum die Aeste des Baumes und gehören dem dazu Berechtigten bis zu einer Stärke, daß Scheitholz daraus geschlagen werden kann (bis zu 6 Zoll Durchmesser); wo aber der Waldeigenthümer Knüppelklafter machen lassen darf, nur von der Stärke des Reisigholzes (3 Zoll im Durchmesser). — Afterschlag ist die zu Nutzholz und Klafterholz untaugliche Spitze des Baumes. (Gans Beitr. Bd. 1. S. 322.)

§§. 215. sqq. 1) Die im §. 215. gegebene Definition des Raff- und Leseholzes enthält nur die Regel; eine Ausnahme davon, d. h. ein größerer Umfang des Rechts, kann durch Verjährung begründet werden und zwar ohne daß es dazu der 50jährigen Frist (A. L. R. I. 9. §. 660.) bedarf.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1847.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 211.)

2) Die Bestimmung eines Schlesischen Urbariums, daß der Berechtigte nur Raff- und Leseholz aus dem gutsherrlichen Forste entnehmen dürfe, steht der Verjährung im Betreff der Zahl der Tage, an welchen das Recht ausgeübt werden darf, und der Art der Transportmittel nicht entgegen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Juni 1853.

(Striethorst's Arch. Bd. 9. S. 240 Nr. 49.)

3) Betreffend das Verhältniß der sogen. Heidemiether.

1) Sämmtliche älteren Provinzial-Forst-Ordnungen, namentlich die für die Mark, Schlesien, Ost- und Westpreußen und Pommern, unterscheiden drei besondere Kategorien von Personen, welche ihr Brennmaterial aus den fiskalischen Forsten entnehmen: 1) die, welchen eine solche Nutzung aus Lehnbriefen, Privilegien, Judikaten, Verträgen oder aus einer sonst rechtlichen Weise entweder unentgeltlich oder gegen Abgaben in Körnern und Geld, oder gegen Dienste gebührt; 2) die sogenannten Amtsunterthanen, welche nicht durch ihre Hofbriefe ein besonderes Recht erlangt haben; 3) alle übrige Personen, welche ihren jährlichen Brennholzbedarf durch Raff-, Lese- und Lagerholz aus Königl. Wäldern zu decken pflegen und zu dem Ende auf Grund besonderer, mit der Forstbehörde von Jahr zu Jahr getroffenen Vereinigungen über den Betrag einer zu entrichtenden Vergütigung in die Forst gelassen werden können.

Nach der Terminologie der gedachten Forst-Ordnungen heißen alle jene Holzinteressenten »Heidemiether« und dem entsprechend verstehen sie unter »Heidemiethe« ein in seiner äußern Erscheinung und materiellen Bedeutung zwar gleichartiges, dem Rechtsgrunde nach aber sehr wesentlich verschiedenes Verhältniß; denn wie es rücksichtlich der Kur- und Neumark in den §§. 2., 4. der Dekl. vom 18. Aug. 1806 ausdrücklich ausgesprochen ist, daß den Heidemiethern der dritten Klasse kein, im prozessualischen Wege verfolgbares, dauerndes Recht auf Gewährung des Brennmaterials, also keine Grundgerechtigkeit zustehe, eben so unbedenklich erscheint die Zuständigkeit einer Servitut für die zur ersten Kategorie gehörigen Personen. — Den zu 2. gedachten Amtsunterthanen dagegen, welche durch ihre Hofbriefe oder sonst nicht ein besseres Recht erworben haben, ist in allen jenen Forst-Ordnungen nicht allein Bau- und Reparaturholz, sondern auch theilweise Nutz- und Schirrholz für die wirthschaftlichen Bedürfnisse und Raff-, Lese- und Lagerholz zum Bedarf als Feuerungs-Material zugesichert; nach der Pommerschen Forst-Ordnung v. 24. Dec. 1777 Tit. 5. §. 14. aber sind die, welche freies Bauholz erhalten, sogar verpflichtet, ihren Brennholzbedarf in Raff-, Lese- und Lagerholz gegen einen gewissen Brenn-

zins aus der Königl. Forst zu entnehmen, falls sie nicht eigenes Brennholz haben sollten.

Das Rechtsverhältniß nun dieser bäuerlichen Wirthe, welche zum Fiskus oder einem demselben gehörigen Domainenamte im gutsherrlichen Verhältnisse stehen oder gestanden haben, in Betreff des Brennholzbezuges aus den Königl. Forsten, ist in mehreren (nach der Märkischen Forst-Ordnung zu entscheidenden) Fällen, rechtlich verschieden aufgefaßt worden.

Es werden drei verschiedene Ansichten aufgestellt.

a) Nach der ersten Ansicht steht den bäuerlichen Wirthen, welche sich im gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse zum Fiskus befinden oder befunden haben, den sogenannten Amtsunterthanen oder Domainenbauern, aus den resp. Forst-Ordnungen eine wirkliche Grundgerechtigkeit dergestalt zu, daß Fiskus nicht allein die Nutzung selbst, unter den ausgesprochenen Bedingungen und gegen Entrichtung der üblichen baaren oder Natural-Gegenleistung fernerweit zu gestatten, sondern auch nach den Grundsätzen der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 und des Ablös. G. v. 2. März 1850 Abfindung für solche gewähren muß. Eine Erweiterung der Gerechtsame über das eigentliche Raff-, Lese- und Lagerholz hinaus durch rechtsverjährten Besitz ist nicht zulässig.

Versetzt man sich in die Zeit der Entstehung der provinziellen Forst-Ordnungen zurück, so wird man die Worte derselben nur als Verleihungen von wirklichen Rechten an die, zu den Königl. Aemtern gehörigen Bauern deuten dürfen, wie dies insbesondere auch in der Instr. v. 1. Juni 1770 ausdrücklich ausgesprochen wird, wo die Holznutzung der Unterthanen, so Laßgüter besitzen, »als in der Natur der Sache beruhende und der Observanz gemäße« bezeichnet sind. — Neuerdings und namentlich durch die Regulirungsgesetze ist die, früher nur zu folgernde Natur der bäuerlichen Holznutzungen als eine ihnen wirklich zuständige Grundgerechtigkeit gesetzlich sanktionirt und anerkannt, indem sie zu den Gegenständen gerechnet werden, welche bei der Eigenthumsverleihung und Dienstregulirung de regula zur Ausgleichung kommen sollen und den Anspruch auf eine Abfindung dafür begründen. (§§. 2. 3. der V. v. 27. Juli 1808 wegen Verleihung des Eigenthums an die Immediat-Einsassen von Ostpreußen, Litthauen und Westpreußen, §§. 6., 15., 21. des Edikts v. 14. Sept. 1811, 31., 96. der Dekl. v. 29. Mai 1816 und §. 80. ad b. Nr. 5. des G. v. 2. März 1850.) Der Rechtstitel für die Holznutzungen und namentlich des Brennmaterials der Domainenbauern oder sogenannten Amtsunterthanen ist hiernach — falls sie nicht etwa besondere Urkunden besitzen — das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß derselben zum Fiskus. Daß die sogenannten Amtsunterthanen, wie die Fremden, verpflichtet sind, sich alljährlich zur Benutzung des Raff-, Lese- und Lagerholzes zu melden, präjudicirt der Natur des Verhältnisses an sich nicht. Die Holzzettel sind einfache Legitimationsscheine, nicht die Quelle des Rechts, setzen vielmehr letzteres, als anderweit bereits begründet, voraus. Daraus, daß die Amtsunterthanen »Heidemiether« genannt, ihre Gegenleistungen als »Heidemiethe« bezeichnet und von einer Einmiethe derselben »in die Heide« gesprochen wird, kann ein bloßes Mieths- oder Pachtverhältniß nicht gefolgert werden, denn es steht einer solchen Annahme die Unaufkündbarkeit der Nutzung Seitens des Forsteigenthümers entgegen, und es fehlt somit gerade eines der wichtigsten Kennzeichen des Pacht- oder Miethsvertrages. »Heidemiethe« ist ein allgemeiner technischer Ausdruck, der mit »Holzzins, Holzgeld, Brennzins« und dergleichen gleichbedeutend, so auch in den provinziellen Forst-Ordnungen vorkommt. — Den sogenannten Amtsunterthanen in der Kur- und Neumark kann auch der §. 2. der Dekl. v. 18. Aug. 1806 nicht entgegen gesetzt werden, nach welchem in der Verjährung allein sich der nicht gründen kann, welcher bisher auch durch die längste Zeit gleichförmig keine andere als die, in der Forst-Ordnung v. 20. Mai 1720 vorgeschriebene Heidemiethe entrichtet hat; — denn sie bedurften eines solchen Erwerbstitels wegen des obwaltenden gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses und wegen der ihnen durch §. 3. l. c. gesicherten Nutzungen nicht. Diese Bestimmung kann ihnen nur in sofern entgegen gestellt werden, als sie ein Mehreres als Raff-, Lese- und Lagerholz prätendiren wollten.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 5. S. 469 ff.)

b) Nach einer zweiten Ansicht sind die betr. bäuerlichen Wirthe wie die, nur temporell und nur von Jahr zu Jahr, auf Grund bestandener Verträge mit der Forstbehörde zugelassenen Fremden zu behandeln.

c) Nach der dritten Ansicht wird durch die in Erbzinsbriefen von Seiten des Forstfiskus ertheilte Bewilligung des Einmiethens in die Heide zur Erlangung des nöthigen Brennholzes keine Grundgerechtigkeit begründet.

Diese letztgedachte Ansicht hat der II. Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 25. Sept. 1851, gegen das Revisions-Kollegium für L. K. S., welches in dem Erk. v. 18. Okt. 1850 die zuerst gedachte Ansicht vertheidigt, für die richtige erachtet, indem es den Rechtssatz ausspricht, »daß durch die in Erbzinsbriefen von Seiten des Forstfiskus ertheilte Bewilligung des Einmiethens in die Heide zur Erlangung des nöthigen Brennholzes keine Grundgerechtigkeit begründet wird«, und annimmt, daß das Einmiethen ein bloß persönliches Kontraktsverhältniß, welches bei den Amtsunterthanen auf dem Unterthänigkeitsnexus, bei den Fremden auf alljährlich zu erneuernden Kontrakten beruht, in sich schließt. Das akkordirte Einmiethen in die Heide sei nichts weiter, als eine Bewilligung, welche allenfalls die Befugniß des Miethers dahin erweitert haben könne, daß er mit der Einmiethung nicht abgewiesen werden kann. Sein Recht aber bleibe dennoch nur ein Miethsverhältniß, und von Abfindung einer Dienstbarkeit, wie sie der §. 2. der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 bezeichnet, könne daher nicht die Rede sein.

(Entsch. Bd. 21. S. 288, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 5. S. 385 ff.)

2) Der §. 3. der Dekl. v. 18. Aug. 1806, betr. die Zulässigkeit der Erhöhung der Heidemiethe für Raff- und Leseholz in der Mark Brandenburg, ist auf wirkliche Servitut-Berechtigte nicht zu beziehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 26. Juni 1855.
(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 31 Nr. 10.)

3) Wenn eine Holzgerechtigkeit urkundlich gegen eine bestimmte Geldabgabe verliehen worden, so ist dies Verhältniß keine bloße Pacht und die Vorschrift wegen der sogenannten Heidemiethe darauf nicht anzuwenden.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 30. Okt. 1846.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 188.)

§§. 216. 217. 1) Weder nach dem A. L. R. noch nach Märkischem Provinzialrechte sind Windbrüche zum Lagerholze zu rechnen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. April 1850. (Präj. Nr. 2211.)

Der §. 216. rechnet Stämme, die vor Alter umgefallen sind, zum Lagerholz, aber keinesweges zum Windbruch; und die Frage ist daher nicht die: ob zum Windbruch außer jenen alten Stämmen auch der frische, also der eigentliche Windbruch gehöre? sondern die: ob zum Lagerholz außer den vor Alter umgefallenen Stämmen auch der Windbruch gehöre? Hierauf ist zu antworten, daß, wenn der §. 217. a. a. O. bestimmt, der, welcher nur zum Raff- und Leseholz berechtigt sei, könne weder auf Lagerholz, noch auf Windbrüche Anspruch machen, das Gesetz beide Begriffe »Lagerholz und Windbruch« allerdings von einander unterschieden und auseinander gelegt hat.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 44, Entsch. Bd. 20. S. 442.)

2) Auch nach Neumärkischem Provinzialrechte sind Windbrüche nicht zum Lagerholze zu rechnen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Juli 1851.
(Entsch. Bd. 21. S. 122.)

3) Windbruch ist nach Märkischem Provinzialrechte nur in sofern zum Lagerholze zu rechnen, als die umgeworfenen Bäume sowohl zum Bauholz untauglich, als auch schon vorher abständig gewesen sind.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 30. Okt. 1846.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 188.)

4) Das urkundlich festgestellte Recht zu Windbruchholz schließt das Recht auf Schneebruchholz nicht in sich.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 10. Okt. 1856.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 343.)

5) Nach Schlesischen Provinzialgesetzen (Schlesische Holz-, Mast- und Jagd-O. v. 19. April 1756, Forstregul. v. 26. März 1788) kann derjenige, welcher zu liegendem oder Klaubholz konzessionirt ist,

auf Windbruch keinen Anspruch machen; es stehen ihm jene Gesetze auch bei der Verjährung als Verbotsgesetze entgegen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Jan. 1850.
(Entsch. Bd. 17. S. 410.)

§. 218. 1) Der Besitzer des mit einer Raff- und Leseholz-Gerechtsame belasteteten Forstes ist befugt, dem Berechtigten die zur Ausübung seiner Gerechtsame geeigneten und seinen Bedarf gewährenden Reviere anzuweisen, und ihn auf bestimmte wöchentliche Holztage und in dieser Beziehung auch auf die Wintermonate von Michaelis bis Marien zu beschränken.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1853, mit Bezug auf den §. 218. h. t. u. §. 26. des L. K. E. v. 14. Sept. 1811.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 16 Nr. 5.)

2) Der Raff- und Leseholz-Berechtigte ist nicht befugt, mit den zum Heimbringen des gesammelten Holzes etwa zu benutzenden Karren oder Wagen außerhalb der offenen Fahr- und Kommunikationswege, und namentlich in den Forstschlägen resp. auf den Aushauen, Gestellen und Triften zu fahren.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1853.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 16 Nr. 5.)

3) Der Raff- und Leseholz-Berechtigte braucht das Sammeln und Fortschaffen des Raff- und Leseholzes nicht selbst zu besorgen, sondern kann solches auch durch die Mitglieder seiner Familie und die in seinem Dienste befindlichen Leute bewirken lassen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Nov. 1853, mit Rücksicht auf den §. 15. A. L. R. I. 19.
(Striethorst's Arch. Bd. 13. S. 16 Nr. 5.)

§§. 219. u. 220. 1) Die Vorschriften der §§. 219. u. 220. gründen sich namentlich auf folgende Gesetze:

a) die erweiterten und verbesserten Holz-, Mast- und Jagd-Ordnungen für die Alt-, Kur-, Mittel-, Neu- und Uckermark v. 20. Mai 1720 (Rabe Bd. 1. Abth. 1. S. 531) und deren Dekl. v. 18. Aug. 1806 (a. a. O. Bd. 8. S. 652);

b) die Instr. wegen Revision der Forst-Ordn. v. 1. Juni 1770 (a. a. O. Bd. 1. Abth. 4. S. 46);

c) den §. 19. Tit. 5. und den §. 20. Tit. 14. der Forst-Ordn. für Ostpreußen und Litthauen v. 3. Dec. 1775 (a. a. O. Bd. 1. Abthl. 6. S. 81);

d) den §. 18. Tit. 5. und den §. 20. Tit. 14. der Forst-Ordn. für Pommern v. 24. Dec. 1777 S 271 ff. und deren Dekl. v. 22. Juni 1800 §. 2. Tit. II. (Rabe Bd. 6. S. 144);

e) den §. 14. des Schles. Forstregul. v. 26. März 1788 (Korn's Ed. Samml. Bd. 2. S. 30).

Sie finden sich ferner auch wiederholt in den §§. 33., 41., 45. Tit. I., §. 35. Tit. II. und §§. 32. 34. Tit. IV. der Forst- und Jagd-Ordnung für Westpreußen und den Netzdistrikt v. 8. Okt. 1805.
(Rabe Bd. 8. S. 354 ff.)

Es wurde nun früher zweifelhaft gefunden: ob, ungeachtet dieser Vorschriften, die Raff- und Leseholz-Berechtigten durch Verjährung das Recht auf den Gebrauch einer Axt oder eines andern schneidenden Instrumentes erwerben könnten. Das Ob. Trib. hat indeß in neuerer Zeit die Negative angenommen, weil in jenen Vorschriften ein Verbotsgesetz liege, gegen welches nach §. 664. A. L. R. I. 9. keine Verjährung angefangen werden könne, wie es denn auch die etwa bereits angefangene unterbreche. So hat das Ob. Trib. insbesondere erkannt, in einem Schlesischen Falle in dem Präj. Nr. 1555. v. 10. März 1845 (s. Zus. 2. ad h. l.); ferner in einem Falle aus Westpreußen unterm 10. April 1847 (Rechtsf. Bd. 1. S. 39 Nr. 20.), in einem Falle aus Pommern unterm 29. Dec. 1847 (Rechtsf. Bd. 3. S. 259 Nr. 128.).

Denselben Grundsatz hat das Rev. Kolleg. für L. K. S. in mehreren Entscheidungen angenommen.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 196—198.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. I. 9. §. 664. Zus. 1. sub b.—e. (s. ob. S. 298.)

2) Der §. 14. des Schlesischen Forst-Regulativs v. 26. März 1788, nach welchem die zum Raff- und Leseholz Berechtigten nur solches Holz sich zueignen dürfen, welches entweder in trockenen Stämmen vor Alter umgefallen und als Lagerholz liegen geblieben, oder in trockenen Aesten abgefallen, oder in den verlassenen Schlägen als Abraum zurückgeblieben und, ohne eine Axt zu gebrauchen, genommen werden kann — enthält ein Verbotsgesetz in Betreff des Gebrauches der Axt und des Einsammelns des nach dem Gesetz nicht zum Raff- und Leseholz gehörigen Holzes. Die Raff- und Leseholz-Berechtigten können daher nach §. 664. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. seit der Publikation des Holzregulativs durch Verjährung ein Recht auf den Gebrauch der Axt und auf das nicht zum Raff- und Leseholz gehörige Holz nicht erwerben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 10. März 1845. (Präj. Nr. 1555.)
(Präj. Samml. S. 304, Koch's Arch. Bd. 6. S. 306.)

Denselben Grundsatz hat derselbe Sen. in dem Erk. v. 3. Okt. 1850 angenommen. (Entsch. Bd. 20. S. 465.)

3) Wenn (vormalige) Schlesische Amtsunterthanen in den Forsten des Fiskus eine Brennholzberechtigung von größerem Umfange verlangen, als der §. 14. des Schlesischen Forst-Regulativs v. 26. März 1788 gestattet, so müssen sie nachweisen, daß sie solche vor Publikation des Forst-Regulativs erworben, oder nachher durch ein ausdrückliches Abkommmen mit dem Fiskus erlangt haben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Okt. 1850. (Präj. Nr. 2246.[1])
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 118, Entsch. Bd. 20. S. 465.)

4) Der §. 14. des Schlesischen Forst-Regulativs v. 26. März 1788 ist auch für Privatforsten maßgebend. Er verbietet die Ueberschreitung der Raff- und Leseholz-Gerechtigkeit überhaupt und nicht bloß den Gebrauch der Axt, welche nur als eines der gewöhnlichen Mittel zur Ueberschreitung beispielsweise angeführt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Juni 1855. (Präj. Nr. 2629.)
(Präj. Samml. Bd. 2. S. 118, Entsch. Bd. 31. S. 83.)

5) Der Raff- und Leseholz-Berechtigte darf sich bei dem Herunterbrechen trockener Aeste von stehenden Bäumen der eisernen Haken auch dann nicht bedienen, wenn er in Bezug auf andere Forstgerechtsame, z. B. des Kiehnrodens, zum Gebrauche scharfer Instrumente berechtigt ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. April 1854.
(Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 145 Nr. 32.)

6) Der wegen Führung der im §. 219. gedachten Instrumente gepfändete Raff- und Leseholz-Berechtigte hat durch den frühern ununterbrochenen Gebrauch derselben einen Rechtsschutz, welcher in possessorio zu schützen wäre, nicht erworben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. und 15. April 1853.
(J. M. Bl. 1854 S. 106 Nr. 22.)

§. 221. 1) Vorläufige V. v. 5. März 1843 über die Ausübung der Waldstreu-Berechtigung.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. finden Uns bewogen, zur Verhütung der Nachtheile, welche eine ungeregelte Ausübung der Waldstreu-Berechtigung auf die Holzkultur ausübt, und um sowohl den Waldbesitzern die angemessene Bewirthschaftung ihrer Waldungen, als auch den Servitut-Berechtigten selbst die nachhaltige Ausübung dieser Berechtigung zu sichern, für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien, Posen und Sachsen, vorläufig bis zur Publikation einer neuen allgemeinen Forst- und Jagdpolizei-Ordn., nach Anhörung Unserer getreuen Stände und auf den Antrag Unseres Staatsmin. zu verordnen, wie folgt:

§. 1. Die Waldstreu-Berechtigung besteht in der Befugniß, abgefallenes Laub und Nadeln, so wie dürres Moos zum Unterstreuen unter das Vieh, Behufs der Bereitung des Düngers, in dem Walde eines Anderen einzusammeln.

§. 2. Wo der Umfang und die Art der Ausübung dieser Berechtigung durch Verleihung, Vertrag, richterliche Entscheidung oder bereits vollendete Verjährung bestimmt festgestellt worden ist, behält es hierbei sein Bewenden. In Ermangelung solcher auf besonderen Rechtstiteln beruhender Verhältnisse dienen die nachstehenden Vorschriften lediglich zur Richtschnur.

§. 3. Die Berechtigten müssen sich, wenn sie die Waldstreunutzung in der nächsten Periode (§. 4b.) ausüben wollen, spätestens bis zum 15. Aug. eines jeden Jahres bei dem Waldbesitzer oder dessen verwaltenden Beamten melden, worauf ihnen ein kostenfrei ausgefertigter Zettel zu ihrer Legitimation ertheilt wird. Dieser Zettel ist nur für den Zeitraum, für das Revier und für die Personen gültig, auf welche derselbe lautet.

[1]) In den Entsch. Bd. 20. S. 465. wird dies Präj. irrthümlich als Präj. Nr. 2276. bezeichnet.

Die Streuberechtigten oder die von ihnen mit Einsammlung der Waldstreu beauftragten Leute müssen diese Zettel, wenn sie Streu im Walde einsammeln, bei Vermeidung einer für jeden einzelnen Kontraventionsfall an den Waldeigenthümer zu erlegenden Strafe von Fünf bis Zehn Silbergroschen stets bei sich führen, und beim Ablauf der zur Streusammlung bestimmten Zeit bei gleicher Strafe wieder abliefern.

§. 4. Die Berechtigung darf nur:

a) in den vom Waldeigenthümer nach Maßgabe einer zweckmäßigen Bewirthschaftung des Forstes geöffneten Distrikten,
b) in den sechs Wintermonaten v. 1. Okt. bis zum 1. April,
c) an bestimmten vom Waldeigenthümer mit Rücksicht auf die bisherige Observanz festzusetzenden, jedoch auf höchstens zwei Tage in der Woche zu beschränkenden und von den Raff- und Leseholztagen verschiedenen Wochentagen

ausgeübt werden. Besteht aber nach dem Herkommen der Gebrauch, daß die Einsammlung der Streu gleich beim Beginn des Oktober an mehreren nach einander folgenden Tagen von allen Berechtigten gleichzeitig unter Aufsicht des Waldeigenthümers geschieht, und hiermit das Einsammeln für das ganze Jahr geschlossen ist, so behält es hierbei sein Bewenden.

Die Berechtigung darf auch nur

d) mit den in den Zetteln bezeichneten, nach der bisherigen Observanz zu bestimmenden Transportmitteln, und
e) nicht mit eisernen, sondern nur mit hölzernen unbeschlagenen Rechen oder Harken, deren Zinken ebenfalls nur von Holz sein dürfen und mindestens $2\frac{1}{2}$ Zoll von einander abstehen müssen,

ausgeübt werden.

§. 5. Entstehen über die Frage:

welche Distrikte zum Streusammeln zu öffnen sind,

zwischen dem Waldeigenthümer und den Berechtigten Streitigkeiten, so werden solche von dem Kreislandrath unter Zuziehung eines von diesem zu wählenden hierbei unbetheiligten Forstbeamten und eines Oekonomieverständigen, unter Vorbehalt des Rekurses an das Plenum der vorgesetzten Regierung, entschieden. Ueber Streitigkeit in Betreff der Transportmittel, so wie über die mit Berücksichtigung der bisherigen Observanz zum Streuholen zu bestimmende Zahl der Tage (§. 4. litt. c.) findet dagegen das ordentliche Rechtsverfahren statt.

§. 6. Die Waldstreu kann zwar vorübergehend auch zu anderen wirthschaftlichen Zwecken (§. 1.), z. B. zur Versetzung der Wände der Wohngebäude, zur Bedeckung der Kartoffelgruben u. s. w., benutzt, darf aber in ihrer Endbestimmung nur zum Unterstreuen unter das Vieh verbraucht, auch weder verkauft, noch sonst an Andere überlassen werden.

§. 7. Wer die Waldstreu-Berechtigung

a) in anderen als den dazu geöffneten Distrikten (§. 4. Litt. a.),
b) nach dem Schluß der Streulings-Periode (§. 4. Litt. b.),
c) an anderen als den im Zettel bestimmten Tagen (§. 4. Litt. c.)

ausübt, soll bestraft werden:

mit einer Geldbuße von Zehn Silbergroschen, wenn die Streu getragen oder auf Radwern (Schiebkarren) geholt wird,
mit einer Geldbuße von Einem Thaler, wenn die Streu mit einer ein- oder zweispännigen Fuhre, und
mit einer Geldbuße von Zwei Thalern, wenn die Streu mit einer drei- oder vierspännigen Fuhre geholt wird.

Der Gebrauch der in §. 4. Litt. e. verbotenen Harken wird, neben Konfiskation derselben, mit einer Strafe von Einem Thaler, und die Ausübung der Berechtigung mit größeren, als den im Zettel bezeichneten Transportmitteln mit einer gleich hohen Strafe geahndet.

Werden diese Kontraventionen bei Nacht, d. h. in der Zeit von einer Stunde nach Sonnenuntergang bis einer Stunde vor Sonnenaufgang, oder an Sonn- und Festtagen verübt, so tritt der doppelte Betrag dieser Strafe ein.

Der Verbrauch der Waldstreu zu anderen Zwecken, als zum Unterstreuen unter das Vieh (§. 6.), wird mit einer Strafe von zwei Thalern, und der Verkauf oder die sonstige Ueberlassung der Waldstreu an Andere,

für eine Karte oder Traglast mit einem Thaler,
für eine ein- oder zweispännige Fuhre mit zwei Thalern,
für eine drei- oder vierspännige Fuhre mit vier Thalern,

neben dem Verluste der Berechtigung auf ein Jahr geahndet.

In Wiederholungsfällen nach vorgängiger rechtskräftiger Verurtheilung zahlt der Kontravenient die doppelte Geldstrafe, außerdem verliert er, wenn er nach zweimaliger Verurtheilung wegen Streuveräußerung sich dieses Vergehens von Neuem schuldig macht, die Waldstreu-Berechtigung auf die ganze Dauer seiner Besitzzeit.

Die Geldstrafen fallen dem Waldeigenthümer anheim.

§. 8. Bei Betretung des Frevlers auf eine der in den §§. 3. und 4. bezeichneten Krontraventionen tritt Pfändung ein, und der Waldeigenthümer ist das abgenommene Pfand nur gegen Erlegung der auf die Kontravention gesetzten Strafe auszuantworten verpflichtet.

§. 9. Wer die erkannten Geldstrafen zu zahlen unvermögend ist, hat an deren Stelle Gefängnißstrafe oder, nach der Wahl des Waldeigenthümers, Forst- oder andere Strafarbeit, nach Maßgabe der wegen Bestrafung der Holzdiebstähle bestehenden Bestimmungen zu gewärtigen.

§. 10. Die Untersuchung der Kontraventionen gegen diese V. und die Festsetzung der darin angedrohten Strafen erfolgt durch die zur Untersuchung und Bestrafung der Holzdiebstähle bestellten Forstgerichte nach dem für dieselbe vorgeschriebenen Verfahren. Bei Kontraventionen gegen das Verbot des Verkaufs von Waldstreu aber (§§. 6. und 7.) bleibt die Entscheidung den ordentlichen Gerichten vorbehalten.

§. 11. Bei der Untersuchung der gegen diese V. verübten Kontraventionen wird den Angaben der lebenslänglich oder doch mit dem Anspruche auf lebenslängliche Versorgung angestellten, nach Vorschrift des §. 20. des Ges. v. 7. Juni 1821 [1]) vereidigten, auch von dem Bezuge aller Denunzianten- und Strafantheile ausgeschlossenen Forst- und Jagdbeamten, welche den Angeschuldigten auf Grund eigener Wahrnehmung bezüchtigen, volle Beweiskraft beigelegt, sofern nicht der Angeschuldigte durch Gegenbeweis seine Unschuld auszuführen oder die gegen ihn angebrachten Beweise zu entkräften vermag. Es sind aber, wenn der Forstbeamte die verübten Kontraventionen nicht selbst ermittelt und die Thäter dabei betroffen hat, auch andere Beweismittel zur Ueberführung der Kontravenienten zulässig.

§. 12. Jeder Forstbeamte, dessen Angaben der Waldeigenthümer die volle Glaubwürdigkeit nach Vorschrift des §. 11. beigelegt sehen will, muß bei dem Gericht eidlich dahin verpflichtet werden:

daß er die Forstkontraventionen, welche in dem Revier, in welchem er angestellt ist, zu seiner Kenntniß kommen, mit aller Wahrheit und Gewissenhaftigkeit anzeigen, und was er über die Thatumstände des Vergehens und über dessen Urheber und Theilnehmer aus eigener Ansicht wahrgenommen oder durch fremde Mittheilung erfahren habe, mit genauer Unterscheidung angeben wolle.

Eine Ausfertigung dieses Verpflichtungs-Protokolls wird bei dem Forstger. (§. 10.) niedergelegt, und im Falle der Versetzung des Beamten nach einem anderen Bezirke dem daselbst kompetenten Forstgericht kostenfrei übermacht. Ist der Beamte schon auf das Ges. wegen Untersuchung der Holzdiebstähle vereidigt, so ist er durch das kompetente Ger. nur auf die obige Eidesnorm zu verweisen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königl. Insiegel. (G. S. 1843 S. 105.)

Dazu:

a) Zum §. 1. α) Zum Wesen der Waldstreuberechtigung gehört deren Einschränkung auf den Bedarf des berechtigten Grundstücks. Bei Bestimmung des Umfangs der Ausübung im verpflichteten Grundstücke muß daher diejenige Streu in Abzug kommen, welche im berechtigten Grundstücke selbst gewonnen wird.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Okt. 1849. (Präj. Nr. 2151.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 148, Entsch. Bd. 18. S. 279.)

β) Den Grundsatz des (vorstehenden) Präj. hat der Art. 4. des Ergänz. G. v. 2. März 1850 zur Gemeinheitstheil. O. v. 7. Juni 1821 dahin gesetzlich sanktionirt, daß der Waldstreuberechtigte, dessen Berechtigung auf den eigenen Bedarf beschränkt ist, verpflichtet sein soll, sich darauf, sofern nicht das Gegentheil durch Urkunden, Judikate oder Statuten festgestellt ist, dasjenige Material in Anrechnung bringen zu lassen, welches in dem berechtigten Grundstücke selbst gewonnen wird, wobei indeß die dem Berechtigten gehörigen Torfläger, welche zur Zeit der Anbringung der Provokation auf Ablösung noch nicht aufgedeckt sind, niemals in Betracht kommen sollen.

(G. S. 1850 S. 139.)

γ) Die Vorschriften der V. v. 5. März 1843 sind nicht lediglich auf den Fall anwendbar, wenn die Waldstreuberechtigung als Servitut konstituirt ist, sondern auch alsdann, wenn der Waldeigenthümer in einem Pachtvertrage dem Pächter die Befugniß eingeräumt hat, Waldstreu zu seinem wirthschaftlichen Bedarfe zu holen. Wenn das Recht zu deren Entnehmung sich auf eine ganze Forst, nicht etwa auf einzelne enger begrenzte Oertlichkeiten erstrecken soll, ist anzunehmen, daß dies nur unter den Maßgaben habe geschehen sollen, welche die V. v. 5. März 1843, um eine ordnungsmäßige Forstkultur zu ermöglichen, für erforderlich erachtet, und daß es nicht beabsichtigt worden, daß dem Pächter die Entnahme der Waldstreu ohne Beschränkung zustehen solle.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. März 1858.

(Striethorst's Arch. Bd. 28. S. 213 Nr. 47.)

[1]) An Stelle dieser Vorschrift ist der §. 33. des Ges. v. 2. Juni 1852 getreten.

b) Zu §§. 2. sqq. α) Die V. v. 5. März 1843 ist als ein Regulativ über den einstweiligen Besitzstand nicht anzusehen, und daher derjenige, welcher den jüngsten Besitz einer umfangsreicheren Ausübung, als die Verordnung in den §§. 3., 4. ff. hier zuläßt, nachzuweisen vermag, in demselben auf sein Verlangen possessorisch zu schützen.

Erkannt von dem I. Sen. des Ob. Trib. im Jahre 1844. (Präj. Nr. 1505.) (Präj. Samml. S. 430.)

Vergl. indeß das Präj. des III. Sen. des Ob. Trib. v. 15. Jan. 1858 (Präj. Nr. 2697.) in den Erg. zum §. 5. der V. v. 5. Mai 1843.

β) Bei der Waldstreuberechtigung bleibt der rechtsverjährten Ausübungsart ungeachtet, die Bestimmung der Jahreszeiten, der Reviere und der Gestalt der Harken den forstpolizeilichen Anordnungen unterworfen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Febr. 1848. (Präj. Nr. 2015.)

Der §. 2. der V. v. 5. März 1843 setzt zwar fest:

»Wo der Umfang und die Art der Ausübung der Waldstreugerechtsame durch — bereits vollendete — Verjährung bestimmt festgestellt worden sind, behält es hierbei sein Bewenden.«

Unter dieser Art der Ausübung kann aber nur diejenige verstanden werden, welche mit der Holzproduktion als Hauptbestimmung des Waldes vereinbar ist. Nach den Grundsätzen der §§. 80., 171., 213. Tit. 22. und §. 17. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R. kann jede Servitut nur in dem Maße ausgeübt werden, daß dadurch die eigentliche Bestimmung des belasteten Grundstücks nicht behindert wird. Dies ist im §. 27. des Landeskultur-Ed. v. 14. Sept. 1811 auch aufs deutlichste ausgesprochen, und jede Befugniß muß daher der Forstkultur nachstehen. Der Bedarf kann immer nur soweit gefordert werden, als es die Forstkultur gestattet. Den forstpolizeilichen Anordnungen als Maßregeln des gemeinen Wohls ist selbst der Waldeigenthümer unterworfen, und hat er deren Ueberschreitung geschehen lassen, so ist solches für die Folgezeit außer allem Einfluß. Gegen die Rechte der oberen Forstpolizei konnte nicht verjährt werden. Wenn §. 2. der V. v. 5. März 1843 fortfährt:

»In Ermangelung solcher auf besonderen Rechtstiteln beruhenden Verhältnisse dienen die nachstehenden Vorschriften lediglich zur Richtschnur«, — welche die Jahreszeiten, Verhaue und Harken betreffen, — so hat damit nicht gesagt werden sollen, daß die §§. 4., 7. nur dann eintreten sollten, wenn nicht ein Mehreres erlassen ist, sondern die §§. 4., 7. bilden für die Folgezeit die **Regel** der forstpolizeilichen Befugniß, an welcher es bisher fehlte. Sie haben nur dasjenige, was bis dahin allgemeines Prinzip, und als solches in §. 27. des Landeskultur-Ed. ausgesprochen war, auf die Waldstreugerechtsame appliziren, nicht aber von den älteren generellen Prinzipien bei der Waldstreu abweichen, und etwas als rechtsverjährt anerkennen wollen, was bis dahin nur in einem Mißbrauche beruhte, und die ganze Forstkultur zu elidiren geeignet war.

(Präj. Samml. S. 430, Entsch. Bd. 16. S. 208, Rechtsf. Bd. 3. S. 378 Nr. 185.)

Ebenso nimmt das Erk. desselben Sen. v. 5. Juni 1847 an:

Bei Ausübung der Waldstreugerechtsame muß sich der Berechtigte den forstpolizeilichen Anordnungen unbedingt unterwerfen, und kann sich diesen, die Konservation der Wälder aus Rücksichten des allgemeinen Wohls bezweckenden Anordnungen zuwider, auf den privatrechtlichen Grundsatz: »quantum possessum tantum praescriptum« nicht berufen.

(Rechtsf. Bd. 1. S. 222 Nr. 104.)

γ) Der zum Streuharken Berechtigte kann sich gegen das gesetzliche Verbot der Ausübung dieser Gerechtsame in den Sommermonaten und der Ausübung derselben mittelst Harken mit eisernen Zinken auch auf die Verjährung der V. v. 5. März 1843 nicht berufen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1854. (Striethorst's Arch. Bd. 15. S. 145 Nr. 32.)

c) **Zum** §. 4. α) Zu Litt. a—c. Das Recht des Waldeigenthümers, bestimmte Tage in der Woche zum Einsammeln des Streulings festzusetzen, wird dadurch allein, daß der Streulingsberechtigte seit rechtsverjährter Zeit ohne Regulirung solcher Tage geharkt hat, nicht ausgeschlossen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. März 1856. (Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 252 Nr. 61.)

Vergl. den Aufsatz in Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 87—90.

β) **Zu Litt.** d. Unter der Observanz, nach welcher laut §. 4. Litt. d. der vorläufigen V. v. 5. März 1843 die Transportmittel bei der Waldstreuberechtigung bestimmt werden sollen, ist die bisherige Art und Weise der Ausübung zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Sept. 1854. (Präj. Nr. 2547.)

Die Preuß. Gesetzgebung erkennt diejenigen Distinktionen nicht an, welche von Rechtslehrern in der Bedeutung der Worte: Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen, Gewohnheit, Landesgebrauch und anderen gefunden werden. So ist auch im §. 4. a. a. O. bei und nach der Bestimmung sub c. Observanz und Herkommen ganz gleichbedeutend gebraucht. Da aber auch nach §. 2. Umfang und Art der Ausübung, also auch die Transportmittel — weshalb §. 5. ausdrücklich das ordentliche Rechtsverfahren zuläßt — durch besondere Rechtstitel, namentlich auch durch Verjährung bestimmt sein können, ferner, da die V. v. 5. März 1843 auch nicht bloß für die Fälle gegeben ist, wo die Waldstreuberechtigung ganzen Gemeinden, oder allen Einwohnern eines Orts oder Distrikts zusteht, sondern auf jeden Fall der Existenz einer Waldstreuberechtigung geht, — so kann hier unter Observanz nicht bloß das, auf stillschweigender Uebereinkunft in einer Korporation beruhende, autonomische Recht gemeint sein. Vielmehr heißt hier Observanz nichts anderes, als die bisherige Art und Weise der Ausübung.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 148, Entsch. Bd. 28. S. 430.)

d) **Zum** §. 5. Bei der Waldstreuberechtigung ist die Bestimmung der Jahreszeiten, der Reviere und der Gestalt der Harken den forstpolizeilichen Anordnungen unterworfen, und es bleibt dawider auch der im Wege der Possessorienklage nachgesuchte Schutz ausgeschlossen.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Jan. 1858. (Präj. Nr. 2697.)

Auf welche Fälle die Vorschrift des §. 5. zu beziehen sei, ergiebt sich aus den vorhergehenden Bestimmungen der Verordnung. Dem Umstande, daß die Servitut bisher in einem gewissen Umfange ausgeübt worden, ist durch die Festsetzungen des §. 4. jede Bedeutung abgesprochen; der dadurch erworbene Besitz begründet kein Recht. Die Frage, welche Distrikte in der neuen Periode zu öffnen seien, ist dessenungeachtet nach den §§. 4. und 5. zu entscheiden, und deshalb muß auch ein Verfahren in possessorio, welches auf Herbeiführung eines auf den Besitz gegründeten Interimistikums abzielt, ausgeschlossen bleiben. Für diese Annahme spricht insbesondere noch der im Eingange zu der Verordn. angegebene Zweck derselben. Das Präj. Nr. 1505 [1]) kann daher nicht seinem ganzen Inhalte nach aufrecht erhalten werden. Der darin ausgesprochene Grundsatz ist in seiner Allgemeinheit nicht als richtig anzuerkennen, weil, selbst der rechtsverjährten Ausübung ungeachtet, bei der Waldstreuberechtigung die Bestimmung der Jahreszeiten, der Reviere und der Gestalt der Harken den forstpolizeilichen Anordnungen unterworfen bleibt. (Präj. Nr. 2015. [2]) Denn, wenn sonach der verjährte Besitz nicht einmal dazu angethan ist, um den Rechtsweg und das possessorium, im Gegensatze zur polizeilichen Kognition, herbeizuführen, so kann um so weniger die bloße Ausübung, wie das Präj. Nr. 1505. indistincte ausspricht, dafür ausreichen. Dieselbe hat vielmehr eine Bedeutung, und insbesondere mittelst des possessorischen Schutzes nur dann zur Folge, wenn es sich um die Zahl der Tage oder die Transportmittel beim Streuholen handelt. Diese beiden Punkte sollen nach §. 4. vom Waldeigenthümer mit Rücksicht auf die bisherige Observanz, worunter die bisherige Art der Ausübung zu verstehen ist (Präj. Nr. 2547. [3]), festgesetzt werden; über die dabei entstehenden Streitigkeiten läßt der §. 5. ausdrücklich das ordentliche Rechtsverfahren, also auch das Possessorium ebensowohl, wie das Petitorium, zu. In direktem Gegensatze davon soll aber für die Eröffnung der Distrikte lediglich das Interesse des Forstes maßgebend, und etwaige Streitigkeiten darüber sollen der richterlichen Kognition ganz entzogen sein.

(Entsch. Bd. 28. S. 393, Striethorst's Arch. Bd. 28. S. 165 Nr. 38.)

2) Auch diejenigen, welche Raff- und Leseholz aus einer Forst als Einmiether zu entnehmen hatten, können das Recht auf **Leuchtekiehn** durch Verjährung erwerben.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 26. April 1853. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 464.)

§. 224. Wenn in einem Erbpachtskontrakte dem Erbpächter freies Raff- und Leseholz verstattet ist, so wird ihm dadurch nicht unbedingt hinlängliches Raff- und Leseholz zugesichert, vielmehr kann der Erbpächter bloß in dem einzigen Falle, wenn der Waldeigenthümer in der Benutzung des Waldes solche Anstalten und Vorkehrungen gemacht hat, daß dadurch dem Raff- und Leseholzberechtigten die Ausübung seines Rechts vereitelt worden, eine Entschädigung fordern, und zwar in stehendem Holze zu seiner Nothdurft so lange, bis der Mangel an Raff- und Leseholz aufhört.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1834. (Simon's R. Bd. 4. S. 359.)

---

[1]) Vergl. ob zu den §§. 2. sqq. der V. sub α.
[2]) Vergl. ob. zu den §§. 2. sqq. der V. sub β.
[3]) Vergl. ob. zum §. 4. der V. sub β.

Koch bemerkt, daß dieser Grundsatz jetzt auch auf die in Eigenthümer verwandelten vormaligen Erbpächter Anwendung finde.

(Landr. Bd. 2. Anm. 34. zum §. 224. h. t.)

§. 225. 1) Die zahlreiche Zulassung temporairer Heidemiether gehört nicht zu den im §. 225. gedachten Vorkehrungen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 12. Nov. 1834.

(Simon's R. Bd. 4. S. 359.)

Koch bemerkt indeß hiergegen, daß der Grund zur Entschädigung die willführliche Verursachung des Mangels, und daß das Mittel gleichgültig sei. (Landr. Bd. 2. Anm. 35. zum §. 225. h. t.)

2) Pfeil ist der Ansicht, daß es genug sei, wenn der Berechtigte bei der Entschädigung mit einem gleichen Aufwande gleich werthvolles Holz erhält; der Abraum sei ebenso gut wie Raff- und Leseholz und so lange solcher angewiesen werden kann, sei der Waldeigenthümer nicht schuldig, stehendes Holz (Bäume) zu geben.

(Gans Beitr. Bd. 1. S. 323.)

Hiergegen bemerkt indeß Bornemann, daß der Abraum schon zum Raff- und Leseholz gehöre, und unter dem Ausdruck: »stehendes Holz« überhaupt der Gegensatz von Raff- und Leseholz gemeint sei. Uebrigens sei unter den Entschädigungsgründen nicht nur schlechte Forstwirthschaft und übertriebener Holzverkauf, sondern auch jede andere wirthschaftliche Veranstaltung gemeint.

(System Bd. 4. S. 592, 593, 2. Ausg. Bd. 4. S. 392.)

§. 226. Der Waldeigenthümer ist zur Theilnahme an den Forstnutzungen, ingleichen befugt, dritte Personen daran partizipiren zu lassen, beides jedoch nicht weiter, als dies ohne Benachtheiligung der bereits bestehenden Rechte der Servitutarien geschehen kann.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Nov. 1847 und von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 16. Jan. 1846.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 211 ff.)

§§. 226. 227. 1) Die §§. 226., 227. setzen eine unbestimmte, sich nach dem Bedürfniß des Berechtigten richtende Holzungsberechtigung voraus, und finden nicht auf solche Rechte Anwendung, vermöge deren der Berechtigte eine bestimmte Quantität Holz aus dem belasteten Walde zu fordern hat.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Sept. 1844. (Präj. Nr. 1499.) (Präj. Samml. S. 133.)

2) Das Recht der Mitbenutzung des Waldeigenthümers an einzelnen Holzsortimenten, namentlich dem Raff- und Leseholze, kann aus dem Eigenthumsrechte am Walde allein nicht abgeleitet werden, sofern die Bedürfnisse desselben aus den besseren Holzsortimenten (Klafterholz, stehenden Bäumen rc.) gedeckt werden können, auch entnommen worden sind, und die Theilnahme des Eigenthümers an jenen geringen Holzsortimenten die Befriedigung des wirthschaftlichen Bedarfs der Raff- und Leseholzberechtigten benachtheiligen würde.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 10. Okt. 1856. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 345 ff.)

3) Bei Auseinandersetzung des Waldeigenthümers mit Forstnutzungsberechtigten ist das Deputat des Forstbeamten von dem Ertrage des Waldes vorweg abzusetzen und dem Ersteren zu Gute zu rechnen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 10. Aug. 1848, da der Förster im beiderseitigen Interesse gehalten werde und wie bei jeder Verwaltung nur der Reinertrag zum Genuß kommen könne.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 233.)

4) Der zur Deckung des Bedarfs mehrerer Berechtigten nicht zureichende Gesammtertrag eines Waldes an Raff- und Leseholz ist nach Verhältniß des wirthschaftlichen Bedürfnisses der bezüglichen Stellen zu vertheilen.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 16. Jan. 1816. (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 186—188.)

§. 229. Wenn das Gesetz als Ursachen der Unzulänglichkeit eines Waldes für die beiderseitigen Bedürfnisse des Waldeigenthümers und Holzungsberechtigten »übele Wirthschaft und übertriebenen Verkauf« aufstellt, so erfordert es nicht, daß, wo die erste Ursache vorliegt, auch noch die zweite (welche vielmehr nur eine besondere Art der übelen Wirthschaft ist) hinzutreten müsse, um den Vorzug des Holzungsberechtigten vor dem Waldeigenthümer zu begründen; und unter »übeler Wirthschaft« ist nicht bloß eine positive Beschädigung des Waldbestandes, sondern auch eine schuldbare Vernachlässigung der Waldkultur zu verstehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Juni 1850. (Präj. Nr. 2229.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 44, Entsch. Bd. 20. S. 229.)

§§. 231—234. Der Forsteigenthümer ist nicht verpflichtet, diejenigen Holzsortimente, welche sich zur Zeit eines vorzunehmenden Baues im belasteten Walde ohne seine Schuld nicht vorfinden, anderweit zu beschaffen, oder dem Berechtigten zu bezahlen; — es hat auch der Singularsukzessor im Besitze eines solchen Waldes nur die Folgen der Reallast, nicht aber die auf einem persönlich obligatorischen Rechtsgrunde beruhenden Verpflichtungen seines Vorgängers zu vertreten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 9. Jan. 1847.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 182.)

§. 235. 1) Tritt durch Fixirung einer bisher unbestimmten Brennholzgerechtsame auf ein gewisses, mit der rechtmäßigen Benutzung im Verhältniß stehendes Deputat eine vollständige Aenderung (Novation) der rechtlichen Basis des Rechts ein, so daß die bisherige Grundgerechtigkeit in eine Reallast umgewandelt ist oder nicht[1])?

Der II. Sen. des Ob. Trib. führt in dem Erk. v. 10. Juli 1856 aus, daß diese Frage sich nicht in abstracto, sondern nur nach dem Inhalte der betreffenden Verträge oder sonstigen thatsächlichen Momente entscheiden lasse. Daraus erkläre es sich, wenn in einigen zur Entscheidung gekommenen Fällen dieser Art eine eingetretene Verwandlung der Grundgerechtigkeit in eine Reallast angenommen worden, während in anderen Fällen aus den dabei obwaltenden Umständen das Fortbestehen der Servitut gefolgert worden sei. Das Ob. Trib. verweist in dieser Beziehung auf seine älteren Entscheidungen v. 11. Dec. 1849[2]) und v. 8. Mai 1849[3]), welche angenommen haben, daß die Fixirung der bisher unbestimmten Brennholzberechtigung auf eine bestimmte Quantität Holz an sich keine Umwandlung der Grundgerechtigkeit in eine Reallast bewirkt, und auf eine neuere Entscheidung v. 20. Dec. 1855[4]), welche aus den Umständen des konkreten Falles gefolgert hat, daß durch einen zwischen den Eigenthümern des berechtigten und des verpflichteten Grundstücks zu Stande gekommenen Vertrag, wonach Letzterer sich verpflichtet hat, dem Ersteren statt des bisher dem berechtigten Grundstücke zugestandenen jus lignandi und gegen Verzichtleistung auf dasselbe alljährlich eine bestimmte Quantität Holz auf immerwährende Zeiten aus seiner Forst zu verabreichen, eine Novation der Holzungsgerechtigkeit (Grundgerechtigkeit) in eine Reallast bewirkt worden sei. (Entsch. Bd. 33. S. 393.)

2) Die bloße Fixirung einer unbestimmten Brennholzberechtigung auf eine bestimmte Quantität Holz ist an sich keine Umwandlung der Grundgerechtigkeit in eine bestimmte Abgabe. Bei dem Eintritt einer Unzulänglichkeit der belasteten Forst muß sich der Berechtigte mithin eine Kürzung der bestimmten Quantität Holz eben so gefallen lassen, als ob die Fixation nicht erfolgt wäre.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 11. Dec. 1849.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 73.)

3) Eine bisher unbestimmte Holzservitut verliert dadurch, daß sie auf ein gewisses Quantum fixirt wird, die Natur der Grundgerechtigkeit nicht; — es bedarf deshalb keiner Eintragung des Deputates (§. 58. des Anh. zum A. L. R.); Pfarren sind in dieser Beziehung als (berechtigte) Grundstücke — praedia dominantia — zu betrachten.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 8. Mai 1849 unter Hinweisung auf §. 235. h. t. und mit dem Bemerken, wie der Umstand, daß das Rechtssubjekt mit dem Worte: »die Pfarre« bezeichnet

---

[1]) Von der Entscheidung dieser Vorfrage ist nämlich die weitere Frage abhängig: ob die Ablösung einer solchen fixirten Brennholzgerechtsame als Reallast nach den Grundsätzen des Ablös. Ges. v. 2. März 1850, oder als Servitut nach den Grundsätzen der Gem. Th. O. v. 7. Juni 1821 stattzufinden habe?

[2]) Vergl. Zus. 2. ad h. l.

[3]) Vergl. Zus. 3. ad h. l.

[4]) Vergl. Zus. 4. ad h. l.

worden, keinen Anhalt darbiete, um anzunehmen, daß die Gerechtigkeit nicht für ein Grundstück beansprucht werde.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 224.)

4) Wenn vertragsmäßig statt des bisher einem Grundstücke zugestandenen jus lignandi und gegen Verzichtleistung auf dasselbe der Eigenthümer des belasteten Grundstückes sich verpflichtet hat, dem Eigenthümer des berechtigten Grundstückes eine bestimmte Quantität Holz alljährlich auf immerwährende Zeiten aus seiner Forst zu verabreichen, so ist die bisherige Holzungsgerechtigkeit (Grundgerechtigkeit) durch Novation in eine Reallast umgewandelt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1855.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 54 Nr. 17., Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 309.)

5) Die zu Brennholz Berechtigten müssen sich bei Fixation desselben auf Klaftern den Abzug des vom Verpflichteten zu verauslagenden Schlagerlohnes, nicht aber auch Abzüge für sonstige Nebenkosten gefallen lassen.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. (Datum konstirt nicht). (Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 3. S. 280.)

Desgleichen unterm 13. Jan. 1854.

(Lette's und v. Rönne's Landeskultur-Gesetzgeb. Bd. 2. Abtheil. II. S. 190—191.)

§. 237. Die Bestimmung des §. 237. findet keine Anwendung, wenn die Holzberechtigung auf eine bestimmte Quantität Holz beschränkt ist.

(Erk. des Ob. Appell. Sen. des Kammerger. v. 23. Dec. 1812, Jahrb. Bd. 1. S. 142.)

§§. 238. 239. Ueber die Rechtfertigung dieser Vorschriften vergl. Suarez in den Schlußvorträgen. (Jahrb. Bd. 41. S. 75.)

§§. 240—248. Andere Arten von Grundgerechtigkeiten.

§. 240. Die Gesetzrevisoren bemerken hierzu:

Zu diesem §. hat man bemerkt, daß hier von solchen Gerechtigkeiten die Rede sei, die man sich nicht bloß als Grundgerechtigkeiten nach §. 12., also als subjektiv dinglich, sondern auch als subjektiv persönlich und nur objektiv dinglich denken müsse. Sollte ein solches subjektiv persönliches Recht existiren, so muß dasselbe gerade so, wie eine auf die persönlichen Bedürfnisse beschränkte Holzungsgerechtigkeit, nach den Regeln vom Nutzungsrechte, auf fremdes Eigenthum, beurtheilt werden. (Gesetzrev. Pens. XIII. u. XIV. S. 221.)

§. 241. 1) Das einem Grundstücke beigelegte Recht, auf fremdem Boden Ziegelerde zu graben, ist, wie jede Prädialservitut, auf den Bedarf des berechtigten Grundstücks beschränkt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Febr. 1851.

(Striethorst's Arch. Bd. 1. S. 247 Nr. 53.)

2) Die käufliche Ueberlassung der Lehmerde in einem Grundstücke enthält eine Verfügung über dessen Substanz.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. April 1852.

(Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 122 Nr. 31.)

§§. 241. 242. Die Vorschriften der §§. 241. u. 242. sind nicht als Verbotsgesetze im Sinne des §. 664. A. L. R. I. 9. anzusehen; der §. 242. schreibt auch nicht die Anweisung als Bedingung der Besitzergreifung, oder als Darlegung der Meinung eines Rechts im Sinne des §. 14. h. t. vor; vielmehr bezwecken sie nur, die Beschädigung des Eigenthümers zu verhindern und geben deshalb dem Eigenthümer die Berechtigung, der ohne seine Anweisung unternommenen Ausübung entgegen zu treten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 16. März 1848.

(Rechtsf. Bd. 3. S. 443 Nr. 216.)

§. 243. Eine Windmühle auf fremdem Grund und Boden ist ein selbstständiges Immobile und ein darauf gelegter Grundzins eine ablösungsfähige Reallast.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. Nov. 1857.

(Entsch. Bd. 37. S. 144.)

§§. 243—246. Durch die Bestimmung des §. 2. Nr. 2. des Ablös. G. v. 2. März 1850 ist auch die Superficies in volles Eigenthum verwandelt.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1855. (Präj. Nr. 2655.)

Zwar thut das Ablös. Ges. speziell der Superficies nicht Erwähnung; aber eben so wenig geschieht dies in Ansehung der Emphyteusis. Das Gesetz hat vielmehr das System des A. L. R. zum Grunde gelegt, und der §. 2. Nr. 2. trifft unbedenklich auch das Institut der Emphyteusis und superficies, wenn »das Ober-Eigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgl. das Eigenthumsrecht des Erbverpächters« für aufgehoben erklärt wird.

(Entsch. Bd. 32. S. 258, Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 115 ff.)

Vergl. die Erk. des Rev. Kolleg. für L. K. S. v. 24. März 1854 und des Ob. Trib. v. 17. April 1855, welche in Betreff des den eigenthümlichen Kathenstellenbesitzern in Neuvorpommern und Rügen zustehenden Superficiarrechtes denselben Grundsatz annehmen.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 260 ff. u. Bd. 8. S. 388 ff.)

Dreiundzwanzigster Titel.

Von Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten.

I. Von den in diesem Titel abgehandelten Zwangs- und Bannrechten verschieden sind die Gewerbeberechtigungen. Sie unterscheiden sich von den Zwangs- und Bannrechten dadurch, daß sie jeden Nichtberechtigten von dem Betriebe des betroffenen Gewerbes ausschließen, ohne Jemanden geradezu zu nöthigen, sich an den Berechtigten in Sachen seines Gewerbes zu wenden; aber mittelbar kann dies in einem gewissen Grade dadurch erreicht werden, daß innerhalb eines gewissen Bezirkes nur ein Einziger die obrigkeitliche Erlaubniß zum Betriebe eines gewissen Gewerbes erhalten hat. (Ausschließliche Gewerbeberechtigung.) Auf dergleichen Gewerbeberechtigungen bezieht sich der Tit. 23. nicht. Es kann aber auch ein Bannrecht mit einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung verbunden sein, z. B. das Abdeckergewerbe.

(Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 1. zum Tit. 23.)

II. Zur Rechtfertigung der Vorschriften des Tit. 23. vergl. Suarez Bemerkungen in den Schlußvorträgen.

(Jahrb. Bd. 41 S. 75 ff.)

III. Die Vorschriften des Tit. 23. sind von der Anwendung ausgeschlossen in dem Herzogthum Westphalen, dem Fürstenthume Siegen mit den Aemtern Burbach und Neuenkirchen (Freie- und Hückengrund) und den Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg.

(Publ. Pat. v. 21. Juni 1825 §. 4., G. S. S. 154.)

IV. Von den noch bestandenen [1]) Zwangs- und Bannrechten sind durch die Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 [2]) §. 4. aufgehoben:

---

[1]) Die Zwangs- und Bannrechte sind nach und nach für den ganzen Umfang der Monarchie aufgehoben oder doch für ablösbar erklärt worden.

a) Zuerst wurde durch das Ed. v. 29. März 1808 (Rabe Bd. 9. S. 176) für die Provinzen Ostpreußen und Litthauen, mit Einschluß des Ermelandes u. des Marienwerderschen landräthl. Kreises, der Mühlenzwang gegen Entschädigung aufgehoben.

b) Das Ed. v. 28. Okt. 1810 (G. S. S. 95) hob sodann für den ganzen damaligen Umfang der Monarchie den Mühlen-, Brau- und Branntweinzwang auf.

c) Das Ed. über die polizeil. Verhältnisse der Gewerbe v. 7. Sept. 1811 (G. S. S. 263) verordnete im §. 51, daß in Rücksicht seiner eigenen Konsumtion Niemand mehr einem Mahl- oder Getränkezwange unterworfen sein solle.

d) In denjenigen Landestheilen, welche vormals zum Königr. Westphalen, zum Großherzogthum Berg, oder zu den Franz. Hanseat. Departements gehört haben, wurden alle Zwangs- und Bannrechte durch die drei Ges. v. 21. April 1825 (§§. 60., 61., §§. 41., 42., §§. 39., 70., G. S. 1825 S. 83, 102 u. 119) aufgehoben.

e) Für die Provinz Posen erfolgte die Aufhebung durch das Ges. v. 13. Mai 1833 (G. S. S. 59) und das dazu erlassene Ges. v. 4. Mai 1839 (G. S. S. 206).

An diese Gesetze schloß sich dann die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845, welche (in den §§. 4. und 5.) für die ganze Monarchie alle durch die bisherige Gesetzgebung noch nicht aufgehobenen Zwangs- und Bannrechte für aufgehoben, beziehungsweise für ablösbar erklärte.

[2]) Vergl. dieselbe nebst den dazu ergangenen abändernden und erläuternden Bestimmungen in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. 3.

1) alle diejenigen, welche dem Fiskus, einer Kämmerei oder Gemeinde innerhalb ihres Kommunalbezirkes, oder einer Korporation von Gewerbetreibenden zustehen, oder von Einem dieser Berechtigten erst nach dem 31. Dec. 1836 auf einen Andern übertragen sind;

2) alle diejenigen, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig ist und

3) sofern deren Aufhebung nicht schon in Folge der Bestimmungen zu 1 u. 2. eintritt:

a) der Mahlzwang, der Branntweinzwang und der Brauzwang;

b) das städtischen Bäckern und Fleischern zustehende Recht, die Einwohner der Stadt, der Vorstädte oder der sogenannten Bannmeile zu zwingen, daß sie ihren Bedarf an Gebäck oder Fleisch ganz oder theilweise von jenen ausschließlich entnehmen; in allen zu 3 gedachten Fällen jedoch nur dann, wenn das Zwangsrecht nicht auf einem Vertrage zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beruht.

V. Diejenigen Zwangs- und Bannrechte, welche nicht durch die Bestimmungen des §. 4. der Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 aufgehoben sind, können (nach §. 5. a. a. O.) von dem Verpflichteten abgelöst werden, wenn die Verpflichtung auf Grundbesitz haftet, die Mitglieder einer Korporation als solche betrifft, oder Bewohnern eines Orts oder Distriktes vermöge ihres Wohnsitzes obliegt. Dasselbe gilt von dem Rechte, den Inhaber einer Schankstätte zu zwingen, daß er das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehme.

Dem Berechtigten steht die Befugniß, auf Ablösung anzutragen, nicht zu.

VI. Ueber die Entschädigung für die hiernach aufgehobenen oder für ablösbar erklärten Berechtigungen vergl. §. 10. der Gewerbe-Ordn. und das Entschädigungs-G. v. 17. Jan. 1845.

(f. in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. 3.)

VII. Aufgehoben ist auch der früher zu Gunsten des Militair-Waisenhauses zu Potsdam bestandene Intelligenz-Insertionszwang [1]).

G. v. 21. Dec. 1849, betr. die Aufhebung des zu Gunsten des Militair-Waisenhauses zu Potsdam bisher bestandenen Intelligenz-Insertionszwanges und der amtlichen Intelligenzblätter.

Wir Friedrich Wilhelm ꝛc. ꝛc. verordnen unter Zustimmung der Kammern, was folgt:

§. 1. Der bisher zu Gunsten des Militair-Waisenhauses zu Potsdam bestandene Intelligenz-Insertionszwang wird mit dem 1. Jan. 1850 gänzlich aufgehoben.

§. 2. Von eben der Zeit (§. 1.) ab hört zugleich überall die amtliche Ausgabe von Intelligenzblättern auf. Der Minister des Innern ist ermächtigt, wenn es sich als zweckmäßig ergiebt, für Berlin ein besonderes Amtsblatt nebst Anzeiger zu gründen.

§. 3. In allen Fällen, in welchen die Gesetze eine Bekanntmachung durch das Intelligenzblatt vorschreiben, tritt mit dem 1. Jan. 1850 an deren Stelle eine Bekanntmachung durch den öffentlichen Anzeiger des Amtsblattes.

Wo die Publikation solcher Bekanntmachungen sowohl durch das Intelligenzblatt, wie durch den Anzeiger vorgeschrieben ist, genügt die Publikation durch den letzteren.

§. 4. Dem Militairwaisenhause zu Potsdam wird für die Entziehung der ihm stiftungsmäßig bisher aus dem Intelligenz-Insertionszwange und der Herausgabe von Intelligenzblättern zuständigen Einkünfte vom 1. Jan. 1850 ab aus der Staatskasse eine jährliche Entschädigungsrente von vierzig tausend Thalern gezahlt.

Auch übernimmt der Staat die in Folge der Aufhebung des bisherigen Intelligenz-Insertionszwanges und Intelligenzblattwesens etwa zu gewährenden Entschädigungen an Beamte und sonstige Interessenten.

Urkundlich ꝛc.

Berlin, den 21. Dec. 1849.

Friedrich Wilhelm.

Graf v. Brandenburg. v. Ladenberg. v. Manteuffel. v. Strotha. v. d. Heydt. v. Rabe. Simons. v. Schleinitz.

(G. S. 1849 S. 441.)

§§. 1—22. Allgemeine Grundsätze.

§. 2. Wenn zwischen dem Inhaber einer Zwangsberechtigung und dem Zwangspflichtigen nicht ein besonderer Vertrag, oder sonst ein spezieller Rechtstitel über die Verpflichtung zur Ausübung der Zwangsberechtigung besteht, und der Berechtigte seiner Zwangsberechtigung rechtsgültig entsagt, so steht dem Zwangspflichtigen kein Recht zu, den Zwangsberechtigten zur Ausübung seiner Berechtigung anzuhalten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 14. April 1845. (Präj. Nr. 1567.) (Präj. Samml. S. 134.)

§. 3. Vergl. das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 20. Okt. 1843 (Präj. Nr. 1351.) in den Erg. zu den §§. 56. u. 58. h. t. Zus. 4.

§. 4. Zu den Bannrechten gehört auch das bisweilen mit den Landschmieden verbundene Recht, zu fordern, daß sämmtliche Ortseinwohner oder doch die Ackerbauer bei dem Schmidt arbeiten lassen [1]).

Ueber die Entstehung und Entwickelung dieses Rechtsverhältnisses vergl. Lette's und v. Rönne's Landeskultur-Gesetzgebung Bd. 2. Abtheil. I. S. 339 ff.

1) Das dem Besitzer einer Schmiede von der Gutsherrschaft vertragsmäßig eingeräumte und im Hyp.-Buche der Schmiede, nicht aber in demjenigen des herrschaftlichen Gutes eingetragene Recht, gegen die von ihm zu leistende Schmiedearbeit von dem Gutsherrn das Schärfgetreide zu fordern, nimmt dadurch allein, daß die Kontrahenten gegenseitig die Erfüllung des Vertrages angefangen und hierdurch ihre Befugnisse in Ausübung gebracht haben, nicht die Natur eines dinglichen Rechts an.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 27. April 1840 [2]). (Präj. Nr. 845.)

Zur Begründung eines dinglichen Rechtes ist außer dem Titel desselben noch die Erwerbungsart erforderlich, — A. L. R. I. 2. §§. 131—134., — also außer dem persönlichen Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht (§. 134.), eine Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt (§. 131.). Damit ein solches persönl. Recht zu einer Sache ein dingliches auf dieselbe werde, ist nach §. 135. l. c. und Tit. 21. §§. 2., 3., in der Regel die Einräumung des Besitzes der Sache an denjenigen nothwendig, der bisher ein persönliches Recht zu der Sache hatte. Rechte dagegen, welche mit dem Besitze der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, haben die Eigenschaft eines dinglichen Rechts, nach A. L. R. I. 20. §. 136., Tit. 20. §. 8., nur dann, wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist; hinsichtlich des in Rede stehenden des Schmidts ist dies nicht der Fall; nirgends ist vorgeschrieben, daß die bloße Ausübung dieses Rechts dasselbe zu einem dinglichen erhebe; es falle weder unter die Vorschrift Hyp. O. I. 48., noch Anh. zum A. L. R. §. 58. Vielmehr ist der Regel nach — A. L. R. I. 2. §. 136., 20. §. 20., 21. §. 4. — zur Erwerbung eines derartigen Rechts die Eintragung in das Hyp.-Buch erforderlich, welchemgemäß auch A. L. R. I. 20. §§. 9., 10. und 21. §. 5. disponirt.

(Präj. Samml. S. 5, Entsch. Bd. 5. S. 291, J. M. Bl. 1840 S. 295.)

Gegen diesen Pl. Beschl. vergl. Koch in der Beurtheilung der Entsch. S. 376, desgl. im Schles. Arch. Bd. 4. S. 547 ff. und in dem Komm. zum A. L. R. Bd. 1. Anm. 111. zum A. L. R. I. 2. §. 136.

---

[1]) Vergl. das Geschichtliche hierüber in v. Rönne's Gewerbe-Polizei des Preuß. Staates Bd. 1. S. 213 ff.

[1]) Dies Verhältniß hat besonders von zwei Seiten Zweifel veranlaßt, einmal, ob dasselbe als ein dingliches oder persönliches Recht zu betrachten; dann, ob es ein Bannrecht und durch die neuere Gewerbe-Gesetzgebung aufgehoben worden. Nur die letztere Frage gehört, streng genommen, hierher, die andere zu A. L. R. I. 2. und 19.; allein da die beiden Fragen in einem genauen Zusammenhange stehen, so sind die betr. Erg. hier gegeben worden.

[2]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 26. April (27. Juni) 1834 folgenden Rechtsatz angenommen:

»Ein Kontrakt, durch welchen der Erbschmidt dem Dominium zu gewissen Schmiedearbeiten gegen gewisse Präſtationen in Gelde, Körnern ꝛc. verpflichtet wird, — hat gegenseitige Handlungen zum Gegenstande. Aber es werden durch dieses Kontrakts-Verhältniß bleibende und fortwährende Rechte und Verbindlichkeiten begründet, bei denen auf die Schmiede und das Rittergut, als Subjekte und Objekte der Rechte gesehen wird, so daß dadurch für den jedesmaligen Besitzer der Schmiede und des Rittergutes gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten erwachsen. Diese sind daher nach §§. 125., 126. dinglicher Natur.«

(Koch's Arch. Bd. 3. S. 237, Forni's Zeitschr. Bd. 1. S. 358.)

Von gleicher Ansicht geht auch noch das Erk. des Ob. Trib. v. 20. Dec. 1839 aus (Koch's Arch. Bd. 4. S. 542). In neuerer Zeit wich indeß der II. Sen. von dieser Ansicht ab, weshalb die Entscheidung des Plenums eingeholt wurde.

2) In der Neumark, und insbesondere im Sternberger Kreise, geht das Recht des Dorfschmidts auf das ihm Seitens der Gutsherrschaft zugesicherte Schärfkorn, der unterlassenen Eintragung auf dem Rittergute unerachtet, auf jeden Besitznachfolger des Gutsherrn über.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 6. April 1848. (Präj. Nr. 2003.)

(Präj. Samml. S. 5, Entsch. Bd. 16. S. 502, Rechtsf. Bd. 4. S. 24 Nr. 12.)

3) Die Entrichtung des Schärfkorns, welches in einem früherhin von der Gutsherrschaft für die Gemeinde mit dem Dorfschmidt errichteten Vertrage von den bäuerlichen Höfen stipulirt worden, ist nach der in der Kurmark Brandenburg bestehenden provinziellen Verfassung für eine Gemeindelast zu achten, welche auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch der bäuerlichen Hufengrundstücke von allen Besitzern derselben zu entrichten ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Aug. 1849. (Präj. Nr. 2133. a.)

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 2, Entsch. Bd. 18. S. 405.)

Vergl. das Erk. desselben Sen. v. 2. Okt. 1847.

(Rechtsf. Bd. 2. S. 274 Nr. 138.)

4) Ist der Dorfschmidt, welcher die Verpflichtung hat, für die Gutsherrschaft die Schmiedearbeiten gegen ein bestimmtes Entgelt zu fertigen, berechtigt zu verlangen, daß die Gutsherrschaft diese Arbeiten nur bei ihm, nicht bei einem fremden Schmidt anfertigen lasse?

a) Das Ob. Trib. hat sich hierüber (Datum des Erk. konstirt nicht) in folgender Art ausgesprochen:

Man kann nicht behaupten, daß die Gesetze dem Schmidt ein Zwangsrecht beilegen, vermöge dessen er fordern könnte, daß das Dominium seines Dorfes ausschließlich bei ihm arbeiten lassen müsse. Allein wenn ein Vertrag zwischen dem Dominio und dem Schmidt besteht, der ihm für immer und ohne besondere Bestellung die Verbindlichkeit zur Anfertigung der Dominial-Schmiede-Arbeiten auflegt, so muß man auch annehmen, daß dem Schmidt die Mittel zugesichert worden sind, durch welche er in den Stand gesetzt wird, dem jedesmaligen Verlangen des Dominii zu entsprechen. Dies kann nur durch die beständige und ausschließliche Zuwendung der Dominial-Schmiedearbeit geschehen, denn sonst würde bei der geringen Belohnung, welche der Dorfschmidt in der Regel erhält, der Vortheil allein auf Seiten des Dominii sein; dies widerspricht aber der Natur eines zweiseitigen Vertrages und insbesondere dem Zwecke eines auf gegenseitigen und fortwährenden Nutzen beider Theile gerichteten Schmiede-Kontrakts. — Für einen solchen muß aber der vorliegende geachtet werden. Die Schmiedegerechtigkeit ist von dem Dominio abgetreten und der Abtretungs-Vertrag ist, so lange die qu. Gerechtigkeit mit einem dem Dominio nicht gehörenden Grundstücke verbunden ist, wider den Willen des andern Theils nicht auflöslich; der Vortheil des Dominii besteht darin, daß ihm die Arbeit auf jedesmaliges Verlangen für einen geringen Lohn geliefert werden muß, die Gegenleistung aber darin, daß es dem Kläger gestatten muß, jene Arbeit anzufertigen und jenen Lohn zu verdienen. (Centralbl. 1839 S. 11.)

b) In dem Erk. des O. L. G. zu Glogau vom April 1812 (in Sachen der Gemeinde Klopschen w. Stephan) heißt es in dieser Beziehung:

Auf den Grund des vor 300 Jahren zwischen dem Schmidt und der Dorfgemeinde auf ewige Zeiten über die Belohnung für seine Schmiedearbeit errichteten Vertrages ist ein Zwangs- und Bannrecht des Dorfschmidts deshalb anzunehmen, weil 1) wenn nicht jeder Dorfwirth bei dem Schmidt arbeiten zu lassen gezwungen ist, nicht abzusehen wäre, wozu die Einigung über die Emolumente des Schmidts genutzt hätte; 2) weil es im Vertrage ausdrücklich heißt: der Pfarrer könne arbeiten lassen, wo er wolle; 3) weil darin gesagt ist: es solle die Schmiede künftig allemal mit den darauf haftenden Rechten, Freiheiten und Genüssen transferirt werden. Es ist anzunehmen: a) daß der §. 408. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. für die Fälle, wo der Zwangsberechtigte seine Pflichten nicht gehörig erfüllt, z. E. keine taugliche Schmiedearbeit fertigt, nur in soweit anwendbar ist, daß die verpflichteten Gemeindeglieder den Berechtigten durch den Richter oder die Polizei-Behörde warnen lassen, und, wenn dies nichts hilft, auf Verlustigkeitserklärung des Zwangsrechts förmlich klagen können, §§. 17., 42., 77. Tit. 23. Thl. I. des A. L. R. Darauf, daß der Schmidt einen qualifizirten Stellvertreter sich halte, ist nicht zu klagen. b) Daß nicht bloß der Schmidt, so lange er die Schmiede besitzt, sondern die Schmiede selbst, als zu seinem freien Eigenthum gehörig, nach §. 21. Tit. 23. a. a. O. des subjektiv-dinglichen Zwangsrechts durch die Sentenz verlustig zu erklären sei. c) Daß das Zwangsrecht nicht bloß gegen diejenigen Gemeindeglieder, denen der Berechtigte schlechte Arbeit geliefert hat, sondern das Zwangsrecht gegen die ganze Gemeinde verloren geht, sobald der Schmidt überwiesen ist: mehreren Mitgliedern der Gemeinde untaugliche Arbeit, der erhaltenen Warnung ungeachtet, geliefert zu haben.

(Merckel's Komm. zum A. L. R. II. 8. §. 139. Thl. 2. S. 967.)

c) Die Dep. des I. Sen. des O. L. G. zu Ratibor stellt in dem Urtel v. 11. Jan. 1839 die Sätze auf:

Die in einem Urbarium getroffene Uebereinkunft, wonach der Schmidt der Herrschaft die Schmiedearbeiten für einen gewissen Preis leisten soll, begründet für die Herrschaft eine Zwangsverbindlichkeit, bei dem Schmidt arbeiten zu lassen.

Dieses Verhältniß wird durch schlechte Arbeit nicht sofort für die Herrschaft unverbindlich.

(Koch's Arch. Bd. 4. S. 90.)

d) Die beiden Sen. des Kammerger. haben in den Erk. v. 6. März und 25. Aug. 1806 angenommen, daß ein Dorfschmidt kein Bannrecht habe und insbesondere nicht verlangen könne, daß die Dorfgemeinde ihre Schmiedearbeit bei ihm anfertigen lasse.

(Mathis Bd. 3. S. 482.)

e) Die Verpflichtung eines Dorfschmidts, der Gutsherrschaft und den Mitgliedern der Dorfgemeinde die nöthigen Schmiedearbeiten gegen Empfang bestimmter Lohnsätze, des Schärfkorns oder Leistung von Kohlenfuhren anzufertigen, ist in Ermangelung besonderer vertragsmäßiger Bestimmungen nicht für ein Zwangsrecht zu erachten.

Das von den Gutsherrschaft vertragsmäßig übernommene Schmiededeputat ist, auch wenn eine Eintragung desselben in das Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, dennoch für eine Reallast des Ritterguts zu erachten.

Erkannt von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. unterm 9. Dec. 1853.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 7. S. 240.)

5) Einfluß des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 und der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 auf das Verhältniß der Landschmiede.

a) Das mit den Ritterguts- und Dorfschmieden in den ältern Provinzen des Staates als eine beständige Gerechtigkeit verbundene Recht auf das sogenannte Schärfgetreide ist auch in den Fällen, wo kein vor dem Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 geschlossener Vertrag vorliegt, durch Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit nicht aufgehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. März 1842[1]). (Präj. Nr. 1109.)

Daß das Recht des Dorfschmidts auf das sogenannte Schärfgetreide da, wo dasselbe auf einem vor Publ. des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 errichteten förmlichen Vertrage beruht, durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit nicht für aufgehoben zu erachten ist, kann, auch unter der Voraussetzung, daß durch einen solchen Vertrag die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränkt oder gehindert würde, nach der K. O. v. 19. April 1813, nicht zweifelhaft sein. Die gedachte K. O. hat indeß nichts über die Form und den Beweis des bestehenden Vertragsrechts vorschreiben wollen, sondern nur überhaupt das Dasein eines Vertrages vorausgesetzt, und solches, wenn es nur aus einer Zeit vor Publ. des Ed. v. 2. Nov. 1810 herrührt, für verbindlich erklärt. Es ist aber jener Betrieb des Schmiedehandwerks, wie dasselbe auf dem platten Lande vorgefunden wird, weniger aus Zunft- und Innungszwang, als vielmehr aus freier Vereinigung zwischen dem Schmidt und

---

[1]) In einem frühern Falle (Datum des Erk. konstirt nicht) hatte das Ob. Trib. gleichfalls angenommen, daß sich durch einen solchen Schmiedevertrag ein vertragsmäßiges Zwangsrecht gebildet habe, welches auch nach der neueren Gesetzgebung fortdauere, die nur den Mahl- und Getränkezwang aufgehoben habe. Jenes Zwangsrecht könne zwar der eingeführten allgemeinen Gewerbefreiheit hinderlich werden, sei aber aus diesem Grunde nicht für aufgehoben zu erachten, in sofern es sich auf einen, vor der Publ. des G. v. 2. Nov. 1810 geschlossenen Vertrag gründe. (Centralbl. 1839 S. 10.) — In einem Präj. v. 27. Juni 1834 hatte das Ob. Trib. gleichfalls ausgeführt, daß das durch Vertrag begründete Recht der Landschmiede, gewisse Schmiedearbeiten gegen bestimmte Preise und Prästationen zu entrichten, analogisch nach den Grundsätzen von Zwangsrechten zu beurtheilen, jedoch weder durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit aufgehoben, noch durch Ablösung nach den Grundsätzen der Ablös. O. auflöslich sei. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 237.) — Als demnächst der II. Sen., hiervon abweichend, die Ansicht aufstellte, »daß die Besitzer von Dorf- und Gutsschmieden durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit sowohl das Recht, die Schmiedearbeiten auf dem Rittergute, beziehungsweise für die Dorfgemeinde, zu machen, als auch den Anspruch auf das früherhin dafür erhaltene Schmiedekorn (Schärfgetreide) verloren haben, namentlich in den Fällen, wo dem Verhältnisse kein vor dem Ed. v. 2. Nov. 1810 geschlossener Vertrag zum Grunde liegt,« (Entsch. Bd. 7. S. 343) erfolgte die Entscheidung durch den Pl. Beschl. v. 14. März 1842.

den Bewohnern des platten Landes hervorgegangen. Wenn auch kein Vertrags-Instrument über die Annahme des Schmidts beigebracht werden kann, so läßt doch die Natur einer beständigen Gerechtigkeit auf die ursprüngliche Existenz eines Vertrags überhaupt zurückschließen. Eine solche Einigung — wäre sie wirklich der jetzt bestehenden Gewerbefreiheit entgegen — müßte die in der K. O. v. 19. April 1813 angedeutete Wirkung hervorbringen. Der Schmidt kann daher in den bemerkten Fällen auch jetzt verlangen, daß die Betheiligten, wenn auch nicht ferner bei ihm arbeiten lassen, doch ihm die vertragsmäßigen Leistungen gewähren, auf welche er ein vor dem Gewerbesteuer-Ed. begründetes, von der gedachten Ordre anerkanntes Recht erworben hat. Es kommt aber darauf, ob ein solches vertragsmäßiges Verhältniß vorliegt, nicht einmal an, weil das in Rede stehende Recht überhaupt nicht als durch Einführung der allgem. Gewerbefreiheit für aufgehoben erachtet werden kann. Das G. v. 27. Okt. 1810 sieht die Gewerbefreiheit und das Aufhören der Bann- und Zwangsrechte als etwas von einander ganz unabhängiges an, und hat auch, dem Versprechen gemäß, demnächst über jede dieser Maßregeln besondere Ed. erlassen. Nur auf diese kommt es an. In dem betr. Ed. nun v. 7. Sept. 1811 sind im ersten Satze ebenfalls Gewerbefreiheit und Aufhören der Zwangs- und Banngerechtigkeiten von einander gehalten und unterschieden, und dabei in Betreff der letzteren Entschädigung wegen wohlhergebrachter Rechte zugesichert worden. Das Ed. v. 2. Nov. 1810 hat ferner lediglich die Einführung der allgem. Gewerbefreiheit, nicht aber die Aufhebung der Bann- und Zwangsgerechtigkeiten, zum Gegenstande, und schon deshalb würde sich daraus nichts über das in Rede stehende Recht des Dorfschmidts, welches sich doch nur unter den Begriff einer Zwangsgerechtigkeit bringen ließe, herleiten lassen. Dies Ed. enthält aber auch nur in den §§. 16. u. 17. Bestimmungen, welche möglicherweise hierher gezogen werden könnten. Zu den hier bezeichneten, im Hyp.-Buche eingetragenen Gewerbegerechtigkeiten gehört das fragliche Recht nicht, eben so wenig zu denjenigen ausschließlichen, vererblichen und veräußerlichen Gewerbeberechtigungen in den Städten, worüber das G. über die polizeil. Verh. der Gewerbe ꝛc. v. 7. Sept. 1811 in den §§. 32. ff. und die Dekl. v. 11. Juli 1822 Bestimmungen enthalten. Das einzige, was sich demnach aus den §§. 16. u. 17. des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 für die vorliegende Frage folgern ließe, wäre, daß einem mit einem Gewerbeschein versehenen Schmidt die Betreibung des Schmiedehandwerks auch an dem Wohnorte des zwangsberechtigten Schmidts oder in dessen Nähe nicht versagt werden kann, und der Letztere der Ansetzung desselben nicht widersprechen darf. Aber aus dem bloßen Mangel eines solchen Widerspruchsrechts folgt noch nicht ohne Weiteres der Verlust des wohlhergebrachten, und als eine beständige Gerechtigkeit bisher ausgeübten Rechts des zwangsberechtigten Schmidts auf das Schärfgetreide. Auch das für die entgegengesetzte Meinung in Bezug genommene G. über die polizeil. Verh. der Gewerbe ꝛc. v. 7. Sept. 1811 steht derselben nicht zur Seite. Der §. 54. desselben gestattet sogar ausdrücklich die Errichtung neuer Verträge, wodurch der Inhaber einer Schankstätte sich verpflichtet, das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu entnehmen. Sonst enthält dieses G. in Beziehung auf Zwangsrechte nichts als den §. 51., welcher indeß mehr gegen, als für die darauf gestützte Ansicht spricht. Denn derselbe verordnet: In Rücksicht seiner eigenen Konsumtion ist Niemand mehr einem Mahl- und Getränkezwange unterworfen, und spricht mithin die Befreiung der eigenen Konsumtion nur in Betrag des Mahl- und Getränkezwanges aus, und gedenkt anderer Zwangsrechte nicht. Jener §. sieht daher anscheinend diese Zwangsrechte da, wo sie vorhanden sind, wenigstens in soweit, als nicht der §. 17. des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 entgegensteht, als fortdauernd an. Dies findet auch in dem Ed. wegen der Mühlengerechtigkeit und Aufhebung des Mühlenzwanges, des Bier- und Branntweinzwanges v. 28. Okt. 1810 seine Bestätigung. Durch die Bestimmung des §. 1. dieses Ed. v. 28. Okt. 1810 erhielt die allgemeine Verheißung der Aufhebung der Bann- und Zwangsgerechtigkeiten in dem Ed. v. 27. desselb. M., welches unter den verschiedenen Arten derselben nicht unterscheidet, ihre Erläuterung und Begrenzung. Es ist nicht denkbar, daß der Gesetzgeber, wenn er wirklich die Aufhebung aller Zwangs- und Bannrechte gewollt hätte, dies in dem Ed. v. 28. Okt. 1810, welches eben die Ausführung jener Verheißung im Ed. v. 27. war, nicht ebenso allgemein ausgesprochen, sondern sich auf den Mahl- und Getränkezwang beschränkt haben sollte. Ueberdies war, wie bemerkt, in dem Ed. v. 27. Okt. 1810 die Aufhebung der Bann- und Zwangsgerechtigkeiten ausdrücklich nur mit der Zusicherung einer Entschädigung abseiten des Staats da, wo ein Verlust wirklich nach den vorzuschreibenden Grundsätzen erwiesen wird, angekündigt. Dergleichen Grundsätze sind aber in dem Ed. v. 28. Okt. 1810 nur in Betreff des Mahl- und Getränkezwanges vorgeschrieben worden. Wenn deren analoge Anwendung auch zulässig wäre, so passen sie doch nicht auf Zwangsrechte anderer Art, namentlich nicht auf den Schmiedezwang, welcher das Eigenthümliche hat, daß nicht für die einzelne Arbeit jedesmal ein bestimmter Satz vergütet wird, sondern für den gesammten Bedarf an Schmiedearbeit, ohne Rücksicht auf den Betrag, schon im Voraus eine ein für allemal in Pausch und Bogen bestimmte Quantität Getreide als alljährliche Gegenleistung festgesetzt ist. Es wird deshalb auch weder in dem Ed. v. 28. Okt. 1810 noch in einem andern G. eine Entschädigung abseiten des Staats wegen solchen Schadens zugesichert, welcher durch Aufhebung anderer Zwangsrechte, als der gedachten, erlitten sein möchte; es ist also die, wenn auch vielleicht ursprünglich beabsichtigte, doch immer nur an die Bedingung der Entschädigung geknüpfte Aufhebung dieser andern Zwangsrechte nie in das Leben getreten. Es ist daher der Schmiedezwang nach den §§. 16. u. 17. des Ed. v. 2. Nov. 1810 nur in soweit beschränkt worden, daß der bisher zwangsberechtigte Schmidt der Ansetzung eines neuen Schmidts an seinem Wohnorte oder in dessen Nähe und der Ausübung des Schmiedegewerbes durch denselben nicht widersprechen darf, die bisher Zwangspflichtigen jetzt berechtigt sind, ihre Schmiedearbeiten ganz oder theilweise durch einen andern, als den bisher Zwangsberechtigten fertigen zu lassen.

(Präj. Samml. S. 317, Entsch. Bd. 7. S. 344.)

b) Durch die Bestimmungen der §§. 16. 17. des Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 ist das, durch einen vor Publikation des gedachten Ed. errichteten Vertrag zwischen dem Besitzer einer Landschmiede und der Dorfgemeinde begründete Rechtsverhältniß, wonach die Letztere ihre sämmtliche Schmiedearbeit bei dem Ersteren machen lassen muß, dieser aber solche um den bisherigen Preis, ohne denselben steigern zu dürfen, tüchtig und gut, allemal auch zur rechten Zeit anzufertigen schuldig ist, nicht für aufgehoben zu achten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Mai 1842. (Präj. Nr. 1146.) (Präj. Samml. S. 317.)

c) Der Schmiedezwang ist durch die allgemeine Gewerbe-O. v. 27. Jan. 1845 nicht aufgehoben, sondern nur für ablösbar erachtet worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 23. Febr. 1849.

Der §. 1. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 bezieht sich nur auf ausschließliche Gewerbe-Berechtigungen. Etwas anderes ist ein Zwangs- und Bannrecht im gesetzlichen Sinne, vermöge dessen Jemand befugt ist, den demselben unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bei jedem Anderen, als bei ihm, dem Berechtigten, zu untersagen (A. L. R. I. 23. §. 2.). Von diesen Zwangs- und Bannrechten handelt die Gewerbe-O. in den §§. 4—10., wogegen §. 11. Vorschriften für beides (ausschließliche Gewerbe-Berechtigungen und Zwangs- und Bannrechte) enthält, und namentlich festsetzt: daß solche, die für aufgehoben oder ablösbar erachtet sind, künftig durch Verjährung gar nicht mehr erworben, durch Vertrag oder andere Rechtsmittel aber nur für einen zehnjährigen Zeitraum begründet werden können. Die Gewerbe-O. unterscheidet sonach zwischen den ausschließlichen Gewerbe-Berechtigungen und den Zwangs- und Bannrechten, und diese Scheidung hält auch das Entschädigungsgesetz zu derselben v. 17. Jan. 1845 in Beziehung auf die zu leistende Entschädigung genau fest, wie sich aus Vergleichung der Vorschriften im §. 1. ff., §. 7. ff., §. 24. ff., §. 29. ff., §. 34. ff. und deren Marginalien ergiebt. Der §. 1. der Gewerbe-O. bezieht sich daher nur auf ausschließliche Gewerbe-Berechtigungen; der Schmiedezwang gehört nicht zu jenen, sondern zur Gattung der Zwangs- und Bannrechte. Von diesen letzteren sind nach §. 4. der Gewerbe-O.:

1) alle diejenigen, welche dem Fiskus, einer Kämmerei oder Gemeinde innerhalb ihres Kommunalbezirks, oder einer Korporation von Gewerbetreibenden zustehen, oder von einem dieser Berechtigten erst nach dem 31. Dec. 1836 auf einen Anderen übergegangen sind;

2) alle diejenigen Zwangs- und Bannrechte, deren Aufhebung nach dem Inhalt der Verleihungs-Urkunde ohne Entschädigung zulässig ist, unbedingt und ohne Rücksicht darauf: ob das Zwangsrecht durch Vertrag konstituirt ist, oder nicht, in der Regel und ohne Anspruch auf Entschädigung, §. 4. Nr. 1. u. 2. der Gewerbe-O., §. 2. des Entschädigungs-G., außerdem:

3) der Mahl-, Branntwein-, Brau-, Schank-, Brot- und Fleischzwang, jedoch nur dann, wenn das Zwangsrecht nicht auf einem Vertrage zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten beruht, und gegen Entschädigung, §. 4. Nr. 3. der Gewerbe-O., §§. 1. ff., 24., 29—33. des Entschädigungs-G., aufgehoben; alle übrigen, zu den vorstehenden Klassen und Gattungen nicht gehörigen Zwangs- und Bannrechte dagegen sind in Kraft geblieben und nur für ablösbar erachtet. (§. 5. der Gewerbe-O., §. 34. des Entschädigungs-G.)

(Entsch. Bd. 17. S. 289.)

6) Ein Dorfschmidt kann das Recht, für gewisse Dienstleistungen ein gewisses Einkommen von der Gemeinde zu verlangen, nicht durch Verjährung erwerben, sondern es muß der Grund des gegenseitig bestandenen Rechtsverhältnisses angegeben werden, denn es sind in dem obwaltenden Rechtsverhältnisse gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten vorhanden, die Verjährung aber ist eine einseitige Erwerbsart, die auf der einen Seite nur Rechte, auf der anderen nur Verbindlichkeiten erzeugt, mithin einen Vertrag nicht begründen kann.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Juli 1834.
(Koch's Arch. Bd. 3. S. 277.)
Dagegen vergl. Koch (a. a. O. S. 281—282.)

7) Schärfgetreide heißt der Lohn in Körnern, welcher als Pauschquantum für das Schärfen und Ausbessern der Pflugschaaren gegeben wird.
Erkannt von dem O. L. G. zu Breslau unterm 18. März 1834 und 11. Juli 1837. (Koch's Arch. Bd. 3. S. 246 u. 252.)

8) Das sogenannte Eisengeld ist als eine Entschädigung für das Material anzusehen, und kann nicht gefordert werden, wenn das Material nicht verarbeitet worden ist.
Erkannt von dem O. L. G. zu Breslau unterm 9. Nov. 1832.
(Koch's Arch. Bd. 3. S. 235.)

9) In den Erk. des (vormaligen) Fürstenth. Ger. zu Neisse v. 14. Dec. 1821 und des O. L. G. zu Ratibor v. 7. April 1837 werden folgende Rechtssätze aufgestellt:

1) Wenn ein erblicher Lohnschmidt für die ihm obliegende herrschaftliche Schmiedearbeit ein Pauschquantum erhält, so darf das Ackergeräth nicht ohne besondere Vergütigung zur Bestellung des nach der Zeit des Kontrakts urbar gemachten Neulandes gebraucht werden, selbst wenn andere urbar gewesene Strecken wüste geworden.

2) Solches Ackergeräth darf auch nicht zur Bestellung des Ackers eines anderen Gutes gebraucht werden, selbst wenn der Gutsherr das Geräth nach jedesmaligem Gebrauch auf seine Kosten von einem anderen Schmidt wieder in Stand setzen lassen wollte.

3) Auch ein Schmiedelohnkontrakt, wonach ein bestimmter Preis für jedes Stück bezahlt wird, kann nicht auf spätere Vergrößerung der Ackerfläche des Gutsherrn ausgedehnt werden, und der Schmidt kann die Mehrarbeit verweigern oder nach den üblichen Preisen bezahlt verlangen.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 92 ff.)

Ueber die Art der Ermittelung der Mehrarbeit bemerkt Koch:
Es ist nach einem gewissen Durchschnitte auszumitteln, wie viel Stück von jeder Art Ackergeräth bis zur Vergrößerung der Feldmark jährlich neu herzustellen waren, und wie viel Stücke jährlich ausgebessert, z. B. Pflugschaare oder Eggenzinken neu gemacht und geschärft worden sind. Dieselbe Anzahl muß für den alten Preis ferner gemacht und reparirt werden; was mehr verlangt wird, ist dasjenige, was entweder zurückgewiesen oder nach den gewöhnlichen Preisen bezahlt verlangt werden kann. (a. a. O. S. 98.)

10) Betreffend die Ablösbarkeit des Schmiedezwanges.
a) Das Rechtsverhältniß, wonach der Besitzer einer Landschmiede gewisse Schmiedearbeiten gegen bestimmte Preise und Prästationen zu verrichten hat, ist nicht nach den Grundsätzen des Ablös. G. v. 7. Juni 1821 [1]) ablöslich.
Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. Dec. 1839.
(Koch's Arch. Bd. 4. S. 542.)
b) Die Ablösbarkeit sowohl der Verpflichtung des Dorfschmidts zur Anfertigung der Schmiedearbeiten für die Gutsherrschaft und die Mitglieder der Dorfgemeinde, als auch der als Gegenleistungen dafür übernommenen Verbindlichkeiten der Gutsherrschaft und der Gemeindewirthe nach den Grundsätzen des Ablös. G. v. 2. März 1850 ist von dem Rev. Kolleg. für L. K. S. anerkannt in den Erk. v. 9. Sept. u. 9. Dec. 1853.
(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 6. S. 430 u. Bd. 7. S. 240.)
c) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 23. Febr. 1849.
(s. ob. Zus. 5. sub c. ad h. l.)

§§. 7—9. Wenn eine Schankgerechtigkeit durch den Verleihungsvertrag selbst nicht als eine ausschließliche Befugniß eingeräumt ist, kann allein aus der während eines noch so langen Zeitraums unterlassenen Mitausübung des Ausschanks Seitens des Verleihers auf das Recht zur Mitausübung nicht gefolgert werden.
Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Sept. 1839 (Präj. Nr. 716.), auf Grund der Vergleichung der §§. 7—9. h. t. mit den §§. 71. u. 72. h. t. und in Gemäßheit der allgemeinen Rechtsgrundsätze der §§. 505—507. A. L. R. I. 9.
(Präj. Samml. S. 135, Entsch. Bd. 5. S. 23, J. M. Bl. 1839 S. 340.)

§. 9. Koch führt aus, daß zwischen dem Konzedenten des Bann- oder Zwangsrechtes und dem Beliehenen kein fortwährendes obligatorisches Verhältniß besteht, und daß daher auch aus dem Grunde der unmöglichen Erfüllung eines wechselseitigen Vertrags kein Erlaß für den Verlust des Bannrechts von dem Konzedenten gefordert werden kann. (Koch's Arch. Bd. 1. S. 212 ff.)
Vergl. Koch's Landr. Bd. 2. Anm. 7. zu §. 9. h. t.

§§. 15. 58. Vergl. das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 30. Nov. 1838 (Präj. Nr. 584) in den Erg. zu den §§. 56. u. 58. h. t. Zus. 3. sub c.

§. 17. In einem Erk. des Gerichts zu Heilsberg (Datum konstirt nicht) wird ausgeführt, daß es eine »Bedrückung« sei, wenn der Berechtigte dem Verpflichteten die Preise so hoch stellt, daß dieser mit anderen Gewerbsgenossen nicht konkurriren kann.
(J. W. 1847 S. 140.)

§§. 23—52. Von dem Mühlenzwange.

I. Ed. v. 28. Okt. 1810, wegen der Mühlengerechtigkeit und Aufhebung des Mühlenzwanges, des Bier- und Branntweinzwanges in der ganzen [1]) Monarchie.

Wir rc. In Verfolg des Ed. v. 27. Okt. über die künftige Finanzverwaltung verordnen Wir Folgendes:

§. 1. Der Mühlenzwang, der Brau- und Branntweinzwang, oder das mit dem Besitze einer Mühle, einer Brauerei, Brennerei oder eines Schanks verbundene Recht, Andere zu zwingen, daß sie daselbst ihren Bedarf entweder mahlen und schroten, oder das Getränke ausschließlich beziehen müssen, hört vom heutigen Tage an sowohl in den Städten, als auf dem platten Lande, ohne Unterschied der Qualität der Besitzrechte, auf.

§. 2. Da die Theorie und die Erfahrung beweisen, daß die Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte in der Regel keinesweges die Einnahmen der früher Berechtigten mindert, sondern bei der gewöhnlich vermehrten Konsumtion erhöht, so soll weder der Verkäufer, noch der Erbpächter [2]), noch der Zeitverpächter, noch der Zwangspflichtige verbunden sein, für jene Aufhebung Eviktion zu leisten, oder irgend eine Entschädigung zu übernehmen.

§. 3. Weil jedoch örtliche Verhältnisse einzelne Ausnahmen jener allgemeinen Regel begründen und Schaden für den Berechtigten herbeiführen können, so wird der Staat in diesen Fällen die Entschädigung nach folgenden Vorschriften leisten.

Der Berechtigte weiset nach:

a) den Debit, welcher in den letzten 10 Jahren vor dem Kriege nach genau geführten Büchern stattfand;
b) den Debit, welcher in den nächsten 4 Jahren, von Aufhebung der Bannrechte an gerechnet, eintritt. Vor Ablauf der 4 Jahre kann von einer Entschädigung nicht die Rede sein, da die Zeit erst den Erfolg der Aufhebung der Bannrechte lehren kann;
c) daß der liquidirte Ausfall (welcher übrigens nie präsumirt wird) ohne sein Verschulden und nicht durch Mangel an Thätigkeit, Industrie und Güte des Fabrikats stattfand, sondern lediglich als unmittelbare Folge der aufgehobenen Bannrechte, weniger Getreide vermahlen, weniger Getränke abgesetzt worden sei, als verhältnißmäßig in jener früheren Periode. Verringerung des Debits aus anderen Gründen, z. B. wegen Abnahme der Menschenzahl, kann nicht zur Berechnung gezogen werden.

Der Ausfall, welcher hiernach dennoch stattfindet, wird nach 30jährigen örtlichen Durchschnittspreisen berechnet und ersetzt. Ein prozessualisches Verfahren kann hierüber nicht eingeleitet werden.

§. 4. Da, wo auf Unseren Domainen seit dem 1. Jan. 1808 der Mahl- und Getränkezwang gegen eine Geldentschädigung von Seiten der Zwangspflichtigen aufgehoben ist, wird diese nicht mehr eingefordert.

§. 5. Wer überhaupt zu Bauanlagen auf einem Grundstücke gesetzlich berechtigt ist, ist es gleichfalls zu Anlagen von Mühlen, die durch Wasser, Wind, thierische Kräfte oder Dämpfe getrieben werden, ferner von Brennereien und Brauereien, mit Beobachtung der erlassenen und noch zu erlassenden Polizeivorschriften in Absicht der Feuersicherheit.

Jedoch darf ohne Genehmigung der Landespolizei-Behörde keine Mühle angelegt oder eine vorhandene verändert werden.

§. 6. Wer eine Mühle bauen, eine eingegangene herstellen oder an einen anderen Ort verlegen will, muß der Landespolizei-Behörde mit Einreichung des Plans, aus dem, wenn es eine Wassermühle ist, das Nivellement sichtbar wird, von der beabsichtigten Einrichtung Anzeige machen. Zugleich muß der Bauherr solches, und ob es eine Ober-, Unterschlägige oder Panzermühle sein soll, in den benachbarten Gegenden durch Anschlag an den Kirchenthüren und in den Krügen, so wie gleichzeitig dreimal in den Intelligenzblättern und Zeitungen bekannt machen.

---

[1]) Diese Ablös. Ordn. ist durch das Ges. v. 2. März 1850 aufgehoben worden.

[1]) Nämlich der damaligen Monarchie.
[2]) Statt: »Erbpächter« muß es heißen: »Erbverpächter«.

Bei allen Mühlen, die nicht Wassermühlen sind, bedarf es nur der Bekanntmachung an die Besitzer der zunächst gränzenden Grundstücke.

§. 7. Ein Jeder, der durch die beabsichtigte Mühlenanlage eine Gefährdung seiner Rechte fürchtet, muß den Widerspruch binnen acht Wochen präklusivischer Frist, vom Tage der vorgedachten Bekanntmachung an, sowohl bei der Landespolizei-Behörde, als bei dem Bauherrn einlegen.

Der Besitzer einer schon vorhandenen Wind- oder Wassermühle hat als solcher kein anderes Widerspruchsrecht gegen die neue Anlage, als wenn sie ihm Wind oder Wasser in dem Maße entzieht oder letzteres aufstauet, daß er nach der Art seines bisherigen Betriebes einen Schaden beweisen kann, wofür er nicht vollständig entschädigt wird. Es verstehe sich, daß im letzteren Falle der Schadenersatz nur dann angenommen werden darf, wenn die Landespolizei-Behörde die neue Anlage als überwiegend vortheilhaft anerkennt.

§. 8. Die Landespolizei-Behörde kann den Bau und die Veränderung einer jeden Mühle, so wie die Erlaubniß zum Betriebe der Brauerei und Brennerei versagen, wenn

a) die Anlage in allgemeiner landespolizeilicher Hinsicht oder aus überwiegenden Gründen des allgemeinen Bestens unzulässig ist, z. B. bei einer Wassermühle, wegen eines der Landeskultur hinderlichen Wasserstandes,
b) ein nach §. 6. erhobener Widerspruch gegründet befunden worden.

Gegen die Entscheidung der Landespolizei-Behörde kann der Weg Rechtens nicht ergriffen werden.

§. 9. Handmühlen, wodurch Getreide oder Hülsenfrüchte zerrieben, zerquetscht oder auf irgend eine Art in ihrer Gestalt verändert werden, werden verboten. (G. S. 1810 S. 95.)

II. K. O. v. 23. März 1836, betr. die Anwendung des Ed. v. 28. Okt. 1810 in den neuen und wiedererworbenen Provinzen.

Obgleich das Ed. v. 28. Okt. 1810 wegen Aufhebung des Mahl-, Bier- und Branntweinzwanges, nach seinem ganzen Inhalte nur auf die damals zur Monarchie gehörigen Provinz n sich beschränkt, so haben doch nach Ihrem Berichte v. 25. v. M. mehrere Gerichte dieser Beschränkung entgegen erkannt und das Ed. ohne gesetzliche Bestimmung auch in denjenigen Provinzen zur Anwendung gebracht, welche später mit der Monarchie vereinigt worden[1]). Um solchen abweichenden Ansichten ein Ziel zu setzen, will Ich auf Ihren Antrag noch besonders erklären, daß das obgedachte Ed. in den neu- oder wiedererworbenen Provinzen bei Einführung des A. L. R. nicht mit eingeführt, in diesen Ländertheilen also der Mahl-, Bier- und Branntweinzwang da, wo er wirklich bestand, zur Zeit noch nicht aufgehoben ist. (G. S. 1836 S. 168.)

III. Der Mahl-, Bier- und Branntweinzwang ist demnächst auch in denjenigen Landestheilen, wo er noch bestehen geblieben war, durch den §. 4. Nr. 3. Litt. a. der allgem. Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845[2]) aufgehoben worden, indem a. a. O. bestimmt wird:

Von den noch bestehenden[3]) Zwangs- und Bannrechten werden hierdurch aufgehoben:

3) sofern die Aufhebung nicht schon in Folge der Bestimmungen zu 1. u. 2. eintritt:
   a) das mit dem Besitze einer Mühle, einer Brennerei oder Brennereigerechtigkeit, einer Brauerei oder Braugerechtigkeit, oder einer Schankstätte verbundene Recht, die Konsumenten zu zwingen, daß sie bei dem Berechtigten ihren Bedarf mahlen oder schroten lassen, oder das Getränk ausschließlich von demselben beziehen (der Mahlzwang, der Branntweinzwang und der Brauzwang)[4]),

jedoch nur dann, wenn das Zwangsrecht nicht auf einem Vertrage[5]) zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten beruht. (G. S. 1845 S. 41.)

Da hiernach die Aufhebung in denjenigen Landestheilen, für welche das Ed. v. 28. Okt 1810 nicht gilt, mit einigen Abweichungen von diesem letzteren erfolgt ist, so besteht darüber doch wieder zweierlei Recht im Lande.

In Ostpreußen, Litthauen, Ermeland u. dem Marienwerderschen landräthlichen Kreise war der Mühlenzwang übrigens bereits durch das Ed. v. 29. März 1808 (Ed. Samml. 1806 bis 1810 S. 321, Rabe Bd. 9. S. 176) aufgehoben worden, und die K. O. v. 22. Sept. 1826 (G. S. S. 85) erklärte, daß hierdurch für die genannten Landestheile die Gesetzgebung über das Mühlenwesen geschlossen worden und deshalb daselbst das Ed. v. 28. Okt. 1810 nebst dessen Deklarationen nicht anwendbar sei.

IV. Erläuterungen zu dem Ed. v. 28. Okt. 1810 wegen der Mühlengerechtigkeit rc.

1) Zum §. 1.

a) Auch die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung des Verkäufers einer Mühle, auf derselben mahlen zu lassen, ist durch das Ed. v. 28. Okt. 1810 aufgehoben.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 14. Okt. 1839[1]). (Präj. Nr. 731.)

Es ist zunächst im Zweifel das Ed. v. 28. Okt. 1810 seiner Tendenz nach nicht beschränkend, sondern ausdehnend anzuwenden; abgesehen aber hiervon hebt §. 1. desselben den Mühlenzwang »ohne Unterschied der Qualität der Besitzrechte« auf, erklärt also ausdrücklich, daß es auf den Rechtsgrund, den Titel der Befugniß (Gesetz oder Herkommen oder Verträge), nicht ankommen solle; dies ist auch ganz richtig gewesen, da der Titel nicht das Wesen der Berechtigung bestimme; es ist mithin auch nicht die vertragsmäßige Verpflichtung des Verkäufers einer Zwangsmühle, auf dieser Mühle den eigenen Bedarf mahlen zu lassen, in dem durch das Ed. aufgehobenen Mahlzwange für mit enthalten zu erachten. Dasselbe ergiebt der §. 2. des Ed., da die §§. 2., 3. für die Aufhebung des Mühlenzwanges statt der Eviktion eine Entschädigung für den Berechtigten vom Staate übernommen haben, so daß der Fall einer Beeinträchtigung des Käufers rc. einer Zwangsmühle in seinen gegen den Verkäufer rc. aus dem Vertrage erworbenen Rechten nicht vorliegt. Der Verkäufer rc. ist zwar seiner Beschränkung in der Mahlfreiheit überhoben erklärt, aber sein hierin liegender Nachtheil ist mit keinem Schaden des Berechtigten verknüpft, da die Aufhebung der Zwangsgerechtigkeit ihm entweder nach der Fiktion des Gesetzes nicht nachtheilig, oder er im anderen Falle vom Staate entschädigt wird. Analogisch spricht endlich für diese Ansicht der §. 51. der V. v. 7. Sept. 1811 (G. S. S. 263).

(Präj. Samml. S. 315, Entsch. Bd. 5. S. 121, J. M. Bl. 1839 S. 356.)

b) Der Pl. Beschl. v. 14. Okt. 1839 (s. zu a.) findet auch auf die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten, namentlich aus »Erbpachtsverträgen« Anwendung.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Mai 1840. (Präj. Nr. 872.) (Präj. Samml. S. 315.)

c) Auch fixirte Abgaben, welche die vormals Zwangspflichtigen an den Müller als einen Mahllohn zu entrichten hatten, z. B. die sogen. Sichtgerste, sind aufgehoben, und fallen ohne Entschädigung weg.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. April 1840. (Präj. Nr. 870.) (Präj. Samml. S. 315.)

---

[1]) Der III. Sen. des Ob. Trib. hat noch nach dieser Dekl. unterm 17. Sept. 1847 das Präj. Nr. 1922. (Präj. Samml. S. 316) eintragen lassen: »In den seit dem Jahre 1814 mit der Monarchie vereinigten Provinzen und Ortschaften findet das Ed. v. 28. Okt. 1810 keine Anwendung.« — Koch bemerkt hierzu, daß nicht ersichtlich sei, welcher Zweifel durch dies Präj. noch beseitigt werden solle.

(Landr. Bd. 2. Anm. 16. zum Tit 23. Thl. I.)

[2]) Vergl. dieselbe in den Erg. zum A. L. R. II. 8. Abschn. 5.

[3]) Die Vorschrift des §. 4. der Gewerbe-O. gilt also hinsichtlich des Mahlzwanges nur für diejenigen Landestheile, in welchen das Ed. v. 28. Okt. 1810 noch nicht zur Ausführung gekommen war.

[4]) In den Provinzen, wo der Mahlzwang schon durch das Ed. v. 28. Okt. 1810 aufgehoben war, ist die Bestimmung des §. 4. Nr. 3 a. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845, »daß vertragsmäßig bestellter Mahlzwang noch ferner bestehend bleibe«, nicht anwendbar.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 18. Aug. 1847. (Präj. Nr. 1903.) (Präj. Samml. S. 433, Entsch. Bd. 15. S. 292, Rechtsf. Bd. 2. S. 80 Nr. 37.)

[5]) Hierdurch ist es außer Zweifel gesetzt, daß die bei Publikation der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 bereits vorhandenen Verträge über die Gründung eines solchen Rechts in ihrer Kraft bleiben. In den alten Provinzen war dies nach dem Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 zweifelhaft. Die K. O. v. 19. April 1813 (G. S. S. 69, s. oben S. 68), welche die erst nach der Publikation dieses Ed. geschlossenen, die Gewerbefreiheit beschränkenden Verträge für nichtig erklärte, hatte die vor derselben geschlossenen Verträge dieser Art übergangen, wodurch der hierauf bezügliche Pl. Beschl. des Ob. Trib. v. 5. Dec. 1842 (Präj. Nr. 1220.) veranlaßt wurde. (Vergl. dieselbe in den Erg. zum A L. R. I. 4. §. 6. s. oben S. 68.)

[1]) Das Ob. Trib. hatte in dem Erk. v. 6. Okt. 1815 (Simon's R. Bd. 1. S. 65.) das Gegentheil angenommen und diesen Grundsatz auch bis zum Jahre 1839 aufrecht erhalten. Als nunmehr ein Senat hiervon abweichen wollte, wurde die Entscheidung des Plenums eingeholt. (Vergl. Entsch. Bd. 5. S. 122—124.) Gegen den Plen. Beschl. v. 14. Okt. 1839 vergl. Bornemann (System Bd. 4. S. 597 ff., 2. Ausg. Bd. 4. S. 396 ff.). — Ueber die Frage: ob in der nach Märkischem Provinzialrechte der Gutsherrschaft observanzmäßig obliegenden Verpflichtung, auf ihrer in Erbpacht gegebenen Mühle selbst mahlen zu lassen, durch das Ed. v 28. Okt. 1810 etwas geändert worden ist, vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 16. April 1836 (J. W. 1839 S. 426 ff.) und Scholz Kurmärk. Prov. R. Abth. II. Thl. I. S. 540 ff.

d) Die zur Zeit des vormals bestandenen Mühlenzwanges durch Observanz oder Vertrag stattgehabte Einrichtung, wonach ein Mahlgast für die Befugniß, seinen Mahlbedarf für einen geringeren Preis (halbe Mahlmetze u. s. w.) auf einer bestimmten Mühle mahlen zu lassen, an den Müller, — oder resp. an den Gutsherrn als Erbverpächter der Mühle — ein bestimmtes Metzkorn jährlich entrichtete, ist durch das Ed. v. 28. Okt. 1810 nicht für aufgehoben zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Febr. 1837. (Präj. Nr. 152.) (Präj. Samml. S. 315.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieses Präj., indem er bemerkt:

Dies bestimmte Metzkorn ist nichts als ein Aversum für den Mahllohn, welches der Mahlgast ausgemacht hat, weil er zwangspflichtig war. Da er jetzt nicht mehr zwangspflichtig ist, so braucht er auch kein Zwangsmahllohn mehr zu geben. Jene Uebereinkunft gründet nicht erst eine Verbindlichkeit, sondern bestimmt nur das Quantum, man kann also nicht sagen, der Zwangsmahlgast habe sich dadurch ursprünglich verbindlich gemacht. Der Grund der Verbindlichkeit ist aufgehoben, also fällt von selbst das Quantum weg. Anders ist es mit einer freien Uebereinkunft, welche an Stelle des Mahlzwanges gesetzt war, d. h. mit der vertragsmäßigen Aufhebung desselben gegen Vergeltung. Die dadurch gegründete Vergeltung ist durch das Ed. nicht aufgehoben[1]).

(Landr. Bd. 2. Anm. 11. zum Tit. 23. Thl. I.)

e) Durch Aufhebung des Mühlenzwanges sind diejenigen Abgaben nicht weggefallen, welche für eine frühere Aufhebung durch Vertrag konstituirt worden sind.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 16. Aug. 1834.

(Koch's Arch. Bd. 1. S. 176 ff.)

Bornemann ist gleicher Ansicht.

(System 2. Ausg. Bd. 4. S. 400.)

f) Eine vor dem Erscheinen der allgem. Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 in den Provinzen, wo der Mahlzwang noch bestand, für die Aufhebung desselben von dem Verpflichteten dem Berechtigten stipulirte fortdauernde Geldabgabe ist durch jene Verordnung nicht für unentgeltlich aufgehoben zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. Dec. 1853.

Dergleichen Verträge sind als Novation aufzufassen, durch welche das Zwangsrecht in eine Geldforderung, die Zwangspflicht in eine Geldleistung umgewandelt worden, deren Wirkung sich ebenfalls wieder in den einzelnen jährlichen Zahlungen äußert. (A. L. R. I. 16. §§. 450., 455., 462.) Dadurch ist das ursprüngliche Rechtsverhältniß untergegangen und die neue Verbindlichkeit könnte selbst unter dem Vorwande, daß die alte nicht rechtsbeständig gewesen, nicht angefochten werden (§. 467. a. a. O.). Um so weniger kann ein späteres Gesetz, welches das frühere Rechtsverhältniß, wenn es noch bestanden hätte, aufgehoben haben würde, auf die neue Verbindlichkeit eine Wirkung äußern. Dies würde dem Grundsatze des §. 14. Einl. zum A. L. R. (vergl. §§. 99. und 100. des Ablös. Ges. v. 2. März 1850) widersprechen, von welchem auch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 keine Ausnahme gestattet. Der §. 364. A. L. R. I. 5. aber findet hier keine Anwendung, weil der zur Abgabe Berechtigte keine Leistungspflicht, sondern nur ein Forderungsrecht hat.

(Entsch. Bd. 27. S. 226.)

2) Zum §. 3.

a) Ueber die für die Aufhebung des Mahl- und Getränkezwanges nach dem Ed. v. 28. Okt. 1810 zu leistenden Entschädigungen vergl. die V. v. 15. Sept. 1818. (G. S. 1818 S. 178.)

b) Der Anspruch auf Entschädigung, welche der Staat nach dem Ed. v. 28. Okt. 1810 und der V. v. 15. Sept. 1818 für die Aufhebung des Mühlenzwanges in Rente oder Kapital leistet, ist auf den Singularsukcessor des im Jahre 1810 berechtigten Besitzers des Mühlengrundstücks ohne besondere Verabredung nicht übergegangen.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 18. Okt. 1847[2]). (Präj. Nr. 1918.)

(Präj. Samml. S. 316, Entsch. Bd. 15. S. 46, J. M. Bl. 1848 S. 131.)

3) Zum §. 5.

a) Die K. O. v. 23. Okt. 1826 (G. S. S. 108) machte die im §. 5. gestattete Freiheit zu Anlagen von Mühlen wieder von dem Bedürfnisse der Umgegend abhängig. Diese Vorschrift ist aber wieder aufgehoben durch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 §. 38.

(G. S. S. 48.)

Vergl. die Erg. zum A. L. R. II. 15. Abschn. 5.

b) Auch bei solchen Veränderungen einer Mühle, zu denen es zwar keiner öffentlichen Bekanntmachung, wohl aber nach §. 5. des Ed. v. 28. Okt. 1810 der Genehmigung der Landespolizeibehörde bedarf, findet der Weg Rechtens auf Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht statt.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Okt. 1848. (Präj. Nr. 2070.) (Präj. Samml. S. 316, Entsch. Bd. 16. S. 523.)

4) Zum §. 8.

a) C. R. der Min. der Fin. und des Inn. v. 2. Dec. 1847. Die Anlage von Windmühlen auf Feldmarken, welche in der Gemeinheitstheilung begriffen sind, soll vor endgültiger Feststellung des Separationsplanes nicht gestattet werden. (M. Bl. d. i. V. 1847 S. 329.)

b) Wer gegen die Ausführung des beabsichtigten Baues einer Wassermühle oder der dazu gehörigen Gräben, Schleusen und Wehren auf die in der vorgeschriebenen Art erfolgte öffentliche Bekanntmachung innerhalb der gesetzlichen Präklusivfrist keinen Widerspruch erhoben hat, ist, nachdem von der Landespolizeibehörde die Genehmigung zum Bau ertheilt worden, nicht mehr berechtigt, einen solchen Widerspruch zu dem Zwecke geltend zu machen, um die Fortschaffung der ausgeführten Bauanlagen zu verlangen.

Der in die ertheilte Genehmigungsurkunde aufgenommene Vorbehalt: »unbeschadet der Rechte eines Dritten«, hat nicht die Wirkung, daß das vorgedachte Widerspruchsrecht gegen den Bau selbst erhalten wird, sondern bezieht sich nur auf etwanige Entschädigungsansprüche.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 24. Mai 1841[1]). (Präj. Nr. 1010.)

(Präj. Samml. S. 315, Entsch. Bd. 7. S. 188, Min. Bl. d. i. V. 1841 S. 300.)

5) Zum §. 9.

Das in diesem §. ausgesprochene Verbot der Handmühlen ist durch das Ed. über die Fin. des Staates v. 7. Sept. 1811 (G. S. 1811 S. 257) aufgehoben worden, und bestimmt nur der §. 7. Litt. a. des G. v. 30. Mai 1820 wegen Einführung einer Mahl- und Schlachtsteuer (G. S. 1820 S. 144), daß es in den Städten, wo die Mühlensteuer erhoben wird, nicht erlaubt sei, bewegliche Mahlmühlen, Handmühlen und Stampfen zu halten.

§§. 53—89. Brau- und Schankgerechtigkeit, Ausschank und Krugverlag.

§. 53. 1) Das G. v. 7. Sept. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe bestimmt in den §§. 51. u. 52.:

§. 51. In Rücksicht seiner eigenen Konsumtion ist Niemand mehr einem Mahl- und Getränkezwange unterworfen.

§. 52. Das Recht, zum Absatze an Andere zu brauen und das Recht, Branntwein zu brennen überhaupt, verbleibt auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben.

§. 53. Doch soll es auch von Grundbesitzern ausgeübt werden dürfen, die nachweisen, daß sie als Eigenthümer oder Erbpächter ein Grundvermögen besitzen, welches nach landschaftlicher Taxe einen Werth von 15,000 Thlrn.

---

1) Vergl. die folgenden Zus. e. und f.

2) Das Ob. Trib. hatte bis dahin abweichend über die Frage entschieden. In den Erk. v. 2. März 1832 und 6. Okt. 1833 (Simon's R. Bd. 3. S. 184 ff.) hatte dasselbe angenommen, daß die Entschädigung in die Stelle des aufgehobenen dinglichen Rechts trete, und gleich diesem auf jeden Erwerber, als eine Pertinenz der Hauptsache übergehe, woraus von selbst folge, daß jeder Besitzer einer seit Emanirung des Ed. v. 28. Okt. 1810 in mehrere Hände gekommenen, vormaligen Zwangsmühle auf denjenigen Theil der Entschädigung, welcher in seine Besitzzeit fällt, Anspruch machen könne. — Dagegen hatte dasselbe in dem Erk. v. 6. Jan. 1834 (a. a. O. Bd. 4. S. 303 ff.) den entgegengesetzten Grundsatz angenommen, daß jene Entschädigung in Ermangelung von Vertragsbestimmungen nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer, in sofern er zur Zeit der Emanirung des Ed. v. 28. Okt. 1810 Besitzer der Mühle war, gebühre. In späteren Entscheidungen v. 3. Febr. 1838 und 15. Nov. 1839 wich der II. Sen. auch hiervon wieder ab, und deshalb gelangte die Streitfrage zur Entscheidung des Plenums. — Vergl. darüber auch Bornemann's System 2. Ausg. Bd. 4. S. 399, ferner den Rechtsfall in der J. W. 1842 S. 441 ff. und den Aufsatz im Centrabl. 1839 S. 1077.

1) Dieser Pl. Beschl. wurde dadurch veranlaßt, daß bei dem II. Sen. des Ob. Trib. abweichend über die Frage erkannt worden war.

(Entsch. Bd. 7. S. 192 ff.)

hat. In Absicht auf diejenigen, welche auf den Grund des Ed. v. 2. Nov. v. J. Brennereien anlegten, ohne im Besitz eines Grundstücks von vorerwähntem Werthe zu sein, soll untersucht werden, ob die Fortsetzung des Gewerbes ihnen ohne Nachtheil verstattet werden kann. Ist dieses nicht, so soll ihnen für den erweislich aus der Aufhebung erwachsenden Schaden vollständige Entschädigung aus den Staatskassen gegeben werden. (G. S. 1811 S. 268.)

2) Die Allgemeine Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 bestimmt im §. 39.:

Die in einzelnen Landestheilen bestehenden Vorschriften, wonach die Genehmigung zur Anlage neuer Branntweinbrennereien und Bierbrauereien bei ländlichen Grundstücken nur dann ertheilt werden darf, wenn diese Grundstücke nach landschaftlicher Taxe einen Werth von 15,000 Thlr. haben, werden hiermit aufgehoben. (G. S. 1845 S. 49.)

3) Zu den §§. 52. u. 53. des G. v. 7. Sept. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe. (s. Zus. 1.)

a) Unter den im §. 52. a. a. O. gedachten »bisherigen Besitzern« des Rechts, auf dem Lande zum Absatz an Andere zu brauen und Branntwein zu brennen, sind nicht unbedingt die Gutsherrschaften, sondern diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit der Publikation des G. v. 7. Sept 1811 dieses Gewerbe im eigenen Namen trieben.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 20. April 1841.

(Koch's Arch. Bd. 5. S. 274.)

b) Das beim Erscheinen des Ed. über die Einführung einer allgemeinen Gewerbsteuer v. 2. Nov. 1810 bestandene, mit dem Besitze gewisser Grundstücke verbundene Recht, auf dem Lande Branntwein zu brennen, und zum Absatze an Andere Bier zu brauen, ist von den Grundstücken, auf welchen es haftet, unzertrennlich, und kann, abgesondert von diesen Grundstücken, anderen Personen weder eigenthümlich, noch zu Erbpachtrechten abgetreten werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 8. April 1842. (Präj. Nr. 1132.) (Präj. Samml. S. 320, Entsch. Bd. 8. S. 299.)

c) Die mit einem Grundstücke verbundene Brau-, Brenn- und Krugverlagsberechtigung kann durch Privatwillkühr nicht auf ein anderes Grundstück übertragen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1856.

Der §. 52. des Gewerbepol. Ges. v. 7. Sept. 1811 verordnet nur, daß das Recht, zum Absatz an Andere zu brauen und das Recht, Branntwein zu brennen, auf dem Lande den bisherigen Besitzern verbleiben soll, wodurch die willkührliche Uebertragung dieses Rechts von dem bisher berechtigten Grundstücke auf ein anderes ausgeschlossen ist, und was den Krugverlag betrifft, so liegt dessen Wesen, nach §. 54. a. a. O. in Verbindung mit §. 56. A. L. R. I. 23. eben darin, daß der Inhaber einer bestimmten Schankstätte aus einer bestimmten Fabrikationsstätte mit seinem Bedarfe versehen wird, woraus wiederum folgt, daß das Recht der bestimmten Fabrikationsstätte von deren Besitzer nicht auf jedes andere Grundstück beliebig übertragen, und durch solche Uebertragung ein Recht gegen die Schankstätte nicht begründet werden kann.

(Entsch. Bd. 33. S. 451, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 250 Nr. 64.)

d) Das den bisherigen Besitzern auf dem Lande nach §. 52. des Gewerbe-Polizeiges. v. 7. Sept. 1811 verbliebene Recht zum Brauen, selbst wenn es früher ein exklusives gewesen wäre, giebt ihnen nicht die Befugniß, Anderen die Ausübung des denselben von der Regierung ertheilten Rechts zum Brauen zu untersagen, selbst wenn deren Grundbesitz den Werth von 15,000 Thlr. nach §. 53. a. a. O. nicht erreicht.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 24. Aug. 1838. (Präj. Nr. 511.) (Präj. Samml. S. 320.)

e) Die durch das Gewerbesteuer-Ed. v. 2. Nov. 1810 eingeführte allgemeine Gewerbefreiheit ist hinsichtlich des Branntweinbrennens auf dem Lande durch die §§. 52. u. 53. des Gewerbe-Polizeiges. v. 7. Sept. 1811 nicht wieder aufgehoben, sondern nur beschränkt worden.

Die für die Berechtigung zum Branntweinbrennen auf dem Lande früher entrichteten, durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit aufgehobenen Abgaben sind durch die vorgedachten §§. 52. u. 53. auch dann nicht wieder hergestellt, wenn die bisherigen Verpflichteten das Branntweinbrennen betreiben, obgleich sie kein Grundvermögen besitzen, welches nach landschaftlicher Taxe einen Werth von 15,000 Thlr. hat.

Angenommen von dem Ob. Trib. durch den Pl. Beschl. v. 2. Juni 1840 [1]). (Präj. Nr. 868.)

(Präj. Samml. S. 320, Entsch. Bd. 5. S. 248, J. M. Bl. 1840 S. 296.)

Obgleich hiernach diese Frage zum Nachtheile der Gutsbesitzer entschieden worden war, so hat dennoch die Gesetzgebung ihren weiteren Verlauf im entgegengesetzten Sinne genommen. Sie hat zwar die Bestimmung des §. 53. des Gewerbe-Polizeiges. v. 7. Sept. 1811 gleichfalls nicht als eine Realkonzession, sondern nur als eine polizeiliche Beschränkung bei Ertheilung der Konzessionen angesehen, und diese Beschränkung in der Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 §. 39. (s. ob. Zus. 2.) wieder aufgehoben. Dagegen hat sie hinsichtlich der veräußerten Realberechtigungen ausgesprochen, daß — wofern damit ein Untersagungsrecht verbunden, was mit dem gutsherrlichen Brau- und Brenn-Urbar immer der Fall war, — die dafür versprochene Gegenleistung so lange fort zu entrichten sei, bis auf Grund der allgemeinen Gewerbefreiheit (polizeilichen Erlaubniß) eine Konkurrenz eintritt (§. 3. der Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845).

Koch bemerkt hierzu:

Unmittelbare Anwendung findet dies in den Landestheilen, in welchen die Gewerbegesetze von 1810 und 1811 zur Ausführung gekommen sind; ein mittelbarer Einfluß aber auf die Auslegung derselben ist nicht abzuweisen, und es wäre nicht undenkbar, daß der §. 52. des Ed. v. 7. Sept. 1811 noch einmal in einem anderen Sinne aufgefaßt und ausgelegt würde.

(Landr. Bd. 2. Anm. 24. zum Tit. 23. Thl. I.)

Das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 1. Sept. 1847 spricht übrigens aus, daß die Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 in den bereits rechtskräftig entschiedenen Sachen in keinem Falle ein neues Klagefundament giebt. (Rechtsf. Bd. 2. S. 136 Nr. 66.)

f) Die Bestimmung des §. 52. des Gewerbe-Polizeiges. v. 7. Sept. 1811 — nach welcher auf dem Lande den bisherigen Besitzern das Recht, zum Absatze an Andere zu brauen, und das Recht, Branntwein zu brennen, verblieben ist — bezieht sich lediglich auf Realberechtigungen; alle anderen Berechtigungen dieser Art sind durch die Ed. v. 28. Okt. u. 2. Nov. 1810 aufgehoben.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 4. Sept. 1856.

(Entsch. Bd. 34. S. 430, Striethorst's Arch. Bd. 22. S. 153 Nr. 29.)

Das Rev. Kolleg. für L. K. S. hatte dagegen in derselben Sache unterm 7. Sept. 1855 unter Bezugnahme auf das Präj. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 21. Dec. 1852 Nr. 2422. [2]) erkannt, daß Veräußerungen von Bier- und Branntwein-Urbarien als Pertinenzien adlicher Güter nicht einer bloßen Gewerbekonzession im Sinne des Ed. v. 2. Nov. 1810 §. 3. gleichzustellen seien, sondern vielmehr als vom Hauptgute abgetrennte, subjektiv-dingliche Gerechtigkeiten noch fortbestehen, und daß daher die für dieselben übernommenen und auf denselben haftenden Abgaben nach Vorschrift des Ablös. G. v. 2. März 1850 ablösbar sind.

(Zeitschr. des Rev. Kolleg. Bd. 9. S. 108.)

Diese Ansicht erklärt das vorgedachte Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 4. Sept. 1856 für unrichtig und bemerkt, daß in dem Präj. Nr. 2422. gerade nur von Schankberechtigungen, welche mit ländlichen Grundstücken verbunden sind, die Rede sei, und daß nur solche Realschankberechtigungen unter den gesetzlichen Modifikationen fortbestehen geblieben sind.

---

[1]) Das Ob. Trib. hatte in älterer Zeit für die Fortdauer der Abgabe entschieden (vergl. das Erk. v. 12. März 1833, Simon's R. Bd. 4. S. 183 ff. und über das weitere Schicksal dieses Rechtsfalles das Erk. v. 1. Sept. 1847, Rechtsf. Bd. 2. S. 136 Nr. 66.). In neuerer Zeit dagegen hatte das Ob. Trib. wieder das gerade Gegentheil ausgesprochen (vergl. das Erk. v. 7. Okt. 1836, Koch's Arch. Bd. 1. S. 187 ff.). Auch das Erk. desselben v. 13. Sept. 1839 (J. W. 1840 S. 557 ff.) nahm an, daß eine Abgabe, welche für die Befugniß zum Betriebe des Brauens und Branntweinbrennens stipulirt worden, seit Einführung der Gewerbefreiheit auch dann nicht mehr erfordert werden könne, wenn der bisherige Verpflichtete das Brauen und Brennen betreibt, obgleich er kein Grundvermögen besitzt, welches nach der landschaftlichen Taxe einen Werth von 15,000 Thlrn. hat.

Bei dieser Meinungsverschiedenheit wurde die Entscheidung des Plenums eingeholt.

[2]) Vergl. in den Erg. zum §. 54. h. t. Zus. 2.

§. 54. 1) Die mit einem Grundstücke verbundene Schankgerechtigkeit (Realberechtigung) kann nicht abgetrennt und zu einem anderen Grundstücke geschlagen oder als eine selbstständige Gerechtigkeit veräußert werden.

Vergl. die Erkenntnisse des II. Sen. des Ob. Trib. v. 8. April 1842 (Präj. Nr. 1132.) und v. 3. Juni 1856 in den Erg. zum §. 53. h. t. Zus. 3. sub b. und c.

Auch das R. des Min. des Inn. und der Pol. v. 30. Aug. 1830 spricht aus, daß der Besitzer eines mit der Schankgerechtigkeit versehenen Grundstückes nicht ohne polizeiliche Erlaubniß die Realberechtigung von dem Grundstücke abtrennen und veräußern kann.

(v. K. Annal. Bd. 14. S. 604.)

Das R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 4. Juli 1830 bemerkt, daß, wenn das Grundstück zum Theil vertauscht wird, die Realberechtigung auf dem zurückbehaltenen Theile verbleiben kann.

(v. K. Annal. B. 14. S. 605.)

2) Die mit ländlichen Grundstücken verbundenen, bereits bestandenen Schankgerechtigkeiten sind durch das G. v. 2. Nov. 1810 wegen Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer und durch das Gewerbe-Ed. v. 17. Jan. 1845 nicht für aufgehoben zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 21. Dec. 1852. (Präj. Nr. 2422.)

Die §§. 1. u. 2. des Ed. v. 2. Nov. 1810 sprechen die Aufhebung der bereits bestehenden Real-Gewerbeberechtigungen nicht aus; vielmehr ergiebt der §. 17. a. a. O., daß nur das Exklusivrecht aufgehoben worden. Das Ed. v. 7. Sept. 1811 hat eben so wenig die Aufhebung der mit ländlichen Grundstücken verbundenen Schankgerechtigkeiten ausgesprochen; die §§. 32. u. 33. desselben beziehen sich nur auf städtische Realberechtigungen. Auch folgt daraus, daß dies Ed. nur von dem Rechte zum Absatze an Andere zu brauen und Branntwein zu brennen auf dem Lande sagt: »es verbleibe den bisherigen Besitzern«, nicht, daß die Schankgerechtigkeiten den Besitzern der Schanknahrungen nicht verblieben, weil es sonst ebenfalls gesagt sein würde; denn jener Berechtigungen zum Brauen ꝛc. geschieht bloß deshalb besonderer Erwähnung, weil im §. 53. gewisse Beschränkungen dieses Rechts festgesetzt werden sollten. — Des Krugverlagsrechts ist im §. 54. zwar ebenfalls in Bezug auf sein Fortbestehen gedacht, allein dazu lag die Veranlassung in der Aehnlichkeit dieses Rechts mit einer Gewerbebeschränkung. Der §. 55. spricht nur von der Anlegung neuer Schankstätten. — Es läßt sich auch gegen das Fortbestehen der ländlichen mit einem Grundstücke verbundenen Schankgerechtigkeiten nicht anführen, daß das Recht selbst durch die Vorschriften über die Nothwendigkeit der allgemeinen, im §. 1. des Ed. v. 2. Nov. 1810 angeordneten Lösung eines Gewerbescheins illusorisch werde, da, wenn der Gewerbeschein von der Verwaltungsbehörde, wie ihr unter gewissen Voraussetzungen zusteht, versagt werde, das Recht selbst nicht ausgeübt werden könne. Denn theils ist im §. 19. des Ed. v. 2. Nov. 1810 ausdrücklich vorgeschrieben, daß im Allgemeinen Niemandem der Gewerbeschein versagt werden dürfe, welcher ein Attest der Polizeibehörde seines Orts über seinen rechtlichen Lebenswandel beibringt, — theils sind auch die besonderen Beschränkungen bei Anlegung von Schankstätten auf dem Lande im §. 55. des Ed. v. 7. Sept. 1811 ausdrücklich eben nur auf neue Schankstätten erstreckt, und es bleibt daher bei der fortbestehenden Realberechtigung zum Schank auf dem Lande namentlich die am angeführten Orte von der Polizeibehörde vorgeschriebene Prüfung der Nützlichkeit der Anlage ausgeschlossen. Die K. O. v. 7. Febr. 1835 über das Verfahren bei Gestattung der Schankausübung hat unter Nr. 9. die Realberechtigungen zum Schank als noch bestehend erwähnt und wird hierdurch die oben entwickelte Ansicht ebenfalls unterstützt.

Auch das Gewerbe-Ed. v. 17. Jan. 1845 hat in den §§. 1., 64., 65. nur die ausschließlichen Realberechtigungen da, wo sie noch bestehen, aufgehoben, und in Betreff der nicht ausschließlichen bestimmt, daß neue nicht mehr begründet, die bestehenden dagegen auf eine andere qualifizirte Person in der Art übertragen werden können, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben dürfe. Endlich ist auch in mehreren Reskripten des Min. des Inn. jenes Fortbestehen der mit ländlichen Grundstücken verbundenen Schankgerechtigkeiten angenommen und nur die Prüfung der persönlichen Qualifikation des Ausübenden verlangt, wie dies namentlich im R. v. 13. Jan. 1827 (v. K. Ann. Bd. 2. S. 217) geschehen, und in dem R. v. 28. Febr. 1846 (Min. Bl. d. i. V. 1846 S. 70) noch spezieller ausgesprochen ist.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 121, Entsch. Bd. 25. S. 100.)

Unter Bezugnahme auf dies Präj. hat der II. Sen. des Ob. Trib. unterm 2. Okt. 1855 erkannt, daß die durch die allgemeine Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 erfolgte Aufhebung der ausschließlichen Gewerbeberechtigungen sich nicht auf die subjektiv-dingliche Berechtigung zur Schankwirthschaft auf dem Lande erstreckt, sondern daß die gedachte Berechtigung auch jetzt noch ein Gegenstand der Privatveräußerung und Uebertragung ist.

(Striethorst's Arch. Bd. 20. S. 38 Nr. 12.)

§. 55. 1) Das G. v. 7. Sept. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe bestimmt im §. 55.:

Neue Schankstätten auf dem Lande können nur unter besonderer Genehmigung der Kreispolizei-Behörde angelegt werden. Diese Genehmigung wird nur in sofern ertheilt, als sich die Polizei von der wirklichen öffentlichen Nützlichkeit einer solchen Anlage überzeugen kann; auf den bloßen Vortheil des Unternehmens kommt es dabei nicht an. Wer jedoch das Recht zum Debit zu brauen und zu brennen hat oder erhält, hat auch das Recht, daß fabrizirte Getränk innerhalb der Grenze seines Hofraums im Detail zu verkaufen, nur darf er, wenn er nicht sonst das Recht dazu hat, keine Gäste setzen.

(G. S. 1811 S. 269.)

Dazu:

a) R. der Min. des Hand., der geistl. Angel. und des *Inn.* v. 22. Nov. 1823. Die Dominien haben nicht mehr das Recht, *in* den auseinandergesetzten Bauerdörfern Schankhäuser für selbst bereitetes Getränk zu errichten und der Anlegung von Schankhäusern für fremdes Getränk zu widersprechen. (v. K. Annal. Bd. 7. S. 947.)

b) R. des Min. des Inn. und der Pol. v. 8. Febr. 1827. Wer ein landesherrliches Privilegium auf eine Schankgerechtigkeit hat, kann, wenn er auch seither noch keinen Gebrauch davon gemacht hat, den Schank ausüben, seine persönliche Qualifikation vorausgesetzt.

(v. K. Annal. Bd. 11. S. 217.)

2) K. O. v. 7. Febr. 1835 in Betreff des Kleinhandels mit Getränken auf dem Lande und des Gast- und Schankwirthschaftsbetriebes überhaupt für alle Theile der Monarchie.

Zur Herstellung eines gleichmäßigen Verfahrens der Behörden in Betreff der Gestattung des Kleinhandels[1]) mit Getränken auf dem Lande und des Gast- und Schankwirthschafts-Betriebes will Ich, für alle Theile der Monarchie, hierdurch Folgendes bestimmen:

1) Wer auf dem Lande einen Kleinhandel mit Getränken, oder in den Städten wie auf dem Lande Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, oder überhaupt zubereitete Speisen oder Getränke zum Genuß auf der Stelle gegen Bezahlung verabreichen will, bedarf dazu eines auf seine Person und auf ein bestimmtes Lokal lautenden polizeilichen Erlaubnißscheines.

2) Dieser Erlaubnißschein wird in den Städten von der Ortspolizei-Behörde, nach vernommenem Gutachten der Kommunal-Behörde, so wie außerhalb der Städte und ihres Polizeibezirks, nach vernommenem Gutachten der Ortspolizei- und Kommunalbehörde, von dem Kreislandrathe stempel- und sportelfrei ertheilt, und darf jederzeit nur für ein Kalenderjahr ausgestellt, kann aber von der ausstellenden Behörde von Jahr zu Jahr durch einen darauf zu setzenden Verlängerungsvermerk erneuert werden.

3) Die Erlaubniß zum Beginn der zu I. gedachten Gewerbe soll in allen Fällen versagt werden, wenn

a) die Persönlichkeit, die Führung und die Vermögensverhältnisse des Nachsuchenden nach dem Urtheile der Ortspolizei-Behörde nicht die genügende Bürgschaft eines ordnungsmäßigen Gewerbebetriebes gewähren, oder

b) wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Lokal wegen seiner Beschaffenheit und Lage dazu nicht geeignet erscheint.

4) Die Erlaubniß zum Beginn des Kleinhandels mit Getränken auf dem Lande oder zur Anlegung städtischer oder ländlicher Schankwirthschaften, mit denen die Beherbergung von Fremden nicht verbunden ist, soll nur in solchen Fällen gestattet werden, in denen sich die Behörde von der Nützlichkeit und dem Bedürfnisse der Anlage überzeugt hat. Wenn die Kommunalbehörde (Nr. 2.) in ihrem Gutachten die Nützlichkeit und das Bedürfniß der Anlage nicht anerkennt, die Polizeibehörde oder der Landrath aber das Bedenken nicht gegründet finden, so hat die Regierung definitiv zu entscheiden. Eben dieses soll statthaben, wenn die Kommunal-Behörde aus behauptetem Mangel hinreichender

---

[1]) a) Das C. R. des Min. des Inn. u. d. Pol. v. 13. Aug. 1835 definirt den Kleinhandel als Kauf zum Wiederverkauf.

(v. K. Ann. Bd. 19. S. 251.)

b) R. des Min. des Inn. v. 17. Okt. 1842. Der Verkauf eigener Fabrikate in kleinen Mengen fällt nicht unter den Begriff des Kleinhandels.

(Min. Bl. d. i. V. 1842 S. 387.)

Die Polizeibehörde kann jedoch, gemäß §. 9. der K. O. v. 7. Febr. 1835, den Detailverkauf untersagen, wenn die Persönlichkeit des Fabrikanten keine hinlängliche Bürgschaft für den ordnungsmäßigen Betrieb gewährt oder das Lokal nach seiner Lage und Beschaffenheit ungeeignet erscheint.

(R. des Min. des Inn. v. 15. Jan. 1846, Min. Bl. d. i. V. 1846 S. 46.)

Schankanstalten die Ertheilung einer Konzession in Antrag bringt oder bevorwortet, und die Polizeibehörde oder der Landrath das Bedürfniß nicht anerkennen.

5) Behufs der Fortsetzung der zu 1. gedachten, bei dem Erscheinen dieser V. bereits im Betriebe stehenden Gewerbe in dem nämlichen Lokale soll denjenigen, welche diese Gewerbe zur Zeit zwar ohne einen den Vorschriften zu 1. und 2. entsprechenden Erlaubnißschein, oder doch rechtmäßig betrieben, die Ausstellung eines solchen Scheines für das laufende Jahr, und künftig denjenigen, welche den Erlaubnißschein auf den Grund des bisherigen Gewerbebetriebes oder der Bestimmungen zu 3. und 4. einmal erlangt haben, die Verlängerung desselben von Jahr zu Jahr nicht versagt werden, sofern sie bis dahin bei ihrem Gewerbebetriebe zu begründenden Beschwerden keine Veranlassung gegeben haben. Hat die Kommunalbehörde Beschwerde erhoben, welche die Polizeibehörde nicht begründet hält, so ist die Sache zur Entscheidung der Regierung zu befördern.

6) Die ertheilte Erlaubniß beschränkt sich jederzeit auf die Person der in den Scheinen benannten Gewerbtreibenden. Die Erben derselben oder die Erwerber ihrer Betriebslokalien genießen hinsichtlich der Bestimmungen zu 3. u. 4. keinen Vorzug vor Anderen, welche die gedachten Gewerbe in einem neuen Lokale beginnen wollen.

7) Ueber die Gründe zur Versagung des Erlaubnißscheins oder des Verlängerungsvermerks ist die Polizeibehörde, abgesehen von der Einwirkung der Kommunal-Behörde (Nr. 2.), nur ihrer vorgesetzten Instanz nähere Auskunft zu geben schuldig.

8) Wer ein Gewerbe, zu welchem ein polizeilicher Erlaubnißschein erforderlich ist, ohne einen solchen Schein oder vor dem Anfange des Jahres, auf welches derselbe lautet, oder in einem anderen, als dem darin bezeichneten Lokale beginnt, oder nach dem Ablaufe des Kalenderjahres fortsetzt, ohne einen neuen Erlaubnißschein oder den Verlängerungsvermerk auf dem früher ertheilten erwirkt zu haben, verfällt in eine Geldbuße von Fünf bis Funfzig Thalern oder in eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe[1]).

9) In denjenigen Landestheilen, in welchen noch ausschließliche[2]) Berechtigungen vorkommen, oder Realberechtigungen, namentlich nach §. 54. des Ed. v. 7. Sept. 1811, oder nach §. 6. des Ges. wegen Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte in der Provinz Posen v. 13. Mai 1833 begründete Ansprüche der Krugverlags-Berechtigten noch zu berücksichtigen sind, bleiben die bestehenden Ges. nach wie vor in Gültigkeit, jedoch nur in soweit, als ihre Anwendung mit den obigen Bestimmungen nicht in Widerspruch steht, insbesondere kann auch von den Bestimmungen ad 3. niemals eine Ausnahme zu Gunsten einer Realberechtigung gemacht werden. (G. S. 1835 S. 18.)

Dazu:

a) Zu Nr. 1. der K. O. v. 7. Febr. 1835.

α) R. des Min. des Inn. v. 28. Febr. 1846. Vorläufige Zusicherungen der künftigen Ertheilung der Erlaubniß dürfen nicht ertheilt werden. (M. Bl. d. i. V. 1846 S. 70 Nr. 101.)

β) Wer als bloßer Oekonom oder Administrator einer nicht zu seinen Gunsten simulirten, erlaubten geschlossenen Privatgesellschaft deren eigene Getränke nur verwaltet und den Mitgliedern der Gesellschaft verabreicht, bedarf zu dieser Beschäftigung keiner polizeilichen Erlaubniß, weder nach der K. O. v. 7. Febr. 1835, noch nach einem anderen Gesetze.

Erkannt von dem Sen. für Strafsachen des Ob. Trib. unterm 1. Sept. 1853. (Präj. Nr. 71.)

(Entsch. Bd. 26. S. 431, Goltdammer's Arch. Bd. 2. S. 249.)

Dagegen bedürfen außer dem vorstehend gedachten Falle auch Oekonomen einer Ressource der polizeilichen Genehmigung, um Speisen und Getränke an die Mitglieder der Gesellschaft in dem Lokal derselben zu verabreichen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 14. Jan. 1853.

(J. M. Bl. 1853 S. 176.)

Dieselben Grundsätze, wie die beiden vorstehenden Präj. des Ob. Trib. haben die Min. des Inn. und der Fin. in dem R. v. 27. Mai 1854 ausgesprochen. (M. Bl. d. i. V. 1854 S. 115 Nr. 144.)

Dagegen vergl. die Abhandl. von Hartmann in Goltdammer's Arch. Bd. 1. S. 322 ff.

b) Zu Nr. 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835.

α) R. des Min. des Inn. v. 7. Okt. 1843.

Die Bestimmung sub 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835 kann nicht so gedeutet werden, daß bei nachgesuchter Verlängerung einer Konzession auf die Frage wegen Qualifikation der Person und des Lokals, so wie wegen des Bedürfnisses zurückzukommen; vielmehr ergiebt der Zusammenhang, daß mit den Worten: »auf den Grund der Bestimmungen zu 3. und 4.« nur der Gegensatz zu dem kurz vorher erwähnten Falle eines schon vor der Publ. der K. O. v. 7. Febr. 1835 betriebenen Schankgewerbes hat ausgedrückt werden sollen.

(Min. Bl. d. i. V. 1843 S. 293, 294.)

β) R. des Min. des Inn. v. 14. Aug. 1845.

Durch die Bestimmung des §. 55. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845, daß an die Stelle der durch die K. O. v. 7. Febr. 1835 angedrohten Strafen diejenigen der Gewerbe-O. treten sollen, ist die Bestimmung sub Nr. 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835, nach welcher die Prolongation der Konzession wegen begründeter Beschwerden versagt werden kann, nicht aufgehoben. Die Versagung der Erlaubniß zur Fortsetzung des Gewerbes ist keine Strafe, sondern eine Verwaltungsmaßregel, deren Gründe dem Betheiligten mitzutheilen nicht einmal nothwendig ist. Da die Konzession nur auf ein Kalenderjahr ertheilt wird, so ist sie mit diesem Zeitraum erloschen; es liegt mithin auch in der Versagung der Prolongation keine Entziehung der Konzession. Die Bestimmung, daß unter gewissen Bedingungen die Verlängerung der Konzession nicht versagt werden soll, steht hiermit nicht in Widerspruch, da gerade diese Form gewählt worden ist, um zu bezeichnen, daß jeder Prolongations-Antrag in Beziehung auf das Zutreffen dieser Bedingung einer besonderen Beurtheilung der Behörde, welche die Konzession ertheilt, unterliegt.

(Min. Bl. d. i. V. 1845 S. 274.)

γ) R. des Min. des Inn. v. 8. Juni 1843.

Für eine begründete Beschwerde im Sinne der K. O. v. 7. Febr. 1835, wegen deren die Verlängerung der Konzession zu versagen, ist es zu erachten, wenn der Schankwirth oder konzessionirte Verkäufer Personen, bei welchen sich bereits Spuren der Trunkenheit zeigen, noch ferner geistige Getränke verabreicht. (Min. Bl. d. i. V. 1843 S. 193.)

c) Zu Nr. 6. der K. O. v. 7. Febr. 1835.

α) R. des Min. des Inn. v. 6. Sept. 1835. Die Erlaubniß zum Betriebe der Schankwirthschaft kann weder verpachtet, noch sonst von dem Konzessionirten auf einen Andern übertragen werden; auch darf der Konzessionirte seine Schankwirthschaft nicht durch einen Verwalter oder Stellvertreter führen lassen; doch ist in beiden Fällen nicht der Verlust der Konzession Folge der Uebertretung.

(v. K. Ann. Bd. 19. S. 258.)

β) Vergl. §. 63. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845.

(s. u. Zus. 5. ad h. l.)

d) Zu Nr. 9. der K. O. v. 7. Febr. 1835.

α) R. des Min. des Inn. v. 28. Febr. 1846.

Bei Real-Schankberechtigungen hängt die Erlaubniß zum Betriebe des Kleinhandels mit Getränken weder von der Nützlichkeit, noch von dem Bedürfniß der Anlage ab; sie ist vielmehr zu ertheilen, wenn nur die Persönlichkeit des die Erlaubniß Nachsuchenden genügende Bürgschaft für den ordnungsmäßigen Gewerbebetrieb gewährt und das Lokal dazu geeignet ist.

(M. Bl. d. i. V. 1846 S. 70 Nr. 102.)

β) R. des Min. des Inn. u. d. P. v. 7. Okt. 1835.)

An Orten, wo der Betrieb des Schankgewerbes den Bürgern bisher ohne Weiteres gestattet worden, ist nicht anzunehmen, daß alle bürgerlichen Nahrungen dieses Orts mit einer Real-Schankgerechtigkeit versehen seien, vielmehr ist der Nachweis eines besonderen Titels erforderlich.

(v. K. Ann. Bd. 19. S. 257.)

3) K. O. v. 21. Juni 1844, betr. den Kleinhandel mit Getränken und den Gast- und Schankwirthschaftsbetrieb.

Zu mehrerer Sicherung der Erfolge, welche bei Erlaß der O. v. 7. Febr. 1835 in Betreff des Kleinhandels mit Getränken und des Gast- und Schankwirthschaftsbetriebes beabsichtigt worden sind, bestimme Ich hierdurch auf den Bericht des Staatsministeriums v. 11. d. M. für sämmtliche Provinzen der Monarchie, was folgt:

1) Der Kleinhandel mit Getränken soll nicht bloß auf dem Lande, sondern auch in den Städten den Bestimmungen der O. v. 7. Febr. 1835 unterworfen sein.

2) In allen zur vierten Gewerbsteuer-Abtheilung gehörigen Ortschaften sollen die Vorschriften jener O. wegen des Schankwirthschaftsbetriebes auch auf den Betrieb der Gastwirthschaft Anwendung finden.

3) In den unter 2. bezeichneten Ortschaften hat fortan nicht die Ortspolizei-Behörde, sondern der Kreis-Landrath die Erlaubniß-Scheine zum Betriebe derjenigen Gewerbe zu ertheilen, welche den durch die O. v. 7. Febr. 1835 und durch die gegenwärtige O. vorgeschriebenen Beschränkungen unterliegen. (G. S. 1844 S. 214.)

Dazu:

a) R. des Min. für H., Gew. u. öffentl. Arb. v. 4. Dec. 1848, daß, nach Nr. 3. der K. O. v. 21. Juni 1844 in denjenigen Ort-

[1]) Vergl. §. 55. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 (s. unten Zus. 5. ad h. l.), wonach diese Strafbestimmungen wegfallen.

[2]) Die Exklusiv-Berechtigungen hat die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 §. 1. aufgehoben.

schaften, welche unter Nr. 2. bezeichnet sind, d. h. in allen, welche zur 4. Gewerbesteuer-Abth. gehören, die kreispolizeiliche Erlaubniß zum Kleinhandel mit Getränken nachgesucht werden muß.
(M. Bl. d. i. V. 1848 S. 386 Nr. 478.)

b) C. R. des Min. des Inn. v. 8. Juli 1844. Die K. O. v. 21. Juni 1844 ist, wie ihre Fassung ergiebt, nicht auf Beschränkungen der schon bestehenden Kleinhandlungen mit geistigen Getränken gerichtet, vielmehr ist für diese Nr. 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835 anzuwenden. (M. Bl. d. i. V. 1844 S. 210.)

4) K. O. v. 16. Nov. 1846, betr. das Verbot des Betriebes der Schank- oder Gastwirthschaft, ingleichen des Kleinhandels mit Getränken am Fabrikorte selbst oder im Umkreise einer Meile Seitens der Fabrikinhaber und Fabrikanten ꝛc., so wie der von ihnen abhängigen Personen.

Auf den Bericht des Staatsministeriums vom 22. v. M. bestimme Ich hierdurch, daß Fabrikinhabern und Fabrikanten, sowie den Familiengliedern, Bevollmächtigten oder Geschäftsführern, Werkmeistern, Faktoren, Komptoir- und Fabrikgehülfen derselben und anderen von ihnen abhängigen Personen, nach Ablauf dieses Jahres der Betrieb der Schank- oder Gastwirthschaft, imgleichen des Kleinhandels mit Getränken am Fabrikorte selbst oder im Umkreise einer Meile um letzteren nicht mehr gestattet sein und eine Ausnahme von diesem Verbot nur nachgelassen werden soll, wenn nach dem übereinstimmenden Urtheile der Kommunalbehörde, des Landraths und der Regierung, dem in der isolirten Lage einer Fabrik begründeten Bedürfnisse auf andere Weise nicht abzuhelfen ist. — In solchen Fällen ist aber die Konzession nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs zu ertheilen und sofort zurückzunehmen, sobald dem Bedürfnisse auf andere Weise genügt werden kann.
(G. S. 1846 S. 484.)

Dazu:

a) C. R. der Min. der F. u. des Inn. v. 15. März 1847.
Bei Erlaß der K. O. v. 16. Nov. v. J. ist die Absicht nicht dahin gegangen, die Bestimmungen derselben auf Inhaber von Brennereien und Brauereien anzuwenden, da darin eine theilweise Beschränkung der diesen Gewerbetreibenden anderweit gesetzlich eingeräumten Befugnisse des §. 55. des G. v. 7. Sept. 1811 liegen würde, welche, wenn sie beabsichtigt worden wäre, ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen.
(M. Bl. d. i. V. 1847 S. 102.)

b) R. derselben Min. v. 30. April 1847.
Was die Frage betrifft, ob dem in der K. O. v. 16. Nov. v. J. enthaltenen Verbote auch solche Anstalten, in denen nur eine geringe Anzahl von Arbeitern beschäftigt wird, unterliegen, so würde es für sehr bedenklich erachtet werden müssen, zu Gunsten solcher Anstalten eine allgemeine im Gesetz selbst nicht begründete Ausnahme zu machen. Ist eine Anstalt dieser Art nach dem gesetzlich festgestellten Begriffe einmal als Fabrik zu betrachten, so wird die fragliche V., wenngleich ihre Anwendung nach den Gründen des G. minder nöthig erscheint, doch jedenfalls zur Anwendung kommen müssen, theils weil wenige Arbeiter immerhin denselben Schutz beanspruchen können, wie eine größere Menge derselben, theils weil der Inhaber einer solchen Anstalt zu jeder Zeit die Zahl seiner Arbeiter vermehren kann, und eine genaue Kontrolle hierüber mit Leichtigkeit und Erfolg nicht einzurichten und zu führen sein würde. Auch würde es schwer sein, zwischen wenigen und nicht wenigen Arbeitern eine bestimmte Grenze zu ziehen, welche doch jedenfalls alsdann in Zahlen würde genau festgestellt werden müssen. (M. Bl. d. i. V. 1847 S. 171—172.)

c) R. derselben Min. v. 3. Juli 1847.
Auf die Anfrage in dem Berichte v. 31. März d. J. wird der Königl. Reg. eröffnet, daß die im §. 55. des G. v. 7. Sept. 1811 den Inhabern der Bierbrauereien und Brennereien eingeräumte Befugniß, das selbst fabrizirte Getränk innerhalb der Grenzen ihres Hofraumes im Detail zu verkaufen, da solche weder durch die G. v. 7. Febr. 1835 und v. 21. Juni 1844, noch durch die Allg. Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 aufgehoben worden, allerdings, wie dies auch bisher stets angenommen ist, noch für zu Recht bestehend erachtet werden muß, und daß hierauf der in dem Cirk. R. v. 15. März d. J. (vergl. sub 1.) gebrauchte Ausdruck »der den Inhabern von Brennereien und Brauereien gesetzlich eingeräumten Befugnisse« sich bezieht.
(M. Bl. d. i. V. 1847 S. 171.)

d) R. des Min. des Inn. v. 15. Okt. 1844. Destillateure in den Städten als solche sind zum Kleinhandel mit Getränken nicht berechtigt, bedürfen vielmehr dazu der besondern, nach der K. O. v. 7. Febr. 1835, u. 21. Juni 1844 nöthigen, polizeilichen Erlaubniß.
(M. Bl. d. i. V. 1844 S. 313.)
Dasselbe bestimmt das R. des Min. des Inn. v. 4. Juli 1852.
(M. Bl. d. i. V. 1852 S. 166 Nr. 164.)

Auch das R. der Min. des Inn. u. d. F. v. 18. Juli 1840 spricht aus, daß der Betrieb des Destillations-Gewerbes denselben Beschränkungen unterworfen ist, als die Bier- und Branntwein-Fabrikation. (M. Bl. d. i. V. 1840 S. 314.)

5) Die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 bestimmt in den §§. 55. und 63.:

§. 55. Hinsichtlich des Kleinhandels mit Getränken, sowie der Gastwirthschaft und der Schankwirthschaft, behält es bei den unterm 7. Febr. 1835 und unterm 21. Juni 1844 ergangenen Bestimmungen mit der Maßgabe sein Bewenden, daß die Rücksicht auf die bisherigen ausschließlichen Gewerbe-Berechtigungen nicht weiter stattfindet, und daß an die Stelle der in jenen Bestimmungen angedrohten Strafen die des gegenwärtigen Gesetzes treten.

In der polizeilichen Genehmigung kann eine noch vor Ablauf des Kalenderjahrs endende Frist bestimmt werden, innerhalb deren das Gewerbe bei Verlust der Befugniß zum Betriebe desselben begonnen werden muß.

§. 63. Bei den im §. 55. bezeichneten Gewerben ist der Betrieb durch Stellvertreter nicht statthaft. (G. S. 1845 S. 52.)

Dazu (zum §. 55.):

a) R. der Min. des Inn. und der F. v. 15. April 1847.
Da nach §. 8. der K. O. v. 7. Febr. 1835 zu der Uebertretung der wegen der Lösung eines polizeilichen Erlaubnißscheins zum Betriebe des Kleinhandels mit Getränken, sowie der Gast- oder Schankwirthschaft ertheilten Vorschriften mit einer Geldbuße von 5 bis 50 Thlrn. oder verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe belegt werden soll, und der §. 55. der Allg. Gewerbe-O. vom 17. Jan. 1845 es nicht allein bei diesen Vorschriften und den ergänzenden Bestimmungen der späteren K. O. v. 21. Juni 1844 beläßt, sondern auch im §. 177. festsetzt, daß jede Abweichung von denselben mit einer Geldbuße bis zu 200 Thlrn. oder Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten belegt, und wenn die Handlung zugleich ein Steuervergehen enthält, zwar nicht außerdem noch auf eine Steuerstrafe erkannt, aber darauf bei Zumessung der Strafe Rücksicht genommen werden solle, so wird der von der K. Reg. in dem Ber. v. 25. Jan. c. ausgeführten Ansicht beigetreten, daß die Gewerbe-Ordn., indem sich das Arbitrium der Behörde in Bezug auf die Höhe des Strafmaßes erweitert, die Strafe der polizeilichen Uebertretung nicht unter dem in der K. O. v. 7. Febr. 1835 festgesetzten Minimum habe bestimmen wollen, weil sie sich sonst nicht darauf beschränkt haben würde, bloß ein anderes Maximum der Strafe zu verordnen und übrigens im §. 55. auf die K. O. v. 7. Febr. 1835 und 21. Juni 1844 zu verweisen. Auch entspricht es der in letzteren deutlich ausgesprochenen Absicht, daß, wenn die Handlung zugleich ein Steuervergehen enthält, die Strafe für beide Vergehen höher, als für die bloße Polizei-Übertretung bestimmt werden müsse, weil der §. 177. diese Rücksicht bei Zumessung der Strafe ausdrücklich vorschreibt, und ein Widerspruch darin liegen müßte, wenn die Strafe für beide Vergehen zusammen niedriger bestimmt würde, als für eins derselben, nämlich das Steuervergehen allein.
(M. Bl. d. i. V. 1847 S. 88 Nr. 126.)
Koch hält die Ansicht dieser R. für unrichtig.
(Landr. Bd. 2. Anm. 36. zum Tit. 23. Thl. I.)

b) Vergl. das R. des Min. des Inn. v. 14. Aug. 1845.
(s. ob. Zus. b. zu Nr. 5. der K. O. v. 7. Febr. 1835 sub β.)

6) Der in den Dörfern der vormals Königl. Sächsischen Landestheile üblich gewesene Reiheschank ist, wie jede Schankwirthschaft als Gegenstand des Privatrechts, aufgehoben.
Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 9. Sept. 1851 auf Grund der K. O. v. 7. Febr. 1835, der K. O. v. 21. Juni 1844 und des §. 55. der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845.
(Striethorst's Arch. Bd. 3. S. 65 Nr. 14.)

§§. 56. u. 58. 1) Das Ed. v. 28. Okt. 1810 wegen Aufhebung des Mühlen- ꝛc. Zwanges[1]) hat im §. 1. bestimmt, daß das mit dem Besitze einer Brauerei, Brennerei oder eines Schanks verbundene Recht, Andere zu zwingen, daß sie daselbst das Getränke ausschließlich beziehen müssen, sowohl in den Städten, als auf dem platten Lande, ohne Unterschied der Qualität der Besitzrechte, vom 28. Okt. 1810 an aufgehoben sein solle.

Das Ed. v. 7. Sept. 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe verordnete indeß demnächst im §. 54.:

Verträge, wodurch der Inhaber einer Schankstätte sich verpflichtet, das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu nehmen (das Verlagsrecht), können auch ferner errichtet, und wo dies Recht auf den Grund der Verjährung oder ausdrücklicher Verträge bereits bestehet, kann es nur durch gegenseitige Einwilligung aufgehoben werden. Verträge, wodurch Jemand sich unterwirft, den Bedarf zu seiner eigenen Konsumtion aus

1) Vergl. die Erg. zu den §§. 23—52. h. t. Zus. I.

einer bestimmten Schankstätte zu nehmen, sind dagegen für nicht geschlossen zu achten, da sie der unter §. 51. bestimmten Freiheit zuwider sind [1]).

(G. S. 1811 S. 268.)

Durch diese Bestimmung ist also das Krugverlagsrecht für diejenigen Landestheile, auf welche das Ed. v. 28. Okt. 1810 und das Gewerbepolizei-Ed. v. 7. Sept. 1811 Anwendung finden, theilweise wieder hergestellt.

Zur Erläuterung des §. 54. des Gewerbepolizei-G. v. 7. Sept. 1811 dienen folgende Ergänzungen:

a) Die Bestimmung des §. 54. des Gewerbepolizei-G. v. 7. Sept. 1811, welche den auf Verjährung oder ausdrücklichen Vertrag beruhenden Krugverlag aufrecht erhält, ist nicht auf städtische Berechtigungen dieser Art zu beziehen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Okt. 1838. (Präj. Nr. 564.)

Das G. v. 7. Sept. 1811 betrifft bloß Berechtigungen der gedachten Art auf dem Lande, und ist auf städtische Berechtigungen nicht zu beziehen. Dies ergiebt der ganze Zusammenhang der in dem Gesetz enthaltenen Vorschriften. Die §§. 1—31. treffen allgemeine Bestimmungen über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe; in den §§. 32—50. ist nur von den Realgewerbeberechtigungen in den Städten die Rede; der §. 51. setzt fest, daß in Rücksicht seiner eigenen Konsumtion Niemand einem Mahl- und Getränkezwange mehr unterworfen sei, und in den §§. 52—55. wird endlich davon gehandelt, wie es mit den Realberechtigungen auf dem Lande gehalten werden soll. Die §§. 52. u. 53. insbesondere bestimmen, daß das Recht zum Absatz an Andere zu brauen, und das Recht, Branntwein zu brennen, auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben verbleibe, und setzen zugleich fest, unter welchen Bedingungen solches auch Andern eingeräumt werde; der §. 55. aber handelt von Anlegung neuer Schankstätten auf dem Lande. Der §. 54. steht folglich mit denjenigen Vorschriften, die nach ihren ausdrücklichen Worten nur die Berechtigungen auf dem Lande betreffen, in so genauer Verbindung, daß derselbe ebenfalls nur auf solche Berechtigungen zu beziehen ist. Hiermit stimmt auch das bei dem §. 52. befindliche Marginale: »Bisherige Realberechtigungen auf dem Lande« überein. Das durch den §. 1. des Ed. v. 28. Okt. 1810 allgemein aufgehobene Krugverlagsrecht ist mithin für die Städte durch den §. 54. des G. v. 7. Sept. 1811 nicht wieder hergestellt.

(Präj. Samml. S. 320, Entsch. Bd. 5. S. 363.)

Ebenso hat das Ob. Trib. unterm 9. Aug. 1839 erkannt.

(Entsch. Bd. 5. S. 368.)

Dieselbe Ansicht ist ausgesprochen in dem R. des Staatsmin. an die Schlesischen Regierungen v. 5. Juni 1824 (v. K. Ann. Bd. 8. S. 590) und in dem auf Grund dieses R. erlassenen Publ. v. 24. Juli 1825 (Breslauer Amtsbl. 1825 S. 405), desgl. in dem R. der Min. des Inn. und Fin. v. 12. Juni 1824 (v. K. Ann. Bd. 9. S. 723), sowie in dem R. derselben Min. v. 4. Juli 1846 (M. Bl. d. i. V. 1846 S. 116 Nr. 181.) unter Berufung auf die Entscheidung des Ob. Trib.

Uebereinstimmend hiermit hat sich auch das Justizmin. in dem Schreiben v. 25. Juni 1836 erklärt:

In dem Ed. wegen Aufhebung des Mühlen-, Bier- und Branntweinzwangs v. 28. Okt. 1810 §. 1. (G. S. S. 95) ist unter andern das mit dem Besitze einer Brauerei, Brennerei oder eines Schanks verbundene Recht, Andere zu zwingen, daß sie daselbst das Getränke ausschließlich beziehen müssen, aufgehoben und unter gewissen Bedingungen dafür Entschädigung von Seiten des Staats zugesagt, wozu demnächst durch das Ed. v. 7. Sept. 1811 §§. 39. ff. ein Ablösungsfonds gebildet worden ist.

In eben diesem Ed. (G. S. S. 268) ist festgesetzt, daß

in Rücksicht seiner eigenen Komsumtion Niemand mehr einem Getränkezwange unterworfen ist, §. 51.;

auf dem Lande das Recht zum Absatze an Andere zu brauen und das Recht Branntwein zu brennen den bisherigen Besitzern desselben verbleibt, §. 52.;

auch da, wo das Verlagsrecht, wonach das zum Debit erforderliche Getränke aus einer bestimmten Fabrikationsstätte genommen werden muß, auf Grund der Verjährung oder ausdrücklichen Verträge bereits besteht, nur durch gegenseitige Einwilligung aufgehoben werden kann.

Hieraus ergiebt sich:

1) daß nur das Zwangsrecht gegen die Konsumenten ohne Ausnahme aufgehoben ist, hingegen

2) das Zwangsrecht gegen Debitenten, namentlich das Krugverlagsrecht auf dem Lande den bisherigen Besitzern bleibt, wogegen

3) die städtischen Berechtigungen, gleichviel ob sie sich in Betreff der Verpflichteten auf die Stadt beschränken oder darüber hinaus erstrecken, als aufgehoben zu betrachten sind, da die Aufhebung in den bezogenen V. v. 2. Nov. und 28. Okt. 1810 ohne irgend eine Beschränkung ausgesprochen, und in dem Ed. v. 7. Sept. 1811 nur rücksichtlich der ländlichen Fabrikationsstätten beschränkt, hingegen rücksichtlich der Städte wiederholt und erweitert ist, indem es heißt:

§. 32. Ausschließliche, vererbliche und veräußerliche Gewerbsberechtigungen in den Städten, die als solche in den Hypothekenbüchern eingetragen sind, sollen in Bezug auf §. 17. des Ed. v. 2. Nov. v. J. abgelöset werden.

§. 33. Auch die vormals auf städtischen Grundstücken unzertrennlich haftenden Gewerbsberechtigungen sind davon nicht ausgeschlossen.

Erst nachdem auf diese Weise wegen der Aufhebung aller ausschließlichen und dinglichen Gewerbsberechtigungen in den Städten das Ablösungsverfahren vorgeschrieben ist, wird in §. 51. die Aufhebung der ausschließlichen Gewerbsberechtigungen gegen Konsumenten im Allgemeinen ausgesprochen, hingegen von der Aufhebung der Gewerbsberechtigung gegen Debitenten das platte Land ausgenommen. Hiermit stimmt auch die Dekl. v. 11. Juli 1822 (G. S. S. 187) überein.

Nach meinem Erachten ist daher das Krugverlagsrecht der K'er Baudengerechtigkeiten, als ein städtisches, in seinem ganzen Umfange erloschen; es kommt auch nicht darauf an, ob die verpflichteten Schankstätten städtisch sind oder dem platten Lande angehören, sondern lediglich darauf, daß das Recht städtisch ist. (Min. Akt. I. 2191., Gen. G. 23. Vol. 6. Fol. 22.)

Die entgegengesetzte Meinung, nämlich, daß der §. 54. des Gewerbepolizei-Ed. sowohl auf städtische, als ländliche Schankstätten zu beziehen sei, war in dem R. des Staatsmin. v. 16. Febr. 1821 und Publ. v. 13. März 1821 (Breslauer Amtsbl. 1821 S. 84) ausgesprochen, und auch von Merckel (Komm. zum A. L. R. Thl. I. S. 804 u. 1002) angenommen worden.

b) Ueber den hiernach (Zus. a.) erheblichen Unterschied zwischen einer städtischen und ländlichen Krugverlags-Berechtigung sind folgende Entscheidungen ergangen:

α) Unter einer städtischen Berechtigung ist auch eine solche zu verstehen, deren Fabrikationsstätte in der Stadt belegen ist, wenn auch die Schankstätte sich auf dem Lande befindet.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 12. Febr. 1841. (Präj. Nr. 979.) (Präj. Samml. S. 321.)

β) Ein Krugverlagsrecht, welches auf Verleihung von einer Stadt beruht, ist nach §. 54. des Gewerbepolizei-Ed. v. 7. Sept. 1811 auch dann für aufgehoben zu erachten, wenn dasselbe auf dem Lande ausgeübt wird, da eine Verlegung der Fabrikationsstätte nicht zulässig ist.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. April 1848. (Rechtsf. Bd. 4. S. 16 Nr. 8.)

γ) Die Frage, ob der Krug ein städtischer oder ländlicher sei, wird durch den Ort der verpflichteten Schankstätte, nicht der berechtigten Fabrikationsstätte entschieden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 23. Sept. 1851. (Striethorst's Arch. Bd. 2. S. 361 Nr. 75.)

c) R. der Min. des Inn. und der Fin. v. 9. April 1812 (mitgetheilt durch das Publ. der Reg. zu Breslau v. 30. Mai 1812). Die theilweise Wiederherstellung der Krugverlagsrechte, welche durch den §. 54. des Gewerbepolizei-Ed. v. 7. Sept. 1811 erfolgt ist, bezieht sich nur auf diejenigen einzelnen Schankstätten, über welche das Verlagsrecht schon vor Erlassung des Ed. v. 28. Okt. 1810 entweder auf den Grund der Verjährung, oder ausdrücklicher Verträge zweifelsfrei ausgeübt worden ist. (Breslauer Amtsbl. 1812 S. 222.)

d) Zu dem Nachweise, daß das Krugverlagsrecht auf Grund der Verjährung bereits bestehe, ist erforderlich, daß die Verjährung bei Publ. des Ed. v. 28. Okt. 1810 bereits vollendet gewesen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 19. Juli 1839. (Präj. Nr. 708.) (Präj. Samml. S. 321.)

e) Der Thatumstand, daß ein Krugverlagsrecht zur Zeit der Publ. des Ed. v. 28. Okt. 1810 bestanden habe und rechtlich ausgeübt sei, genügt nicht, dieses Recht für fortdauernd zu achten. Es muß nachgewiesen werden, daß dasselbe entweder durch einen speziellen, zwischen dem Besitzer der Krugnahrung auf der einen und dem Besitzer der Fabrikationsstätte auf der andern Seite abgeschlossenen Vertrag konstituirt, oder schon zur Zeit der Publ. des Ed. v. 28. Okt. 1810

[1]) Vergl. das Erk. des Ob. Trib. v. 12. Juni 1845 in den Erg. zum A. L. R. I. 4. §. 6. Zus. I. sub 2. (s. ob. S. 68).

durch Verjährung erworben gewesen sei. Ein bloßes Anerkenntniß des bestehenden Krugverlagsrechtes, welches keine Auskunft über den Entstehungsgrund giebt, ist unerheblich, es mag vor oder nach dem gedachten Ed. erfolgt sein, und ein solches Anerkenntniß ist nicht als ein Vertrag über die Konstituirung dieses Rechts anzusehen. Namentlich können die bei der Errichtung von Urbarien hierüber abgegebenen Erklärungen in der Regel nur als Anerkenntnisse eines schon bestehenden Rechts, nicht als Verträge über die Einräumung dieses Rechts betrachtet werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 17. Dec. 1841. (Präj. Nr. 1083.) (Präj. Samml. S. 316.)

f) Durch den §. 54. des G. v. 7. Sept. 1811 ist nicht die Bestimmung des §. 1. des Ed. v. 28. Okt. 1810, wonach der Branntweinzwang als Bannrecht nicht ferner stattfinden soll, aufgehoben, vielmehr nur die Schließung von Verträgen über das Verlagsrecht für zulässig erklärt, und die Fortdauer eines solchen, auf Grund der Verjährung, oder ausdrücklicher Verträge, bereits bestehenden Rechtsverhältnisses ausgesprochen worden.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 29. Nov. 1826.

(Simon's R. Bd. 3. S. 67.)

g) Die Vorschrift des §. 54 des Gewerbepol. Ed. v. 7. Sept. 1811, wonach das auf den Grund eines ausdrücklichen Vertrages bestehende Krugverlagsrecht fortdauern soll, setzt voraus, daß das Recht durch einen Vertrag zwischen dem Inhaber der Schankstätte und dem Berechtigten entstanden sei.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 30. Dec. 1843.

(J. W. 1844 S. 603.)

h) Das Verlagsrecht, wonach der Inhaber einer Schankstätte das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu entnehmen schuldig ist, welches lediglich auf den Grund landesherrlicher Privilegien (namentlich des einer Stadt verliehenen Bannmeilenrechts) bestanden hat, ist durch das Ed. v. 28. Okt. 1810 und das G. über die polizeil. Verh. der Gewerbe v. 7. Sept. 1811 aufgehoben, da es durch den §. 54. des zuletzt gedachten Gesetzes nur aufrecht erhalten ist, wo es auf den Grund der Verjährung oder ausdrücklicher Verträge bereits besteht. — Auch kann als Klagegrund die Verjährung nicht geltend gemacht werden, wenn die Ausübung des Rechts, sei sie auch noch so lange geschehen, bloß auf den Grund des Privilegiums erfolgt ist.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 22. Aug. 1834. (Präj. Nr. 59.) (Präj. Samml. S. 314.)

2) Nach dem §. 54. des Gewerbepolizei-G. v. 7. Sept. 1811 ist das Krugverlagsrecht nur in soweit aufrecht erhalten worden, als dasselbe auf Grund der Verjährung oder ausdrücklicher Verträge (zur Zeit der Publ. des Ed. v. 28. Okt. 1810) bestand. Ebenso verhält es sich in der Provinz Posen nach den §§. 3. u. 4. des für diese Provinz ergangenen G. v. 13. Mai 1833 wegen Aufhebung der Zwangs- und Bannrechte. (G. S. 1833 S. 59.)

Es ist nun aber die Frage entstanden: ob die allgemeine Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 das Krugverlagsrecht unbedingt aufgehoben oder nur für ablösbar erklärt hat? Der Zweifel kann indeß nur diejenigen Fälle betreffen, wo ein Krugverlagsrecht zur Zeit der Publ. der allgemeinen Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 noch wirklich bestanden hat, und es leuchtet von selbst ein, daß die in der Gewerbe-O. gegebenen Bestimmungen über das Krugverlagsrecht, in soweit es sich von denjenigen Landestheilen handelt, für welche das Gewerbepolizei-Ed. v. 7. Sept. 1811, beziehungsweise das G. v. 13. Mai 1833 gilt, nur auf das durch Vertrag oder Verjährung begründete Verlagsrecht angewendet werden könnten, weil das in anderer Weise begründete Verlagsrecht schon durch die frühere Gesetzgebung beseitigt worden war.

Das Ob. Trib. hat sich über die Frage in folgenden Entscheidungen ausgesprochen:

a) Durch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 ist das Krugverlagsrecht, ohne Unterschied, ob dieses Recht einer der im §. 4. Nr. 1. gedachten Korporationen, oder wem sonst zustehe, ohne Unterschied, ob dieses Recht auf einem Vertrage, oder worauf sonst beruhe, und ohne Unterschied zwischen Stadt- und Landnahrung, nicht aufgehoben, vielmehr nur dem Verpflichteten das Recht zu dessen Ablösung beigelegt worden.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 15. Okt. 1847. (Präj. Nr. 1929.)

(Präj. Samml. S. 433, Rechtsf. Bd. 3. S. 37 Nr. 19.)

b) Als demnächst der II. Sen. des Ob. Trib. von diesem Grundsatze abweichen wollte, wurde die Entscheidung des Plenums eingeholt und der Pl. Beschl. v. 3. Okt. 1853[1]) (Präj. Nr. 2475.) hat folgenden Rechtssatz ausgesprochen:

Die Bestimmungen der allgemeinen Gewerbe-Ordn. v. 17. Jan. 1845 in dem §. 4. zu 1. u. 3. (a.) beziehen sich nicht auf das im §. 5. a. a. O. dahin näher bezeichnete Recht, den Inhaber der Schankstätte zu zwingen, daß er das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehme.

Die Gründe stützen sich theils auf die Wortfassung der §§. 4. u. 5. der Gewerbe-O., insbesondere die Beziehung der im §. 5. gebrauchten Worte: »Dasselbe gilt«, theils auf den (ausführlich mitgetheilten) betreffenden Inhalt der Akten des Staatsm. und des Staatsraths enthaltend die Materialien der Gewerbe-O.

(Präj. Samml. Bd. 2. S. 150, Entsch. Bd. 26. S. 207, Striethorst's Arch. Bd. 10. S. 167 Nr. 39., J. M. Bl. 1853 S. 394.)

Die Min. der F. und des J. haben sich über die Frage in dem R. v. 23. April 1846 in folgender Art ausgesprochen:

Soviel das Krugverlagsrecht betrifft, so hat die Allgemeine Gewerbe-Ordn. dasselbe als ein Zwangsrecht nur in den im §. 4. Nr. 1. bezeichneten Fällen aufgehoben, in allen übrigen aber für ablösbar erklärt, und dies auch nur auf den Antrag des Verlagspflichtigen, wie §. 5. solches deutlich ergiebt. In Fällen also, wo die Voraussetzungen, unter denen nach §. 4. Nr. 1. a. a. O. das Krugverlagsrecht aufgehoben sein würde, nicht zutreffen, hat der Verlagsberechtigte auch kein Recht auf Ablö'ung zu provociren.

(M. Bl. d. i. V. 1846 S. 94 Nr. 140.)

3) Betreffend den Begriff des Krugverlagsrechtes und den Umfang dieses Rechtes.

a) Der §. 56. h. t. setzt eine bestimmte Fabrikationsstätte voraus, weshalb auch das Gewerbepolizei-Ed. v. 7. Sept. 1811 im §. 54. das Verlagsrecht entstehen, beziehungsweise bestehen läßt, »wenn der Inhaber einer Schankstätte sich verpflichtet, das zu seinem Debit erforderliche Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu entnehmen«. Daher ist es eine Verletzung des ursprünglichen Kontrakts, wenn der Verlagsberechtigte den Verpflichteten zwingen will, das Getränk aus einer anderen, als der ursprünglich bestimmten Fabrikationsstättte zu entnehmen.

Erkannt von dem Ob. Trib. unterm 6. Sept. 1833.

(Themis Bd. 1. S. 1163, Centralbl. 1838 S. 111.)

Auf demselben Grundsatze beruht das Erk. des II. Sen. des Ob. Trib. v. 23. Aug. 1848, welches ausführt:

---

[1]) Zur Entscheidung des Plenums wurde die Frage gestellt: »ob durch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 das Krugverlagsrecht, ohne Unterschied, ob dieses Recht einer der im §. 4. Nr. 1. gedachten Korporationen oder wem sonst zustehe, ohne Unterschied, ob dieses Recht auf einem Vertrage oder worauf sonst beruhe, nicht aufgehoben, vielmehr nur dem Verpflichteten das Recht zu dessen Ablösung beigelegt worden ist«, oder: »ob vielmehr durch das gedachte Gesetz das Krugverlagsrecht aufgehoben ist, a) wenn es dem Fiskus, einer Kommune oder Gemeinde innerhalb ihres Kommunalbezirks oder einer Korporation von Gewerbtreibenden zusteht, oder von einem dieser Berechtigten erst nach dem 31. Dec. 1836 auf einen Andern übergegangen ist, und b) wenn es als ein Ausfluß des im §. 4. Nr. 3. a. aufgehobenen, nicht auf Vertrag beruhenden Branntwein- und Bierzwanges anzusehen ist«? Man war hierbei darüber einverstanden, daß, für welche der vorgedachten Ansichten man sich auch entscheiden möge, so viel sich von selbst verstehe, daß das Krugverlagsrecht als ein solches gedacht werden müsse, welches zur Zeit der Publikation der Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 noch wirklich bestanden hat, und daß das Präj. Nr. 1929. (s. ob. Zus. a.) zu weit gefaßt sei, wenn in demselben ganz allgemein ausgesprochen worden, daß durch die Gewerbe-O. v. 17. Jan. 1845 das Krugverlagsrecht ohne Unterschied, ob dieses Recht auf einem Vertrage oder worauf sonst beruht, nicht aufgehoben, sondern nur dem Verpflichteten das Recht zu dessen Ablösung beigelegt worden. Denn in dieser Allgemeinheit könne der aufgestellte Grundsatz nur in denjenigen Theilen der Monarchie, welche durch die G. v. 7. Sept. 1811 und 13. Mai 1833 nicht berührt worden, gelten, müsse aber auch in dieser Weise beschränkt, für richtig anerkannt werden. (Entsch. Bd. 26. S. 213—215.)

Das Krugverlagsrecht besteht nach §. 56. h. t. in der Befugniß, eine gewisse Schankstätte mit dem dort auszuschänkenden Getränk zu versehen. Sein Zweck ist nur, die Gutserzeugnisse zu verwerthen, und, nach §. 53., dem vermöge der Brau- und Brenngerechtigkeit des Gutes zum Verkauf gefertigten Getränk einen sichern Absatz zu verschaffen. Ein Handelsbetrieb mittelst Ein- und Verkaufs liegt außer der Absicht des §. 56., folgt auch nicht aus der Natur des Zwangsrechts, welches nach §. 58. den Krüger nur verhindern soll, sein Getränk anderswoher zu entnehmen. Das Krugverlagsrecht setzt daher eine Fabrikationsstätte voraus. Dem entsprechend ist auch im §. 54. des G. v. 7. Sept. 1811 das Krugverlagsrecht als ein solches bezeichnet, vermöge dessen der Inhaber einer Schenkstelle sich verpflichtet, das Debitsgetränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu nehmen, und wäre das A. L. R. noch einer andern Deutung fähig, so würde doch der §. 54. des Ed. entscheiden, weil nur die dort beschriebenen Krugverlagsrechte vom Gesetz aufrecht erhalten werden.

(Rechtsf. Bd. 4. S. 298 Nr. 147.)

Das R. der Min. des Inn. und der F. v. 27. Febr. 1828 spricht sich dagegen in dieser Beziehung in folgender Art aus:

In den Worten des §. 56. A. L. R. I. 23. kann die Bestimmung nicht gefunden werden, daß der Verlagsberechtigte das auszuschänkende Getränk selbst fabriziren, oder aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehmen müsse. Eben so wenig ist aus dem §. 13. a. a. O. abzuleiten, daß der Krugberechtigte sich das zu fabrizirende Getränk, woher er will, verschaffen dürfe, wenn der Verlagsberechtigte das Getränk nicht selbst fabrizirt. Der §. 54. des Gewerbepol. Ed. v. 7. Sept. 1811 erwähnt zwar einer bestimmten Fabrikationsstätte, daraus wird aber noch nicht zu folgern sein, daß dadurch der landrechtliche Begriff des Verlagsrechts hat geändert werden sollen. (v. K. Annal. Bd. 12. S. 176.)

b) Der zum Krugverlage Berechtigte darf dem Verpflichteten nur selbst gefertigtes, nicht fremdes angekauftes Getränk zum Absatze aufdringen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 5. Mai 1838. (Präj. Nr. 471.) (Präj. Samml. S. 134.)

Denselben Grundsatz hat derselbe Sen. des Ob. Trib. in dem Erk. v. 27. Jan. 1852 ausgesprochen.

Es ergiebt sich aus dem Zwecke des Krugverlagsrechtes, die Gutserzeugnisse zu verwerthen und dem vermöge der Brau- und Brennereigerechtigkeit des berechtigten Gutes zum Verkauf gefertigten Getränk einen sicheren Absatz zu verschaffen, daß die Ausübung dieses Rechts eine Fabrikationsstätte voraussetzt. Dem entsprechend ist auch im §. 54. des G. v. 7. Sept. 1811 das Krugverlagsrecht als ein solches bezeichnet, vermöge dessen der Inhaber einer Schankstätte sich verpflichtet, das Debitsgetränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte zu entnehmen. Der zum Krugverlage Berechtigte darf daher dem Verpflichteten nur selbstgefertigtes, nicht fremdes, angekauftes Getränk zum Absatze aufdringen. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 307 Nr. 66.)

c) Beim Krugverlage kann der Verpflichtete von dem Berechtigten nur die Gewährung seines Bedarfs an solchen Getränken, die in der Fabrikationsstätte des Berechtigten fabrizirt werden, und zu deren Ausschank er verpflichtet und berechtigt ist, fordern; er ist daher auch nicht befugt, solche Getränkesorten, die von dem Berechtigten nicht fabrizirt werden, anderswoher zu entnehmen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Nov. 1838. (Präj. Nr. 584.), auf Grund der Wortfassung der §§. 56. u 58. h. t. und weil diese Auslegung der geschichtlichen Entstehung des Krugverlagsrechtes entsprechend sei. (Präj. Samml. S. 134, Centralbl. 1838 S. 253.)

Bornemann tritt dieser Ansicht bei.

Wenngleich den Zwangs- und Bannrechten, als der natürlichen Freiheit widerstrebend, im Zweifel nur engere Grenzen zu ziehen sind, so sind doch einerseits die Worte der §§. 56. u. 58.: »das auszuschänkende Getränke« ganz allgemein gefaßt, und andererseits sind die in Frage stehenden Rechte, wie auch namentlich der §. 2. h. t. durch die Worte: »Anschaffung oder Zubereitung« andeutet, keinesweges allein zu Gunsten der von dem Berechtigten selbst ausgeübten Gewerbe entstanden. (System 2. Ausg. Bd. 4. S. 104.)

d) Bei bestandener ausschließlicher Brau- und Brennereigerechtigkeit (§. 59. h. t.) ist zwar die Befugniß, die im Bannbezirke liegenden Schankstätten mit dem nöthigen Getränke zu versehen, als darin begriffen anzusehen; sie kann aber nicht als Krugverlag im gesetzlichen Sinne betrachtet, und nicht als ein für sich bestehendes und als solches durch Verjährung besonders zu erwerbendes oder erworbenes Recht geltend gemacht werden; vielmehr ist auch diese Befugniß durch die Aufhebung des Zwangs- und Bannrechtes der Brau- und Brennereigerechtigkeit für mit aufgehoben zu erachten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. im Okt. 1838. (Präj. Nr. 554.) (Präj. Samml. S. 134.)

e) Die Verleihung des Rechts, eine Schankstätte zu errichten und diese mit Getränken zu verlegen, fällt nicht unter den Begriff des Krugverlags.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 30. Sept. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 6. S. 351 Nr. 82.)

4) Untrennbarkeit des Krugverlagsrechtes von dem berechtigten Grundstücke.

a) Das mit dem Besitze eines gewissen Grundstücks verbundene Krugverlagsrecht ist von dem Grundstücke, auf welchem es haftet, nicht trennbar.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 20. Okt. 1843. (Präj. Nr. 1351.) (Präj. Samml. S. 134.)

b) Der Inhaber des Verlagsrechts ist nicht berechtigt, den Inhaber der Schankstätte an eine andere als die bestimmte Fabrikationsstätte zu überweisen, und namentlich kann bei der Theilung eines Güterkomplexus, der in dem abgetrennten Dorfe wohnhafte Schänker nicht gezwungen werden, sein Getränk aus einer neuen, auf diesem Gut angelegten Fabrikationsstätte zu entnehmen.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 13. Dec. 1839. (Präj. Nr. 767.) (Präj. Samml. S. 321.)

c) Die mit einem Grundstücke verbundene Krugverlags-Berechtigung kann durch Privatwillkühr nicht auf ein anderes Grundstück übertragen werden.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 3. Juni 1856. (Entsch. Bd. 33. S. 451, Striethorst's Arch. Bd. 21. S. 250 Nr. 64.)

Vergl. die Erg. zum §. 53. h. t. Zus. 3. sub c.

5) Die Preisbestimmung der Getränke, welche der Inhaber einer zwangspflichtigen Schankstätte abnehmen muß, hängt nicht lediglich von der Willkühr des Zwangsberechtigten ab.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 29. April 1837. (Präj. Nr. 256.) (Präj. Samml. S. 320.)

Das Justizmin. nimmt in dem Schreiben v. 1. Sept. 1818 an, daß über die Frage, für welchen Preis die Getränke von dem Krugverlags-Berechtigten den zwangspflichtigen Krügen verkauft werden müssen, der Weg Rechtens nicht ausgeschlossen sei.

(Act. Gen. des Justizmin. G. 23. Vol. 3. Bl. 241. A. 7994.)

6) Der dem Krugverlagsrechte unterworfene Krüger, welcher seinen Bedarf an Getränken anderswo als von der berechtigten Fabrikationsstätte ankauft, kann den Anspruch des Berechtigten auf Erlegung der vertragsmäßigen Konventionalstrafe durch den Einwand nicht beseitigen, daß derselbe ihn zur Entnahme jenes Bedarfs nicht aufgefordert und gegen den anderweiten Ankauf keinen Widerspruch erhoben habe.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Jan. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 4. S. 307 Nr. 66.)

7) Der Krugverlags-Berechtigte kann sich wegen der durch Kontraventionen des Krugpächters verwirkten Konventionalstrafen nur an den Eigenthümer des verpflichteten Kruggrundstückes halten.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Nov. 1852. (Striethorst's Arch. Bd. 7. S. 167 Nr. 33.)

8) Betreffend den obrigkeitlichen Schutz des Krugverlagsrechtes.

a) K. O. v. 18. Aug. 1843 (mitgetheilt durch das R. der Min. der Justiz, der Fin. u. des Inn. v. 12. Sept. 1843). Der Krugverlags-Berechtigte ist nicht befugt, Revisionen der krugverlagspflichtigen Schankstätten unter polizeilichem Beistande zu veranlassen [1]).

(M. Bl. d. i. V. 1843 S. 265.)

---

[1]) In den früheren Min.-Erlassen v. 12. März 1819 (v. K. Ann. Bd. 3. S. 665), v. 18. Mai 1829 (a. a. O. Bd. 13. S. 318) und v. 27. Sept. 1829 (a. a. O. S. 911) und in dem Publ. der Reg. zu Bromberg v. 26. Sept. 1834 (a. a. O. Bd. 18. S. 824) war dagegen angenommen worden, daß der Krugverlags-Berechtigte, wenn er zugleich die Polizei-Obrigkeit sei, berechtigt sei, dergleichen Revisionen zu bewirken und das dabei vorgefundene fremde Getränk vorläufig in Beschlag zu nehmen, daß derselbe sich dagegen wegen Bewirkung der Revision an die Polizei-Obrigkeit oder die Ortsgerichte zu wenden habe, wenn er nicht selbst die Polizei-Obrigkeit sei, daß aber über die Konfiskation nur den Gerichten die Entscheidung zustehe. — Das R. des Min. des Inn. u. d. Fin. v. 18. Juli 1840 (Min. Bl. d. i. V. 1840 S. 314 Nr. 565) hatte die Revision der Schankstätten durch den Verlagsberechtigten,

b) Das Justizmin. hat in dem R. v. 27. Febr. 1832 (Acta Gen. G. No. 23. Vol. 4. Bl. 62. A. 2585.) und v. 14. Febr. 1834 (Acta Gen. G. No. 23. Vol. 5. Bl. 73 a. I. 1419.) den Grundsatz aufgestellt, daß die Verletzung des Krugverlagsrechtes keine mit Strafe bedrohte Handlung, und nicht mit Konfiskation zu ahnden sei, daß dagegen die Bedingung von Konventionalstrafen dabei zulässig, jedoch über deren Verwirkung im Wege Rechtens zu entscheiden sei[1]).

Dagegen hat das R. der Min. des Inn. u. der Fin. v. 20. Okt. 1827 angenommen, daß allerdings die gerichtliche Bestrafung der Kontraventionen gegen Getränke-Verlagsrechte zulässig sei.

(v. K. Ann. Bd. 11. S. 10.)

§§. 59 — 67. 70 — 72. 75 — 85. 89. 91 — 95. Diese Vorschriften sind in Folge der Aufhebung des Brau- und Branntweinzwanges und der ausschließlichen Brau- und Branntweinbrennerei-Gerechtigkeiten gegenstandslos geworden und daher für antiquirt zu erachten.

§. 74. Die mit einander korrespondirenden Bestimmungen des §. 74. h. t. und des §. 429. A. L. R. II. 8. wegen der Brau-, Malz- und Darrhäuser bestehen für die älteren Provinzen noch jetzt; indem sie weder durch das präparatorische, die Aufhebung der Bann- und Zwangsgerechtigkeiten nur ankündigende Edikt über die Finanzen des Staats v. 27. Okt. 1810 (G. S. S. 27), noch durch das auf die Aufhebung speziell bestimmter, das obenerwähnte Recht nicht mit umfassender Zwangsgerechtigkeiten betreffende Ed. v. 28. Okt. 1810 (G. S. S. 95), noch endlich durch das Ed. über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer v. 28. Okt. 1810 (G. S. S. 79) für aufgehoben erachtet werden können.

Anders verhält es sich in den Provinzen, für welche die Gesetze v. 21. April 1825 gelten, und für das Großherzogthum Posen zufolge des G. v. 13. Mai 1833 (G. S. S. 59), als für welche Provinzen die Zwangs- und Bannrechte im Allgemeinen aufgehoben sind.

Erkannt von dem II. Sen. des Ob. Trib. unterm 27. Febr. 1836. (Präj. Nr. 107.) (Präj. Samml. S. 135.)

§. 77. Das R. v. 10. Mai 1841 erklärt sich mit dem R. des Finanzmin. v. 30. April 1841 einverstanden, daß die im §. 77. vorgeschriebene Konkurrenz der Gerichte lediglich in der zur Zeit der Abfassung des A. L. R. bestandenen Vereinigung der richterlichen und Polizeigewalt in einer Behörde ihren Grund habe, und daher bei der nach gegenwärtiger Verfassung bestehenden Trennung beider Verwaltungszweige die Ertheilung der nach §. 77. erforderlichen Erlaubniß ausschließlich zum Ressort der Polizeiverwaltung gehöre.

(J. M. Bl. 1841 S. 171, M. Bl. d. i. V. 1841 S. 138.)

Ebenso hatte bereits das R. des Min. des Inn. v. 11. April 1835, im Einverständniß mit dem Justizmin., ausgesprochen, daß die Ertheilung der in diesem §. gedachten Erlaubniß nach der gegenwärtigen Verfassung nicht mehr zum Ressort der Gerichte, sondern der Polizeiverwaltung gehöre. (J. Z. 1835 S. 545.)

§§. 80 — 82. Die Strafen sind öffentliche und dienen an sich nicht als Entschädigung des dritten Brauzwangsberechtigten.

Erkannt von dem III. Sen. des Ob. Trib. unterm 28. Okt. 1837. (Präj. Nr. 355.) (Präj. Samml. S. 135.)

§. 86. R. v. 24. Mai 1834. Die Bestimmung des §. 86. ist aufgehoben, und die Abtrennung und Veräußerung der auf städtischen Grundstücken haftenden Braugerechtigkeiten ist zulässig.

Die von dem K. O. L. G. angeregten Zweifel für die Veräußerlichkeit der auf städtischen Grundstücken haftenden Braugerechtigkeiten erledigen sich durch die klare, auch in dem §. 33. des Ges. v. 7. Sept. 1811, über die polizeil. Verh. der Gewerbe angeführte Vorschrift des §. IV. des Ed. v. 9. Okt. 1807, welche die Abtrennung aller Radikalien und Pertinenzien von Grundstücken gestattet, daher auch der §. 430. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R., nach welchem in der Regel Baugerechtigkeiten nicht ohne die Grundstücke, auf denen sie hafteten, veräußert werden durften, aufgehoben hat.

Aus dem R. des K. Staatsmin. v. 6. Sept. 1818 (v. K. Ann. Bd. 2. S. 1014) kann das Gegentheil nicht gefolgert werden, da dasselbe sich ausdrücklich nur auf solche Getränke-Bereitungs-Anstalten bezieht, die mit ländlichen Grundstücken verbunden sind, und bei denen daher die besonderen, in den §§. 52. ff. des angeführten Ges. v. 7. Sept. 1811 aufgestellten gewerbepolizeilichen Bedingungen zur Sprache kommen.

(Acta gen. des Justizmin. G. 33. Vol. 5. Bl. 101., I. 1917.)

Koch bestreitet die Richtigkeit dieser Ansicht, indem er bemerkt:

Wenn die Braugerechtigkeit abgetrennt und selbstständig veräußert werden könnte, so würde dieselbe in keine solche selbstständige Gerechtigkeit im Sinne der Hyp. O. verwandelt werden, welche gleich einem Grundstücke ein besonderes Folium im Hypothekenbuche erhalten müßte; mithin würde sie aufhören, eine Realberechtigung zu sein, und Personal-Gewerbeberechtigungen, außer den Konzessionen, giebt es nicht. (Landr. Bd. 2. Anm. 56. zum §. 86. h. t.)

Vergl. übrigens die Präj. des Ob. Trib. v. 8. April 1842 Nr. 1132. und v. 3. Juni 1856 in den Erg. zum §. 53. h. t. Zus. 3. sub b. u. c., und die Erg. zum §. 54. h. t. Zus. 1.

unter polizeilicher Assistenz, gleichfalls für statthaft erklärt und zugleich ausgesprochen, daß das dabei vorgefundene fremde Getränk, in soweit dies zur Feststellung des Thatbestandes erforderlich, unter Siegel gelegt oder, nach Umständen, mit Beschlag belegt werden könne.

Vergl. diese Min.-Erlasse in v. Rönne's Gewerbepolizei Bd. 1. S. 244 —247.

[1]) Vergl. diese R. in v. Rönne's Gewerbepolizei Bd. 1. S. 247. Dieselben sprechen auch aus, daß die (entgegenstehenden) Bestimmungen der Schlesischen Dorfpolizei-O. v. 1. Mai 1804 und das R. der Kriegs- und Dom.-Kammer zu Breslau v. 15. Okt. 1748 den allgemeinen Gesetzen gegenüber nicht mehr in Betracht kommen könnten, sondern für aufgehoben zu erachten seien.

Berlin, gedruckt in der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei (R. Decker).

Vorschläge

wie durch

Beseitigung der Härten des Preußischen Strafgesetzbuchs der Ueberfüllung der Zuchthäuser abzuhelfen wäre

von

Rudolf von Kräwel,
Appellationsgerichtsrath zu Naumburg a. S.

gr. 8. geh. 15 sgr.

Tabelle für die Bankzinsen

resp. zu 2, 2½ und 3 Prozent

nach

halben und ganzen Monaten eines Jahres

Behufs

Anschreibung der Beträge bei den einzelnen Massen der General-Depositorien der Königlich Preußischen Gerichte.

Zum dienstlichen Gebrauche
für Deposital-Kassen und Calculatur-Beamte entworfen und in calculo festgestellt

von Leidholdt,
Rechnungsrath, Appellationsgerichts-Secretair und Calculator zu Naumburg a. S.

1854. gr. Folio. geh. 1 Thlr.

Erläuterungen

zu dem

Gesetze,

betreffend

die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850.

Unter Benutzung amtlicher Quellen mit Genehmigung des Königlich Preußischen Ministeriums für landwirthschaftliche Angelegenheiten herausgegeben von

P. L. Schuhmann,
Königl. Regierungsrath.

1850. gr. 8. geheftet 15 Sgr.

Die

Preußischen Armengesetze

vom 31. Dezember 1842 und 21. Mai 1855,

nebst

Ergänzungen und Erläuterungen.

Von

Otto Stellter,
Rechtsanwalt und Notar.

8. geh. 7½ sgr.

Dr. Martin Luther:

Ueber die Ehe.

Aus

Dr. Martin Luther's Schriften

zusammengetragen,
geordnet und mit Bemerkungen versehen

von

H. L. von Strampff,
Königlichem Kammergerichts-Präsidenten.

1856. gr. 8. geh. 2 Thlr. 15 Sgr.

Die

Executions-Ordnung für die Gerichte

aus den Vorschriften des Tit. 24 Th. I. der Allgem. Gerichts-Ordnung und der Verordnung vom 4. März 1834;

den dazu ergangenen abändernden, ergänzenden und erläuternden Verordnungen, namentlich des Gesetzes vom 20. März 1851 und der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals;

nebst einem Anhange

betreffend die Executions-Ordnung der Verwaltungs-Behörden.

Dargestellt von

Alwin Strey, Königl. Kreisrichter.

1856. gr. 8. geh. 1 Thlr. 7½ Sgr.

Die Verordnung vom 3. Januar 1849 und das Gesetz vom 3. Mai 1852 betreffend die Zusätze zu der Verordnung

nebst

den Materialien, ergänzenden Gesetzen, Verordnungen, Ministerial-Verfügungen und Entscheidungen des Ober-Tribunals,

erläutert und dargestellt

von Alwin Strey, Königl. Kreisrichter.

1857. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Sgr.

Das

Verfahren in Nachlaß-Sachen

nach den Vorschriften des Allg. Landrechts, der Allg. Gerichts-Ordnung und der dazu ergangenen abändernden, ergänzenden und erläuternden Verordnungen.

Nebst einem Anhange

enthaltend das Verfahren bei Aufnahme gerichtlicher Taxen und Formulare.

Dargestellt von

Alwin Strey, Königl. Kreisrichter.

1858. 8 geh. 24 Sgr.

Preußischer

Termin-Kalender

für das Jahr 1859.

Zum Gebrauch für
Justiz- und Verwaltungs-Beamte.

Siebenter Jahrgang.

Auf satinirtem Velin-Papier, in Kattun elegant gebunden mit Gummischnur und feinem Faberschen Bleistift.

Preis 22½ Sgr.

Mit Schreibpapier durchschossen 27½ Sgr.

Mit XI. Beilagen, worunter
Verzeichniß der Justiz-Beamten und Anciennetäts-Listen derselben. Mitgetheilt aus dem Büreau des Justiz-Ministeriums.

Sind Schwurgerichte nothwendig?

Von W. v. M.

1856. gr. 8. geh. 5 Sgr.

Systematische Zusammenstellung

der

gesetzlichen und reglementsmäßigen Vorschriften

betreffend

die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaften in dem Preußischen Staate — mit Ausnahme der Rhein-Provinz — so wie den Geschäftsbetrieb bei denselben,

ingleichen

die amtliche Stellung der Subaltern- und Unterbeamten, die Büreau-Verfassung, und einige wesentliche Bestimmungen bezüglich auf die Disciplin, die Beurlaubung der Beamten, das Gnadengehalt und die Pensionirungen

(bis zum Ende des Jahres 1856.)

Von C. F. Uecke,
Stadtgerichts-Präsidenten.

1857. gr. 8. geh. 1 Thlr. 7½ Sgr.

Vollständige Materialien

zu der

Verordnung vom 3. Januar 1849 und dem Gesetze vom 3. Mai 1852,

betreffend

die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen.

(Motive, Kommissions-Berichte und Kammer-Verhandlungen.)

1852. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Sgr.

Verfügungen

in

Hypotheken-Sachen.

Von Paul Wolff.

1855. 8. geh. 1 Thlr.

Sammlung

der

Gesetze und Verordnungen,

welche

im Preußischen Staate

für den Verkehr mit Arzneien und Giften

in Geltung begriffen sind.

Von

O. A. Ziurek,
Apotheker.

1855. gr. 8. geh. 1 Thlr. 15 Sgr.

Rönne, Ludwig von, 1804-1891

Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft unter Benutzung d. Justizministerial-Akten u. d. Gesetz-Revisions-Arbeiten
Bd.: 1

Berlin 1858